

Philosophie der Republik

Herausgegeben von
PIRMIN STEKELER-WEITHOFER
und BENNO ZABEL

Mohr Siebeck

Philosophie der Republik



Philosophie der Republik

Herausgegeben von

Pirmin Stekeler-Weithofer

und Benno Zabel

Mohr Siebeck

Pirmin Stekeler-Weithofer, geboren 1952; Studium der Mathematik, Philosophie, Linguistik und Literaturwissenschaft; 1984 Promotion; 1987 Habilitation; seit 1992 Gründungsprofessur für Theoretische Philosophie an der Universität Leipzig.

Benno Zabel, geboren 1969; Studium der Rechtswissenschaft, Philosophie und Germanistik; 2007 Promotion; 2014 Habilitation; seit 2015 Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

ISBN 978-3-16-154373-9 / eISBN 978-3-16-155407-0
DOI 10.1628/978-3-16-155407-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC-BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> deed.de.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel Garamond gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Als im Mai 2015 in Hannover Herrenhausen die Tagung zur *Philosophie der Republik* stattfand, war noch nicht so klar wie heute, dass das Verständnis dessen, was repräsentative Demokratie ist – und damit diese selbst – in eine Krise geraten kann, wenn ihre republikanischen Infrastrukturen, gemeint sind hier vor allem die gesetzliche Freiheitssicherung, die politische Teilhabe, die parlamentarische Repräsentation und die Gewaltengliederung, nicht vehement verteidigt werden. Aber warum sollten wir sie überhaupt verteidigen? Und wenn ja, mit welchen Argumenten und gegen welche Positionen und Alternativen? Müssen die gängigen Begriffe, Sprachformen und Verständnisse auf den Prüfstand oder sogar verabschiedet werden? Die aktuellen theoretischen und gesellschaftlichen Kontroversen zeigen jedenfalls, dass in Sachen Demokratie und Republik dringender Aufklärungsbedarf besteht. Das Nachdenken über und die Auseinandersetzungen mit der politischen Semantik der Gegenwart gehören indes zu den Kernaufgaben moderner Geistes- und Sozialwissenschaften. Nicht nur, aber eben auch auf dem Feld der politischen Grundlagen demokratischer Gemeinwesen zeigt sich, wie wichtig die theoretische Durchdringung unserer politischen Kultur für das praktische Handeln und Urteilen ist. In gewisser Hinsicht handelt es sich hier um die Fortsetzung einer Unternehmung (initiiert von Kurt Seelmann, Pirmin Stekeler-Weithofer und Benno Zabel), bei der es darum geht, verschiedene wissenschaftlichen Disziplinen zu zentralen Themen des politischen Denkens ins Gespräch zu bringen, namentlich die Politikwissenschaften, die Soziologie und die Rechtswissenschaften, die Kulturwissenschaften und die Ideengeschichte und nicht zuletzt die Theologie und die Philosophie. Die in diesem Band dokumentierte Debatte schließt so an ein Projekt an, das unter dem Titel *Autonomie und Normativität* die Freiheitsgeschichte moderner Gemeinwesen zum Gegenstand hatte. Wir freuen uns, dass nun auch der zweite Band beim Verlag Mohr Siebeck erscheinen konnte und wir bedanken uns bei der Volkswagenstiftung, die beide Projekte durch ihre nicht allein finanzielle Unterstützung zuallererst ermöglicht hat.

Leipzig und Bonn im Mai 2018 Pirmin Stekeler-Weithofer & Benno Zabel

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Ambivalenzen im Diskurs um Demokratie und Republik 1

I. Gewaltengliederung und Repräsentation

1.	Demokratische Narrative und republikanische Ordnung – <i>Marc André Wiegand</i>	11
1.1	Der legitimatorische Anspruch des modernen Verfassungsstaates	11
1.2	Republikanismus vs. Demokratie: Allgemeingesetzlichkeit, Non-Partikularität und Machtbegrenzung	15
1.3	Renaissance des Demokratiebegriffs: Egalisierungstendenzen im 19. Jahrhundert	25
1.4	Von der Staatsform zum gesellschaftlichen Prinzip: Metamorphosen der Demokratie	31
1.5	Demokratie: Projekt der Moderne und republikanisches Erbe ..	35
2.	Das Problem der Volkssouveränität – <i>Horst Dreier</i>	37
2.1	Ausgangspunkt: Verfassungsrechtliche Verankerung	37
2.2	Das Problem: Verbandshandeln qua Repräsentation	39
2.3	Irrweg: Abbild- und Elitetheorien	40
2.4	Basis: Pluralismus, nicht Homogenität	41
2.5	Anspruch: Volksherrschaft durch Volksvertretung	43
2.6	Im Zentrum: Der Wahlakt	44
2.7	Vor dem Wahlakt: Öffentliche Meinungsbildung, intermediäre Kräfte, insb. politische Parteien	47
2.8	Nach dem Wahlakt: Rückkoppelungsprozesse, Kritik und Kontrolle	49
2.9	Volksvertretung: Repräsentation durch das Parlament in seiner Gesamtheit	50
2.10	Das freie Mandat: Relikt oder Realität?	52

3.	Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat – <i>Bernd Grzeszick</i>	57
3.1	Stellung und Bedeutung der Gewaltenteilung	57
3.2	Geistesgeschichtliche und verfassungshistorische Grundlagen	59
3.3	Gewaltenteilung und moderne Staatlichkeit	59
3.4	Montesquieu	59
4.	Repräsentation und Demokratie – <i>Andreas Anter</i>	67
4.1	Repräsentation als gesteigertes Sein	68
4.2	Repräsentation als Fiktion	73
4.3	Repräsentation als Exklusion	75
4.4	Repräsentation als Problem	77

II. Autonomie und Institutionen

1.	Das Verhältnis von Recht und Pflicht – <i>Matthias Kaufmann</i>	81
1.1	Rechtpflichten und das angeborene Recht	81
1.2	Menschen-Pflichten und Menschen-Rechte	85
1.3	Welche Pflicht zu welchem Recht?	87
1.4	Grenzen des Rechtsgehorsams und das Widerstandsrecht	90
2.	Freiheit und Autonomie im Republikanismus – Überlegungen im Anschluss an Philip Pettit, Immanuel Kant und John Dewey – <i>Andrea M. Esser</i>	95
2.1	Freiheit und Autonomie in der Debatte zwischen liberalen und neo-republikanischen Theorien	100
2.2	Autonomie als Form individueller Freiheit: Kants liberaler Republikanismus	104
2.3	Autonomie auf der Grundlage von Deweys Demokratieverständnis	108
3.	The Rule of Law. Toward a Positive Conception of State – <i>Trevor Wedman</i>	110
3.1	Status Quo	111
3.2	Normativity Redux	113
3.3	Objectivity in the Law	118
3.4	Law as Constitution	123
4.	Sicherheit, Verantwortung und Demokratie – <i>Jochen Bung</i>	128
4.1	Globalverantwortung und Polizeipflicht	128
4.2	Objektive und subjektive Zurechnung	129
4.3	Normativer Externalismus	131

4.4	Subjektivität, Irregularität und die richtige Form der Demokratie	133
4.5	Exekutivdemokratie als Uniform und das Erfordernis der Gewaltenteilung	135
4.6	Demokratisierung der Verantwortung für Sicherheit?	137
4.7	Macht, Kompetenz und Kompetenzüberschreitung	139
4.8	Zusammenfassung und Ausblick	140
5.	Anspruch und Glauben. Vigilantismus als Herausforderung staatlicher Legitimität – <i>Thomas Schmidt-Lux</i>	142
5.1	Staatlichkeit und Legitimität	143
5.2	Legitimität und Gewalt	145
5.3	Vigilanten gegen Legitimität	147
5.4	Zwischenbemerkung: Online-Debatten	149
5.5	Legitimationen vigilanter Gewalt in Online-Foren	152
5.6	Fazit	154

III. Republikanische Infrastrukturen

1.	This Party Sucks? Ansätze zu einer politischen Theorie politischer Parteien – <i>Oliver W. Lembcke</i>	159
1.1	Philosophisches Schweigen	159
1.2	Funktionen politischer Parteien	162
1.3	Inklusion und Integration	164
1.4	Parteilichkeit und Kompromiss	167
1.5	Prinzipal und Agent	170
1.6	Gouvernementalisierung	175
1.7	Expressive Repräsentation	179
2.	Erbmonarch oder Wahlpräsident. Eine Differenz zwischen Hegel und den Hegelschülern Gans und Michelet – <i>Wolfgang Schild</i>	182
2.1	Die logische Notwendigkeit der Erbmonarchie bei Hegel	182
2.2	Fürstliche oder präsidiale (Staats-)Gewalt bei Eduard Gans	206
2.3	Carl Ludwig Michelet	215
3.	Eigentum und Selbstbestimmung. Hegels Idee personaler Freiheit in republikanischen Institutionen – <i>Pirmin Stekeler-Weithofer</i>	226
3.1	Zu Staat und Person	226
3.2	Die handelnde Person und ihr Eigentum	230
3.3	Meine Macht und die der Anderen	234
3.4	Demokratie als Strukturmoment einer res publica	238
3.5	Besitz und Selbstbestimmung	242
3.6	Entfaltung der Idee der Freiheit in der Geschichte	244

4. Republik und Eigentum. Historische Perspektiven – <i>Hannes Siegrist</i>	252
4.1 Die Formationsperiode des Verhältnisses zwischen Eigentum und Republik von der Antike bis in die Frühe Neuzeit	254
4.2 Verallgemeinerung und Verbreitung republikanischer und proprietärer Institutionen vom späten 18. bis zum frühen 20. Jahrhundert	256
4.3 Republik und Eigentum im 20. Jahrhundert. Zwischen Expansion, Krise, Variation und Innovation	259
4.4 Schluss	262
5. Schuld und Strafe in freien Gesellschaften. Über den Zusammen- hang von Gewalt, Gesetz und Demokratie – <i>Benno Zabel</i>	264
5.1 Einleitende Bemerkungen	264
5.2 Republikanische Freiheit und demokratische Ordnung	265
5.3 Schuld und Gesetz	272
5.4 „Demokratisierte Strafgerechtigkeit“	278

IV. Gerechtigkeit und Differenz

1. Circumcision: Immigration, Religion, History, and Science in the German and U.S. Republics – <i>David Abraham</i>	289
1.1 Homogeneity and Pluralism	289
1.2 Management and Governmentality Strategies: Religious Freedom and Its Perils	298
2. Säkulare Republik, religiöse Pluralität und Menschenrechte in verfassungsrechtlicher Perspektive – <i>Helmut Goerlich</i>	304
2.1 Recht der Republik	305
2.2 Revolution und Recht der Republik	307
2.3 Ämter – Funktionen – Ordnung	317
2.4 Republik – Glaube und Wissen – Partizipation und pluralistische Demokratie	320
3. Minderheit wider Willen? Die Grenzen des Minderheitenschutzes in einer republikanischen Demokratie – <i>Susanne Beck</i>	325
3.1 Ausgestaltung des Minderheitenschutzes	327
3.2 Definition von „Minderheit“	329
3.3 Schutz der einzelnen Angehörigen einer Minderheit	333
3.4 Schutz der Gruppe	337
3.5 Kollisionen mit individuellen Interessen	339
3.6 Zusammenfassung: Minderheiten im demokratisch- republikanischen Staatssystem	342

4. Gerechtigkeit und Rationalität im Republikanismus – <i>Sabrina Zucca-Soest</i>	344
4.1 Republikanismus? – Eine kurze Bedeutungssuche	344
4.2 Republikanische(s) Subjekt(e)	346
4.3 Normativer Republikanismus jenseits des Kollektivsubjekts ..	353
4.4 Republikanische Rationalität	353
4.5 Republikanische Gerechtigkeit als politische Form von Menschenwürde	357
4.6 Zusammenfassende Problemsicht	362

V. Werte und Lebensformen

1. Unsittliche Sittlichkeit? Überlegungen zum Böckenförde-Theorem und seiner kritischen Übernahme bei Habermas und Honneth – <i>Jean-François Kervégan</i>	367
1.1 Habermas: „säkularisierte Politik“ und „vorpolitische Überzeugungen“	369
1.2 Honneth: Die Sittlichkeit demokratisieren?	374
1.3 Einige Schlussfragen	380
2. Institutionen der Freiheit? Republikanische Ordnung und bürgerschaftliche Entfremdung – <i>Christian Schmidt</i>	382
2.1 Der unwillkürliche Zwang des jüngsten Republikanismus ..	383
2.2 Die unendliche Demokratisierung der Republik	385
2.3 Subjektive Zustimmung und Gemeinwohlbestimmung	389
2.4 Verwaltungszentrierte Politik	392
2.5 Zum Prinzip einer Gemeinwohlinstitution	394
3. Religiöser Pluralismus und säkulare Rechtsordnung – <i>Rochus Leonhardt</i>	396
3.1 Theologiegeschichtliche Rückblicke	398
3.2 Zur gegenwärtigen Lage: Rechtliche und religions- soziologische Rahmenbedingungen	407
3.3 Zur Zukunftsfestigkeit des deutschen Religionsrechtssystems .	412
4. Politics of Second Nature. On the Democratic Dimension of Ethical Life – <i>Thomas Khurana</i>	422
4.1 The Natural Ethical Life of the Family	424
4.2 The Spiritual Animal Kingdom of Civil Society	427
4.3 The State and the Question of How We Are to Live	430
4.4 Politics of Second Nature	435

VI. Menschenwürde und Menschenrechte

1. Das Dilemma einer Begründung von Menschenrechten – <i>Kurt Seelmann</i>	439
1.1 Das Begründungsproblem der Menschenrechte	441
1.2 Rückgriff auf die Menschenwürde?	443
1.3 Begründung des Würdeschutzes	445
1.4 Wiederholung des Begründungsproblems?	446
1.5 Schluss	449
2. Echo des Naturrechts? Menschenwürde, Menschenrechte und Demokratie – <i>Georg Lohmann</i>	450
2.1 Drei Arten „Würde“-Begriffe	452
2.2 „Menschenwürde“ als Kuckucksei des Völkerrechts	454
2.3 „Menschenwürde“ als naturrechtliches Echo	458
2.4 Zum republikanischen Potential der „Menschenwürde“	461
3. Das Menschenrecht auf Demokratie – <i>Stephan Kirste</i>	463
3.1 Zur Kritik des Menschenrechts auf Demokratie	464
3.2 Zur Begründung des Menschenrechts auf Demokratie	470
3.3 Die Rechtsform	482
3.4 Freiheit und Recht	485
3.5 Die Begründung des Menschenrechts auf Demokratie aus Freiheit	491
4. Zur Entwicklung einer kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik – <i>Daniela Demko</i>	494
4.1 Politische Anthropologie zur Legitimation rechtlich- politischer Institutionen	496
4.2 Individuell-ethischer Kosmopolitismus in integrierender und pluralistischer Ausformung	501
4.3 Überindividuell-rechtlich-politischer Kosmopolitismus und die Ausformung einer kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik	506
Autorenverzeichnis	517
Personenregister	521
Sachregister	531

Einleitung: Ambivalenzen im Diskurs um Demokratie und Republik

In heutiger Zeit wird das Freiheitspotential moderner Gemeinschaft und Gesellschaft, besonders aber die Rechtfertigung staatlicher Macht, in einer demokratisch verfassten Ordnung gesehen. Ohne *Demokratie* und Mitbestimmung keine *Legitimation* staatlicher Sanktionsgewalt. Für eine selbstbewusste politische Theorie ergeben sich aber neue Herausforderungen aus der unabweisbaren Aufgabe der Überwindung der zu engen Perspektiven eines Nationalstaats, damit auch der Idee eines nach Herkunft, Sitte und Religion homogenen Mehrheitsvolkes. Nicht nur in einem geeinten Europa wird daher eine partielle Trennung zwischen republikanischen Gewaltenteilungen und demokratischen Mitbestimmungen, also auch zwischen Repräsentanten in diversen Institutionen und deren Wahl und Abwahl in gestuften Abstimmungen, immer bedeutsamer. Weitere Herausforderungen an die lokalen Verengungen unmittelbarer Demokratie ergeben sich aus der Verdichtung globaler Strukturen und damit einhergehender Probleme. Diese erfordern mehr und mehr eine transnationale Politik, deren nötige Koordination schon weit über die ursprüngliche Konzeption und Fähigkeit der Vereinten Nationen hinausgeht.

Vor diesem Hintergrund ist es von zentraler Bedeutung, sich daran zu erinnern, dass sich in den letzten 200 Jahren der Begriff des Demokratischen unter der Hand verschoben hat, aber auch, wie eng er mit der Idee eines ethisch homogenen *ruralen Landes* verbunden ist und damit in einem gewissen strukturellen Widerspruch steht zur multinationalen *Stadt*, genauer: einer *urbanen Gesellschaft* der Arbeitsteilung und des Leistungsaustauschs jenseits bloß kommunitarischer Strukturen von Nachbarn, Glaubensbrüdern oder Volksgenosßen. Der moderne Staat ist Ausweitung des Urbanen und damit *res publica*, nicht bloß Regierung oder Administration *des Staates*. Es ist hier der Genetiv richtig zu lesen. Denn der Staat *enthält* Rechtswesen, Polizei und öffentliche Verwaltung, samt der öffentlichen Hand der steuerfinanzierten Infrastrukturen. Sein Recht umrahmt zumindest alle sub- und halbstaatlichen Institutionen wie das Bildungs- und Sozialwesen und alle öffentlich-rechtlichen Einrichtungen.

Eine *Republik* wird spätestens seit der Französischen Revolution und schon in römischer Zeit als besondere *Regierungsform* einer *Monarchie* gegenübergestellt. Aber schon seit Platon und Aristoteles gibt es eine Reflexion auf Un-

terschiede in der Staatsverfassung, die quer zu dieser Kontrastierung stehen, sodass *republikanische* bzw. *repräsentative* und *demokratische* bzw. *plebisziäre Momente* in einer guten Mischverfassung einander gegenüberstehen. Zwar beginnt Platons *Politeia* zunächst damit, die Monarchie in einen Kontrast zur Tyrannis als einer zumeist populistischen Diktatur zu stellen. Die Demokratie kontrastiert einer plebisitären Ochlokratie der ‚Macht der Straße‘ und einer Aristokratie als repräsentativer Leistungs- und Eliteherrschaft bloßer Oligarchie eines Erb- oder Geldadels. In der aristotelischen Analyse der *Politie*, die man lateinisch als *res publica* und deutsch als *Republik* übersetzen könnte, verbinden sich noch klarer als in Platons *Gesetzen* die Momente der drei ‚guten‘ Verfassungen Monarchie, Aristokratie und Demokratien mit einander. Eine republikanische Konstitution enthält nach diesem Konzept monarchische Aspekte einer Entscheidungshierarchie, aristokratische einer Kompetenzüberprüfung des Leitungspersonals und demokratische in dessen Wahl und Abwahl. Die Folge ist, dass Republik und Demokratie keine einfachen Gegensätze mehr sind, noch nicht einmal Republik und Monarchie, wenn diese nicht bloß als Namen für die äußere Staats- und Regierungsform gebraucht werden, sondern als Titel für Verfassungsmomente einer guten Staatsverfassung.

Das bleibende Ergebnis der Französischen Revolution ist daher auch keineswegs bloß die formal republikanische Regierungsform, sondern die Vollsiedlung der Trennung von ökonomischer und politischer Macht, wie sie schon im sogenannten Absolutismus ein Bürgertum gegen einen privilegierten Adel hat entstehen lassen, was auf paradoxe Weise im real existierenden Sozialismus und seinen ‚demokratischen Republiken‘ wieder rückgängig gemacht wurde. Weder Staat noch Gesellschaft der UdSSR oder der DDR waren demokratisch oder republikanisch.

Das, was wir heute *Demokratie* nennen, ist längst keine ‚reine Volksherrschaft‘ mehr, und war es nach den griechischen Städten oder in kleineren Kantonen der Schweiz auch nie. Es gibt Demokratie ohnehin nur dort, wo es demokratische Parteien gibt. Diese aber können als Institutionen für die Organisation der Wahl der politischen Amtsträger nur als *Teil des Staates* funktionieren. Eine Demokratie ist daher in Wahrheit ein in seinen Machtteilungen republikanisch verfasster Staat mit Parteiorganisationen und Wahlen zur zeitlichen Begrenzung des Leitungspersonals. Rein formal kann eine solche demokratische Republik auch eine konstitutionelle Monarchie wie in Großbritannien sein. Die Unterscheidung der formellen Staatsform spielt also kaum mehr eine Rolle, zumal wenn der Monarch nur noch äußerliche Repräsentationsfunktionen wie etwa bei der Unterschrift unter Gesetze hat, was für den deutschen Bundespräsidenten ebenso gilt wie für heutige europäische Königinnen und Könige.

Eine Demokratie enthält daher ein ganzes Arsenal republikanischer Momente wie bestimmte Formen der Gewaltenteilung und ein Mehrheitswahlrecht als Entscheidungsverfahren. Man denke an die *checks-and-balances* zwischen

Regierung, Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit, aber auch zwischen einer zentralen Direktive mit ihren allgemeinen Prinzipien und Regeln und einer relativ autonom urteilenden Administration und Jurisdiktion. Die sogenannte Unabhängigkeit der Richter bedeutet zum Beispiel eine gewisse Einschränkung direkter politischer Einflussnahme, gerade auch im Namen des Volkes. Der Richter ist sozusagen ein Administrator dieser volonté générale: Sein Wort gilt, er ist bevollmächtigt, im Namen der Allgemeinheit zu urteilen, Recht zu sprechen.

Eine funktionstüchtige parteiendemokratische Verfassung gibt es im Grunde erst seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, nach den Bürgerkriegen in den USA, der Schweiz oder in Frankreich ab 1871, der Gründungsphase der Dritten Republik. Voraussetzung ist, dass man konkurrierende oder unliebsame Parteien nicht unter dogmatischer Inanspruchnahme eines vermeinten Mehrheitswillens des Staatsvolkes einfach verbietet oder ihre Mitglieder verfolgt.

Indem man heute tendenziell das republikanische Element stillschweigend im Titelwort „Demokratie“ aufgehen lässt, entsteht zumindest eine begriffliche und politiktheoretische Ambivalenz. Nach dem ‚alten‘ und bis heute implizit wirksamen Begriff stehen *demokratische* Vorstellungen von unmittelbaren Volksentscheiden und plebisitzären Akklamationen eines beliebig auswechselbaren Führungspersonals *republikanischen* Institutionen gegenüber. In ihnen gibt es eine Leitung der Institutionen für eine gewisse Zeit. Diese Leitungen sind während dieser Zeit der Form nach ‚monarchisch‘, wie im Fall von gewählten Vorsitzenden oder Präsidenten repräsentativer Gremien. Aufgrund der begrifflichen Mehrdeutigkeiten ist eine Reflexion auf die im öffentlichen Diskurs längst schon erfolgte Harmonisierung des Demokratie- mit dem Rechtsstaatsmodell nötig. Es geht um einander teilweise überlappende, teilweise miteinander konkurrierende Ideen in der neuzeitlichen politischen Ideengeschichte, besonders um die Strukturdifferenzen zwischen partiell konsensgesteuerten *komunitarischen* Gemeinschaften und einer *Gesellschaft personaler Vertragspartner*. Diese Unterschiede dürfen nicht in einem diffusen Moraldiskurs praktischer Vernunft untergehen.

Die Gesellschaft ist insbesondere keine unstrukturierte Menge von Individuen oder ein System von Teilklassen. Sie ist eine dem Staat untergeordnete Form vertraglicher Kooperationen, in denen die „Produktionsweise“ bzw. Arbeitsteilung ein Teil ist, ein anderer die Teilung der erarbeiteten Güter und die Teilung der Bestimmungsmacht über sie. Jeder Eigentums- und vertragsrechtliche Rahmen ist von staatlichen Strukturen hochgradig abhängig. Daher ist die Marxsche Sicht so richtig wie einseitig, nach der sich die herrschende Produktionsweise sozusagen ihre Staatsform suche. Denn über den Staat ist die herrschende Arbeits- und Güterteilung selbst bestimmt – und anerkannt.

An den gesellschaftlichen Transformationsprozessen der letzten Jahrzehnte, im nationalstaatlichen ebenso wie im europäischen Kontext, wird erkennbar,

dass allein der Hinweis auf demokratisch verfasste Aushandlungskulturen oder Mehrheitsentscheide die bestehenden Legitimationsprobleme rechtsstaatlicher Institutionen, auch die individuellen Teilhabe- und Verwirklichungsdefizite, nur bedingt erklären oder gar aufheben kann. Man denke nur an den Umgang mit (religiösen) Minderheiten, etwa im Rahmen der in der Bundesrepublik kontrovers geführten Beschneidungsdebatte, an das Verhältnis von (absolutem) Würdeanspruch und Gemeinwohlvorbehalt im Verfassungsstaat oder an die Diskussion um die Intransparenz europarechtlicher bzw. -politischer Entscheidungen. Viel eher scheint die „Dominanz des Demokratischen“ die Friktionen im Legitimationsnarrativ der Moderne zu überspielen und damit die personalen und subsidiären Rechts- und Freiheitsgarantien, aber auch die institutionellen Gewalt-Balancen zu untergraben.

Eine Philosophie der Republik muss daher den Spannungen zwischen dem demokratisch-egalitären und dem republikanisch-strukturellen Element moderner (globalisierter) Gemeinwesen auf den Grund gehen und die Bedeutung republikanischen Denkens und Handelns für komplexe und hoch ausdifferenzierte staatliche, institutionelle und gesellschaftliche Ordnungen herausstellen. Um das leisten zu können, ist ideengeschichtlich anzuknüpfen an die Begründung und Etablierung der modernen Republikanismusidee in der Moderne bei Montesquieu, Kant und im Deutschen Idealismus. Anzuknüpfen ist aber auch an die Gedanken zur Demokratie nicht bloß im Wortsinn von Volksherrschaft, sondern als Legitimation *jeder Herrschaft* bei Spinoza oder Rousseau.

Wird Kants Verständnis des Republikanismus in den aktuellen Autonomie- und Freiheitsdiskursen wenigstens noch zu Kenntnis genommen, steht schon Hegels Modell im Verdacht, bestehende Macht- und Herrschaftskonstellationen, die Ordnungs- und Lebensformen apologetisch rechtfertigen zu wollen. Diese Sichtweise verkennt jedoch dessen Naturrechtskritik und die Verwandlung genealogischer Begründungen in eine teleologische Idee der Entwicklung der Freiheit von Personen in schon anerkannten Institutionen als den orientierungsleitenden Praktiken und Strukturen. Institutionen sind dabei mit der Geschichte ihrer Reflexion verbunden, die, durch verschiedene Epochen hindurch, Autonomie- und Freiheitsstandards den Interessen der Akteure jeweils angepasst hat. Hegels Ansatz läuft insofern auf eine Vermittlung kollektiver Autonomie- mit individuellen Freiheitsansprüchen hinaus, wobei es zugleich darauf ankommt, die Vernünftigkeit bzw. Funktionsfähigkeit institutioneller (Rechts-)Gewährleistungen nicht durch kontingente Mehrheitsentscheidungen zu gefährden. Häufig wird Hegel wie schon Kant dieses Bedenken als Ressentiment gegenüber dem demokratischen Ordnungselement ausgelegt. Aber diese Autoren verschließen nur nicht die Augen vor den Spannungen, die zwischen Mehrheits- bzw. plebisztären Entscheidungen und der konkreten Instituierung von Grund- oder Menschenrechten bestehen. Der Vorwurf des ‚Kollektivismus‘ bei Hegel aus der Sicht eines ‚methodischen Individualismus‘ übersieht z.B. die

transzentalen Bedingungen der Möglichkeit, ein personales Subjekt und ein freier Bürger zu sein, wie sie in kommunitarischen und staatlichen Strukturen allererst gegeben sind.

Zwar kannte Hegel das heutige politische Modell der repräsentativen Demokratie nicht, zumal es demokratische Parteien erst seit Kurzem gibt, welche die irgendwie im Machtkampf unterlegenen politisch gegnerischen Fraktionen nicht dauerhaft von der Macht abzuhalten suchen, wie man aus der französischen und russischen Revolutionsgeschichte ebenso weiß wie aus den Strukturen aller Formen des Faschismus. Es ist aber nicht zu übersehen, dass auch das Modell der Parteidemokratie die Spannungen keineswegs aus der Welt schaffen kann, die sich im Gesamtsystem kapitalistischer Gesellschaften mit demokratischer Staatspolitik ergeben.

Die heutige Debatte in der politischen Theorie, der praktischen Philosophie und der (europäischen) Rechtswissenschaft betont nunmehr vor allem die Vereinbarkeit demokratischer und republikanischer Elemente unter Stichworten wie „liberale, republikanische, deliberative Demokratie“, mit Bezug auf einen „freiheitlichen Republikanismus“ oder mit Blick auf das Verhältnis von „Republikanismus und Konstitutionalismus“. Gerade an dem deliberativen Modell von Habermas wird aber deutlich, dass der Schein einer leichten Vereinbarkeit von demokratischem und republikanischem Element teils zu billig ist, teils teuer erkauft wird. Denn das Abstellen auf einen der Form nach gemeinschaftlichen, also moralisch-familialen oder sittlich-religiösen Diskurs mit dem Ziel eines freien Konsenses bestimmt die republikanischen Elemente einer institutionellen Machtstruktur in der Gesellschaft wie selbstverständlich als Resultat demokratischer Prozesse. Das Versprechen einer Prozeduralität von Vernunft und begründeter Einsicht je auf der Ebene der Einzelnen verharmlost das Problem, dass ein gemeinsamer Wille sich so nicht ergibt, dass es außerdem politischer und rechtlicher Strukturen der Macht bedarf, gerade auch des Gewaltmonopols des Staates. Das gilt sowohl für Sanktionsdrohungen im individuellen Schutz von Recht und Sicherheit als auch für ordnungspolitische Maßnahmen der Verschiebung der Auszahlungsmatrix im Spiel freier gesellschaftlicher Kooperationen und Verträge. Analoges gilt für die Kategorien der sprachlichen Darstellung dieser Strukturen in den Staats- und Gesellschaftswissenschaften und im öffentlichen Diskurs: Es bedarf einer Art Vermittlung von individueller Freiheit und der Macht der Vertreter eines Gemeinwillens, wie sie sich nicht einfach aus einem kantischen Wollen-Können ergibt, dass eine mögliche Regel oder subjektive Maxime ein gemeinsames Gesetz werde.

Kants Prinzip ist das *ehrliche Wollen des Subjekts*, der gute Wille, wobei dessen Ehrlichkeit eine bloß subjektive Konsistenzbedingung zwischen Reden bzw. Denken und Handeln ist. Ein solches bloß redliches Urteilen und Handeln ist aber beileibe nicht gut genug. Das ist es nicht etwa nur deswegen nicht, weil es gegen die vielen *unmoralisch* Handelnden einen schweren Stand hat. Selbst

wenn wir alle im Sinne Kants moralisch gutwillig urteilten und handelten, wären die meisten *Koordinationsprobleme* guter Kooperationen noch längst nicht gelöst. Zumal andere Personen andere Maximen für gut halten könnten und damit auch so handeln werden, dass keine erfolgreiche Zusammenarbeit entsteht.

Kants moralischer Autonomismus widerspricht daher wie jede radikal demokratische Freiheit den Anforderungen vernünftiger Selbstgesetzgebung eines ganzen Volkes bzw. schon kleinerer Gruppen von Leuten. Die Freiheit der Einzelnen steht nämlich *immer* in Spannung sowohl zu Mehrheitsentscheidungen als auch zu Entscheidungen, welche Repräsentanten des Gemeinwesens im Namen eines *vernünftigen* Konsenses oder eines *Gemeinwillens* oder auch Gemeinwohls ‚für uns‘ fallen. Eine moderne, pluralistisch ausgerichtete Rechts- und Gesellschaftstheorie muss eben daher das republikanische, repräsentative und doch auch machtmonarchische Element politischer und rechtlicher Organisation freier Kooperationen auf der Ebene sowohl der Gemeinschaftsstrukturen als auch der ökonomisch geprägten Gesellschaft stärker als bisher üblich in Betracht ziehen. Das ist gerade dann so, wenn man der Bedeutung von Grund- und Menschenrechten tatsächlich gerecht werden will.

Dazu scheint es erforderlich, den *Eigenwert des Republikanischen* hervorzuheben. Damit soll einer absoluten Dominanz des Republikanischen keineswegs das Wort geredet werden. Vielmehr geht es darum, der Genese, dem Selbstverständnis und der institutionellen Absicherung freiheitlicher Lebensformen größere Beachtung zu schenken, ferner um den methodischen Vorrang der Begründung der allgemeinen Güte allgemeiner Institutionen vor der Kritik an bloß einzelnen Problemen etwa im Blick auf unmittelbare Gefühle vermeintlicher Ungerechtigkeit und wirklicher Ungleichheiten oder gegen eine bloß verbale Kritik praktisch anerkannter Machtstrukturen als Einschränkungen von Freiheitssphären. Zu fragen ist nach dem Verhältnis von Staat, Recht und Gesellschaft, von republikanischer Politik und demokratischer Legitimation. Die besondere Herausforderung für die staatlich umrahmten Gesellschaften der Gegenwart und transnationale politische Strukturen besteht also darin, ein *allgemein anerkanntes* Freiheits-, Kooperations- und Entscheidungsregime zu garantieren, das auch die problematischsten Widersprüche ruraler Länder und urbaner Gesellschaften aufhebt.

Man könnte die Grunddifferenz zwischen den *reinen* Prinzipien des Republikanischen und des Demokratischen auch darin sehen, dass eine Republik eine *institutionelle*, im guten Fall eine gesetzesartig fixierte verfassungsmäßige Ordnung von politischer und ökonomischer Macht ist, samt den zugehörigen Verteilungen von individuellen Rechten und Pflichten im Interesse einer guten Arbeits- und Güterteilung und der entsprechenden Kontrollen der Einhaltung der Normen. Eine *reine* Demokratie baut dagegen auf eine *moralische Ordnung* und postuliert dabei die *Gleichheit aller*. Dabei geht man von einer *Freiheit zur Änderung aller Normen zu jeder Zeit durch das Volk* aus, ohne dass über eine rein

konventionelle Mehrheitsregel für Abstimmungen hinaus klar wäre, wer oder was das Volk oder sein Wille, die *volonté générale*, eigentlich ist, sein kann oder sein soll.

Die hier relevanten allgemeinsten Wertungssphären thematisieren wir unter den titelförmigen Wertbegriffen Freiheit und Sicherheit, Gleichheit und Wohlstand, Brüderlichkeit und Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Mitverantwortung, wobei wir allerdings allzu häufig die Spannungen zwischen diesen allgemeinen Werten übersehen.

Um dabei die haltbare sachliche Kritik angemessen von einer bloß verbalen Gegnerschaft oder vermeintlichen Apologetik zu unterscheiden, wäre zu sagen, dass schon Hobbes nicht die Idee der Republik, sondern einer Demokratie, also nicht eine ‚republikanische‘, sondern eine radikaldemokratische ‚libertas‘ kritisiert. Die Konstruktion seines Naturzustandes liefert dazu ein Gedankenexperiment, das zeigen soll, inwieweit wir frei wollen können, dass unsere Willkür-Freiheit durch Ordnung eingeschränkt und diese durch die Macht des Staates, des Leviathan, und seiner Repräsentanten gesichert, stabilisiert wird. So gesehen verteidigt Hobbes nicht etwa einfach eine absolute Monarchie, sondern eine stabile Staatsordnung und die dafür nötige Staatsmacht, wobei uns die Kontaminationen mit Urteilen zur zeitgenössischen Politik nicht weiter zu interessieren brauchen. Wir müssen diese vielmehr zugunsten des nachhaltigen strukturologischen Gehalts der Argumentation immer auch herausrechnen. Schon bei John Locke wird deutlich, dass jeder Staat Anerkennung voraussetzt. Während Kant auf eine Moral der Kohärenz von (subjektiver) Handlungsmaxime und verbalem Commitment setzt und damit die Probleme eines faktischen Konsenses maßlos unterschätzt, erkennt Hegels kritische Analyse den inneren Widerspruch eines solchen radikalmoralischen Autonomismus.

I. Gewaltengliederung und Repräsentation

I.1

Demokratische Narrative und republikanische Ordnung

Marc André Wiegand

1.1 *Der legitimatorische Anspruch des modernen Verfassungsstaates*

Der demokratische Verfassungsstaat nimmt für sich in Anspruch, rationaler Staat zu sein, und doch gibt es einen demokratischen Mythos. Dieser Mythos besteht in einem erzählerischen Bogen, der von den revolutionären Umbrüchen in Nordamerika und in Frankreich am Ende des 18. Jahrhunderts zum demokratischen Verfassungsstaat der Gegenwart gespannt wird, wodurch seiner Legitimation eine historische Begründungsdimension hinzugefügt werden soll. Das so entstehende Narrativ lässt den demokratischen Verfassungsstaat nicht nur als rationale, sondern darüber hinaus auch geschichtlich wirksame Entfaltung eines menschenrechtlich basierten Staatskonzepts erscheinen, dessen sukzessive Durchsetzung in der Geschichte der Staatlichkeit einer Notwendigkeit folgt.

1.1.1 Menschenrecht und Demokratie

Aus dieser Perspektive ist nur der demokratische Staat legitimer Staat, ja mehr noch: erst der demokratische Staat ist überhaupt Staat im eigentlichen Sinne. Es ist dies eine Perspektive, die sich im Verlauf des zwanzigsten Jahrhunderts sowohl im Staats- und Verfassungsrecht als auch in der politischen Theorie weitgehend durchgesetzt hat. So meinte bereits Georg Jellinek noch vor dem Ersten Weltkrieg in seiner Staatslehre, dass die modernen Demokratien es verstanden hätten zu begründen, „dass die demokratische Republik aus dem Wesen des Menschen schlechthin folge, daher die einzige zu Recht bestehende Staatsform sei“.¹ Ist diese Aussage noch auf eine Selbstcharakterisierung demokratischer Staaten beschränkt, geht Hermann Heller in seiner 1934 erschienenen Staatslehre davon aus, dass es sich dabei um eine allgemein akzeptierte Grundannahme handle: „Zu den wenigen, durchaus festen politischen Bestandteilen der gegenwärtigen öffentlichen Meinung gehören ihre demokratischen Grundsätze. Ohne Übertreibung lässt sich sagen, dass es eine andre(,) als die (...) demokratische Legitimation der politischen Herrschaft in der öffentlichen Meinung der

¹ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 3. Aufl., 1914, S. 721.

zivilisierten Völker der Gegenwart nicht gibt.“² Wenn *Jellinek* die demokratische Staatsform mit dem „Wesen des Menschen“ in Verbindung bringt, ist damit ein Ton angeschlagen, der für die gesamte Staatsrechtslehre und politische Theorie in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts bestimmd bleiben sollte. Unter der Geltung des Grundgesetzes und einer auf die Grundrechtsdogmatik konzentrierten Staatsrechtslehre deutet etwa ein Autor wie Peter Häberle die Demokratie als „organisatorische Konsequenz“ der Menschenwürde, für Robert Alexy ist das Recht auf Teilhabe am Prozess staatlicher Willensbildung ein Menschenrecht. Die Begründung stellt stets einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Menschenwürde oder Menschenrechten und Demokratie her, wobei die institutionellen Aspekte demokratischer Staatlichkeit häufig merkwürdig unterbestimmt bleiben: Regelmäßig bleibt unklar, wodurch genau die Demokratie der Menschenwürde praktische Geltung zu verschaffen vermag und welche rechtlichen und institutionellen Beschränkungen toleriert werden können, ohne dass sie mit der Garantie der Menschenwürde in Konflikt geraten. Die Spannung, die sich zwischen einem auf politische Teilhabe gerichteten Menschenwürdebegriff und institutionalisierter demokratischer Staatsform ergibt, ist nicht zuletzt an Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts erkennbar, das seiner Rechtsprechung ebenfalls einen legitimatorisch stark aufgeladenen Demokratiebegriff zugrunde legt, wenn es etwa formuliert:

„Das Grundgesetz geht vom Eigenwert und der Würde des zur Freiheit befähigten Menschen aus und verbürgt im Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die sie betreffende öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, einen menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips. Dieser ist in der Würde des Menschen verankert (...). Der Mensch ist danach eine zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘. Er wird als fähig angesehen und es wird ihm demgemäß abgefordert, seine Interessen und Ideen mit denen der anderen auszugleichen. Um seiner Würde willen muss ihm eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden. Für den politisch-sozialen Bereich bedeutet das, dass es nicht genügt, wenn eine „Obrigkeit“ sich bemüht, noch so gut für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen; der Einzelne soll vielmehr in möglichst weitem Umfange verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesamtheit mitwirken (...).“³

1.1.2 Staatliche Ordnung und Legitimitätsversprechen

Die Diskrepanz, die in dieser Passage zwischen legitimatorischem Anspruch und dessen institutioneller Einlösung hervortritt, lässt sich kaum übersehen. Wenn aus der Menschenwürde tatsächlich der Anspruch des Einzelnen folgen soll, „in möglichst weitem Umfange verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesamtheit“ mitzuwirken, drängt sich die Frage auf, weshalb der

² Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, S. 176.

³ BVerfGE 142, 123 (189 Rn. 24).

Einzelne dann in seinen politischen Mitwirkungsmöglichkeiten im Wesentlichen auf eine periodische Stimmabgabe bei Wahlen verwiesen wird und kaum andere Einflussmöglichkeiten im Bereich des Politischen hat. Mit anderen Worten: Es drängt sich der Gedanke auf, dass mit der Verbindung von „Menschenwürde“ und „Demokratie“ ein Legitimitätsversprechen gegeben wird, das die etablierte demokratische Staatlichkeit übersteigt und wohl auch überfordert, indem es einen gedanklich entweder unvermittelten oder aber stark aufgeladenen Begriff der Selbstbestimmung verwendet. Dies ist freilich kein Spezifikum der Staatsrechtslehre, sondern lässt sich auch in der politischen Philosophie vorfinden, so etwa in Habermas' Aussage, dass die Demokratie an der Selbstbestimmung des Menschen arbeite.⁴

Mit der Verknüpfung der Topoi „Menschenwürde“, „Selbstbestimmung“ und „Demokratie“ wird teilweise implizit, teilweise explizit an die Tradition der Spätaufklärung angeschlossen, namentlich an die Staatsphilosophie Rousseaus und Kants sowie an die sich zu jener Zeit in Nordamerika und Frankreich neu herausbildende Form moderner Staatlichkeit, die unter der Bezeichnung „repräsentative Demokratie“ seither – trotz aller Weiterentwicklungen – sozusagen als Folie rationaler Verfassungsgesetzgebung dient. Ihr Motto hat Böckenförde unter Rückgriff auf die Kantische Philosophie wie folgt formuliert: „Der einzelne soll, als Herr seiner selbst, auch sein eigener Gesetzgeber sein, der die Bindungen seines Handelns nicht (heteronom) von einer fremden Macht oder Autorität auferlegt erhält, sondern sie sich (autonom) selber gibt.“⁵ Durch den argumentativen Zusammenhang von Autonomie und Demokratie scheinen individuelle und kollektive Selbstbestimmung zur Deckung gebracht und damit das Rousseausche Versprechen eingelöst zu werden, wonach jeder, indem er sich mit allen anderen zu einer Gesellschaft vereinigt, doch nur sich selbst gehorcht und genauso frei bleibt wie im Naturzustand.⁶

Dass der Staat im späten 18. Jahrhundert in neuartiger Weise konzipiert wird und damit – auch wenn seine Formen und Institutionen partiell auf ältere, ständisch-monarchisch geprägte Vorläufer zurückgehen⁷ – eine eigenständige, durch historische Erklärungen nicht voll ausdeutbare Grundlegung

⁴ Vgl. Jürgen Habermas, „Zum Begriff der politischen Beteiligung“, in: ders., *Kultur und Kritik*, Frankfurt a.M. 1973, S. 9, 11.

⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Demokratie als Verfassungsprinzip“, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *HdbStR II*, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 24 Rn. 35.

⁶ Vgl. Jean-Jacques Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, Stuttgart 1991, Erstes Buch, 6. Kapitel.

⁷ Vgl. Eberhard Schmitt, „Zur Zäsurideologie der französischen Revolution von 1789“, in: Bosl (Hg.), *Der moderne Parlamentarismus und seine Grundlagen in der ständischen Repräsentation*. Beiträge des Symposiums der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und der International Commission for Representative and Parliamentary Institutions auf Schloß Meisenburg vom 20. bis 25. April 1975, Berlin 1977, S. 195.

erhält,⁸ wird kaum sinnvoll bestritten werden können. Und auch wenn von Rousseau und Kant keine unmittelbaren Einflüsse auf die am Ende des 18. Jahrhunderts in Frankreich und Nordamerika neu entstandenen Verfassungsordnungen zu verzeichnen sind,⁹ lässt sich doch festhalten, dass die Idee subjektiver Freiheit und eines daraus abgeleiteten Gestaltungsanspruchs gegenüber tradierten politischen Ordnungen allgemein wirkungsmächtig war. Insofern hat das Narrativ, das (bei allen historischen Rückschlägen) eine Linie von der Epoche der Spätaufklärung bis in die Gegenwart zieht, durchaus seine Berechtigung. Fragwürdig wird diese Erzählung aber dort, wo behauptet wird, der konzeptionelle Ursprung des modernen Staates sei demokratischer Natur. Das ist, wie zu zeigen sein wird, keineswegs der Fall. Im Folgenden soll die These entwickelt werden, dass sich das staatliche Legitimationsparadigma von einem republikanischem zu einem demokratischen gewandelt hat und das demokratische Legitimationsparadigma in Konkurrenz zur republikanischen Grundordnung moderner Staaten getreten ist.

Dabei wird zunächst zu zeigen sein, dass die Konzeption und Bildung neuer Staaten im Ausgang des 18. Jahrhunderts nicht auf demokratischen Verfahren fußte, sondern auf den republikanischen Ideen der Allgemeingesetzlichkeit, Non-Partikularität und Machtbegrenzung (1.2). Demokratische Konzepte setzten erst im 19. Jahrhundert auf dem Republikanismus auf und bewirkten innerhalb der jungen Republiken eine Egalisierung politischer Teilhabe zugunsten eigentums- und vermögensloser Schichten (1.3). Die Folge war eine Ausdehnung des Begriffs der Demokratie über das Politische hinaus auf den sozialen und ökonomischen Bereich (1.4). Dadurch ist Demokratie zur Chiffre für ein gesamtgesellschaftliches Modernisierungsprojekt geworden, das per se als unabgeschlossen gilt und sich in stetiger Konkurrenz zu den etablierten Institutionen repräsentativer Demokratie bewegt (1.5).

⁸ Hans Blumenberg, *Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt a.M. 1966, S. 149, spricht von der „Souveränität der Selbstbegründung“.

⁹ Zwar stellte die französische Revolutionsrhetorik gerne den Bezug zu Rousseaus Gesellschaftsvertragstheorie her (vgl. Gordon H. McNeil, „The cult of Rousseau and the French Revolution“, in: *Journal of the History of Ideas* 6 (1945), S. 202 ff.), doch basierte die Gründung der Französischen Republik eher auf einem von Diderot inspirierten Staatsverständnis, das sich aus einer konkret-politischen Auseinandersetzung mit dem Ancien Régime speiste: Für die Revolution war das Problem der Repräsentation, das in Rousseaus Konzeption des Allgemeinwillens wegen der Nichtrepräsentierbarkeit des Willens gerade keine Rolle spielt (vgl. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, Zweites Buch, 2. Kapitel), zentral. Dieser Befund wird auch nicht durch einen Verweis auf die in der Revolution prominenten Konzepte der „volonté générale“ oder „souveraineté nationale“ in Frage gestellt. Denn gerade diese Wendungen hatten schon lange vor der Revolution Eingang in die Rechtsprechung der französischen Parlements gefunden. Darin waren bereits die wesentlichen Elemente dessen enthalten, was später in die Theorie der Nationalrepräsentation mündete, heute jedoch als spezifisch demokratische Errungenschaft betrachtet wird (vgl. Roger Bichart, *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris 1932, S. 43 m.w.N.).

1.2 Republikanismus vs. Demokratie: Allgemeingesetzlichkeit, Non-Partikularität und Machtbegrenzung

Gewöhnlich wird die von Kant sogenannte „republikanische Regierungsart“ mit dem heutigen „Demokratieprinzip“ identifiziert.¹⁰ Hinter dem Republikanismus der Spätaufklärung und der modernen Demokratie stünde dann ein einheitliches Konzept, für das lediglich semantisch verschiedene, sich historisch wandelnde Bezeichnungen verwendet würden. Dieser Annahme stehen freilich Textstellen bei Kant entgegen, in denen die Demokratie scharf gegeißelt wird. So brandmarkt Kant die Demokratie als Despotismus, weil sie mit ihrem Mehrheitsprinzip „eine exekutive Gewalt gründet, da alle über und allenfalls auch wider Einen (der also nicht mitstimmt), mithin alle, die doch nicht alle sind, beschließen; welches ein Widerspruch des allgemeinen Willens mit sich selbst und mit der Freiheit ist“.¹¹ Auch die konzeptionellen Gründungsdokumente der Vereinigten Staaten, die Federalist Papers, distanzieren sich ausdrücklich von einer Kategorisierung des in ihnen entworfenen Staatsmodells als demokratisch und stellen der Demokratie mit der Idee der *Republik* ein eigenes politisches Organisationsprinzip gegenüber.¹²

1.2.1 „... alle, die doch nicht alle sind ...“

Worin sich Demokratie und Republik in den Augen der Autoren der Spätaufklärung fundamental unterscheiden, wird in Kants paradox anmutender Wendung deutlich, wonach in der Demokratie „alle, die noch nicht alle sind, beschließen“: Für Kant besteht das Problem, dass die Demokratie in ihrem Anspruch, Herrschaft des Volkes zu sein, alle rechtsunterworfenen Subjekte in das Kollektivsubjekt „Volk“ einbezieht, um ihre Herrschaft gegenüber dem Einzelnen zu legitimieren, in ihrer konkreten Ausformung aber den Einzelnen überstimmt, der dann gegenüber der Mehrheit kein eigenes Recht mehr geltend machen kann. Der Einzelne wird damit zur Legitimation einer ihn in seinen Rechten verletzenden Herrschaftsausübung herangezogen; hierin liegt der von Kant beschriebene „Widerspruch des allgemeinen Willens mit sich selbst und mit der Freiheit“.

Auf den naheliegenden Einwand, dass Kants Demokratiebeschreibung fehlgehe, da Demokratie immer schon als grundrechtsgebundene Volksherrschaft

¹⁰ Vgl. etwa Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1994, S. 118.

¹¹ Immanuel Kant, Zum Ewigen Frieden, in: Wilhelm Weischedel (Hg.), *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, Band 1, Frankfurt a.M. 1977, Erster Definitivartikel, S. 206.

¹² Vgl. nur Alexander Hamilton/James Madison/John Jay, *Die Federalist Papers*, München 2007, Nr. 10, S. 97 f.

verstanden werden müsse, lässt sich zweierlei entgegnen: Zum einen argumentiert Kant, wenn er sich gegen die Demokratie wendet, nicht gegen diejenige Staatsform, die wir heute als gewaltenteilige, repräsentative Demokratie mit ihren gerichtlich durchsetzbaren Grundrechtsgewährleistungen kennen, sondern gegen die klassische athenische Demokratie mit ihrem System der unmittelbaren Volksherrschaft, Ämterbesetzung im Losverfahren, Laienrichterschaft und Sklavenhaltung. Da die athenische Demokratie kein System der Gewaltenteilung kannte und ihr überhaupt die Möglichkeit der etwaigen Korrekturbedürftigkeit volksmehrheitlich gefasster Beschlüsse fremd war, stand sie insbesondere auch demagogischen Einflussnahmen einzelner Personen oder Cliques auf ihre Entscheidungsprozesse relativ ungeschützt gegenüber. Rousseaus Charakterisierung der attischen Demokratie als „aristocratie très-tyrannique, gouvernée par des savans et des orateurs“¹³ hat hier ebenso ihren Ursprung wie Fichtes Bemerkung, die „alten klassischen Völker“ zeichneten sich aus durch „ihre Liebe für Freiheit ohne Menschenrechte, daher, weil ihr Staat rein faktisch, nicht philosophisch, nicht aus dem Begriffe hervorging“,¹⁴ sprich: weil es in der Antike keinen Begriff subjektiver Freiheit gab. Zum anderen wäre auf den Einwand, Kants Ablehnung der Demokratie treffe die moderne Demokratie wegen ihrer Grundrechtsbindung nicht, zu erwidern, dass mit der Grundrechtsbindung demokratisch legitimierter Entscheidungen die demokratische Legitimation zugunsten subjektiver Rechte gerade begrenzt wird, mithin der Kantische Einwand, dass mehrheitsdemokratisch getroffene Entscheidungen latent rechtsverletzend sein können, aufgenommen und bestätigt wird.

Da grundsätzlich jede Form der Herrschaft die Möglichkeit der Verletzung subjektiven Rechts in sich trägt, stellt Kant der traditionellen Klassifikation von Staatlichkeit nach *Herrschartsformen* (monarchisch, aristokratisch, demokratisch) bekanntlich die Unterscheidung nach deren *Regierungsart* gegenüber, die republikanisch oder despotisch sein kann. Zentral für die Einordnung eines Staates als republikanisch ist die Frage, ob es ihm gelingt, seine Ausübung von Hoheitsrechten an Formen der Allgemeingesetzlichkeit rückzubinden, damit die Ausübung von Hoheitsgewalt nicht von partikularen Interessen beherrscht ist, sondern vielmehr von allen Rechtsunterworfenen als vernünftig – weil auf verallgemeinerbaren Grundsätzen basierend – anerkannt werden kann. Wesentlich für diesen Ansatz ist es, den Prozess der staatlichen Gesetzgebung von partikularer Einflussnahme freizuhalten, damit – wie Kant formuliert – der öffentliche Wille nicht als „Privatwille gehandhabt wird“.¹⁵

¹³ Jean-Jacques Rousseau, Discours sur l'économie publique, in: ders., *Du Contrat Social*, Paris 1964, S. 68.

¹⁴ Johann Gottlieb Fichte, *Die Staatslehre, oder über das Verhältnis des Urstaates zum Vernunftstreiche*, Leipzig 1912, S. 53.

¹⁵ Kant, Zum Ewigen Frieden, Erster Definitivartikel, S. 206.

Freilich leidet die Kantische Konzeption des Republikanismus insofern an einem institutionellen Defizit, als die Antwort auf die Frage, *wie* die Allgemeinheit des staatlich-gesetzgebenden Willens realiter gewährleistet werden kann, eigenartig unbestimmt bleibt. Kant vertraut auf die Trennung von ausführendem und gesetzgebendem Willen, um jegliche partikulare Einflussnahme bei der Bildung des Allgemeinwillens auszuschalten und baut darauf, dass schon durch diese Trennung der Gesetzgebungsprozess vor partikularer Interessen-durchsetzung bewahrt werden könne. Doch auch wenn Kant mit seiner bekannten Parallelisierung von gewaltenteiliger Repräsentativverfassung und subjektivem Vernunftschluss¹⁶ die gedankliche Notwendigkeit dieser Konstruktion aufzuweisen bestrebt war, wird man sagen müssen, dass allein die Einführung von Repräsentativverfassungen im 19. Jahrhundert noch nicht das verwirklichte Reich der Freiheit mit sich brachte. Die Frage, wie sich die Bildung des Allgemeinwillens in realistischer Weise prozeduralisieren lässt, musste auch nach Kant weiterhin als offen betrachtet werden.

1.2.2 Approximation an den Gemeinwillen

In diese offene Flanke der Kantischen Argumentation stößt Friedrich Schlegel mit seinem 1796 erscheinenden Versuch über den Begriff des Republikanismus, die eine direkte Reaktion auf Kants Friedensschrift darstellt. Auf die Frage nach den Verwirklichungsbedingungen des Allgemeinwillens im positiven staatlichen Gesetz antwortet Schlegel, dass der allgemeine Wille zwar notwendige Bedingung des Republikanismus sei, im Gebiet der reinen Erfahrung aber nicht vorkommen könne und nur in der Welt der reinen Gedanken existiere. Es bleibe daher nichts weiter übrig, „als durch eine Fiktion einen empirischen Willen als Surrogat des a priori gedachten absolut allgemeinen Willens gelten zu lassen; und da die reine Auflösung des politischen Problems unmöglich ist, sich mit der Approximation dieses praktischen x zu begnügen.“¹⁷ In Umkehr der Kantischen Argumentation zur Vereinbarkeit von Monarchie und Repräsentativverfassung vertritt Schlegel die These, dass die Repräsentativität und Allgemeinheit politischer Willensbildung umso geringer ist, je weniger Personen an ihr beteiligt sind: „Da jeder empirische Wille (nach Heraklits Ausdruck) in stetem Flusse ist, absolute Allgemeinheit in keinem angetroffen wird; so ist die despotische Arroganz, seinen (väterlichen oder göttlichen) Privatwillen zum allgemeinen Willen selbst, als demselben völlig adäquat zu sankzionieren, nicht nur ein wahres Maximum der Ungerechtigkeit, sondern auch baarer

¹⁶ Vgl. Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt a.M. 1977, Rechtslehre § 46 (A 165, 166, B 196).

¹⁷ Friedrich Schlegel, Versuch über den Begriff des Republikanismus, veranlasst durch die Kantische Schrift zum ewigen Frieden, in: ders., *Schriften zur Kritischen Philosophie 1795–1805*, Hamburg 2007, S. 12, 18.

Unsinn.“¹⁸ Eine größtmögliche praktische Annäherung an den Allgemeinwillen kann nach Schlegel nur dadurch erfolgen, dass das Moment der Partikularität so weit wie möglich zurückgedrängt wird und alle empirischen Willen gleichen Anteil an der politischen Entscheidungsfindung haben: „Die einzig gültige politische Fikzion ist die auf das Gesetz der Gleichheit gegründete: Der Wille der Mehrheit soll als Surrogat des allgemeinen Willens gelten.“¹⁹ Daraus zieht Schlegel den Schluss, dass der Republikanismus notwendig demokratisch sei.²⁰ Die in der Willensfreiheit aller Subjekte begründete Gleichheit führt Schlegel zu der Konsequenz, dass der Bildung des Allgemeinwillens nur dadurch annäherungsweise entsprochen werden kann, dass sich die inhaltliche Allgemeinheit numerisch in der Zahl der Stimmberchtigten widerspiegelt.

Bemerkenswert an Schlegels Versuch, die Idee des gesetzgebenden Allgemeinwillens zu operationalisieren, sind vor allem zwei Aspekte. Zum einen beruht die Identifizierung von Republikanismus und Demokratie offensichtlich auf einem irrtümlichen Verständnis des Allgemeinwillens, wie er von Kant konzipiert wurde: Das Prinzip, dass nur solche staatlich gesetzten Regeln die Gel tung als Recht beanspruchen, nach denen „die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann“²¹ und die in diesem Sinne allgemein zustimmungsfähig sind, wird als eine Rechtserzeugungsregel gedeutet, die vorschreibt, wie Rechtssätze zustande kommen müssen, um Rechtsgeltung zu beanspruchen. Aus einer transzendentalen Grundlegung wird damit eine Genealogie staatlich gesetzten Rechts, an die Stelle seiner freiheitsgesetzlichen Verallgemeinerbarkeit tritt die Legitimation durch demokratische Urheberschaft, was in offensichtlichem Widerspruch zu Kants Ansatz steht, dass die gesetzgebende Gewalt nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen kann, der für Kant nicht der Mehrheitswille ist, sondern „der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern ein jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen“.²² Denn erst dann, wenn der vereinigte Wille des Volkes im Willen aller besteht, wird Kants Konstruktion in sich kohärent, wonach die gesetzgebende Gewalt des Volkes, von der alles Recht ausgehen soll, durch ihr Gesetz nach dem Grundsatz „volenti non fit iniuria“ schlechterdings niemand Unrecht tun darf.²³ Dass Kant damit ein allgemeines Rechtsprinzip anspricht und gerade nicht ein konkretes Verfahren zur Erzeugung positiver staatlicher Gesetze meint, macht auch verständlich, weshalb Kant gleichzeitig den Ursprung der obersten Gewalt als „in prak-

¹⁸ Ebd., S. 18 f.

¹⁹ Ebd., S. 19.

²⁰ Vgl. ebd.

²¹ Kant, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre § C (AB 33).

²² Ebd., Rechtslehre § 46 (A 165, 166, B 196).

²³ Vgl. ebd.

tischer Absicht unerforschlich“²⁴ bezeichnet und keine Probleme damit hat, wirtschaftlich Unselbständige von politischen Mitwirkungsbefugnissen auszuschließen.²⁵ Damit wird ein weiterer Aspekt des Schlegelschen Ansatzes, Republikanismus und Demokratie gleichzusetzen, offenbar: In seinem Bemühen, Republikanismus und Demokratie miteinander zu versöhnen, bringt Schlegel nur umso deutlicher zum Vorschein, dass der Kantische Republikanismus die praktischen Verwirklichungsbedingungen des freiheitsgesetzlich begründeten staatlichen Rechts marginalisiert.

1.2.3 Gemeinwohl und factions in der US-amerikanischen Verfassungsdiskussion

1.2.3.1 „Das gesuchte Heilmittel“: Die Konzeption der Federalist Papers zur Zurückdrängung von Partikularinteressen

Das Problem, wie ein allgemeiner gesetzgebender Wille prozedural hergestellt werden kann, wird in den Federalist Papers gewissermaßen ex negativo angegangen, indem dort auf der Grundlage einer verfassungshistorisch und verfassungsvergleichend geleiteten, insbesondere in Auseinandersetzung mit der klassischen Verfassungstypologie von Monarchie, Aristokratie und Demokratie stattfindenden Analyse unterschiedlicher Staats- und Regierungsformen die Frage gestellt wird, durch welches institutionelle Design der Einfluss von „Parteiungen“ (*factions*) effektiv verhindert werden kann. Dabei ist – ähnlich wie bei Rousseau und Kant – eine deutliche Abneigung gegen die attische Form der (direkten) Demokratie zu erkennen. Ausschlaggebend hierfür ist vor allem die Gefahr des Machtmissbrauchs, der Durchsetzung partikularer Interessen und daraus resultierender gesellschaftlicher Instabilität, die nach Ansicht *Madisons* nicht nur für die antike Demokratie, sondern auch für stark demokratisch geprägten Verfassungen der einzelnen nordamerikanischen Staaten kennzeichnend sind. Im zehnten Artikel der Federalist Papers führt er dazu aus:

„Mangelnde Stabilität, Ungerechtigkeit und Konfusion waren, wenn sie in die Volksversammlungen Einzug gehalten hatten, in der Tat die tödlichen Krankheiten, an denen die Volksregierung überall zugrundegegangen ist. (...) Die wertvollen Verbesserungen, die die amerikanischen Verfassungen an ihren antiken und modernen Vorbildern vorgenommen haben, können sicher nicht genug bewundert werden. Es würde aber von unverantwortlicher Voreingenommenheit zeugen, wollte man behaupten, dass sie der von dieser Seite drohenden Gefahr so wirksam begegnet sind, wie es zu wünschen und zu erwarten war. Überall hört man die Klagen der besonnensten und ehrbarsten Bürger, die sich ebenso sehr für öffentliche und private Redlichkeit einsetzen wie für die öffentliche und persönliche Freiheit, dass unsere Regierungen zu instabil sind, dass das Gemeinwohl in den Konflikten der rivalisierenden Parteien missachtet wird und dass zu oft Maßnahmen beschlossen

²⁴ Rechtslehre, Allgemeine Anmerkung A (A 173, B 203).

²⁵ Rechtslehre § 46 (A 167, 168, B 197, 198).

werden, die nicht den Erfordernissen der Gerechtigkeit und den Rechten der Minderheit entsprechen, sondern nur aufgrund der größeren Macht einer interessengeleiteten und anmaßenden Mehrheit durchgesetzt werden.“²⁶

Da die Gefahr von Parteiungen – d.h. durchsetzungswilligen und -fähigen Partikularinteressen – nicht gebannt werden könne, müssten, so *Madison*, wenigstens ihre Wirkungen kontrolliert und beschränkt werden. Solche Mechanismen seien aber in einer „reinen Demokratie“ – verstanden als „eine Gesellschaft, bestehend aus einer kleinen Zahl von Bürgern, die sich versammelt und die Regierung in Person ausübt“ – nicht vorhanden, da es bei der Mehrheit aller Bürger fast immer gemeinsame Leidenschaften oder Interessen gebe. Dann aber, so *Madison* weiter, „gibt es nichts, was den Antrieb hemmen könnte, die schwächere Partei oder einen verhassten Einzelnen zu opfern“.²⁷ Daher hätten solche Demokratien immer den Schauplatz für Unruhen und Streitigkeiten abgegeben und seien stets als mit den Erfordernissen der persönlichen Sicherheit oder den Eigentumsrechten unvereinbar betrachtet worden. Anders gewendet: Eine unkontrollierte Volksherrschaft ist in den Augen *Madisons* latent gefährlich für Freiheitsrechte und gesellschaftliche Stabilität.²⁸ Als Heilmittel gegen eine solche unkontrollierte Mehrheitsherrschaft empfiehlt er eine Regierungsform mit Repräsentativsystem, die *Republik*.²⁹ Als wesentlichen Unterschied zwischen Demokratie und Republik benennt *Madison* „die Übertragung der Regierungsverantwortung in einer Republik auf eine kleine Anzahl von Bürgern, die von den übrigen gewählt werden“. Die Wirkung des Wahlakts soll darin bestehen, dass „die öffentliche Meinung differenzierter und umfassender wird, weil sie das Medium einer ausgewählten Körperschaft von Bürgern passiert, deren Klugheit die wahren Interessen des Landes am besten erkennen lässt und deren Patriotismus und Gerechtigkeitsliebe sie am wenigsten Gefahr laufen lassen, diese Interesse kurzfristigen oder parteiischen Rücksichten zu opfern“.³⁰ Klugheit, Patriotismus, Gerechtigkeitsliebe: Der Wahlakt fungiert nicht nur als Mittel, die Zahl entscheidungsbefugter Bürger in einem Flächenstaat aus Prak-

²⁶ Publius (Madison), Federalist Nr. 10, in: Hamilton/Madison/Jay, Die Federalist Papers, S. 93 f.

²⁷ Ebd., S. 97.

²⁸ Vgl. insoweit auch die Ausführungen Madisons in der Federal Convention, in: Jonathan Elliot (Hg.), Debates on the Adoption of the Federal Constitution, in the Convention held at Philadelphia, in 1787; with a Diary of the Debates of the Confederation; as reported by James Madison, a Member, and Deputy from Virginia. Revised and newly arraged by Jonathan Elliot. Complete in one Volume. Vol. V. Supplementary to Elliot's Debates, Washington D.C. 1845, S. 163: „The lesson we are to draw from the whole is, that, where the majority are united by a common sentiment, and have an opportunity, the rights of the minor party become insecure.“

²⁹ Publius (Madison), Federalist Nr. 10, in: Hamilton/Madison/Jay, Die Federalist Papers, S. 97.

³⁰ Ebd., S. 98.

tikabilitätsgründen zu reduzieren, sondern hat durchaus den Charakter einer Auslese der Besten, die dazu befähigt sind, in ihren Entscheidungen Weitblick walten zu lassen und persönliche Interessen hintanzustellen. Damit erhält das republikanische Prinzip bewusst einen aristokratischen Einschlag. Zwar hält *Madison* es nicht für ausgeschlossen, dass Bürger, „die getrieben sind von Parteiinteressen, lokalpatriotisch gefärbten Vorurteilen oder schädlichen Absichten (...) durch Intrigen, Bestechung und andere Mittel Wählerstimmen erringen und dann die Interessen des Volkes verraten“.³¹ Diese Gefahr sieht er aber in einem großen Flächenstaat gebannt, da hier – anders als in einem antiken Stadtstaat – ein größeres Reservoir an geeigneten Kandidaten besteht und die Volksvertreter auch von einer größeren Anzahl von Bürgern gewählt würden, was die unmittelbare Einflussnahme auf die Wähler erschwere. Zudem biete der Flächenstaat mit seiner größeren Anzahl an Bürgern und seinem größeren Staatsgebiet bereits deutlich weniger Möglichkeiten zur Interessenbündelung und damit zur Bildung von Parteiungen.³²

1.2.3.2 Zum Verhältnis von Repräsentativverfassung und Demokratie

Ein repräsentatives System ist nach dieser Konzeption, anders als es die heutige Unterscheidung von „direkter Demokratie“ und „repräsentativer Demokratie“ nahelegt, kein Substitut direkter Demokratie, mit dem die fehlende Möglichkeit unmittelbarer örtlicher Versammlung und Entscheidungsfindung kompensiert werden müsste, sondern eine Regierungsform aus eigenem Recht, das den Mängeln einer unkontrollierten unmittelbaren Volksherrschaft bewusst eine differenzierte Entscheidungsfindungsstruktur³³ entgegengesetzt, um dem Gemeinwohl Geltung zu verschaffen.

Mit ähnlichen Argumenten wird im 63. Artikel der Federalist Papers die Errichtung eines Senats verteidigt: In den öffentlichen Angelegenheiten gebe es „Momente, in denen das Volk, angetrieben von irgendeiner zügellosen Leidenschaft, von der Aussicht auf irgendeinen unrechtmäßigen Vorteil oder irregeleitet durch die geschickten Fehldarstellungen von Männern, die ihr eigenes Interesse verfolgen, nach Maßnahmen verlangen mag, die es später selbst am bereitwilligsten beklagen und verurteilen wird.“³⁴ Diesem Bild einer fehlgeleiteten, für Irrtümer und Täuschungen anfälligen Menge folgt die Schilderung der Vorteile einer weitsichtigen und abwägenden Versammlung von Senatoren: „Wie

³¹ Ebd.

³² Vgl. ebd., S. 99.

³³ Zur – hier nicht zu vertiefenden – Debatte über die Gewaltenteilung zur Zeit der Ausarbeitung der US-amerikanischen Bundesverfassung vgl. Bernard Manin, „Checks, balances and boundaries: the separation of powers in the constitutional debate of 1787“, in: Biancamaria Fontana (Hg.), *The Invention of the modern Republic*, Cambridge 1994, S. 27.

³⁴ Publius (wahrscheinlich Madison), Federalist Nr. 63, in: Hamilton/Madison/Jay, Die Federalist Papers, S. 377, 379.

heilsam wird in solch kritischen Momenten der Eingriff einer maßvollen und respektablen Körperschaft von Bürgern sein, die den falschen Lauf der Dinge aufhält und den Schlag, den das Volk sich selbst zu versetzen gedenkt, so lange abbremst, bis Vernunft, Gerechtigkeit und Wahrheit ihre Herrschaft über die öffentliche Meinung wiedererlangt haben!“³⁵

Demgegenüber wird bisweilen vertreten, dass bereits der Text der US-Verfassung sowie die Federalist Papers originär demokratisch inspiriert waren, indem sie auf eine Verbindung von antiker Versammlungsdemokratie und der Idee einer repräsentativen, aber an den Willen des Volkes gebundenen Ausübung der Staatsgewalt zielten.³⁶ Insbesondere ein Brief von Alexander Hamilton an Gouverneur Morris vom 19. Mai 1777, worin Hamilton den Begriff der „representative democracy“ gebraucht,³⁷ dient dabei regelmäßig als Beleg, dass sowohl die Bundesverfassung als auch die Federalist Papers auf das Konzept einer „repräsentativen Demokratie“ Bezug genommen hätten. Doch zeigt sich gerade an diesem Text (der sich nicht auf die damals noch gar nicht ausgearbeitete Bundesverfassung bezieht, sondern auf die 1777 in Kraft getretene Verfassung des Staates New York), dass Hamilton damit ein Verfahren bezeichnet, in dem der Volkswille gerade keine dominierende Rolle spielen soll, weil dem Volk ein tiefes Misstrauen hinsichtlich seiner Urteilsfähigkeit entgegengebracht wird:

That there is a want of vigor in the executive, I believe will be found true. To determine the qualifications proper for the chief executive Magistrate requires the deliberate wisdom of a select assembly, and cannot be safely lodged with the people at large. (...) When the deliberative or judicial powers are vested wholly or partly in the collective body of the people, you must expect error, confusion and instability. But a representative democracy, where the right of election is well secured and regulated & the exercise of the legislative, executive and judiciary authorities, is vested in select persons, chosen really and not nominally by the people, will in my opinion be most likely to be happy, regular and durable.

Die Bestimmung der Repräsentanten durch Wahl dient nicht so sehr dazu, den Willen des Volkes unmittelbar zur Geltung kommen zu lassen, sondern ebenso sehr dazu, ihn einzuhegen. Umgekehrt soll die durch Wahl erzeugte Repräsentation der Gefahr entgegenwirken, dass die gesetzgebende Körperschaft zu einer rein aristokratischen Versammlung verkommt.³⁸ Das von *Hamilton* an-

³⁵ Ebd.

³⁶ So insbesondere Beatrice Brühöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den Federalist Papers*, Tübingen 2010, S. 22, passim.

³⁷ Vgl. Alexander Hamilton, in: Syrett (Hg.), *The Papers of Alexander Hamilton*, vol. 1, 1768–1778, New York 1961, S. 254 ff.

³⁸ Vgl. ebd.: „That the complexity of your legislative will occasion delay and dilatoriness is evident and I fear may be attended with much greater, evil; as expedition is not very material in making laws, especially when the government is well digested and matured by time. The evil I mean is, that in time, your senate, from the very name and from the mere circumstance of its being a separate member of the legislature, will be liable to degenerate into a body purely aristocratical.“

gedeutete Konzept hat insofern eine doppelte Stoßrichtung: es hat antidemokratische Tendenzen, soweit es einer aus gewählten Männern bestehenden Körperschaft die größere Einsicht und Weisheit zur Gesetzgebung zuspricht, und antiaristokratische Tendenzen, soweit es aus Furcht vor der Herrschaft von Partikularinteressen die Kontrolle und Abberufbarkeit dieser Körperschaft befürwortet.

Das grundsätzliche Misstrauen gegenüber den Volksmassen hat sich *Hamilton* auch noch zehn Jahre später während der Ausarbeitung der Bundesverfassung erhalten: So sah er als Delegierter der Federal Convention in Philadelphia ein wesentliches Ziel der auszuarbeitenden Bundesverfassung darin, den „excess of democracy“ zu zügeln, den er – wie etwa auch *Elbridge Gerry* als Mitunterzeichner der Unabhängigkeitserklärung – in den dreizehn Bundesstaaten ausgemacht hatte.³⁹ Erfahrungshintergrund hierfür war vor allem der von Bauern und Handwerkern ausgeübte starke Druck auf die Volksvertretungen (bis hin zu deren Boykott) zur Durchsetzung von Steuererleichterungen und Schuldennachlässen, nachdem die um Unabhängigkeit ringenden Kolonien zur Finanzierung ihres Kriegs mit dem britischen Mutterland Anleihen ausgegeben und Kredite aufgenommen hatten, die nun zu tilgen waren.⁴⁰ Ein Eingehen auf die von der Bevölkerung erhobenen Forderungen nach einer weniger rigiden Steuer- und Finanzpolitik barg durchaus die Gefahr in sich, dass die junge Republik als kreditunwürdig und wenig verlässlich erscheinen könnte. Umso stärker war das Bemühen bei der Erarbeitung der Bundesverfassung, die politische Sachentscheidungskompetenz in die Hände einer von Grundeigentümern gewählten Elite zu legen. In diesem Sinne erklärte es auch *Edmund Randolph* in der Federal Convention bei Vorlage des Virginia-Plans zum Ziel der neuen Verfassung, den Einfluss der demokratischen Bestandteile der einzelstaatlichen Verfassungen zugunsten stärkerer Kontrollmechanismen zurückzudrängen.⁴¹

Insbesondere in den Reihen der amerikanischen Forschung ist daher darauf hingewiesen worden, dass die Bundesverfassung ein wesentlich aristokratisches Dokument gewesen sei, dessen Konzeption darin lag, die demokratischen Ten-

³⁹ Vgl. die Äußerungen Gerrys vom 31. Mai 1787 und Hamiltons vom 18. Juni 1787 in: Max Farrand (Hg.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven 1912, vol. 1, S. 48, 301, 310.

⁴⁰ Vgl. hierzu Woody Holton, „An „Excess of Democracy“ – Or a Shortage? The Federalists’ Earliest Adversaries“, in: *Journal of the Early Republic*, vol. 25 (2005), no. 3, S. 339.

⁴¹ Vgl. Farrand (Hg.), *Records*, vol. 1, S. 26 f., 51, 58. Vgl. hierzu auch Willi Paul Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, Darmstadt 1973, S. 106. Adams geht freilich davon aus, dass in der Zeit der Amerikanischen Revolution im Allgemeinen nicht präzise zwischen „Demokratie“ und „Republik“ unterschieden worden und die Trennung beider Begriffe erst dem Umstand geschuldet sei, dass „die politische Terminologie einiger weniger artikulierter Federalists von 1787 und 1788 sich im Laufe des 19. Jahrhunderts auch in diesem Punkt durchsetzte und auch heute noch das pseudo-verfassungsrechtliche Argument zu hören ist, die Vereinigten Staaten seien der Intention der Gründergeneration entsprechend eine Republik, aber keine Demokratie“ (S. 110).

denzen jener Zeit zu kontrollieren.⁴² Die Behauptung, dass die Vereinigten Staaten bereits als „repräsentative Demokratie“ konzipiert worden seien, übersieht, dass in den Vorstellungen der amerikanischen Verfassungsväter die Repräsentation nicht einfach ein Modus des Demokratischen ist, sondern eine durchaus selbständige Technik politischer Herrschaft, die sich, um dem Geist eines „popular government“ gerecht zu werden und die Volkssouveränität zu schützen, aristokratischer Mittel bedient.

Daher wird der Ausdruck „representative democracy“ in den Federalist Papers oder in der US-amerikanischen Bundesverfassung auch an keiner Stelle verwendet. Den amerikanischen Verfassungsvätern das Konzept einer „repräsentativen Demokratie“ zuzuschreiben, bedeutet, ihnen eine Begriffsverwendung und ein Begriffsverständnis anzudichten, das sich so bei ihnen nicht findet. Die Verlockung dieses Vorgehens mag darin begründet liegen, dass aus einer heute gängigen Begriffsverwendung heraus Wörter und Wendungen wie „representation“, „representative government“, „popular government“ oder „republic“ unmittelbar mit dem Begriff der Demokratie assoziiert werden. Die Feststellung, dass in den Federalist Papers der Begriff der Demokratie aber in einem ganz anderen Sinne und losgelöst von der Idee einer auf Repräsentation basierenden Republik verwendet wird, ist angesichts des Textbefunds indes unvermeidlich. Daher gab es auch keine „Erfindung der repräsentativen Demokratie“⁴³ in dem Sinne, dass Demokratie und Repräsentation zu einem gegebenen Zeitpunkt bewusst zu einem neuen Konzept von Staatlichkeit verbunden wurden. Vielmehr vollzog sich die Gründung der Vereinigten Staaten auf der Basis eines durchaus *aristokratisch* geleiteten Verständnisses eines „popular government“. Der Demokratiebegriff hingegen spielte in der Gründungszeit keine tragende Rolle, wie es die Rede von der „Erfindung der repräsentativen Demokratie“ suggeriert. Wenn Thomas Jefferson in einem Brief vom 26. August 1816 an

⁴² Vgl. Gordon Wood, *The Creation of the American Republic, 1776–1787*, Chapel Hill 1969, S. 513: „The Constitution was intrinsically an aristocratic document designed to check the democratic tendencies of the period.“; John P. McCormick, „Republicanism and Democracy“, in: Niederberger/Schink (Hg.), *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh 2012, S. 89; Richard Bellamy, „Rights, Republicanism and Democracy“, in: Niederberger/Schink (Hg.), *Republican Democracy*, S. 253. William Bennett Munro, *The Makers of the Unwritten Constitution*, New York 1930, S. 85: „The American system of constitutional government began one hundred and forty years ago; but the American system of popular government, as we have it to-day, is only one hundred years old. It began with the election of Andrew Jackson in 1828. That year marks the great dividing line between government for the people and government by the people.“ Munro verbindet dies mit dem Hinweis, dass die Verfassung der Vereinigten Staaten ursprünglich kein „demokratisches Dokument“ war (S. 86).

⁴³ Vgl. Dolf Sternberger, „Die Erfindung der „repräsentativen Demokratie“. Eine Untersuchung von Thomas Paines Verfassungsideen“, in: Klaus v. Beyme (Hg.), *Theorie und Politik, Festschrift zum 70. Geburtstag für Carl Joachim Friedrich*, Den Haag 1971, S. 97, sowie das bereits angeführte Buch von Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den Federalist Papers*.

Isaac H. Tiffany (auf dessen Frage nach Jeffersons Meinung über Gillies' Übersetzung der aristotelischen Politik) von der „introduction of this new principle of representative democracy“ spricht,⁴⁴ fällt dies in eine Zeit, in der die Bundesverfassung bereits seit nahezu 30 Jahren in Kraft war und die Debatten über die verfassungsrechtliche Konstruktion der neuen Republik Geschichte waren. Freilich zeigt die von Jefferson gebrauchte Wendung, dass der Begriff der Demokratie begonnen hatte, sich von den negativen Implikationen, mit denen er vormals verbunden worden war, zu lösen.

1.3 Renaissance des Demokratiebegriffs: Egalisierungstendenzen im 19. Jahrhundert

In seiner positiven Konnotation erlangte der Begriff der Demokratie in den Vereinigten Staaten erst in der Spätphase der Early Republic Verbreitung. Will man nachvollziehen, weshalb bei im Wesentlichen unveränderten verfassungsrechtlichen Institutionen der Begriff der Demokratie gegenüber der Republik Boden gutmachen konnte, muss man das Augenmerk zunächst auf außerverfassungsrechtliche Aspekte richten. Das politische Führungspersonal der frühen nordamerikanischen Republik hatte einen durchaus elitären Hintergrund: nicht nur, dass die herausgehobenen politischen Repräsentanten aus angesehenen Familien stammten und dem „Pöbel“ distanziert gegenüber standen – auch die Erlangung politischer Ämter verdankte sich regelmäßig einer bereits bestehenden Zugehörigkeit zur politischen Klasse; so waren *John Adams* und *Thomas Jefferson* vor ihrer Präsidentschaft bereits Mitglieder im Kabinett *George Washingtons*, *James Madison* hatte als *Jeffersons* Außenminister gedient, *James Monroe* wiederum als *Madisons* Außenminister und *John Quincy Adams* schließlich als Außenminister im Kabinett *Madisons*.⁴⁵ Mit anderen Worten: Während der ersten sechs Präsidentschaften der Vereinigten Staaten hatte sich bereits ein Establishment herausgebildet, das sich zu verfestigen begann.

1.3.1 Rise of the Common Man

Gegenüber diesem elitistischen Gepräge der ersten Jahrzehnte der Vereinigten Staaten wird in der US-amerikanischen Geschichtsschreibung die darauf folgende Epoche der Präsidentschaft *Jacksons* allgemein mit dem „Rise of the

⁴⁴ Thomas Jefferson, *Political Writings*, Cambridge 1999, III.24, S. 217, 218. Dabei ist sich *Jefferson* auch durchaus des in dieser Wendung enthaltenen Spannungsverhältnisses bewusst, spricht er doch zuvor von einem „government democratical, but representative“. Vgl. hierzu auch Ferdinand Aloys Hermens, *The Representative Republic*, Notre Dame 1958, S. 152 ff.

⁴⁵ Vgl. Joseph Blau, „Jacksonian Social Thought“, in: ders. (Hg.), *Social Theories of Jacksonian Democracy*, New York 1954, S. IX f.

Common Man“ assoziiert. Ausschlaggebend hierfür dürfte eine Reihe unterschiedlicher Entwicklungen und politischer Projekte sein, die zusammen genommen zu einer Besserstellung der unteren Gesellschaftsschichten und einer breiter gefächerten politischen Partizipation führten. An vorderster Stelle ist dabei sicherlich die Einführung des allgemeinen Wahlrechts auf Bundesebene im Jahr 1830 zu nennen, das zuvor bereits in den Bundesstaaten verwirklicht worden war, freilich nicht, ohne dort heftige Debatten ausgelöst zu haben: So wurde die Verfassungsrevision von 1821 im Bundesstaat New York, mit der auch Bürger ohne Grundeigentum im Wert von über 250 \$ Zugang zu den Wahlurnen erhielten, von Auseinandersetzungen darüber begleitet, ob durch dieses „extreme of the democratic doctrine“ nicht die Grundlagen der nordamerikanischen Gesellschaft erschüttert würden, verstand sie sich doch wesentlich als eine Gesellschaft freier, unabhängiger und tugendhafter Grundeigentümer, die die Rohheit und Disziplinlosigkeit der besitzlosen Massen fürchteten.⁴⁶

Die Einforderung größerer Rechte für die ärmeren Bevölkerungsschichten ging daher notwendig mit der Behauptung einher, dass auch sie zu einer ordentlichen, ehrbaren Lebensführung, zu „self-government“, fähig seien.⁴⁷ Darin lag ein anti-elitärer und anti-aristokratischer Zug, der zugleich eine Aufwertung des „einfachen Mannes“ bedeutete und *insofern* als „demokratisch“ wahrgenommen wurde.⁴⁸ Dabei ging es weniger um die Aufgaben und die konkrete Ausgestaltung der US-amerikanischen Verfassungsorgane als vielmehr um eine gesellschaftliche Inklusion der bislang von politischer und gesellschaftlicher Partizipation ausgeschlossenen Individuen. Überaus deutlich wird dieses Verständnis etwa in der Einleitung zur 1837, dem letzten Jahr von Jacksons zweiter Amtszeit, erschienenen ersten Ausgabe des „The United States Magazine and Democratic Review“, das sich ostentativ zur „American Democracy“ bekennt. Das Schlüsselwort des „self-government“ taucht auch hier als erstes Prinzip der Demokratie auf. Mit ihm soll dargelegt werden, weshalb nicht nur eine Klasse einiger Weniger an der politischen Willensbildung teilnehmen soll, sondern alle männlichen Bürger der Vereinigten Staaten: „we believe, then, in the principle of democratic republicanism, in its strongest and purest sense. We have an abiding

⁴⁶ Vgl. Michael Zakin, „Creating a Democracy of Common Men“, in: Sean Patrick Adams (Hg.), *A Companion to the Era of Andrew Jackson*, Malden/Oxford/Chichester 2013, S. 170 f.

⁴⁷ Vgl. ebd., S. 171.

⁴⁸ Damit hängt eng der von Tocqueville beschriebene „Individualismus“ als Merkmal demokratischer Gesellschaften zusammen, mit dem Tocqueville den Rückzug des einzelnen aus der Gesellschaft in Privatleben und Familie bezeichnete, vgl. Alex de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (Œuvres complètes, tome 1, **), Paris 1951, S. 105. Die Bezeichnung „Individualismus“ war damals ein insbesondere für englische und amerikanische Ohren ein ungewöhnlicher Neologismus, vgl. hierzu Francis Otto Matthiessen, *American Renaissance. Art and expression in the age of Emerson and Whitman*, Oxford 1941, S. 6. Zudem wurde die Idee, dass der Rückzug ins Private zugleich Merkmal einer Gesellschaft sein könne, als durchaus widersprüchlich empfunden, vgl. hierzu Zakin, „Democracy“ S. 170, 172.

confidence in the virtue, intelligence, and full capacity for self-government, of the great mass of our people – our industrious, honest, manly, intelligent millions of freemen.“⁴⁹ Dem als „aristokratisch“ angeprangerten (nicht zuletzt in den Federalist Papers zum Ausdruck kommenden) Argument, dass eine Auswahl an besonders befähigten Männern sich um die Belange des Allgemeinwohls kümmern sollte, wird dezidiert entgegengetreten:

„The inference from it [i.e. this argument] is that the popular opinion and will must not be trusted with the supreme and absolute direction of the general interests; that it must be subjected to the ‚conservative checks‘ of minority interests, and to the regulation of the ‚more enlightened wisdom‘ of the ‚better classes,‘ and those to whom the possession of a property ‚test of merit‘ gives what they term ‚a stake in the community.‘ And here we find ourselves in the face of the great stronghold of the anti-democratic, or *aristocratic*, principle.“⁵⁰

Der Topos des self-government rückt die Idee der Demokratie zudem partiell in den Bereich individueller Unabhängigkeit und ungestörter privater Lebensführung. So schreibt *Walt Whitman* in einem 1847 verfassten Beitrag für den *Brooklyn Daily Eagle*:

Men must be ‚masters into themselves,‘ and not look to presidents and legislative bodies for aid. In this wide and naturally rich country, the best government indeed is ‚that which governs least.‘ One point, however, must not be forgotten – ought to be put before the eyes of the people of every day; and that is, although government can do little positive *good* to the people, it may do an *immense deal of harm*. And here is where the Beauty of the Democratic principle comes in: Democracy would prevent all this harm. It would have no man’s benefit achieved at the expense of his neighbors. It would have no one’s rights infringed upon and that, after all, is pretty much the sum; and substance of the prerogatives of government.⁵¹

Das Ideal von Freiheit und Selbständigkeit erfährt hier seine Wendung als politische Forderung nach einer auf das Nötigste beschränkten staatlichen Einmischung in die Lebensverhältnisse der Bürger – eine Forderung, die hier als „demokratisches Prinzip“ ausgegeben wird und etwa einhundertvierzig Jahre später eine Renaissance in der Staatstheorie *Robert Nozicks* erlebt.⁵² Die Idee, die hinter dieser Forderung steht, ist die einer „natürlichen“ Freiheit, in die einzutreten ein Verstoß gegen quasi gottgegebene Gesetzmäßigkeiten ist. Die natürliche Ordnung ist, eben weil sie bereits natürlich vorhanden und nicht durch den Staat geschaffen ist, durch den Staat lediglich zu erhalten und zu bewahren, nicht aber zu gestalten. Am wirkungsvollsten geschieht dies durch die Einrich-

⁴⁹ The United States Magazine and Democratic Review, Introduction, vol. 1, no. 1, October 1837, S. 2 (Hervorhebung im Original).

⁵⁰ Ebd., S. 4 (Hervorhebung im Original).

⁵¹ Walt Whitman, in: *Brooklyn Daily Eagle and King’s County Democrat* vom 26. Juli 1847 (vol. 6, no. 175), S. 2.

⁵² Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford 1974, S. 26 ff., 113 ff., 183 ff., passim.

tung einer Justiz, die auftretende Konflikte ausräumt und bestehende Rechte schützt und die dadurch den Nukleus gesellschaftlicher Ordnung bildet. In der Beschreibung dieser natürlichen Ordnung vermischen sich in eigenartiger Weise religiöse und szientistische Topoi:

Afford but the single nucleus of a system of administration of justice between man and man, and, under the sure operation of this principle, the floating atoms will distribute and combine themselves, as we see in the beautiful natural process of crystallization, into a far more perfect and harmonious result than if government, with its ‚fostering hand‘, undertake to disturb, under the plea of directing, the process. The natural laws which will establish themselves and find their own level are the best laws. The same hand was the Author of the moral, as of the physical world; and we feel clear and strong in the assurance that we cannot err in trusting, in the former, to the same fundamental principles of spontaneous action and self-regulation which produce the beautiful order of the latter.⁵³

1.3.2 Demokratie und Ökonomie

Die Freiheit von staatlichen Eingriffen zur Bewahrung einer „natürlichen“ Ordnung (sei diese religiös, philosophisch oder szientifisch verstanden) war auch die leitende Idee, die *Andrew Jackson* während seiner Präsidentschaft den als „Bank War“ bezeichneten Konflikt mit der Second Bank of the United States⁵⁴ führen ließ, der sich im Wesentlichen um die Frage des Einflusses eines starken Finanzsektors mit einer Nationalbank und Papiergegeld drehte.

Infolge stark gestiegener Baumwollpreise und einer entsprechenden Steigerung des Exportvolumens war es 1817 zu einer starken Erhöhung der Kreditvergaben gegenüber der Baumwollindustrie gekommen, was wiederum ein Heißlaufen der Wirtschaft zur Konsequenz hatte, das durch boomende Immobilienpreise sowie eine hohe Verschuldung gekennzeichnet war.⁵⁵ Anfang 1818 hatte die Second Bank bei einer emittierten Geldmenge von 23 Mio. \$, Sicht-einlagen von 13 Mio. \$ und einem Eigenkapital von 2,5 Mio. \$ Kredite in Höhe von 41 Mio. \$ vergeben, hinzu kam die Ausgabe von Banknoten in Höhe von 10 Mio. \$.⁵⁶ Neben Höchstpreisen für Immobilien war ein aufgeblähter Bankensektor die Folge, der auch das Investmentbanking sowie die Gründung der New Yorker Börse im Jahr 1817 begünstigte.⁵⁷ Mit dem anhaltenden Wirtschafts-

⁵³ The United States Magazine and Democratic Review, Introduction, vol. 1, no. 1, October 1837, S. 7.

⁵⁴ Die auf Vorschlag des damaligen Finanzministers Alexander Hamilton 1791 gegründete, der Bank of England nachempfundene First Bank of the United States war im Jahr 1811 bereits wieder abgewickelt worden, da ihre Satzung explizit nur eine Gültigkeitsdauer von zwanzig Jahren hatte; vgl. zu ihrer Funktionsweise Bray Hammond, *Banks and Politics in America. From the Revolution to the Civil War*, Princeton 1957, S. 114 ff.

⁵⁵ Vgl. Murray Rothbard, *The Panic of 1819. Reactions and Policies*, New York 1962, S. 9 ff.

⁵⁶ Vgl. Walter Smith, *Economic Aspects of the Second Bank of the United States*, Cambridge (MA) 1953, S. 49.

⁵⁷ Vgl. Rothbard, *Panic*, S. 14.

boom zeigte sich allerdings die – angesichts der Wirtschaftsdaten nicht erstaunliche – zunehmende Unfähigkeit der Banken zur Auszahlung von Hartgeld. Als zudem um die Jahreswende 1818/1819 die für den „Louisiana Purchase“ aufgenommenen Schulden zurückgezahlt werden mussten, sah sich die Second Bank zu Konsolidierungsmaßnahmen gezwungen: Die Zweigstellen erhielten Order, die von ihnen gehaltenen Noten von Banken einzelner Bundesstaaten einzulösen; zugleich wurde der bis dahin geltende Grundsatz, dass jede Zweigstelle der Second Bank die Banknoten jeder anderen Zweigstelle einzulösen habe, annulliert – die Kontraktion der Geldmenge begann.⁵⁸ Zwar gelang es der Second Bank nach der „Panic of 1819“, ihre Kassen wieder mit Bargeld zu füllen, doch bewirkte der Schrumpfungsprozess den Verfall der Preise, die Insolvenz zahlreicher Kreditinstitute und Privatleute, insbesondere Farmer, sowie eine hohe Arbeitslosigkeit in den Städten, die mit abhängig beschäftigten Handwerkern bevölkert waren⁵⁹ – Folgen, die bei vielen ein andauerndes, über die im Jahr 1821 im Wesentlichen überwundene Wirtschaftskrise hinaus bestehendes Misstrauen hervorrief und bereits Vorboten der ökonomischen und sozialen Konflikte des industriellen Zeitalters waren.

Bei Jackson war dieses Misstrauen besonders stark ausgeprägt. Dass Banken durch die Ausgabe von Noten die Geldmenge erhöhen konnten, war für ihn gleichbedeutend mit Betrug; als „echtes“ Zahlungsmittel galten ihm nur Gold- und Silbermünzen, Papiergele lud mangels eines intrinsischen Wertes für ihn zu Spekulation ein und untergrub damit die Tugendhaftigkeit der Bürger.⁶⁰ Darüber hinaus sah er darin die Gefahr einer Machtstellung der Banken begründet, die es unbedingt zurückzudrängen galt: „Moneyed power“ bedeutete, dass die Regierungsgewalt im Staat in die Hände einiger weniger überging. Nicht zuletzt schuf Papiergele nach Jacksons Ansicht künstliche Unterscheidungen, die die Reichen reicher und die Mächtigen mächtiger machte und die „humble members of society“ zur Ohnmacht verdammt, indem es sie der natürlichen Früchte ihrer Arbeit beraubte.⁶¹ Auch Anhänger Jacksons prangerten die angeblich durch die Second Bank geschaffene Ungleichheit an. William M. Gouge, ein während der Ära Jackson wichtiger Wirtschaftstheoretiker und Publizist,⁶² polemisierte gegen „those political and commercial institutions which operate unequally“: Das Streben nach Geld und Wohlstand sah er nicht als verwerflich an, und so-

⁵⁸ Vgl. ebd., S. 17f.

⁵⁹ Vgl. ebd., S. 18 ff.

⁶⁰ Vgl. Andrew Jackson, in: Farewell Address of Andrew Jackson to the People of the United States, and the Inaugural Address of Martin Van Buren, President of the United States, in: Blau, Jacksonian Social Thought, S. 1, 11 ff.

⁶¹ Vgl. Brian Luskey, „The Ambiguities of Class in Antebellum America“, in: Adams, Companion, S. 194.

⁶² Zu Gouge vgl. Benjamin Rader, „William M. Gouge: Jacksonian Economic Theorist“, in: *Pennsylvania History: A Journal of Mid-Atlantic Studies*, vol. 30, no. 4 (Oktober 1963), S. 443.

wohl dem „honest capitalist“ als auch dem „honest laborer“ gestand er das Recht zu, in ihrem jeweiligen Metier zu Reichtum zu gelangen, solange dieser als Ergebnis eigener Mühe und Arbeit gewertet werden konnte. Die „unequal political and commercial institutions“ sorgten seiner Ansicht nach aber gerade dafür, dass dieser Nexus von Arbeit und Ertrag aufgehoben und „the operation of the natural and just causes of wealth and poverty“ in ihr Gegenteil verkehrt wurde: Der natürliche Lohn des Fleißes falle an die Müßigen, und die natürliche Strafe des Müßiggangs treffe die Fleißigen.⁶³

Frederick Robinson, ein radikaler Demokrat aus Massachusetts,⁶⁴ erstreckt das Prinzip der Demokratie dementsprechend auf ökonomische Sachverhalte. In einer Rede zum 85. Jahrestag der amerikanischen Unabhängigkeit attackiert er in scharfen Worten, dass die Vereinigten Staaten sich von den Idealen ihrer Gründerväter entfernt hätten und ein enormes Maß an Ungleichheit herrsche: „For although it cannot be denied that in this country there can be no advantages, powers, or privileges which everyone has not an equal right to enjoy, yet do we not see everywhere around us, privileges, advantages, monopolies enjoyed by the few which are denied to the many (...)\".⁶⁵ In einer interessanten semantischen Operation versteht er unter „Demokratie“ nicht eine Staatsform, sondern – so wie man mit „Aristokratie“ auch die Angehörigen einer gesellschaftlichen Oberschicht bezeichnet – „the industrious classes“.⁶⁶ Folgerichtig entsteht bei ihm das Begriffspaar „democracy of the country“/„aristocracy of the country“, um die in den Vereinigten Staaten existierenden sozialen Klassen zu charakterisieren.⁶⁷ Zugleich beschreibt er mit biblischem Pathos Demokratie als gottgewollte Gleichheit aller Menschen:

All mankind are one great family, and the Almighty Father of us has made our common mother earth to produce bountifully, and more than enough, to feed, and clothe, and shelter all. He spreads his great table before us and loads it with abundance. He gives all an equal right to partake, and yet a few gormandizers devour the whole and leave the rest to want. Equality comprises everything that is good; inequality everything that is evil. Equality is liberty. Liberty without equality is dead. It is a word without meaning, mere sounding brass, and a tinkling cymbal.⁶⁸ Equality is democracy.

⁶³ Vgl. William M. Gouge, *A Short History of Paper Money and Banking in the United States*, Philadelphia 1833, S. 91.

⁶⁴ Zu Frederick Robinson vgl. Christopher L. Tomlins, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge 1993, S. 191 ff.

⁶⁵ Frederick Robinson, *An Oration delivered before the Trades Union of Boston and Vicinity*, Boston 1834, S. 5.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ Vgl. ebd., S. 5 f., passim.

⁶⁸ Ebd., S. 10.

1.4 Von der Staatsform zum gesellschaftlichen Prinzip: Metamorphosen der Demokratie

1.4.1 Neucodierung des Demokratiebegriffs

Damit ist eine Neucodierung des Demokratiebegriffs vorgenommen, die im Wesentlichen durch drei Elemente gekennzeichnet ist und die noch heute die Diskussionen um den Gehalt des Demokratiebegriffs bestimmen:

Erstens löst sich der Demokratiebegriff hier endgültig von seinen antiken Wurzeln; die institutionellen Arrangements der attischen Demokratie, die in den Federalist Papers noch Gegenstand ernsthafter Auseinandersetzung waren, spielen hier keine Rolle mehr. Überhaupt ist Demokratie kein Konzept mehr, das noch in relevanter Weise mit der klassischen Staatsformenlehre in Verbindung gebracht wird. An die Stelle der Kontrastierung mit Monarchie und Aristokratie tritt, zweitens, Demokratie in Konkurrenz zu einer neuen Art der Aristokratie, als welche die außerhalb des politischen Repräsentativsystems sich entwickelnden wirtschaftlichen Vermachtungstendenzen bezeichnet werden. Demokratie als Prinzip gleicher Freiheit richtet sich nicht primär gegen eine vom Volk gewählte staatliche Elite, sondern gegen die antiegalitären Konsequenzen einer verselbständigtene, uneingehegten Finanz- und Wirtschaftspolitik, die die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten der unteren Gesellschaftsschichten beschränkt. Über die Kritik an der bestehenden Wirtschaftsordnung wird Demokratie, drittens, zur Chiffre für das Projekt einer egalitären Gesellschaftsordnung und, à la longue, einer Sozialutopie der Freiheit von gesellschaftlichen Macht- und Herrschaftsverhältnissen überhaupt, wie sie etwa in Walt Whitmans „Democratic Vistas“ zum Ausdruck kommt.⁶⁹

Diese Neucodierung des Demokratiebegriffs ist es auch, die den Rahmen für die bekannteste Schilderung der gesellschaftlichen Verhältnisse im Amerika des ersten Drittels des 19. Jahrhunderts abgibt und die zur Identifikation des politischen Systems der Vereinigten Staaten mit dem Begriff „Demokratie“ führt: Tocquevilles Buch *Über die Demokratie in Amerika*.⁷⁰ Das Attribut „demokratisch“ verwendet Tocqueville nicht primär für das politische System der Vereinigten Staaten im engeren Sinne, sondern vielmehr für den bereits vor der Unabhängigkeit vom britischen Mutterland bestehenden „état social des Anglo-Américains“.⁷¹ Als demokratisch gilt ihm die nordamerikanische Gesellschaftsordnung vor allem wegen des dort herrschenden Erbfolgerechts, der Streuung der Vermögen und der Nichtexistenz einer auf hohen Vermögen basierenden Erbaristokratie; dort, wo es eine große Vermögenkonzentration gebe, sei

⁶⁹ Vgl. etwa Walt Whitman, *Democratic Vistas*, Iowa City 2010, S. 17, 22 f., 29, 57, passim.

⁷⁰ Den Zusammenhang dieses Buchs mit der Ära Jacksons betont etwa Harold Laski, „Introduction“, in: de Tocqueville, *Démocratie*, S. X ff.

⁷¹ de Tocqueville, *Démocratie*, S. 45.

sie regelmäßig das Ergebnis vorausgegangener Arbeit.⁷² Zudem herrsche überall ein vergleichbarer mittlerer Bildungsstand ohne große Ausschläge nach unten oder oben.⁷³ Mit anderen Worten: die geringe Ungleichheit bei der Verteilung von Vermögen und Bildung (eine Annahme, die freilich den rhetorischen Kämpfen der Jackson-Ära zuwiderläuft) legt es für *Tocqueville* nahe, die amerikanische Gesellschaft als „demokratisch“ zu bezeichnen. Die anti-aristokratische Struktur dieser Gesellschaft zeigt sich für ihn darin, dass sie „Geschmack an jeder Art von Unabhängigkeit gefunden“ hat.⁷⁴

1.4.2 Demokratie als gesellschaftliches Prinzip

Der Fokus, der im Rahmen der Diskussion um den Demokratiebegriff auf Fragen der persönlichen Unabhängigkeit und der Gestaltung der ökonomischen Verhältnisse gerichtet wird, findet interessanterweise eine gewisse Parallele in damaligen Bemühungen der deutschen Staatsrechtslehre, den Demokratiebegriff durch positive Konnotation in die Staatsrechtslehre zu integrieren, ihm aber gleichzeitig die politische Spalte zu nehmen und ihn so von einem politischen zu einem gesellschaftlichen Prinzip umzuformen.

So lenkt *v. Rotteck* im Artikel „Demokratie“ des Staatslexikons den Demokratiebegriff auf die wirtschaftlichen Verhältnisse jener Zeit, wie es auch der Verwendung des Demokratiebegriffs in den Vereinigten Staaten in der Ära Jackson entsprach: *v. Rotteck* sieht die eigene Epoche als Übergangszeit, die mit der Abschaffung des Zunftzwangs und der Einführung der Gewerbefreiheit sowie durch Mechanisierung und Fabrikwesen eine große wirtschaftliche Ungleichheit und eine „Aristokratie des Reichthums“ hervorgebracht habe, die eine „erdrückende Abhängigkeit der zahlreichern ärmeren Classe zur Folge hat“.⁷⁵ Zur Behebung dieses Zustands setzt *v. Rotteck* auf „raschere Verbreitung und Vervollkommnung des Volksunterrichts“ und dadurch zunehmende Bildung der unterprivilegierten Schichten; hieran macht er die „Frage nach dem Wachsthum des demokratischen Elements und nach seiner Aussicht auf Herrschaft oder Unterdrückung“ fest.⁷⁶ Ein aufgrund einer solchen gleichmäßigen „Durchbildung der Volksmassen“ prognostiziertes „wachsendes Gefühl von Gleichheit und persönlicher Selbständigkeit“⁷⁷ dient *v. Rotteck* zur Überleitung von der „Demokratie“ zum „demokratischen Prinzip“, das in der ersten Auflage des Staatslexikons noch einen eigenen Eintrag erhalten hatte. Unter dem „demokratischen Prinzip“ nun versteht er „nicht blos eine Staats- oder

⁷² Vgl. ebd., S. 45 ff.

⁷³ Vgl. ebd., S. 51 f.

⁷⁴ Vgl. ebd., S. 46.

⁷⁵ Carl *v. Rotteck*, Art. „Demokratie“, in: *Staats-Lexikon*, Vierter Band, Altona 1837, S. 241, 250.

⁷⁶ Vgl. ebd., S. 251.

⁷⁷ Ebd., S. 252.

Regierungs-Form, sondern ein Prinzip, ein die ganze Gesellschafts-Ordnung, oder vielmehr das ganze gesellschaftliche Leben und das gesellschaftliche Recht durchwehender Geist“.⁷⁸ Daher ist für v. Rotteck „Demokratie“ auch keineswegs gleichbedeutend mit „Volksherrschaft“ und stellt auch keinen Gegensatz zur Monarchie dar.⁷⁹ Hinter dem Prinzip der Demokratie stehe vielmehr die Idee eines dem vereinigten Staatsvolk zukommenden Gesamtrechts, dem bereits dann genüge getan sei, „wenn oder insofern der Grundsatz des gleichen Rechtes im Gegensatz der Bevorrechtung in Herrschaft gesetzt ist“.⁸⁰ Demokratie als ein auf Gleichheit ausgerichtetes Rechtsprinzip finde ihren eigentlichen Gegensatz daher in der *Aristokratie*.⁸¹ In dieser Deutung fällt das demokratische Prinzip letztlich insofern mit einem vernunftrechtlich begründeten Rechtsprinzip zusammen, als es eben nicht eine Staatsform bezeichnet, sondern einen Grundsatz, der der Wahl der Staatsform vorausgeht und die Gleichberechtigung der den Staat konstituierenden Gesellschaftsmitglieder zum Grund hat. Die Parallelen zu der Verwendungsweise, die der Demokratiebegriff in Nordamerika in der Ära der *Jacksonian Democracy* erhalten hat, sind durchaus frappierend: sowohl hier als auch dort wird die Herrschaft einer Wirtschaftsaristokratie beklagt, die Selbständigkeit der Lebensführung der breiten Volksmassen gegenüber ökonomischer Abhängigkeit eingefordert und die Rechtsgleichheit aller Staatsbürger reklamiert. Freilich unterscheidet sich das Rottecksche Verständnis des demokratischen Prinzips vom nordamerikanischen wesentlich dadurch, dass in den USA die Forderung nach politischer Gleichberechtigung mit dem ökonomischen Anti-Aristokratismus stets Schritt hält, während es in Deutschland eher darum zu gehen scheint, dem Einzelnen eine rechtsstaatlich abgesicherte Sphäre privater Lebensgestaltung zu garantieren.

Nicht zuletzt diese Trennung von privater und politischer Sphäre und – damit zusammenhängend – abgestufter Demokratiebegriffe ist es, die den jungen Karl Marx in seiner Kritik des Hegelschen Staatsrechts zu der Forderung veranlasst, mit dem demokratischen Prinzip ernst zu machen und die Trennung von bürgerlicher Gesellschaft und politischem Staat in der Demokratie aufzuheben. Erst in der Demokratie werde das formelle Prinzip, als welches sie im Verständnis v. Rottecks jeder Form von Staatlichkeit zugrunde liegt, zugleich zu einem materiellen Prinzip und damit wirklich. Insofern sei allein die Demokratie die wahre Einheit des Allgemeinen und des Besonderen, d.h. erst die Demokratie sei überhaupt *wahrer Staat*. So wie das Christentum Religion κατ' ἔξοχήν sei, weil es die Deifizierung des Menschen nicht nur als Prinzip begriffen, sondern auch zu seinem Inhalt gemacht habe, sei auch die Demokratie das

⁷⁸ Ders., Art. „Demokratisches Prinzip; demokratisches Element und Interesse; demokratische Gesinnung“, in: *Staats-Lexikon*, Vierter Band, S. 252.

⁷⁹ Vgl. ebd., S. 254 f.

⁸⁰ Ebd., S. 255.

⁸¹ Vgl. ebd., S. 256.

Wesen aller Staatsverfassung.⁸² In der Demokratie als einem aus der Abstraktion befreiten, d.h. nicht mehr im Widerspruch von politischem Prinzip und staatlich-institutionalisierte Realität gefangenen Gemeinwesen, ist der Begriff des Staats dann auch nicht etwas von der privaten Lebensführung und gesellschaftlicher Wirklichkeit Getrenntes. Als Prinzip jeglicher Form von Sozialität beschränkt sich Demokratie für Marx nicht auf das, was er als „politische Verfassung“ bezeichnet, sondern ist für ihn ein alle Sphären des Rechts und der Gesellschaft durchdringender Grundsatz.⁸³ Abstrakte Rechtsformen wie Eigentum und Vertrag sowie gesellschaftliche Institutionen begreift er in gleicher Weise als von der Sphäre des Politischen nicht prinzipiell geschiedene Aspekte staatlichen Daseins. Gesellschaft und (politischer) Staat bilden nur spezifisch organisierte Formen kollektiver Selbstbestimmung mit jeweils unterschiedlichem Inhalt. Demokratie umfasst insofern das normative Leitbild einer auf umfassende Verwirklichung angelegten gesellschaftlichen und politischen Selbstbestimmung.⁸⁴ Die gleiche Stoßrichtung hat Arnold Ruges 1849 erschienenen Schrift „Die Gründung der Demokratie in Deutschland oder der Volksstaat und der social-demokratische Freistaat“ das demokratische Prinzip als „bewußte Selbstbestimmung, welche die ganze Gesellschaft durchdringt und bewegt.“⁸⁵ Die „Anwendung des demokratischen Princips auf Eigenthum, Arbeit und Verkehr“ ist für Ruge „die Lösung der socialen Frage, die Durchführung des demokratischen Princips in der ökonomischen, der politischen und der freien Gemeinde, oder in der socialen, politischen und idealen Welt ist die Gründung des socialdemokratischen Freistaates.“⁸⁶ Dementsprechend ist nur eine Verfassung, in der sich das Volk „wirklich“ selbst regiert, mithin eine „reine Demokratie“, für Ruge „des Menschen würdig und ein wirklicher Freistaat“⁸⁷ In dieser Betrachtungsweise ist das „demokratische Prinzip“ kein von der „reinen Demokratie“ unterschiedenes, die repräsentativen Elemente der konstitutionellen Monarchie bezeichnendes Element mehr, sondern etwas, das im Bereich der politischen Verfassung identisch ist mit der „reinen Demokratie“, darüber hinaus aber noch eine gesellschaftliche und ökonomische Di-

⁸² Vgl. Karl Marx, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, in: MEGA I/2, Berlin 1982, S. 3, 31.

⁸³ Vgl. hierzu Norbert Kostede, *Staat und Demokratie. Studien zur politischen Theorie des Marxismus*, Darmstadt/Neuwied 1980, S. 122 ff., 135 ff. Eine Aktualisierung dieses Demokratiekonzepts unter expliziter Bezugnahme auf Marx findet sich etwa bei Simon Critchley, „Wahre Demokratie – Marx, politische Subjektivitäten und anarchische Meta-Politik“, in: Alfred Heidbrink/Ludger Hirsch (Hg.), *Staat ohne Verantwortung? Zum Wandel der Aufgaben von Staat und Politik*, Frankfurt a.M./New York 2007, S. 167, 180 ff.

⁸⁴ Vgl. Marx, *Kritik*, S. 31 f.

⁸⁵ Arnold Ruge, *Die Gründung der Demokratie in Deutschland oder der Volksstaat und der social-demokratische Freistaat*, Leipzig 1849, S. 35.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Ebd., S. 3.

mension hat und der „wahren Humanität“ in allen sozialen Zusammenhängen zum Durchbruch verhelfen soll.⁸⁸

1.5 Demokratie: Projekt der Moderne und republikanisches Erbe

Reinhart Koselleck hat in Anlehnung an Jaspers die Zeit zwischen der Mitte des achtzehnten und der Mitte des neunzehnten Jahrhunderts als „Sattelzeit“ bezeichnet, die dadurch gekennzeichnet ist, dass sich in diesem Zeitraum „ein tiefgreifender Bedeutungswandel klassischer topoi vollzogen, daß alte Worte neue Sinngehalte gewonnen haben (...). Entsprechende Begriffe tragen ein Janusgesicht: rückwärtsgewandt meinen sie soziale und politische Sachverhalte, die uns ohne kritischen Kommentar nicht mehr verständlich sind, vorwärts und uns zugewandt haben sie Bedeutungen gewonnen, die zwar erläutert werden können, die aber auch unmittelbar verständlich zu sein scheinen.“⁸⁹

Für die Begriffe Republik und Demokratie trifft diese Charakterisierung in besonderer Weise zu: Da „Demokratie“ heutzutage mit der etablierten Form verfassungsstaatlicher Repräsentativverfassung gleichgesetzt wird, erscheint die Kritik der Spätaufklärung an der Demokratie heute befremdlich. Die gängige Reaktion hierauf besteht darin, dass die Demokratiekritik entweder übergangen wird oder aber die Theorie des Republikanismus als „eigentlich“ demokatisch qualifiziert wird. Dem liegt die Überzeugung zu Grunde, dass die Demokratie ein mit der umfassenden Selbstbestimmung des Subjekts verbundenes Projekt der Moderne sei, das die gesamte gesellschaftlich-politische Sphäre umspanne. Das kritische Potenzial, das der Begriff der Republik einst gegenüber der klassischen Staatsformenlehre und damit auch gegenüber der Demokratie hatte, gerät dabei in Vergessenheit. Wenig präsent und daher in starkem Maße erläuterungsbedürftig sind auch die aristokratischen Tendenzen der frühen republikanischen Repräsentativverfassung und die hiergegen gerichteten demokatisch-egalitären Teilhabeforderungen, die zugleich den Ausgangspunkt für Kritik an jedweder Form gesellschaftlicher (nicht nur staatsorganisatorischer) Vermachtung bildeten.

Mit der Umbildung der Begriffe sind freilich die Problemlagen, die der aufklärerischen Demokratiekritik sowie der demokratischen Reaktion auf Mangel des Repräsentativsystems zugrunde lagen, nicht völlig verschwunden, sondern bestehen in veränderter Form fort. Allerdings werden diese Problemlagen heute mit einem in der Regel unklaren Begriffsinstrumentarium behandelt. So reagiert man auf Bewegungen, die unter Berufung auf die Meinung des „Vol-

⁸⁸ Ebd., S. 36 f.

⁸⁹ Reinhart Koselleck, „Einleitung“, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhard Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Stuttgart 2004, Bd. 1, S. XV.

kes“ die Rechte einzelner Subjekte oder von Minderheiten in Frage stellen, mit dem hilflos anmutenden Vorwurf des „Populismus“. Diese Hilflosigkeit dürfte durch eine semantische Überbewertung des Topos der „demokratischen Legitimation“ entstanden sein, der es erschwert, real erhobene Forderungen, auch wenn sie bei Realisierung schwerwiegend in die Rechte Dritter eingriffen, a priori als illegitim zu verstehen. Andererseits werden – wie besonders an Colin Crouchs Theorie der Postdemokratie zu sehen ist⁹⁰ – Machtbündelungen, Abschottungen und die Dominanz partikularer Interessen im politischen Prozess als Verfallsform eines im Ursprung demokratischen Systems deklariert, ohne dass gesehen wird, dass das Repräsentativsystem in seiner grundsätzlichen Ausrichtung bereits nicht als rein demokratisch verstanden werden kann, sondern schon aristokratische Tendenzen in sich trägt, die es immer wieder einzuhegen gilt. Die Vergegenwärtigung der republikanischen Begründungstradition und der demokratisch inspirierten Kritik an der Repräsentativverfassung kann dabei helfen, sowohl die Legitimität staatlicher Ordnung aus der Idee der Rechtssubjektivität als auch die Gleichheit politischer Teilhabe- und Gestaltungsrechte besser zu begründen, als ein historisch undifferenziertes demokratisches Narrativ dies vermag.

⁹⁰ Vgl. Colin Crouch, *Postdemokratie*, Frankfurt a.M. 2008, S. 8 ff., passim.

I.2

Das Problem der Volkssouveränität

Horst Dreier

2.1 Ausgangspunkt: Verfassungsrechtliche Verankerung

„Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“ So steht es in Art. 20 Abs. 2 des Grundgesetzes, das hiermit in Aufnahme mächtiger historischer Traditionen eine Aussage von fundamentaler Bedeutung trifft.¹ In der Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass mit diesem Satz das Prinzip der Volkssouveränität zum Ausdruck gebracht wird.² Hans Meyer, der gewiss nicht im Verdacht steht, regelmäßig und im Übermaß Lob zu spenden, meinte sogar, schöner und einfacher könne man das Prinzip der Volkssouveränität nicht in Worte kleiden.³ Die großen historischen Vorbilder dieses elementaren Satzes stammen aus der amerikanischen und französischen Revolution. In Art. 2 der Virginia Bill of Rights von 1776 heißt es: „That all power is vested in and consequently derived from the people“, und Art. 3 der französischen Menschenrechtserklärung aus dem Jahre 1789 verkündet, dass der „Ursprung aller Souveränität seinem Wesen nach beim Volke“⁴ liegt. Volkssouveränität stellt ein Legitimitätsprinzip dar, das sein Profil nicht zuletzt dadurch erhält, was mit ihm abgewiesen wird. Staatliche Herrschaft gründet sich nach diesem Prinzip *nicht* auf eine metaphysische oder sakrale Instanz, *nicht* auf die Blaublütigkeit alter Adelsgeschlechter oder geheiligte Traditionen, *nicht* auf das Charisma überragender Führergestalten oder das Gottesgnadentum eines Monarchen, sondern allein auf den Willen der zum Staatsvolk zusammengefassten Individuen. „We the People“ – das sind die berühmten ersten drei Worte der US-Verfassung von 1787.

¹ Vgl. Horst Dreier, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 20 (Demokratie), Rn. 82 ff.

² Zu Geschichte und Struktur näher Peter Graf Kielmansegg, *Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität*, Stuttgart 1977, insb. S. 16 ff., 168 ff.; Hasso Hofmann, „Über Volkssouveränität“, in: *Juristenzeitung* 69 (2014), S. 861–868.

³ Hans Meyer, „Repräsentation und Demokratie“, in: Horst Dreier (Hg.), *Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag*, Berlin 2005, S. 99–112 (104).

⁴ Der Artikel lautet vollständig: „Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité, qui n'en émane expressément.“ Siehe auch die Französische Verfassung v. 1791, Titel III, Art. 1: „Die Souveränität ist einheitlich, unteilbar, unveräußerlich und unverjährlbar. Sie gehört der Nation. Kein Teil des Volkes und keine einzelne Person kann sich ihre Ausübung aneignen.“

Der in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 formulierte Grundsatz der Volkssouveränität benennt das Volk als Legitimationssubjekt und die staatliche Gewalt als Legitimationsobjekt.⁵ Er insinuiert aber ebensowenig wie seine berühmten Vorfächer eine Identität von Trägerschaft und Ausübung der Staatsgewalt im Sinne der illusionären Vorstellung, nur das Volk selbst könne als Akteur verbindlicher staatlicher Entscheidungen fungieren. Denn die Volkssouveränitätsdoktrin stellt „keine Zuständigkeitsregelung, sondern ein Legitimations- und Verantwortungsprinzip“,⁶ einen „Grundtatbestand aller Legitimation staatlicher Herrschaft“⁷ dar. Das Volk erlangt mit diesem Satz keinen monopolartigen Kompetenztitel; verlangt wird allerdings eine Rückführbarkeit aller staatlichen Gewalt auf das Volk. Auch das drückt die französische Menschenrechtserklärung in Art. 3 sehr genau aus, wenn wir dort nach dem bereits zitierten Einleitungssatz lesen: „Keine Körperschaft, kein Individuum können eine Gewalt ausüben, die nicht ausdrücklich von ihr [der Nation, H.D.] ausgeht.“⁸

Es bedarf also einer näheren Ausgestaltung des Grundsatzes der Volkssouveränität und somit eines weiteren Vermittlungsschrittes. Dieser erfolgt in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG mit dem nicht minder klaren und nicht minder traditionsgeladenen Satz, wonach diese Staatsgewalt „in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe [...] ausgeübt“ wird. Zwischen Ausgehen (Satz 1) und Ausüben (Satz 2) besteht ein sprachlicher wie sachlicher Unterschied. Zur Benennung des Legitimationssubjekts (Volk) und des Legitimationsobjekts (staatliche Gewalt) hinzu tritt jetzt die Markierung der beiden Legitimationsmodi: Wahlen und Abstimmungen.⁹ Wahlen sind Personalentscheidungen, während durch Abstimmungen eine Sachfrage durch das Volk selbst entschieden wird.¹⁰ Und da es für Abstimmungen im Grundgesetz keinen Anwendungsfall gibt,¹¹ kann man sagen: Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG sta-

⁵ Es geht also um die Volkssouveränität im Verfassungsstaat. Das Volk figuriert hier als Verfassungsorgan, nicht als Verfassungsschöpfer. Aber auch die Ausübung der verfassunggebenden Gewalt lässt sich als Ausübung des Gedankens der Volkssouveränität begreifen. Zum Souveränitätskonzept näher Horst Dreier, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Tübingen 2014, S. 111 ff.

⁶ Rolf Grawert, „Staatsvolk und Staatsangehörigkeit“, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 16 Rn. 30. Eingehend Utz Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Tübingen 2004, S. 140 ff., 164.

⁷ Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideal*, 2. Aufl., Berlin 2006, Kap. II, Rn. 81 (S. 88). Siehe auch Kielmansegg, Volkssouveränität, S. 230 ff.: „Volkssouveränität als Legitimitätsprinzip“.

⁸ Vgl. Fn. 4.

⁹ Näher Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Demokratie), Rn. 94 ff.

¹⁰ Statt vieler: Werner Heun, *Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 2012, S. 39.

¹¹ Gern führt man als vermeintliche Ausnahmen für Abstimmungen Art. 29, 118 und 118a GG an. Doch handelt es sich hierbei nicht um eine alternative Form der Entscheidung des gleichen Staatsvolkes, wie das etwa die Bayerische Verfassung in Art. 72 Abs. 1 deutlich aus-

tuiert den Grundsatz der Volkssouveränität, Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG formt die Ausübung der staatlichen Gewalt in Gestalt einer strikt repräsentativen Ordnung aus, weil das Wahlrecht die einzige Form der direkten Ausübung von Staatsgewalt durch das Volk darstellt. Auch dafür bietet die französische Verfassung von 1791 das Vorbild, bei der es sich nach dem Urteil von Ernst Fraenkel um die „extremste Erscheinungsform einer Repräsentativverfassung“¹² handelt. Dort heißt es in Titel III, Art. 2:

Die Nation, von der allein alle Gewalten ihren Ursprung haben, kann sie nur durch Übertragung ausüben. Die französische Verfassung ist eine Repräsentativverfassung. Ihre Repräsentanten sind die gesetzgebende Körperschaft und der König.¹³

2.2 Das Problem: Verbandshandeln qua Repräsentation

Das verweist auf das uralte und weit über das Staatsrecht hinausreichende Problem, die Einheit eines politischen Verbandes dadurch herzustellen und zu gewährleisten, dass man die Handlungen einzelner Personen oder Institutionen als verbindlich für alle Mitglieder des politischen Verbandes ansehen kann.¹⁴ Repräsentation lautet daher das entscheidende Stichwort. Denn unausweichlich setzt die Ausübung staatlicher Herrschaft, zumal in einem Großflächenstaat, repräsentative Strukturen voraus. Das Problem der Volkssouveränität liegt in der Repräsentation des Staatsvolkes, ohne welche dieses kein handlungs- oder willensfähiges Subjekt ist. Dabei ist insbesondere zu klären, welcher Legitimations-, Autorisierungs- und Verantwortungszusammenhänge es für eine solche Zurechnung bedarf. Obwohl nicht alle entscheiden, soll die Entscheidung als Entscheidung aller gelten und demgemäß auch für alle Verbindlichkeit entfall-

spricht („Die Gesetze werden vom Landtag oder vom Volk [Volksentscheid] beschlossen.“), sondern um bloße Territorialplebiszite – nicht um Volksentscheide, sondern um Entscheide bestimmter Bevölkerungsteile. Zur näheren Begründung Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Demokratie), Rn. 100.

¹² Ernst Fraenkel, „Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat“ (1958), in: ders., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 7. Aufl., Stuttgart u.a. 1979, S. 113–151 (132); ebd. heißt es ferner, Repräsentation bedeute nach der Staatstheorie von 1789 „absorptive Repräsentation, d.h. die Omnipotenz der Repräsentanten und die Impotenz der Repräsentierten“. Siehe auch S. 133: „In der Verfassung von 1791 ist der Gedanke der Repräsentation so radikal zu Ende gedacht, daß er sich selber aufhebt.“

¹³ Dazu Hasso Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert* (1974), 4. Aufl., Berlin 2003, S. 406 ff.

¹⁴ Grundlegend Hofmann, Repräsentation. Knappe Skizze der Problematik: Hasso Hofmann/Horst Dreier, „Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz“, in: Wolfgang Zeh/Hans-Peter Schneider (Hg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Berlin/New York 1989, § 5 Rn. 1 ff.

ten. Die zentrale Frage lautet daher, „wer in welchem Umfang und mit welcher Legitimation verbindliche Entscheidungen treffen darf“.¹⁵

Lässt sich diese Problemstellung im Rahmen einer Demokratietheorie sinnvoll konstruieren? Bei der keineswegs einfachen Beantwortung dieser Frage ist immer auch die populäre Diffamierung der repräsentativen Demokratie als eines ideologischen Konstrukts in Rechnung zu stellen, das die Massen blenden und den falschen Schein einer volkssouveränen Herrschaftsgewalt aufrechterhalten soll, während es sich dieser vermeintlich ideologiekritischen „Aufklärung“ gemäß tatsächlich nur um die angemäßte Herrschaft einer Politikerkaste handelt.

2.3 Irrweg: Abbild- und Elitetheorien

Die Lösung des Problems kann einerseits nicht in der „vulgär-demokratischen“¹⁶ Vorstellung bestehen, Repräsentation nach Maßgabe der Volkssouveränität sei nichts anderes als die reine Abbildung eines präexistenten Volkswillens, der durch das Parlament oder eine andere Institution nur noch in authentischer Weise artikuliert oder dargestellt werden müßte. Zu verabschieden sind demgemäß alle Modelle reiner Abbildrepräsentation und nicht minder alle sonstigen mythologisierenden Ideen eines wahren und echten Volkswillens. Als gänzlich untauglich erweisen sich insbesondere die lange nachwirkenden idealistischen Repräsentationskonzepte von Carl Schmitt und – ihm folgend – Gerhard Leibholz,¹⁷ wonach Repräsentation ausschließlich für transzendenten Werte, Ideen oder Mächte im Sinne einer „höheren Art des Seins“¹⁸ in Betracht

¹⁵ So prägnant Hans Boldt, „Was ist ‚moderne politische Repräsentation‘?“, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 18 (2008), S. 105–126 (115).

¹⁶ Wendung: Ernst Fraenkel, „Historische Vorbelastungen des deutschen Parlamentarismus“ (1960), in: ders., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, S. 13–31 (20).

¹⁷ Leibholz konzipiert Repräsentation unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Carl Schmitt in elitär-aristokratischer Weise: Sie ist ihm zufolge verwiesen auf „eine ideell bestimmte Wertsphäre“, sodass nur mit Autorität und Würde ausgestattete Ordnungsmächte und Ideen (wie z.B. die Volksgemeinschaft, der Papst oder ein Monarch) repräsentiert werden können, nicht aber ökonomische oder soziale Interessen. Siehe Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert* (1929), 3. Aufl., Berlin 1966 (Nachdruck Berlin/New York 1973 u.d.T.: Die Repräsentation in der Demokratie), S. 31 ff., 166 ff. – Siehe noch unten bei und in Fn. 88 ff.

¹⁸ Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), 5. Aufl., Berlin 1970, S. 210: „In der Repräsentation [...] kommt eine höhere Art des Seins zur konkreten Erscheinung.“ Mit Worten wie Größe, Majestät, Ruhm, Würde und Ehre versuche man jene Hoheit zu umschreiben. Bloße Privatinteressen hingegen könnten nicht repräsentiert werden: „Was nur Privatsache [fehlt]: ist, H.D.] und nur privaten Interessen dient, kann wohl vertreten werden, aber es wird nicht in einem spezifischen Sinne repräsentiert.“ (S. 210). Als eine Verfallsform stellt sich ihm also dar, wenn die Wahl zum Parlament eine „bloße Bestellung von Interessenvertretern und Agenten“ ist (S. 219).

komme, nicht jedoch für die Vertretung realer ökonomischer oder sozialer Interessen. Mit solchen Vorstellungen ist im Wortsinne kein demokratischer Staat zu machen. Vielmehr bedarf es der doppelten Einsicht, dass Demokratie einerseits nicht dem (ebenso utopischen wie ideologiefähigen) Telos der Herrschaftslosigkeit verpflichtet ist,¹⁹ sondern eine bestimmte, aber eben besonders anspruchsvolle, weil auf Gleichheit und Freiheit der Aktivbürger fußende Organisation der Herrschaft meint,²⁰ und dass sie andererseits den Anspruch erhebt, Herrschaft auf den Willen des Volkes zu gründen. Demokratie ist eine auf kollektive Selbstbestimmung einer Gesellschaft Freier und Gleicher zielende Herrschaftsform, die ein Organisationsproblem zu bewältigen hat.

2.4 Basis: Pluralismus, nicht Homogenität

Für die Bewältigung der soeben erwähnten Organisationsfrage ist von zentraler Bedeutung der Umstand, dass das Volk keine homogene, substantiell gleichartige Größe darstellt. Wenn man Demokratie hingegen mit Carl Schmitt definiert als „Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchnenden“,²¹ dann kommt entscheidende Bedeutung der substantiellen Gleichheit des Volkes zu, die im Kern Gleichartigkeit meint.²² So heißt es in seiner Parlamentarismusschrift mit hinlänglicher Deutlichkeit: „Die politische Kraft einer Demokratie zeigt sich darin, dass sie das Fremde und Ungleiche, die Homogenität Bedrohende zu beseitigen und fernzuhalten weiß.“²³ Da auch in der Demokratie Herrschaft nicht entfällt und die Differenz von Regierenden und Regierten aufrechterhalten bleibt, hängt für Schmitt alles davon ab, dass die Regierenden „in der substantiellen Gleichartigkeit des

¹⁹ Auch Herrschaft des Volkes bleibt Herrschaft. Siehe dazu schon Richard Thoma, „Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff. Prolegomena zu einer Analyse des demokratischen Staates der Gegenwart“ (1923), in: ders., *Rechtstaat – Demokratie – Grundrechte. Ausgewählte Abhandlungen aus fünf Jahrzehnten*, herausgegeben und eingeleitet von Horst Dreier, Tübingen 2008, S. 91–119 (111, 113): „geherrscht [...] wird auch in der demokratischen Genossenschaft [...]. Allerdings ist die Herrschaftsweise von besonderer Art.“; Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 7 f.; Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, S. 247 (6. Aufl., Tübingen 1983, S. 279).

²⁰ Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Demokratie), Rn. 62 m.w.N.

²¹ Schmitt, Verfassungslehre, S. 234.

²² Schmitt, Verfassungslehre, S. 235; s. auch S. 231: „Die Voraussetzung dieser Art Demokratie ist nationale Homogenität.“

²³ Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (2. Aufl. 1926), 5. Aufl., Berlin 1979, S. 14. Siehe auch ders., Verfassungslehre, S. 213: „Prinzip der Identität (nämlich des anwesenden Volkes mit sich selbst als einer politischen Einheit, wenn es kraft eigenen politischen Bewußtseins und nationalen Willens die Fähigkeit hat, Freund und Feind zu unterscheiden)“.

Volkes verbleiben.“²⁴ Diese spezifische Fassung des Demokratiebegriffs gestattet es ihm, in geradezu verblüffender Weise und „in merkwürdiger Verkehrung der üblichen Fronten“²⁵ auch und gerade solche Akte und Herrschaftsformen als spezifisch demokratisch zu etikettieren, die gemeinhin als das glatte Gegen teil, nämlich autokratisch, gelten. Seine mehrmaligen Hinweise darauf, dass die Diktatur keineswegs den Gegensatz zur Demokratie bilde,²⁶ ja dass „Bolschewismus und Fascismus [...] wie jede Diktatur zwar antiliberal, aber nicht notwendig antidemokratisch“²⁷ seien, bereiten den Höhepunkt seiner Uminterpretationen vor – den für uns Heutige nur schwer verständlichen, ja im Grunde ungeheuerlichen Satz: „Eine Diktatur insbesondere ist nur auf demokratischer Grundlage möglich.“²⁸

Eine Theorie demokratischer Repräsentation kann in solchen Konstrukten keine taugliche Grundlage finden. Für sie ist vielmehr der Gedanke zentral, dass selbst bei maximaler Homogenität eines Staatsvolkes die Vorstellung eines gewissermaßen univoken Volkswillens in die Irre geht. In der sozial, politisch, religiös und kulturell segmentierten modernen Gesellschaft fehlt ihr vollends jede Basis. Das Volk ist unter heutigen Bedingungen in der pluralen Vielfalt seiner Interessen, Werthaltungen, Anschauungen und Zugehörigkeiten zu nehmen. Der gesamtgesellschaftliche Werte- und Interessenpluralismus darf weder ignoriert noch lediglich als Störfaktor zur Kenntnis genommen, sondern muss als Grundlage, ja als Vorzug bei der Organisation des politischen Gemeinwesens begriffen werden.²⁹

²⁴ Schmitt, Verfassungslehre, S. 236.

²⁵ Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* (1964), 4. Aufl., Berlin 2002, S. 141.

²⁶ Schmitt, Lage, S. 22, 37, 41.

²⁷ Schmitt, Lage, S. 22.

²⁸ Schmitt, Verfassungslehre, S. 237. – Siehe noch Hofmann, Repräsentation, S. 22: „Carl Schmitts auf die Weimarer Republik gemünzter Satz, daß nur wer regiert, teilhat an der Repräsentation, meint im Klartext sonach, daß nur der repräsentiert, wer autoritär regiert.“

²⁹ Horst Dreier, „Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille. Die Theorie der amerikanischen Federalists im Vergleich mit der Staatsphilosophie Kants“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 113 (1988), S. 450–483 (462 ff.). Zur konstruktiven und demokratiefunktionalen Rolle der Verbände und Vereinigungen siehe insbesondere Ulrich Scheuner, „Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem“ (1976), in: ders., *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, Berlin 1978, S. 135–170 (145 ff.); Dieter Grimm, „Verbände“, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin/New York 1995, § 15 Rn. 1 ff., insb. 4, 5 (S. 657–673, insb. S. 659 f.): „Die Bedeutung der Verbände im demokratischen System“.

2.5 Anspruch: Volksherrschaft durch Volksvertretung

Der Wille des Volkes, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, wird also nicht einfach nur irgendwie *festgestellt* und dann mechanisch umgesetzt. Er muss erst *hergestellt* werden, ist somit eine gestaltungs-, formungs- und organisationsbedürftige Größe. Parlamentarische Vertretungskörperschaften wären missverstanden, wollte man annehmen, sie hätten einen vorgegebenen Allgemeinwillen des Volkes lediglich „zu finden, aber nicht zu formen“.³⁰ Von daher gibt es auch keinen starren und unausweichlichen Gegensatz zwischen Volkssouveränität und Repräsentation,³¹ wie ihn – der Name muss erneut fallen – vor allem Carl Schmitt stilisiert hat. Seine Annahme zweier grundsätzlicher, aber entgegengesetzter politischer Gestaltungsprinzipien (nämlich Identität und Repräsentation)³² führt ihn dazu, in Elementen der Repräsentation gerade „das Nicht-demokratische an der Demokratie“³³ zu sehen.

Eine „kraftvolle Repräsentation“ kann er sich nur gegen das Parlament vorstellen.³⁴ Doch weder ist eine solche Antinomie theoretisch überzeugend, noch praktisch unabweisbar. Nicht Repräsentation als solche, sondern nur (geschichtlich in vielfältigen Formen realisierte) nichtdemokratische Formen von Repräsentation stehen im Widerspruch zur Volkssouveränitätsdoktrin.³⁵ Parlamentarische Repräsentation bezieht ihren besonderen Charakter hingegen gerade aus dem Anspruch, Instrument zu ihrer Realisierung zu sein.³⁶ Die maßgebliche Konzeption von Volkssouveränität, die ihre Repräsentationsbedürftigkeit akzeptiert, haben die Autoren der *Federalist Papers* mit der „Erfindung“ der repräsentativen Demokratie erarbeitet.³⁷ In ihr spielen die gewählten Ver-

³⁰ Treffend Fraenkel, Vorbelastungen, S. 20.

³¹ Näher dazu: Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 16 ff., 21 ff.

³² Schmitt, Verfassungslehre, S. 204.

³³ Schmitt, Verfassungslehre, S. 218.

³⁴ Schmitt, Verfassungslehre, S. 315.

³⁵ Näher Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Demokratie), Rn. 85 m.w.N.

³⁶ Es geht mithin um die Konzeptualisierung einer Form demokratischer Repräsentation, die unter den Bedingungen moderner Großflächenstaaten nur eine parlamentarische Repräsentation sein kann (was punktuelle direkt-demokratische Elemente keineswegs ausschließt). Siehe Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Demokratische Willensbildung und Repräsentation“, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 34 Rn. 12 ff., 26 ff.; Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 16 ff.; Quirin Weber, *Parlament – Ort der politischen Entscheidung? Legitimationsprobleme des modernen Kapitalismus – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, Basel 2011, S. 148 ff., 158 ff.; Martin Morlok, „Volksvertretung als Grundaufgabe“, in: Martin Morlok/Utz Schliesky/Dieter Wiefelspütz (Hg.), *Parlamentsrecht*, Baden-Baden 2016, § 3 Rn. 1 ff., 45, 75 f.

³⁷ Sie haben als erste ein tragendes Konzept repräsentativ-demokratischer Herrschaft auf der Basis eines akzeptierten Interessenpluralismus entworfen. Näher dazu Dreier, Demokratische Repräsentation, S. 458 ff.; Beatrice Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den Federalist Papers*, Tübingen 2010, S. 106 ff.

tretungskörperschaften, also die Parlamente, eine zentrale Rolle. Sie sind kein Verfremdungsfaktor demokratischer Selbstherrschaft,³⁸ sondern machen diese überhaupt erst praktikabel. Demgemäß hat man prinzipiell zu Recht gesagt, Repräsentation durch eine gewählte Volksvertretung sei „die praktische Verwirklichung der Volkssouveränität in einem verfassungsrechtlich geordneten Staat“.³⁹ Freilich ist damit zunächst einmal ein ambitioniertes Ziel formuliert, das mit der Formulierung nicht schon erreicht ist. Also: wie kann demokratische Repräsentation praktisch funktionieren, wie lässt sich der hohe Anspruch einlösen, Volksherrschaft durch Volksvertretung zu realisieren?

2.6 Im Zentrum: Der Wahlakt

Zentrale Bedeutung für den Gesamtvorgang kommt dem Wahlakt zu. Das individuelle Wahlrecht zu den gesetzgebenden Staatsorganen, namentlich dem Bundestag, stellt sich „als der wichtigste vom Grundgesetz gewährleistete subjektive Anspruch der Bürger auf demokratische Teilhabe“ dar.⁴⁰ Denn die Wahlen sind es, mit denen gemäß Art. 20 Abs. 2 GG die Staatsgewalt vom Volke im Wesentlichen ausgeübt wird.⁴¹ Das Parlament ist demgemäß das „Zentralorgan der Demokratie“.⁴² Die Parlamentswahlen stellen den für die Willensbildung im demokratischen Staat entscheidenden Akt dar. Hier handelt der Bürger im *status activus*. Die Wahl knüpft das (einige) Band, welches das Staatsvolk mit der Vertretungskörperschaft im Rechtssinne verbindet.

Das Staatsvolk handelt also, wie vor allem Hans Kelsen immer wieder hervorgehoben hat, als Kreationsorgan des Parlaments.⁴³ Dieses bildet das einzige „besondere“ Organ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG, das unmittelbar vom Volk legitimiert und autorisiert ist. Das Parlament steht folglich nicht allein wegen seiner Aufgabenfülle und seines Vorranges als Gesetzgebungsorgan im Mittelpunkt institutionalisierter Staatlichkeit; es bildet das Gravitationszentrum

³⁸ So treffend Jörg-Detlef Kühne, „Volksgesetzgebung in Deutschland – zwischen Doktrinarismen und Legenden“, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung* 6 (1991), S. 116–132 (129).

³⁹ Peter Badura, *Staatsrecht*, 6. Aufl., München 2015, D 10 (S. 346). Ähnlich Utz Schliesky, „Parlamentsfunktionen“, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, *Parlamentsrecht*, § 5 Rn. 7: es gehe darum, „Demokratie als Idee einer Herrschaftsform handhabbar und im politischen Alltag als Regierungsform operabel zu machen“.

⁴⁰ BVerfGE 123, 267 (340). Siehe auch S. 341: „Das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist der elementare Bestandteil des Demokratieprinzips.“

⁴¹ Vgl. bei und in Fn. 11.

⁴² So der Titel des Beitrags von Martin Morlok/Christina Hientzsch, „Zentralorgan der Demokratie“, in: *Juristische Schulung* 51 (2011), S. 1–9.

⁴³ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, S. 314 f.

des demokratischen Verfassungsstaates⁴⁴ insbesondere auch aus Legitimationsgründen.

Staatsrechtlich sind Wahlen Entscheidungen über Personen im Unterschied zu solchen über Sachfragen. Zugleich geht es gerade um die „Auswahl der zur Sachentscheidung befugten Personen“.⁴⁵ Diese sollen die anstehenden Aufgaben aufgrund ihrer vermuteten oder erhofften Fähigkeiten und Qualitäten durch möglichst kluge, sachgerechte und gemeinwohlverträgliche Entscheidungen bewältigen.

Dieser Umstand der Übertragung umfassender Entscheidungsgewalt darf aber nicht dazu verleiten, demokratische Repräsentation auf den Aspekt der Etablierung von Funktionseliten zu verengen, wie dies beim an „plebiszitärer Führerauslese“ orientierten Ansatz von Max Weber oder bei der Elitentheorie Joseph Schumpeters der Fall ist.⁴⁶ Auch wenn die Zahl der politisch Aktiven stets relativ klein sein und Politikgestaltung im wesentlichen „Sache der wenigen politischen Aktiven“ sein wird,⁴⁷ so geht es doch nicht an, das Aktivvolk lediglich als passive Masse, als „das zu organisierende und zur Wahlurne zu rufende Material planmäßiger suggestiver Bearbeitung“⁴⁸ anzusehen und in ihm lediglich das „Objekt einer psychotechnischen Maschine“⁴⁹ zu erblicken. Eine solche Sichtweise blendet alle Rückkopplungsprozesse zwischen dem Volk und seinen Repräsentanten aus⁵⁰ und schaut – ganz im Sinne einer output-Legitimation – nur auf die Errichtung einer effektiven und leistungsfähigen Herrschafts-

⁴⁴ Zu dieser Kennzeichnung Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Demokratie), Rn. 94 m.w.N.; s. auch Heun, Verfassungsordnung, S. 40: Parlament rückt „in das Zentrum des politischen Prozesses“.

⁴⁵ Grawert, Staatsvolk, § 16 Rn. 58.

⁴⁶ Im Überblick zu beiden Autoren Manfred G. Schmidt, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, 5. Aufl., Wiesbaden 2010, S. 164 ff., 181 ff.

⁴⁷ Das wird stark betont von Thoma, Begriff der modernen Demokratie, S. 118.

⁴⁸ So aber Thoma, Begriff der modernen Demokratie, S. 118.

⁴⁹ Joseph A. Schumpeter, „Sozialistische Möglichkeiten von heute“, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 48 (1920/21), S. 305–360 (328). Sein Konzept ist näher ausgeführt in: Joseph A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie* (1950), 5. Aufl., München 1980, S. 407 ff., 427 ff.

⁵⁰ Christoph Schönberger, „Elitenherrschaft für den sozialen Ausgleich: Richard Thomas ‚realistische‘ Demokratietheorie im Kontext der Weimarer Diskussion“, in: Christoph Gusy (Hg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 2000, S. 156–190 (188) hat an Thomas Position mit gewissem Recht kritisiert, hier würden „alle Rückkopplungsprozesse zwischen ‚Herrschartsorganisation‘ und ‚Beherrschten‘ ausgeblendet“, und es trate „die demokratische Massengesellschaft nur als durch den Herrschartsapparat zu organisierendes Objekt in Erscheinung“. Freilich gehört zu einem fairen Gesamtbild der Position Thomas auch, dass dieser nicht nur eine glänzende Kritik der Parlamentarismusschrift von Carl Schmitt verfasst, sondern auch stets die Organisations- und Gestaltungsbedürftigkeit der Demokratie betont sowie die tragende und unersetzbliche Rolle der politischen Parteien (dazu sogleich unter 2.7) unterstrichen hat. Zur Vertiefung Horst Dreier, „Unbeirrt von allen Ideologien und Legenden“ – Notizen zu Leben und Werk von Richard Thoma“, in: Richard Thoma, Rechtsstaat, S. XIII–LXXXI (LX ff.).

organisation, bei der den Beherrschten zwar die Kürrolle zukommt, sie jedoch ansonsten lediglich als Objekt einer (möglichst guten) Herrschaft in Erscheinung treten. Doch es genügt eben nicht, dass „eine Obrigkeit sich bemüht, noch so gut für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen; der Einzelne soll vielmehr in möglichst weitem Umfange verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesamtheit mitwirken.“⁵¹

Für ein anspruchsvolles Konzept demokratischer Repräsentation reicht allein die durch Wahlen bewerkstelligte Institutionalisierung eines repräsentativen Willensbildungsprozesses in der Vertretungskörperschaft, so wichtig und zentral sie auch ist, also nicht hin.⁵² Ein solches Konzept erschöpft sich nicht in einem bestimmten Arrangement formaler Rechtsprozeduren und schon gar nicht im punktuellen Wahlakt. Die Vorstellung, dass das Wahlvolk in regelmäßigen zeitlichen Abständen eine Vertretungskörperschaft kreiert, um dazwischen in politische Apathie zu verfallen,⁵³ verfehlt Realität und Normativität des demokratischen Verfassungsstaates gleichermaßen. Zu erkennen und zu bewahren ist vielmehr der Prozesscharakter demokratischer Repräsentation⁵⁴ – als fortwährender Gestaltungsprozess, der das Parlament übergreift, ohne dessen zentrale Stellung zu negieren.⁵⁵ Für ein vollständiges Bild müssen wir demzufolge die Phasen vor und nach dem Wahlakt ins Auge fassen.

⁵¹ So die nachdrückliche Formulierung im KPD-Verbotsurteil: BVerfGE 5, 85 (205).

⁵² Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 22.

⁵³ In diese Richtung Schumpeter, Kapitalismus, S. 468: „Die Wähler [...] müssen die Arbeitsteilung zwischen ihnen selbst und den von ihnen gewählten Politikern respektieren [...] und müssen einsehen, daß wenn sie einmal jemanden gewählt haben, die politische Tätigkeit seine ist und nicht die ihre.“

⁵⁴ Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 23; ähnlich Uwe Volkmann, „Parlamentarische Demokratie und politische Parteien“, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 11. Zum Prozesscharakter schon Martin Drath, „Die Entwicklung der Volksrepräsentation“ (1954), in: Heinz Rausch (Hg.), *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentatiververfassung*, Darmstadt 1968, S. 260–329 (276). – Siehe auch Boldt, Repräsentation, S. 114 mit nicht ganz unberechtigter Warnung vor einer beliebigen Entgrenzung der in diesem Prozess zu berücksichtigenden Faktoren.

⁵⁵ Siehe Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 18; Heun, Verfassungsordnung, S. 41; Hermann Pünder, „Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie“, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 72, Berlin/New York 2013, S. 191–261 (203 f.); Morlok, Volksvertretung, § 3 Rn. 16; Schliesky, Parlamentsfunktionen, § 5 Rn. 33.

2.7 Vor dem Wahlakt: Öffentliche Meinungsbildung, intermediäre Kräfte, insb. politische Parteien

Wenn man gesellschaftlichen Werte- und Interessenpluralismus als Grundlage demokratischer Repräsentation betrachtet, dann kommt den vielfältigen Faktoren für die „Vorformung des politischen Willens“⁵⁶ eine wichtige Rolle zu. Zunächst wäre da der vielgestaltige Prozess öffentlicher Meinungsbildung besonders über die Nutzung der demokratiefunktionalen Rechte jenseits des Wahlrechts: Damit sind in erster Linie die sog. Kommunikationsrechte gemeint, zu denen sich neben Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit auch die Versammlungsfreiheit zählen lässt.⁵⁷ Vor allem aber bedarf es der „integrativen Vorleistungen“⁵⁸ der Vorklärung und Vorstrukturierung, die durch die Bildung von Vereinigungen und Verbänden erfolgen. Der Einzelne, so wusste schon Kelsen, kann für sich genommen politisch nichts bewirken.⁵⁹ Es bedarf der Assoziation, des Zusammenschlusses und der Organisation, der Herausbildung „intermediärer Kräfte“.⁶⁰ In dieser vielgestaltigen Vorprägung, Organisation und Kanalisierung des politischen Willens liegt die demokratieuträgliche Bedeutung des oft – und nicht immer zu Unrecht – gescholtenen Verbandswesens, ohne in dieser Funktion aufzugehen. Die mit Abstand wichtigsten solcher „Kollektivgebilde“⁶¹ sind nun zweifelsohne die politischen Parteien, ohne deren Existenz Demokratie in einem Großflächenstaat schlechterdings nicht zu realisieren wäre. Im Verhältnis zur bunten Welt der sonstigen Gruppen und Verbände sind sie sozusagen noch einmal auf höherer Ebene angesiedelt, weil sie den Transformationsprozess der zersplitterten und „politisch akitionsunfähigen Gruppenwillen in politisch aktionfähige Organisationswillen“ zu gewährleisten haben und dadurch als „soziale und politische Katalysatoren“ wirken.⁶² Nur

⁵⁶ Der Ausdruck stammt von Ulrich Scheuner, „Der Staat und die intermediären Kräfte“, in: *Zeitschrift für evangelische Ethik* 1 (1957), S. 30–39 (34 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hat ihn – freilich ohne Scheuner zu nennen – aufgegriffen: BVerfGE 8, 104 (113, 115); 20, 56 (98).

⁵⁷ Vgl. Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Demokratie), Rn. 76 ff. – Auch das Petitionsrecht ist hier zu verorten.

⁵⁸ Wolfgang Fach, *Das Verschwinden der Politik*, Frankfurt/M. 2008, S. 61.

⁵⁹ Kelsen, Wesen und Wert, S. 22: „Daß das isolierte Individuum politisch überhaupt keine reale Existenz hat, da es keinen wirklichen Einfluß auf die Staatswillensbildung gewinnen kann, [...] das ist offenkundig.“

⁶⁰ Wendung: Scheuner, Staat, S. 30 ff.

⁶¹ Im Zusammenhang zitiert: Kelsen, Wesen und Wert, S. 22: „daß also Demokratie ernstlich nur möglich ist, wenn sich die Individuen zum Zwecke der Beeinflussung des Gemeinschaftswillens unter dem Gesichtspunkt der verschiedenen politischen Ziele zu Gemeinschaften integrieren, so daß sich zwischen das Individuum und den Staat jene Kollektivgebilde einschieben, die als politische Parteien die gleich gerichteten Willen der Einzelnen zusammenfassen.“

⁶² Ernst Fraenkel, „Deutschland und die westlichen Demokratien“ (1960), in: ders., Deutschland, S. 32–47 (47); die Passage lautet im Zusammenhang: „Wer gleichzeitig den plu-

sie entsenden, vermittelt über den Wahlakt, Vertreter direkt in das Parlament. Richard Thoma hatte schon in der frühen Weimarer Republik – wie außer ihm vielleicht nur noch Kelsen – in aller Deutlichkeit erkannt, dass „Parteien nicht etwa ein ‚notwendiges Übel‘, sondern als feste, parteimäßige Organisationen ein wichtiges Aktivum der staatlichen Zivilisation“⁶³ sind. In ebenso kräftiger wie bildhafter Sprache heißt es bei ihm:

Die moderne Demokratie mit ihrem Massenwahlrecht könnte gar nicht leben ohne Parteien. Sie würde zerflattern und hilflos zwischen emotionalen Zufallswahlen, -parlamentsbeschlüssen und -abstimmungen hin- und hertaumeln, wenn nicht organisierte Parteien wenigstens die überwiegende Menge des Flugsandes der Wählermillionen zu festen Betonblöcken zusammenbacken würden.⁶⁴

Die zentrale Aufgabe politischer Parteien besteht somit darin, politische Interessen und Ideen zu bündeln und zu gewichten,⁶⁵ darüber hinaus aber auch nichtorganisierten oder nichtorganisierbaren Interessen Raum zu geben. Mit Blick auf den Wettbewerb⁶⁶ um die Wähler haben sie vor allem politische Entscheidungsalternativen im Sinne erkennbarer Programmatik auszuarbeiten und vorzuschlagen. Für die Parlamentswahl kommt ihnen die Schlüsselfunktion zu. Die Wahlentscheidung fixiert sozusagen das Ergebnis des Parteienwettbewerbs; in der parteipolitischen Zusammensetzung des Parlaments gewinnen die Präferenzen der Wähler plastische Gestalt.⁶⁷

realistischen Charakter unserer Gesellschaft und die Notwendigkeit eines demokratischen Repräsentationsorgans bejaht, muß Umschau halten nach Institutionen, die qualifiziert sind, den unerlässlichen Transformationsprozeß vorzunehmen, der die wegen ihrer Zersplitterung politisch aktionsunfähigen Gruppenwillen in politisch aktionsfähige Organisationswillen umzuwandeln hat. Indem die Parteien sich bemühen, die widerstreitenden Interessen der Gruppen auszugleichen und zwischen ihnen einen Kompromiß zustande zu bringen, betätigen sie sich als soziale und politische Katalysatoren. [...] Die Parteien mediatisieren nicht einen fiktiven Gemeinwillen, sondern sie integrieren die gestreuten Gruppenwillen, sie wirken dadurch bei der Bildung des Volks- und Staatswillens mit, daß sie sich in den Dienst der Aufgabe stellen, das Gemeinwohl im Wege eines dialektischen Prozesses zu verwirklichen.“

⁶³ Thoma, Begriff der modernen Demokratie, S. 119.

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ Die Funktionen politischer Parteien (Aggregation, Organisation, Sammlung, Mobilisierung, Integration) sind recht detailliert in § 1 des Parteiengesetzes festgehalten, der wiederum stark die Parteienjudikatur des Bundesverfassungsgerichts widerspiegelt. Nähere Erläuterung bei Volkmann, Parlamentarische Demokratie, § 4 Rn. 5 ff.

⁶⁶ Siehe Martin Morlok, „Parteienrecht als Wettbewerbsrecht“, in: Peter Häberle/Martin Morlok/Vassilios Skouris (Hg.), *Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 2003, S. 408–447.

⁶⁷ Martin Morlok, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 38 Rn. 53: „Die Wahlentscheidung legt für die kommende Wahlperiode das Ergebnis des Parteienwettbewerbs fest. Sie ist in Gestalt der parteipolitischen Zusammensetzung des Parlaments der maßgebliche Ausdruck der politischen Präferenzbildung im Volk.“

2.8 Nach dem Wahlakt: Rückkoppelungsprozesse, Kritik und Kontrolle

Doch hat es mit diesem punktuellen Wahlakt eben nicht sein Bewenden, schon gar nicht bis zum Ablauf der Legislaturperiode. Die Abgeordneten sind nach ihrer Wahl nicht von jeglichem Einfluss der Wähler abgeschottet. Ein freier und offener Kommunikations- und Meinungsbildungsprozess muss der Wahlentscheidung nicht nur vorangehen, sondern sie in Form von Kontrolle, Kritik und nötigenfalls Revision dauerhaft begleiten.⁶⁸ Denn auch eine rein repräsentative Demokratie erschöpft sich keineswegs in der Bestellung der Repräsentanten: Dass das „Recht des Bürgers auf Teilhabe an der politischen Willensbildung [...] sich nicht nur in der Stimmabgabe bei Wahlen, sondern auch in der Einflussnahme auf den ständigen Prozess der politischen Meinungsbildung“ äußert,⁶⁹ wurde vom Bundesverfassungsgericht schon früh festgestellt. Im Brokdorf-Beschluss aus dem Jahre 1985⁷⁰ hat es dann mit großer Emphase darauf hingewiesen, dass das Grundrecht der Versammlungsfreiheit im anglo-amerikanischen Rechtskreis geradezu als „Ausdruck der Volkssouveränität“⁷¹ verstanden werde und vor diesem Hintergrund angemerkt, dass ihm besonders in Demokratien mit parlamentarischem Regierungssystem und geringen direktdemokratischen Mitwirkungsrechten gewissermaßen als Ausgleich die „Bedeutung eines grundlegenden und unentbehrlichen Funktionselementes“ zukomme.⁷² Auch in diesen Entscheidungen wird deutlich, dass demokratische Ordnung durch ihren parlamentsübergreifenden Prozesscharakter gekennzeichnet ist, durch ein vielseitiges und komplexes Wechselspiel zwischen Wählern und Gewählten, Bürgern und staatlichen Instanzen mit entsprechenden Rückkoppelungseffekten. Nicht allein in der politikwissenschaftlichen Literatur ist diesbezüglich von Responsivität die Rede.⁷³ Es ist also verfehlt, den gesellschaftlichen Prozess demokratischer Willensbildung und den staatlichen Prozess der Entscheidungs-

⁶⁸ Siehe die Diskussionsbemerkung von Peter Badura, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 29 (1971), S. 95 ff. (97); ferner ders., „Die parlamentarische Demokratie“, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 25 Rn. 31, 35, 41; Heun, Verfassungsordnung, S. 38.

⁶⁹ BVerfGE 20, 58 (98).

⁷⁰ BVerfGE 69, 315. Zu personellen wie strukturellen Hintergründen der Entscheidung instruktiv: Anselm Doering-Manteuffel/Bernd Greiner/Oliver Lepsius, *Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985*, Tübingen 2015.

⁷¹ Zitat: BVerfGE 69, 315 (343 f.). In der Passage spricht das Gericht der Versammlungsfreiheit einen „besonderen Rang“ zu und fährt fort: „das Recht, sich ungehindert und ohne besondere Erlaubnis zu versammeln, galt seit jeher als Zeichen der Freiheit, Unabhängigkeit und Mündigkeit des selbstbewußten Bürgers.“

⁷² BVerfGE 69, 315 (347).

⁷³ Vgl. Dreier, Demokratische Repräsentation, S. 465 m. Fn. 42; Rudolf Steinberg, *Die Repräsentation des Volkes*, Baden-Baden 2013, S. 275 ff., 311 ff.; Pünder, Wahlrecht, S. 198 ff. mit

findung voneinander zu isolieren und gegeneinander zu verselbständigen. Der beständige kritische Dialog zwischen dem Parlament und den gesellschaftlichen Kräften erweist sich insgesamt für die Legitimität demokratischer Ordnung als ebenso wichtig wie der Wahlakt selbst.⁷⁴ Dass hier die Grundrechte, vor allem die Kommunikationsgrundrechte, in ihrer aktivbürgerschaftlichen Dimension gewissermaßen das Fundament der Demokratie bilden, liegt auf der Hand.

2.9 *Volksvertretung: Repräsentation durch das Parlament in seiner Gesamtheit*

Der kreislaufartige prozedurale Gesamtcharakter ändert nun freilich nichts daran, dass nur im Parlament die Staatswillensbildung sich zu verbindlichen, für alle geltenden Entscheidungen, zuvörderst im Bereich der Gesetzgebung, verdichtet. Was bedeutet es nun also, wenn sich in dieser Vertretungskörperschaft das Staatsvolk „verkörpert“, was meint das Grundgesetz, wenn es in Art. 38 die Abgeordneten mit einer historisch bedeutsamen Formel als „Vertreter des ganzen Volkes“ bezeichnet? Vor dem Hintergrund einer pluralen Gesellschaft und der Überwindung vordemokratischer Repräsentationsvorstellungen⁷⁵ kann Verkörperung des Staatsvolks nicht heißen, dass das Parlament einen irgendwie latent vorhandenen, gedachten oder fingierten einheitlichen Volkswillen spiegeln, abbilden oder auf sonstige Weise repräsentieren würde – denn einen solchen Willen gibt es nicht.⁷⁶ Vertretung des Volkes kann nur heißen: Die einzelnen Abgeordneten repräsentieren das Volk nicht in seiner imaginären Ein-

umfänglichen Nachweisen; Julian Krüper, „Autonomie und Heteronomie parlamentarischen Handelns“, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, *Parlamentsrecht*, § 36 Rn. 6.

⁷⁴ Siehe Morlok, *Volksvertretung*, § 3 Rn. 16.

⁷⁵ Die Rede von der ‚Volksvertretung‘ kann man insofern als irreführend betrachten, als in der modernen Demokratie das Parlament nicht mehr als Vertretung der (ständisch gegliederten) Gesellschaft gegenüber dem durch den Monarchen repräsentierten Staat fungiert – eine Vorstellung, die dem frühkonstitutionellen Konzept und älteren Vorbildern zugrundelag (siehe etwa Hofmann, *Repräsentation*, S. 416 ff.; Boldt, *Repräsentation*, S. 110 f.; eingehend ders., *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf 1975, S. 84 ff.). Heute repräsentiert das Parlament das Volk, von dem gemäß Art. 20 Abs. 2 GG alle Staatsgewalt ausgeht.

⁷⁶ Das ist schon klar formuliert bei Drath, *Volksrepräsentation*, S. 277: „Denn die Funktion des Staates in der menschlichen Gesellschaft ist gerade die, unter der Fülle der verschiedenen, oft einander entgegengesetzten Interessen und Tendenzen die maßgebliche Entscheidung zu fällen und dadurch den pluralistischen, also keineswegs allgemeinen Geist, der als solcher einheitlich gar nicht repräsentiert werden kann, weil er keine Einheit ist, mittels der staatlichen Entscheidung erst zu einer Einheit zu erheben, wie Hermann Heller in seiner Schrift über die Souveränität nachgewiesen hat.“ Drath spielt hier an auf Hermann Heller, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin/Leipzig 1927, insb. Abschnitte IV. (Das Subjekt der Souveränität) und V. (Das Wesen der Souveränität). – Siehe auch Fach, *Verschwinden*, S. 137 f.: Einheit durch Repräsentation.

heit, sondern in seiner realen Vielschichtigkeit, Heterogenität, ja Zerrissenheit.⁷⁷ Das Parlament insgesamt repräsentiert das Volk als Ganzes. Freilich halten sich mit einer gewissen Hartnäckigkeit Vorstellungen, wonach jeder einzelne Abgeordnete in Äquidistanz zu allen partikularen Bestrebungen und Interessen den Volkswillen insgesamt zu repräsentieren habe. Jeder einzelne Abgeordnete soll dieser – in offenkundigem Widerspruch zur Realität stehenden – Anschauung gemäß als Repräsentant der Allgemeinheit gelten, allein dem Gemeinwohl verpflichtet, der profanen Welt partikularer Interessen, Neigungen und Bindungen gänzlich entrückt. In der Literatur findet sich auf dieser Linie die Vorstellung, jeder gewählte Abgeordnete sei als „Versuch“ des souveränen Volkes zu begreifen, seinen Willen adäquat zu verkörpern.⁷⁸ Dass dieser Versuch notwendig zum Scheitern verurteilt ist, war schon Paul Laband klar, der insofern mit mildem Spott von einem „optimistischen Irrtum“ gesprochen hat.⁷⁹ Schärfer formuliert Ernst Fraenkel:

Solange es ihm [scil.: dem Abgeordneten, H.D.] verwehrt ist, sich offen zu der Doppelrolle eines Repräsentanten der Nation und eines Vertreters von Partikularinteressen zu bekennen, muss er die Wahrnehmung eines jeden Sonderinteresses mit der Glorie des Schutzes von Gemeinschaftswerten umkleiden. Damit wird aber die freimütige Austragung der in jeder pluralistischen Gesellschaft notwendigerweise entstehenden kollektiven Interessengegensätze mit dem unechten Pathos grundsätzlicher Erörterungen über allgemeingültige Prinzipien vorgenommen, durch das die Atmosphäre des Parlaments vergiftet und die Glaubwürdigkeit seiner Diskussionen beeinträchtigt wird. In der ambivalenten Haltung der deutschen Parlamente gegenüber der sozialen Basis ihrer eigenen Existenz wittert der Volksinstinkt einen Mangel an Aufrichtigkeit und ist dazu geneigt, dem Parlament und dessen Mitgliedern den Prozeß wegen ideologischer Selbstdäuschung, wenn nicht gar wegen bewußten Volksbetrugs zu machen.⁸⁰

⁷⁷ Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 16 ff.; Schliesky, Parlamentsfunktionen, § 5 Rn. 32.

⁷⁸ So etwa Johannes Kimme, *Das Repräsentationssystem unter besonderer Beachtung der historischen Entwicklung der Repräsentation und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1988, S. 141 f., 166 u.ö. – Der Sache nach gehören hierher auch die idealistischen Repräsentationskonzepte mit ihren überspannten Vorstellungen; dazu oben unter 2.3. Vgl. noch Boldt, Repräsentation, S. 112.

⁷⁹ Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. I, 5. Aufl., Tübingen 1911, S. 298 Anm. 1: „Man ging von der Anschauung aus, daß es einen solchen einheitlichen Volkswillen gäbe und daß daher jeder Abgeordnete fähig sei, bei jeder einzelnen Angelegenheit diesen einheitlichen Gesamtwillen zum Ausdruck zu bringen. Das hat sich allerdings als bald als ein optimistischer Irrtum erwiesen. Ein solcher einheitlicher Nationalwille besteht nur in ganz seltenen Fällen, etwa bei Konflikten mit anderen Staaten.“

⁸⁰ Fraenkel, Deutschland, S. 21. – Frappant ähnlich schon früh Carl von Rotteck, „Art. Abgeordnete“, in: ders./Carl Welcker (Hg.), *Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Bd. I, Altona 1834, S. 102–111 (108): wenn man die „specielle Repräsentation“ des Wahlbezirks und der Klasse durch den einzelnen Abgeordneten leugne, so setze man „an die Stelle der Wahrheit eine *Dichtung*; [...] und das Wort Volksabgeordneter wird zur Lüge. [...] Von der *Gesamtheit* des Volks ist kein einzelner Abgeordneter gewählt oder gesendet; [...] In der *Gesamtheit* mögen zehnerlei, ja hunderterlei verschiedene Richtungen

Die unverblümte Vertretung von Positionen und Interessen eines Wahlkreises oder Landes, der eigenen Partei, von bestimmten gesellschaftlichen Verbänden oder Religionsgemeinschaften etc. sind keine *nolens volens* hinzunehmenden oder gar zu skandalisierenden Deformationen der Stellung des Abgeordneten, sondern bilden die Grundlage demokratischer Repräsentation im modernen pluralistischen Gemeinwesen.⁸¹ Seine Repräsentationsfunktion erfüllt das Parlament also nicht durch jeden einzelnen Abgeordneten, sondern durch die Gesamtheit seiner Mitglieder:⁸² Diese bilden die Volksvertretung, wie nunmehr auch das Bundesverfassungsgericht zum Ausdruck gebracht hat.⁸³ Und diese repräsentative Vertretung hat den Staatswillen auf der Grundlage eines akzeptierten Pluralismus der Interessen, Wertungen und Anschauungen erst in einem komplexen parlamentarischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess herzustellen, der wiederum mehr ist als deren bloße Addition oder mechanische Verrechnung.⁸⁴

2.10 Das freie Mandat: Relikt oder Realität?

Was bedeutet vor diesem Hintergrund das so oft missverstandene und zuweilen nachsichtig belächelte freie Mandat des Abgeordneten? Auch dieses bedarf einer realitätsgerechten Interpretation, will man es nicht in der Sphäre des offensichtlich Illusorischen, wenn nicht gar des Unehrlichen oder Unaufrichtigen verorten.⁸⁵ Auch das freie Mandat findet seine tragfähige Grundlage erst,

sein; der Einzelne hat für sich nur *eine*; wie kann er in Natur und Wahrheit Repräsentant der Gesamtheit sein?"

⁸¹ Ideengeschichtlich gewendet: das unterscheidet das Konzept der *virtual representation*, für die der Name Edmund Burke stehen mag, von der *actual representation*, die von den Autoren der *Federalist Papers* auf der Basis eines anerkannten Interessen- und Werteppluralismus konzipiert wurde. Siehe zur begrifflichen Unterscheidung und ihrer Bedeutung Hofmann, Repräsentation, S. 454 ff.; Brünhöber, Erfundung, S. 56 ff., 75 ff., 131 ff.

⁸² Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 25; Morlok, Volksvertretung, § 3 Rn. 45; Schliesky, Parlamentsfunktionen, § 5 Rn. 27, 29. – Das ist schon deutlich formuliert bei v. Rotteck, Abgeordnete, S. 108: „Also nur die *Gesamtheit* der Abgeordneten repräsentiert die *Gesamtheit* des Volks, der *einzelne* Abgeordnete allernächst nur seine *Classe* oder seinen *Bezirk*.“

⁸³ BVerfGE 130, 318 (342): „Der Deutsche Bundestag ist das unmittelbare Repräsentationsorgan des Volkes. Er besteht aus den als Vertretern des ganzen Volkes gewählten Abgeordneten, die insgesamt die Volksvertretung bilden. [...] Seine Repräsentationsfunktion nimmt der Deutsche Bundestag grundsätzlich in seiner Gesamtheit wahr, durch die Mitwirkung aller seiner Mitglieder [...], nicht durch einzelne Abgeordnete, eine Gruppe von Abgeordneten oder die parlamentarische Mehrheit.“

⁸⁴ Siehe nochmals Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 23; Heun, Verfassungsordnung, S. 41; Schliesky, Parlamentsfunktionen, § 5 Rn. 32.

⁸⁵ Hans Hugo Klein, „Status des Abgeordneten“, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg

wenn man es weder gut gemeinter Idealisierungen, noch weniger gut gemeinter Denunziationen anheimfallen lässt. Immer wieder wird ja dem entsprechenden – und geschichtsträchtigen⁸⁶ – Passus des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG („an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“) der Status eines hilflosen moralischen Appells oder einer offenkundigen *lex imperfecta* zugeschrieben, die man nicht beim Worte nehmen könne, weil sie lediglich ein Wunschbild darstelle⁸⁷ oder an gezielte Irreführung grenze. Doch das freie Mandat ist nicht getragen von der romantischen Idee eines in Einsamkeit und Freiheit dem Gemeinwohl nachsinnenden Abgeordneten, der von allen äußeren Einflüssen abgeschottet und aller konkreten Bande (seiner Partei, seines Wahlkreises, seiner Wähler, seiner eigenen Überzeugungen) ledig wäre. Es geht also nicht um die Stilisierung der Abgeordneten in einer repräsentativen Demokratie zu ausschließlich am Gemeinwohl orientierten Übermenschen, wie das in der Formulierung vom „Heiligenschein“ anklingt, von dem dieser umkränzt sei.⁸⁸ Das freie Mandat stellt ebensowenig ein „letztes Rückzugsgefecht eines altväterlichen Honoratioren-Parlamentarismus“⁸⁹ oder ein „fossiles Petre-

2005, § 51 Rn. 4: beim freien Mandat und der Gewissensbindung des Abgeordneten gehe es „nicht um die Rechtfertigung eines Zynismus, der durch bewußte Wählertäuschung zur Macht gelangt, um danach seine eigenen Absichten zu verfolgen, sondern um die Gewähr politischer Handlungsfähigkeit in wechselnden Lagen“.

⁸⁶ Auch hier findet sich der Urtext in der französischen Verfassung von 1791 (Titre III, Chapitre I, Section III, Art. 7): „Les représentants nommés dans le départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra pas leur être donné aucun mandat.“ [Die in einem Departement gewählten Abgeordneten sollen nicht Abgeordnete eines besonderen Departements, sondern der ganzen Nation sein. Und es kann ihnen kein Auftrag gegeben werden]. – Ganz ähnlich Art. 82 der oktroyierten Preußischen Verfassung von 1848: „Die Mitglieder beider Kammern sind Vertreter des ganzen Volkes. Sie stimmen nach ihrer freien Überzeugung und sind an Aufträge und Instruktionen nicht gebunden.“ Die Norm wurde als Art. 83 unverändert in die revidierte Verfassung von 1850 übernommen.

⁸⁷ So – wohlgernekt eher referierend, nicht statuierend – Drath, Volksrepräsentation, S. 262: Art. 38 GG als „eine Art von moralischem Appell“, als „lex imperfecta, ein rechtliches Moralisieren“; die Rede vom „Wunschbild“ (S. 268).

⁸⁸ So tatsächlich Leibholz, Wesen der Repräsentation, S. 175.

⁸⁹ Formulierung: Günther Rabus, „Die innere Ordnung der politischen Parteien im gegenwärtigen deutschen Staatsrecht“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts N.F.* 39 (1952/53), S. 163–194 (191). Er macht sich diese Aussage nicht zu eigen, sondern nimmt damit gegen die Position von Gerhard Leibholz („Parteienstaat und repräsentative Demokratie“, in: *Deutsches Verwaltungsbllatt* 66 [1951], S. 1–8) Stellung, der Parteienstaatlichkeit und parlamentarische Repräsentation als zwei vollständig gegensätzliche, sich wechselseitig ausschließende Strukturprinzipien versteht und die Funktion des freien Mandats gemäß Art. 38 GG allein darin sieht, „die äußersten Konsequenzen des demokratischen Parteienstaates“ (ebd., S. 6) abzuwenden; in diesem Zusammenhang spricht er davon, daß „die im Art. 38 und den folgenden Bestimmungen des Grundgesetzes enthaltenen Grundsätze des repräsentativen Parlamentarismus heute nur noch im Sinne eines Rückzugsgefechtes verstanden“ werden könnten (ebd., S. 7). Zu Leibholz' phasenweise recht einflussreicher, heute aber allgemein und zu Recht abgelehnter Auffassung siehe kritisch etwa Hasso Hofmann, „Parlamentarische Repräsentation

fakt aus der verfassungsgeschichtlichen Steinzeit⁹⁰ dar. Es behält seine Gültigkeit auch unter den heutigen Bedingungen eines parteienstaatlich dominierten Parlamentarismus.⁹¹ Seine zentrale Funktion besteht darin, den Abgeordneten bei seinen Entscheidungen in rechtlicher Hinsicht freizustellen und ihn gegenüber niemandem in ein rechtlich bindendes Auftragsverhältnis zu setzen: Niemand – keine Partei, keine Fraktion, keine Interessen- oder Wählergruppe oder sonst jemand – kann ihn rechtlich verbindlich zu einem bestimmten Votum zwingen. Doch genausowenig muss er Bindungen zu seiner Partei, einer Interessen- oder Wählergruppe leugnen oder den an ihn gerichteten Erwartungen sowie eigenen Präferenzen die Gefolgschaft versagen. Das freie Mandat schafft die Möglichkeit der Deliberation und der Kompromissfindung, es ermöglicht freie Kommunikation, flexible Beschlussfassung und situationsgemäße Reaktionen, lässt die Austragung von Differenzen ebenso zu wie deren Ausgleich.⁹² Auch die Bindungen, die sich für die Abgeordneten aus ihrer Zugehörigkeit zu einer politischen Partei und einer Fraktion ergeben, stellen das Institut des freien Mandats nicht in Frage.

Fraktionen sind seit jeher als notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens angesehen worden.⁹³ Ihre Bildung zieht im Grunde nur die logische Konsequenz parteipolitischer Zusammengehörigkeit und dem dadurch bekundeten Willen zum gemeinsamen Wirken in einem arbeitsteiligen Parlament. Von daher ist gegen die oft als mit dem freien Mandat unvereinbar angesehene Fraktionsdisziplin nichts zu erinnern.⁹⁴ Wenn der Abgeordnete seine Stimme im

in der parteienstaatlichen Demokratie“ (1985), in: ders., *Recht – Politik – Verfassung*, Frankfurt/M. 1986, S. 249–260 (254 ff.); Uwe Volkmann, *Politische Parteien und öffentliche Leistungen*, Berlin 1993, S. 100 ff.; Foroud Shirvani, *Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Partiensystem*, Tübingen 2010, S. 55 ff.

⁹⁰ So Fritz Morstein Marx, „Rechtswirklichkeit und freies Mandat“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts N.F.* 11 (1926), S. 430–450 (439). Gegen ihn schon überzeugend der Kommentar von Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14. Aufl., Berlin 1933, Art. 21 Anm. 2 mit Fn. 2 (S. 182 ff.).

⁹¹ Demgemäß hat die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages zur Verfassungsreform in ihrem Schlussbericht festgehalten, „daß das freie Mandat sowohl als Kernstück der parlamentarisch-repräsentativen Demokratie unverzichtbar wie auch für die Funktionsfähigkeit der innerparteilichen Demokratie von wesentlicher Bedeutung ist“: Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform. Schlußbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, Zur Sache 3/76, S. 78; abgedruckt auch in: BT-Drs. 7/5924, S. 25.

⁹² Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 43; Klein, Status, § 51 Rn. 6; Morlok, Volksvertretung, § 3 Rn. 15. – Auch dazu schon sehr plastisch v. Rotteck, Abgeordnete, S. 108 f. mit Blick auf sog. Angelobungen des Wahlkandidaten gegenüber seinen Wählern.

⁹³ Statt vieler Hans Hugo Klein, „Fraktionen“, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17, Rn. 1–14, 81–83 (Rn. 1 ff.) – Aus der Judikatur etwa BVerfGE 2, 143 (160); 10, 4 (14); 20, 56 (104); 84, 304 (324); 102, 224 (242, Rn. 69); 112, 118 (135, Rn. 52); 118, 277 (329, Rn. 218).

⁹⁴ Sie ist als politische Maßnahme vom unzulässigen Fraktionszwang abzugrenzen, der als Rechtszwang eben durch das freie Mandat ausgeschlossen ist. Siehe dazu Morlok, Grundgesetz-Kommentar, Art. 38 Rn. 196; ferner Horst Sendler, „Abhängigkeiten der unabhän-

Einklang mit der Fraktionslinie abgibt, so kommt es auf die dafür ausschlaggebende Motivation (innere Überzeugung, notgeborene Einsicht, Parteiräson oder gar Resignation) ebensowenig an wie im gegenteiligen Falle eines abweichenden Votums – sei dieses aus Trotz, Enttäuschung oder aus fester innerer Bindung an das eigene Gewissen erfolgt.⁹⁵ Auch die Abberufung eines abtrünnigen Abgeordneten aus einem Ausschuss oder der Verlust von Fraktionsämttern sind verfassungsrechtlich prinzipiell nicht zu bestanden.⁹⁶ Denn alle denkbaren Bindungen und Sanktionen finden ihre unübersteigbare Grenze daran, dass die Stimme eines jeden Abgeordneten so gezählt wird, wie er sie abgibt, gleichviel, ob im Konsens oder im Dissens mit seiner Fraktion – oder auch als fraktionsloser Abgeordneter.⁹⁷ Zu Recht hat man daher davon gesprochen, das freie Mandat vermittele dem Abgeordneten eine „temporär unangreifbare Position“.⁹⁸ Insofern fungiert das freie Mandat als Widerlager gegen die grenzenlose parteipolitische Vereinnahmung des Abgeordneten und stärkt die innerparteiliche Demokratie, da sie dem Abgeordneten gestattet, von der offiziellen Linie seiner Partei und seiner Fraktion abweichende Positionen zu vertreten.⁹⁹ Diese eigengeartete Stellung des Abgeordneten zwischen politischer Bindung und freier Entscheidungsmöglichkeit erwächst vor allem aus der Notwendigkeit einer politischen Gesamtvertretung des Volkes in der repräsentativen Kör-

gen Abgeordneten“, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 38 (1985), S. 1425–1433 (1427 ff.); Klaus Joachim Grigoleit/Jens Kersten, „Der Ausschußvorsitz als parlamentarisches Amt“, in: *Die öffentliche Verwaltung* 54 (2001), S. 363–369 (364 f.); Ulli F. H. Rühl, „Das ‚freie Mandat‘: Elemente einer Interpretations- und Problemgeschichte“, in: *Der Staat* 39 (2000), S. 23–48 (40 ff.); Klein, Status, § 51 Rn. 14 ff.

⁹⁵ Klar und deutlich Dieter Grimm, „Politische Parteien“, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Berlin/New York 1995, § 14 Rn. 56 (S. 638): „Beschlüsse der Fraktionen über einheitliches Abstimmungsverhalten oder Anweisungen von Parteigremien an die von ihnen nominierten und kontrollierten Abgeordneten entfalten danach keinerlei rechtliche Bindung. Fügt sich der Abgeordnete dennoch, so ist das sein durch den Verweis auf das Gewissen verfassungsrechtlich gedeckter Entschluß. Fügt er sich nicht, so hat das auf das laufende Mandat keinen Einfluß. Abstimmungen werden durch die Mitwirkung von Abgeordneten, die von Fraktions- oder Parteibeschlüssen abgewichen sind, weder unwirksam noch anfechtbar.“

⁹⁶ Siehe Morlok, Grundgesetz-Kommentar, Art. 38 Rn. 194, 196; Günter Krings, „Fraktionen“, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17, Rn. 15–80 (25 f.); ferner Thorsten Ingo Schmidt, „Der Fraktionsausschluß als Eingriff in das freie Mandat des Abgeordneten“, in: *Die öffentliche Verwaltung* 56 (2003), S. 846–853; Klein, Status, § 51 Rn. 17 f.; Jörn Ipsen, „Rechtsschutz gegen Fraktionsausschluß“, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 58 (2005), S. 361–364. Aus der Judikatur etwa BVerfGE 80, 188 (220 ff.).

⁹⁷ Das folgende in Übernahme von Hofmann/Dreier, Repräsentation, § 5 Rn. 38 ff.

⁹⁸ Peter Badura, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 38 (Zweitbearbeitung München 1966), Rn. 72.

⁹⁹ Das freie Mandat stärkt den einzelnen Abgeordneten in Fraktion und Partei. Siehe Wolfgang Zeh, „Gliederung und Organe des Bundestages“, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 52 Rn. 15 f.; Morlok, Volksvertretung, § 3 Rn. 15 a.E.

perschaft, dem Parlament. Erst das freie Mandat macht aus der Versammlung der Volksvertreter eine homogene Beschlusskörperschaft, in der das Mehrheitsprinzip gilt und deren Beschlüsse auch für diejenigen verbindlich sind, deren Vertreter zur überstimmenen Minderheit gehören. Und erst die Möglichkeit der freien Entscheidung setzt den Abgeordneten dann gegenüber seiner Wählerschaft unter Rechtfertigungzwang, der nichts anderes ist als die Verantwortung des Parlamentariers gegenüber den Repräsentierten. Hier zeigt sich, dass das freie Mandat weder bloße Chimäre noch „Relikt eines altliberalen Honoratioren-Parlamentarismus“¹⁰⁰ ist, sondern – der Kreis schließt sich – ein wichtiges Element im komplexen Prozesscharakter demokratischer Repräsentation bildet. Besonderes Gewicht kommt dabei der Begrenzung der Dauer des Mandats zu gemäß dem Grundsatz, dass in der Demokratie Herrschaft immer nur „Herrschaft auf Zeit“¹⁰¹ ist und die demokratische Legitimation der Amtsträger in regelmäßigen Abständen der Erneuerung durch den Souverän, das Volk, bedarf. Das ist bereits in aller Klarheit und Schärfe festgehalten in der von Diderot und d'Alembert auf dem Höhepunkt der Aufklärung im absolutistischen Frankreich herausgegebenen *Enzyklopédie*. In dem von d'Holbach verfassten Artikel über *Représentants* heißt es:

Kein Stand von Staatsbürgern darf für immer das Recht erhalten, die Nation zu vertreten, neue Wahlen müssen die Vertreter daran erinnern, daß sie ihre Macht von der Nation erhalten haben. Eine Körperschaft, deren Mitglieder ununterbrochen das Recht genössen, den Staat zu vertreten, würde bald zu dessen Herrn oder Tyrannen werden.¹⁰²

¹⁰⁰ Siehe nochmals bei Fn. 89.

¹⁰¹ Dazu Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Demokratie), Rn. 73 m.w.N.

¹⁰² Zitiert nach: Artikel aus der von Denis Diderot und Jean d'Alembert herausgegebenen *Enzyklopädie*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1985, S. 704–715 (715).

I.3

Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat

Bernd Grzeszick

3.1 Stellung und Bedeutung der Gewaltenteilung

Eine Gesellschaft, in der die Garantie der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung.

Art. 16 der französischen Menschenrechtserklärung von 1789 bringt damit den Anspruch, der mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung verbunden ist, konzentriert zum Ausdruck. Auch in der Folgezeit setzte sich das Pathos ungebrochen fort, bis in das 20. Jahrhundert hinein. In den Anfangsjahren des Grundgesetzes umgab die staatliche Gewaltenteilung zivilreligiöses Pathos; und noch bis in die sechziger Jahre hinein wird Gewaltenteilung gesehen als Inbegriff jeder modernen Verfassungsstaatlichkeit und eine der großen Konstanten in den freiheitlich-rechtsstaatlichen Ordnungen der Neuzeit, als ein überzeitliches Phänomen und als eine nicht zu bezweifelnde Wahrheit. Der tradierten dreigliedrigen Gewaltenteilung wird ein besonderer Status eingeräumt als apriorische Wahrheit, nach der es drei qualitativ verschiedene Staatsfunktionen gibt: die Rechtsetzung als den Erlass generell-abstrakter Normen, die Gesetzesvollziehung als die nichtstreitige Normsetzung im Einzelfall und die Rechtsprechung als die Beurteilung streitiger rechtlicher Verhältnisse. Insgesamt sei die Gewaltenteilung ein „nicht zu erschütterndes Fundament aller rechtlich verfaßten Staaten“, das „das hervorstechendste Kennzeichen des modernen Verfassungsstaates sei“ und dabei „vielleicht wie kein anderes Prinzip die Frucht eines geistigen Schaffens, das das Bemühen von Jahrhunderten in sich aufnehme.“¹

Die Einlösung dieses universellen Anspruchs fiel und fällt allerdings schwer. „Für kaum eines der in Art. 20 des Grundgesetzes niedergelegten Strukturprinzipien lässt sich ein so deutlicher Gegensatz zwischen hohem staatsrechtlichen Anspruch und geringer normativ-praktischer Wirksamkeit feststellen, wie für den Grundsatz der Gewaltenteilung.“² In der konkreten Anwendung kann dem Grundsatz meist nur recht wenig Gehalt entnommen werden. Häufig wirkt er nur im Zusammenhang oder als Ergänzung anderer Rechtsgrundsätze, und selbst in dieser Hinsicht bleibt der Befund eher enttäuschend. So wird unter

¹ Max Imboden, „Gewaltentrennung als Grundproblem unserer Zeit“, in: Heinz Rausch (Hg.), *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt 1969, S. 487, 489.

² Thomas von Danwitz, „Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur – Verfassungsvorgaben für staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle“, *Der Staat* 35 (1996), S. 329.

dem Grundgesetz der dogmatische Gehalt des Gewaltenteilungsprinzips häufig allein auf einen bloßen Kernbereichsschutz der Staatsfunktionen reduziert, wogegen bereits eine Lehre vom Verwaltungsvorbehalt zum Schutz der Exekutive fehle, was die weitgehende Direktionsschwäche des Grundsatzes der Gewaltengliederung belege.

Vergleichbare Defizite prägen die verfassungstheoretische Auseinandersetzung mit der Gewaltenteilung. Die theoretische Fundierung des Grundsatzes und seines weitreichenden Anspruches wird häufig durch einen pauschalen Verweis auf seine Tradition und Verbreitung ersetzt, an die Stelle aktueller Analysen tritt regelmäßig der Rekurs auf wenige, ausgewählte Klassiker der politischen Philosophie, und nur recht wenige monographische Ausarbeitungen versuchen eine theoretische Unterfangung des Grundsatzes der Gewaltenteilung zu leisten.

Der Versuch, die Gewaltenteilung auf einen zugleich kompakten und allgemeingültigen verfassungsnormativen Nenner bringen zu wollen, stößt sich zudem an der hohen Variabilitätsbreite der Gewaltenteilung. Die Vielfalt der historischen und aktuellen Verfassungen und Rechtsordnungen ist selbst in Bezug auf die für die Gewaltenteilung zentralen Aspekte erheblich: Die Verteilung der Positionen zwischen Parlament, Regierung und direktdemokratischen Elementen differiert ganz wesentlich, und föderale Aspekte sind nach Quantität und Qualität sehr unterschiedlich ausgeprägt. Die Divergenzen bei der Ausgestaltung in den organisationsrechtlichen Details sind so erheblich, dass auch eine Gewaltenteilungstheorie mittlerer Reichweite nur begrenzte Aussage- und Direktionskraft beanspruchen kann.

In vielen Stellungnahmen wird daher dem Grundsatz der Gewaltenteilung mit Distanz oder gar Enttäuschung begegnet. Ernst von Hippel soll die Gewaltenteilung als ein zur Mumie gedörrtes Dogma der Verfassungstheorie bezeichnet haben. Und selbst Autoren, die das Prinzip der Gewaltenteilung als fundamentalen Verfassungsgrundsatz und selbstständiges Strukturprinzip der Verfassung bezeichnen, welches Wesensmerkmal der Verfassungsstaatlichkeit sei und ein wesentliches Grundanliegen der Verfassungsidee verkörpere, müssen einräumen, dass in Zeiten eines in sich ruhenden, geschlossenen Staatswesens die Gewaltenteilung als Struktur betrachtet werden kann, über die sich rechtlich nicht allzu viel Umstrittenes wird sagen lassen und mit dem sich kaum Fälle entscheiden oder größere Brüche im Rechtssystem erkennen und heilen ließen.

Warum diese Bewertung entstanden ist und ob sie zu Recht besteht, wird Gegenstand der folgenden Überlegungen sein. Dabei wird im Ergebnis keine geschlossene Theorie präsentiert werden, sondern eine theoretische Reflexion des Grundsatzes der Gewaltenteilung in liberal-demokratischen Staaten und der mit ihm verbundenen Vorstellungen.

3.2 Geistesgeschichtliche und verfassungshistorische Grundlagen

Die geistesgeschichtlichen und verfassungshistorischen Grundlagen der Gewaltenteilung sind in verschiedenen Darlegungen bereits ausführlich erschlossen worden. Deshalb beschränken sich die Überlegungen an dieser Stelle auf das, was im späteren Gang der Überlegungen von Relevanz sein wird: Die Gründung der klassisch-modernen Gewaltenteilung im Zeitalter des Absolutismus sowie deren Veränderung durch die Demokratisierung staatlicher Herrschaft.

3.3 Gewaltenteilung und moderne Staatlichkeit

Der Blick in die Geschichte der Staatsphilosophie zeigt, dass Gewaltenteilung ein widerlaufendes und insoweit komplementäres Element der Herausbildung moderner Staatlichkeit ist. Die mittelalterlichen Herrschaftsverfassungen beruhten auf einem gestaffelten Lehnswesen und waren dadurch gekennzeichnet, dass Herrschaftsgewalt grundsätzlich in Gegenseitigkeitsverhältnissen, im Verbund, plural und partikular und damit – zugespitzt – zersplittert auftrat. Dies änderte sich im Übergang zum modernen Staat, der untrennbar mit dem Absolutismus verbunden war. An den Theoretikern des modernen Staates zeigt sich der konzeptionelle Zusammenhang zwischen absoluter Staatsgewalt und ihrer funktionalen Gliederung: Während Bodin die Souveränität einer geschlossenen Staatlichkeit begründete, brachte Hobbes die Theorie des modernen Staates mit dem Leviathan auf einen absolutistischen Begriff. Diese gedanklichen Leistungen waren dann der Ausgangspunkt für sich rasch entwickelnde Relativierungen. Insbesondere bei Locke wurde die in der Praxis erst heraufziehende konstitutionelle Entwicklung zum Absolutismus bereits durch eine funktionale Aufteilung der modernen staatlichen Herrschaft begleitet.

3.4 Montesquieu

3.4.1 Grundsatz der dreigliedrigen Gewaltenteilung

Montesquieu stellt dann in seiner staatstheoretischen Schrift *Vom Geist der Gesetze* den Grundsatz der Gewaltenteilung in seiner heute klassischen triadischen Form auf. Er nimmt zunächst eine funktional orientierte analytische Einteilung der Staatsgewalt vor in Legislative (gesetzgebende Gewalt), Judikative (richterliche Gewalt) und Exekutive (vollziehende Gewalt). Auf die Analyse der unterschiedlichen Staatsfunktionen folgt dann die Forderung, die analysierten Gewalten organisatorisch und personell zu trennen. Grund für diese Trennung

war der Schutz von Freiheit: „Wenn dieselbe Person [...] die gesetzgebende Gewalt mit der vollziehenden vereinigt, gibt es keine Freiheit.“³ Daran schließt sich als dritte Ebene der Gewaltenteilung die Forderung an, die funktionell bestimmten Gewalten auf die verschiedenen politischen und gesellschaftlichen Mächte zu verteilen. Konkret wird die Gesetzgebung dem Volk unter Mitwirkung des Adels in einem Zweikammersystem zugeordnet; das Königtum sieht er für die vollziehende Gewalt vor.

3.4.2 Elemente der Gewaltenverschränkung

Diese Zuordnung begründet eine erhebliche Verschiebung der Macht von der vollziehenden Gewalt zur gesetzgebenden Gewalt. Dies erkennt auch Montesquieu. Als Ausgleich räumt er deshalb dem Monarchen ein Veto-Recht ein und verweigert der Legislative das Selbstversammlungsrecht. Zudem räumt er der Legislative gegenüber den Geschworenengerichten die Stellung eines notwendigen Gerichts ein, soweit diese gesetzliche Sanktionen nicht an den Einzelfall anpassen dürfen.

3.4.3 Funktion und Begründung der Gewaltengliederung

Bei näherem Hinsehen erweist sich damit bereits die klassische Grundlegung der modernen Gewaltenteilungstheorie als ausdifferenziert und mehrschichtig begründet. Ausgangspunkt und erste Bedeutungsschicht der Gewaltenteilung ist der Aspekt der Mäßigung der staatlichen Herrschaftsmacht durch Vermeidung von Machtkonzentration und Willkür zum Zweck des Schutzes der individuellen Freiheit der Bürger.

Zugleich zeigt sich aber, dass den gesellschaftlichen Kräften, die durch die absolutistisch begründete Konzentration der staatlichen Macht aus den Legitimations- und Ausübungszusammenhängen heraus konstruiert wurden, wieder ein gewisser Einfluss auf die staatliche Macht durch Teilhabe an dieser verschafft werden soll. Der Gewaltenteilungsgedanke ist bei Montesquieu ganz wesentlich ausgerichtet auf die Wiedergewinnung eines konstitutionellen Verhältnisses ausgewogener Machtteilhabe, die einer als negativ angesehenen Art der Monarchie entgegenwirken soll. Die Bedeutung dieses Anliegens zeigt sich auch daran, dass Montesquieu seine Konstruktion und Verteilung der staatlichen Gewalten gegenüber anderen Gruppen und Institutionen nicht exklusiv versteht, sondern verschiedene intermediäre Gewalten in sein Konzept ausdrücklich aufnimmt, und auch insoweit seine Vorstellungen von Gewaltenteilung in Richtung der gesellschaftlichen Teilhabe an der staatlichen Macht öffnet.

³ Charles Louis de Secondat de Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* (1748), hg. von Ernst Forsthoff, Tübingen 1951, S. 215 f.

Mit dem Aspekt der Machtteilhabe ist bei Montesquieu weiter verbunden der Gedanke der Balance der Gewalten in gegenseitiger Verwiesenheit. Bereits bei Montesquieu stehen die drei Gewalten nicht unverbunden und beziehungslos nebeneinander, sondern bilden ein konstitutionelles Arrangement der wechselseitigen Beziehungen. Besonders deutlich wird dies für das Verhältnis zwischen monarchischer Exekutive und ständischer Legislative, die durch das Veto-Recht des Königs und den Ausschluss eines parlamentarischen Selbstversammlungsrechts aufeinander bezogen sind. Diese Balance ist dabei nicht allein oder primär durch den Gedanken der Gewaltenhemmung bestimmt, sondern zumindest genauso intensiv durch die Vorstellung, eine vernünftige, handlungsfähige Organisation der staatlichen Gewalt hervorzubringen. Zu diesem Zweck sieht Montesquieu in seinem Organisationsaufbau Gewaltenverschränkungen vor, die über die gegenseitige funktionale Angewiesenheit der drei Gewalten hinausgehen.

3.4.4 US-Verfassung, französische Verfassung, deutscher Konstitutionalismus

Die Grundgedanken dieses Gewaltenteilungsmodells wurden dann Ende des 18. Jahrhunderts in der französischen sowie in den US-amerikanischen Revolutionsverfassungen relativ direkt rezipiert, allerdings mit unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen: Während sowohl die Verfassung Virginias von 1776 als auch die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 jeweils einen expliziten Grundsatz der Gewaltenteilung formulierten, enthält die US-amerikanische Bundesverfassung keinen entsprechenden Grundsatz, sondern etabliert Organe, die organisatorisch getrennt, aber funktional koordiniert sind, und betont damit stärker den Gedanken der *checks and balances* zwischen den unterschiedlichen Gewalten.

In Deutschland verlief die Rezeption der modernen Gewaltenteilungstheorie der konstitutionellen Entwicklung entsprechend zeitlich verschoben und inhaltlich modifiziert. Zwar bot im Konstitutionalismus die Gewaltenteilungslehre und ihr begriffliches Instrumentarium eine Struktur, die den legitimatorischen Dualismus einer Verfassung abbilden konnte, die eine monarchisch legitimierte Exekutive und ein zunehmend demokratisches Parlament verband. Allerdings wurden dabei die Spannungen des konstitutionellen Verfassungssystems in die Gewaltenteilungslehre und ihre Begriffe hineingetragen.

3.4.5 Gewaltenteilung, Volkssouveränität und parlamentarische Demokratie

Diese Überlagerung entfiel mit der umfassenden Demokratisierung der staatlichen Herrschaft durch die Weimarer Reichsverfassung. Es gibt seitdem konstruktiv nur noch einen kollektiven Träger der Staatsgewalt, das Volk, und nur noch ein Legitimationsprinzip, die Volkssouveränität.

3.4.6 Frage nach dem Sinn von Gewaltenteilung in Demokratien

Die dadurch bedingten Veränderungen in der Bedeutung und Funktion der Gewaltenteilung wurde zum Teil als so umfassend angesehen, dass damit die Gewaltenteilung ihren Sinn verloren habe. So schrieb Werner Weber 1959:

Man vergißt [...], daß in der Gewaltenteilung zugleich eine Entscheidung über höchst reale Machtansprüche und über die Legitimation zur politischen Herrschaft wirksam ist. Dieses Vergessen kann dazu führen, daß man von Verfassungs wegen ‚Gewalten‘ teilt, die keine sind, aus deren leer gewordenen Gehäusen sich die eigentlichen Machtauseinandersetzungen in parakonstitutionelle Räume zurückgezogen haben. [...] [D]as 19. Jahrhundert in dessen hat in dieser Hinsicht noch klare Verhältnisse. Hier standen sich echte politische Potenzen gegenüber. Sie hatten sich in Legislative und Exekutive den politischen Machtbesitz geteilt.⁴

3.4.7 Demokratie als primärer Modus gesellschaftlicher Machtteilhabe

Dies ist in demokratischen Staaten anders. Der Aspekt der gesellschaftlichen Teilhabe an der staatlichen Macht wird in demokratischen Verfassungsordnungen auf den ersten Blick als weitgehend erledigt angesehen, weil alle Staatsgewalt demokratisch legitimiert sein muss. Mit der Demokratisierung der Staatsgewalt verliert die Gewaltenteilung tatsächlich ihre ursprüngliche Funktion, unterschiedliche soziale Gruppen, die sich auf unterschiedliche Legitimationsprinzipien berufen, bestimmten Teilen der Staatsgewalt zuzuordnen. Primärer staatsorganisationsrechtlicher Modus der gesellschaftlichen Machtteilhabe werden die Grundsätze der Volkssouveränität und der demokratischen Legitimation aller Staatsgewalt. Alle funktionellen Aspekte der Staatsgewalt werden sozial auf das Volk zurückgeführt und einheitlich durch die Volkssouveränität legitimiert. Gegenstand der Gewaltenteilung ist nur noch die staatsorganisatorische Zuordnung unterschiedlicher Staatsfunktionen zu unterschiedlichen Organisationseinheiten.

Allerdings zeigt die nähere Betrachtung, dass die Fragen der gesellschaftlichen Teilhabe an staatlicher Macht auch in demokratischen Rechtsordnungen

⁴ Werner Weber, „Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem“, in: Hans Barion (Hg.), *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin 1959, S. 253, 255 f.

nicht erledigt sind, sondern sich – nun in anderem Gewand und an anderen Stellen – fortsetzen. Zum einen sind Inhalt, Anforderungen, Reichweite und Exklusivitätsanspruch demokratischer Legitimation zu klären; als Beispiel für diesen Fragenkreis kann auf die Diskussion über das Verhältnis zwischen den vom Bundesverfassungsgericht judizierten Legitimationsketten und den verschiedenen Formen der Selbstverwaltung verwiesen werden. Zum anderen – und für die hier verfolgten Überlegungen zentral – stellt sich auch in demokratischen Verfassungsordnungen weiterhin die Frage der Balance zwischen individueller Freiheit und kollektivem Machtanspruch. Gewaltenteilung muss nun ins Verhältnis zur Demokratie und zum Rechtsstaat gesetzt werden, um angemessen verstanden zu werden. Karl Loewenstein hat dies treffend auf den Punkt gebracht: „Anscheinend muss jede Generation den Kampf zwischen Montesquieu und Rousseau neu austragen.“⁵

3.4.8 Im Übrigen: Veränderte Bezugspunkte der Funktionen von Gewaltenteilung

Dass dabei aber nicht stets Rousseau gewinnt, liegt daran, dass Gewaltenteilung bei einer demokratischen Legitimation der Staatsgewalt nicht automatisch ihren Sinn verliert. Vielmehr verschieben sich nun die Bezugspunkte der Funktionen. So bezieht sich der Aspekt der Verhinderung von Machtmissbrauch nun nicht mehr auf den originären Träger der Legitimation, sondern auf die mit Hoheitsgewalt betrauten Amtsträger. Der Aspekt der Mäßigung der staatlichen Herrschaftsmacht durch Vermeidung von Machtkonzentration und durch Ausbalancierung der verschiedenen Träger der Gewalten verschiebt sich in einer parlamentarischen Demokratie vom Gegensatz zwischen monarchischer Exekutive einerseits und demokratischem Parlament andererseits zum Gegensatz zwischen Parlamentsmehrheit und Regierung einerseits und Parlamentsminderheit und politischer Opposition andererseits. Schließlich wird eine verfassungstheoretische Systematisierung der Gewaltenteilung dadurch erschwert, dass Gewaltenteilung als Funktion beziehungsweise Argument häufig auch auf Fragen und Aspekte bezogen wird, die zumindest auch, wenn nicht sogar primär, anderen staatsrechtlichen Prinzipien entstammen und zugeordnet werden können, vor allem den Grundrechten, dem Rechtsstaatsprinzip und – eben – der demokratischen Legitimation.

Darüber sollte aber nicht verkannt werden, dass der Übergang vom Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts mit einer Verfassung, die eine monarchische Exekutive, ein demokratisches Parlament und eine unabhängige Justiz vereinte, zu einer umfassend demokratisch legitimierten Staatsgewalt unter der Weimarer Reichsverfassung grundsätzliche Auswirkungen auf die Gewaltenteilung

⁵ Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, 3. Auflage, Tübingen 1975, S. 472.

hat. Während das legitimatorische Gegenüber von monarchischer Exekutive und demokratischem Parlament tendenziell die Unterscheidung und Trennung der Gewalten betonte und vorantrieb, öffnet die umfassende demokratische Legitimation unter der Weimarer Reichsverfassung nun den Weg dazu, die Gewaltenteilung in ein Gesamtgefüge der verfassten Staatlichkeit einzurichten. Konsequenterweise wird nun in Deutschland erstmals der Gedanke der funktionsgerechten Organverteilung entwickelt, der darauf abzielt, die einzelnen Regelungen der Verfassung und vor allem das Verhältnis von Parlament und Regierung in ihrem nun weniger legitimatorisch, sondern eher funktional determinierten Zusammenwirken zu erfassen und zu deuten. In Verlängerung dieser Erkenntnis wird deshalb in Bezug auf das Grundgesetz die Forderung erhoben, die Begriffe der Teilung und Trennung der Staatsgewalt kritisch zu überdenken und stattdessen vom Grundsatz der grundgesetzlichen Gewaltengliederung zu sprechen.

3.4.9 Theorien moderner Gewaltenteilung

Dies bedeutet aber nicht, dass damit notwendigerweise und gleichsam automatisch der Ansatz einer – zumindest auch – trennenden und gegenüberstellenden Wirkung der Gewaltenteilung aufgehoben ist. Vielmehr bleiben auch diese Wirkungen erhalten, müssen aber differenziert ins Verhältnis gesetzt werden zu den veränderten Koordinaten und Rahmenbedingungen.

Dabei haben die tradierten Überlegungen der Kontrolle bzw. Hemmung der staatlichen Gewalt für eine rechtsstaatlich und demokratisch legitimierte Staatsgewalt wenig Selbststand und sind zudem relativ unspezifisch.

Die Rechtsprechung des BVerfG arbeitet mit der Vorstellung von Kernbereichen und funktionsadäquaten Zuordnungen zu den drei Gewalten. Dieser Ansatz wird nicht allein wegen seiner schwachen Steuerungsleistungen kritisiert, sondern auch deshalb, weil er für das Verhältnis von Exekutive und Legislative mit tradierten Vorstellungsbildern arbeiten muss, deren Begründung wenig zwingend ist. Woher die Kriterien für eine Funktionsadäquanz kommen und was ihnen im Einzelnen für die Abgrenzung zwischen Legislative und Exekutive zu entnehmen ist, lässt sich dem positiven Recht kaum entnehmen.

Ein legitimationsbezogener Ansatz versucht, Gewaltenteilung als Modus der Selbstbestimmung zu verstehen, der die Widersprüche zwischen individueller Selbstbestimmung – durch Grundrechte garantiert – und kollektiver Selbstbestimmung – durch demokratische Entscheidungen garantiert – durch eine differenzierte Zuordnung zu einem gewaltengliedernd organisierten Hoheitsträger aufheben soll. Allgemein gefasste und zukunftsbezogene Entscheidungen werden den kollektiv legitimierten Parlamenten zugeordnet, retrospektiv und auf den Einzelfall bezogene Entscheidungen den Gerichten – und alles dazwischen der Verwaltung.

Allerdings ist auch diese Zuordnung wenig trennscharf. Der Ansatz, Gewaltengliederung als Modus der Selbstbestimmung zu verstehen und zu rekonstruieren, kann mit der binären Struktur von individuell-rechtsstaatlicher und kollektiv-demokratischer Legitimation erhebliche Teile der Gewaltenteilung nur verzerrt und daher nicht angemessen einfangen und bedarf zudem häufig des Rückgriffs auf andere Entscheidungen. Zudem sind die Zuordnungen in Teilen wenig überzeugend. So werden z.B. mit der Bindung des Gesetzgebers an Grundrechte auch die parlamentarischen Entscheidungen ganz erheblich durch die individuelle grundrechtliche Legitimation mitbestimmt. Und Entscheidungen vor allem der oberen Gerichte sind häufig davon geprägt, auch für parallele sowie künftige Fälle Rechtssicherheit zu erreichen, und reichen damit über den Einzelfall hinaus.

Die Alternative, Gewaltenteilung als ein rein formales Prinzip zu verstehen, das allein eine Pluralität von Gewaltenträgern sowie strikte Zuordnungen von Rechtserzeugungszuständigkeiten verlangt, vermeidet die Vorwürfe unklarer Abgrenzungen aufgrund materialer und relativierender Betrachtungen. Allerdings kommt der Gewaltenteilung nach diesem Verständnis kaum noch Direktionskraft zu, weshalb selbst weit verbreitete spezifische Ausprägungen, wie sie z.B. mit der Unabhängigkeit der Justiz bestehen, nicht adäquat erfasst und erklärt werden können.

3.4.10 Ausblick

Einige der vorstehend aufgezeigten Probleme können vermieden werden, wenn Gewaltenteilung als Mittel spezifischer Kontrolle staatlicher Gewalt(en) verstanden wird. Unter Hinnahme des Befundes, dass die klassische Dreiteilung staatlicher Gewalt mehr konkrete Entscheidung als staatstheoretisch notwendiger Grundsatz ist, kann so ein hinreichend offenes und differenziertes Verständnis von Gewaltenteilung entfaltet werden.

Die häufig gestellte Frage nach *materialen* Zuschreibungen an einzelne Funktionen ist zwar allein aus dem Ansatz der Kontrolle nicht weiter zu beantworten, weshalb dem Grundsatz der Gewaltenteilung über die Garantie der in der Verfassung genannten Organe und deren Funktionen hinaus keine weiteren eigenständigen Aussagen zu entnehmen sind. Dies muss aber nicht als Defizit verstanden werden, sondern kann als ein bestätigendes Argument dafür angesehen werden, dass die tradierte dreigliedrige Form der Gewaltenteilung in umfassend positivierten, liberal-demokratischen Verfassungen wenig Selbststand hat.

Darüber hinaus zeigen Überlegungen zum Verhältnis zwischen Gewaltenteilung, Demokratie und Rechtsstaat, dass es bestimmte Wechselwirkungen und Affinitäten der verschiedenen Institutionen und Verfahren zu verschiedenen Wirkungen und Inhalten gibt. Insoweit kann die Gewaltenteilung als or-

ganisatorischer Ausdruck oder Verstärkung von Demokratie und Rechtsstaat verstanden werden.

Diese Zusammenhänge sind zwar im Weiteren nicht linear oder monokausal zu bestimmen, und für die Entscheidung dogmatisch-operativer Rechtsfragen können ihnen häufig nur schwache oder keine Aussagen entnommen werden. Dies sollte aber nicht gegen die Versuche gewendet werden, Gewaltgliederung theoretisch zu fundieren.

Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass das Ergebnis theoretischer Überlegungen nicht stets und zwingend in der einen, umfassenden, *richtigen* Theorie bestehen muss. Verschiedene Theorien können verschiedene Wirkungen, Effekte und Zusammenhänge erklären und rationalisieren, und auch Theorien nur mittlerer Reichweite können bei der Bewältigung der Probleme des Umgangs mit den Einzelfragen des positiven Rechts helfen.

Zum anderen ist in Bezug auf die Gewaltenteilung zu berücksichtigen, dass die operativ-dogmatischen Fragen häufig nur die offenen Restfragen von Verfassungsordnungen sind, die eine – dreigliedrig oder im Sinne von *checks and balances* – strukturierte Gewaltengliederung aufweisen.

Aus der theoretisch vermittelten Distanz wird so deutlich, dass in liberalen und demokratischen Verfassungen die Bedeutung des tradierten Grundsatzes der dreigliedrigen Gewaltenteilung zu Recht regelmäßig eine erhebliche Relativierung erfährt. Selbst wenn der Grundsatz wie in Art. 20 GG verfassungsrechtlich positiv verankert ist, bleibt für ihn im Ergebnis neben zahlreichen Einzelvorschriften sowie gewaltenteilend wirkenden föderalen, rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen häufig nur wenig Raum für eigenständige Wirkungen. Dies ist aber kein Nachteil, sondern konsequente Folge der Errungenschaften von Rechtsstaat und Demokratie.

I.4

Repräsentation und Demokratie

Andreas Anter

Seit es eine Praxis der Repräsentation gibt, hat sich auch eine Kritik der Repräsentation entwickelt. Der Begriff der Repräsentation gehört einerseits zu den „contested concepts“¹, andererseits zu den Fundamentalbegriffen in den Rechts- und Sozialwissenschaften, da der Vorgang der Repräsentation eine politische Gemeinschaft überhaupt erst konstituiert. Er dient nicht nur dazu, die Individuen an der Bildung des Volkswillens teilnehmen zu lassen, sondern auch dazu, einen Gemeinwillen überhaupt erst zu formieren.² Insofern handelt es sich um eine *conditio sine qua non* jeder politischen Gemeinschaft. Kollektive Handlungsfähigkeit wird durch Repräsentation erst möglich.³

In den Rechts- und Sozialwissenschaften wird überdies oft ein kausaler Zusammenhang zwischen Repräsentation und Demokratie postuliert. Das Versprechen der Repräsentation wäre demnach ein Versprechen der Demokratie und umgekehrt. Ernst-Wolfgang Böckenförde etwa meint, die Repräsentation sei ein „konstituierendes Element der Demokratie“⁴, ja die repräsentative Demokratie sei „die notwendige Grundform der Demokratie“⁵. Andere hingegen bestreiten energisch einen solchen Zusammenhang, da zwischen dem Begriff der Repräsentation und dem der Demokratie gar keine Verwandtschaft bestehe.⁶ Sie halten die Verbindung für irreführend, da sich hinter dem Begriff

¹ Hier ist unerheblich, ob der Begriff zu den „contingently contested concepts“ (Terence Ball, „Confessions of a Conceptual Historian“, in: *Finnish Yearbook of Political Thought* 6 (2002), S. 11–31, 25) oder zu den „essentially contested concepts“ (William B. Gallie, „Essentially contested Concepts“, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1956), S. 167–198) zu rechnen ist.

² Giuseppe Duso, *Die moderne politische Repräsentation. Entstehung und Krise des Begriffs*, Berlin 2006, S. 12. Für Oliver Lepsius ist Repräsentation „nicht etwa erforderlich, um einen Volkswillen abzubilden“, sondern um einen Herrschaftswillen überhaupt entstehen zu lassen (Lepsius, „Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus“, in: Martin Bertschi u.a. (Hg.), *Demokratie und Freiheit*, Stuttgart 1999, S. 123–180, 165).

³ Dietmar von der Pfördten, „Politik und Recht als Repräsentation“, in: *Recht und Politik. ARSP Beiheft* 93, hg. v. Jan C. Joerden/Roland Wittmann, Stuttgart 2004, S. 51–73, 63.

⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Demokratie und Repräsentation“, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt/M. 1991, S. 379–405, 389.

⁵ Böckenförde, „Demokratische Willensbildung und Repräsentation“, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hg. v. Josef Isensee/Paul Kirchhof, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, S. 31–53, Rn. 3.

⁶ Duso, *Die moderne politische Repräsentation*, S. 19 ff.; Hans Meyer, „Repräsentation und Demokratie“, in: Horst Dreier (Hg.), *Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe*:

der Repräsentation eine Vorstellung von Einheit verberge, die es in der Demokratie gar nicht gebe. Daher sei es sogar besser, ganz auf den Begriff verzichten; die Demokratie sollte jedenfalls „ohne jeden Gedanken der Repräsentation gedacht werden“.⁷

Kontroversen wie diese führten bereits vor Jahrzehnten zu derart heftigen Debatten, dass man auf der Staatsrechtslehrertagung von 1974 dafür plädierte, man solle das Wort „Repräsentation“ besser „zunächst einmal für fünf Jahre aus dem Verkehr ziehen“.⁸ An diese Empfehlung hat sich selbstverständlich niemand gehalten. Kontroversen werden durch eine solche Empfehlung eher stimuliert als beendet.⁹ Ich möchte das Verhältnis von Repräsentation und Demokratie im Folgenden in vier Schritten in den Blick nehmen, um eine Ambivalenz deutlich zu machen.

4.1 Repräsentation als gesteigertes Sein

Wer einen kausalen Zusammenhang zwischen Demokratie und Repräsentation bestreitet, kann mit Recht darauf verweisen, dass „Herrschaft durch Repräsentation [...] keinesfalls geradewegs in eine demokratische Staatsform“ münde.¹⁰ Schließlich kann auch eine Diktatur repräsentativ sein. Hitlers Herrschaft etwa kann „als politische Repräsentation der Deutschen“ bezeichnet werden,¹¹ selbst wenn man sie nicht als eine legitime Repräsentation ansehen würde. Gerhard Leibholz kam bereits im Jahr 1929 zu dem Ergebnis, man könne auch die Herrschaft eines Diktators „tatsächlich als eine repräsentative Volksherrschaft anerkennen“.¹² Kann man also den Begriff der Repräsentation gar nicht für die Demokratie reservieren?

Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geb., Berlin 2005, S. 99–112, 100; Benjamin Barber, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, 5. Aufl., Berkeley 2004, S. XXII.

⁷ Meyer, Repräsentation, S. 104.

⁸ Hans Meyer, Diskussionsbeitrag in der Aussprache zu seinem Bericht „Das Parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes“, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 33 (1975), S. 144–145, 145.

⁹ Nicht zuletzt veröffentlichte Hasso Hofmann im selben Jahr seine vielbeachtete Habilitationsschrift, die der Debatte einen zusätzlichen Impuls gab. Vgl. Hasso Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1974.

¹⁰ Kathrin Groh, „Quod omnes tangit. Repräsentation und parlamentarische Demokratie in der Weimarer Staatsrechtslehre“, in: Christoph Gusy/Heinz-Gerhard Haupt (Hg.), *Inklusion und Partizipation*, Frankfurt/New York 2005, S. 141–175, 142.

¹¹ von der Pfordten, Politik und Recht, S. 64.

¹² Gerhard Leibholz, *Die Repräsentation in der Demokratie* (1929), 3. Aufl., Berlin/New York 1973, S. 142, mit Verweis auf seine Studien zum faschistischen Verfassungsrecht.

Carl Schmitt wehrte sich besonders strikt gegen ein solches *Claiming*. Er definierte die Demokratie stattdessen im Rückgriff auf Rousseau als die „Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten“.¹³ Wenn man von einem solcherart identitären Demokratiebegriff ausgeht, dann kann Repräsentation in der Tat allenfalls ein Surrogat von Demokratie sein – falls sie nicht sogar eher das Gegenteil ist. Schmitt glaubte: „In der reinen Demokratie gibt es nur die Identität des wirklich anwesenden Volkes mit sich selbst, also keine Repräsentation.“¹⁴ Er hätte sich in dieser Entgegensetzung auch auf Georg Jellinek berufen können, der Demokratie und Repräsentation für inkompatibel hielt, „weil es nichts als eine Fiktion ist, wenn man meint, irgendein Gewählter könne die gesamten politischen Wünsche seiner Wähler in sich aufnehmen und nach außen vertreten“.¹⁵ Jellinek stützte sich auf jenen Theoretiker, der später für Schmitt wichtig wurde: „Rousseau hatte ganz recht: man kann nicht für einen anderen wollen, so wenig [...] als man für ihn essen oder trinken kann.“¹⁶ Ähnlich argumentierte auch Hans Kelsen, der das Repräsentativsystem als „eine Verfälschung des demokratischen Gedankens“ bezeichnete¹⁷ und das Repräsentationsverhältnis als „eine nackte Fiktion“ sah.¹⁸

Schmitt war also keineswegs der erste Repräsentationsagnostiker. Was aber verstand er unter „Identität“? In seiner *Verfassungslehre* heißt es: „Mit dem Wort ‚Identität‘ ist das Existentielle der politischen Einheit des Volkes bezeichnet zum Unterschied von irgendwelchen normativen, schematischen oder fiktiven Gleichheiten“.¹⁹ Die Frage nach seinem Identitätsbegriff führt uns also zu einer noch anspruchsvoller Formel, nämlich zu der des Existentiellen. Sie ist mit Blick auf Schmitt insofern interessant, als sie eine Schlüsselrolle in seinem Werk spielt. Besonders prominent tritt sie im *Begriff des Politischen* hervor wo die Unterscheidung von Freund und Feind als die „existenzielle“ politische Unterscheidung eingeführt wird – und der Feind als das „existenziell“ Andere firmiert.²⁰ Man hat Schmitt daher oft als politischen Existentialisten bezeichnet,²¹

¹³ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München/Leipzig 1928, S. 234. Er beobachtete eine historische Steigerung der Identitätsproduktion, wenn er die Herstellung von Gleichheit, Gleichberechtigung und allgemeinem Wahlrecht als Teil der historischen Bewegung begreift, „die Identität von Regierenden und Regierten“ herzustellen (ebd., S. 235).

¹⁴ Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 235.

¹⁵ Georg Jellinek, „Besondere Staatslehre“, in: ders., *Ausgewählte Schriften und Reden*, hg. v. Walter Jellinek, Berlin 1911, Bd. 2, S. 153–319, 222.

¹⁶ Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin 1906, S. 62.

¹⁷ Hans Kelsen, „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (1920), in: ders., *Verteidigung der Demokratie*, hg. v. Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius, Tübingen 2006, S. 1–33, 11.

¹⁸ Hans Kelsen, „Allgemeine Staatslehre“ (1925), in: ders., *Verteidigung der Demokratie*, S. 34–114, 44.

¹⁹ Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 235. Er operiert hier mit Vorstellungen seinsmäßiger Gleichheit; kurz darauf spricht er vom „homogenen Sein eines Volkes“ (ebd.).

²⁰ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1932), Berlin 1963, S. 27.

²¹ Dazu Michael Großheim, *Politischer Existentialismus. Subjektivität zwischen Entfrem-*

was begrifflich etwas freihändig ist. Das Existentielle steht bei ihm so stark im Zentrum, dass nicht nur die „Identität“, sondern auch ihr Gegenbegriff, die „Repräsentation“, bei ihm als etwas Existentialies erscheint. In der *Verfassungslehre* heißt es entsprechend: „Die Repräsentation gehört der Sphäre des Politischen an und ist deshalb in ihrem Wesen etwas Existenzielles.“²²

Diese Formel war in der zeitgenössischen Staatslehre nicht singulär. Auch Gerhard Leibholz meinte, das Repräsentierte müsse „eine selbständige Existentialität besitzen“.²³ So wie der Begriff der Repräsentation für Leibholz daher in einer „spezifisch ideellen Wertsphäre wurzelt“,²⁴ wird das Existentielle auch von Schmitt sehr hoch bewertet, als etwas, das sich von allem bloß „Formalen“ – wie auch von allem „Normativen“ – abhebt. Entsprechend sagt Schmitt in der *Verfassungslehre*: „Repräsentation ist kein normativer Vorgang, kein Verfahren und keine Prozedur, sondern etwas *Existenzielles*.“²⁵

Mit dieser existentiellen Deutung wendet er sich in erster Linie gegen jedes prozedurale Repräsentationsverständnis. Ernst-Wolfgang Böckenförde hat daraus gefolgert, bei Schmitt werde Repräsentation „eher statisch gedacht“, „nicht als Vorgang, als Prozeß, durch den Einheit und gemeinsames Bewußtsein aktualisiert und auch hergestellt wird“, sondern als „etwas bereits Vorhandenes“ abbildend.²⁶ Das ist aber nur die Hälfte der Wahrheit. Denn auf der anderen Seite sieht Schmitt, wie Böckenförde selbst einräumt, die Repräsentation „sehr betont in ihrer Handlungsbezogenheit“.²⁷ Für ihn bewirkt die Repräsentation sogar erst die Einheitsbildung,²⁸ man könnte auch sagen: die Integration. Dies ist insofern bemerkenswert, als er sich hier mit seinem Rivalen Rudolf Smend berührt²⁹ – worauf Schmitt hier selbst hinweist –, ja er scheint sogar auf den Zug der Integrationslehre aufzuspringen, wenn er sagt, „jede politische Einheit muss

dung und Engagement, Tübingen 2002, S. 323 ff.; Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 4. Aufl., Berlin 2002, S. 124, 166 u. 252; Heiner Bielefeldt, *Kampf und Entscheidung. Politischer Existentialismus bei Carl Schmitt, Helmuth Plessner und Karl Jaspers*, Würzburg 1994; Ernst Vollrath, „Politik und Existenz“, in: *Politisches Denken Jahrbuch 1991*, S. 156–169.

²² Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 211.

²³ Leibholz, *Die Repräsentation*, S. 27.

²⁴ Leibholz, *Die Repräsentation*, S. 37.

²⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 209.

²⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts“, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt/M. 1991, S. 344–366, 364.

²⁷ Böckenförde, *Der Begriff des Politischen*, S. 364.

²⁸ Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 214.

²⁹ Zum komplizierten Verhältnis der beiden Staatsdenker vgl. ihren Briefwechsel „Auf der gefahrenvollen Straße des öffentlichen Rechts“. *Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921–1961*, hg. v. Reinhard Mehring, Berlin 2010.

auf irgendeine Weise integriert werden, weil sie nicht von Natur vorhanden ist, sondern auf einer menschlichen Entscheidung beruht“.³⁰

An dieser Stelle berührt er sich tatsächlich mit Smend, aber nur, um sich umso heftiger von ihm abzustoßen. Smend hielt die Integration und die Repräsentation für „Staatsformen“; zudem sah er den Parlamentarismus als eine integrierende Staatsform.³¹ Es war für Schmitt ein Leichtes, beide Positionen als Smendsche Verstiegenheit abzutun. Er entgegnete, Integration finde erstens in jeder Staatsform statt und könne zweitens auch durch Repräsentation erfolgen; sie stehe jedenfalls „nicht im Gegensatz zur Repräsentation. Man darf sogar sagen, daß die echte Repräsentation [...] ein wesentlicher Faktor der Integrationsprozesses ist.“³²

Wir finden bei Schmitt also eine widersprüchliche Deutung: Einerseits versteht er die Repräsentation als etwas Seinsmäßiges, andererseits versteht er sie als etwas Prozesshaftes, als einen Vorgang, der auf die politische Einheitsbildung gerichtet ist. Dieser Widerspruch wird bei Schmitt nicht aufgelöst. Allerdings ist der Gesichtspunkt des Existentiellen eindeutig dominant, wie sich nicht zuletzt in der berühmten Definition in der *Verfassungslehre* zeigt: „Repräsentieren heißt, ein unsichtbares Sein durch ein öffentlich anwesendes Sein sichtbar machen und vergegenwärtigen.“³³

Folgt man diesem Verständnis, dann wäre Repräsentation ein Vorgang, der allen politischen Phänomenen zugrunde liegt, ein Aspekt, der auch in neueren Theorien der Repräsentation zum Ausdruck kommt.³⁴ Die Schmitt-Literatur hat sich jedoch weniger für die Frage des Seins als vielmehr für die Formel der Vergegenwärtigung des Unsichtbaren interessiert. So hat sich Stefan Breuer mit Blick auf diese Formel an eine „spiritistische Sitzung“ erinnert gefühlt.³⁵ Er meint dies zweifellos ironisch, denn wenn bereits die Vergegenwärtigung von Abwesendem ein Indiz für etwas Spiritistisches wäre, dann wäre auch Hanna F. Pitkin eine Okkultistin, versteht sie doch die Repräsentation als „the making present *in some sense* of something which is nevertheless *not* present literally or in fact“.³⁶ Auch Gerhard Leibholz wäre Spiritist, denn für ihn bedeutet Reprä-

³⁰ Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 207.

³¹ Rudolf Smend, „Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform“ (1923), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl. Berlin 1994, S. 68–88.

³² Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 207.

³³ Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 209.

³⁴ Vgl. etwa aus konstruktivistischer Sicht Michael Saward, *The Representative Claim*, Oxford 2010.

³⁵ Stefan Breuer, *Carl Schmitt im Kontext. Intellektuellenpolitik in der Weimarer Republik*, Berlin 2012, S. 105.

³⁶ Hanna F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley/Los Angeles 1967, S. 8 f. Pitkins Studie prägt die internationale Repräsentationsdiskussion bis heute. Vgl. Saward, *The Representative Claim*, S. 11 ff.; Andrew Rehfeld, „Towards a General Theory of Political Re-

sentation, „daß etwas nicht real Präsentes wieder präsent, d.h. existentiell wird, etwas, was nicht gegenwärtig ist, wieder anwesend gemacht wird“.³⁷ Selbst Siegfried Landshut würde zu diesem okkulten Zirkel gehören, heißt Repräsentieren doch für ihn, „etwas gegenwärtig zu machen, „was an sich nicht gegenwärtig, nicht ‚da‘ ist“.³⁸

Schmitt glückte mit seinem Repräsentationsbegriff, wie mit vielen anderen Begriffen, gleichwohl ein eminenter Rezeptionserfolg. Schon die zeitgenössischen Staatsrechtler wie Gerhard Leibholz griffen das Konzept sofort auf und begründeten so eine Rezeptionslinie, die sich bis in die internationale Rechts- und Sozialwissenschaft der Gegenwart zieht, etwa bei Olivier Beaud, Hanna F. Pitkin oder Giuseppe Duso.³⁹ In Schmitts Werk lässt sich das Motiv bis zurück zu seinen frühen Meditationen über *Die Sichtbarkeit der Kirche* verfolgen, wo er den Gedanken entwickelt, dass durch die Kirche etwas Unsichtbares sichtbar gemacht werde.⁴⁰ Von „Repräsentation“ ist hier zwar *expressis verbis* noch nicht die Rede, aber in der Schrift *Römischer Katholizismus und politische Form* werden die semantischen Implikationen des Konzepts eingehend entfaltet.⁴¹

Das Kriterium des Seinsmäßigen ist nicht zuletzt für Schmitts Unterscheidung von „Repräsentation“ und „Vertretung“ ausschlaggebend. Er reserviert dabei den Begriff der Repräsentation für den Bereich des Öffentlich-Politischen und weist den Vorgang der Vertretung allein dem Bereich des Privaten zu. Sein Argument lautet: Ein privates Interesse „kann nicht repräsentiert werden. Ihm fehlt die gesteigerte Art Sein, die einer Heraushebung in das öf-

presentation“, in: *Journal of Politics* 68 (2006), S. 1–21; Jane Mansbridge, „Rethinking Representation“, in: *American Political Science Review* 97 (2003), S. 515–528.

³⁷ Leibholz, Die Repräsentation, S. 26. – Er beruft sich hier nicht nur auf Schmitt, sondern auch auf Hegel, der die Repräsentation als einen Akt versteht, in welchem „das Interesse selbst [...] in seinem Repräsentanten wirklich gegenwärtig“ ist (Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, hg. v. Bernhard Lakebrink, Stuttgart 1976, S. 469, § 311).

³⁸ Siegfried Landshut, „Der politische Begriff der Repräsentation“ (1964), in: ders., *Kritik der Soziologie und andere Schriften zur Politik*, Neuwied/Berlin 1969, S. 347–360, 355.

³⁹ Dazu Volker Neumann, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen 2015, S. 151 ff.; Breuer, Carl Schmitt, S. 103 ff.; Duso, Die moderne politische Repräsentation, S. 30 ff. u. 148 ff.; Groh, Quod omnes tangit, S. 141 ff.; Duncan Kelly, „Carl Schmitt’s Political Theory of Representation“, in: *Journal of the History of Ideas* 65 (2004), S. 113–134; Olivier Beaud, „Repräsentation“ et „Stellvertretung“: sur une distinction de Carl Schmitt“, in: *Droits* 6 (1987), S. 11–20.

⁴⁰ Carl Schmitt, „Die Sichtbarkeit der Kirche. Eine scholastische Erwägung“, in: *Summa*, 1. Jg. 1917, Nr. 2, S. 71–80.

⁴¹ Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, 2. Aufl., München 1925, S. 26: Die Kraft der Kirche liege in ihrer „Kraft zur Repräsentation“. Mehr noch, die Überlegenheit der Kirche über das „Zeitalter ökonomischen Denkens“ liege darin, dass sie Christus selbst repräsentiere, „den in geschichtlicher Wirklichkeit Mensch gewordenen Gott“ (ebd.). Bei Schmitt findet sich in der Tat jene Überhöhung der Repräsentation, die Hasso Hofmann im Blick auf die deutsche Diskussion zu beobachten meinte (Hofmann, Repräsentation, S. 25 ff.). Vgl. auch Duso, Die moderne politische Repräsentation, S. 192 ff.

fentliche Sein, einer *Existenz*, fähig ist“.⁴² Wir haben es hier also mit einem Steigerungsaspekt zu tun, wonach im Öffentlich-Politischen eine höhere Art des Seins vorliegt. Einen treuen Rezipienten dieses Gedankens finden wir in Gerhard Leibholz, der fast wörtlich an Schmitt anknüpft: „Die Repräsentation setzt eine höhere Art Sein voraus, das durch die Repräsentation in der Person des Repräsentanten noch einmal präsent gemacht wird. Sie ist in einer spezifisch ideellen Wertsphäre verhaftet und unterscheidet sich schon hierdurch grundsätzlich von dem der Rechtswissenschaft geläufigen Begriff der *Vertretung*. Transzendentale Ordnungsmächte und Ideen, Gemeinschaften wie z.B. die Kirche, das Volk, die Nation, der Staat, die durch bestimmte ideelle Werte zusammengehalten werden, können repräsentiert werden“; nicht aber die „privaten Interessen“.⁴³ Auch Siegfried Landshut nimmt den Faden auf und meint, das unsichtbare „Gegenwärtigsein des Repräsentierten“ habe seinen „Grund in der besonderen Art, in der Seinsweise dessen, was repräsentiert werden soll“.⁴⁴ Sowohl Landshut als auch Leibholz folgten damit letztlich der Position Schmitts. Nicht zu Unrecht haben Horst Dreier und Hasso Hofmann den Topos der ‚gesteigerten Art des Seins‘ als „Repräsentations-Idealismus“ bezeichnet.⁴⁵

4.2 Repräsentation als Fiktion

In seiner scharfen Unterscheidung zwischen Repräsentation und Vertretung befindet Schmitt sich in einem Disput mit Max Weber, zu dem ihn ohnehin eine ambivalente Beziehung verbindet.⁴⁶ Er protestiert gegen die begriffliche Laxheit seines akademischen Lehrers, der nämlich in der Herrschaftssoziologie nicht zwischen „Repräsentation“ und „Vertretung“ unterscheidet, ja die beiden Begriffe sogar meist synonym verwendet. Schmitt antwortet darauf mit ei-

⁴² Schmitt, Verfassungslehre, S. 210.

⁴³ Gerhard Leibholz, Art. „Repräsentation“, in: *Evangelisches Staatslexikon*, hg. v. Roman Herzog u.a., 3. Aufl., Stuttgart 1987, Sp. 2986–2993, 2987. Hier handelt es sich um eine komprimierte Version seines Repräsentationsbuchs von 1929.

⁴⁴ Landshut, Der politische Begriff der Repräsentation, S. 355.

⁴⁵ Horst Dreier/Hasso Hofmann, „Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz“ (1989), in: Hasso Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Tübingen 1995, S. 161–196, 164.

⁴⁶ Zum Verhältnis Schmitt/Weber vgl. Andreas Anter, *Max Weber und die Staatsrechtslehre*, Tübingen 2016, S. 85 ff.; Breuer, Carl Schmitt, S. 81 ff.; Jean-François Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt?*, Paris 2011, S. 143 ff.; Kjell Engelbrekt, „What Carl Schmitt picked up in Weber’s Seminar“, in: *European Legacy* 14 (2009), S. 667–684; Duncan Kelly, *The State of the Political*, 2. Aufl., Oxford 2008; Catherine Colliot-Théâne, „Carl Schmitt versus Max Weber: Juridical Rationality and Economic Rationality“, in: Chantal Mouffe (Hg.), *The Challenge of Carl Schmitt*, London/New York 1999, S. 138–154.

nem Konzept, das eben diese Differenz herstellt.⁴⁷ Zugleich aber bleibt er auf Webers Spuren, wenn er sich sein prozessual-handlungsbezogenes Repräsentationsverständnis zu eigen macht.⁴⁸ Bei Weber ist Repräsentation ein handlungsbezogener Begriff: Unter Repräsentation versteht er den Tatbestand, „daß das Handeln bestimmter Verbandszugehöriger (Vertreter) den übrigen zugerechnet wird oder von ihnen gegen sich als ‚legitim‘ geschehen und für sie verbindlich gelten gelassen werden soll und tatsächlich wird“.⁴⁹ Die Repräsentanten treffen Entscheidungen bzw. verabschieden Gesetze, die den Repräsentierten zugerechnet werden, „als ob“ diese selbst sie getroffen oder verabschiedet hätten.⁵⁰

Das „Als ob“ ist ein zentraler Punkt in Webers wie Schmitts Repräsentationsverständnis. Ähnlich wie Weber war Schmitt von Hans Vaihingers *Philosophie des Als ob* sehr beeindruckt, ja er sah sie als unentbehrliches Werk für die Dogmatik und Methodenlehre der Jurisprudenz.⁵¹ Und ähnlich wie Schmitt bezweifelte Weber, ob sich in parlamentarischen Repräsentativkörperschaften tatsächlich ein „Wille des Volkes“ bilde, und zwar aus prinzipiellen Gründen: In einem vielzitierten Brief an Robert Michels wies Weber eine solche Vorstellung brüsk zurück und erklärte: „Solche Begriffe wie ‚Wille des Volkes‘ [...] existieren für mich schon lange nicht mehr. Sie sind *Fiktionen*.“⁵²

Was Weber hier „Fiktion“ nennt, verweist auf eine Paradoxie, die der Repräsentation immer eingeschrieben ist: dass der Gesamtwille ja aus einer „Vielzahl der sich zum Teil widersprechenden Einzelwillen“ gebildet wird.⁵³ Da die dauerhafte Existenz einer politischen Gemeinschaft die Formierung eines Gemeinwillens voraussetzt, scheint es unumgänglich zu sein, an der Vorstellung eines hypothetischen Volkswillens festzuhalten, einer voraussetzungsreichen Vorstellung, denn sie „basiert auf der Annahme, dass es auch in einer heterogenen Gesellschaft einen Kernbestand gemeinsamer Wertvorstellungen und vitaler Interessen gibt, die unbedingt Vorrang vor den Partikularinteressen, aber auch vor dem empirischen Willen der Mehrheit haben“.⁵⁴ Ohne einen solchen Grundkonsens würde man in kontroversen politischen Fragen weder Kompro-

⁴⁷ Wenn auch um den Preis, dass man dieses Konzept als idealistisch bzw. spiritistisch abgeurteilt hat.

⁴⁸ Schmitt, Verfassungslehre, S. 215.

⁴⁹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Soziologie*. MWG I/23, Tübingen 2013, S. 579.

⁵⁰ Breuer, Carl Schmitt, S. 106

⁵¹ Vgl. Schmitt, „Juristische Fiktionen“, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 18 (1913), Nr. 12, S. 804–806, 805.

⁵² Max Weber, Brief an Robert Michels vom 4. August 1908, in: ders., *Briefe 1906–1908*. MWG II/5, Tübingen 1994, S. 615.

⁵³ Hans Boldt, „Was ist ‚moderne Repräsentation‘?“, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 18 (2008), S. 105–125, 106 (dort mit Verweis auf die Behandlung der Aporie bei Duso, Die moderne politische Repräsentation, S. 18 ff.).

⁵⁴ Birgit Enzmann, *Der demokratische Verfassungsstaat. Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit*, Wiesbaden 2009, S. 283.

misste noch eine Einigung erzielen können. Insofern handelt es sich um eine Grundbedingung politischer Einheitsbildung.

Die klassischen Theoretiker des Repräsentativsystems waren stets dezidierte Hypothetiker. Sie gaben sich in der Regel als engagierte Vertreter der Vorstellung eines hypothetischen Volkswillens zu erkennen. So eröffnete Ernst Fraenkel seine programmatische Abhandlung über *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat* mit der vielrezipierten Formulierung:

Ein idealtypisches *repräsentatives* Regierungssystem geht von der These eines vorgegebenen und objektiv feststellbaren Gesamtinteresses und der Hypothese aus, daß der Wille des Volkes auf die Förderung des Gesamtinteresses gerichtet sei (Hypothetischer Volkswille).⁵⁵

Die Probleme einer solchen Theorie liegen scheinbar auf der Hand. Peter Graf Kielmansegg etwa hält Fraenkels Vorstellung eines „hypothetischen Volkswillens, der auf das Gemeinwohl gerichtet gedacht wird“, für problematisch, da sie mit der Idee eines „wahren“ Volkswillens verwandt sei, welche es erlaube, „den Willen der Bürgerschaft gerade im Namen der Demokratie zu ignorieren“.⁵⁶ Es ist jedoch nicht einzusehen, warum die Vorstellung eines hypothetischen Volkswillens anti-demokratische Implikationen bergen sollte. Schließlich sprechen auch einige gute Gründe für sie, vor allem der Umstand, dass der Volkswille in der Tat notwendig hypothetischen Charakter hat. Nicht zuletzt relativiert sie die Theorie eines „empirischen“ Volkswillens, der ja kurzfristig großen Schwankungen ausgesetzt sein kann. Auch der „empirische“ Volkswille kann, wie schon Siegfried Landshut sagt, „immer nur ein hypothetischer sein“.⁵⁷

4.3 Repräsentation als Exklusion

Die Vorstellung eines einheitlichen Volkswillens ist zwar eine Fiktion, da die individuellen Präferenzen nie einheitlich, sondern immer heterogen sind, aber dies ist nur solange unproblematisch, wie keine Entscheidungen getroffen werden müssen. Die Individuen leben zwar in einem natürlichen Zustand der Heterogenität, doch politische Entscheidungsakte setzen eine einheitliche Willensbildung voraus. Der Wille eines kollektiven Subjekts kann, wie sich in der

⁵⁵ Ernst Fraenkel, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen 1958, S. 5. Zu Fraenkels Repräsentationstheorie siehe Markus Linden, „Der lange Schatten von Weimar – Fraenkel und Habermas über Repräsentation“, in: *Zeitschrift für Politik* 62 (2015), S. 377–399, 380 ff.

⁵⁶ Peter Graf Kielmansegg, *Das Experiment der Freiheit. Zur gegenwärtigen Lage des demokratischen Verfassungsstaates*, Stuttgart 1988, S. 186.

⁵⁷ Landshut, Der politische Begriff der Repräsentation, S. 351.

Gesetzgebung zeigt, nur ein einheitlicher sein.⁵⁸ Ein Gesetz, das verabschiedet werden soll, kann „nur ein einheitliches Gesetz“ sein.⁵⁹

Dieser Entscheidungsakt ist jedoch immer zugleich ein Akt der Exklusion. Der Prozess der Entscheidungsbildung beinhaltet zwangsläufig, dass die Mehrheit der Repräsentierten von der Entscheidungsbildung ausgeschlossen wird. Die „*Herstellung von Handlungsfähigkeit*“ erfolgt also, wie Christoph Gusy deutlich macht, immer „durch Exklusion“.⁶⁰ Die Entscheidungsgewalt wird im politischen Prozess auf „besondere Organe“ (Art. 20 Abs. 2 GG) übertragen und auf diese Weise den Repräsentierten entzogen. Die Exklusion ist daher kein Kollateralschaden der Einheitsbildung, sondern sie ist die *conditio sine qua non* der Repräsentation.

Dieser Umstand kollidiert jedoch offensichtlich mit Versprechungen der Demokratie, die eigentlich auf *Inklusion* gerichtet sind. Man möchte alle einschließen, und dies nicht nur bei den Wahlen. Das impliziert auch die Tatsache, dass es „auf irgendeine Art persönlicher Qualifikation oder überhaupt nur eine prinzipielle Vernünftigkeit der Ansichten, die jemand vertritt, für die Mitwirkung in ihr nicht ankommt“.⁶¹ An dieser Stelle stößt man jedoch auf ein Grundproblem in der demokratischen Repräsentation: dass nämlich auch das Unerwünschte oder das Dumme repräsentiert werden kann, – und man dies sogar hinnehmen muss. Die meisten politischen Systeme versuchen dieses Problem institutionell zu lösen, etwa durch die Programme der politischen Bildung oder die Instrumente der wehrhaften Demokratie, also letztlich auf dem Wege der Eliminierung all dessen, was als unerwünscht, systemwidrig oder anti-demokratisch deklariert wird.

Eine optimistische Strategie setzt demgegenüber auf das Vertrauen, dass am Ende doch das Vernünftige siegen wird. In diesem Sinne ist die demokratische Repräsentation eigentlich nur etwas für Leute mit starken Nerven. Der Mann mit den stärksten Nerven ist nach wie vor Hans Kelsen. Er gab im Jahr 1932 die klare Antwort auf die Frage, ob man die Demokratie auch mit undemokratischen Mitteln verteidigen dürfe: „Man muss seiner Fahne treu bleiben, auch wenn das Schiff sinkt“.⁶²

Wir müssen uns Hans Kelsen als einen mutigen Kapitän vorstellen. Denn im Jahr 1932 war die Havarie bereits absehbar. Im historischen Rückblick auf den

⁵⁸ Dazu Duso, Die moderne politische Repräsentation, S. 12.

⁵⁹ Christoph Gusy, „Demokratische Repräsentation“, in: *Zeitschrift für Politik* 36 (1989), S. 264–285, 268 f. Mit Gusy könnte man sagen: Das „Charakteristikum des Volkswillens“ ist seine Vielfalt; die Voraussetzung des Staatswillens „die Einheit“ (ebd., S. 269).

⁶⁰ Gusy, Demokratische Repräsentation, S. 269 (kursiv i. Orig.).

⁶¹ Uwe Volkmann, „Die draußen bleiben. Der Populismus konfrontiert die Demokratie mit ihren eigenen Versprechen“, in: FAZ Nr. 69, 23. März 2015, S. 8. Man muss nicht „über irgendeine Art geistiger Reife oder gar über politische Allgemeinbildung verfügen [...], um in der Demokratie dabei sein zu können.“

⁶² Hans Kelsen, „Verteidigung der Demokratie“ (1932), in: ders., Verteidigung der Demokratie, S. 229–237, 237.

Untergang von 1933 haben viele bezweifelt, ob Kelsens Fahntreue die richtige Philosophie war. Heutige Demokratien greifen weit weniger skrupulös zu Instrumenten der Exklusion, um sicherzustellen, dass nicht alle Einstellungen und Überzeugungen repräsentiert werden, etwa durch das Instrument des Parteiverbots.⁶³ Aus betriebswirtschaftlicher Perspektive könnte man solche Strategien als Verfahren der Risikominimierung bezeichnen: man minimiert die Risiken des demokratischen Prozesses, wenn man nur demokratische Kräfte zum Wettbewerb zulässt.⁶⁴

4.4 Repräsentation als Problem

Nimmt man die Rückwirkung der Repräsentanten auf die Repräsentierten in den Blick, bleibt ein weiteres Problem; denn einmal gewählt, sind die Repräsentanten theoretisch „in der Lage, durch Regelungen der Staatsangehörigkeit und des Wahlrechts zu bestimmen, wer überhaupt zum Volk gehört“.⁶⁵ Gerhard Leibholz meinte sogar, die parlamentarische Repräsentation unterscheide sich nicht grundlegend von der in der absoluten Monarchie.⁶⁶ Allerdings wird man mit Hans Boldt erwidern können, dass die Repräsentanten in der parlamentarischen Demokratie „in vielfältiger Weise an die Verfassung gebunden“ und die Wahlsieger durch die Befristung ihres Mandats an den Willen der Repräsentierten rückgebunden sind.⁶⁷ In der Tat: da sie sich bei der nächsten Wahl wieder zur Wahl stellen müssen, gilt für sie die Sepp-Herberger-Regel: Nach dem Spiel ist vor dem Spiel. Sie sind an das Prinzip der Responsivität (*responsiveness*) gebunden: das Prinzip der Rückbindung der Repräsentanten an die Wählerschaft. In den vielzitierten Worten von Hanna F. Pitkin: „representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them“.⁶⁸

⁶³ Dazu Martin Morlok, „Das Parteiverbot“, in: *Juristische Ausbildung* 35 (2013), S. 317–325; Martin H. W. Möllers, *Parteiverbotsverfahren*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2010.

⁶⁴ Dazu Volkmann, Die draußen bleiben, S. 8. – Es ist nicht überraschend, wenn sich gelegentlich scharfe Kritik gegen solche Verfahren richtet. Der 68er Protest etwa war Ausdruck eines Misstrauens gegenüber dem Prinzip der Repräsentation, als würde man „instinktiv spüren, dass hier der eigentliche Gegner sitzt“ (ebd.). Mit Blick auf Pegida stellt Uwe Volkmann nüchtern fest, „dass die Aussonderung einzelner Personen und Standpunkte aus dem politischen Prozess nach wie vor stattfindet. [...] Teilnehmen können prinzipiell alle, aber nicht alle haben die reelle Chance, sich darin je durchzusetzen. Man darf sich dann aber auch nicht wundern, dass die Ausgeschlossenen von Zeit zu Zeit vor der Tür stehen und für ihr Anliegen Gehör verlangen. Sie konfrontieren die Demokratie auf diese Weise mit ihren unerfüllten Versprechen.“ (ebd.)

⁶⁵ Boldt, Was ist ‚moderne Repräsentation‘?, S. 107.

⁶⁶ Leibholz, Die Repräsentation, S. 42 f. Vgl. auch Duso, Die moderne politische Repräsentation, S. 19 ff.

⁶⁷ Boldt, Was ist ‚moderne Repräsentation‘?, S. 107.

⁶⁸ Pitkin, The Concept of Representation, S. 209.

Die Responsivität ist nicht zuletzt durch Hanna Pitkin zu einem populären Konzept geworden. Ihre Maxime, die Repräsentanten sollten „im Interesse der Repräsentierten“ handeln, klingt auf den ersten Blick wie eine Selbstverständlichkeit, sie beruht allerdings auf der Prämisse, dass es „das“ Interesse der Repräsentierten überhaupt als identifizierbare Größe gibt. Das dürfte jedoch kaum der Fall sein, schließlich gibt es die Interessen der Individuen immer nur im Plural. So wie der „einheitliche Volkswille“ eine Fiktion ist, gibt es auch nicht „das“ Interesse der Repräsentierten. Daher ist die Maxime der Responsivität in der Tat nur eine „Scheinlösung“ des Repräsentationsproblems.⁶⁹

Die Frage, wie die Repräsentanten dazu bewegt werden können, nach der Wahl im Sinne der Repräsentierten zu handeln, wird heute oft im Kontext deliberativer Ansätze diskutiert. Repräsentation soll demnach nicht darin bestehen, einen einmal geäußerten Wählerwillen zu konservieren, sondern vielmehr einen Prozess der wechselseitigen Kommunikation zu ermöglichen, nicht nur durch direktdemokratische Verfahren wie Referenden, sondern auch durch die Herstellung von Öffentlichkeit und entsprechende dialogische Partizipationsformen.⁷⁰ Während vor einigen Jahren deliberative Ansätze auf eine „Zurückdrängung der Repräsentationsbeziehung“ zugunsten diskursiver Formen wie Bürgerausschüsse, Anhörungen oder Mediationsverfahren setzten,⁷¹ warnten andere entschieden vor einer solchen Umgehung des Parlaments, da die Aushebelung parlamentarischer Entscheidungen auf Dauer auch die Legitimität des politischen Systems untergrabe.⁷²

Am Schluss steht letztlich die Systemfrage. Verliert eine Bevölkerung den Glauben daran, dass sie von ihren Repräsentanten tatsächlich repräsentiert wird, dann wird sie auch den Glauben an die Legitimität des politischen Systems verlieren. Insofern ist die oft konstatierte „Krise der Repräsentation“⁷³ auch eine Krise der repräsentativen Demokratie. Wie wird sie sich in dieser Krise behaupten?

⁶⁹ Vgl. Markus Linden/Winfried Thaa, „Die Krise der Repräsentation – gibt es Auswege?“, in: dies. (Hg.), *Krise und Reform politischer Repräsentation*, Baden-Baden 2011, 305–S. 324, 306.

⁷⁰ Linden/Thaa, Die Krise, S. 315.

⁷¹ Alexander Kühne, „Repräsentation enträtselft oder immer noch ‚the Puzzle of Representation‘? Entwicklungen und Lehren aus unterschiedlichen Forschungsstrategien“, in: *Zeitschrift für Parlamentsfragen* (2013), S. 457–485, 475.

⁷² Linden/Thaa, Die Krise, S. 317.

⁷³ Vgl. nur Danny Michelsen/Franz Walter, *Unpolitische Demokratie. Zur Krise der Repräsentation*, Berlin 2013.

II. Autonomie und Institutionen

II.1

Das Verhältnis von Recht und Pflicht

Matthias Kaufmann

Beginnt man darüber zu reflektieren, wie das Verhältnis von Recht und Pflicht am angemessensten zu bestimmen ist, so fällt sofort die Mehrdimensionalität der Fragestellung ins Auge, da es nicht nur das Recht und die Pflicht, sondern auch Rechte und Pflichten im Plural gibt, Begriffe, die ihrerseits wieder Verschiedenes beinhalten können. Der übersichtlichste Fall ist sicherlich der, in dem ein positives Rechtssystem Regeln enthält, die den Menschen unter bestimmten Bedingungen Pflichten auferlegen, etwa die Pflicht, Steuern zu bezahlen, oder auch die Pflicht, sich an die Straßenverkehrsordnung zu halten etc., und andere Regeln, die Menschen unter bestimmten Bedingungen Rechte gewähren, etwa das Recht auf Arbeitslosengeld, auf Sozialhilfe etc. Ferner regeln rechtliche Normen nicht nur die Pflichten und Rechte gegenüber dem Staat, sondern auch solche, die Menschen wechselseitig gegeneinander haben, das Recht des Käufers auf die bezahlte Ware oder das Recht des Hausbesitzers auf die Miete. Hier korrespondieren den Rechten der einen jeweils Pflichten anderer Beteiligter. Generell kann man das Recht auf Schutz durch den Staat mit der Pflicht korrelieren, die Rechte der Anderen zu respektieren.

Komplizierter werden Fragen wie die, warum wir verpflichtet sein sollen, dem positiven Recht Folge zu leisten, wenn wir annehmen, dass es nicht nur die Zwangsandrohung sei, die uns dazu bringt, ferner wie sich moralische und rechtliche Pflichten verhalten, aber auch, ob am Grunde des objektiven Rechts die Rechte oder die Pflichten der Menschen stehen und schließlich, ob es irgendwann ein natürliches oder moralisches Recht gibt, sich gegen das Recht zu stellen.

Im Folgenden werde ich zu zeigen versuchen, dass Immanuel Kant mit seiner Formulierung der Rechtspflichten eine Antwort auf diese Fragen andeutet, die sowohl eine pointierte Stellungnahme innerhalb einer bereits seit Jahrhunderten andauernden Debatte enthält, als auch eine Lösung für die gegenwärtig diskutierten Probleme vorbereitet.

1.1 Rechtspflichten und das angeborene Recht

Wenn man die Aufgabe bekommt, das Verhältnis von Recht und Pflicht zu diskutieren, kommen mehr oder minder natürlich die Rechtspflichten aus Kants Einteilung der Rechtslehre in den Sinn. Das ist beinahe unvermeidlich; wenn

man Pflicht hört, denkt man eben an Kant. Diese kantischen Rechtspflichten sind in freier Anlehnung an Ulpian:¹

- 1) Sei ein rechtlicher Mensch (*honeste vive*). Die rechtliche Ehrbarkeit besteht darin: im Verhältnis zu anderen seinen Werth als den eines Menschen zu behaupten „Mache dich anderen nicht zum bloßen Mittel, sondern sei für sie zugleich Zweck.“ Diese Pflicht wird im folgenden als Verbindlichkeit aus dem Recht der Menschheit in unsere eigenen Person erklärt werden (*Lex iusti*).
- 2) Thue niemanden Unrecht (*neminem laede*), und solltest du darüber auch aus aller Verbindung mit andern herausgehen und alle Gesellschaft meiden müssen (*Lex iuridica*).
- 3) Tritt (wenn du das letztere nicht vermeiden kannst) in eine Gesellschaft mit Andern, in welcher Jedem das Seine erhalten werden kann (*suum cuique tribuere*). Die letztere Formel, wenn sie so übersetzt würde: „Gieb jedem das Seine,“ würde eine Ungereimtheit sagen; denn man kann niemanden etwas geben, das er schon hat. Wenn sie also einen Sinn haben soll, so müsste sie so lauten: „Tritt in einen Zustand, wo jedermann das Seine gegen jeden Anderen gesichert sein kann.“ (*Lex iustitiae*)

Wie sich zeigt, geht Kant von einem fiktiven Naturzustand aus, in welchem die Menschen bereits etwas besitzen, nur eben nicht in gesicherter Weise. Die drei Grundsätze behandeln nach Kant innere und äußere Rechtspflichten und die Subsumtion der letzteren unter das „Princip der ersteren“. Für dieses erste Prinzip des *honeste vive* könnte gelten, was sonst nur ethischen Pflichten kommt, dass, „wenn die Triebfeder, welche die juridische Gesetzgebung mit jener Pflicht verbindet, nämlich der äußere Zwang, auch weggelassen wird, die Idee der Pflicht allein schon zur Triebfeder hinreichend sei.“² Für gewöhnlich sind Rechtspflichten im Unterschied zu Tugendpflichten für Kant solche, deren Einhaltung sich äußerlich erzwingen lässt, da ihre Übertretung eine „Verschuldung“ ist, die eine Strafe zur Folge hat.³ Doch erscheint es eher unsinnig, jemanden dafür bestrafen zu wollen, dass er sich andern zum bloßen Mittel macht. Kant scheint dies nicht einmal im Falle der „Hureray“, die „iure naturae unerlaubt sey“,⁴ vorzuhaben, zudem kann das erste Rechtsprinzip ja wohl nicht aus einer Sammlung solcher Fälle bestehen. Ob Kant hier auf Tugendpflichten gegen sich selbst angewiesen ist, sei in Kürze nochmals erörtert.

Wolfgang Kersting sieht die innere Rechtspflicht als „Gebot des rechtlichen Selbsterhalts“, das die „inneren Bedingungen der äußeren Freiheit“ formuliert.⁵ Dies scheint mir richtig, aber historisch wie systematisch präzisierungsfähig. Historisch bewegt sich Kant mit seiner Formel vom Recht der Menschheit in

¹ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Akademie-Ausgabe, Berlin 1901 ff. (= AA), Bd. VI, S. 236 f.

² Kant, Rechtslehre AA VI, S. 220.

³ Über entsprechende Passagen aus der sog. *Mitschrift Vigilantius* vgl. Joachim Hruschka, *Kant und der Rechtsstaat*, Freiburg/München 2015, S. 152 f.

⁴ Immanuel Kant, *Kant's handschriftlicher Nachlass*, Bd. VI, Reflexion 7580, AA XIX, S. 460.

⁵ Wolfgang Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, Frankfurt/M. 1984, S. 106.

der eigenen Person, das es zu achten gelte, in der scholastischen Tradition derjenigen Rechte und Güter, die ein Mensch nicht aufgeben kann, weil sie nicht ihm, sondern Gott gehören bzw. deren Bewahrung er Gott als seinem Schöpfer schuldet, sodass die Verletzung eine Todsünde darstellen würde. In manchen Punkten gibt es hierüber Konsens. Dass man das eigene Leben und die Glieder zu schützen hat, darüber besteht zunächst einmal Einigkeit.⁶ Anders steht es mit der Freiheit, die man nach Locke, der hier offenbar in dominikanischer Tradition argumentiert, nicht verkaufen kann, weil sie ebenfalls Gottes Eigentum ist.⁷ Luis de Molina hingegen legt gerade Wert darauf, dass die Freiheit zum *dominium*, zum Eigentum des Menschen gehöre, daher auch verkauft werden könne, auch wenn dies nur in großer Not geschehen sollte.⁸ Hugo Grotius erklärt das Recht auf Selbstverkauf gerade zur Grundlage staatlicher Herrschaft, Pufendorf folgt ihm darin und weist das später von Locke verwendete Argument ausdrücklich zurück.⁹ Der in Halle lehrende Heineccius hält es noch 1737 für selbstverständlich, dass man sich in Notzeiten verkaufen darf und im Krieg zum Sklaven werden kann.¹⁰ Zu Kants Zeit hält diese Diskussion also bereits eine ganze Weile an, ist aber keineswegs Vergangenheit. In Preußen gibt es noch einige Zeit Leibeigenschaft, und der transatlantische Sklavenhandel läuft auf Hochtouren.¹¹

Wenn wir unter dieser Perspektive Kants Einteilung der Rechte ansehen, einmal als unterschiedliche Formen „systematischer Lehren“, dann aber auch als „(moralisches) Vermögen, andere zu verpflichten“, wobei das „angeborne Mein und Dein auch das innere [...] genannt werden“ kann,¹² stellen wir fest, dass als einziges „angeborenes Recht“ just jenes innere Mein und Dein, die Freiheit im Sinne der „Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür“ gilt.¹³ Im Kontext des auf dingliche Art persönlichen Rechts, genauer wenn es um das Hausherrenrecht als des Rechts der häuslichen Gemeinschaft dritten Teil geht, erfahren wir, warum man dieses angeborene Recht nicht aufgeben kann: „ein

⁶ Vgl. z.B. Luis de Molina, *De iustitia et iure* I 11.3 (1593), ed. Mainz 1659, zitiert wird Molina hier durch Angabe des Traktates und der Disputation, die in sämtlichen der in diversen Bibliotheken sowie im Internet vorzufindenden Versionen gleich sind, sowie des Abschnittes innerhalb der Disputation, wie er in den Drucken ab Mitte des 17. Jahrhunderts verwendet wird, z.B. I 11.3; Samuel Pufendorf, *De officio hominis et civis* (1673), (hg. v. Gerald Hartung) Berlin 1997, Lib. I Cap. V § 1; Johann Gottlieb Heineccius, *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1737), deutsch: *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts*, Frankfurt 1994, Buch I Kap. VI §§ 139 ff.

⁷ John Locke, *Second Treatise on Government*, Indianapolis 1980 (1690) Chap. IV.

⁸ Molina, *De iustitia et iure* II 33.14.

⁹ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis* (1625) I, 3 § 8, 1–3; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium* VII 3 § 1, in: Ges. Werke IV, 2. Teil, Berlin 1998.

¹⁰ Heineccius, *Naturrecht*, Buch II Kap. IV §§ 76 ff.

¹¹ Herbert S. Klein, *The Atlantic Slave Trade*, Cambridge 1999.

¹² Kant, *Rechtslehre*, S. 237.

¹³ Ebd.

Vertrag, [...] durch den ein Theil zum Vortheil das anderen auf seine gesamte Freiheit Verzicht thut, mithin aufhört eine Person zu sein, folglich auch keine Pflicht hat, einen Vertrag zu halten, [...] [ist] in sich selbst widersprechend, d.i. null und nichtig“.¹⁴ Ähnlich erklärt Kant in den Reflexionen zur Rechtsphilosophie jegliche nicht mit der Ehe verbundene Vereinbarung zum Gebrauch der Geschlechtseigenschaften, also v.a. Prostitution und Konkubinat, für „null und nichtig“.¹⁵ In einer anderen Reflexion betont er, wenn das „Recht der Menschheit nicht die Freyheit über seine Persohn zu disponiren einschränken“ würde, hätte eine Kupplerin einen Rechtsanspruch auf die von der Prostituierten versprochene Leistung.¹⁶

Es entsteht also aus dem Recht der Menschheit in der eigenen Person eine Rechtspflicht gegen sich selbst, und diese impliziert die Pflicht, sein angeborenes Recht auf Freiheit, und was zu diesem gehört, wie der Anspruch, als prima facie unbescholtener Mensch zu gelten, zu verteidigen. Dies ist, wie festgehalten wurde, das Prinzip, aus dem die Besitzrechte, die am Grunde jedes Systems von Rechtslehren liegen und die man zu achten verpflichtet ist, allererst durch „rechtliche Acte“ entspringen. Zum inneren Mein und Dein, zu jener Freiheit, gehört offenbar auch ein Teilhaberecht am ursprünglichen Gemeinbesitz der Erde. So heißt es in den Vorarbeiten zur Rechtslehre: „Jeder Mensch hat ein angebohrnes Recht an irgend einem Orte der Erde zu seyn“.¹⁷ Dies bestätigt sich im fertigen Text insofern, als das zweite Auftreten des Begriffspaares *lex iusti – lex iuridica* im § 16 den „von Natur zustehenden Willen (eines jeden)“ den Gemeinbesitz zu gebrauchen als *lex iusti* der Bestimmung des besonderen Besitzes eines jeden „auf dem gemeinsamen Boden“ als *lex iuridica* gegenüberstellt.¹⁸

Es zeigt sich, dass für die erste Rechtspflicht des *honeste vive* nicht etwa Zwang, wohl aber Rechtsunfähigkeit als rechtliche Sanktion vorgesehen ist. Grundgedanke ist die rechtliche Unfähigkeit, auf seine angeborene Freiheit wie auf seinen angeborenen Teilhabe am ursprünglichen Gemeineigentum, die damit eng verbunden ist, zu verzichten. Grund dafür ist das Recht der Menschheit in unserer Person, das auch die Freiheit über uns selbst zu disponieren begrenzt.

Zumindest insofern man keinen rechtlich gültigen Vertrag über bestimmte Dinge abschließen kann, werden also die Regeln, denen ein Mensch verpflichtet werden kann, durch dieses Recht beschränkt, auf das sich auch der kategorische Imperativ in seiner dritten Formulierung bezieht. Die Annahme einer mora-

¹⁴ Kant, Rechtslehre, S. 283.

¹⁵ Kant, Nachlass, Reflexion 7575: „Pactum fornicationis, concubinatus sind null und nichtig“. Reflexion 7576: „Alles pactum, welches der Menschheit wiederstreitet, ist a natura null und nichtig.“ AA XIX 459.

¹⁶ Kant, Nachlass, Reflexion 7565: AA XIX, S. 456.

¹⁷ Immanuel Kant, *Vorarbeiten zur Rechtslehre*, AA XXIII, S. 279, vgl. auch 284, 317, 322.

¹⁸ Kant, *Rechtslehre* § 16 AA VI, S. 267; Über diese Unterscheidung und ihren Kontext ausführlicher B. Sharon Byrd/Joachim Hruschka, *Kant's Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge 2010, S. 52 ff.

lischen Pflicht gegen sich selbst ist bekanntlich heute umstritten.¹⁹ Zwar muss der Umstand, dass man sich in theologischer Tradition bewegt, für sich kein schlüssiges Argument gegen eine solche Pflicht bedeuten, da häufig moralische Intuitionen zunächst in Form religiöser Gebote ausgedrückt wurden.²⁰ Doch überwiegt eine Tendenz, Pflichten gegen sich selbst, sofern man sie annimmt, eher im Bereich des Ethos zu verorten.²¹ Will man dieser generellen Tendenz folgen, so besteht vielleicht keine moralische, sondern „nur“ dem Ethos entstammende Pflicht, sein angeborenes Recht zu verteidigen – doch bleibt das angeborene Recht als Grundbegriff allen Rechts damit erhalten, wenn auch „nur“ in der Form, dass jeder Verzicht auf elementare Rechte stets a priori null und nichtig ist.

Es soll sich nun noch zeigen, warum diese Konstruktion Kants eine Lösung für damals schon präsente, heute noch virulente theoretische Probleme bietet. Dies beginnt mit der Frage, ob wir bei einer allgemeinen Rechtsphilosophie die universelle Pflicht oder das universelle Recht aller Menschen als Menschen als grundlegendes Prinzip annehmen sollten.

1.2 Menschen-Pflichten und Menschen-Rechte

Es gilt nun einen weiteren Aspekt zunächst in historischer Perspektive zu beleuchten, nämlich wie sich die Rechte im Sinne des moralischen Vermögens, im Sinne von *rights*, also im weiten Sinne subjektive Rechte zu den Pflichten verhalten, die man im Recht und gegenüber dem Rechtssystem hat.

Historisch gibt es hier eine interessante Beziehung zwischen dem Titel von Samuel Pufendorfs Naturrechtskompendium *De officio hominis et civis* und der am 26. August 1789 von der *Assemblée Nationale* verabschiedeten *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, die 1793 mit zusätzlicher Betonung sozialer Komponenten wiederholt wurde. Inwieweit man sich direkt auf Pufendorfs Rede von Pflichten bezog, um ihnen die Rechte entgegenzustellen, vermag ich noch nicht zu sagen. Jedenfalls erschienen in London und Amsterdam zahlreiche Auflagen der Übersetzung Barbeyracs von Pufendorfs *De officio* aus dem Jahr 1707.²² Ferner „war die Abkehr von einer Erklärung der Pflichten wesent-

¹⁹ Jürgen Habermas, „Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der Vernunft“ in: ders., *Erläuterungen zur Diskurstheorie*, Frankfurt/M. 1991, S. 100 ff.; Achim Lohmar, „Gibt es Pflichten gegen sich selbst?“, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 30 (2005), S. 47–65.

²⁰ Matthias Kaufmann, „Gibt es moralische Pflichten gegen sich selbst?“ in: Florian Steger/Jan C. Joerden/Maximilian Schochow (Hg.), 1926 – *Die Geburt der Bioethik in Halle durch den protestantischen Theologen Fritz Jahr*, Frankfurt/M. 2014, S. 149–159.

²¹ Ronald Dworkin, *Gerechtigkeit für Igel*, Berlin 2012, S. 33, 372 ff.

²² Samuel Pufendorf, *Les devoirs de l'homme – tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, Ein Neudruck der 6. Auflage von 1741 erschien 1984 in Caen.

lich, um eine Konstruktion der Gesellschaft jenseits der Irrtümer einer Unterwerfung unter Gott oder die Staatslenker zu unterstützen.“²³ In den Sitzungsprotokollen der *Assemblée Nationale* habe ich bislang nur am 4. September 1790 einen gleichzeitigen Rückgriff auf *dévoirs de l'homme* und *droits de l'homme* gefunden, wo es darum geht, in ganz Frankreich Elementarschulen einzurichten, um den Kindern die Werte der neuen Verfassung beizubringen. Die Verfassung von 1795 nimmt die Bedeutung natürlicher Rechte und insbesondere sozialer Ansprüche zugunsten einer Hervorhebung der Pflichten des Menschen und Bürgers zurück, offenbar in inhaltlicher Anlehnung an Pufendorf.²⁴

Pufendorf, der „Naturrechtslehrer eines ganzen Jahrhunderts“²⁵ begründet die natürlichen Pflichten des Menschen aus seiner Schwäche (*imbecillitas*) und der damit verbundenen Angewiesenheit auf andere Menschen.²⁶ Um die allgemeine Beachtung dieser Pflichten zu sichern, bedarf es einer staatlichen Zwangsordnung. Die durch die Vernunft aufzeigbare essenzielle Rolle des Naturrechts für die *socialitas*, die Geselligkeit, ist zugleich sein Geltungsgrund. Positives Recht verdankt dagegen seine Geltung dem Willen des Souveräns, göttliches Recht dem Willen Gottes. Die Gesetze des letzteren werden daher durch die Offenbarung ermittelt, die des Naturrechts durch die Vernunft.

Wir nehmen heute nicht mehr an, dass es eine für alle gleiche, vorgeformte Vernunft gibt, deren Inhalte sich den Denkenden erschließen, deren Inhalte und Forderungen wir sozusagen aus dem Himmel oder aus unserem Herzen herauslesen müssen. Wohl aber haben wir die Möglichkeit, mit Hilfe offener Rationalität im Diskurs die Inhalte allgemeiner, allen Menschen zukommender Rechte und Pflichten zu ermitteln. Greift man nun für eine Entscheidung zwischen Pufendorf bzw. der französischen Verfassung von 1795 und den *Déclarations des Droits de l'Homme et du Citoyen* von 1789 und 1793 auf die Ideen Kants zurück, so wird man einerseits eine moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam, andererseits aber auch die Rechtspflicht, sich nicht zum bloßen Mittel machen zu lassen und seine angeborenen Rechte zu verteidigen, konstatieren. Wie Kant gegenüber Ulpian nehme ich gegenüber Kant in Anspruch, dass man damit „seinen Formeln einen Sinn unterlegt, den er sich dabei zwar nicht deutlich gedacht haben mag, den sie aber doch verstatten daraus zu entwickeln, oder hinein zu legen.“²⁷

²³ „L'abandon du projet d'une déclaration des devoirs était essentiel pour soutenir le reconstruction de la société au-delà des équivoques de l'assujettissement à Dieu ou aux *Conducteurs de l'État*.“ Geneviève Koubi, „La Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen: obligations des législateurs et devoirs des citoyens“, in: Roger Dupuy (Hg.), 1795, pour une République sans Révolution, Rennes 1996, S. 143–159.

²⁴ Ebd.

²⁵ Wolfgang Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt 1994, S. 225.

²⁶ Pufendorf, *De Officio I* 3.3.

²⁷ Kant, Rechtslehre, AA VI, S. 237.

Ich werde daher zu zeigen versuchen, dass es sinnvoll ist, eine moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam anzunehmen, worauf sich diese gründet, welches ihre Grenzen sind und wann es ein Recht auf welche Form von Widerstand gibt. Zunächst werde ich jedoch skizzieren, in welchem Verständnis von objektivem Recht es diese Pflicht zum Gehorsam geben soll.

1.3 Welche Pflicht zu welchem Recht?

Dabei gehe ich davon aus, dass Recht in einer Zeit, in der wir in vielfältiger Weise mit dem Phänomen des Rechtspluralismus konfrontiert sind, nicht mehr durchgängig durch die Entscheidungen eines souveränen, nach Möglichkeit demokratischen Staatsapparates bestimmt wird, sondern häufig ein Projekt der Aushandlung darstellt, bei der die Beteiligten mit möglichst guten Argumenten für ihre Rechtsauffassung werben. In gewissem Sinne kann man also von einer „Refeudalisierung“ des Rechts sprechen, und man kann sie sogar für hilfreich halten.²⁸

Mein Vorschlag besteht also darin, das dem Einheits- oder Integritätsideal verpflichtete Bild des Rechts als Setzung, wie wir es aus der Tradition kennen, zwar lokal zu akzeptieren, so lange es sich realistisch vertreten lässt und solange insbesondere das Zustandekommen der Setzung als legitim anerkannt werden kann, weil sie nach einem standardisierten Verfahren *ausgehandelt* wurde. Im anderen, allgemeineren Fall jedoch schlage ich vor, das Recht als kontinuierlichen faktischen, lokalen Aushandlungsprozess und als jeweils erreichten *status quo* dieses Prozesses zu deuten.

Man hat damit zwei Bilder dessen, was Recht ist, nebeneinander stehen, die für gewöhnlich nicht in Konflikt geraten: Dies ist einmal die in der europäischen Neuzeit zum Standard gewordene Konzeption des Rechts als Setzung, die sich trotz aller Einschränkungen und Relativierungen durch Hinweise auf die Relevanz sekundärer Regeln, auf Rechtsprinzipien, auf *policy* und Ähnliches im Kern erhalten hat, auch wenn man sie nicht mehr als Befehl, und zwar – wie es bei Christian Thomasius mit Nachdruck heißt²⁹ – des Herrschenden, nicht etwa des Gelehrten, versteht, sondern als Ausdruck des Rechts eines Volkes, „sich selbst zu regieren“, um eine Formulierung von Chantal Mouffe aufzu greifen. Natürlich wird dieses Recht nicht analog zur Willensentscheidung einer natürlichen Person ausgeübt, sondern im Kern durch standardisierte Verfahren, in denen unterschiedliche Überzeugungen und unterschiedliche Interessen verschiedener Gruppen artikuliert werden, bevor eine Entscheidung fällt, die dann als solche „des Volkes“ gedeutet wird.

²⁸ Vgl. dazu ausführlicher Matthias Kaufmann, *Recht*, Berlin/Boston 2016, S. 30 ff., 42 ff.

²⁹ Christian Thomasius (1705): *Fundamenta iuris naturae et gentium*, Aalen 1979, S. 152.

Diesem positiven Recht, das strukturell auf Einheit und Konsistenz ausgerichtet ist, wird in der hier vorgeschlagenen Auffassung nicht primär das Konzept des Rechtes als von Natur, durch göttliche Fügung oder sonstwie über den Menschen schwebendes Normensystem gegenübergestellt, vielmehr wird es durch das Bild vom Recht als Resultat eines Aushandlungsprozesses bzw. als Vorgang des Aushandelns selbst ergänzt, sofern die Einheit nicht erreichbar ist, etwa weil zwei konkurrierende Regelsysteme vorliegen, wie es z.B. beim internationalen Handelsrecht, in vielen postkolonialen Staaten, aber auch mit religiösen Rechtssystemen der Fall ist. Recht geht also in beiden Fällen auf Aushandlung zurück. Der Unterschied liegt primär darin, inwieweit es vorab anerkannte gemeinsame Grundsätze und Verfahrensregeln gibt oder ob der Verhandlungsrahmen und die Rationalitätskonzeptionen deskriptiver wie normativer Art ad hoc in „Aushandlungszonen“ abgesprochen werden müssen.³⁰

Nicht übersehen werden soll dabei der Vorteil der Einfachheit des gesetzten Rechts, so lange es seine Pflicht der Friedenssicherung erfüllt und solange es als legitim gelten kann, weil es allgemein anerkannt, in möglichst transparenten und ihrerseits anerkannten Aushandlungsprozessen zustande gekommen ist. Da dies offenbar keineswegs immer mustergültig abläuft, bedarf es der Wege, diejenigen einzubinden, die Zweifel an der Legitimität einer Entscheidung haben, ob zu Recht oder nicht ist ja gerade strittig. In dem Moment, in dem sich das gesetzte Recht nicht durchsetzen lässt, oder aber der Versuch der Erzwingung in gewaltsame Auseinandersetzungen mit unberechenbarem Ausgang führen würde, tritt nach dem hier formulierten Modell an die Stelle der Setzung und Durchsetzung von Recht allemal der Vorgang der Aushandlung, der sich auf die konkret strittigen Fragestellungen bezieht. Diese Zurückhaltung bei gewaltsamer Durchsetzung, aber bereits bei der Festlegung von Argumentationsverfahren zu propagieren, scheint mir im Kern das Anliegen der meisten, die sich mit dem Rechtspluralismus befassen. Dieser Prozess des Aushandelns findet auf verschiedenen Ebenen und unter durchaus verschiedenen Vorzeichen statt, manchmal zwischen rechtlich und in Bezug auf ihre Machtposition in etwa Gleichen, oft jedoch auch unter Bedingungen massiver Asymmetrie hinsichtlich der verfügbaren Machtmittel. Es können Verhandlungen zwischen Dorfräten oder religiösen Gruppierungen und staatlichen Organen stattfinden, es können aber auch ökonomische Partner wie der IWF, multinationale Unternehmen, Gewerkschaften oder NGOs involviert sein.

Dieses Aushandeln entspricht durchaus einer geübten Praxis, wird von mir auch nur für die Fälle propagiert, in denen eine für alle gleiche, gesetzesartige

³⁰ Richard Rottenburg, „Code-Wechsel. Ein Versuch zur Umgehung der Frage; Gibt es eine oder viele Wirklichkeiten?“, in: Matthias Kaufmann (Hg.), *Wahn und Wirklichkeit – Multiple Realitäten*, Frankfurt/M. 2003, S. 153–174.

Regelung nicht erreichbar wäre und Fragen nach der Richtigkeit des Rechts Ursache des Konfliktes sind. Hier bietet die Aushandlung eine Möglichkeit zur Vermeidung gewaltsamer Durchsetzung, mit der man zahlreiche Verletzungen physischer wie sozialer Art und im schlimmsten Fall den Bürgerkrieg riskiert.

Dies ist dann auch der rationale Grund für die Pflicht zum Gehorsam gegenüber einem Recht, welches das menschliche Zusammenleben ermöglicht und auch noch das Instrument der Aushandlung anbietet: Wir haben – in der Ausdrucksweise von Rawls – die Pflicht, gerechtere Zustände den weniger gerechten vorzuziehen. In der Regel bedeutet dies, dass wir dem Rechtssystem, in das wir hineingeboren wurden, Folge leisten sollen, um nicht den Frieden und die Sicherheit Aller zu gefährden.

Dies ist ein erstes Legitimitätskriterium staatlicher Herrschaft.

Allerdings muss dabei der Forderung Rechnung getragen werden, dass das Resultat der Aushandlung nicht allein durch Machtposition und individuelles Geschick bestimmt sein darf, sondern dass als geteiltes Grundprinzip, als gemeinsames Ziel der Aushandlung, die Wahrung und zumeist Verbesserung der Menschenrechtssituation zu gelten hat.

Ferner darf man nicht den Umstand übersehen, dass über die Regeln und Inhalte eines rationalen und fairen Aushandlungsverfahrens alles andere als Einigkeit besteht.³¹ Häufig wird der Zweifel an der Effizienz derartiger Regeln mit der kulturellen Relativität zahlreicher Normen begründet.³² Doch muss man sich auch darüber im Klaren sein, dass nicht nur Konflikte zwischen Menschen unterschiedlicher regionaler Herkunft über Streithemen wie die Mädchenbeschneidung kaum lösbar erscheinen, sondern auch innerhalb demokratischer Gesellschaften unversöhnliche Ansichten über Fragen wie die Erlaubtheit der Abtreibung bestehen.³³

Der einzige Weg zum Umgang mit dieser Problematik besteht formal in der Entwicklung von Verfahren, die auch die Minderheiten nicht in der Existenz bedrohen. Inhaltlich ist die Fähigkeit zur Selbstkorrektur durch freie Diskussion ein generelles Merkmal offener Rationalität. Theoretisch sollte auch die Weiterentwicklung von Rechtsordnungen nach diesen Kriterien offener Rationalität stattfinden. Da sich mitunter in konkreten Fällen Widerstände gegen „westliche“, „imperialistische“, „hegemoniale“ Rationalitätsvorstellungen deskriptiver wie normativer Art regen,³⁴ entlastet im Konfliktfall die eben erwähnte Begrenzung auf Aushandlungszonen von der Notwendigkeit eines um-

³¹ Alasdair C. MacIntyre, *Whose justice, which rationality?* Notre Dame 1988.

³² Max Kölbel, „Sittenvielfalt und moralischer Relativismus“, in: Gerhard Ernst (Hg.), *Moralischer Relativismus*, Paderborn 2009, S. 139–161; Thomas Schmidt, „Die Herausforderung des ethischen Relativismus“, ebd. S. 117–137.

³³ Kwame Anthony Appiah, *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers*, New York/London 2007, S. 11.

³⁴ Vgl. u.a. Enrique Dussel, *Philosophie der Befreiung*, Hamburg 1989, S. 18 ff.

fassenden gemeinsamen Weltbildes. An die Stelle einer durchzusetzenden rechtlichen Weltordnung tritt nach der hier vertretenen Konzeption die These, dass bei konkreten Aushandlungen in Konfliktfällen die Rechte der Beteiligten, auch im Sinne der von Enrique Dussel geforderten wechselseitigen Anerkennung der faktischen Anderen,³⁵ stets aber die Menschenrechte aller möglicherweise Betroffenen zu respektieren sind.

1.4 Grenzen des Rechtsgehorsams und das Widerstandsrecht

Die Pflicht zum Rechtsgehorsam soll, wie angekündigt, in gewissem Ausmaß an den Schutz der angeborenen Rechte, und dies heißt konkret, an die Legitimität der jeweiligen staatlichen Herrschaft oder jeder Form von Gehorsamsanspruch gebunden sein. Dies fügt sich insofern zur Forderung nach Wahrung und Besserung der Menschenrechtssituation, als diese in meiner Interpretation am Besten als Legitimitätsbedingungen gegenüber Staaten, allgemeiner gegenüber jedem, der Macht über andere Menschen beansprucht, zu verstehen sind.³⁶

Legitimität lässt sich heute in freier Anlehnung an Habermas so definieren:³⁷ Das Behaupten oder Bezwifeln von Legitimität ist das Behaupten oder Bezwifeln der Anerkennungswürdigkeit von Hoheitsakten bzw. Herrschaftsordnungen aufgrund ihrer Übereinstimmung oder Unvereinbarkeit mit allgemein anerkannten Prinzipien. Man kann diese Prinzipien einteilen in solche, denen zufolge Herrschaft dem Schutz der Beherrschten dient, in solche, die irgend eine Form der Zustimmung zur Bedingung dafür machen, dass man von jemandem überhaupt etwas und insbesondere Gehorsam verlangen kann, und solche, welche die Umsetzung von Gerechtigkeits- und anderen moralischen Grundsätzen im politischen Rahmen zum Ziel haben. Dazu können das Recht auf ökologische Unversehrtheit gehören, aber auch kosmopolitische Ansprüche, sei es der Nicht-Staatsbürger auf einem Territorium, sei es der Bewohner der Nachbarländer oder auch aller von der jeweiligen Politik Betroffenen. Zwischen diesen besteht eine Art Inklusionsverhältnis, weil man z.B. nicht den Schutz und die Suche nach Zustimmung ignorieren darf, um die eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen gewaltsam umzusetzen.

Massive Verletzungen dieser Legitimitätsbedingungen können ein Recht zum Widerstand in unterschiedlichem Ausmaß begründen. Bereits die Erklärung der Menschenrechte von 1793 betont, dass der Widerstand gegen die Un-

³⁵ Enrique Dussel, „Die Vernunft des Anderen“, in: Raúl Fornet-Betancourt (Hg.), *Diskursethik oder Befreiungsethik?*, Aachen 1994, S. 96–121.

³⁶ Kaufmann, Recht, S. 113 ff.

³⁷ Jürgen Habermas, „Legitimationsprobleme im modernen Staat“, in: *Politische Vierteljahrsschrift*, Sonderheft 7 (1976), S. 39–61, 42; vgl. Kaufmann, Recht, S. 65 ff.

terdrückung aus den anderen Menschenrechten folge, und geht sogar so weit, ihn zur Pflicht des Volkes und jedes Teiles des Volkes zu erklären.³⁸

Zunächst: Welche Arten von Widerstand gibt es? Es dürfte sich folgende Einteilung in Typen anbieten, die indessen nicht streng voneinander getrennt sind.³⁹

Der Tyranenmord ist die gewaltsame Beseitigung und eventuell Tötung von jemandem, der eine an sich als legitim anerkannte Herrschaftsordnung diktatorisch-eigennützig missbraucht oder eine legitime Ordnung durch eine autokratische gewaltsame Herrschaft ersetzt. Er basiert auf der Unterstellung, durch die Beseitigung einer oder weniger Personen lasse sich eine rechtmäßige Herrschaft wiederherstellen. Dadurch unterscheidet er sich von der nur durch individuelle Vorteilssuche motivierten Verschwörung, vom Attentat geistig Kranker oder auch vom Putsch innerhalb einer Militärjunta. Er ist eher mit einer monarchischen als demokratischen Tradition verknüpft. Gleichwohl ist für den *Staatsstreich* von oben ein entsprechender Passus im Art. 20 (Abs. 4) des Bonner Grundgesetzes vorgesehen.

Die Revolution ist die meist gewaltsame Beseitigung einer Führungsschicht unter gleichzeitiger Veränderung des Herrschaftsprogramms und der Rechtfertigungskriterien. Ein Staat verwandelt sich beispielsweise von der Monarchie zur Bürgerherrschaft, von der bürgerlich-repräsentativen Demokratie zur Räterepublik, vom Schah-Regime zum islamischen Gottesstaat, von der Ein-Parteienherrschaft zur Mehrparteidemokratie. Es handelt sich demnach nicht nur um die rechtlich unautorisierte Ersetzung einiger Beamter, wie Hart meint,⁴⁰ sondern auch um eine zumindest partielle Änderung der Einsetzungskriterien und der Rechtfertigungsmuster.

Der zivile Ungehorsam ist der (in der Regel) gewaltfreie Widerstand gegen Hoheitsakte, der sich sowohl gegen Gewaltherrschaften als auch gegen prinzipiell in ihrer Berechtigung anerkannte Demokratien richten kann. Dazu zählen publizistisch wirksame Hungerstreiks, Sitzblockaden, ungenehmigte Protestmärsche und dergleichen, wie man sie von historischen Vorbildern wie Gandhi, Martin Luther King oder dem tschechischen Widerstand gegen die Niederschlagung des Prager Frühlings kennt. Die Vertreter der etablierten Ordnung werden durch bewusste Rechtsbrüche und den dadurch herbeigeführten rechtlichen Ausnahmezustand zu Strafmaßnahmen gezwungen, die für ihr Bild in der Öffentlichkeit unvorteilhaft sind und der Rückendeckung, welche die Regierung in der Bevölkerung genießt, schweren Schaden zufügen. Damit will man als legitim anerkannte Obrigkeit zur Rücknahme einzelner Entschei-

³⁸ „Article 33: La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme. Article 35: Quand le gouvernement viole les droits du peuple , l'insurrection est pour le peuple, et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensables des devoirs.“

³⁹ Kaufmann, Recht, S. 79 ff.

⁴⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl., Oxford 1994, S. 118.

dungen oder auch zur Veränderung der rechtlichen Lage – etwa der gesetzlich gestützten Diskriminierung afrikanischer Amerikaner in den USA der 1960er Jahre – bewegen. Manchmal wird auch versucht, auf diese Weise eine als illegitim angesehene Regierung zu destabilisieren; dies hat sich als ungleich schwieriger, jedoch nicht unbedingt unmöglich erwiesen.

Der Terrorismus beinhaltet alle Arten von gewalttätigen Formen des Widerstands, ist jedoch im klassischen Fall aus Schwäche nicht in der Lage, ein System in seinem Fortbestehen zu gefährden. Ein Terrorist unterscheidet sich vom simplen Banditen durch ein halbwegs ernstzunehmendes politisches Programm. So zählte man im Kolumbien der 1990er Jahre die Aktionen von Guerilla-Organisationen wie FARC in den großen Städten zum Terrorismus, nicht aber die Morde der Kokain-Mafia. *Die Abgrenzung der terroristischen von der revolutionären Bewegung ist mitunter eine Sache des militärischen und vor allem propagandistischen Erfolges.*

Kultureller Widerstand. In den letzten Jahrzehnten zeigt sich insbesondere in ehemaligen Kolonialstaaten vermehrt das Phänomen, dass religiöse und – vermeintlich oder tatsächlich – vorkoloniale Rechtstraditionen wiederbelebt und gegen den Staat, aber auch bereits gegen die Hegemonie der dominanten Kultur in Anspruch genommen werden. Dabei entstehen wechselnde Koalitionen, in denen z.B. die innerhalb traditioneller Strukturen oft benachteiligten Frauen einmal auf den säkularen Staat und seine Unterstützung angewiesen sind, um dann mit muslimischen Männern unterschiedlicher Ethnien gegen diesen Staat und seine Änderung des Erbrechts zu agieren.⁴¹ Dieser Widerstand kann in mannigfacher Form, gegen unterschiedliche Formen der Bedrohung und mit sehr unterschiedlichen Mitteln ausgeübt werden. Ohne seine Berechtigung in Zweifel zu ziehen, spielt er für die hier gewählte Systematisierung insofern keine größere Rolle, weil er überwiegend legal verläuft und in den anderen Fällen unter die bisher genannten Rubriken fällt.

Allen Formen des politischen Widerstand ist im Unterschied zu persönlicher Vorteilssuche durch Verschwörer und individueller Antipathie gegen die Machthaber eine Bemühung um Rechtfertigung der Widerstandshaltung gemeinsam, mit der man auf Zustimmung des für wesentlich erachteten Teils der Bevölkerung hofft. Nach der hier eingeführten Systematisierung ergibt sich daher folgende Relation von moralischer Verfehlung auf Seiten des Staates und dem Recht zu Widerstandshandlungen:

⁴¹ Susan F. Hirsch, „Kadhi's Courts as Complex Sites of Resistance: The State, Islam and Gender in Postcolonial Kenya“, in: Mindie Lazarus-Black/Susan F. Hirsch, *Contested States. Law, Hegemony and Resistance*, New York/London 1994.

- (i) Gegenüber einem Staat, der das Leben einiger seiner Bürger aktiv bedroht oder jedenfalls keine Anstalten macht, es zu schützen, kann es in Extremfällen sogar ein moralisches Recht zum gewaltsamen Widerstand geben, wenn dieser das Ziel verfolgt, einen intakten Rechtszustand herzustellen. Dabei wird auch die Schädigung Dritter in Rechnung zu stellen sein. Allerdings gilt es, die Schwere der in Kauf genommenen Gewalttaten gegen die Erfolgsaussichten abzuwägen. Terrorismus gegenüber Unbeteiligten ist in jedem Fall unakzeptabel und verwerflich. Auch wer sich von außen berufen sieht, den von einem despotischen Regime bedrohten Menschen zu Hilfe zu eilen, was zur Vermeidung eines Völkermords durchaus berechtigt sein kann, unterliegt der strengsten Verpflichtung, die Schädigung Unschuldiger so weit wie irgend möglich zu vermeiden.
- (ii) Werden die Möglichkeiten zu politischer Partizipation, zur Beeinflussung der politischen Entscheidungsfindung also, partiell oder ganz verweigert, so sind Mittel des zivilen Ungehorsams moralisch berechtigt, um für deren Herstellung zu kämpfen. Die Verletzung der Gehorsamspflicht rechtfertigt sich dadurch, dass ein Staat, der seinen Bürgern dauerhaft das politische Mitspracherecht verweigert, diese Bürger offenbar nicht als Quelle möglicherweise vernünftiger Argumente ansieht. Er verweigert ihnen daher die Achtung, die ihnen aus moralischen Gründen kraft ihres Menschseins zusteht, missachtet ihre Menschenwürde. Eine Regierung, die ihre Bürger prinzipiell wie unmündige Kinder behandelt, selbst wenn es unter dem Titel der Fürsorglichkeit geschieht, ist für Kant der Inbegriff der Despotie.⁴² Die prinzipielle Zustimmung der Bevölkerung zur Regierung zu unterstellen, solange es keine Aufstände oder massenhaften Auswanderungen gibt, ist unhaltbar. Erstens können andere Gründe, wie etwa übergroße Armut oder Probleme, woanders aufgenommen zu werden, für das Bleiben verantwortlich sein. Zweitens hat keine Regierung das Recht, ihre Bürger vor die Wahl zu stellen, entweder zu gehorchen oder das Land zu verlassen.

Gewaltsamer Widerstand ist für den Fall, dass die Bürger – von der Verweigerung der Partizipationsmöglichkeit abgesehen – gut versorgt und einigermaßen gut behandelt werden, moralisch bedenklich, weil er mit einiger Wahrscheinlichkeit die Situation für die meisten Betroffenen verschlechtert, eventuell sogar zu Bürgerkriegszuständen führt. Dies heißt nicht, dass jede Form des Widerstands unangemessen wäre. Es gibt viele Wege, sich gegen ein ungerechtes Regime zu wehren, wie die Unterstützung Verfolgter, zumindest die Nichtbeteiligung an der Verfolgung. Es gibt nicht nur die Wahl zwischen Märtyrertum und unterwürfiger Kollaboration.

⁴² Kant, Rechtslehre, § 49, AA VI, S. 317.

(iii) In besonderen Fällen kann es gerechtfertigt sein, Mittel des politischen Ungehorsams in funktionierenden Demokratien zur Verfolgung weiterführender Ziele, zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit und zur Verbesserung der ökologischen Situation einzusetzen, falls die legalen Einspruchsmöglichkeiten erschöpft sind und es konkrete Hinweise für fahrlässiges oder gar korruptes Verhalten der politisch Verantwortlichen gibt. Rechtsverletzungen rechtfertigt man in derartigen Fällen – antiquiert ausgedrückt – dadurch, dass in der konkreten Situation eine *seditio*, ein Aufruhr von Seiten der herrschenden Instanzen vorliegt: Sie beschränken oder unterbinden die Fähigkeit des Rechtssystems, einer seiner zentralen Anforderungen zu genügen, nämlich die Basis für das Wohlergehen aller jetzt und in Zukunft von den politischen Entscheidungen Betroffenen zu schaffen.

Ziviler Ungehorsam verfolgt in solchen Situationen eher den Zweck der Systemstabilisierung durch Verbesserung als der Destabilisierung. Die Widerstand Leistenden richten sich mit ihrem Anliegen an die Öffentlichkeit, um die moralische Qualifikation ihrer Ziele zu beweisen.⁴³ Dies kann durchaus den Appell an die internationale Öffentlichkeit einschließen. Allerdings muss man genau prüfen, ob tatsächlich der auf das Allgemeinwohl gerichtete Zweck und nicht persönliches Ressentiment oder fanatische Borniertheit im Mittelpunkt steht.

Es werden, so lässt sich der Grundgedanke der vorgestellten Erwägungen formulieren, hier nur humanitär begründete Rechtsbrüche als akzeptabel vorgestellt. Als Begründungen für derartige gegen das positive Recht gerichteten Handlungen taugen also nur solche, die mit der Existenz eines Rechtssystems in nicht kontingenter Weise verknüpft sind.⁴⁴

Das Widerstandsrecht entsteht dann, wenn die Pflicht, den gerechteren Zustand zu wählen, sich eindeutig gegen das positive Recht wendet. Wann dies der Fall ist, hat man immer wieder zu präzisieren versucht – im Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg dürfte die Radbruchsche Formel eine gewisse Prominenz erhalten haben.⁴⁵ Am Ende jedoch kann hier nur jede Person für sich entscheiden.

⁴³ Jürgen Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt/M. 1985, S. 79 ff.; John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1972, §§ 55, 57.

⁴⁴ Chaim Gans, *Philosophical Anarchism and Political Disobedience*, Cambridge 1992.

⁴⁵ Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, 1946, zitiert nach dem Abdruck in: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973, S. 345.

II.2

Freiheit und Autonomie im Republikanismus – Überlegungen im Anschluss an Philip Pettit, Immanuel Kant und John Dewey

Andrea M. Esser

The end of democracy is a radical end. For it is an end that has not been adequately realized in any country at any time. It is radical because it requires great change in existing social institutions, economic, legal and cultural.¹

Der Begriff der Autonomie ist sowohl in der philosophischen und sozialwissenschaftlichen als auch in der öffentlichen Diskussion schon fast bis zur Ideologie erstarrt. In nahezu allen Bereichen der modernen Gesellschaft wird Autonomie gefordert, zugesichert oder institutionell geschützt. Für die Legitimation von Einflussnahmen auf die menschliche Praxis – sei es die politische sei es die individuelle – ist der Rekurs auf die Autonomie der Betroffenen oder zumindest die Berücksichtigung ihrer Autonomiefähigkeit geradezu geboten. Auch in den Diskussionen der politischen Philosophie stellt der Begriff der Autonomie nach wie vor einen Grundwert dar, auf den hin Fragen der Rechtfertigung staatlicher Macht bezogen werden.² Nach Meinung vieler gelangt dieser Grundwert in der Staatsform der Demokratie in ausgezeichneter Weise zur Verwirklichung. Die demokratische Staatsform drückt ihrer Ansicht nach schon in der Grundstruktur eine Freiheit der Bürger_innen aus, die als Privatautonomie oder selbstgewählte Autonomie- und Lebensformen bezeichnet werden kann. Die Struktur von Demokratien kann daher mit der berühmten Formulierung von Abraham Lincoln charakterisiert werden als „government of the people, by the people, for the people.“³ Und es bedarf keineswegs noch eines weiteren inhaltlichen Kriteriums der Zugehörigkeit zu den *people*, den Leuten oder dem Volk, wenn man diese Zugehörigkeit über die Betroffenheit von der Ausübung des *government*, der Herrschaft, bestimmt.⁴ Demokratien schreiben sich die Freiheit, so gesehen, nicht nur als einen allgemeinen Wert auf die Fahnen und sichern sie als ein Recht lediglich in einem formalen Sinne; sie übertragen vielmehr mit ihren partizi-

¹ John Dewey: *Democracy is radical*, in: Jo Ann Boydston (Hrsg.): *John Dewey: The Later Works 11*, Carbondale 1937, S. 298 f.

² Zur Rekonstruktion der „Sogwirkung des Autonomiedenkens“ vgl. Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin 2011, S. 36.

³ Abraham Lincoln, „Address at Gettysburg, Pennsylvania“, in: ders., *Speeches and Writings 1859–1865*, New York 1989, S. 536.

⁴ Vgl. dazu Andreas Niederberger, „Freiheit und Recht“, in: *Philosophisches Jahrbuch* Jg. 118, I, 2011, S. 21–38, hier S. 25.

patorischen Verfahren auch noch die Realisierungsbedingungen des formalen Freiheitsrechts auf die Mitbestimmung der Bürger_innen, sodass dadurch, so lautet die mit dieser Überzeugung verbundene Hoffnung, auf lange Sicht auch die gesamtgesellschaftliche Verwirklichung dieses Rechts vorangetrieben wird.⁵

Schon diese kurze Skizze des Zusammenhangs von Autonomie und Demokratie ist freilich von einem ganz bestimmten Verständnis von Freiheit und Autonomie geprägt; auf dieses Verständnis kann man jedoch häufig auch in den Diskussionen der politischen Philosophie sowie in den öffentlichen politischen Debatten treffen: Freiheit und Autonomie werden zum einen nicht immer scharf voneinander unterschieden, und unter beiden wird vorrangig die Möglichkeit der Selbstbestimmung über das eigene Leben verstanden. Dadurch entsteht der Eindruck, es käme im politischen Zusammenhang vor allem darauf an, möglichst vielen Interessen und Inhalten der Selbstbestimmung die Mittel zur Durchsetzung zu garantieren – solange und sofern dadurch eine friedliche Koexistenz der Individuen nicht ausgeschlossen ist. Dieses Verständnis stimmt gewiss mit vielen unserer Alltagsüberzeugungen überein und hat in zahlreiche Konzeptionen der politischen Philosophie Eingang gefunden; in jüngster Zeit aber mehren sich kritische Stimmen in der politischen Philosophie, die auch grundsätzliche Zweifel sowohl am Begriff der Autonomie als auch am darauf aufbauenden Demokratieverständnis anmelden. Die Kritiker_innen erheben dabei nicht nur – aus methodisch durchaus verschiedenen Perspektiven – Einwände gegen die inhaltliche Konkretisierung von Freiheit als autonomer Selbstbestimmung, sondern sie sprechen sogar dem Begriff der Autonomie selbst seine zentrale Bedeutung in der Gestaltung politischer Verhältnisse ab oder fordern das Gewicht, das diesem Begriff zugemessen wird, zumindest stark zu relativieren.⁶ Im Konzert der Kritik lassen sich einige fundamentale Einwände

⁵ Rawls macht etwa in der Theorie der Gerechtigkeit deutlich, dass der Wert, den das allgemeine Freiheitsrecht für den Einzelnen annimmt, von der Verfügung über Grundgüter abhängt und es insofern nicht ausreicht, lediglich rechtliche Freiheit zu fordern. Mit diesem Gedanken überschreitet er bereits einen bloß negativen Freiheitsbegriff, weil er in seiner Theorie auch die gesellschaftlichen und natürlichen Bedingungen der Freiheit einbezieht und nach den Verwirklichungsbedingungen fragt. Die gerechte Verteilung der Grundgüter und der Produkte der gesellschaftlichen Zusammenarbeit stellen dabei die zentrale Aufgabe dar, die seine Grundsätze der Gerechtigkeit zu bearbeiten versuchen. Seiner Ansicht nach führt die Anwendung der beiden Gerechtigkeitsgrundsätze auf lange Sicht zu einer gerechten und egalitären Gesellschaft, in der alle ihre persönlichen Lebenspläne verwirklichen und damit Autonomie erreichen können. Vgl. John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M., 1972, S. 232 ff und ders., *Die Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt a.M., 1992, S. 80.

⁶ Vgl. dazu etwa die demokratiekritischen Beiträge von Giorgio Agamben, Alain Badiou, Jean-Luc-Nancy u.a., *Demokratie? Eine Debatte*, Berlin 2011; ebenfalls Jacques Rancière, *Der Hass der Demokratie*, Berlin 2011. Ihre Kritik an der Demokratie bzw. ihrer Ideologie schließt immer auch eine Kritik an einem verfehlten Freiheits- und Autonomieverständnis ein und erkennt darin auch den ideologischen Kern. Letztlich verwandelt dieses Freiheitsverständnis, das lediglich auf die Verwirklichung individueller oder kollektiver Zwecke ausge-

gegen die zentrale Stellung der Autonomie immer wieder vernehmen. Diesen Einwänden muss man meines Erachtens nachgehen, auch und vielleicht gerade dann, wenn man die Auffassung begründen möchte, dass der Gedanke der Autonomie weiterhin als ein Grundwert der politischen Philosophie hochgehalten werden sollte. Möglicherweise bedarf es in der Tat sowohl einer inhaltlichen Modifizierung als auch einer neuen Verhältnisbestimmung der Bedeutung dieses Begriffs, zumindest in der Relation zu anderen Begriffen, die in der politischen Philosophie ebenfalls als konstitutiv und zentral für ein Zusammenleben in Freiheit gelten.

Ein prominenter kritischer Einwand, der ohne Frage grundsätzlicher Natur ist, richtet sich gegen das Verständnis von Subjektivität, das mit dem Autonomiebegriff oft verbunden wird, sowie gegen die entsprechende politische Praxis, die sich auf dieses Subjektverständnis gründet: Die Annahme eines autonomen und sich selbst durchweg transparenten Subjekts, so lautet das Bedenken, sei eine Fiktion. Weder entwickelten sich Subjekte isoliert noch stünden sie als entwickelte Subjekte einfach für sich; gerade Konzeptionen der politischen Philosophie müssten anerkennen, dass die menschliche Subjektivität jederzeit in interpersonale Bezüge eingegliedert ist und auch ohne den kontinuierlichen interpersonalen Austausch nicht einmal partiell zu Selbsttransparenz gelangen kann. Vor allem wenn die politische Philosophie sich mit konkreten politischen Fragen beschäftige, sei es unerlässlich, ein angemessenes Bild von der menschlichen Subjektivität zu entwerfen, das die Subjekte auch in den vielfältigen Abhängigkeiten und Beeinflussungen, in denen sie nun einmal immer stehen, erkennt und auch entsprechend zur Darstellung bringt. Wenn man diese Einsicht auch in der politischen Theorie und ihrem Freiheitsbegriff beherzige, werde im Gegenzug die Brauchbarkeit des Modells vom autonomen Subjekt schnell in seiner Fragwürdigkeit deutlich: Die Menschen mögen zwar grundsätzlich der Selbstbestimmung fähig sein, doch tatsächlich können viele von ihnen weder die Ziele ihrer Selbstbestimmung klar formulieren, noch Gründe dafür angeben, warum sie diese Ziele verfolgen oder weshalb diese überhaupt wünschenswert sind.⁷ Mit diesen Einwänden wollen die Kritiker_innen nicht vorrangig ein Defizit der Akteur_innen benennen, das sie als wissende Expert_innen auszugleichen versprechen; ihnen geht es vielmehr darum, auf eine generelle Unbestimmtheit hinzuweisen, die das menschliche Leben in weiten Teilen prägt.⁸ Diese müsse man anerkennen, wenn man sich in der politischen Theorie nicht

richtet ist, wie es Rancière ausdrückt, die Demokratie in eine „Herrschaft der unbegrenzten Begierden“ (ebd., S. 7), sodass dem Wort „Demokratie“ durch die daran anschließende Repräsentationspolitik in der Gesellschaft nur mehr der Status einer bloßen „Fantasiemalerei“ zukommt (ebd., S. 63).

⁷ Raymond Geuss, *Kritik der politischen Philosophie. Eine Streitschrift*, Hamburg 2011, S. 23.

⁸ Ebd., S. 13.

schon in den Grundvoraussetzungen von den Realverhältnissen entfernen und die Bedingungen verfehlten wolle, unter denen politische Akteur_innen handeln und Entscheidungen treffen. Menschliche Überzeugungen werden nicht durchweg rational festgelegt, sondern sind im Fluss, sie verändern sich unter dem Einfluss sich wandelnder Umstände und entsprechen in ihrer Selbstbestimmung keineswegs demjenigen Ideal von Autonomie und Vernünftigkeit, das von vielen politischen Theorien als schon realisiert angenommen wird. Eine analoge Einsicht gilt es nach Meinung der Kritiker_innen auch in der Darstellung institutioneller politischer Akteur_innen zu berücksichtigen. Auch hier können idealisierte Beschreibungen von politischen Verfahren und Entscheidungsprozessen zu verzerrenden Illusionen führen, wenn die Einsicht fehlt, dass sich institutionelle Vollzüge mitunter treffender als Phänomene der Heteronomie und des Anschlusszwangs als der Autonomie und Selbstbestimmung begreifen lassen. Wenn man sowohl die menschliche Subjektivität als auch die politischen Prozesse schon auf den Begriff der Autonomie hin entwirft und ihn bereits in der Beschreibung zu stark gewichtet – so müsste man wohl das mahnende Resümee der Kritik formulieren –, dann führt der vorgeblich kritische Grundwert der Autonomie gerade zur Verschleierung derjenigen Kräfte, welche der menschlichen Freiheit entgegenwirken und sie für problematische Ideologien zu vereinnahmen suchen.

Freilich könnte man an diese Problemskizze auch die Frage richten, ob eigentlich in irgendeiner Konzeption der politischen Philosophie je ernsthaft behauptet wurde, menschliche Subjekte seien per se autonom oder lebten de facto in Gesellschaftsverhältnissen, die ihnen umfassende Autonomie ermöglichen. Doch auch wenn man dies verneint, sind die formulierten Einwände ohne Frage ernst zu nehmen. Nicht nur die akademische Diskussion über ein angemessenes Verständnis politischer Freiheit erzwingt dies, sondern es ist auch angeraten, wenn man das gegenwärtige Demokratieverständnis der aktuellen Debatten kritisch überdenken möchte. Dieses schließt nämlich auch den Begriff der Autonomie ein, sofern er darin in der Regel als mit dem Begriff der Demokratie traditionell verbunden dargestellt wird. Außerdem lassen sich immer wieder Tendenzen in der gegenwärtigen Diskussion – sei es der politischen Philosophie, sei es den öffentlichen Debatten – bemerken, genau so ein Verständnis von Subjektivität und politischer Praxis zu propagieren, wie es von der Kritik problematisiert wird. Die Einwände sollten daher differenziert diskutiert werden, nicht zuletzt deshalb, weil sie den Begriff der Autonomie insgesamt als fragwürdig erscheinen lassen und sie damit möglicherweise über ihr Ziel hinausschießen. Ich möchte im Folgenden an drei Punkten die These verfolgen, dass diese kritischen Einwände berücksichtigt werden müssen. Allerdings werde ich dabei deutlich machen, dass dies möglich ist, auch ohne infolgedessen den Begriff der Autonomie als einen Leitbegriff des demokratischen politischen Denkens und als eine spezifische Form demokratischer Freiheit gleich ganz aufgeben zu müssen.

In einem ersten Schritt beziehe ich mich auf die aktuelle Diskussion zwischen liberalen und neo-republikanischen Ansätzen, in der das Thema Demokratie auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen negativer und positiver Freiheit verhandelt wird. Dabei gehen die Kontrahenten aber beide von einem verkürzten Verständnis von Autonomie aus, das Autonomie bloß als eine solche Variante der individuellen Selbstbestimmung begreift, die den Einwänden der Kritiker_innen verfallen muss. In dieser Debatte geht durch die Frontstellung und die problematische Gleichsetzung von individueller Selbstbestimmung und Autonomie meines Erachtens eine wichtige Überlegung und Dimension in der Ausgestaltung des Demokratieverständnisses verloren.

In einem zweiten Schritt möchte ich darlegen, dass sich aus einer Kantischen Variante des Republikanismus ein Verständnis von Autonomie zurückgewinnen ließe, das in der eben genannten Kontroverse, meiner Ansicht nach, von beiden Seiten bislang nicht angemessen rezipiert und daher auch in seinen möglichen Innovationen noch nicht ausgeschöpft wurde.⁹ Welche Innovationen das

⁹ Axel Honneth rezipiert den Freiheitsbegriff Kants unter dem Obertitel „reflexive Freiheit“ und folgt damit der Lesart von Geuss, der diese Form der Freiheit zwar als positive Freiheit bezeichnet, aber dennoch ihr Charakteristikum darin erkennt, dass hier „im Handeln nur dem eigenen Willen“ gefolgt wird, vgl. Honneth, Das Recht der Freiheit, S. 59. Entsprechend dieser Rezeptionshaltung ist Honneth auch der Auffassung, dass Kant individuelle Freiheit nach dem Muster der Selbstgesetzgebung interpretiert und seinen Freiheitsbegriff trotz Weitung durch den Universalitätsanspruch, der im Gedanken der vernünftigen Gesetzgebung liegt, auf reflektierte individuelle Freiheit konzentriere (S. 67). Honneth gesteht zwar zu, dass Kants Freiheitsbegriff durch empirische Umdeutungen in der Folge de-potenziert und „ihrer transzendentalen Züge“ entkleidet wird (S. 68). Die Struktur reflexiver Freiheit sei gleichwohl kennzeichnend für die Kantische Theorie und bleibe „vollkommen monologisch“ (S. 69). Damit verkennt er meines Erachtens, dass Kants Freiheitsgesetz in der Funktion steht, eine überindividuelle und interpersonelle Perspektive zu bestimmen und die notwendige begriffliche Bedingung einer dialogischen Vernunft auszuformulieren. Ohne die mit dem Freiheitsgesetz vollzogene Selbstaufklärung des Individuums über seine interpersonalen Bedingungen als praktisches Wesen kann sich aus Kantischer Sicht gar kein dialogisches Selbst herausbilden. Nur unter der Einsicht in diese Bedingungen und unter Anerkenntnis der Allgemeinität in der Vielheit, können sich Aushandlungsprozesse überhaupt erst sinnvoll vollziehen lassen. Im Freiheitsgesetz tritt, so gesehen, nicht ein freies Individuum in einen Dialog mit sich selbst und begrenzt seine individuelle Freiheit, sondern die Anwendung des Freiheitsgesetzes bringt erst ein Selbst in interpersönlichen Verhältnissen (Ethik) bzw. ein Selbst in der interpersonalen Öffentlichkeit (Recht und Politik) hervor. Der damit ausgedrückte Gedanke, den Honneth offensichtlich erst bei Hegel erkennt, dass nämlich Freiheit nur als Verbindlichkeit und damit Recht und Moral als Freiheit zu denken sind, ist damit in der Grundstruktur des Kantischen Freiheitsbegriffs angelegt. Hegel scheint dies durchaus erkannt zu haben, weshalb er wohl auch trotz aller kritischer Einwände den Kantischen Freiheitsbegriff so hoch schätzt, vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: ders., *Werke*, Bd. 7, Frankfurt a.M. 1979, § 260, in dem er die Kantische Überlegung, dass die persönliche Einzelheit ihre volle Entwicklung und vollständige Anerkennung ihres Rechts nur im Staat finden könne, als „die erhabene Seite seiner [der Kantischen, Erg. d. Verf.] Philosophie“ und das „Befriedigende und die höchst wichtige Bestimmung der kantischen Philosophie und ihres hohen Standpunktes“ darin er-

sein könnten, werde ich kurz skizzieren. Allerdings wird sich dabei auch zeigen, dass Kant in seinem *liberalen Republikanismus*, so werde ich diese Variante nennen, Autonomie vor allem auf die rechtlichen Grundlagen der Demokratie beschränkt. Er versäumt es dadurch, das begriffliche Instrumentarium zum Verständnis von Funktion und Bedeutung sowohl der gesellschaftlichen Institutionen (wie das schon Hegel kritisiert hat) als auch der sozialen Bewegungen oder der gesellschaftlichen ‚Gegenkräfte‘ zu entwickeln. Das Kantiche Autonomiekonzept scheint mir aber in einer pragmatistischen Weiterentwicklung seiner Grundgedanken – etwa auf der Grundlage des Demokratieverständnisses von John Dewey – ausbaufähig zu sein und zu Überlegungen zu führen, die auch für die gegenwärtige Diskussion anschlussfähig und hilfreich sein könnten. Diese Überlegungen möchte ich in einem dritten Schritt noch kurz andeuten und wähle dafür Deweys Ansatz, weil er über ein feinsinniges Instrumentarium der Phänomenbeschreibung verfügt und weil er die Kritik an den normativen Orientierungen aus den gesellschaftlichen Praxen heraus im Rahmen eines dialektischen Verfahrens entwickelt. Deweys Herangehensweise erlaubt es darüber hinaus, seine Ergebnisse auch prospektiv zu nutzen und sie für die Gestaltung der Gesellschaft hin zu einer demokratischen Republik, die an dem Ideal der Autonomie orientiert ist, fruchtbar zu machen.

2.1 Freiheit und Autonomie in der Debatte zwischen liberalen und neo-republikanischen Theorien

Die aktuelle Diskussion zwischen Vertreter_innen eines liberalen und eines neo-republikanischen Politikverständnisses – auch wenn es innerhalb der jeweiligen Richtung durchaus verschiedene Positionen und Kontroversen gibt – arbeitet sich an der Unterscheidung zwischen negativer und positiver Freiheit ab. Ich gehe zunächst kurz auf die neo-republikanische Kritik am liberalen Freiheitsverständnis ein. Dabei beziehe ich mich auf Philip Pettits Versuch, den nur negativen Begriff der Freiheit, den er im Sinne einer *freedom as non-interference* dem klassischen Liberalismus zuschreibt, durch einen spezifisch republikanischen und ‚anspruchsvoller‘ Freiheitsbegriff (*freedom as non-domination*) zu ersetzen.¹⁰ Pettits Absicht liegt darin, *freedom of non-domination* explizit an die Rolle, die Personen als Bürger_innen einnehmen, zu binden und dem römischen Vorbild der *libertas in civitas* zu folgen. Freiheit werde auf diese Weise zu einem sozialen Ideal – so betont er –, das von der natürlichen (d.h. liberalen) Freiheit, der libe-

kennt, dass auch im Staat nur verpflichtend gefordert werden kann, was der Realisierung dieser Freiheit dient.

¹⁰ Philip Pettit, „Freedom as non-domination“, in: ders., *Republicanism. A theory of freedom and government*, Oxford 1999, S. 51.

ralen Privatautonomie, zu unterscheiden ist. Soziale Freiheit entsteht nach Pettit also nicht schon aus der bloßen Abwesenheit von Eingriffen, sondern erst dann, wenn Gesellschaftsmitglieder miteinander interagieren und diese Interaktion gesetzlich und durch staatliche Institutionen geregelt ist. Entsprechend ist, wie Pettit gegen die liberale Variante der Freiheit einwendet, nicht jeder Eingriff – nicht jede interference – per se eine Beschränkung der Freiheit. Vielmehr bringen bestimmte Eingriffe, wenn sie nämlich selbst nicht-willkürlich sind, wenn sie die Beziehungen der Interaktion vor willkürlichen Eingriffen verlässlich und mit öffentlicher Kenntnisnahme schützen, diese soziale und bürgerliche Freiheit sogar erst hervor: nämlich die Freiheit von bzw. gegenüber Machtausübung (*freedom as non-domination*).

Mir erscheint an diesem Vorgehen bemerkenswert, dass Pettit die skizzierte republikanische Freiheit überhaupt nicht mit dem Begriff der Autonomie, wie er etwa in manchen republikanischen Theorien der Aufklärung entwickelt ist, in Verbindung bringt und diese Beziehung reflektiert. In seinem Ansatz bleibt es vielmehr dabei, dass Freiheit weiterhin als *non-domination* negativ bestimmt ist und nur insofern über die liberale Freiheit hinausreicht, als dadurch eine Einmischung und Behinderung durch andere, sowie die Einmischung durch willkürliche Mächte und die damit verbundenen Abhängigkeiten ausgeschlossen werden sollen. An dieser Überlegung allein will mir aber nicht deutlich werden, inwiefern dadurch ein „anspruchsvollerer“ Freiheitsbegriff erreicht ist, sofern ja auch liberale Theorien (nehmen wir Rawls Freiheitsbegriff als Beispiel) nicht nur die Abwesenheit aktbezogener Einmischung fordern, sondern auch willkürliche Eingriffe (wie sich das deutlich in Rawls Forderung ausdrückt, dass die „Freiheit [...] nur um der Freiheit willen eingeschränkt werden“ darf¹¹) sowie willkürliche Benachteiligung zurückweisen und sogar natürliche Ungleichheiten zwischen den Bürger_innen für kompensationsbedürftig halten, weil durch sie der „Wert“¹² der rechtlich zugestandenen Freiheit ebenfalls willkürlich verringert wird. Der republikanische Gedanke, den Pettit als Innovation aufnimmt, dass nämlich nicht jede *interference* per se eine freiheitseinschränkende Machtausübung darstellen muss, sondern unter noch genauer zu bestimmenden Maßgaben sogar eine unerlässliche Bedingung politischer Freiheit darstellt, kommt dann aber in seiner Konzeption von *freedom as non-domination* nicht weiter zum Tragen. Auch das neo-republikanische Freiheitsverständnis bleibt aus meiner Sicht daher letztlich negativ geprägt, denn es betont lediglich etwas deutlicher als die klassischen liberalen Theorien, dass Gesetze dazu da sind, die Privatautonomie der Bürger_innen vor willkürlichen Einschränkungen zu schützen. In der Frage, wodurch die staatlichen Eingriffe zur Herstellung der republikanischen Freiheit legitimiert werden können, zeigt sich dann mit dem

¹¹ Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 82.

¹² Ebd., S. 233.

Rekurs auf den doch weitgehend unbestimmten Begriff des *Gemeinwohls* freilich der signifikante Unterschied zu liberalen Positionen, aber damit auch ein gewichtiges legitimatorisches Defizit. Neo-republikanische Theorien verschenken meines Erachtens eine wichtige Innovation, mit der auch das landläufig als *demokratisches Paradox*¹³ gekennzeichnete Problem des liberalen Freiheitsgriffs weiter bearbeitet werden könnte.

Ich möchte das liberale Verständnis von Freiheit und Autonomie etwas genauer betrachten und greife dazu auf John Deweys wissenschaftliche Analyse dieses Verständnisses zurück.¹⁴ Diese Analyse leitet auf ein systematisches Problem, das auch in der heutigen liberalen Diskussion bereits bekannt ist und bearbeitet wird. Es liegt in der von mir eingangs erwähnten und bis in unsere Gegenwart diskutierten Unterscheidung zwischen negativer und positiver Freiheit. Dewey betont die historischen Anlässe, die ein liberales Freiheitsverständnis angeregt haben, und erklärt die negative Bestimmung dieses Freiheitsverständnisses aus dem emanzipatorischen Bestreben heraus, das die Einmischung von Regierung und gesellschaftlichen Mächten abzuwehren versuchte und darum bemüht war, die erkämpften Freiräume vor potentiellen Übergriffen der Staatsmacht, sogar wenn diese in demokratisch gewählten Institutionen „gezähmt“ ist, zu schützen.¹⁵ Diese ursprüngliche Intention prägt, folgt man Deweys Analyse, auch heute noch das liberale Verständnis der Staatsform der Demokratie. Das zeigt sich, seiner Einschätzung nach, darin, dass im liberalen Demokratieverständnis vor allem die Beschränkung der Regierungsgewalt in den Vordergrund gerückt wird und auf diese Weise eine Antithese auftritt, die zwischen den die Freiheit potentiell gefährdenden gesellschaftlichen und staatlichen Mächten auf der einen und der – nun immer in Abgrenzung dazu, also negativ gedachten – Freiheit des Individuums zur Selbstbestimmung auf der anderen Seite verortet ist. Diese Antithese, so versucht es Dewey zu zeigen, ist aber weder notwendig mit der Staatsform der Demokratie verbunden, noch in der Sache angemessen, sondern leitet vielmehr auf ein problematisches und verkürztes Verständnis sowohl der Individualität als auch der Freiheit. Ersteres, weil Individuen nur in der Abstraktion einer Theorie als isoliert und ohne gesellschaftliche Bezüge zu denken sind, tatsächlich aber immer in interpersonalen Zusammenhängen stehen und daher gerade in Bezug auf Fragen der politischen Philosophie entsprechend charakterisiert werden müssen. Und das Zweite sei deshalb der Fall, weil auch die dem Individuum in der Folge als quasi natürliche Eigenschaft zugeschriebene Freiheit (d.h. die Freiheit der Selbstbestimmung) gar nicht ohne gesellschaftliche und staatliche Ordnung zu entwickeln ist. Es gebe deshalb, so resümiert Dewey, gar keinen zwingenden Grund, dass

¹³ Siehe Fn. 16.

¹⁴ John Dewey, *Die Öffentlichkeit und ihre Probleme*, Bodenheim 1996, insbesondere S. 82.

¹⁵ John Dewey, *Erfahrung und Natur*, Frankfurt a.M. 2007, S. 445.

man das Individuum, um es vor willkürlichen Übergriffen zu schützen und ihm die Mitgestaltung der politischen Institutionen zu sichern, in der Theorie als ein isoliertes und von allen gesellschaftlichen Kooperationen unabhängiges Wesen entwerfen muss. Auf diese Weise wird vielmehr ein Verständnis von Freiheit etabliert, das nur *ein* Moment politischer Freiheit in den Vordergrund rückt. Dieses Freiheitsverständnis zu stärken, war möglicherweise auf Grund der besonderen historischen Situation sinnvoll, doch daraus dürfe man nicht schließen, dass diese Akzentuierung auch schon der Sache nach zwingend und weiterhin beizubehalten sei. Der folgenschwere Irrtum eines verkürzten Freiheitsverständnisses, so kann man mit Dewey die ideengeschichtliche Rekonstruktion des liberalen Freiheitsverständnisses zusammenfassen, tritt dann ein, wenn man dieses eine Moment, das in der historisch bedingten Akzentuierung heraustritt, als eine vollgültige und wesentliche Bestimmung der Freiheit ausgibt und es zu dem Ideal stilisiert, das Individuen in einem staatlichen Verbund erreichen können. Dass als Legitimationsquelle staatlicher Ordnung und gesellschaftlicher Institutionen eben nur noch dieses – entsprechend Deweys Analyse: eben verkürzte – Freiheitsverständnis, das Freiheit primär als individuelle Selbstbestimmung begreift, übrig bleibt, ist, so gesehen, die systematische Konsequenz aus einer problematischen Verabsolutierung nur eines Aspekts des Freiheitsbegriffs. Sie können wir in den gegenwärtigen Diskussionen immer noch bemerken.¹⁶

Diese Entwicklung führt auch innerhalb der politischen Philosophie und ihrer Diskussionen über Freiheit und Demokratie zu einer unproduktiven Frontstellung. Denn beide Diskussionslager – das liberale und das neo-republikanische – folgen, wie ich oben gezeigt habe, doch in einem bestimmten Sinne

¹⁶ Das sogenannte „demokratische Paradox“, so könnte man den Gedanken weiterentwickeln, hat in dieser Problemlage seinen Ursprung. Denn es gründet darin, dass sich moderne Demokratien, wie es Seyla Benhabib deutlich gemacht hat, als Selbstregierungen verstehen, aber dabei nicht allein der kontraktualistische Konstitutionsakt die Legitimität der staatlichen Ordnung sichert, sondern auch der Umstand, dass bereits dieser an allgemeine Menschenrechte gebunden ist, sodass sichergestellt ist, dass die Bürger_innen von Demokratien dann auch im staatlichen Zustand Menschenrechte genießen. An diese Prinzipien wäre dann auch die demokratische Souveränität gebunden und durch sie in der konkreten Ausübung ihrer Herrschaft beschränkt. Nun stellt sich im Rahmen dieser Rekonstruktion allerdings die Frage, wie denn die Menschenrechte, die der Konstitution der demokratischen Ordnung legitimationstheoretisch vorausgehen und die daher nicht durch die demokratische Selbstbestimmung legitimiert sind, ihrerseits gerechtfertigt werden können. Meines Erachtens macht dieses Problem sehr deutlich, wohin es führt, wenn sowohl die Konstitutionsquelle als auch Legitimationsquelle staatlicher Herrschaft in die Freiheit der Selbstbestimmung der Individuen gelegt werden. Von dort aus kann kein zwingender Weg zur Begründung allgemeiner verbindlicher Beschränkungen der Privatautonomie gewonnen werden, sodass alle Demokrat_innen auf die Grundbedingungen verpflichtet werden können, sich gegenseitig als gleiche und freie Bürger_innen im demokratischen Prozess anzuerkennen, und sich als Gleiche auch mit gleichen Partizipationsmöglichkeiten auszustatten. Vgl. dazu Seyla Benhabib, „Die Philosophischen Grundlagen kosmopolitischer Normen“, in: dies., *Kosmopolitismus und Demokratie. Eine Debatte*, Frankfurt a.M./New York 2008, S. 41.

einem negativen Freiheitverständnis und akzeptieren die damit verbundene, terminologisch schon fest etablierte Gleichsetzung von Autonomie und individueller Selbstbestimmung. Dadurch aber wird auch das Verhältnis zwischen der als *non-interference* oder *non-domination* verstandenen Freiheit der sich selbst bestimmenden Bürger_innen auf der einen Seite und den Gesetzen, die diese Freiheit sichern sollen, auf der anderen Seite in beiden Diskussionslagern von einem Gegensatz geprägt, den sie auf der Grundlage ihres Freiheitsverständnisses nicht überwinden können. Liberale Theorien der Freiheit sind gezwungen, Gesetze und staatliche Herrschaft als notwendige Mittel, aber dabei dennoch als Einschränkungen der persönlichen Freiheit zu bestimmen, und neo-republikanische Ansätze müssen letztlich ebenso argumentieren, auch wenn sie zur Legitimation des freiheitsbeschränkenden Eingriffes der Gesetze noch auf die Vorstellung des Gemeinwohls ausgreifen. Aus der Perspektive beider Theorien aber werden freiheitssichernde Gesetze und staatliche Strukturen primär doch als dem Freiheitsbegriff äußerlich und sogar als Beschränkungen der Freiheit bestimmt. Sie erhalten zwar den Status von Mitteln, die zur Verwirklichung und Erhaltung der individuellen Freiheit der Selbstbestimmung notwendig sind, aber auch in dieser Funktion stehen sie in einem Gegensatz zur individuellen Freiheit der Selbstbestimmung.

2.2 Autonomie als Form individueller Freiheit: Kants liberaler Republikanismus

Ein möglicher Lösungsweg zur Vermittlung und Auflösung dieses Gegensatzes könnte darin liegen, individuelle Selbstbestimmung nicht schon mit Autonomie zu identifizieren und sie auch nicht zur primären Legitimationsquelle staatlicher Ordnung zu stilisieren, sodass deren Gesetze lediglich in einem instrumentellen Sinne zur Verwirklichung von sogenannter *Privatautonomie* nötig werden. Dazu bedarf es allerdings einer alternativen Deutung von Autonomie, die ich im Rückbezug auf Kants Verständnis eines *liberalen Republikanismus* und dem darin enthaltenen spezifischen Verständnis von Autonomie vorschlagen möchte. Kants Republikanismus ist in dem Sinne liberal zu nennen, als er die Freiheit der Bürger_innen in das Zentrum stellt und in der Freiheit der Bürger_innen auch die Legitimationsquelle staatlicher Ordnung erkennt. Aber im Unterschied zum Freiheitsverständnis liberaler Theorien begreift Kant die zivile oder soziale Freiheit der Bürger_innen als republikanische Freiheit, und diese geht eben nicht, wie das auch die Vertreter_innen des Neo-Republikanismus erkannt haben, in der individuellen Selbstbestimmung der Individuen auf. Individuelle Selbstbestimmung ist zwar ein Moment dieses republikanischen

Freiheitsverständnisses, aber als solches ist sie insofern „unselbstständig“,¹⁷ als sie nur unter den Bedingungen der zivilen oder sozialen Freiheit auch verwirklicht und damit real werden kann. Diese Beschränkung der individuellen Selbstbestimmung auf ein Moment drückt den Gedanken aus, dass auch die individuelle Freiheit nur dadurch erlangt und realisiert werden kann, dass die sich selbstbestimmenden Individuen in kooperative Verhältnisse eintreten und in einer Sozialität leben, die nach allgemeinen Gesetzen strukturiert ist und deren Interaktionen unter den einschränkenden Bedingungen allgemeiner Gesetze vollzogen werden. Die Funktion dieser Gesetze liegt, so gesehen, nicht primär darin, die Individuen vor willkürlichen Übergriffen, Eingriffen (*interferences*) und Manipulation (*domination*) zu bewahren und ihnen einen nicht mehr einschränkbaren Freiraum zuzusichern, den sie dann nach Belieben gestalten können. Kants Variante des republikanischen Staates geht durchaus weiter und hebt auf ein Element ab, das noch im sprachlichen Ausdruck „Autonomie“ enthalten ist: auf den *nomos*, das Gesetz, oder besser: auf das Gesetzliche und damit Allgemeine im Selbstbezug *sowohl* des Individuums *als auch* der staatlichen Einheit. Nicht ein schon fix und fertig gegebenes Selbst des Individuums bildet das Maß und die Orientierung der Freiheit und in Folge dessen auch der freiheitssichernden Strukturen, sondern die *Idee*, dass wir die Gesetze, nach denen wir unser Zusammenleben konstituieren, strukturieren und gestalten, so einrichten sollten, dass sie uns Verhältnisse der Koexistenz, der Kooperation und der persönlichen Entfaltung ermöglichen, auch wenn und obwohl wir verschiedene Lebenspläne verfolgen, verschiedene Vorstellungen von einem guten Leben und von guten Sitten haben. Mit diesen Gesetzen würden dementsprechend unerlässliche Rahmenbedingungen einer gesellschaftlichen Grundstruktur entworfen werden. Deren Ziel wäre, so gesehen, nicht die persönliche Entfaltung der Individuen oder ein inhaltlich bestimmtes Gemeinwohl, sondern eine Grundstruktur, die ein Zusammenleben sogar dann ermöglicht, wenn wir uns so zueinander verhielten, wie es in der Kantischen Wendung des „Volkes von Teufeln“ ausgedrückt ist: die zwar alle „vernünftige Wesen sind“, aber gleichwohl manchmal dazu tendieren, sich von allgemeinen Regelungen „insgeheim auszunehmen“, in ihren „Privatgesinnungen einander entgegen [zu] streben“ oder sogar „böse Gesinnungen“ pflegen.¹⁸ Erst dann, so lautet die Kantische Überlegung, wenn die staatlichen Gesetze so eingerichtet sind, dass sie auch unter diesen Bedingungen die Verhältnisse „so zu ordnen fähig sind“ und eine Verfassung bilden, die diese Teufel „doch so aufhalten [kann], dass in ihrem öffentlichen Verhalten der Erfolg eben derselbe ist, als ob sie keine solche böse Gesinnungen hätten“,¹⁹ herrschen Freiheitsverhältnisse und ist individuelle Selbstbestimmung überhaupt

¹⁷ Vgl. Honneth, *Das Recht der Freiheit*, S. 81 ff.

¹⁸ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, AA: VIII.366.18–22.

¹⁹ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, AA: VIII.366.21–23.

freiheitlich möglich. Dies ist die Aufgabenbeschreibung, die Kant der Gestaltung staatlicher Grundstrukturen vorsetzt und deren „als-ob“ keine Phantasie oder Fiktion ausdrückt, sondern lediglich deutlich machen soll, dass auch schon die Bestimmung, noch mehr aber die Ausgestaltung solcher Grundstrukturen eine durchaus kreative Angelegenheit ist, zu der wir die möglichen praktischen Konsequenzen der jeweiligen Festlegungen oder Regelung in der Vorstellung antizipieren (d.h. uns also konkret vorstellen) müssen. Die Einsicht, dass formale Rahmenbedingungen, wie sie in der Aufgabenbeschreibung angemahnt werden, unerlässlich sind für jede Regierungsform (sei sie demokratisch oder monarchisch), lässt Kant in der Frage der Konstitution staatlicher Ordnung von dem Moment der Selbstbestimmung der Individuen als primärer Legitimationsquelle Abstand nehmen. Denn was würde wohl die Selbstbestimmung von Teufeln oder von Wesen, die bisweilen dazu neigen, nur ihre privaten Ziele zu verfolgen, an Gesetzen hervorbringen? An die Stelle der individuellen Selbstbestimmung tritt aber nicht etwa eine ‚virtualisierte Selbstbestimmung‘, sondern die Forderung, dass ein *allgemeiner Wille*, der schon bei Rousseau keine bloße Summe der Inhalte der individuellen Selbstbestimmung ist, im Sinne einer einschränkenden Bedingung allen individuellen (d.h. privatautonomen) Zielen der Selbstbestimmung vorangestellt werden muss.²⁰ Dieser *allgemeine Wille* ist weder ein inhaltlich bestimmtes Gemeinwohl, noch etwas ‚Transzendentes‘ oder ein vermeintlich ‚unbestimmtes Höheres‘, sondern eine formale Bedingung der Möglichkeit, die ermittelt werden kann, wenn man nach den allgemeinen Ermöglichungsbedingungen fragt, unter denen individuell gewählte höchst verschiedene Lebenspläne und Wertvorstellungen miteinander kompatibel gemacht und jeweils verwirklicht werden können. Der Republikanismus, der daraus folgt, ist eine Herrschaft der Gesetze, aber nicht *der* Gesetze – und auch nicht *der* Personen und Institutionen –, die eine Mehrheit von Individuen nach ihren Vorstellungen vom Guten gewählt haben oder die als dem Allgemeinwohl entsprechend von einer Elite benannt wurden, sondern es ist die Herrschaft derjenigen Gesetze, die der Bedingung eines *allgemeinen Willens* Ausdruck und Wirksamkeit zu verleihen suchen. Liberal aber ist diese Form des Republikanismus, weil sie deutlich macht, dass über die Bedingung eines *allgemeinen Willens*

²⁰ Vgl. etwa Rousseaus Beschreibung der Aufgabe, auf die seine Konzeption des ‚allgemeinen Willens‘ antwortet: „Finde eine Form des Zusammenschlusses, die mit ihrer ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes einzelnen Mitglieds verteidigt und schützt und durch die doch jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich selbst gehorcht und gleichsam frei bleibt wie zuvor“, Jean-Jacques Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts*, Stuttgart 1977, S. 17. Die Relativierung des ‚gleichsam‘ in Bezug auf die Freiheit scheint mir mit Bedacht gewählt, sofern es sich durchaus um eine Transformation der Freiheit handelt. In Rousseaus Vertragsmodell ist bereits der Gedanke, dass ‚der Gehorsam gegen ein selbstgegebenes Gesetz [...] Freiheit‘ ist (S. 23) entwickelt und dass diese bürgerliche Freiheit daher eine notwendige Bedingung zur Realisierung einer aber nur scheinbar vorgängig schon gegebenen natürlichen Freiheit darstellt.

die Freiheit der Individuen, die in dieser Staatsform leben, erst hergestellt wird: Freiheit ist erst möglich nicht nur *unter*, sondern *durch* solche gesetzlich geregelten Verhältnisse, und sie ist deshalb keineswegs schon in der Abstraktion eines für sich stehenden, isolierten, sich selbst bestimmenden Individuums erschöpft. Vielmehr ist auch individuelle Selbstbestimmung ihrerseits abhängig von der Bedingung einer allgemeinen Gesetzgebung, d.h. sie wird erst innerhalb solcher Verhältnisse zur Autonomie. Es handelt sich bei dieser Form des Republikanismus aber, wie schon Ingeborg Maus deutlich gemacht hat, um eine Staatsform, in der Freiheit als Autonomie, als Selbstgesetzgebung – und nicht etwa als Selbstregierung oder als individuelle Selbstbestimmung – entwickelt wird.²¹ Diese Konzeption *kann* in der Herrschaftsform der Demokratie, aber nicht *nur* darin, verwirklicht werden. Eine republikanische Demokratie, die auf den Gedanken der Autonomie verpflichtet ist, erhält entsprechend auch einen anderen Charakter als eine, die individuelle Selbstbestimmung zum Ausgangspunkt nimmt. Mit diesem Konzept des liberalen Republikanismus scheint mir eine Variante von Autonomie gewonnen, die eine Alternative zu dem zur Ideologie verkommenen Verständnis darstellt. Ingeborg Maus hat übrigens im Zusammenhang ihrer Kantrekonstruktion die „Verrechtlichung der Politik“²² problematisiert und versucht, Kants Autonomieverständnis auch für nicht-staatliche demokratische Institutionen und Bewegungen fruchtbar zu machen. Tatsächlich aber sehe ich hier eine Grenze mindestens in den Kantischen Ausführungen, wenn nicht in der Konzeption als ganzer. In der Frage der gesellschaftlichen Institutionen und hinsichtlich der politischen Ausgestaltungsmöglichkeiten des Autonomiebegriffs bleibt Kants Theorie ohne Frage unterbestimmt. Wenn man sich aber damit auseinandersetzen will, wie unser Demokratieverständnis im Rahmen einer solchen liberalen – an der Idee der Autonomie orientierten – republikanischen Staatsverfassung konkreter zu bestimmen wäre, dann muss man meines Erachtens über Kant hinausgehen.

²¹ Maus legt in ihrer Untersuchung zahlreiche Textbelege und überzeugende Gründe dafür vor, dass Volkssouveränität als ein vorrechtlicher und außerrechtlicher Geltungsgrund anzusehen ist (vgl. Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*, Frankfurt a.M. 1992, S. 40ff.) und weist in Bezug auf Kants Rechtsphilosophie nach, dass Kant ganz im Unterschied zu der Meinung vieler Interpret_innen keineswegs den damit verbundenen, rechtsverändernden und rechtsbegründenden Willen des Volkes verbieten oder in seiner Wirkmacht behindern wollte. Er sah vielmehr, wie Maus klarlegt, deutlich ein, dass eine rechtsverändernde Kraft nicht aus dem Recht abgeleitet und damit „verrechtlicht“ werden dürfe, sondern dass dieser Kraft vielmehr rechtsfreie Räume gesichert werden müssen, damit eine rechtlich ungebundene Volkssouveränität wirksam bleiben kann, ebd., S. 41.

²² Vgl. ebd., S. 40.

2.3 Autonomie auf der Grundlage von Deweys Demokratieverständnis

Damit komme ich zu meinem dritten und letzten Punkt, in dem ich Deweys Demokratieverständnis an den Kantischen Gedanken der Autonomie anschließe. Darin soll auch (noch viel mehr als bei Kant) deutlich werden, dass wir faktisch weder autonom (sondern allenfalls selbstbestimmt) sind, noch in Gesellschaftsverhältnissen leben, die man als bereits autonom beschreiben kann. Vielmehr müssen wir uns dies in demokratischen Strukturen und einem dynamischen Verständnis von Demokratie allenfalls zum Ziel setzen und versuchen, es – wenn auch in kleinen Schritten, in Deweys Formulierung gekennzeichnet als Meliorismus ‚von unten nach oben‘ – zu bewerkstelligen.

Erst im Rahmen von Deweys Konzeption kann der Begriff der Autonomie meines Erachtens die Funktion einer kritischen Selbstkontrolle tatsächlich übernehmen, weil Dewey ihn nicht allein für die rechtliche Grundstruktur entwickelt, sondern für alle gesellschaftlichen Bereiche fordert, sie unter dieser Maßgabe zu demokratisieren. Um diese Form der Autonomie auf den Weg zu bringen, darf auch die demokratische Öffentlichkeit nicht in einer politischen Sphäre verortet werden, die von anderen Handlungszusammenhängen getrennt ist. Um verwirklicht zu werden, muss die demokratische Öffentlichkeit vielmehr alle Formen menschlicher Assoziation, die Familie, die Schule, Wirtschaft etc. erfassen und daraufhin befragen, ob sie dieses Verständnis von Autonomie fördern, hindern oder zumindest partiell zur Geltung bringen, kurz: ob sie demokratische Lebensformen hervorbringen. Deren Gestalt lässt sich freilich nicht abschließend inhaltlich bestimmen. Vielmehr müsste man umgekehrt sagen: Als demokratischen Lebensformen förderlich können diejenigen Handlungsformen und Kommunikationsweisen gelten, die zur Überwindung künftiger Widersprüche und Konflikte beitragen und die dabei auch ihre eigene Umgestaltung ermöglichen.

Dewey setzt also weder (wie schon Kant) eine inhaltlich fixierte oder fixierbare Bestimmung des Gemeinwohls zum Maß der öffentlichen Strukturierung an, noch geht er von ‚fertigen‘ Individuen aus, die wissen, was sie wollen, die ihren Willen jederzeit artikulieren und sich ihrem Willen entsprechend auch im Handeln bestimmen können. Zur Realisierung des von Dewey in Anspruch genommenen demokratischen Ideals trägt seiner Ansicht nach gerade die Verschiedenheit der individuellen Lebensformen bei, weil ihre Vielfalt und das unterschiedliche Tempo des Wandels der sozialen Einflüsse gesellschaftliche Irritationen hervorbringen, die zur Suche nach neuen Haltungen und neuen Sichtweisen zwingt. Umgekehrt begünstigen seiner Ansicht nach starre, einseitig bestimmte Beziehungen die Ausbildung unveränderlicher Routinegewohnheiten. Dewey plädiert damit auch dafür, gesellschaftliche Institutionen danach zu beurteilen,

welches *Selbst* sie schaffen.²³ Eine wichtige Einsicht für die Frage nach der ermöglichen einer demokratischen Lebensform liegt darin, dass Akteur_innen in demokratische Entscheidungsprozesse und Verfahren in möglichst allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens tatsächlich einbezogen werden müssen. Das aber stellt für Dewey nicht so sehr ein Ergebnis dar, mit dem dann der Forderung nach ‚Mehr Demokratie‘ Genüge getan wäre, sondern vielmehr plädiert er für eine Revitalisierung der demokratischen Lebensform durch lokale Öffentlichkeiten. Sie sollen es allen Teilnehmer_innen ermöglichen, durch praktisches Handeln und in der Teilnahme an demokratischen Verfahren ‚in the long run‘ zu erlernen und konkret zu erfahren, was eine demokratische Lebensform zu vollziehen real bedeutet.

Autonomie wird von Dewey also „nicht nur als rechtlich zu sichernde Freiheit zur Selbstbestimmung gefasst, sondern muss auch gesellschaftliche Handlungsmacht und die Macht zur Gestaltung der gemeinsamen Beziehungen beinhalten“.²⁴ Der Begriff der Autonomie ist dann allerdings vor dem Hintergrund der veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse und der gegenwärtig unkontrolliert wirkenden ökonomischen Mächte zu erweitern. Seine kritische Bedeutung lässt sich, so betont Dewey, nämlich nur dann bewahren, wenn er die gemeinsame Konstitution der gemeinsamen Beziehungen einschließt. Dies aber verlangt Maßnahmen zur Erweiterung der demokratischen Öffentlichkeit und damit möglicherweise auch die Vergesellschaftung der Produktion, wenn das die Voraussetzung dafür ist, dass die Akteur_innen die bestehenden Assoziationen und deren soziale Konsequenzen bewusst gestalten und damit die Bedingungen kontrollieren können, unter denen sie ihr Leben führen.

²³ John Dewey, *Die Erneuerung der Philosophie*, Hamburg 1989, S. 238 f.

²⁴ Sebastian Bandelin, *Anerkennen als Erfahrungsprozess*, Bielefeld 2015, S. 304. Bandelin spricht in diesem Zusammenhang von Selbstbestimmung; ich wählte in diesem Kontext dagegen den Begriff der Autonomie, da es sich nun um eine Selbstbestimmung handelt, die ihre Inhalte unter der Perspektive prüft, ob die gemeinschaftlich vollzogenen Prozesse der demokratischen Öffentlichkeit auch zur Konstitution gemeinsamer Beziehungen betragen. Das *Selbst* der Selbstbestimmung ist damit kein individualistisches *Selbst*, sondern eines, das sich in der demokratischen Öffentlichkeit erst konstituiert. Diese Auffassung teilt meines Erachtens auch Bandelin, wenn er auch sprachlich einen anderen Ausdruck wählt. Seine differenzierte Kritik an der Anerkennungstheorie von Axel Honneth macht dies deutlich. Bandelin weist Honneths Konzeption der Anerkennung nach, dass sie letztlich zu einem Akt der Bestätigung der dem Individuum schon zukommenden wertvollen Eigenschaften wird. Über eine entwicklungspsychologische Überlegung hinaus werde es daher nicht einsichtig, warum sich Akteur_innen durch die wechselseitige Kritik in gemeinsamen sozialen Verhältnissen über handlungsleitende Grundannahmen und Dispositionen aufklären müssten (vgl. S. 194). Zu Deweys Demokratiekonzept vgl. insbesondere das Kapitel 9.2., in dem Bandelin überzeugend zeigt, dass es sich bei Deweys Erfahrungstheorie um ein dynamisches und offenes Reflexionsmodell handelt, das den Demokratiebegriff selbst schon als „das Resultat eines Erfahrungsprozesses versteht“ und entsprechend auch die wechselseitige Kritik in gemeinsamen sozialen Verhältnissen eine konstitutive Bedingung gelingender Anerkennung darstellt (S. 322 und S. 194).

II.3

The Rule of Law. Toward a Positive Conception of State

Trevor Wedman

Rousseau believed that the idea of a republic presupposes the idea of a *volonté générale* as a constitutive principle.¹ This general will, he posited, must serve as the ideal source of authority for the actions of the state, and any actions contrary to this idea (or outside of such a mandate) must necessarily be illegitimate.² While the *volonté générale* is absolute in principle, Rousseau's concept of the state requires that state actions must nonetheless conform to the particular contents of the general will when the state performs its particular duties. Of course, the ostensible difficulty with this construction is that the sovereign, being the particular manifestation of the *volonté générale*, would be de facto beyond reproach in performing its duties. Without more insight into the origin and expression of the general will, this construction could become a carte blanche for an arbitrary exercise of power.

The objective of this paper is to make a case for the inherent normativity of the law and state by showing how legal and political institutions can be norm (or value) driven not *in spite* but *because* of their positivist character. I begin with a broad sketch of the status quo regarding political and legal theory using Benjamin Constant and mainstream legal positivism as the starting points of the discussion. Then, in Section 2, I make a case for returning to a normative conception of law similar to the project of Kelsen's *Reine Rechtslehre*. I argue that understanding law as a system of norms enables us to understand the concept of state in an affirmative manner without the risks normally associated with absolutist theories. In Section 3, I attempt to show how this normativity exists in the civil law in the form of generic norms which guide our everyday practices. In Section 4, I argue that a normative approach should similarly be used to understand constitutional aspects of the state.

¹ Rousseau, *Du contrat social*, 1762 (citations to Reclam 2010), Livre I, Ch. VI.

² Rousseau, *Du contrat social*, Livre II, Ch. IV.

3.1 Status Quo

Benjamin Constant sought to remediate the apparent design flaw of Rousseau's *volonté générale* by revamping Rousseau's theory to accommodate the exigencies of an actual democratic regime which Constant believed to have learned following the Reign of Terror. The *volonté générale*, Constant affirmed, is the sole source of authority in a republic; however, the mandate of the *volonté générale*, Constant added, must not extend beyond the social domain, it must be limited in nature.³ In keeping with the revolutionary spirit of his time and yet wisened by the excesses of his contemporaries, Constant attested that the general will is a necessary but insufficient condition for the exercise of sovereign power. It is necessary in order to ensure that the people are the source of sovereignty; it is insufficient because there are always divisions among the people in their preferences and it is always unjust for the sovereign to give some preferences the force of law at the expense of others. Constant had no pretensions about democratic processes yielding an objective truth of society or of its laws laying claim to moral goodness by virtue of resulting from the "will of the people". For Constant, majoritarian rule is merely the least unjust among the various alternatives of government.⁴ This formed a restricted, negative view of the state, according to which the state is a necessary evil that is tolerated in order to enable a social existence for individuals. As a tolerated body, its actions must be limited to the extent possible in order to protect the individual preferences of its members.

Many legal theorists in the last half century have adopted a similar stance toward the state and the laws which issue from it, reducing legal norms to non-normative terms concerning power, habits of obedience and sanctions.⁵ In making such claims, theorists have been able to disregard any normative or moral foundation to the authority of the state with the result that any value pertaining to the state has been thought to derive from the limited authority of ad-hoc majoritarian decisions based on recognised democratic values, provided that the reservoir of reserved, individual rights is not thereby violated. So long as our government is elected and controlled by us, so the reasoning seems to go, we need not worry about the constitutional questions regarding the normativity, or the lack thereof, of the laws to which we are subject. Kelsen has generally been ac-

³ Benjamin Constant, *Principes de politique: Applicables à tous les gouvernements*, 1806 (*citations to Hachette*, 2006), Livre II, Ch. I: "Il y a, au contraire, une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante et qui est, de droit, hors de toute compétence sociale. La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative."

⁴ Constant, *Principes de Politique*, Livre II, Ch. II, p. 53.

⁵ HLA Hart can be considered the first within this school of thought which would, for example, include Matthew Kramer today as one example of many within this mainstream of legal positivism. See Matthew Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmedmings*, Oxford 2003.

cepted into this club of mainstream legal positivists due to his strong rejection of natural law and his advocacy for liberal democratic principles, even if such recognition has often remained somewhat reserved due to the more exotic aspects of his Pure Theory, most specifically the basic norm and Kelsen's insistence on the legal system as a system entailing validity.⁶

An attempt to move Kelsen further into this direction of legal theory was made in 2007 by Lars Vinx. He provided an interpretation of Kelsen according to which the Pure Theory of Law is said not to provide a normative basis or validity for the law as Kelsen explicitly claimed, but rather to explain how the law can be understood to be legitimate by ensuring a hierarchy of norms which ends in democratic discourse and mutual recognition of majoritarian rights.⁷ On this interpretation, Kelsen's legal theory is specifically designed to ensure not an absolute, but relative legal validity in a democratic political order in which secondary norms serve as the logical connection between the commands of the state and their democratic origins. When asked why one should follow the law, the response would be that the law derives its validity from a lawmaker who, at the beginning of a chain of authority ending in his enactment, was authorised to enact the law through a democratic process. The validity of this authorisation itself would, in this fuller picture of the Kelsenian legal/political worldview, depend not on the validity of a higher norm, but on the legitimacy of the entirety of the political process.⁸ The purpose of legal science, accordingly, would be to create a foolproof hierarchy of secondary norms that are successful in maintaining the integrity of the democratic process which is ultimately responsible for creating and implementing legally binding norms of conduct. A legal subject recognises the legitimacy of individual legal norms because the laws are a result of the democratic process. Even if the result in a particular case is contrary to one's individual preference, one follows the law in the hope that others will do the same when contrary preferences are enacted following subsequent election cycles.⁹ On this account, a sand-box model of the law, in which various parties

⁶ For example, see H.L.A. Hart, „Kelsen Visited“, in: In Stanley L. Paulson (ed.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, OUP Oxford 1999. For a discussion of Kelsen's thought in contrast to the reductivist position, see Stanley Paulson's preface in the reprint of Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig 1934, Aalen: Scientia Verlag 1994. We will see below that Kelsen's idiosyncrasies relative to the reductivist position are concurrent with the absolute ideal of the *volonté générale* and are key in explaining the deficiencies mentioned above.

⁷ Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford: University Press 2007.

⁸ Vinx, Legality and Legitimacy, p. 59 ff.

⁹ Vinx, Legality and Legitimacy, p. 122: "The principle of revisability and the notion of community going along with it thus make it possible for the outvoted person to see her own interest in freedom reflected in a social will created according to the majority rule even if the content of that will does not, for now, match her own will."

take turns exercising the sovereign power for the particular interests of each, is simply the best political model we can hope for.

3.2 Normativity Redux

Kelsen's thought is subject to a wide range of interpretations,¹⁰ up to and including an interpretation of the pure theory as a consequentially nihilistic theory that ultimately eschews all recourse to claims of validity.¹¹ Moreover, Kelsen's theory is obfuscated to some degree by his insistence on rule formalism tied-in with an empirical approach toward the identification of legal norms. However, these variations on the Kelsenian theme notwithstanding, I consider the core value of the Kelsenian project not to lie in its defence of a liberal democratic political system, but rather in its attempt at explaining the legal norm as it occurs within a system of legal normativity, of ought-judgments.¹² Kelsen's assertion of the state as a normatively constituted body places him within a lineage of theorists who, without resorting to the metaphysics of natural law theorists, hold an affirmative view of the state and its laws as normative institutions, including, but not limited to, Rousseau, Hegel and Hermann Cohen. In this sense, I would argue that Kelsen is important not because he was one of the first true legal positivists, but because he was one of the last.¹³

¹⁰ See Paulson, Normativity and Norms. For a description of the various positions which Kelsen took even within his own lifetime, see Stanley L. Paulson, "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization", in: *Oxford J Legal Studies* (1998) 18 (1): pp. 153–166.

¹¹ See C. Kletzer, "Absolute Positivism", in: *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2, (2013): pp. 87–99.

¹² See Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911 (citations to Tübingen: Mohr, 2d edition 1923), p. vi: "Darum wird für mich der Rechtssatz als der Ausdruck der spezifischen Rechtsgesetzlichkeit, als das Rechtsgesetz, zum Kernproblem, und es erscheint unter diesem Gesichtspunkt das Recht der Rechtswissenschaft als ein System von Rechtssätzen, als ein Urteilszusammenhang, so wie sich die Natur der Naturwissenschaft für die Transzendentalphilosophie als ein System von Urteilen darstellt: nur dass diese Urteile die Kausalgesetzlichkeit des Naturzusammenhangs ausdrücken, während sich im Rechtssatze die spezifische Gesetzlichkeit des Rechts manifestiert."

¹³ In addition to Rousseau, Hegel, Cohen and Kelsen, others in this list could include Hugo, Thibaut and Savigny from the 19th century and Rudolf Stammler (*Die Lehre von dem richtigen Rechte*), Adolf Reinach (*Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*), Felix Somlo (*Juristische Grundlehre*) and at least the early Carl Schmitt (*Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*) from the fin de siècle. Bentham, insofar as he sought to move away what he viewed as an undue formalism and metaphysical entanglement on the part of Blackstone and toward creating law endowed with utilitarian value (see *A Fragment on Government*), was also a positivist in this mode. As for Austin, I think it is fair to state that his theory is significantly more complex than the mere identification of law with commands backed by sanctions often claimed by reductivists to-

Legal reductivism identifies the law with the actions of the state as an empirical matter of fact. In doing so, it devalues any issue of legal validity and instead focuses the discourse on sociological questions concerning sources of law on the one hand and moral philosophy on the other. In contrast to that project, Kelsen, in identifying the state with the law, created a logical prerequisite, *Grundlegung* or *Hypothesis*,¹⁴ by which it becomes possible to categorise (or posit) all state action in terms of its positioning within a normative framework. Instead of identifying the law as that which is commanded by the state (the standard fare of legal reductivists), Kelsen identified the state as that which issues commands in conformity with the law.¹⁵

Although Kelsen's requirement of conformity to law would appear to be the standard natural law position (*lex iniusta non est lex*), Kelsen gives the principle a positivist turn by postulating the basic norm which itself serves as the source of validity for the entire legal system and yet is void of any particular normative content regarding justice, authority, etc.¹⁶ Some positivists such as Stanley Paulson, Eugenio Bulygin and Joseph Raz have been reasonable in concluding that, if the basic norm is effectively void of content, the Kelsenian construct must be a purely formal one which would necessarily result in a blanket identification of commands with laws, yielding a system which would be non-reductivist in name only.¹⁷

However, the basic norm as the source of validity in Kelsen's system is not effectively void of content as a result of it being an abstract construct. Rather, the basic norm is the source of its own content as the foundation (*Grundlegung*)

day (see Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, p. 98 ff.) as contrasted with Austin's disciple Somlo, above.

¹⁴ Hermann Cohen, *Ethik des Reinen Willens*, Berlin 1904 (citations to 2d edition, 1907), pp. 99 ff. "Alle Theorie, alles Gesetz kann keinen anderen Grund haben, als den die Grundlegung legt."

¹⁵ Kelsen's position on this question is one of the key sources of conflict in the debate carried out with Carl Schmitt regarding the role of a constitutional court and culminating in duelling monographs in 1931. Within this framework, the question of who is the guardian of the constitution revolves around the issue of whether the political is based on the legal (Kelsen) or whether the legal is based on the political (Schmitt). For a detailed and clear analysis, see Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, Oxford 1999, and Vinx (Tr.), *Guardian of the Constitution*, Cambridge 2015. Schmitt would appear to agree with Kelsen that the state can only be understood on normative terms, i.e. that the state is constituted by the law and not the law by the state (see *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Helleau 1917 (Berlin: Duncker & Humblot 2004)). The difference between the two theorists is that whereas Kelsen seems to see the normativity of the state being contained entirely in empirically verifiable legal norms which can form the basis of judicial review, Schmitt doubts that such norms are properly constitutional in a material sense and that it is therefore up to the sovereign to decide upon the proper constitution of the state in cases involving constitutional disputes.

¹⁶ See Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 66.

¹⁷ For clear expositions by each of these authors regarding their views of Kelsen's basic norm, see *Normativity and Norms* above.

for the legal system.¹⁸ The natural law theorists have always sought the source of normativity in something other, either exterior to or within the state (e.g. in divine ordinance or the inherent justice of the state's laws). The reductivists have been sceptical of such an endeavour and therefore have denied that the law has any necessary claim to validity in the first place. Kelsen recognises the reductivists scepticism of justifying the laws of the state in something other which is exterior to, or within, the state, but transcends this scepticism by positing that the state, by definition, is the source of its own normativity.¹⁹ Attempting to base the legal system's normativity in anything else, whether in external values, habits of obedience, patterns of recognition, etc. could only serve to diminish the universal validity which derives from the unity of the system itself, a unity that is required by the concept of sovereignty and which excludes the possibility of two highest powers existing at the same place and time: there can be no God but God.²⁰

By providing a source for the order perceived in the world, the basic norm satisfies the same requirement for legal theorists as the *causa prima* for the scholastics. If there is no order (or no need for order) in the world, then there is no need to posit a first cause or any other scientific ordering principle (e.g. evolution). Legal science, indeed the profession itself, is premised on the analysis of norms as ordered, relating to each other and to human action. To the extent that

¹⁸ See Geert Edel, "The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen", in: Paulson, *Normativity and Norms*, as well as "Zum Problem der Rechtsgeltung. Kelsens Lehre von der Grundnorm und das Hypothesis-Theorem Cohens", in: *Grenzen der kritischen Vernunft. Festschrift für Helmut Holzhey*, ed. Simone Zurbuchen and Peter A. Schmid, Basel: Schwabe & Co 1997.

¹⁹ Ibid. See also Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820 (citations to Hamburg: Felix Meiner Verlag 2013): "Diese beiden Bestimmungen, daß die besonderen Geschäfte und Gewalten des Staats weder für sich, noch in dem besonderen Willen von Individuen selbstständig und fest sind, sondern in der Einheit des Staats als ihrem einfachen Selbst ihre letzte Wurzel haben, macht die Souveränität des Staats aus."

²⁰ As a result of the requirement of unity which flows from the concept of sovereignty, the logical structure of the law mirrors that of monotheism. If one has understood the concept of God as a unity and as omnipotent, then one must also understand that there cannot be two Gods. Of course, just as there may not be any one God at all, but rather many gods or no gods, it is also conceivable that there is not one source of authority, but rather many sources of authority existing simultaneously or perhaps no authority whatsoever. If there is no authority whatsoever, then there can be no law and thus no state (see below in Section 3.4). If there are genuinely multiple, independent sources of authority existing in the same time and place, then it is impossible for legal science to comprehend them. In such a situation, each source would make conflicting demands on the allegiance of subjects and each subject would have to choose which source to obey, resulting in a situation akin to civil war. However, in most cases of multiple sources of authority, as with some polytheistic belief systems, there is some kind of hierarchy of authority similar to Mt. Olympus which, in the end, results in a unitary sovereign – this is the subject of the area of law known as "conflicts of law" which actually deals not with conflicts but with resolutions of apparent conflicts.

commands of the sovereign are without order or random and to the extent that we accept these as such, this notion of the legal becomes superfluous.²¹

Barring this position, however, Kelsen, following upon Cohen's *Grundlegung*, provides us with the basic norm. With this construction we have a crucial lens through which we can understand Rousseau's concept of the *volonté générale* and other affirmative conceptions of the state in general. While the authority resulting from the general will may be absolute as a matter of principle, this does not mean that the state's exercise of power is therefore absolute or that the scope of state action is completely arbitrary.²² Rather, the exercise of state power must always be and always is in accordance with the authorisation of the general will, whatever the content of that authorisation may be: "Je conclus donc que comme le premier devoir du législateur est de conformer les lois à la *volonté générale*, la première règle de la économie publique est que l'administration soit conforme aux lois."²³ As a corollary to this statement and in the spirit of Kelsen, we would have to add that any apparent state action contrary to these laws or the general will is a mere usurpation and thus invalid.

If the *volonté générale* is conceived in Kelsenian terms as a first or constituting norm, then the actions of the sovereign must necessarily be derivable from its normative content. As such, the primary purpose of Kelsen's framework of a hierarchy of norms is to convert Constant's problem of political legitimacy resolvable only by vague, factual appeals to the "will of the people" into a problem of normative validity resolvable by legal analysis.

Spinoza suggests that "if there is such a thing as absolute sovereignty, it is really that which is held by the people as a whole."²⁴ Spinoza surely does not mean

²¹ Whereas the main problem that the legal reductivists have with the basic norm is that it fails to explain order (i.e. why one is obligated to follow the law), the main problem that the natural law theorists have with the basic norm is that it fails to explain disorder (i.e. why one is required to follow the law when it is unjust). This is the theodicy problem in other terms (as well as one of Constant's main concerns).

²² While Bodin refers to the sovereign as that which possesses absolute power, it is not power, as a matter of fact, but rather authority, as a matter of normativity, which can be considered absolute. Power always permits the possibility of conflict; the principle of authority within a legal system does not. Compare Carl Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, p. 51, 52: "Das Recht, das nur von der höchsten Gewalt ausgehen kann, setzt seinem Begriffe nach eine höchste Gewalt voraus. Was aber höchste Gewalt ist, bestimmt sich wiederum nicht nach einer Tatsache, sondern nach einer Bewertung, demnach entsprechend den Normen einer rechtlichen Betrachtung. Die höchste Gewalt, die den Staat ausmacht, ist ihrem Wesen nach eine Einheit, die nur durch wertende Kriterien gewonnen wird. Der Satz, das Recht könne nur von der höchsten Gewalt ausgehen, kehrt sich daher gegen die Machttheorie um und erhält den Inhalt, dass höchste Gewalt nur das sein kann, was vom Rechte ausgeht. Das Recht ist nicht im Staat, sondern der Staat ist im Recht."

²³ Rousseau, *Discours sur l'économie politique*, Paris: Vrin 2002, p. 52.

²⁴ Baruch de Spinoza, *Political Treatise*, Tr. Samuel Shirley, Hackett 2000, Ch. 8, Sec. 3: "Nam si quod imperium absolutum datur, illud revera est, quod integra multitudo tenet."

that an unlimited sovereign power exists in the power being encapsulated or restrained by the multitude, as if the masses would be standing at the castle gates with pitchforks and torches, issuing directly democratic decrees (or vetoes) regarding the actions of government. Quantified brute power may succeed in providing a check on governmental actions, but could hardly be considered to enable unlimited government. Instead, there must be a *qualitative* or ideal aspect of the multitude which, when conformed with on the part of the sovereign, yields the greatest degree of power.

In the *Discourse sur l'économie politique*, Rousseau asks how it is possible to combine the interests of many individuals into one common political body: how is it possible to be free if another is capable of restricting my will or to be master of my own well being if my well-being is subject to others? Rousseau suggests that the answer is to be found in the law:

C'est à la loi seule que les hommes doivent la justice et la liberté. C'est cet organe saluaire de la volonté de tous, qui rétablit dans le droit l'égalité naturelle entre les hommes. C'est cette voix céleste qui dicte à chaque citoyen les préceptes de la raison publique, et lui apprend à agir selon les maximes de son propre jugement, et à n'être pas en contradiction avec lui-même.²⁵

It is the law which unifies the multitude. In speaking to each individual's faculty of reason, Spinoza says it is the reason of the law that, "as if by one mind,"²⁶ can form the multitude into a singular force which, if complied with by the sovereign, gives the sovereign a nearly unlimited power. Spinoza adds:

For the constitution (*jura*) is the soul of the state; if this is preserved, the state is preserved. But a constitution cannot stay intact unless it is upheld both by reason and by the common sentiment of the people; otherwise, if for instance laws are dependent solely on the support of reason, they are likely to be weak and easily overthrown.²⁷

The idea of the state requires that its positive laws conform with the *volonté générale*, or the "soul of the state" which, in turn, is identified with a different kind of law, or as Rousseau says, the "*moi commun*".²⁸ In enacting and enforcing legal norms within a particular legal system, it is essential that the norms which are recognised are those which are based in reason and the common human affect. This provides us with a starting point for a theory of law and state which seeks to affirm, not limit the authority of the state as the *volonté générale*.

²⁵ Rousseau, Discours, pp. 49–50.

²⁶ Spinoza, Political Treatise, Ch. 3, Sec. 2

²⁷ Spinoza, Political Treatise, Ch. 10, Sec. 9. "Anima enim imperii jura sunt. His igitur servatis servatur necessario imperium. At jura invicta esse nequeunt, nisi et ratione et communi hominem affectu defendantur; alias, si scilicet solo rationis auxilio nituntur, invalidae sane sunt facileque vincuntur."

²⁸ Rousseau, Discours, p. 46.

3.3 Objectivity in the Law

There are two senses in which the law can be said to be objective. First, the law is objective in that it consists of general principles or norms of the state which are applied to particular cases as applicable.²⁹ It is in the very nature of law that it is independent of subjective whim, whether on the part of the lawgiver/enforcer or on the part of the legal subject. *Nulla poena sine lege* first entails that government officials should only punish on the basis of a pre-existing, valid rule of general applicability and secondly that legal persons, lest they become subject to punishment, submit their particular, subjective desires to the authority of the state as expressed in rules of general applicability.

However, the essence of law is not fully described by reference solely to its general character. If *generality* is the necessary form of the law, its matter is a composition of a thoroughly *particular* sort. It is the self-interested intention of the individual, structured in generality that serves as the basis for the legal expression of the civil society, that which Hegel calls the *Not- und Verständesstaat*.³⁰ Indeed, the problem of the relationship between the individual and society, the subjective will and the coercion of the law, first arises in the necessity of the individual to realise his thoroughly subjective needs (of food, shelter, wealth, etc) in the context of other individuals. This is the second sense in which the law is objective – in coordinating their pursuit of subjective desires and their satisfaction of subjective needs, individuals must have recourse to something which exceeds their own subjectivity, to a norm recognising the presence of others or a set of common practices.³¹ In its objectivity the law is an enabling structure allowing individuals to maximise the satisfaction of their desires by being able to transcend their own subjectivity.

Die Idee in dieser ihrer Entzweigung erteilt den Momenten eigentliches Dasein, – der Besonderheit das Recht, sich nach allen Seiten zu entwickeln und zu ergehen, und der Allgemeinheit das Recht, sich als Grund und notwendige Form der Besonderheit sowie als die Macht über sie und ihren letzten Zweck zu erweisen.³²

²⁹ Compare Hegel, *Grundlinien*, § 3. In addition to this aspect, Hegel refers in this section to the codification of the law through the state as a “positive” characteristic of the law. This aspect of codification will be discussed at greater length below.

³⁰ Hegel, *Grundlinien*, § 183.

³¹ Compare the Searlean framework as set forth in John Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press 1995 and later works according to which institutional reality, which would include law, is epistemically objective but ontologically subjective as a result of Searle’s view that such things exist as a result of subjective agreement among individuals. Even for Searle though, the source of such agreement does not spontaneously appear, but rather is the result of individuals making use of a common background of experience and capabilities, including that of reason, which gives this “subjective” reality a strongly objective flavour.

³² Hegel, *Grundlinien*, § 184.

The idea, or *eidos*, is the form taken on by the practices of individuals as they become objectified through cooperation.³³ To fail to grasp this form as the complex of implicit norms guiding individual conduct within society would be for the law to fail in its aim of objectivity and to become a merely subjective expression of desires within an artifice of objectivity (as is sometimes claimed by critical theory). In avoiding such an outcome, the purpose of the law within this second sense must be to capture, express and systematise the forms of cooperation, the common practices among individuals.³⁴ One of the key issues for legal science is how a legal system can best realise this purpose through its expression of the laws.

One such systematic method of expressing the law consists in convening expert parliamentary committees which make recommendations regarding the best potential laws based on a desired output. A second method consists in attempting to increase democratic involvement in the legislative process. By letting the people themselves decide or by permitting greater opportunity for citizens to express their views through elected representatives, one may come to enact laws which attain a high level of correspondence with social norms. A third method, which encompasses both legislation and jurisprudence, lies in a Herbert Spencer style approach to social engineering through legal norms.³⁵ On this view, embraced to some degree by the law and economics movement today, the law should be used to remove social inefficiencies caused by the conduct of irrational actors. However, if we look at the social practices which form the basis for the objectivity of the law as described above, we must conclude that while such practices can inform each of these alternatives, their methods are less than ideal in achieving the purpose of expressing the implicit ideas (or forms) underlying this reality: expert panels make recommendations based on preferred outcomes; direct democratic involvement operates on public opinion which is highly subject to external influence through various media; and law and economics is based on models of economic efficiency.

³³ Stekeler, Pirmin, „Eine Kritik juridischer Vernunft“, in: Horst Dreier/Dietmar Willoweit (ed.), *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Heft 48, Baden-Baden: Nomos Verlag 2014, p. 70.

³⁴ See Hegel, *Grundlinien*, § 229: „In der Rechtspflege führt sich die bürgerliche Gesellschaft, in der sich die Idee in der Besonderheit verloren [hat] und in die Trennung des Inneren und Äußeren auseinandergegangen ist, zu deren Begriffe, der Einheit des an sich seienden Allgemeinen mit der subjektiven Besonderheit zurück, jedoch diese im einzelnen Falle und jenes in der Bedeutung des abstrakten Rechts.“

³⁵ See Oliver Wendell Holmes, „The Path of the Law“, in: 10 Harvard Law Review, 457 (1897). One of the more famous judicial opinions in this regard was Holmes' opinion for the US Supreme Court in *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927) in which Holmes upheld a law requiring the sterilisation of the unfit by penning the phrase: “Three generations of imbeciles are enough”.

Hayek claimed in the first volume of his *Law, Legislation and Liberty* that legislated law tends to work against the essence of the “rule of law” by placing in the competence of a centralised planner the task of intentionally creating rules of order which tend to possess a non-systematic character as a result of the ad hoc, purpose driven nature of parliamentary, special-interest based, decision-making. For Hayek, this model of legislation is inherently flawed because the core problem of the legal order, and indeed with all social order, is not in ensuring the freedom of expression, the balancing of interests through democratic elections or even in planning for the social good, but rather in systematising and ordering the dispersed knowledge of society. Under this view, legal norms exist quite independently of the very finite listing of statutes that are found in the civil code or the constitution. Indeed, legal norms are primarily determined and negotiated not in a legislature or even in a courtroom, but in the banal and quotidian activities of ordinary individuals. In referring to such legal norms, Hayek states:

The result of this development will in the first instance not be articulated knowledge but a knowledge which, although it can be described in terms of rules, the individual cannot state in words but is merely able to honour in practice.³⁶

When a common law judge becomes involved in a dispute arising out of such activity, his method of decision-making is key to the persistence and development of this order. In adjudicating a contractual dispute, for example, a judge would seek to determine the rule of conduct which governed the activity in question and then apply that rule in arriving at his decision. Hayek refers to such rules as being non-purpose driven and abstract: “The chief concern of a common law judge must be the expectations which the parties in a transaction would have reasonably formed on the basis of the general practices that the ongoing order of actions rests on.”³⁷

In determining these expectations, the judge, in concert with the attorneys arguing the case before the court, does not just probe the minds of the witnesses, but also looks to relevantly similar cases in the past to see how parties similarly situated have acted and which rules were held to govern those situations. The rule of precedent works by the judge finding the “controlling” case or set of cases, i.e. those cases which together cover the essential aspects of the case at hand, and applying its governing rule. This new rule though, will be slightly different from the previous rules because the facts which the rule is adjudged to govern are slightly different from the previous cases. The new holding will nudge the body of law ever so slightly, even if it is never again applied in court. The rule of the case will not be a binding rule in a normal sense, but the case (as a complex of rules applied to facts), especially if it is from a higher court, will be binding. This case, together with thousands of other cases over the course of

³⁶ Friedrich A. Hayek, *Legislation and Liberty*, Vol. 1 *Rules and Order*, Chicago 1973.

³⁷ Hayek, *Rules and Order*, p. 86.

centuries, will form the body of law which future judges, when presented with a case, will turn to in determining the idea (*eidos*) which will have governed the practice in question. Not articulating a rule which will apply to all future cases (i.e. a rule of general applicability), but rather the rule that has actually governed the action in question, the common law judge articulates a rule that is not generally applicable, but *generically* applicable – it is a mere expression, explication, conceptualisation of the implicit form of the conduct in question.

The distinction between a general and a generic rule is essential to understanding the method of the common law. If a judge would base his holding merely on a new legal rule of general applicability, such a rule would satisfy the requirement that the law apply to all persons equally, but it would violate the requirement of *nulla poena sine lege*. Mistakenly taking the common law to consist of mere general laws, some criticise the common law for being a system of “judge-made” law on the premise that a judge, unlike a parliament, has no democratic legitimacy. However, were it the case that the basis for a judge’s holding were merely a rule of general applicability, such a system would be guilty of the far worse feature of punishing a party for violating a legal norm that, at the time of the action in question, did not exist. Such an unjust and arbitrary system can hardly be considered a system of law.

Instead, the method of the common law makes the assumption that an action in question will have taken place within a context of established social practices. If the prosecution or plaintiff fails to assert that the action in question took place within such an established social practice, then the action will be deemed to have taken place where the law is silent and the case will be dismissed for failure to state a claim or lack of cause. However, if the action in question did occur within the context of established social practices, then the case can be adjudicated on this basis and the legal analysis will consist in determining which precise context applies to the case, which language game were the litigants playing when the cause of action arose.

Of course, generic legal norms are not unique to the Anglo-American legal tradition, but have their origin and a very prominent role in the European tradition as well. The *Kodifikationsstreit* between Thibaut and Savigny was precisely about how to best articulate the generic norms of the Roman and Germanic legal traditions with Thibaut in favour of systematising the current various generic norms into a single and uniform code and Savigny arguing for the necessity of further organic development of these norms, not wanting to cut short the natural progression of the legal system. It is here that Hegel in § 211 of the *Grundlinien der Philosophie des Rechts* plays off of Savigny’s *Vom Beruf Unserer Zeit* when he writes:

Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stande in derselben die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen – da es nicht darum zu tun sein kann, ein System ihrem Inhalte nach neuer Gesetze zu machen, sondern den vorhandenen gesetzlichen In-

halt in seiner bestimmten Allgemeinheit zu erkennen, wäre einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angetan werden könnte.

The codification debate ultimately revolves around the issue of expedience: is it most expedient to allow for the legal system to continue to develop organically, perhaps even erratically, at the expense of the uncertainty of multiple, sometimes contradictory, lines of judicial opinion; or, after one thousand years of the common law's development, is it rather most expedient to declare the nation fully formed in its generic norms, thereby sacrificing marginal future development but gaining uniformity and certainty? The proponents of codification have in many ways won this debate with even strong movements existing in the United States for Restatements, or non-binding codes of civil law which have strongly persuasive authority. Indeed, there is also a declaratory aspect to codification by which we make something to be the case by taking something to be the case,³⁸ or determine the norm by making it a rule. It is often simply more efficient to declare a binding or even non-binding rule around which social practices can form and become stabilised.

Nonetheless, if we understand what a generic norm is, then we also see that explicit legal rules, at best, can only be generic at the moment of codification and that any generic developments within a codified system are bound to occur in the shadows (penumbra) of the declared rules. In an important way, code-based law is divorced in its methodology from the practices of society while common law is not. It is a top-down approach to explicating norms although the explicandum exists at the depths of social practice.

Importantly though, the genericity of social practices is not just negotiated in the court room, but throughout the functions of the society. Therefore, the issue is much larger than simply how the civil law structures its rule making. Indeed, this may be the deeper truth behind Hegel's push for codification – that the civil law reflects only one of many kinds of social practice constituting the republic³⁹ – and I believe it is key in understanding Rousseau's *moi commun* that serves as

³⁸ See John Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1969.

³⁹ In contrast to this unitary view of the state, American culture indeed tends to place most of its belief in the integrity of the judiciary, strongly elevating the status of judges, and generally considers the rest of political life to be a free for all, open to the influence of special interests with legislation often openly applicable only to particular groups. Of course, the danger of such a development is that the common law becomes diminished relative to the much larger part of political life that takes place around it. Instead of being defined by generic norms underlying social practice, the society becomes dominated by game-theoretical deliberations about how to best allocate tax resources. In this sense, the American Tea Party is perfectly consequent in analysing the current political situation in the United States: there really is no point in paying taxes or in having a state at all if the state is not governed principally by generic norms, but rather by the whims of special interests consisting solely in collecting taxes and dispersing the money to favoured groups.

a basis for the *volonté générale* as well as the ‘reason combined with human affect’ which Spinoza sees as the guarantor of a stable constitution.

The secret of the common law is that it allows learned judges to appreciate actions not as token instances, but as representatives of generic norms. However, a well-formed republic will ensure that the generic norms underlying social practice will be manifested throughout the political sphere, extending from expert commissions as part of the parliamentary process to labor unions as a check on asocial profit seeking. Any lobby, if its influence is expressed in an appropriate way, can form an essential input in determining the form of the generic.

Judges have a unique role in the life of the republic due to their responsibility for articulating and systematising the implicit norms governing the actions of individuals. However, these individual citizens are not just relevant as generic instances in judicial disputes, but rather in all of political life. Whenever an individual acts according to a generic norm, he is participating in and contributing to the life of the republic.

3.4 *Law as Constitution*

There can be no God but God, and if there is no God, then man cannot be in God’s image. A legal system is a system of norms, of action guiding values created under the authority of a basic norm. To deny the basic norm is to deny the legal system itself, to exclude the possibility of norms to guide our conduct, to revert to the state of nature, of mere power relations.

Recall that Tocqueville praised the merits of the limited government in place in the young United States of America by pointing to the harmonious, localised nature of its political system:

Chez la plupart des nations européennes, l’existence politique a commencé dans les régions supérieures de la société, et s’est communiquée peu à peu, et toujours d’une manière incomplète, aux diverses parties du corps social. En Amérique, au contraire, on peut dire que la commune a été organisée avant le comté, le comté avant l’État, l’État avant l’Union.⁴⁰

However, a key part of Tocqueville’s analysis is based on the role of religion in the everyday activity of American communities. For example:

La liberté voit dans la religion la compagne de ses luttes et de ses triomphes, le berceau de son enfance, la source divine de ses droits. Elle considère la religion comme la sauvegarde des mœurs; les mœurs comme la garantie des lois et le gage de sa propre durée.⁴¹

Partially due to Tocqueville’s account of America, there is often a perception among its citizens that the 19th century was a paradise of harmonious civil so-

⁴⁰ Ibid., p. 37.

⁴¹ Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique I*, Paris 1835, Ch. II, 40.

society in which all levels of government were limited in nature and in which all citizens were free to pursue their commercial and personal interests without interference. To the extent that a harmonious unity existed, this was a result of a limited union which devolved the remainder of its powers to the individual States, limited State governments which devolved the remainder of their powers to the counties, limited county governments which devolved the remainder of their powers to the communities and communities which were all united by a common Protestant ethos reinforced through strong religious communities. In part by plan of the founding fathers and in part by the fortune of having a relatively homogenous cultural and political belief system, the state of 19th century America was that of limited government characterised by strong deference to the normativity of existing religious practices. Religion was a key unifying source of normativity in early America, to the extent that it existed. To the extent that such a unified normativity did not exist, the society was a mere civil society based on the pursuit of individual needs and was either bound to develop such a normative unity or bound to disintegrate.⁴² Depending on one's positioning within the American political spectrum, the measures which centralised power in the federal government during the Reconstruction following the Civil War and leading up to the New Deal of the Franklin Roosevelt administration are either interpreted as an usurpation of the local sovereignty built around a religious normative framework or a necessary assertion of sovereignty by the union in an attempt to avoid the collapse of American society into self-interested factions with extreme wealth on the one hand and extreme poverty on the other. For the one side, a complete normative order already existed in the combination of a laissez-faire structure of civil society with religious communities and other charitable organisations serving as security blankets for the unfortunate. For the other side, the actions of the federal government were absolutely required to restore an order which, perhaps at one point had existed, but that was present no more.

Civil society is the realm of special, particular interests. Political society, or the state, is the realm of common, general interests. As described in the section above, the organising factor of civil society must be understood as generic

⁴² See Hegel, *Grundlinien* § 185: "Die selbstständige Entwicklung der Besonderheit ist das Moment, welches sich in den alten Staaten als das hereinbrechende Sittenverderben und der letzte Grund des Untergangs derselben zeigt. Diese Staaten, teils im patriarchalischen und religiösen Prinzip, teils in einem Prinzip einer geistigern, aber einfacher Sittlichkeit, – überhaupt auf ursprüngliche natürliche Anschauung gebaut" konnten die Entzweiung derselben und die unendliche Reflexion des Selbstbewußtseins in sich nicht aushalten, und erlagen dieser Reflexion, wie sie sich hervorzutun anfing, der Gesinnung und dann der Wirklichkeit nach, weil ihrem noch einfachen Prinzip die wahrhaft unendliche Kraft mangelte, die allein in derjenigen Einheit liegt, welche den Gegensatz der Vernunft zu seiner ganzen Stärke auseinandergehen läßt, und ihn überwältigt hat, in ihm somit sich erhält, und ihn in sich zusammenhält."

norms or ideas that guide practices and are brought to expression through a kind of Hayekian approach toward equilibrium. As described in this section above, if political society does not exist, then man is deprived of his political existence. His share of a common value or heritage with his fellow man is absent and his is a meaningless existence of arbitrary endeavours based on carnal or patriarchal needs. However, if political society does exist, then it exists within a normative framework organised according to the general or common interests of all.

On the one hand, the existence of this normative framework entails not legislating as general that which is merely particular.⁴³ On the other hand, it entails taking account of the particular in legislating the general.⁴⁴ If legislation fails in either respect, the actions of the state risk straying from the authority of the general will and thereby invalidating themselves. If the state legislates particular interests as the general will, it either becomes oppressive by encroaching ever more into the private sphere of its individuals or corrupt by privileging the interests of certain individuals at the expense of others. If the state fails to account for the particular in legislating the general, it is in danger of legislating on ideology removed from the basis of its authority. The purpose of the positive constitution, both formally and actually, is provide a normative framework that incorporates the pursuit of particular interests into its general structure.⁴⁵

The common law, as discussed in the section above, is a methodology which provides a built-in structure for capturing such particular interests within civil society as they are expressed through the ideality or normativity of forms of practice. Much constitutional deliberation has concerned itself with the implementation of such a methodology regarding the political society. The insight of the authors of the Federalist Papers, as well as that of Hegel, each following Montesquieu in their own way, is that the normativity of the political sphere can be posited by forming the particular structures of society into a cohesive whole through, for example, separation of powers and a system of checks and balances.

⁴³ See Hegel, *Grundlinien*, § 185 for criticism of Plato's Republic for excluding the possibility of the development of particular interests through the civil society.

⁴⁴ Hegel, *Grundlinien*, § 260: "Der Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheit; die konkrete Freiheit aber besteht darin, daß die persönliche Einzelheit und deren besondere Interessen sowohl ihre vollständige Entwicklung und die Anerkennung ihres Rechts für sich (im Systeme der Familie und der bürgerlichen Gesellschaft) haben, als sie durch sich selbst in das Interesse des Allgemeinen teils übergehen, teils mit Wissen und Willen dasselbe und zwar als ihren eigenen substantiellen Geist anerkennen und für dasselbe als ihren Endzweck tätig sind, so daß weder das Allgemeine ohne das besondere Interesse, Wissen und Wollen gelte und vollbracht werde, noch daß die Individuen bloß für das letztere als Privatpersonen leben, und nicht zugleich in und für das Allgemeine wollen und eine dieses Zwecks bewußte Wirksamkeit haben."

⁴⁵ Hegel, *Grundlinien*, § 261: "Das besondere Interesse soll wahrhaft nicht bei Seite gesetzt oder gar unterdrückt, sondern mit dem Allgemeinen in Übereinstimmung gesetzt werden, wodurch es selbst und das Allgemeine erhalten wird."

However, creating such a normative framework is where the constitutional difficulties begin. If the authorisation of the state lies in integrating particular interests into the general objectivity of the law, then it should be easy enough to regularly take polls of the people and then, as Rousseau suggests, balance the competing interests with each other to find the common interest.⁴⁶ However, while the opinion of the public may always be correct with regard to general sentiments, satisfaction or the lack thereof, pride or angst, it is often mistaken with regard to concrete actions or means to ends.⁴⁷ Moreover, given that organised interests always know what they want and how to make their voice heard (e.g. the industrial lobby or non-governmental organisations), it is most likely that the “people”, as the vague designation referring to everyone else, will not know what it wants.⁴⁸ Not knowing what it wants because subject to the random influences of the inconsequential and accidental and therefore blind to its own reason, yet being told that it is the source of its own sovereignty, “we the people”, believing in its inherent authority, threatens to disrupt the normativity (Hegel calls it *Idealität*) underlying the state by replacing it with the tyranny of the majority.

This shapeless mass does not see that the existing institutional structures, those familiar to all Western societies such as a free press, an active lobby, social security, a regulatory framework, corporations, non-profits, career bureaucrats and politicians, all have an integral role within the normative framework that is the state. It does not know that the way to increase its sovereignty is to strengthen these institutions and affirm them by ensuring that they are used for objective instead of subjective ends.

In the face of these difficulties regarding the constitution of the republic, it is important that order can neither be created on paper nor in the ballot box if it does not already exist within the people.

Einem Volke eine, wenn auch ihrem Inhalte nach mehr oder weniger vernünftige Verfassung a priori geben zu wollen, – dieser Einfall übersähe gerade das Moment, durch welches sie mehr als ein Gedankending wäre. Jedes Volk hat deswegen die Verfassung, die ihm angemessen ist und für dasselbe gehört.⁴⁹

⁴⁶ Rousseau, *Du contrat social*, Livre II, Ch. III: “Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun ; l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale.”

⁴⁷ See Hegel, *Grundlinien*, § 317: “Ein großer Geist hat die Frage zur öffentlichen Beantwortung aufgestellt, ob es erlaubt sei, ein Volk zu täuschen? Man mußte antworten, daß ein Volk über seine substantielle Grundlage, das Wesen und bestimmten Charakter seines Geistes sich nicht täuschen lasse, aber über die Weise, wie es diesen weiß, und nach dieser Weise seine Handlungen, Ereignisse u.s.f. beurteilt, – von sich selbst getäuscht wird.”

⁴⁸ Hegel, *Grundlinien*, § 301.

⁴⁹ Hegel, *Grundlinien*, § 274.

Were law merely social fact, the position advocated by the reductivists, then, within the sense of nation building, any constitutional structure would be possible and it would be up to us simply to create the positive framework that suits us best. However, if law is inherently normative as I have argued, then any given constitutional structure is determined to be constituted by the law. Order cannot merely be posited. The constitution may be the law, but the law is constitution.

II.4

Sicherheit, Verantwortung und Demokratie

Jochen Bung

4.1 Globalverantwortung und Polizeipflicht

Die Indifferenz der Konjunktion Sicherheit und Verantwortung kann aufgelöst werden, wenn man den alternativen Junktor einsetzt: Sicherheit *oder* Verantwortung. Hier geraten die Begriffe in ein interessantes, spannungsvolles Verhältnis zueinander. Wie stets, kann man das „*oder*“ inklusiv oder exklusiv verstehen: Sicherheit und Verantwortung gehen zusammen oder treten auseinander. Je nach Perspektive variiert die Korrelation. Die Erhöhung der Anforderungen an die Sicherheit kann sich als Erhöhung der Anforderungen an die Verantwortung geltend machen. Insbesondere die Technisierung der Gesellschaft, könnte man argumentieren, geht mit einer Erhöhung der Sorgfaltsanforderungen einher. Mehr Sicherheit kann aber auch heißen, dass Verantwortung an Bedeutung verliert. Gerade Technisierung heißt häufig und zunehmend Automation und diese entlastet bereits in ihren industriellen Anfängen von der menschenunmöglichen Aufgabe permanenter Aufmerksamkeit.

Denken wir an einen auf der Basis gigantischer Datenvolumen arbeitenden Regierungsautomaten, der alle Sicherheitsrisiken im Voraus berechnet und Gesellschaft so organisiert, dass die Risiken minimiert werden. Übernahme von Verantwortung durch die Bürger würde hier offensichtlich nur stören, eine Art Einmischung und Anmaßung darstellen und daher zu den Risiken gehören, die die Maschine ausschalten würde. Das ist eine Science-Fiction-Geschichte, natürlich, aber sie verdeutlicht, dass Sicherheit ein Zustand sein kann, in dem Verantwortung funktionslos geworden ist. Allenfalls könnten wir sagen, die Regierungsmaschine (oder ihre Konstrukteurin) habe eine Art von Globalverantwortung, aber in dieser Beschreibung dient Verantwortung nicht zur Abgrenzung einer Zuständigkeitsphäre von anderen Zuständigkeitsphären und verliert daher ihren spezifischen Sinn. Von Verantwortung kann nur sinnvoll die Rede sein, wenn die Verantwortung des einen durch die Verantwortung des anderen begrenzt und bestimmt ist. Die Vorstellung einer unbegrenzten und unbestimmten Verantwortung übersteigt unser Vorstellungsvermögen.

Stellen wir uns vor, die Regierungsmaschine sieht ein, dass sie die Arbeit nicht alleine machen kann und kommt auf die Idee, ihre Form so zu ändern, dass sie sich in die Bürger selbst hineinversetzt. Der Vorstellung nach erfolgt dies durch Internalisierung des Imperativs, sich so einzurichten, dass man für nichts und niemanden ein Risiko darstellt, sicherheitshalber noch in Verbindung mit

der Pflicht, darauf zu achten, dass alle anderen sich ebenfalls danach richten. In dieser Aufgabe fallen Sicherheit und Verantwortung zusammen oder lassen sich jedenfalls nur noch schwer auseinanderhalten. Die Aufgabe ist freilich für die Handlungsfähigkeit der Individuen ein ernstes Problem. Niemand kann derart aufpassen, dass Gefährdungen jederzeit unterbleiben, sodass der Versuch, sich nach der Maxime zu richten, absehbar zu sozialer Desorientierung und Paralyse führen muss. Konsequent ist eine der Lehren des Gesellschaftsvertrags, dass Gesellschaft nur möglich ist, wenn die Sicherungsaufgabe aus den Individuen ausgelagert und, stellvertretend, einer besonderen staatlichen Institution übertragen wird. Erscheint der Staat in Gestalt einer speziellen Institution, die für Gefahrenabwehr sorgt, typischerweise der Polizei, treten aus der Perspektive der Bürger Sicherheit und Verantwortung auseinander. Die Polizeipflicht der Bürger ist die Kehrseite ihrer Entlastung als Sicherheitsgaranten, ihre Verantwortung entsteht als Folge aus der Inpflichtnahme durch die Polizei- und Ordnungsbehörden.¹ Im Gegensatz zur Regierungsmaßchine in unserer Science-Fiction-Geschichte garantiert die Polizei freilich nicht automatisch mehr Sicherheit. Gerade wenn sie es mit der Sicherheit besonders gut meint, also Individuen generell darauf hin ansieht, Produzenten von Unsicherheit zu sein, kann sie ihrerseits dazu beitragen, die Gesellschaft zu verunsichern, sodass die Begrenzung des Unbegrenzten, die Einhegung der Globalverantwortung durch präzise Aufgabenbestimmung, das bekannte rechtsstaatliche Paradox der Polizei darstellt.²

4.2 Objektive und subjektive Zurechnung

Sind in der Aufgabe und im Recht der Polizei Sicherheit und Verantwortung mehr oder weniger direkt aufeinander bezogen, treten sie auf anderen Feldern weiter auseinander. In der Abgrenzung zum Polizeirecht ist insbesondere das Strafrecht interessant. Auch das Strafrecht soll einen Beitrag dazu leisten, die Gesellschaft sicherer zu machen, aber zum einen geht es im Strafrecht um mehr als nur Sicherheit und zum anderen verliert das Verhältnis von Sicherheit und Verantwortung seine Direktheit und Unvermitteltheit. Das hat vor allem damit zu tun, dass die Frage der Verantwortlichkeit im Strafrecht sich deutlicher auf das Subjekt richtet, um dessen Verantwortung es geht. Im Polizeirecht geht es um ein gut greifbares, überwiegend in Kategorien der sichtbaren Welt zu erfass-

¹ Der Begriff der Polizeipflicht wird im neueren Polizeirecht durch die Rede von polizeirechtlicher Verantwortlichkeit ersetzt, vgl. Volkmar Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 14. Aufl., München 2008, § 9 Rn. 4.

² Historisch formiert es sich in der Konkurrenz des sog. norddeutsch-preußischen Systems der Generalermächtigung mit dem süddeutschen System der Spezialermächtigungen, vgl. Götz, *Polizei- und Ordnungsrecht*, § 8 Rn. 3, § 2 Rn. 6 ff.

sendes Konzept von Verantwortung. Die Zurechnung basiert im Wesentlichen auf der Kriterium der Verursachung einer Gefahr. Auch wenn damit nicht nur Kausalbeziehungen im engeren Sinne gemeint sind, sondern maßgeblich Gesichtspunkte der Rechts- und Pflichtwidrigkeit sowie der Risikoverteilung hineinspielen,³ geht es jedenfalls nicht darum, die Person des sog. Störers⁴ genauer in den Blick zu nehmen:

Die Polizeipflicht als bloße Nichtstörungspflicht stellt lediglich auf die „nach außen“, das heißt in der objektiv außenweltlichen, natürlichen und gesellschaftlichen Wirklichkeit in Erscheinung tretenden Umstände ab. Die „Innensphäre“ des Verantwortlichen [...] bleibt grundsätzlich außer Betracht. Die Polizei, darauf bedacht, die öffentliche Sicherheit zu schützen, betrachtet den polizeilich verantwortlichen Bürger, den „Störer“, gewissermaßen von außen als eine „black box“, deren rechtlich-moralisches, psychisches oder ökonomisches „Innenleben“ sie grundsätzlich nicht interessiert.⁵

Pflichtwidrigkeits- und Risikoverteilungserwägungen bilden ein System objektiver Zurechnung, das sich aus dem allgemeinen Gedanken einer Zuständigkeitsverantwortung entwickeln lässt, deren grundlegende Ausprägungen die einer Zuständigkeit für Verhalten (Handlungsstörer) oder für Sachen (Zustandsstörer) sind. Für die polizeiliche Verantwortlichkeit ist die Frage der Zurechnungsfähigkeit unerheblich. Handlungsstörer kann auch der auf der Straße liegende Betrunkene sein⁶ oder derjenige, der seine Umwelt aufgrund von Wahntvorstellungen gefährdet. Zustandsverantwortlich kann auch derjenige sein, der sein Eigentum aufgegeben hat und gar nicht weiß, was mit der Sache passiert, die er losgeworden ist und vielleicht schon vergessen hat.⁷

Gegenüber dieser „externalistischen“ Zurechnungspraxis lässt sich das Strafrecht dadurch bestimmen, dass Verantwortlichkeit in die Subjekte verlagert wird. Das Wesen des Strafrechts ist nicht objektive, sondern subjektive Zurechnung: Nulla poena sine culpa. Das Strafrecht interessiert sich für das Innenleben des Täters, er soll gerade keine „black box“ sein.⁸ Kassiert man den subjektiven Tatbestand und das Schuldprinzip, gibt es keinen zwingenden Grund, am Strafrecht als einem eigenständigen Rechtsgebiet festzuhalten. Ohne Weiteres könnte ein um die subjektive Tatseite erleichtertes Strafrecht mit dem Polizeirecht fusionieren (Teile des geltenden Strafrechts sind dem Grunde nach bereits

³ Hans Lisken/Erhard Denninger, *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl., München 2007, E Rn. 75 ff., 81; Götz, Polizei- und Ordnungsrecht, § 9 Rn. 14.

⁴ Zum polizeirechtlichen Begriff des Störers s. Lisken/Denninger, Polizeirecht, E Rn. 69 ff.

⁵ Lisken/Denninger, Polizeirecht, E Rn. 71 (Hervh. i. Orig. weggelassen).

⁶ Götz, Polizei- und Ordnungsrecht, § 9 Rn. 39.

⁷ Götz, Polizei- und Ordnungsrecht, § 9 Rn. 67 ff.

⁸ Das Prinzip des Tatstrafrechts widerspricht dem nicht, denn Subjektivierung der Zurechnung läuft ohne Zusatzprämissen nicht auf Täterstrafrecht oder Gesinnungsstrafrecht hinaus. Zur begrifflichen Auseinandersetzung um Tat- und Täterstrafrecht s. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., München 2006, S. 178–189.

Gefahrenabwehrrecht), man erhielte ein mit den Erfordernissen des modernen Wohlfahrtsstaats sicherlich gut abstimmbares allgemeines Sanktions- und Sicherheitsrecht.

Immer schon hat es Tendenzen gegeben, das Strafrecht mit Blick auf die Aufgabe der Sicherung der Gesellschaft als untauglich anzusehen und es radikal zu verändern oder gar zu ersetzen. Eine tiefgreifende Veränderung war die Einführung des zweispurigen Systems mit der Inkorporation von Sanktionen, deren Voraussetzungen nicht mehr an Verantwortung im herkömmlichen Sinne anknüpfen (Maßregelrecht).⁹ Noch weiter gehend hat man vorgeschlagen, die klassische erste Sanktionsspur ganz zu ersetzen und ein Sanktionsrecht ganz auf dem Gedanken der Sozialverteidigung aufzubauen.¹⁰

4.3 Normativer Externalismus

Freilich muss man sehen, dass es auch jenseits solcher Radikallösungen (die auf partielle oder vollständige Verdrängung des klassischen Kriminalrechts hinauslaufen) starke Tendenzen im zeitgenössischen Strafrecht gibt, Verantwortung und Sicherheit direkter aufeinander abzustimmen, als es sonst üblich ist. Diese Tendenzen stimmen sämtlich darin überein, dass Verantwortung etwas ist, das sich maßgeblich aus sog. „objektiven“ Kriterien ergibt. Mit Blick auf einen etablierten philosophischen Sprachgebrauch könnte man vielleicht von einem normativen Externalismus sprechen, weil die Kategorien der Zuständigkeit und der Pflicht, auf die bei der Zurechnung von Verantwortung maßgeblich abgestellt wird, Kategorien darstellen, die sich zur Alternative „objektiv oder subjektiv“ indifferent verhalten. Sie beziehen sich jedenfalls aber auf Kriterien außerhalb der natürlichen Grenzen der Person.¹¹ Manche Argumente richten sich direkt gegen das Schuldprinzip und sprechen ihm die herausragende Bedeutung ab, die es als Prinzip nulla poena sine culpa klassischerweise, aber natürlich auch heute noch beansprucht, wie in jüngerer Zeit vor allem die Auseinandersetzung mit

⁹ Wegweisend war der Entwurf des schweizerischen Strafgesetzbuchs durch Carl Stoos (1893).

¹⁰ Cesare Lombroso, *Criminal Man*, hg. v. Mary Gibson und Nicole Hahn Rafter, Durham und London 2006, S. 92: „When we justify punishment in terms of social defense, it becomes more logical and effective.“

¹¹ Externalismus ist eine Position, wonach der Inhalt des Gedachten bzw. die Bedeutung des Gesagten maßgeblich durch Faktoren außerhalb des Denkenden oder Sprechenden bestimmt wird, s. zur Einführung Colin McGinn, *The Character of Mind. An Introduction to the Philosophy of Mind*, Second Edition, Oxford/New York 1997, S. 73–82; s. auch Donald Davidson, „Externalisierte Erkenntnistheorie“, in: ders., *Subjektiv, intersubjektiv, objektiv*, Frankfurt am Main 2004, S. 321–338. Zur Indifferenz der Kategorie der Pflicht gegen die Unterscheidung von Objektivem und Subjektivem vgl. Jochen Bung, „Anm. zu BGH, Urt. v. 28.05.2013 – 5 StR 551/11“, in: *Strafverteidiger* 35 (2015), S. 176.

der Hirnforschung deutlich gemacht hat.¹² Zum anderen ist in der Dogmatik des Strafrechts die bemerkenswerte Karriere der sog. Lehre von der objektiven Zurechnung bekannt.¹³ Dieser Lehre geht es darum, Argumentationsfiguren, die sich dem Zurechnungstyp nach entweder der Fahrlässigkeitsdogmatik oder der Unterlassungsdogmatik entnehmen lassen, also den Gedanken der Sorgfaltspflichtverletzung oder der Garantenzuständigkeit, zu generalisieren und ein von der subjektiven Tatseite weitgehend unabhängiges Feld der Zurechnung zu etablieren. Als Schlüsselargument zur Abwehr der Gegenansicht dient eine sog. Plus-Minus-Konzeption des Verhältnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit, wonach Vorsatz kein Aliud zur Fahrlässigkeit darstellt, sondern lediglich eine besondere, „qualifizierte“ Form der Pflichtverletzung darstellt.¹⁴ Folgt man diesen neueren Tendenzen der Objektivierung oder Externalisierung von Verantwortung, kann man feststellen, dass insbesondere in den systematisch durchgeformten Präsentationen dieses Ansatzes eine Annäherung von Verantwortung und Sicherheit stattfindet, wie sie eigentlich für das Polizeirecht charakteristisch ist. Zum Teil finden sich Formulierungen im Sinne einer umfassenden Nichtstörungspflicht, etwa in dem System der Bemühenobligationen, wie es Pawlik in seiner Schrift über das Unrecht des Bürgers entwickelt und nach dem es nur noch „eine verbrechenstheoretisch relevante Pflicht [gibt]: ‚Unterlasse zuständigkeitswidriges Verhalten!‘“¹⁵ sowie eine „Erwartung zweiter Ordnung: ‚Sorgt im Rahmen des Zumutbaren dafür, dass ihr dieser Forderung mit hinreichender Verlässlichkeit nachzukommen vermögt!‘“¹⁶ Die soziale Welt wird in dieser Vorstellung nicht mehr von Individuen, sondern von Maßstabspersonen bevölkert. Diese merkwürdigen Agenten bemühen sich, einen „Zustand realer Freiheitlichkeit“¹⁷ aufrechtzuerhalten und machen sich strafbar, wenn ihnen das nicht gelingt.¹⁸ Offenkundig geht es im Zustand realer Freiheitlichkeit nicht wirklich um Freiheit, sondern um Sicherheit und die Verantwortlichkeit dafür.

Die erforderliche Externalisierung der Zurechnung erfolgt in zwei Schritten. In einem ersten Schritt wird Vorsatz als Form der Fahrlässigkeit gedeutet¹⁹ und in einem zweiten die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Sorgfaltspflichtverletzung und Voraussehbarkeit eingebettet zugunsten eines einstufigen Zurechnungsaufbaus.²⁰ Die Konsequenzen sind erheblich: Wem

¹² Eher schuldskeptisch Tatjana Hörnle, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, Baden-Baden 2013, eher schuldzugeneigt Klaus Günther, „Hirnforschung und strafrechtlicher Schuld begriff“, in: *Kritische Justiz* 39 (2006), S. 116–132.

¹³ Eingehende Darstellung bei Roxin, Strafrecht, S. 371 ff.

¹⁴ Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, S. 344 Fn. 528, 373.

¹⁵ Ebd., S. 256, s. auch 310.

¹⁶ Ebd., S. 310.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd., S. 258.

¹⁹ S.o. Fn. 14.

²⁰ Pawlik, Unrecht, S. 335 Fn. 476, s. auch 261 Fn. 32.

die Entlastung durch „Das wollte ich nicht“ oder „Damit habe ich nicht gerechnet“ versagt ist, der ist auf eine Weise in die Pflicht genommen, wie es der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit entspricht. Überlegen Sie selbst, wie sich Ihr Verhalten ändern würde, wenn Sie wüssten, dass Sie bestraft werden könnten, ohne dass Ihnen die Entlastung über „Das wollte ich nicht“ oder „Damit habe ich nicht gerechnet“ zur Verfügung steht. Sie werden ganz viele Dinge nicht mehr tun, die Sie vorher getan hätten. Überlegen Sie sich, ob sie in einer solchen Gesellschaft leben möchten oder nicht!

4.4 Subjektivität, Irregularität und die richtige Form der Demokratie

Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings nicht vorrangig entscheidend, ob man das gut oder schlecht findet, das ist letztlich eine politische Frage. Wichtig ist zunächst, dass man das Phänomen, den in Frage stehenden Vorgang richtig beschreibt. Seine Transformation zur Maßstabsperson lässt sich als Verpolizeilichung des Bürgers beschreiben. Er steht dafür ein, dass, jedenfalls in seinem Zuständigkeitsbereich, keine Störungen vorkommen oder zu besorgen sind. Der Bürger ist *Aufpasser*. Er ist ständig zur Aufmerksamkeit bereit.²¹ Da aber niemand ständig und überall aufpassen kann,²² passt man am besten darauf auf, nicht aufzufallen: Ruhe ist die erste Bürgerpflicht. Beschränkt sich die Vorstellung vom ‚Staatsbürger‘ auf diese Funktion, ist klar, dass man auf bestimmte Spielräume verzichtet, die man möglicherweise aber braucht, um den Begriff eines demokratischen Gemeinwesens mit Leben zu füllen. Es beginnt schon damit, dass es Störungen gibt, die zur Erzeugung eines Artikulationsraums demokratischer Willensbildung unerlässlich sind, sodass, wie in der polizeirechtlichen Literatur zu Recht hervorgehoben wird, der Begriff des Störrers nicht dem Missverständnis Vorschub leisten darf, dass es keine legitimen Störungen gibt.²³ Die Artikulation des politischen Willens erfolgt im Ursprung nicht durch offizielle Gewährung von Redezeit, sondern unmittelbar, durch freie Rede, Zwischenruf oder durch Demonstration, einen Ereignistyp, den Hobbes als irreguläre Vereinigung beschrieb und als größte innere Gefahr für die Stabilität des Gemeinwesens perhorreszierte. Die Lösung des Sicherheitsrisikos der irregulären Vereinigung erblickte er in der Polizei und als Kriterium der Erlaubnis einer öffentlichen Versammlung gab er an, dass die Menschen-

²¹ Pawlik, Unrecht, S. 308.

²² Das konzediert sogar Pawlik, wenn er bemerkt, „die strafrechtlich verlangte Sorgfalt [sei] auf ein solches Maß zu beschränken, das sich realistischerweise dauerhaft durchhalten lässt“, ebd., S. 342.

²³ Götz, Polizei- und Ordnungsrecht, § 9 Fn. 4 f.

menge jedenfalls nicht größer sein dürfe, als es ein erfolgreiches Einschreiten der Ordnungskräfte erfordere.²⁴

Das „Vordringen des Polizeigedankens im Recht“ hat bei Wolfgang Naucke eine kraftvolle Kritik erfahren.²⁵ Naucke argumentiert aus dem Blickwinkel einer Rechtsmetaphysik, nämlich der Idee eines transtemporal richtigen Strafrechts. Diese Idee wird in modernen Gesellschaften vermutlich nicht mehr ohne weiteres als plausibel empfunden. Was ihre Rezeption jedoch vor allem erschwert, ist, dass Naucke seine Vorstellung vom richtigen Strafrecht mit einer falschen Demokratiekritik verbindet. Das den Ansprüchen einer Metaphysik des Rechts genügende Strafrecht muss nach seiner Vorstellung dem demokratischen Gesetzgeber entzogen sein.²⁶ Mag sein, dass wir es hier eher mit einer bewussten Überpunktierung zu tun haben, als mit einem Argument, das wörtlich genommen werden möchte. Gleichwohl würde ich geltend machen: Die Verpolizeilichung des Rechts ist ein Problem, das Naucke zutreffend erkennt und das man sinnvoll an bestimmten Tendenzen im Strafrecht exemplifizieren kann, aber es ist kein Problem, das sich auf das Strafrecht beschränkt, und es ist vor allem kein Problem, zu dessen Lösung man Metaphysik gegen Demokratie ausspielen sollte.

Verstehen wir Metaphysik als Bewusstsein des Unbedingten, besteht die Metaphysik der Demokratie in der Form der unbedingten Geltung eines verallgemeinerten Willens, der *volonté générale*. Die Allgemeinheit dieses Willens und die auf Regelung von Einzelheiten oder Einzelfällen bezogene Handlungsform der Exekutive stehen in einem Spannungsverhältnis. Aber dieses Spannungsverhältnis ist, wie besonders eindringlich Rousseau herausgearbeitet hat, der Lebensnerv eines demokratisch verfassten Gemeinwesens.²⁷ Die Verfassung wird

²⁴ Thomas Hobbes, *Leviathan* [engl. 1651, lat. 1668], Stuttgart 2012, S. 210.

²⁵ Wolfgang Naucke, „Vom Vordringen des Polizeigedankens im Recht, d.i.: vom Ende der Metaphysik im Recht“, in: ders., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Baden-Baden 2000, S. 379 ff.

²⁶ Naucke, „Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts“, in: ders., *Zerbrechlichkeit*, S. 428 f.

²⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag* [1762], Stuttgart (zweisprachig), S. 57, 69, 81 ff., 125 ff., 129, 135 ff., 139 ff., 147, 171 ff., 197 ff., 205, 213, 217 ff., 221. In Auszügen: „Wir haben gesehen, dass die Legislative beim Volke liegt und nur bei ihm liegen kann. Demgegenüber ersieht man [...] leicht, dass die Exekutive nicht bei der Allgemeinheit liegen kann, [...] weil diese Gewalt nur aus einzelnen Akten besteht [...]. Die öffentliche Gewalt braucht deshalb einen eigenen Geschäftsführer [...]. Das ist im Staat der Sinn der Regierung, die falschlicherweise mit dem Souverän verwechselt wird, dessen Diener sie nur ist. Was ist also eine Regierung? Eine vermittelnde Körperschaft, eingesetzt zwischen Untertanen und Souverän“ (S. 125 ff.). „Da das Gesetz nur die Bekundung des Gemeinwillens ist, ist es offenbar, dass das Volk als Legislative nicht vertreten werden kann; aber es kann und muss vertreten werden als Exekutive“ (S. 213). „Es ist weder gut, dass derjenige, der die Gesetze macht, sie ausführt, noch dass die Körperschaft des Volkes ihre Aufmerksamkeit von allgemeinen Gesichtspunkten ablenkt, um sie Einzelgegenständen zuzuwenden.“ (S. 147) Für Rousseau gibt es nur einen einzigen notwendigen exekutivdemokratischen Moment, nämlich die Einsetzung der Regierung: „[D]ies Geschäft wird durch einen plötzlichen Um-

zerstört, wenn die für die Organisation des Gemeinwesens konstitutiven Regelungsformen vermengt werden: die unbedingte Geltungsform des Rechts und die bedingte Geltungsform des Regierungs- und Verwaltungshandelns. Es ist der Unrechtsstaat, der über die entdifferenzierte Regelungsform des Maßnahmengesetzes regiert. Die elementare Gewaltenteilung im demokratischen Gemeinwesen ist die zwischen Gesetz und Verwaltungsakt. Es ist ein Verstoß gegen die in dieser formalen Differenz der Regelungsformen zum Ausdruck kommende Trennung der Gewalten, wenn sich die Bürger über das Gesetz zu viele Exekutivaufgaben zuweisen. Der richtige Begriff der Demokratie setzt voraus, dass Sicherung und Steuerung aus den Individuen in die Institutionen ausgewandert ist und sich ihnen gegenüber objektiviert und verselbständigt hat. Nur dann können sie überhaupt begrifflich zu Subjekten werden, dem personalen Substrat der Demokratie.

4.5 Exekutivdemokratie als Unform und das Erfordernis der Gewaltenteilung

In der Frage der Demokratie stehen zwei Formen zur Diskussion, nämlich die Formen der Legislativ- und der Exekutivdemokratie. Genau betrachtet, entspricht aber nur die erste dem Formerfordernis eines verfassten Gemeinwesens, nämlich die, in der sich das Volk Gesetze gibt, den Vollzug derselben aber an Institutionen, die Regierung und ihre Behörden, delegiert. Der Mangel einer solchen Delegation führt zu einer unrichtigen, einer missratenen Form der Demokratie, auf die man Kants bekanntes Verdikt der „Unform“ anwenden kann.²⁸ Kants Kritik der Demokratie ist missverständlich, wenn man sie als Kritik an der Demokratie überhaupt auffasst und nicht als Kritik an einer bestimmten Ausprägung des Gedankens der Volksherrschaft. Das harsche Wort von der Unform bezieht sich allein auf eine Form der Herrschaft, in der die ursprüngliche autoritative Macht nicht durch stellvertretende Institutionen vermittelt ist.²⁹ Diese Unform ist schon in Rousseaus Modell der Exekutivdemokratie thematisiert. Hier sind die Bürger nicht nur die Gesetzgeber, sondern auch die Hüter der Gesetze und ihre Vollstrecker. Rousseau sagt dazu, nur ei-

schlag der Souveränität in Volksherrschaft vollzogen; derart, dass ohne jede spürbare Veränderung und nur durch ein neues Verhältnis aller zu allen die zu Beamten gewordenen Bürger von allgemeinen Akten zu einzelnen Akten übergehen und vom Gesetz zu dessen Vollzug.“ (S. 221).

²⁸ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden* [1795], Stuttgart 1995, S. 14.

²⁹ Kant, Zum ewigen Frieden, S. 14, spricht von einem Mangel der „Repräsentation“, meint aber einen Mangel der Trennung von Legislative und Exekutive, dem bestimmenden Prinzip der von ihm so bezeichneten republikanischen Staatsverfassung.

nem Volk von Göttern könne man dies zutrauen.³⁰ Nur solche Wesen wären in der Lage, der Möglichkeit des Missbrauchs der ungeteilten Macht zu widerstehen. In der Regel wird die Dysfunktionalität mangelnder Gewaltenteilung mit Blick auf ein bereits etabliertes und institutionalisiertes System der Staatsgewalten erörtert, aber sie stellt sich natürlich genauso für jene ursprüngliche autoritative Macht, die vor allem Rousseau im Gedanken der Volkssouveränität begründet hat. Diese Macht darf sich nur in der *volonté générale* offenbaren, das ist: als puissance législative im Gesetz sich artikulieren, sie darf nicht regieren und verwalten wollen. Sie wird sonst zu einer unförmigen Macht.

Die richtige Form der Demokratie ist also jene, in der sich der Volkswille auf die Allgemeinheit des Gesetzes zurückzieht und einer Regierung nebst Administration den kompetentiellen Vorrang bei der Bewältigung konkreter Probleme der Sicherheit und der Daseinsvorsorge einräumt. Die populäre Klage über Bürgerferne und Politikverdrossenheit verkennt, dass im richtig verfassten Gemeinwesen notwendigerweise eine Entfremdung zwischen den Staatsgewalten und eine gewisse Entfremdung auch zwischen Volk und Regierung eintreten muss. Die Annahme einer prästabilierten Harmonie zwischen Volks- und Regierungswillen ist im Kern faschistisch, staatstheoretisch exemplarisch ausgearbeitet in der Figur der Realpräsenz des Führers im Volkswillen bei Carl Schmitt.³¹ Moderne Gesellschaften sind funktional ausdifferenziert durch Teilautonomisierung der gesellschaftlichen Subsysteme;³² das verfassungsrechtliche Analogon hierzu ist die Gewaltentrennung. Für ihr Verständnis liefert das herkömmliche, auf Montesquieu zurückgeführte triadische Schema von Gesetzgebung, Regierung und Jurisdiktion³³ nur Anhaltspunkte.

In Wirklichkeit erscheint das Problem der Trennung der Gewalten in mannigfaltigen Formen und stellt eine ungeheuer komplexe Aufgabe dar. Begriffe wie Einschätzungsprärogative, Ermessensspielraum oder richterliche Unabhängigkeit deuten an, dass es um Prinzipienkollisionen geht, die nicht einfach gelöst oder aufgelöst, sondern immer nur für eine bestimmte Dauer austariert werden können. Rekonstruiert man dieses Austarieren als Suche nach der richtigen Mitte,³⁴ könnte man für das hier diskutierte Problem bestimmen, dass die Extreme, zwischen denen man die richtige Lösung im Verhältnis zwischen Sicherheit und Verantwortung suchen muss, einerseits der *Polizeistaat* und andererseits die *Bürgerpolizei* sind. Beide Formen sind schlechte und undemokratische Formen der Organisation des Verhältnisses von Sicherheit und Verantwortung.

³⁰ Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, S. 151.

³¹ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg 1933, S. 42.

³² Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main 1987, S. 261, 264.

³³ Die triadische Struktur findet sich allerdings bereits bei John Locke.

³⁴ Zur Bedeutung dieser aristotelischen Lehre für die Jurisprudenz vgl. Ulrich Kinzler, *Rechtliche Argumentationsfiguren in der Nikomachischen Ethik*, Baden-Baden 2016, S. 165 ff.

4.6 Demokratisierung der Verantwortung für Sicherheit?

Die Ermächtigung der Polizei – typischerweise durch den Auftrag, alles zur Herstellung von Sicherheit Erforderliche zu tun – führt mit einer gewissen Zwangsläufigkeit zu einer unabsehbaren Erweiterung der Polizeitätigkeit ins Geheime hinein. Polizei kann nicht überall sein, also muss sie sich auch über das permanente Bewusstsein der Möglichkeit ihrer Präsenz, eine Form der latenten Allgegenwart, in Szene setzen. Allgegenwärtige oder geheime Polizei führt jedoch zu einem Gesamtzustand unerträglicher Unsicherheit. Was die Bürger regiert, ist kein Regime der Verantwortung, sondern ein Regime der Angst. In Anbetracht dieser (historisch ausreichend belegten) Gefahren einer übermäßigen Verpolizeilichung der Sicherheitsaufgabe, öffnet sich ein Spielraum für Rekonfigurationen des Tableaus, die sich im Zeichen einer Demokratisierung der Verantwortung deuten lassen: Verantwortung für Sicherheit wird von obrigkeitsstaatlichen Institutionen an die Bürgerinnen und Bürger zurückübertragen oder nicht erst übertragen, sondern von vornherein von den Bürgern übernommen. Sie sollen die Herstellung von Sicherheit als ihre eigene Aufgabe und als ureigene Bürgerpflicht begreifen. Man kann zur Erfassung dieses Phänomens von der Bürgerpolizei sprechen, wobei dieser Ausdruck hier in einem verallgemeinerten Sinne verwendet werden soll. Bürgerpolizei existiert als in staatliche Organisations- und Funktionsabläufe integrierte, aber auch als außerstaatliche Einrichtung (Bürgerwehr). Primäres Betätigungsfeld ist die „Bestreifung“, dabei es geht um die Vermittlung von Sicherheit durch Bewegung, Anwesenheit und Wahrnehmung. Denkt man das Prinzip der Bürger-Streife konsequent zu Ende, erhält man ein dezentralisiertes System der Gefahrerkennung, das auf lückenloser Präsenz und Beobachtung beruht.

Es finden sich insbesondere zwei Diskussionszusammenhänge, in denen dieses System tatsächlich als Demokratisierung der Verantwortung für Sicherheit beschrieben wird. Zum einen in der kriminologischen Schule der sog. Situational Crime Prevention, zum anderen in Foucaults Philosophie des Panoptismus. Foucault beschreibt bereits im Hinblick auf die Ausgangsidee, das panoptische Gefängnis von Bentham, die Ersetzung staatlicher Aufseher im Zentralgebäude der ringförmigen Gefängnisanlage durch zufällig ausgewählte Bürger als Variante einer Demokratisierung des Sicherheitsdispositivs:

Wir haben [...] gesehen, dass jeder beliebige kommen kann, um die Überwachungsfunktionen im Zentralturn wahrzunehmen, und dass er bei dieser Gelegenheit erahnen kann, wie diese Aufsicht funktioniert. Jede panoptische Institution [...], kann ohne weiteres diesen zufälligen und unaufhörlichen Inspektionen zugänglich sein, und zwar nicht nur für beauftragte Kontrolleure, sondern für das Publikum; [...] die Disziplinaranlage wird demokratisch kontrolliert [...]. Das Panopticon, das so sorgfältig geplant worden ist, damit ein Aufseher mit einem Blick so viele verschiedene Individuen beobachten kann, erlaubt es jedermann, den kleinsten Wächter zu überwachen. Die Sehmaschine, die eine Art Dunkel-

kammer zur Ausspähung der Individuen war, wird ein Glaspalast, in dem die Ausübung der Macht von der gesamten Gesellschaft durchschaut und kontrolliert werden kann.³⁵

Möglicherweise sind für eine solche Transparenz aber nur höhere Wesen geschaffen, möchte man in Anlehnung an Rousseaus Beschreibung der Exekutiv-demokratie fragen. Nur Götter könnten womöglich in jenem Glaspalast wohnen, nicht aber Menschen, jedenfalls nicht Menschen im herkömmlichen Sinne. Foucault liegt es fern, Transparenz zu idealisieren, als besseren Zustand der Gesellschaft zu porträtieren. Seiner Rede von Demokratisierung ist der illusionslose Blick einer Machttheorie eingeschrieben, die Veränderungen der Macht im Wesentlichen als Machtverschiebung deutet. Seine Pointe erschließt sich nicht, wenn man das Thema des Panoptismus auf die Frage der Gefängniskontrolle durch die Zivilgesellschaft reduziert. Auch dem allgemeinen Gedanken, dass die Kontrolleure ihrerseits kontrolliert werden müssen, wird jeder seine Zustimmung geben. Das Problem des Panoptismus geht aus dem Regress hervor, in den man gerät, wenn man weiter fragt, welcher Aufsicht denn ihrerseits diejenigen unterstehen, welche die Kontrolleure kontrollieren. Häufig wird in diesem Zusammenhang auf das Demokratieprinzip verwiesen und schematisch von demokratischer Kontrolle und demokratischer Legitimation gesprochen, aber es bleibt unklar, was das genau heißt. Die Uniform des Regresses der Kontrolle und Kontrollinstanzen lässt sich, das ist die Pointe Foucaults, nur durch den Gedanken der *Selbstkontrolle* begrenzen. Diese Selbstkontrolle muss aber mit derjenigen der anderen Kontrolleure abgestimmt sein, sonst funktioniert das System nicht.

Das System dezentralisierter privatisierter Kontrolle – das ist der Sinn von Foucaults Kritik der Normierungsgesellschaft³⁶ – funktioniert nur unter den Bedingungen der Konformität oder gar Uniformität. Gesellschaft aber als Ensemble einer der uniformen Selbstkontrolle unterworfenen Individuen wirft jene Probleme mit Blick auf die Erfordernisse eines demokratischen Gemeinwesens auf, die wir bei der Frage der politischen Willensbildung schon betrachtet haben. Demokratie muss als lebendige Verfassung einer Gesellschaft etwas von den jähnen und abrupten Verfahren der Souveränität zu eigen sein, von denen Foucault an anderer Stelle spricht,³⁷ Demokratie braucht elementar Irregularität, Dissens, unkontrollierte Subjektivität.³⁸ Die Beobachtungs- und Kontrollgesellschaft zeichnet jede nonkonforme Bewegung auf und verwendet sie

³⁵ Michel Foucault, *Überwachen und Strafen*, Frankfurt am Main 1977, S. 266 f. Die Grundidee des Panoptismus findet sich schon in Thomas Morus, *Utopia* [1515], Stuttgart, S. 80: „[Ü]berall sieht die Öffentlichkeit dem einzelnen zu“.

³⁶ Ebd., S. 392 f., 395.

³⁷ Ebd., S. 267.

³⁸ Der herkömmliche Topos ist Freiheit, aber für den vorliegenden Zusammenhang ist er zu vage.

gegen ihre Verursacher. Keine falsche Bewegung zu machen, ist der Imperativ der Selbstkontrolle, das moderne Analogon zur Ruhe als erster Bürgerpflicht.

Foucault zeigt uns in der Vision der Kontrollgesellschaft einen sterilisierten oder paralysierten Zustand der Demokratie. Viel unbefangener mit Blick auf die Risiken und Nebenwirkungen des panoptischen Prinzips für das demokratische Gemeinwesen argumentiert eine moderne Schule der Kriminologie, die, abgekoppelt von der klassischen Frage der Kriminalitätsverursachung, allein auf situationelle Kriminalprävention setzen möchte. Ihr geht es darum, dass die Bürgerinnen und Bürger selbst die Verantwortung für die Sicherheit übernehmen. Das können sie nach der Theorie von Situational Crime Prevention am besten und effektivsten so, dass sie alltägliche Situationen auf allgemeine Wahrnehmbarkeit ein- oder umstellen.³⁹ Das Regime allgemeiner Wahrnehmbarkeit führt dann im Ergebnis zu jener Verhaltensanpassung und -normierung, die – der Idee nach jedenfalls – staatliche Interventionen überflüssig macht. Proponenten von Situational Crime Prevention fordern ein Umdenken in der Sicherheitsfrage und eine Übernahme der Verantwortung für die Sicherheit durch die Bürger selbst:

For most of the 20th century we have come to presume that the police exist to protect us from crime, and we may therefore have allowed ourselves [...] to avoid taking responsibility for prevention. [...] it should be understood that situational crime prevention does not so much remove the individual's responsibility for the offence, but spreads responsibility to other citizens, including potential victims, to take precautions against crime. The police and the criminal justice system are simply not in a position to take the necessary action.⁴⁰

Die Implementierung der entsprechenden Kriminalpräventionstechniken wird ausdrücklich als „Democratization of Control“⁴¹ beschrieben.

4.7 Macht, Kompetenz und Kompetenzüberschreitung

Foucault hat die Transformation der Disziplinar- zur Normierungsgesellschaft mit dem Begriff der Mikrophysik der Macht beschrieben. Er bemerkt: „Der Körper des Königs mit seiner merkwürdigen materiellen und mythischen Gegenwart, mit seiner Kraft, die er selbst entfaltet oder anderen überträgt, bildet den extremen Gegensatz zur neuen Physik der Macht, wie sie vom Panoptismus definiert wird.“⁴² Es geht hier also offenkundig um Extreme, um extreme Weisen, wie Macht in einer Gesellschaft ausgeformt sein kann. Extreme sind typischerweise radikal verschieden, aber häufig stimmen sie darin überein, dass sie

³⁹ Zur Schlüsselfunktion der Wahrnehmung Graeme Newman, „Introduction: Towards a Theory of Situational Crime Prevention“, in: Graeme Newman/Ronald V. Clarke (Hg.), *Rational Choice and Situational Crime Prevention*, Aldershot u.a. 1997, S. 10.

⁴⁰ Ebd., S. 17 f.

⁴¹ Ebd., S. 17.

⁴² Foucault, Überwachen und Strafen, S. 267.

in einer bestimmten Hinsicht an demselben Fehler leiden, wenn auch auf unterschiedliche Weise. Der Fehler, um den es hier geht, ist die Demokratiewidrigkeit der Ausformung von Macht. Vielleicht fällt die Demokratiewidrigkeit des Polizeistaats schneller ins Auge als die Demokratiewidrigkeit der Bürgerpolizei, aber das hat wohl nur mit Denkgewohnheiten zu tun. Man könnte zur Erfassung des strukturellen Unterschieds bestimmen, dass sich die Demokratiewidrigkeit des Polizeistaats aus seiner autoritären Form, die Demokratiewidrigkeit der Bürgerpolizei aus ihrem totalitären oder identitären Anspruch ergibt.

Die Bürger, die selbst für Sicherheit sorgen, entfernen sich vom ursprünglichen Sinn der Demokratie, die autoritative Macht des souveränen Volkswillens auf die Setzung der Gesetze zu beschränken. Sie entdifferenzieren das spezifische Spannungsverhältnis von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Gewalten teilung, das in diesem Konzept beschlossen ist. In dem Moment, in dem die Bürger die Regeln nicht nur setzen, sondern auch durchsetzen wollen, maßen sie sich zu viel an. Exekutivdemokratie ist, wie auch totale Transparenz, nur in einer Gemeinschaft moralisch perfekter (Rousseau) oder durch „Normierungsnetze“ (Foucault) gleichgeschalteter Wesen möglich. Ansonsten droht erheblicher sozialer Unfrieden. Durch die vermeintliche Demokratisierung der Sozialkontrolle entfällt im Prinzip jegliche Zuständigkeitsabgrenzung, daher ist ihr Vollzug ständig durch die Möglichkeit der Kompetenzüberschreitung bedroht. Ein Modellfall ist das deutsche Recht der Notwehr oder Nothilfe (§ 32 StGB), das es im Prinzip erlaubt, Angriffe auf Sachwerte mit einem Angriff auf das Leben des Angreifers zu beantworten.⁴³ Diese Maßlosigkeit illustriert eindrucksvoll die Unform, die droht, wenn die Bürger ihre Sicherheit in die eigene Hand nehmen. In der Maßlosigkeit der Notwehr ist bereits angelegt, dass auch die Überschreitung der Notwehr, der sog. Notwehrrezess (§ 33 StGB), den Täter entlastet. Im US-amerikanischen Notwehrrecht wird sogar schon das Bestehen der Notwehr lage aus der Perspektive dessen beurteilt, der sich auf Notwehr beruft.⁴⁴ Im Ver lust des Unterschieds zwischen Erlaubnis und Überschreitung konvergieren die Extreme, der Körper der Königs und der bürgerpolizeiliche Gesellschaftskörper.

4.8 Zusammenfassung und Ausblick

Man kann Sicherheit und Verantwortung enger oder weniger eng aufeinander abstimmen. Eine enge Abstimmung erfolgt bei der Aufgabe und im Recht der Polizei. Das zeigt sich daran, dass polizeiliche Verantwortlichkeit (Polizeipflich-

⁴³ Freilich nimmt man die Maßlosigkeit des Notwehrrechts im demokratischen Verfassungsstaat nicht einfach hin, sondern argumentiert für eine sog. sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts, vgl. etwa die Darstellung in Roxin, Strafrecht, S. 683 ff.

⁴⁴ Etwa in den Gesetzen, die auf der umstrittenen sog. Stand-your-ground-Doktrin beruhen.

tigkeit) sich auf objektive Zurechnung beschränkt. Das ist im Strafrecht anders, doch drängt auch im Strafrecht ein normativer Externalismus nach vorne, der die maßgebliche Bedeutung von subjektivem Tatbestand und Schuld bestreitet. In einer Gesellschaft, die auf subjektive Zurechnung verzichtet, können sich die handelnden Personen nicht mehr darauf berufen, dass sie es nicht wollten oder nicht damit gerechnet hätten. Das verändert die Lage enorm. Die durch Abschaffung oder Minderung subjektiver Entlastungsmöglichkeiten prinzipiell erweiterte⁴⁵ Inpflichtnahme lässt sich als Verpolizeilichung der Bürger beschreiben. Sie ist nicht nur auf der Ebene rechtlicher Zurechnung von Verantwortung zu beobachten, sondern charakterisiert einen fundamentalen sozialen Wandel, nach dem moderne technisierte Gesellschaften sich zu Risikoüberwachungs- und Normierungsgesellschaften entwickeln. Soweit durch diese Entwicklung, etwa durch Implementierung von Techniken der Transparenz, autoritäre obrigkeitstaatliche Strukturen entmachtet werden, können sie durchaus als Demokratisierungsprozesse aufgefasst und beschrieben werden. Dabei muss aber im Bewusstsein bleiben, dass die Aktivierung der Bürger als Sicherheitsgaranten auch eine Gefahr für die Demokratie darstellt. Zu einem demokratischen Gemeinwesen gehört essentiell und ursprünglich die institutionelle Verselbständigung der Sicherheitsaufgabe gegenüber dem Bürger („Gewaltmonopol“). Sie ist Ausdruck der Gewaltentrennung, deren wichtigste Ausdrucksform die Differenz zweier rechtlicher Handlungs- oder Geltungsformen darstellt: der unbedingten Geltungsform des Rechts und der bedingten Geltungsform exekutiven Handelns. Der richtige Begriff der Demokratie besagt, dass sich der Bürgerwille unmittelbar nur in der allgemeinen Form des Gesetzes ausdrückt (Rousseaus Idee der *volonté générale*) und nur vermittelt – typischerweise über als Amtsträger eingesetzte besondere Personen – in den Fragen der Sicherheit und der Daseinsvorsorge zur Geltung kommen darf. Für eine demokratisch verfasste Gesellschaft sind Trennung und Zusammenspiel der allgemeinen Form des Rechts mit den besonderen, auf Einzelheiten oder Einzelfälle bezogenen Formen des Staatshandelns elementar. Werden die Formen vermischt, entsteht die Uniform einer Exekutivdemokratie, in der die Unterscheidung zwischen Kompetenz und Kompetenzüberschreitung verloren zu gehen droht. Um dies zu vermeiden, entwickeln moderne Transparenzgesellschaften einen erheblichen Normierungsdruck in Richtung Uniformisierung und Selbstkontrolle der Individuen, die freilich den Kern demokratischer Willensbildung, die spontane unreglementierte Stellungnahme, bedroht. Indem in der richtig eingerichteten Demokratie die Bürger von der Aufgabe der Herstellung von Sicherheit, der Rolle als Aufpasser, weitgehend entlastet werden, gewinnen sie jene Freiheit zum Risiko und zur Unordnung, die den Lebensnerv jedes demokratischen Gemeinwesens darstellt.

⁴⁵ Im Strafrecht wird objektive Zurechnung mit dem Argument der Zurechnungseinschränkung eingeführt. Das entspricht nur teilweise der Wahrheit.

II.5

Anspruch und Glauben. Vigilantismus als Herausforderung staatlicher Legitimität

Thomas Schmidt-Lux

Der folgende Abschnitt nimmt das Problem staatlicher Ordnung vom Aspekt ihrer Fragilität in den Blick. Thematisiert werden weniger die Mechanismen ihres Funktionierens und Gelingens. Vielmehr wird nach Herausforderungen staatlicher Ordnung gefragt, und dabei werden insbesondere gewaltförmige Herausforderungen thematisiert. Genauer: Es wird um Gewalt gehen, die zugleich Recht setzen will. Im Alltagsdiskurs wird dabei meistens von Selbstjustiz gesprochen; im Folgenden wird der Terminus Vigilantismus verwendet. Unabhängig vom verwendeten Begriff sollen damit Vorgänge benannt werden, bei denen nicht-staatliche Akteure gegenüber Dritten Gewalt anwenden oder androhen, um diese zu bestrafen, von einem spezifischen Handeln abzuhalten oder in anderer Weise ‚Recht zu setzen‘. Beispiele hierfür sind etwa Bürgerwehren, wie sie sich derzeit vermehrt gründen, aber auch andere Formen mehr oder weniger organisierter und auf ihre Weise vermeintlich Recht setzender Gewalt.

Soziologisch und insbesondere rechtsssoziologisch interessant sind solche Phänomene, weil sie in mehrerlei Hinsicht eine Herausforderung für staatliche Ordnungen darstellen. Worin besteht diese Herausforderung, so könnte man fragen, wenn doch die Ausübung von Gewalt rechtlich weitestgehend geregelt ist und zur Bearbeitung von Übertretungen dieser Regeln Polizei und Gerichte bereit stehen? Auch selbsternannte Bürgerwehren, würde eine solche Position argumentieren, stellen deshalb kein größeres Problem als jeder gewöhnliche Einbrecher dar. Aus meiner Sicht unterschätzt diese Frage die soziologische Komplexität moderner Institutionen. Wie im Folgenden noch ausführlicher dargelegt wird, sind staatliche Institutionen nicht nur darauf angewiesen, letztlich mit Gewalt ihre Geltung durchsetzen zu können. Um auf Dauer zu bestehen, müssen sie sich als *legitimate* Institutionen und Ordnungen erweisen. Das heißt, sie müssen in den Augen der jeweiligen Bevölkerung richtige und gerefftfertigte Institutionen sein; sie müssen, wie es Max Weber nennt, auf einen Legitimitätsglauben treffen.¹ Genau dieser Glaube an die Legitimität staatlicher Ordnung wird nun durch Gruppen ins Visier genommen, die mit dem Programm antreten, ‚Recht‘ setzen bzw. durchsetzen zu wollen, weil es der Staat nicht oder nicht richtig tut. Wir haben es hier also nicht mit einfachen Verstößen gegen staatliche Rechtsordnungen zu tun, sondern – wenigstens teilweise – mit

¹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1972, S. 16.

grundlegenden Infragestellungen, die durchaus auch Beifall bei Beobachterinnen und Beobachtern finden können. Das macht solche Gruppen soziologisch relevant, erklärt aber auch die besondere Nervosität, die sie bei Polizei und Sicherheitsbehörden auslösen.

Ich werde mich im Folgenden diesen Fragen genauer widmen und insbesondere die Legitimationskonflikte nachzeichnen, die sich beim Auftreten vigilanter Gruppen entfalten. Dabei werde ich mich sowohl auf Material stützen, das über Feldforschung bei vigilanten Gruppen gewonnen wurde, als auch Daten aus Online-Diskussionen analysieren. Im ersten Schritt erfolgt aber eine nähere Bestimmung dessen, was mit Legitimität gemeint sein soll.

5.1 Staatlichkeit und Legitimität

Legitimität, so die hier vertretene Ausgangsthese, ist eine zentrale Ressource moderner Staaten. Diese immer wieder diskutierte Position² geht klassischerweise auf Max Weber zurück. Legitimität ist bei Weber als Prozess zu verstehen, der von zwei Seiten her dauerhaft Dynamik erfährt. Kurz gesagt wird dabei von einer Seite ein Legitimitätsanspruch erhoben, der im Gegenzug von einer bestimmten Gruppe von Personen akzeptiert werden, mithin auf einen Legitimitätsglauben treffen muss. Ein Staat ist also nicht schon deshalb legitim, weil seine Führung ein spezifisches Programm ausgibt; dieses Programm muss eben auch als richtig und angemessen seitens des Staatsvolkes angesehen werden. Legitim sind soziale Ordnungen mit anderen Worten dann, wenn sie für das eigene Handeln als „verbindlich oder vorbildlich“ bzw. als „gelten sollend“ angesehen werden.³

Um Missverständnissen vorzubeugen: Keine Ordnung ist, so Weber, ausschließlich aus Gründen ihrer Legitimität existierend, sondern stets auch eingelebte Gewohnheit oder interessensbedingter Orientierungspunkt. Wir halten uns also nicht immer an Regeln oder Gesetze, weil wir sie als besonders angemessen erachten, sondern mitunter eben auch deshalb, weil ihre Missachtung sehr hart bestraft würde. Zugleich weisen aber jene Ordnungen, so Weber, die zudem als legitim gelten, die deutlich höhere Stabilität auf. Rein zweckrationale Erwägungen sind eher flüchtiger Natur und können prinzipiell schnell anders ausfallen; eine Rechtsordnung, die nur aus zweck rationalen Gründen Zustimmung findet, kann im Grunde keine Gesetzesänderung riskieren. Legitimität

² Lars Hertzberg, „Legitimacy and the Political Community“, in: Tage Kurtén/Lars Hertzberg (Hg.), *Legitimacy. The Treasure of Politics*, Frankfurt/Main 2013, S. 15–32; Ingmar Ingold/Axel T. Paul, „Multiple Legitimitäten. Zur Systematik des Legitimitätsbegriffs“, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 100 (2014), S. 243–262; Richard Münch, *Legitimität und politische Macht*, Opladen 1976.

³ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 16.

ist somit kein alleiniges, aber doch ein sehr zentrales Element moderner sozialer Ordnungen.

Ähnlich konzeptioniert Niklas Luhmann den Begriff. Er beschreibt Legitimität als „eine generalisierte Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen“.⁴ Das Justizsystem etwa kann damit als legitim gelten, wenn seine Entscheidungen auch ohne Wissen um ihren konkreten Ausgang akzeptiert und anerkannt werden.

Legitimität ist somit weder bei Weber, noch bei Luhmann eine Klassifizierung, die sich aufgrund objektiver Merkmale einer sozialen Ordnung vornehmen ließe, sondern steht und fällt mit der Haltung der dieser Ordnung unterworfenen Personen. So kann die soziologische Beobachtung eine spezifische staatliche Ordnung als legitim klassifizieren, auch wenn diese Ordnung etwa demokratischen Prinzipien zuwider läuft; Legitimität ist kein Gütekategorie, über die von außen entschieden wird.⁵ Bei Weber heißt es dementsprechend, dass die Legitimität auf der *Geltung von Vorstellungen* beruhe.

Darüber, wie diese Vorstellungen bzw. dieser Glaube jeweils zustande kommt, erfährt man bei Weber wenig.⁶ Einerseits spielt hier natürlich die Einhaltung der grundlegenden Prinzipien, also *Bewährung*, eine wichtige Rolle. Zugleich, dies wird bei Weber aber nicht sonderlich ausgeführt, muss der Legitimitätsanspruch immer auch explizit erhoben und begründet werden. So muss in traditionalen Herrschaften der Wert von Sitte und überkommenen Normen betont werden, ebenso wie der moderne Staat die Monopolisierung physischer Gewalt als angemessen und vernünftig darlegen muss.

Hier kommen somit Semantiken ins Spiel, die als *Legitimationen* beschrieben werden sollen. Als Legitimationen sollen alle Rechtfertigungen und Begründungen verstanden werden, die eigenes oder fremdes Handeln als richtig, erstrebenswert oder mindestens als angemessen beschreiben. Legitimationen weisen dabei einen eigentümlichen Doppelcharakter auf: Sie verfügen sowohl über eine *kognitive* wie über eine *normative* Dimension.⁷ Zum einen erklären sie Dinge oder spezifische Umstände, vermitteln und verweisen also auf *Wissen*. Zum anderen wird aber nicht nur erklärt und Wissen bereitgestellt, sondern dieses Wissen auch mit Nachdruck als richtiges und wichtiges Wissen deklariert. Die Dinge sind nicht nur so wie sie sind, sondern sie werden auch als angemessen versichert.

Legitimationen beziehen sich immer – implizit oder explizit – auf andere Legitimationen. Legitimationen zielen deshalb auch auf die *Delegitimierung* anderer Sinnangebote, und sie selbst müssen auch mit solchen Versuchen der Delegi-

⁴ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt/M. 1978, S. 28.

⁵ Vgl. als Gegenposition Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1998.

⁶ So auch Andreas Anter, *Max Webers Theorie des modernen Staates*, Berlin 2012, S. 69.

⁷ Peter L. Berger/Thomas Luckmann, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, Frankfurt/M. 1980, S. 100.

timierung rechnen. Legitimität ist somit kein unumkehrbarer Zustand. Überhaupt ist sie, dies wurde oben schon angedeutet, eher als dauerhafter Prozess denn als fixer Zustand zu denken. So wie Legitimität sich auf einen spezifischen Legitimitätsglauben stützt, wird sie genau mit dem Schwinden dieses Glaubens schwächer. Dieses Schwinden des Legitimitätsglaubens kann unterschiedliche Gründe haben. Es kann daran liegen, dass Versprechungen nicht eingehalten werden; die jeweilige Ordnung also nicht in der unterstellten und erwarteten Art und Weise funktioniert. Ein Verlust an Legitimität kann aber auch durch alternative bzw. konkurrierende Legitimitätsansprüche begründet sein. Legimationen befinden sich also dauerhaft im Konflikt, und eine als *Glauben* definierte Legitimität ist damit weniger selbstverständlich, als mitunter unterstellt wird. Um sie wird gestritten und argumentiert, sie kann bestritten werden und muss sich dem gegenüber durchsetzen.

5.2 Legitimität und Gewalt

Die Legitimität moderner Staaten kann nun über unterschiedliche Wege bestritten werden; staatliche Legitimitätsansprüche erstrecken sich über eine Reihe von Aspekten. Einer der zentralen Punkte ist dabei aber die Gewaltfrage. Weber, aber nicht nur er, begreift die Kontrolle von Gewalt als fundamentales Merkmal moderner Staatlichkeit. Über diesen Ausgangspunkt lassen sich seine wichtigsten Überlegungen zum modernen Staat analysieren. Die wichtigste und zugleich prägnanteste Stelle, an der Weber das Gewaltmonopol behandelt, ist seine Definition des Staates. Weber definiert dort den Staat als „diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes (...) das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht“.⁸ Auch Trutz von Trotha beschreibt das staatliche Gewaltmonopol als eine spezifische „Ordnungsform der Gewalt“ mit umfassenden Konsequenzen:

Mit der Monopolisierung der Gewalt wird [...] ein vollständig neuer Boden der Vergesellschaftung und der sozialen Ordnung eingezogen, gezimmert aus dem stehenden Heer und den vielfältigen Einrichtungen der innerstaatlichen Zwangsgewalt, hauptsächlich von Polizei und Justiz.⁹

Mit dem Gewaltmonopol eng verflochten sind moderne Rechtsordnungen. Denn einerseits sind heutige Rechtsordnungen auf den Staat angewiesen, um notfalls gewaltsame Durchsetzung zu finden. Andererseits reglementieren Rechtsordnungen genau diesen Einsatz von gewaltsaufwendigen Mitteln. Modernes

⁸ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 822.

⁹ Trutz von Trotha, „Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols“, in: Brigitte Nedelmann (Hg.), *Politische Institutionen im Wandel*, Opladen 1995, S. 129–165, 133.

Recht ist also genuin mit der Instanz des Staates verknüpft.¹⁰ Zwar werden auch in modernen Gesellschaften Sanktionen von nicht-staatlichen Institutionen verhängt, doch auch bei diesen Strafen verhält es sich wie beim Gewaltmonopol: In letzter Instanz müssen sie sich am geltenden Recht orientieren. Dies gilt insbesondere für den Einsatz von Gewalt als Sanktionsmaßnahme.

Der Anspruch auf die Monopolisierung von Gewalt und von (gewaltsamer) Bestrafung stellen also zentrale Pfeiler moderner Staatlichkeit dar.¹¹ Im Umkehrschluss heißt dies, dass Staaten insbesondere auf diesen beiden Feldern empfindlich getroffen werden können, wenn ihre Legitimitätsansprüche bestritten werden. Genau dies geschieht durch vigilante Gruppen.

Mit dem im Englischen deutlich vertrauteren Terminus Vigilantismus werden Phänomene bezeichnet, bei denen Privatpersonen Gewalt gegenüber Dritten androhen oder tatsächlich anwenden, um diese zu bestrafen, zu zwingen oder anderweitig zu beeinflussen.¹² Beispiele dafür sind organisierte Bürgerwehren oder auch individuelle Racheakte. Insbesondere letztere werden im deutschsprachigen Raum zumeist als Selbstjustiz bezeichnet. Der Vigilantismus ist also eine Gewaltform, die ‚das Recht in die eigenen Hände nimmt‘ und die eben nicht vom Staat, sondern von – wie auch immer motivierten – *nicht-staatlichen* Akteuren eingesetzt oder mindestens angedroht wird.

Legitimationen sind dabei von nicht zu unterschätzender Bedeutung, und das auf beiden Seiten. Denn wie oben ausgeführt wurde: Auch der moderne Staat wird keineswegs allein durch „äußere Mittel“, wie Weber es nennt, zusammengehalten. Seine Existenz, zumal wenn sie von Dauer sein will, muss auch auf „innere Rechtfertigungsgründe“ verweisen. Dies gilt in hervorgehobener Weise für seine zentrale Institution, das Gewaltmonopol. Dieses benötigt zwar zweifellos einen Erzwingungsstab zu seiner Durchsetzung. Aber es braucht vor allem ein Mindestmaß an Glaube und Zustimmung, um als geltend angesehen zu werden, und das heißt in der Praxis: um tatsächlich befolgt zu werden.

Die Herausforderung des Staates durch Vigilanten besteht – offenkundig – in der Bestreitung der Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols und des staatlichen Strafmonopols. Beide werden durch vigilante Gruppen und Akteure nicht nur faktisch herausgefordert, sondern auch diskursiv. Denn in den meisten Fällen legitimieren die Gruppen ihre Handlungen nach außen, und zudem werden die Aktionen solcher Gruppen von Dritten kommentiert.

¹⁰ Wolfgang Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt*, München 2002.

¹¹ Dieter Grimm, „Das staatliche Gewaltmonopol“, in: Wilhelm Heitmeyer/John Hagan (Hg.), *Internationales Handbuch der Gewaltforschung*, Opladen 2002, S. 1297–1313.

¹² David Kowalewski, „Vigilantismus“, in: Wilhelm Heitmeyer/John Hagan (Hg.), *Internationales Handbuch der Gewaltforschung*, Opladen 2002, S. 426–440; Les Johnston, „What Is Vigilantism?“ in: *British Journal of Criminology* 36 (1996), S. 220–236.

Bürgerwehren oder individuelle, gewaltsame Übergriffe auf Dritte durch vigilante Akteure oder Gruppen – sei dies nun zum Selbstschutz oder aufgrund anderer, noch zu diskutierender Anlässe – sind eine *prinzipielle* Gefahr für das staatliche Gewaltmonopol, weil sie faktisch polizeilich-staatliche Maßnahmen unternehmen und die Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols in Frage stellen. Dies erfordert es, Selbstjustiz und Vigilantismus nicht nur faktisch zu verhindern oder zu bestrafen, sondern vor allem seitens des Staates auch grundsätzlich zu delegitimieren.

Wir haben es hier also in mehrfacher Hinsicht mit einem Kampf um Legitimität zu tun. Mit welchen Argumenten dieser Kampf seitens der Vigilanten geführt wird, werde ich im Folgenden darstellen. In einem ersten Schritt widme ich mich dabei den vigilanter Gruppen selbst, in einem zweiten Schritt den angesprochenen Legitimationen vigilanter Gewalt durch Beobachterinnen und Beobachter.

5.3 Vigilanten gegen Legitimität

Phänomene wie Bürgerwehren und *Neighbourhood Watches* verbindet man zumeist mit Beispielen aus den USA, und dies ist angesichts der Geschichte vigilanter Gruppen und Ereignisse nicht überraschend.¹³ Auch in Deutschland war der Vigilantismus nie gänzlich verschwunden, doch gerade in letzter Zeit erlebt er gewissermaßen einen regelrechten Aufschwung. Im Kontext von sogenannter Flüchtlingskrise und den damit verbundenen Diskussionen um Kriminalität und Übergriffe durch Migranten haben sich in etlichen deutschen Städten Gruppen gegründet, die sich selbst häufig als Bürgerwehren bezeichnen und auch sonst der Bestimmung vigilanter Gruppen entsprechen.¹⁴ Zwar wird nach außen die Gewaltfrage vorsichtig behandelt und nicht allzu offen mit dem Einsatz von Waffen gedroht; zur Grundausrüstung der Gruppen gehören aber waffenähnliche Gegenstände allemal. Häufig formieren sich die Gruppen über soziale Netzwerke, und nicht alle schaffen es, sich dann tatsächlich auf der Straße zu formieren und halbwegs regelmäßig Streife zu laufen. Doch in einer ganzen Reihe von Fällen ist dies bislang erfolgt, und auch schon allein die häufige Formulierung dieser Absicht ist derzeit bemerkenswert und stellt durchaus eine bedenkenswerte Neuentwicklung gegenüber den letzten Jahren dar.

Bis anhin fanden sich vigilante Gruppen eher selten und aus situativ-lokalen Anlässen zusammen und existierten dementsprechend nicht lange. Anlässe waren beispielsweise Gerüchte über Vergewaltigungen im Wohnviertel, woraufhin

¹³ Manfred Berg, *Lynchjustiz in den USA*, Hamburg 2014.

¹⁴ Allein in Niedersachsen waren zwischenzeitlich 31 Bürgerwehren bekannt geworden. <http://www.goettinger-tageblatt.de/Welt/Der-Norden/Uebersicht/Niedersachsens-Sicherheitsbehoerden-haben-31-Buergerwehren-im-Blick>.

sich dann einige Anwohner zusammentaten und nachts die Gegend durchstreiften. Aber auch im Grenzgebiet zu Polen und Tschechien formierten sich immer wieder kleinere und größere Gruppen, die sich den Schutz ihres Eigentums auf die Fahnen schrieben und teilweise auch medial große Aufmerksamkeit bekommen. Jüngstes Beispiele hierfür war etwa die ostsächsische „Bürgerinitiative Sicherer Ostritz“, die am ehemaligen Grenzübergang nach Polen Streife läuft.¹⁵

Eine von mir genauer analysierte Gruppe gründete sich Beginn der 1990er Jahre in einer deutschen Kleinstadt in unmittelbarer Nähe zur tschechischen Grenze, um der aus ihrer Sicht sprunghaft zunehmenden Kriminalität in der Region selbst Herr zu werden.¹⁶ Die Aktivitäten der ‚Bürgerinitiative Grenze‘ beschränkten sich zwar auf das nächtliche Patrouillieren und die Ausstattung mit „Knüppeln“ und wohl auch Schreckschusspistolen.¹⁷ Aber schon mit dieser Ausstattung war absehbar, dass es auch zur Anwendung von Gewalt kommen kann oder soll, falls tatsächlich Einbrecher dingfest entdeckt oder auch nur vermutet würden. Patrouille wird heute nur noch selten gelaufen, die Aktivitäten der Bürgerinitiative beschränken sich zurzeit auf Pressearbeit und Versammlungen vor Ort. Trotzdem steht die Wiederaufnahme gewaltnaher Aktivitäten immer wieder im Raum.

Zwei Hauptargumente führte diese Gruppe für ihre Aktionen ins Feld. Erstens berief sie sich darauf, ihr Handeln nur zum Schutz der eigenen Person und des eigenen Eigentums zu unternehmen. Keineswegs ginge es ihr also um die eigenmächtige Bestrafung von etwaigen Einbrüchen, sondern ausschließlich um Schutz bzw. Verteidigung. Sie flaggte ihr Handeln also als primär defensiv aus und versuchte, nicht zu anmaßend aufzutreten. Zugleich aber beharrte sie auf dem Recht auf Verteidigung. Sie beanspruchte eine berechtigte Existenz mit dem Versprechen, sich selbst und den anderen Bürgern im Dorf Sicherheit von Leben und Eigentum zu gewährleisten.

Zum zweiten argumentierte die Bürgerinitiative mit der Untätigkeit des Staates. Mit dem schrittweisen Wegfall der Grenzkontrollen seit 1989 sei die Kriminalität angestiegen, in der unmittelbaren Nachwendezeit sogar sprunghaft. An keiner Stelle einer sich dramatisch steigernden Erzählung werden staatliche Behörden erwähnt, an die man sich gewandt oder die Gegenmaßnahmen ergriffen hätten. Stattdessen helfen sich die Betroffenen von Beginn an selbst: Sie hängen ihre Satellitenantennen höher, umwickeln ihre Grundstücke mit Stacheldraht. Als all dies nicht mehr geholfen habe und ein Einwohner nächstens überfallen wurde, beschlossen sie: „... ,So kann's nicht weitergehen!“ ... ,So, Wir gründen

¹⁵ <http://www.mz-web.de/mitteldeutschland/buergerwehren-in-ostsachsen-wenn-buerger-nachts-auf-streife-gehen-1571496>.

¹⁶ Thomas Schmidt-Lux, „Vigilantismus. Ein Phänomen der Grenze?“, in: *Kriminologisches Journal* 44 (2012), S. 118–132.

¹⁷ Diese und die nachfolgenden Zitate entstammen Gesprächen und Interviews mit Angehörigen der Bürgerinitiative, die ich im Rahmen von Feldforschungen durchführte.

jetzt einen Zivilschutz.⁴ (.) Was soll's? Der Staat hat ein Gewaltmonopol und wenn der Staat uns nicht schützt, dann müssen wir uns selber schützen“.

Während er zuvor im Gespräch an keiner Stelle Erwähnung fand, wird hier nun auf den Staat Bezug genommen, allerdings in hypothetischer Formulierung. Zwar wisse man um das Verbot privater Gewaltanwendung, doch wird dieses an eine Bedingung geknüpft, und diese Bedingung besteht im Schutz durch den Staat. Aus der konstatierten Untätigkeit des Staates wird im Umkehrschluss das Recht abgeleitet, selbst die Dinge in die Hand zu nehmen. Die Formulierung „Was soll's“ deutet dabei an, dass die Beteiligten um die Kosten und etwaigen Strafen für ein solches Vorgehen wussten und wissen. Zugleich aber entscheiden sie sich am Ende eines Abwägungsprozesses doch für das eigene, vigilante Handeln und nehmen eventuell entstehende Konsequenzen in Kauf. Die bürgerliche Pflicht zur Friedfertigkeit wird gewissermaßen hinfällig, da der Staat seine eigenen Pflichten, eben den Schutz seiner Bürger, nicht erfüllt.

Erstens nur schützend und verteidigend aktiv zu werden, und zweitens diesen Schutz vom Staat nicht gewährleistet zu bekommen, sind also die Hauptlegitimationen, die die Bürgerinitiative ins Feld führt. Mit beiden Argumenten beansprucht die Bürgerinitiative, wenigstens im Ernstfall vom Gewaltmonopol des Staates abzusehen und selbst „die Dinge in die Hand zu nehmen“. Das Ziel dieser Argumentation ist ein Zweifaches. Zum einen richtet sich dies an den Staat, nun doch seine gewissermaßen letzte Chance zu nutzen, um wieder selbst für Sicherheit zu sorgen. Zum anderen richten sich beide Argumente nach innen, also an die Angehörigen der Bürgerinitiative selbst. Diesen wird mit dem Rekurs auf rein defensives Verhalten und die Untätigkeit des Staates die Legitimität ihres eigenen Gewalthandelns bewusst gemacht, und diese Argumentation hält die Bürgerinitiative bis heute zusammen.

5.4 Zwischenbemerkung: Online-Debatten

Über die Gründung von Bürgerwehren wird das staatliche Gewaltmonopol ganz handlungspraktisch herausgefordert und in Frage gestellt. Diskursiv geschieht dies aber noch an anderen Orten: bei politischen Demonstrationen, in Publikationen, an Stammtischen etc. All dies ist keineswegs nur bloßes Gerede. Die verbale Legitimation von vigilanter Gewalt kann deren Ausübung vorbereiten, diese stimulieren oder im Nachhinein bestätigen. Auch deshalb müssen sich der Staat und seine Institutionen auch gegenüber solchen Angriffen wehren und sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen. Forderungen nach stärkerer Polizeipräsenz und die Drohung, sonst selbst tätig zu werden, können nicht auf unabsehbare Dauer ignoriert werden – oder nur mit den entsprechenden Folgen.

Dies geschieht schon so lange, wie es vigilante Gruppen gibt. Jüngst ist hier aber ein neuer Ort der Auseinandersetzung hinzugekommen: das Internet. On-

line findet nicht nur die Berichterstattung über Fälle von Vigilantismus statt, sondern zugleich auch die Diskussion um solche Fälle. In solchen Diskussionen – in den Kommentarspalten von Leserforen oder in eigenen Online-Foren – werden Fälle von Rache und eigenmächtiger Bestrafung diskursiv bearbeitet und nicht zuletzt um deren Legitimität gestritten. Explizit oder implizit steht damit auch das staatliche Gewaltmonopol zur Debatte.

Detaillierte Ausführungen zu Online-Kommunikation sollen hier nicht im Zentrum stehen.¹⁸ Nur soviel: Entgegen der – gelinde gesagt – schlechten Reputation von solchen Foren stellen sie sich keineswegs nur als Orte von Gepöbel und Beleidigungen dar. Fraglos existieren solche Beispiele, aber sie sind nicht die Regel. Dies wird häufig und dafür umso beharrlicher unterschätzt; an die Stelle differenzierter Auseinandersetzung und empirischer Erkundung treten dann pauschalisierte Urteile. Zuletzt ließ sich dies bei Thomas Vestings Studie zu den „Medien des Rechts“ beobachten.¹⁹ Im Zuge seines Projektes, nach den Folgen und neuen Konstellationen für das Recht im Zeitalter der Computer und der internetbasierten Netzwerke zu fragen, kommt Vesting im konkreten Detail immer wieder zu Aussagen, deren empirische Haltbarkeit mindestens fragwürdig scheint.

So rekonstruiert er als Folge medialer Veränderungen die Transformation rechtlicher Strukturen und sieht – im Anschluss an Andreas Reckwitz²⁰ – einen Motor in der Herausbildung neuer Subjektformen. Dies führe, so Vesting, zu einem „neuartigen Rechtsindividualismus“, der vor allem auf „dekontextualisierte Persönlichkeitsrechte“ abziele.²¹ Hier kommt nun das Internet bzw. das Web ins Spiel:

Ein besonders fruchtbare Milieu für das neue Selbstbild des persönlichen Lebens bilden die dispersen Praktiken der Sozialen Medien. Wie viele neuere Konflikte um den Schutz von Persönlichkeitsrechten zeigen, scheint hier ein von allen sozialen Zwängen emanzipiertes Ich in einen unbegrenzten Ausstellungsraum einzutreten, in der [sic!] es nur noch Rechte auf authentische Selbstdarstellung und unbegrenzte Kommunikation gibt, die notfalls die staatlichen Gerichte durchzusetzen haben, während tatsächliche und rechtliche Schranken zu Gunsten Dritter – auch zu Gunsten des Erhalts von Institutionen – offensichtlich als vernachlässigbar angesehen werden.²²

¹⁸ Vgl. dazu Thomas Schmidt-Lux, „Kultursoziologie online. (Verstehende) Soziologie im Zeitalter des Internet“, in: Joachim Fischer/Stephan Moebius (Hg.), *Kultursoziologie im 21. Jahrhundert*, Wiesbaden 2014, S. 177–187.

¹⁹ Thomas Vesting, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, Weilerswist 2015.

²⁰ Andreas Reckwitz, *Das hybride Subjekt. Eine Theorie der Subjektkulturen von der bürgerlichen Moderne zur Postmoderne*, Weilerswist 2010.

²¹ Vesting, *Computernetzwerke*, S. 154.

²² Ebd., S. 155.

Das Problem an solchen Diagnosen ist nicht, dass die beschriebenen Phänomene nicht vorkämen. Natürlich gibt es die von Vesting beschriebenen Fälle, und sicherlich eignen sich Plattformen wie *facebook* oder *Instagram* ganz hervorragend zur Selbstdarstellung oder zur Darstellung von Anderen, bei der schnell und großzügig über deren Rechte hinweg gesehen wird. Das Problem besteht vielmehr – erstens – darin, dass mit solchen Feststellungen ein spezifischer Ausschnitt kommunikativer Wirklichkeit zum Repräsentanten „der Sozialen Medien“ gemacht wird – wobei sowieso offen bleibt, was damit genau gemeint ist. Diese Argumentation lehnt sich nicht zufällig an Autoren wie Byung Chul-Han an, dessen Schriften ja auch eher mit starken Thesen als empirischer Forschung aufwarten. Zweitens lassen sich sofort Beispiele für das Gegenteil dessen anführen, was Vesting hier als Diagnose ausweist. In einem berühmt gewordenen Fall um ein im Internet populär gewordenes Video wurde erst jüngst genau im Sinne des Klägers zu Gunsten von dessen Recht am eigenen Bild entschieden – von einem staatlichen Gericht.²³

Mit einer solchen, am Beispiel von Vesting illustrierten, Haltung wird man in Online-Diskussionen kein belastbares soziologisches Material erkennen können. Genau dieses findet sich aber mit nur wenig Mühe und Rechercheaufwand, wie auch andere, mittlerweile zahlreiche Arbeiten gezeigt haben.²⁴ Dies gelingt dann allemal, wenn man an Alltagsdiskursen interessiert ist und damit an Wissen, das eben nicht aus juristischen oder philosophischen Fachdiskursen stammt. Online-Diskussionsforen bringen technisch vermittelte Interaktion hervor und sind Teil einer sozialen Interaktionsordnung, die sich offline wie online konstituiert. Damit sind sie – als soziologischer Gegenstand – in den beobachtbaren Legitimationskonflikten ebenso relevant wie Kommunikationen an anderen Orten des sozialen Raumes, auch wenn natürlich ihre Reichweite und damit auch ihr Einfluss je nach konkretem Forum spezifisch eingeschätzt werden muss. Im Zentrum meines Interesses stand dabei das Spektrum von Perspektiven auf vigilante Gewalt, die innere Logik der darauf bezogenen Legitimierungen und Delegitimierungen und dabei verwendete Semantiken und Deutungsmuster.

²³ Es handelt sich hier um den Fall des sogenannten Techno-Vikings. Details und Quellen finden sich unter https://de.wikipedia.org/wiki/Techno_Viking.

²⁴ Oliver E. Kuhn, *Alltagswissen in der Krise. Über die Zurechnung der Verantwortung für die Finanzkrise*, Wiesbaden 2014; Michael Parzer, *Der gute Musikgeschmack. Zur sozialen Praxis ästhetischer Bewertung in der Popularkultur*, Frankfurt/M. 2011; Dieter Reicher, „Interethnic Alliances“ and National We-Images. An Analysis of Internet Fora Related to Sport and Migration“, in: Franz Höllinger/Michael Hadler (Hg.), *Crossing Borders, Shifting Boundaries. National and Transnational Identities in Europe and Beyond*, Frankfurt/M./ New York 2012, S.289–309; Dieter Reicher, *Nationensport und Mediennation. Zur Transformation von Nation und Nationalismus im Zeitalter elektronischer Massenmedien*, Göttingen 2013.

5.5 Legitimationen vigilanter Gewalt in Online-Foren

Was findet sich nun, in aller Kürze dargestellt, in den Online-Debatten an Legitimationen? Zum einen fallen die Parallelen zur oben beschriebenen Bürgerwehr auf. Auch die in den Online-Foren zentralen Argumente zur Rechtfertigung vigilanter Gewalt führen den Schutz von Leben und Eigentum ins Feld. Ob im Bezug auf die eigene Person oder andere Personen, ob aktuell oder auf die Zukunft gerichtet: Es ist ein immer wiederkehrendes Muster, eine Gewalttat über ihre Rahmung als schützende Tat zu rechtfertigen.²⁵

Mit der Rechtfertigung von Gewalt als Schutz geht einher, die jeweilige Handlung als reine Reaktion zu bewerten. Von den Vigilanten selbst geht aus dieser Perspektive also keine Initiative oder Eskalation aus. Vielmehr stellen sie eine Art Gleichgewicht wieder her, das durch einen Angriff aus der Balance geraten ist. Die vigilante Tat stellt also wieder her, bringt etwas wieder in Ordnung oder wieder in ein Gleichgewicht. Da, etwa nach einer körperlichen Schädigung, ein Rückgängig-Machen nicht immer möglich ist, wird aber durch eine reagierende Schädigung des Täters ein Gleichgewicht an Schäden und damit: Gerechtigkeit hergestellt – so das Argument.

Die Legitimation als Schutz verbindet sich häufig mit dem Verweis darauf, dass die eigentlich für den Schutz zuständige Instanz, nämlich der Staat, diesen Schutz nicht oder nicht mehr gewährleistet. Dadurch erscheinen die Menschen als gänzlich allein gelassen bzw. auf sich gestellt und damit ihre Gewalthandlungen als umso gerechtfertigter.

Neben den *kognitiven* Rahmungen und Beschreibungen von Selbstjustiz, die der Legitimation dienen, lässt sich eine *normative* Dimension dieser Legitimierungen identifizieren. Über diese Dimension werden die kognitiven Rahmungen gewissermaßen verankert bzw. fundiert, um sie nicht nur als zutreffende Beschreibungen gelten zu lassen, sondern ihnen auch noch stärker normative Richtigkeit zukommen zu lassen.²⁶

In den Diskursen zum Vigilantismus lassen sich drei hauptsächliche normative Bezugspunkte der Argumente finden. Zum einen ist dies der Bezug auf „Gerechtigkeit“, der über das eigene Gewalthandeln zur Durchsetzung verholfen werden soll. Gerechtigkeit wird dabei als Wert bzw. Topos verwendet, der unverhandelbar und unveränderlich über den Dingen steht, der nicht relativiert werden darf, auf den sich zugleich aber jedermann berufen kann. Deshalb wird beim Bezug auf Gerechtigkeit auch das eigene Gewalthandeln unter Bedingun-

²⁵ Für ausführlichere Analysen vgl. Thomas Schmidt-Lux, *Gerechte Strafe, Legitimationskonflikte um vigilante Gewalt*, Weinheim 2017.

²⁶ Zu dieser Unterscheidung vgl. Berger/Luckmann, *Gesellschaftliche Konstruktion*, S. 100.

gen staatlichen Gewaltmonopols als legitim angesehen – weil es im Namen der Gerechtigkeit erfolgt.

Zum zweiten findet sich die Berufung auf das Grundrecht jedes Menschen, Gewalt einzusetzen, wenn der Staat seinen Aufgaben und Pflichten nicht nachkommt. Die Anwendung von Gewalt wird dabei als etwas dargestellt, das jedem Menschen, wenn auch nur in ‚letzter Instanz‘, zusteht: „Wer angegriffen wird, hat das Recht sich zu verteidigen“. Der Gewaltanwendung jedes Menschen stehen somit keine prinzipiellen Hürden oder Schranken im Weg, sondern an bestimmte Bedingungen geknüpfte Regelungen. Werden diese Bedingungen nicht erfüllt, kann und darf jede Person selbst Gewalt ausüben. Diese Argumentation ist gegenüber den dargestellten Bezügen auf Gerechtigkeit etwas differenzierter und entwickelt schon profiliertere, theoretische Züge. Sie geht über ein einfaches Skandalisieren und Einfordern hinaus und ist eine Kombination von theoretischer und normativer Legitimation.

Drittens schließlich wird vigilante Gewalt dadurch normativ abgesichert, dass die Ziele dieser Gewalt nicht als Menschen dargestellt werden, sondern als Akteure, die sich durch ihr Verhalten oder ihre Taten aus der sozialen Gemeinschaft aller Menschen ‚verabschiedet‘ haben. Die Personen, die vormals noch Menschen waren bzw. Menschen zu sein schienen, sind nun andere Akteure. Sie sind „Scheusale“, sie sind „Abschaum“, sie sind „Pack“. Durch diese ‚Entmenschlichung‘ verlieren diese Akteure auch spezifische Rechte und können damit auch gewaltsam behandelt werden.

Zusammengefasst richten sich diese Legitimierungen also gegen die zentralen Pfeiler der modernen Gewaltordnung: Die Rede von der Gewalt als Menschenrecht relativiert das Gewaltmonopol, und der Bezug auf Gerechtigkeit will das Strafmonopol in Frage stellen.

Die rekonstruierten Positionierungen stehen einerseits natürlich ‚für sich‘ und können in ihrer jeweiligen Logik interpretiert werden. Darüber hinaus sind sie jedoch auch *relational* zu verstehen. Das heißt, dass sie im Bezug und im Verhältnis zu jeweils anderen Argumenten stehen und ihr sozialer Sinn sich erst in der Bezugnahme auf eine andere Position vollständig erschließt bzw. an Kontur gewinnt. Anders gesagt: Den bisher ausgeführten Argumenten wird in den Online-Foren immer wieder auch widersprochen.

In einer beispielhaften Konfliktlinie wurde ganz grundsätzlich die Stellung ‚des Menschen‘ zur Gewalt verhandelt. Die eine Seite betonte dabei das individuelle Recht zur Gewaltausübung, das in letzter Instanz jedem zustehe. Zwar ist dieses Recht in modernen Staaten an den Staat delegiert worden, doch letztlich nicht gänzlich aus der Hand gegeben. Kommt der Staat seinen Aufgaben und Versprechen nicht nach, ist jeder Mensch befugt, wieder selbst die Dinge zu regeln, eben auch mit Gewalt. Dem gegenüber steht dann eine Sichtweise, die sich von der Gewaltausübung prinzipiell ‚verabschiedet‘ hat. Gewaltlosigkeit wird zu einem generellen Postulat, egal in welcher Situation. Allein die Unzu-

friedenheit mit der Arbeit staatlicher Behörden legitimiert in dieser Perspektive noch lange nicht das eigene vigilante Tun. Überhaupt wird ein solcher Abwägungsprozess, wann denn ein eigenes Gewalthandeln angemessen sei, gar nicht erst unternommen. Vor allem durch diese ganz grundsätzliche Grenze zur Gewalt (und zur Argumentation der Gegenseite) wird die eigene Position besonders pointiert.

Diese relationalen Logiken vieler Argumente und Debattenverläufe verdeutlichen noch einmal die Grundkonstellation der modernen Gewaltkonstellation. Das Zusammenspiel von staatlichem Gewalt- und Strafmonopol und der modernen Gewaltaversion ist eine *umkämpfte Ordnung*. Diese hat starke Argumente und Befürworter auf ihrer Seite, zudem staatliche Instrumente zur Erzwingung ihrer Erwartungen. Um diese Gewaltkonstellation kommt in der Moderne niemand herum; auch ihre Gegner arbeiten sich immer wieder an ihren Vorgaben ab. Nimmt man aber Legitimität und spezifisch einen Legitimitätsglauben im oben beschriebenen Sinne als wichtige Ressource moderner Institutionen und Ordnungen an, und akzeptiert man online geführte Debatten als Indikator für einen solchen Legitimitätsglauben, dann wird klar: Die dauerhafte Existenz moderner staatlicher Ordnung und ihrer Institutionen ist keineswegs selbstverständlich, Gewalt- und Rechtsmonopol sind prinzipiell fragil. Die institutionell-normative Gewaltordnung der Moderne ist historisch unter angebbaren Bedingungen, mit spezifischen Akteuren und Begründungen entstanden;²⁷ ihre Herausforderer sind jedoch keineswegs restlos verschwunden.

5.6 Fazit

Vigilante Gruppen können unter einer ganzen Reihe von Aspekten analysiert werden: ihrem Gewalteinsatz, ihren medialen Vorbildern etc. Die Perspektive auf Legitimität und Legitimationen erweist sich aber aus meiner Sicht als sinnvoll, um drei Dinge aufzuhellen. Erstens wird das Selbstverständnis vigilanter Gruppen deutlich. Dieser Aspekt bleibt oft unterbelichtet zugunsten einer Darstellung von Vigilanten als ‚vormodernen Wilden‘. Im Gegensatz zu solchen Deutungen erweisen sich vigilante Gruppen als durchaus moderne Akteure, als sie um die Gewaltordnung moderner Gesellschaften mitsamt ihren Institutionen sehr genau wissen – diesen aber gleichwohl kritisch gegenüber stehen. Dies muss aber keineswegs bedeuten, dass die Gruppen eine Rückkehr in vorstaatliche Zeiten anstreben, im Gegenteil: Häufig fordern sie ja gerade staatliches Handeln vehement ein.

²⁷ Heinz-Gerhard Haupt, *Gewalt und Politik im Europa des 19. und 20. Jahrhunderts*, Göttingen 2012.

Zweitens, und damit in Zusammenhang stehend, wird ihr konflikthaftes Verhältnis zum Staat klarer erkennbar. Dabei wird deutlich, dass nicht allein der Verstoß gegen Waffengesetze oder Körperverletzungen ein Problem darstellen, sondern nicht zuletzt die (explizit oder implizit) vorgetragene Delegitimierung zentraler staatlicher Institutionen wie Gewaltmonopol und Strafmonopol. Staatliche Akteure können deshalb solche Taten nicht einfach nur „verfahrensmäßig“ (Luhmann) bearbeiten, sondern müssen ihrerseits mit Delegitimierungen des Vigilantismus antworten.

Drittens schließlich: Selbst wenn vigilante Gewalt als empirisches Phänomen in Deutschland vergleichsweise selten ist, erweisen sich die Diskussionen um solche Fälle als sehr grundsätzlich und weisen zahlreiche Verbindungen zu anderen, politisch und soziologisch hoch relevanten Feldern auf. Die Analyse von Vigilantismus-Diskursen wird somit zur Analyse zentraler gesellschaftlicher Konfliktfelder.

III. Republikanische Infrastrukturen

III.1

This Party Sucks? Ansätze zu einer politischen Theorie politischer Parteien

Oliver W. Lembcke

1.1 Philosophisches Schweigen

Vor ein paar Jahren malte Robert E. Goodin ein Bild einer modernen Gesellschaft, deren politische Ordnung keine Parteien kennt. Das Bild sollte einen Kontrapunkt setzen gegen die allgemeine Parteienverdrossenheit, denn eine solche „parteienfreie“ Organisation der Politik sei Goodin zufolge alles andere als erstrebenswert.¹ Anstelle des von vielen Bürgern als kleinkariertes Parteigezänk abgelehnten mühsamen, oft zähen Ringens um die Durchsetzung der jeweiligen Interessen und Programme würde sich im Handumdrehen eine neue, im Grunde aber alte Organisationsform etablieren, nämlich die Klientelpolitik, betrieben von clanartig organisierten Identitätsgruppen, die nichts anderes als den Vorteil für sich und die Ihren suchten. Die Zeit bürokratisch organisierter Staatlichkeit mit einer eigenen, vom unmittelbaren Zugriff der Gesellschaft enthobenen „Wirkungs- und Entscheidungseinheit“, um eine bekannte Formel von Hermann Heller aufzugreifen, ist dann vorbei, so wird man Goodin wohl verstehen müssen. Stattdessen regierten allenthalben Patronage und Nepotismus, welche die Organisation und Koordination von Herausforderungen mit allgemeiner Reichweite nicht mehr zulassen würden. Ebenso wären dann kohärente politische Programme zur Lösung gesellschaftlicher Probleme kaum vorstellbar. Und die vermeintlich mündigen Bürger wären in Goodins Augen von jetzt auf gleich aller Wahrscheinlichkeit nach völlig überfordert, der neuen Herausforderung unmittelbarer politischer Selbstorganisation zu entsprechen. Sie wären zur Politik gezwungen, ohne dafür die geeigneten Mittel zu besitzen; und sie würden mit dem Verlust der parteipolitischen „Hintergrunderfüllung“ (Gehlen) vermutlich daher auch weitgehende individuelle Freiheitseinschränkungen hinnehmen müssen, um den arbeitsteiligen Funktionsausfall zu kompensieren. Ob der Einzelne dann noch die freie Wahl hätte, sein Leben den eigenen Vorstellungen gemäß zu führen, etwa vormittags als Privatmensch, nachmittags als Arbeitstier und abends als Kulturschaffender? Wer weiß. Die Moral, die Goodin mit seinem Gedankenexperiment beabsichtigt, dürfte klar sein:

¹ Robert E. Goodin, *Innovating Democracy: Democratic Theory and Practice After the Deliberative Turn*, Oxford 2008, S. 210 ff.

Würde die (oftmals sehr harsche) Kritik an den politischen Parteien Wirklichkeit werden, dann hätten sich die Bürger von heute mit einem Schlag selbst zurück in die Vormoderne katapultiert.

Nicht jeder ist bereit, dieses Schreckensbild zu akzeptieren.² Aber man kann diesem Szenario sicher die folgende (und von Goodin beabsichtigte) Botschaft entnehmen, dass nämlich politische Parteien einen Eigenwert besitzen, über den nachzudenken, es sich lohnt. Mit dieser Botschaft ist im Kern zugleich auch das Anliegen dieses Beitrags beschrieben, dem die Perspektive des Bandes in dieser Hinsicht gelegen kommt. Denn die programmatiche Frage nach der „Philosophie der Republik“ lässt Raum, in politiktheoretischer Absicht der normativen Dimension politischer Parteien einmal nachzuspüren. Diese Spurensuche erscheint umso lohnenswerter, als die alte Einschätzung des Doyens der Parteienforschung von vor rund 75 Jahren immer noch ihre Berechtigung zu haben scheint. Politische Parteien, so Elmer E. Schattschneider in seinem Standardwerk *Party Government*,³ seien „the orphans of political philosophy“.

Mit Blick auf die politische Philosophie der Gegenwart ist nur festzustellen, dass die Waise immer noch keine Adoptiveltern gefunden hat.⁴ So kommt es zu dem etwas merkwürdig anmutenden Befund, dass vom Mainstream in der Politikwissenschaft zwar Hektoliter an Tinte über politische Parteien vergossen werden, sich aber die Riege der modernen politischen Philosophen zu diesem Thema ausschweigt. John Rawls etwa, um einen prominenten Vertreter der liberalen Richtung zu wählen, kommt im Rahmen seiner Gerechtigkeitstheorie ohne Parteien aus.⁵ Allenfalls lässt sich dieser Hinweise für eine gerechtere Organisation des Parteienwettbewerbs entnehmen.⁶ Philipp Pettit wiederum entwirft ein „Republican Model of Democracy“, das zwar politische Parteien thematisiert, aber doch nur als negative Kontrastfolie, die dazu dient, über Alternativen zur Vorherrschaft der Parteipolitik nachzudenken.⁷ Auch im Land, in dem die Entwicklung der politischen Parteien im modernen Sinne ihren Ursprung hatte, finden diese wenig Resonanz. So sieht Michael Oakeshott in ihnen vor allem die Träger jener Rationalisierungsprozesse, die den modernen Staat in

² Ben Saunders, „Democracy after Deliberation“, *Res Publica* 15:3 (2009), S. 315–319.

³ Elmer E. Schattschneider, *Party Government: American Government in Action*, New York 1942, S. 10.

⁴ Cum grano salis ergibt sich derselbe Befund für die politische Theorie, weshalb die beiden Disziplinen in diesem Beitrag im Grunde synonym verwendet werden, obwohl sie dies weder als Disziplinen noch hinsichtlich ihrer inhaltlichen Ausrichtung sind.

⁵ Diese Einschätzung gilt im Kern gleichermaßen für alle drei Varianten: John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.) 1971; ders., *Political Liberalism*, New York 1993; ders., *Justice as Fairness. A Restatement*, hg. von Erin Kelly, Cambridge (Mass.)/London 2001.

⁶ Eric Freedman, „Campaign Finance and the First Amendment: A Rawlsian Analysis“, in: *Iowa Law Review* 85 (2009), S. 1065–1105.

⁷ Philip Pettit, *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge 2012, v.a. Kap. 4–5.

eine Zweckgemeinschaft (*enterprise association*) verwandelt hat, in der nicht das Recht die Grundlage des Zusammenlebens bildet, sondern das stetige Streben nach Wohlfahrtsoptimierung.⁸ Etwas anders stellen sich die Dinge dar, wenn man auf die sogenannte agonale oder radikale Demokratietheorie à la Chantal Mouffe schaut. Bei Mouffe findet sich zwar keine explizite Würdigung politischer Parteien, dafür jedoch ein ausgeprägter Sinn für die Bedeutung der Organisation kollektiven Handelns in der Politik. Diesen Teil des marxistischen Erbes preiszugeben, ist für sie gleichbedeutend mit einer grundlegenden Verkenntnung der Logik und Wirkungsweise des Politischen – eine Kritik, die Mouffe insbesondere an die Adresse der (heutzutage nicht mehr ganz so) „neuen Linken“ richtet.⁹

Angesichts dieses mageren Befundes, der auch im Falle eines ausführlicheren Traktats wenig mehr auf der philosophischen Habenseite zutage fördern würde,¹⁰ stellt sich die Frage nach den Gründen für diese Leerstelle. Gibt es über politische Parteien nichts Relevantes zu sagen, was im Zusammenhang etwa mit „Grund und Grenzen demokratischer Legitimation in wertepluralen Gesellschaften“ stehen könnte, um die Leitperspektive dieses Bandes aufzugreifen? Oder ist bereits alles gesagt, und zwar von der Parteienforschung, weshalb man politikphilosophisch/politiktheoretisch an anderer Stelle suchen müsste?

Beide Antworten sind nicht völlig von der Hand zu weisen, können aber nicht überzeugen. Um die Gründe dafür anschaulich zu machen, wird sich der Text im Folgenden um eine kleine Skizze der normativen Bedeutung politischer Parteien bemühen, die über die reine Aufzählung typischer Funktionen, die Parteien im Allgemeinen zugeschrieben werden, hinausgeht. Zu einer solchen Skizze gehört auch der Versuch, die spezifische Leistung politischer Parteien, die sie von anderen kollektiven Gruppen im politischen Prozess unterscheidet, herauszustreichen und dabei eine demokratietheoretisch relevante Perspektive auf die „Parteilichkeit“ als eine genuin politische Haltung zu entwickeln. Auf dieser Grundlage lässt sich dann zeigen, dass bereits aus Gründen der Dauerkrise, in der die Parteien in Europa schon seit längerer Zeit stecken, eine normative und zugleich demokratietheoretisch informierte Perspektive auf Parteien aufzumachen ist, um die Verlustrechnung zu ermessen, die der demokratischen Ordnung infolge einer fortgesetzten Erosion der Parteidemokratie droht.

⁸ Michael Oakeshott, *Lectures in the History of Political Thought*, hg. von Terry Nardin/Luke O’Sullivan, Exeter 2006, S. 482.

⁹ Chantal Mouffe, *Über das Politische: Wider die kosmopolitische Illusion*, Frankfurt a.M. 2007.

¹⁰ Eine Übersicht über den Forschungsstand liefern Veit Bader und Matteo Bonotti, „Introduction: Parties, Partisanship and Political Theory“, in: *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 17:3 (2014), S. 253–266.

1.2 Funktionen politischer Parteien

Wer die einschlägigen Werke der Parteienforschung durchmustert, wird keinen Mangel an Beschreibungen von Funktionen politischer Parteien finden. Wiesendahl¹¹ hat sich die Mühe gemacht, einen Katalog zu erstellen, der die unterschiedlichen Vorschläge zusammenträgt, und hat dabei knapp zwanzig Funktionen aufgelistet. In der Entwicklung der Parteienforschung ist diese Vielfalt zunächst eine Befreiung gegenüber den Zwängen des Strukturfunktionalismus gewesen, der die Funktionen der Parteien ausschließlich aus der Warte des Erhalts und der Stabilität politischer Systeme wahrgenommen hat.¹² Demgegenüber ist im weiteren Verlauf der Forschung zurecht eingewandt worden, dass politische Parteien immer auch eigene Interessen verfolgen.¹³

Man wird es als analytischen Zugewinn verbuchen können, dass sich in der Parteienforschung ein kombinatorisches Modell durchgesetzt hat, das die Vielfalt in der Funktionszuschreibung durch eine Ebenendifferenzierung hinsichtlich der „faces of party organization“¹⁴ einhegt. Diesem Ansatz zufolge lassen sich drei Erscheinungsformen politischer Parteien unterscheiden, nämlich: die Partei als soziale Bewegung, verdichtet in der Parteibasis mit den Parteiaktivisten („party on the ground“); die Partei als oligarchisch organisierter Verwaltungsapparat inklusive Parteiführung („party in central office“); die Partei als „Staat“ in Form ihrer Mandatsträger und Amtsinhaber („party in public office“).

In der Verbindung der Funktionen mit der jeweiligen Erscheinungsform politischer Parteien hat sich in der Parteienforschung eine Art kleinsten gemeinsamer Nenner herausgebildet, der zwischen zwei grundsätzlichen Funktionsdimensionen unterscheidet,¹⁵ nämlich zwischen der *repräsentativen Dimension* einerseits, zu der maßgeblich die Responsivität gegenüber gesellschaftlichen Interessen zählt (z.B. durch die Aggregations- und Artikulationsfunktion), und der *gouvernementalen Dimension* andererseits, zu der die Erarbeitung von politischen Programmen (Policy-Funktion) ebenso gehört wie die elekt-

¹¹ Elmar Wiesendahl, *Parteien und Demokratie. Eine soziologische Analyse paradigmatischer Ansätze der Parteienforschung*, Opladen 1980, S. 188.

¹² David Easton, *A System Analysis of Political Life*, New York 1965.

¹³ Elmar Wiesendahl, *Parteien in Perspektive. Theoretische Ansichten zur Organisationswirklichkeit politischer Parteien*, Opladen 1998, S. 75 ff. Im Grunde handelt es sich bei dieser Einsicht um eine Verlängerung des Weberschen Diktums, dass man als politischer Akteur in der Moderne nicht nur *für* die Politik, sondern auch *von* ihr leben will, Max Weber, „Politik als Beruf“, in: ders.: *Gesammelte Politische Schriften*, hrsg. von Johannes Winckelmann, Tübingen 1988, S. 513 ff.

¹⁴ Richard Katz/Peter Mair, „The Evolution of Party Organizations in Europe: The Three Faces of Party Organization“, in: *The American Review of Politics* 14:1 (1993), S. 593–617.

¹⁵ Klaus Detterbeck, *Parteien und Parteiensystem*, Konstanz 2011, S. 24 f.; Elmar Wiesendahl, *Parteien*, Frankfurt a.M. 2006, S. 21.

torale Konkurrenz um Machterwerb und Machterhalt (Steuerungsfunktion) sowie die Rekrutierung und Auswahl des politischen Personals (Elitenrekrutierungsfunktion).

Gegenüber dieser robusten Zweiteilung der Funktionsdimensionen hat es sich als wenig erfolgversprechend erwiesen, das Eigeninteresse der Partei als eine eigenständige Dimension zu konturieren. Vielmehr ist es plausibel, davon auszugehen, dass die politischen Parteien in beiden Dimensionen nicht nur als Funktionsträger auftreten, sondern immer auch als Akteure mit eigenen Interessen handeln.¹⁶ Hingegen haben die Metaphern des „Transmissionsriemens“¹⁷ oder der „linkage“¹⁸ eine gewisse Berechtigung, da sich die beiden Dimensionen nicht beziehungslos gegenüberstehen, sondern es gerade zum Erfolgsgeheimnis der politischen Parteien gehört, beide miteinander zu einem Verweisungszusammenhang verbunden zu haben. Dieser Aspekt wird üblicherweise leicht übersehen, dabei ist er für ein normatives Verständnis der politischen Parteien von entscheidender Bedeutung.

Die Rede vom „Transmissionsriemen“ oder „linkage“ legt nahe, dass beide Dimensionen miteinander verbunden werden können. Das ist jedoch mitnichten selbstverständlich. Und wenn man eine Kritik an dieser metaphorischen Rede üben wollte, so bestünde eine solche vielleicht darin, dass sie sprachlich ein Funktionsgelingen insinuiert, das unter praktischen Bedingungen überaus anspruchsvoll ist. Zuletzt hat Mair eindrucksvoll und eindringlich auf das Spannungsverhältnis hingewiesen, in dem die politischen Parteien stehen, wenn sie als „governor“ Regierungsfunktionen ausüben. Nur allzu leicht wandelt sich das Versprechen der „Responsivität“ gegenüber ihren Wählern in einen Verrat an deren Interessen, weil die Parteien aufgrund der neuen Lage gezwungen sind, andere Interessen zu verfolgen, als die „party on the ground“ verkündet hatte¹⁹ – ein „trade off“ zwischen Responsivität und Responsibilität. Spannungen treten im Übrigen nicht nur zwischen den unterschiedlichen Funktionen auf, sondern auch innerhalb der jeweiligen Funktionsdimension. Jede Aggregation von Interessen mit dem Ziel, den Stimmen Gewicht zu verleihen, geht zwangsläufig zulasten der Artikulationsreichweite, in der sich die Vielfalt der Stimmen wider-spiegeln soll. Daher ist Bader unbedingt zuzustimmen, wenn er aus organisationssoziologischer Sicht die Schwierigkeiten betont, denen Parteien bei der Er-

¹⁶ Winfried Steffani, „Parteien als soziale Organisationen. Zur politologischen Parteienanalyse“, in: *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 19:4 (1988), S. 549–560.

¹⁷ Ulrich von Alemann, *Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Opladen 2001, S. 209 f.

¹⁸ Thomas Poguntke, *Parteiorganisation im Wandel – Gesellschaftliche Verankerung und organisatorische Anpassung im europäischen Vergleich*, Wiesbaden 2000.

¹⁹ Peter Mair, *Representative versus Responsible Government* (MPIfG Working Paper 09/8), Köln 2009.

füllung der verschiedenen Funktionen begegnen.²⁰ Aber das Spannungsverhältnis zwischen der Repräsentationsdimension und der Regierungsdimension ist doch von strukturbildender Bedeutung. Wie lässt sich nun die Verbindung dieser beiden Dimensionen erfassen? Dazu dient im Weiteren ein ideengeschichtlicher Rekurs auf James Madisons Theorie der „factions“.

1.3 Inklusion und Integration

Madisons Warnung vor den ambivalenten „factions“²¹ gehört zu den bekanntesten und zugleich „republikträgten“ Referenzen innerhalb der Ideengeschichte, soweit diese überhaupt etwas zu politischen Parteien zu sagen hat. Denn auch hier gilt sehr weitgehend, was eingangs über die politische Philosophie gesagt worden ist: sie schweigt oder äußert sich abschätzig über Parteien. In einem negativen Sinne sind auch die Bemerkungen der *Federalists* verstanden worden. Die „schwerwiegendsten Fehlentwicklungen“, so Madison im Versuch, die Institutionen des Regierungssystems zu rechtfertigen, „sind vielmehr hauptsächlich, wenn nicht gänzlich, Folgen der Unzuverlässigkeit und Unge rechtigkeit, mit denen der Geist der Faktionen [factions] unsere öffentlichen Institutionen vergiftet hat“; und er führt zu den „factions“ weiter aus, dass es sich dabei um „eine Gruppe von Bürgern [handelt, OWL] – das kann eine Mehrheit oder Minderheit der Gesamtheit sein, – die durch den gemeinsamen Impuls einer Leidenschaft oder eines Interesses vereint und zum Handeln motiviert ist, welcher im Widerspruch zu den Rechten anderer Bürger oder dem permanenten und gemeinsamen Interesse der Gemeinschaft steht“.²²

Es liegt nahe, diese begriffliche Bestimmung der Faktionen auch auf politische Parteien zu beziehen, die dann ebenfalls dem Verdikt der Partikularität respektive Parteilichkeit unterfielen, strukturell unfähig einen Dienst am Großen und Ganzen des Gemeinwohls zu leisten. Gleichwohl können Madisons Überlegungen, so die Arbeitshypothese, als Ausgangspunkt dienen, um die demokratische Bedeutung politischer Parteien in einem politiktheoretischen Sinne zu rekonstruieren. Man wird Madisons Warnung wohl richtig verstehen, wenn man die „factions“ als relevante, weil mächtvolle politische Akteure begreift, die deswegen von Bedeutung sind, weil von ihnen eine

²⁰ Veit Bader, „Crisis of Political Parties and Representative Democracies: Rethinking Parties in Associational, Experimentalist Governance“, in: *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 17:3 (2014), S. 350–376.

²¹ Federalist Papers Nr. 10; Alexander Hamilton/James Madison/John Jay: *Die Federalist-Artikel. Politische Theorie und Verfassungskommentar der amerikanischen Gründerväter. Mit dem englischen und deutschen Text der Verfassung der USA*, hg. von Angela Adams und Willi Paul Adams, Paderborn u.a. 1994, S. 51 f.

²² Federalist Papers Nr. 51; Hamilton/Madison/Jay, *Die Federalist-Artikel*, S. 314.

grundsätzlich freiheitsbedrohende Wirkung ausgeht. Diese Wirkung als eine politisch relevante Macht zu begreifen, heißt für Madison, dass diese Macht der institutionellen Hegung durch ein System der Vermittlung – von ihm *Republic* genannt – bedarf, in dem die Unmittelbarkeit der politischen Wirkung, die in Madisons Augen charakteristisch für demokratische Herrschaft ist, moderiert und zivilisiert wird.

Ein solches Institutionendesign setzt in seinen Augen jedoch eine politische Gegenmacht voraus, die eine demokratische Machtkonkurrenz ermöglichen soll: „Machtstreben [*ambition*] muss Machtstreben entgegenwirken“, wie Madison²³ formuliert. Die erste grundlegende Einsicht mithin, die man Madisons Ausführungen entnehmen kann und die zur Grundüberzeugung der klassischen Pluralismustheoretiker – etwa von Dewey zu Dahl²⁴ – geworden ist, besteht darin, dass nur eine Pluralität machtvoller politischer Akteure die intendierte moderierende Wirkung entfalten kann, die sich dann in einem System der „checks and balances“ wechselseitig in Schach halten. Und diese Akteure sind die politischen Parteien.

Madisons Begriff der „factions“ markiert zweitens den Dissens am Grunde des Politischen. Die Vielheit der Masse (*multitudo*) stellt die zentrale Herausforderung für jede politische Ordnung dar, und zwar funktional durch das Erfordernis politischer Organisation und Koordination; und normativ durch den Anspruch der politischen Inklusion, die sich seit der Neuzeit mit dem Postulat politischer Gleichheit verbindet. Politische Parteien präsentieren sich als eine Antwort auf diese Herausforderungen, indem sie als organisierter „Teil“ dieser Vielheit auftreten, den sie gegenüber der Ordnung (Staat) repräsentieren. Sie sind daher Träger politischer Inklusion, allerdings im demokratischen Modus der Exklusion und Konkurrenz.

Setzt man die beiden Ausführungen von Madison über „factions“ und „ambitions“ miteinander in Verbindung, so ergibt sich ein Zugang zur Genese der politischen Parteien als soziale Bewegungen, denen gegenüber Parteien jedoch ein Eigenleben entwickeln. Soziale Bewegungen entstehen typischerweise zunächst aus Unzufriedenheit mit bestehenden Verhältnissen, die sie durch Protest- oder Widerstandsaktionen ganz im Sinne ihrer Mitglieder zu beeinflussen suchen. Erst wenn diese „überhitzte Dynamik“ in eine kontinuierliche Beteiligung an der politischen Willensbildung transformiert wird, gewinnt die Partei in Abgrenzung zur sozialen Bewegung Kontur, indem sie sich in stärkerem Maße der „Einflusslogik“ öffnet.²⁵ Daher ist das Wort treffend, das vom philo-

²³ Ebd.

²⁴ Oliver W. Lembcke/Florian Weber, „Die politische Theorie des postmodernen Pluralismus: Bonnie Honig“, in: André Brodocz/Gary S. Schaal (Hg.), *Politische Theorie der Gegenwart*, Bd. 3, Opladen/Farmington Hills 2016, S. 99–130.

²⁵ Während die „Mitgliedschaftslogik“ vornehmlich Bedacht auf die Interessen und Ansprüche der eigenen Mitglieder nimmt, stellt die „Einflusslogik“ die Erwartungshaltungen in

sophischen Begriffsjongleur Sloterdijk stammt, der politische Parteien als „ausgekühlte Empörungsgruppen“ bezeichnet.²⁶ Denn nur auf der Grundlage einer gesteigerten „Affektkontrolle“ entwickelt eine politische Partei die integrativen Fähigkeiten, mit denen sie ihre Parteibasis loyal an sich binden kann und deren Loyalität wiederum die entscheidende Voraussetzung einer auf Dauer angelegten politischen Repräsentation ist. Wie bereits angedeutet, beschränkt sich für die politischen Parteien der Erfolg im Ringen mit der Konkurrenz nicht allein darauf, möglichst vorteilhafte Kompromisse auszuhandeln – darin liegt, wenn man so möchte, die Außenseite der Repräsentation –, sondern es muss ihnen aus Gründen des Erfolgs auch darum gehen, dass die Mitglieder den Kompromiss akzeptieren. Darin liegt die Binnenseite der Repräsentation; und diese ist nicht von geringerer politischer Bedeutung, weil andernfalls der Verhandlungserfolg nicht abgesichert werden könnte. Daher muss die Parteiführung im Laufe der Zeit genügend Autorität gewinnen, um in der Lage zu sein, die „Kröten“ schmackhaft zu machen, die als Bestandteil des Kompromisses (von der Basis) zu schlucken sind.

Bei Madison findet sich keine explizite Verbindung seiner beiden Theoreme. Daher bleibt es „nur“ bei der Einsicht in das Wechselspiel von Macht und Gegenmacht. In der Logik seiner Analyse der „ambition“ liegt jedoch auch ein mäßigendes Moment gegenüber dem Faktionalismus, den er als das eigentliche Gift einer freiheitlichen Ordnung ausgemacht hat. Denn wie gesehen, richtet sich das Machtstreben auch nach innen und stellt der „faction“ die Gretchenfrage: Prinzipienhaftigkeit oder Erfolg? Wie lange können Mitglieder mit einer reinen Lehre zufrieden sein, die sich doch nicht durchsetzen lässt? Mit dieser Frage lässt sich den Überlegungen eine dritte Einsicht abgewinnen, die mit Madison gewissermaßen über ihn hinausgeht und den Blick nach innen auf die „faction“ selbst richtet. Bereits die Grundsatzentscheidung zwischen Standfestigkeit und Klugheit sowie die mit ihr verbundenen Handlungsoptionen und Strategiemöglichkeiten setzen typischerweise selbst wieder Energien des Machtstrebens frei, die jedenfalls für das Binnenleben von politischen Parteien charakteristisch sind. Man denke nur an die nahezu unvermeidlichen Flügelkämpfe, die zum Alltag im Grunde jeder etablierten Partei gehören. Anders gesagt: Das Wechselspiel von „ambitions“ und „counter-ambitions“, das Madison als demokratischen Modus vor den Karren seiner Republik spannen will, beschränkt sich

der Umwelt der eigenen Organisation in Rechnung. Zum konzeptionellen Begriffspaar der Mitgliedschafts- und Einflusslogik vgl. Wolfgang Streeck, „Staat und Verbände: Neue Frage, neue Antworten?“, in: ders., *Korporatismus in Deutschland. Zwischen Nationalstaat und Europäischer Union*, Frankfurt a.M./New York 1999, S. 288.

²⁶ Zitiert nach Richard Stöss, *Ursprung und Wendemarken der Parteienentwicklung. Thesen zur Zukunft der Parteidemokratie* (Policy Paper, Nr. 5, Heinrich-Böll-Stiftung), S. 5 – abrufbar unter: https://gutvertreten.boell.de/sites/default/files/policy_paper_05_richard_stoess.pdf (Zugriff 11.03.2017).

nicht auf die Konkurrenz zwischen den politischen Parteien, sondern vollzieht sich ebenso innerhalb der Parteien – mit nachhaltigen Integrationswirkungen.

In einer Zusammenschau der unterschiedlichen Funktionen politischer Parteien wird mithin die Bedeutung erkennbar, die den beiden Momenten der Inklusion und Integration zukommen. Historisch betrachtet, hat bereits die Inklusion der Mitglieder auf der Grundlage politischer Gleichheit eine wesentliche Voraussetzung für eine durch politische Parteien induzierte Integration geschaffen, und zwar überall dort, wo Pluralitätserfahrungen in ein demokratisches Wechselspiel von „ambitions“ und „counter-ambitions“ übersetzt werden konnte. Diese Hegung des politischen Kampfes vollzieht sich sowohl „inter partes“ als auch „intra partes“ – mit möglichem *spill over* zwischen den beiden Arenen und verdichtet sich zu einer wirklichen „regulated rivalry“,²⁷ sofern die Mitglieder bereit sind, die Mehrheitsregel sowohl im Streit mit den „Partei-freunden“ als auch in der Auseinandersetzung mit dem „Gegner“ als Institution zu akzeptieren.

1.4 Parteilichkeit und Kompromiss

Die Unterordnung unter die Mehrheitslogik sollte einem *power thirsty animal* (Hobbes) umso leichter fallen, als sie selbst Ausdruck von „ambition“ ist. Das innerparteiliche Machtkalkül verbindet damit die Hoffnung, durch Geschlossenheit die eigenen Wahlchancen zu erhöhen; und auf der Ebene der Parteienkonkurrenz selbst hilft nur das Werben um möglichst weite Wählerkreise, will man erfolgreich sein. Daraus ergibt sich nahezu zwangsläufig ein Streben, so viele Interessen wie möglich zu adressieren, zu artikulieren und zu aggregieren – eine expansive und selbstreflexive Rationalität der Macht im demokratischen Gewand, die zumindest insoweit einen Selbstwert besitzt, als sie sich friedlich vollzieht. Ein inneres Maß gewinnt dieses Machtstreben jedoch erst durch ein Ethos der „regulated rivalry“, die um die Pluralität der Akteure weiß und nicht für sich in Anspruch nehmen will, für „das Volk“ zu sprechen.²⁸ Vor diesem Hintergrund gewinnt die Parteilichkeit der politischen Parteien ihren tieferen, freiheitlichen Sinn.²⁹

²⁷ Nancy L. Rosenblum, *On the side of the angels: an appreciation of parties and partisanship*, Princeton (NJ)/Oxford 2008, S. 124.

²⁸ Ein solcher Anspruch ist von je her ein Zeichen für „Populismus“; daran erinnert zu-recht Jan-Werner Müller, *Was ist Populismus? Ein Essay*, Berlin 2016.

²⁹ Russell Muirhead, „A Defense of Party Spirit“, in: *Perspectives on Politics* 4:4 (2006), S. 713–727; Rosenblum, *On the Side of the Angels*. Zum Verhältnis von Parteilichkeit in den Sphären der Politik und der Politischen Theorie siehe Edward B. Portis/Adolf G. Gunderson/Ruth L. Shively (Hg.), *Political Theory and Partisan Politics*, Albany (NY) 2000.

In der Literatur hat es vereinzelte Bemühungen gegeben, stärker die realpolitischen Voraussetzungen eines funktionsfähigen deliberativen Demokratiemodells ins Zentrum der Aufmerksamkeit zu rücken.³⁰ Ein zentraler Gedanke in diesem Zusammenhang richtet sich dabei auf die Notwendigkeit, in einen solchen Diskurs, der mit dem Anspruch und Ziel wechselseitiger Aufklärung geführt werden soll, politisch relevante Unterschiede einzuspeisen³¹ – und dafür bedarf es politischer Parteien. Parteien werden, wie erwähnt, die Funktionen der Interessenartikulation und Interessenaggregation zugeschrieben, aber diese Funktionen sind voraussetzungsreich: Erstens bedarf es dafür Macht zum Agenda-Setting, d.h. hinreichender Ressourcen zur Auswahl und Aufbereitung (aber auch des Ausschlusses) von Themen; zweitens müssen sie im Konzert der zahllosen Argumente deutlich machen können, aus welchen Gründen und mit welchem Zwecke sie bestimmte Politiken verfolgen; und drittens schließlich ist es nicht selten notwendig, ein bestimmtes Ausmaß an Konfliktivität herzustellen. Denn in der „neuen Unübersichtlichkeit“ (Habermas) der gesellschaftlichen Pluralität existieren viele Differenzen und Dissense. Welche davon sind politisch relevant? Und warum? Indem politische Parteien Konflikte gestalten und profilieren, schaffen sie zumindest eine Voraussetzung, ohne die ein öffentlicher Diskurs mit dem Anspruch auf Aufklärung von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre. Von dieser Warte aus betrachtet, wäre die parteipolitische Parteilichkeit zumindest als ein maßgeblicher Schritt auf dem Wege zu einem gehaltvollen Verständnis demokratischer Selbstbestimmung zu begreifen. Deutlich wird an diesen Hinweisen zumindest, dass politische Parteien nicht (mehr) als Verwalter vorhandener Konfliktstrukturen fungieren, sondern dass sie politische Kreativität im Umgang mit gesellschaftlichen Interessen beweisen müssen.

Das gilt in erster Linie für die Arbeit am Kompromiss. Kompromisse sind Übereinstimmungen, die am Ende einer Verhandlung über strittige Fragen stehen.³² Damit sind zwei Dinge begriffsnotwendig vorausgesetzt: ein Streit und eine Sache, um die es geht und über die man sich einigt. Die Sachlichkeit im Ergebnis des Umgangs mit einer Sache, die im Streit steht, ist zweifellos Ausdruck menschlicher Rationalität – und eben deswegen unter anderem von Simmel³³ als „eine der größten Erfindungen der Menschheit“ gefeiert worden. Vom Konsens, dem Liebling der Philosophie, unterscheidet sich der Kompromiss nicht durch Sachlichkeit oder den Erfolg der Übereinstimmung, sondern durch

³⁰ Siehe dazu bezogen auf die Konzeption des „Political Liberalism“ von John Rawls den Ansatz von Russell Muirhead/Nancy L. Rosenblum, „Political Liberalism vs. ‚The Great Game of Politics‘: The Politics of Political Liberalism“, in: *Perspectives on Politics* 4:1 (2006), S. 99–108.

³¹ Rosenblum, *On the Side of the Angels*, S. 160; dies., „Partisanship and Independence. The Peculiar Moralism of American politics“, in: *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 17:3 (2014), S. 337–358.

³² Bernhard Sutor, *Kleine politische Ethik*, Bonn 1997, S. 62 f.

³³ Georg Simmel, *Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, 5. Aufl., Berlin 1968, S. 250.

den Streit.³⁴ Daher ist der Kompromiss ein Gefährte der Politik; und Kompromisse zu schmieden, ist vornehmlich eine Kunst der Klugheit (im aristotelischen Sinne), mithin eine Sache der Praxis.

Die Praxis der Politik verlangt für die Kunst des Kompromisses einige Fähigkeiten und Eigenschaften, ohne die der Kompromiss schnell zu einem „faulen Kompromiss“ verkommt. So bedarf es in jedem Fall der Toleranz gegenüber dem Verhandlungspartner, weshalb auch kleine Fortschritte grundsätzlich kein Grund zur Klage sind. Diese Kraft nicht aufbringen zu können, ist ein Merkmal des Extremismus, dessen hervorstechendstes Kennzeichen eben die Kompromisslosigkeit ist. Überdies gelingen (politische) Kompromisse vor allem dann, wenn die Verhandlungspartner weder die Sache noch den Kontext aus dem Blick verlieren. Gerade darin liegt aber eine strukturelle Stärke der politischen Parteien. Denn sie verfügen anders als Interessengruppen über ein Sachinteresse, das typischerweise mit anderen Themenfeldern verknüpft ist. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang eine Referenz aus der Zeit kurz vor dem Ende der Weimarer Republik: „Politisch aber werden sie [die Parteien, OWL] nicht nur durch ihren Machtanspruch, sondern durch die Erfüllung ihrer wesentlich politischen Funktion. Sie beruht nicht nur auf der Willenskonzentration der chaotisch differenzierten Einzelwillen, sondern auf der Durchpolitisierung solcher privaten Interessenbestrebungen und ihrer Einbettung in die Gesamtinteressen.“³⁵

Diese „demokratische“ Bildung von Gesamtinteressen, die deswegen noch keineswegs gemeinwohlträchtig sein müssen, ist zwar strukturell zeitintensiv und droht daher als ineffizient oder gar ineffektiv wahrgenommen zu werden. Prozesse dieser Art eröffnen aber gerade jene transformativen Räume, die der Politik ihren Eigenwert geben,³⁶ weil aus ihnen – um das „Strucksche Gesetz“³⁷ zu paraphrasieren – nichts so herauskommt, wie es hineingelangt ist. Damit solche Transformationspotentiale realisiert werden können, muss eine Bedingung erfüllt sein: Die kollektiven Akteure dürfen nicht zu Identitätsgruppen

³⁴ Für den Kompromiss ist die Übereinstimmung daher stets ein umstrittenes Resultat, für den Konsens ist diese „nur“ eine Resultante der Zustimmung über eine Sache. Deswegen muss über einen Kompromiss viel geredet werden, dem Konsens hingegen reicht das Schweigen – nach dem Motto: „Wer schweigt, stimmt zu“; vgl. Oliver W. Lembcke, *Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen 2007, S. 253.

³⁵ Das Zitat stammt von Sigmund Neumann (1932), zitiert nach Richard Stöss, *Parteien-Handbuch. Die Parteien der Bundesrepublik Deutschland 1945–1980*, Sonderausgabe, Bd. 1 (AUD – CDU), Wiesbaden 1986, S. 136.

³⁶ James G. March/Johan P. Olsen, *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York/London 1989.

³⁷ Das „Gesetz“ stammt vom ehemaligen Fraktionsvorsitzenden Peter Struck (SPD) und bezieht sich auf die Gesetzesvorlagen der Regierung, denen gegenüber Strucks Diktum auf die Ergänzungs- und Veränderungsmacht des Parlaments und seiner Ausschüsse aufmerksam machen will.

verklumpen. Denn dies hätte eine Segmentierung der Parteidemokratie, allen voran des Parteiensystems zur Folge, die eine demokratische Bildung von Gesamtinteressen verhindern würde. Politik würde sich dann entlang der Religion, Herkunft, Abstammung etc. vollziehen. Die sogenannten kleinen Demokratien in Westeuropa haben zwar gezeigt, dass diese Art der geschlossenen Gruppenbildung stabile politische Systeme hervorbringen kann, die keinen Vergleich zu scheuen brauchen.³⁸ In anderen, weniger toleranten Gesellschaften, die nicht über die Tradition der „Akkommodation“³⁹ verfügen, führt diese Art der „Versäulung“ jedoch leicht in den Abgrund. So schlecht der Ruf der Parteilichkeit, insbesondere in parteipolitischen Kontexten auch sein mag, sie ist das Gegenmittel zu einer solchen Versäulungspolitik. Demokratische Parteien sind grundsätzlich – bereits aus Eigennutz – offen für jedermann: Katholiken sind Sozialdemokraten; unter den Linken finden sich ein oder zwei Millionäre; Autoverkäufer wählen mitunter auch Grün; Atheisten können in den Vorstand der CDU oder CSU aufsteigen; und Homosexuelle ihre eigene Gruppe in der AfD gründen. Parteilichkeit der Parteien heißt, mit anderen Worten, Gruppenbildung auf der Grundlage politischer Überzeugungen oder Ideologie,⁴⁰ die sich gerade weil es das Politische betrifft, ändern können, sonst wären es keine demokratiekompatiblen Überzeugungen. Daher genügt es politischen Parteien auch nicht, worauf Rosenblum⁴¹ zurecht hinweist, eine Gruppe zur anderen zu addieren. Mathematische Mehrheiten haben in der Politik nicht lange Bestand. Sie wollen überzeugen, ja müssen überzeugen, gerade weil es auch anders ginge – sonst gäbe es kein Recht der Opposition. Vielleicht könnte man sagen, dass die Kontingenz demokratischer Mehrheiten der eigentliche Treibstoff für das parteipolitische „Wir“ ist.

1.5 Prinzipal und Agent

Im Lichte der vorangegangenen Ausführungen erscheinen politische Parteien deswegen als maßgebliche Akteure demokratischer Ordnungen, weil nur sie in der Lage sind, die beiden grundlegenden Funktionen der Repräsentation und Regierung miteinander zu verbinden. In dieser Verbindung erfüllen sie darüber hinaus weitere Schlüsselfunktionen des Politischen, nämlich die der Integration und Inklusion, und zwar abhängig von ihrem Ethos der „regulated rivalry“. Es

³⁸ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven/London 1999.

³⁹ Arend Lijphart, *The Politics of Accommodation. Pluralism and Democracy in the Netherlands*, Berkeley/Los Angeles/London, 1968.

⁴⁰ Oliver W. Lembcke, „Kein Ende in Sicht. Zur Rolle der Ideologie in der Politik – aus Sicht der Politischen Theorie“, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 24:1–2 (2014), S. 149–161.

⁴¹ Rosenblum, *Partisanship and Independence*, S. 280.

sind diese Konzepte, die der Rede vom „Transmissionsriemen“ oder „linkage“ Anschauung und Inhalt verleihen. In dieser Weise lässt sich auch die Formel vom „Mittel und Mittler demokratischer Herrschaft“⁴² verstehen, die darüber hinaus einen Fingerzeig gibt, warum es den Parteien gelungen ist, als zentrale Agenten der Modernisierung und Demokratisierung aufzutreten. Ihr Erfolgsgeheimnis liegt im Grunde in einem republikanischen Demokratieverständnis, wonach die freiheitliche Ordnung nach Selbstreflexivität der Herrschaft verlangt (Volkssouveränität), deren latente Unmittelbarkeit aber institutionell vermittelt werden muss. Diesen Prinzipien tragen politische Parteien Rechnung, indem sie zum einen den demokratischen Grundsatz verwirklichen, dass in der Politik der Prinzipal und der Agent identisch sind – Prinzip der Selbstregierung durch Selbstgesetzgebung. Zum anderen präsentieren sie sich als eine Lösung für die Herausforderung, die Identität zwischen Prinzipal und Agent in eine gegliederte Organisation politischen Handelns zu übersetzen.

Die Organisation politischer Parteien hat sich bekanntlich über die Zeit hinweg immer wieder stark gewandelt, mit erheblichen Folgen für deren Funktionen, insbesondere für die Repräsentationsfunktion, wie der folgende Überblick zeigen wird. Dieser Überblick umfasst drei der historisch besonders relevanten Organisationstypen die Honoratiorenpartei, die Massenpartei und die Volkspartei. Bei den beiden ersten Typen handelt es sich um historisch mehr oder minder überkommene Formen, die in den Parteiensystemen der modernen europäischen Gesellschaften nicht mehr anzutreffen sind. Sie werden dennoch kurz vorgestellt, um im Kontrast zur Volkspartei erstens die Reichweite der Transformation politischer Parteien hinsichtlich ihrer eigenen Organisation zu veranschaulichen und zweitens die Eigenart des Typs der Volkspartei zu verdeutlichen. Darüber hinaus wird noch ein weiterer, vierter Typus, die „Kartellpartei“⁴³ vorgestellt werden, der gegenwärtig in der Partienforschung kontrovers diskutiert wird.⁴⁴ Diese Kontroverse wird hier jedoch ebenso wenig weiterverfolgt wie die zahlreichen anderen Varianten moderner Organisationstypen.⁴⁵ Vielmehr geht es darum, wesentliche Ausschnitte in der Entwicklung der Parteidemokratie anzusprechen und modellartig den für politische Parteien so bedeutsamen Verweisungszusammenhang von Organisation

⁴² Otto Stammer, „Politische Soziologie“, in: Arnold Gehlen/Helmut Schelsky (Hg.), *Soziologie. Ein Lehr- und Handbuch zur modernen Gesellschaftskunde*, Düsseldorf/Köln 1955, S. 302.

⁴³ Katz/Mair, Evolution p. 602.

⁴⁴ Ruud A. Koole, „Catch-All or Cartel? A Comment on the Notion of the Cartel Party“, in: *Party Politics* 2:4 (1996), S. 507–523; Elmar Wiesendahl, „Zwei Dekaden Party Change-Forschung. Eine kritische Bilanz“, in: David Gehne/Time Spier (Hg.), *Krise oder Wandel der Parteidemokratie*, Wiesbaden 2010, S. 96–101.

⁴⁵ Z. B. Caroline Morgenstern, *Den Parteien laufen die Mitglieder davon. Eine soziologische Untersuchung zur Funktionsfähigkeit der deutschen Parteien vor dem Hintergrund schwundender Mitgliederbestände*, Chemnitz 2014, S. 133–154.

und Funktion zu erhellen. „Modellartig“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass keine durchgreifende historische Perspektive angestrebt wird, sondern eine theoretische Sicht, die sich an die Idee des Idealtypus von Max Weber anlehnt. In diesem Sinne ist etwa der Organisationstyp der Volkspartei nicht als Ideal zu begreifen, sondern als eine ideative Verdichtung empirischer Befunde, mit der sich die Wirklichkeit „durchschauen“ und ordnen lässt. Im vorliegenden Zusammenhang leistet das Konzept des Idealtypus einen mehrfachen Beitrag: Es lokalisiert die jeweils spezifische Konfiguration von Organisation und Funktion innerhalb der verschiedenen Organisationstypen und liefert damit zugleich die Grundlage zur Analyse der strukturellen Veränderungen im Funktionshaushalt politischer Parteien. Pointiert gesagt, bietet die Analyse der Idealtypen Anschauung dafür, wie weit diese vom Ideal einer ausbalancierten Funktionserfüllung entfernt sind.

(1) Der Anfang der Parteiengeschichte ist bis weit in das 19. Jahrhundert bestimmt vom Typus der sogenannten Honoratiorenpartei, dessen Mitgliedschaft exklusiver Art war und sich auf jene Teile der Bevölkerung beschränkte, die es sich leisten konnten für die Politik zu leben. Dementsprechend gingen von diesem Typus kaum soziale Integrationswirkungen aus. Vielmehr beschränkte sich die Beziehung der Honoratioren zum Rest auf eine Repräsentation, die in Anlehnung an Edmund Burke – und dessen berühmter Rede vor den Wählern von Bristol (1774) – das *Trustee*-Modell genannt wird: Der politisch aktive Bürger (üblicherweise mit gehobenem sozialem Status) soll diesem Modell zufolge aufgrund seiner überlegenen Urteilskraft zum Repräsentanten der Nation gewählt werden – und nicht nur als Abgeordneter eines bestimmten Bezirks. Denn, so die Theorie der *virtual representation*,⁴⁶ seine Aufgabe hat es zu sein, die Herausforderungen zum Wohle des gesamten Volkes zu entscheiden; und eben nicht die Interessen und Belange der Leute von Bristol zu verfolgen.⁴⁷

(2) Konkurrenz erhält der Typus der Honoratiorenpartei im 19. Jahrhundert durch jenen der Massenpartei. Dieser Typus bildet sich infolge der mobilisierenden Wirkung grundlegender gesellschaftlicher Konflikte (*cleavages*) aus, die im Zuge der Nationalstaatenbildung entstehen und durch die industrielle Revolution erweitert und verschärft werden.⁴⁸ Die Ausweitung des allgemeinen

⁴⁶ Oliver W. Lembcke, „Theorien demokratischer Repräsentation“, in: ders./Claudia Ritz/Gary S. Schaal (Hg.), *Zeitgenössische Demokratietheorie. Bd. 2: Empirische Demokratietheorien*, Wiesbaden 2016, S. 23–58.

⁴⁷ Stöss, Ursprung und Wendemarken, verweist unter Rekurs auf Kirchheimer (Otto Kirchheimer, „Der Wandel des westeuropäischen Parteiensystems“, in: *PVS* 6:1 (1965), S. 20–41) auf die „historische“ Funktion dieses Parteitypus, nämlich: „Parteien sollen den Systemwechsel vom ständisch geprägten absolutistischen Obrigkeitstaat zum demokratischen Verfassungsstaat herbeiführen und dann die demokratische Ordnung durch Gewährleistung umfassender Partizipationsmöglichkeiten vollenden.“

⁴⁸ Die grundlegende Analyse zu den Formierungsprozessen der europäischen Parteien-

Wahlrechts (bis ca. 1920) sowie die Einführung der Verhältniswahl haben ihrerseits die Entwicklung des Typs der Massenpartei noch einmal maßgeblich befördert. Entsprechend ihrer Weltanschauung und ihrer sozialen Lage konnten sich nun die (neuen) Wahlbürger „ihre“ Partei suchen, die dadurch ideologisch hochgradig selektiv, zugleich aber intern in höchstem Maße integrativ wurde. Repräsentation durch politische Parteien bedeutete nun weitgehend Abbild der ideologisch aufgeladenen gesellschaftlichen Konfliktstrukturen. Vor diesem Hintergrund ist die These von Lipset und Rokkan über die „frozen party systems“ zu verstehen, wonach die europäischen Parteiensysteme mit der vollständigen Inklusion der Wahlbürger „eingefroren“ und deren Strukturen Ende der 1960er mit jenen der 1920er Jahre identisch seien.⁴⁹

(3) Untergründig haben sich sehr wohl Veränderungen angebahnt, die dann auch zum „Auftauen“ und zur Transformation der Parteiensysteme beigetragen haben, bewirkt durch den neuen Typus der Volksparteien. Kirchheimer (1965) hat diesen Typus, der sich nach dem Zweiten Weltkrieg jedenfalls in Europa durchzusetzen beginnt, auch als „catch-all-parties“ oder „Allerweltsparteien“ bezeichnet, um damit den Unterschied zu den Massenparteien prägnant auf den Begriff zu bringen. Denn gerade in Deutschland hat sich als Folge der Weltkriege eine umfassende gesellschaftliche und politische Integration in die neue Demokratie des Grundgesetzes vollzogen, begünstigt durch wirtschaftliche Prosperität und abgesichert durch die hegemoniale Stellung der Besatzungsmacht USA. Unter diesen Bedingungen haben sich die Klassengegensätze und mit ihnen die ökonomisch induzierten Konfliktlinien abgeschwächt. Daher zeichnen sich Volksparteien nicht nur durch ein hohes Maß an Inklusion und Integration gegenüber den eigenen Parteimitgliedern aus, sondern im Gegensatz zu den Massenparteien gegenüber der Wählerschaft insgesamt. Stand den Massenparteien noch das Ziel der Gesellschaftsveränderung vor Augen, und zwar nach Muster und auf Grundlage des eigenen ideologischen Programms, ist davon bei den Volksparteien nur noch wenig geblieben. Vorbei ist der Kampf im Interesse der eigenen sozialen Basis, weil sich diese gar nicht mehr in der Eindeutigkeit früherer Tage identifizieren lässt.

systeme haben Lipset/Rokkan geliefert, die in diesem Zusammenhang nicht nur auf die Bedeutung der Konfliktstrukturen, sondern ebenso auf das Elitenverhalten im Umgang mit den gesellschaftlichen Herausforderungen sowie auf die institutionellen Schwellen hingewiesen haben, die sowohl die Integrationswirkungen als auch die Repräsentationschancen innerhalb des Parteiensystems beeinflussen; siehe Seymour Martin Lipset/Stein Rokkan, „Cleavage Structure, Party Systems, and Voter Alignments – An Introduction“, in: dies., *Party Systems and Voter Alignments: Cross-National Perspectives*, New York 1967, S. 1–64. Zur Relevanz dieses Ansatzes u.a. Ulrich Eith/Gerd Mielke (Hg.), *Gesellschaftliche Konflikte und Parteiensysteme. Länder- und Regionalstudien*, Wiesbaden 2001.

⁴⁹ Lipset/Rokkan, Cleavage Structure, S. 50.

(4) Eigentlich verfolgen die Parteien gar nicht mehr das Ziel eines wirklichen Wettkampfes um politische Macht, so die These von Katz und Mair (1993). Vielmehr gehe es den Parteien vorrangig darum, ihre privilegierte Position abzusichern – daher auch der Begriff „Kartellparteien“ für diesen Typus. Und diese Absicherung vor wirklichem Wettbewerb bezieht sich nicht nur auf ihre Position im Parteiensystem, sondern auch und vor allem auf den Staat, in dessen Organisation sich Parteien seit den 1970er erfolgreich eingenistet und zu halbstaatlichen Agenturen oder sogar zu einem Teil des Staates gewandelt haben.

Welche Einsichten demokratietheoretischer Art lassen sich aus diesem kurzen Überblick gewinnen? Zunächst einmal bestätigt sich der normativ relevante Zusammenhang zwischen Organisation und Funktion politischer Parteien. Der Wandel der Organisationsform bedeutet eine Veränderung im Spannungsfeld der beiden Funktionsdimensionen, und zwar zulasten der Repräsentationsfunktion. So werden die Gefahrenpotentiale bzw. Pathologien erkennbar, die der Wandel von der Massenpartei zur Volkspartei zur Folge haben kann und weitgehend auch gehabt hat. Denn die Zugewinne bei der Integration in sozialer und politischer Hinsicht – nahezu maximale Integration der Wählerschaft und der politischen Parteien ins demokratische Regierungssystem – sind mit nicht unerheblichen Einbußen beim politischen Profil der Parteien erkauft worden. Die programmatischen Unterschiede zwischen diesen beruhen kaum noch auf grundlegenden ideologischen Differenzen. Vielmehr kreist der Parteienswettbewerb vorrangig um Personal- und Sachfragen, um Koalitionszwänge und Erfolgsstrategien. „Als wichtigste Funktion der heutigen Allerweltspartei“, so analysierte Kirchheimer bereits Mitte der 1960er nüchtern, „ergibt sich somit die Nominierung von Kandidaten, die die Öffentlichkeit als Amtsinhaber legitimieren soll“.⁵⁰

In der Fluchlinie einer solchen funktionalen Zusitzung auf die Wahl des eigenen Personals liegt dann auch eine Professionalisierung der politischen Parteien, um die erforderliche Maximierung von Wählerstimmen erreichen zu können. Von Beyme⁵¹ hat dafür den Begriff der „professionalisierten Wählerpartei“ gefunden und damit den veränderten Charakter politischer Parteien angesprochen.⁵² Denn in dem Maße, in dem die Professionalisierung des Parteiapparates zum Zwecke der Stimmenmaximierung vorangetrieben wird, verlieren die Parteimitglieder ihre Bedeutung. Im Zentrum der Parteikommunikation stehen im Grunde nicht mehr die Mitglieder, sondern die Wähler. Damit wird die Reprä-

⁵⁰ Kirchheimer, Wandel Parteiensystem, S. 39.

⁵¹ Klaus von Beyme, *Parteien im Wandel – Von den Volksparteien zu den professionalisierten Wählerparteien*, Opladen 2000.

⁵² Siehe überdies Angelo Panebianco, *Political Parties – Organization and Power*, Cambridge (Mass.) 1988, S. 264: „electoral-professional parties“.

sentationsfunktion der politischen Parteien, verstanden als die Interessenvertretung der eigenen Mitglieder, geschwächt, ohne aber die Integrationsfunktion (gegenüber der Wählerschaft) nachhaltig zu stärken. Denn der Marginalisierung der eigenen Mitglieder steht im Grunde nur die Instrumentalisierung der Wähler mit dem Ziel des eigenen Wahlerfolgs gegenüber – und beides ist dazu angetan, für Verdruss zu sorgen.

1.6 Gouvernementalisierung

Eine Vernachlässigung der Repräsentationsfunktion führt nahezu unweigerlich zu Legitimationsproblemen auf Seiten der politischen Parteien, mit der Folge, dass sich tendenziell die instrumentelle Haltung gegenüber den Wählern noch verschärft: „Brauchten einst Bürger die Parteien, um ihre Interessen im staatlich-administrativen Bereich zu effektuieren, so sind heute die Parteien auf die Bürger angewiesen, um ihre Abgeordneten zu legitimieren“.⁵³ Vor diesem Hintergrund gewinnt die Kartell-The These von Katz und Mair ihre eigentliche Pointe, denn sie öffnet die Augen für die radikale Lösungsoption, die den politischen Parteien zur Verfügung steht: Statt die Repräsentationsfunktion zu stärken, entkoppeln sich die Parteien so weit wie möglich davon. Die Konkurrenz um Wählerstimmen wird im Grunde ausgesetzt, die Macht im Staat (und des Staates) verwaltet und indem man vor allem die Regierungsfunktion betont und als Gouverneur auftritt, wird auf diese Weise auch die asymmetrische Abhängigkeit gegenüber der Wählerschaft aufgehoben.⁵⁴

Der Durchgang durch die unterschiedlichen Organisationstypen wirft Zweifel auf, ob die vermittelte Identität zwischen Prinzipal und Agent noch auf die gegenwärtige Lage zutrifft. Zumindest scheint das Übergewicht der Regierungsfunktion gegenüber der Repräsentationsfunktion zu einer nachhaltigen Krise der Parteidemokratie geführt zu haben. Nach Bader⁵⁵ lassen sich die folgenden drei grundlegenden Krisenphänomene identifizieren: erstens die programmatische Indifferenz innerhalb des Parteiensystems; zweitens der Rückzug der Wähler (und der Öffentlichkeit insgesamt) gegenüber den Parteien; drittens schließlich der Rückzug der Eliten aus ihren eigenen Parteien. Diese Befunde beschränken sich nicht auf einzelne, krisengeschüttelte politische Sys-

⁵³ Stöss, Ursprung und Wendemarken, S. 5.

⁵⁴ Lhotta nennt als ein Anschauungsbeispiel für diese Art der gubernementalen Entkopplung die Euro-Rettungspolitik der deutschen Regierung; siehe Roland Lhotta, „Anomisches Recht und Integrationsräson: Pathologien der Integration durch Recht“, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hg.), *Grenzen der europäischen Integration. Herausforderungen für Recht und Politik*, Baden-Baden 2014, S. 93–117.

⁵⁵ Bader, Crisis, S. 355 ff.

teme, sondern lassen sich im Grunde ohne größere Unterschiede für sämtliche Demokratien in Europa notieren.⁵⁶

Die Nivellierung des programmativen Profils, die das Vordringen von Alterweltparteien charakterisiert, soll hier als erstes der drei Krisenphänomene vorgestellt werden, weil es selbst wiederum einen Anteil an der Verursachung des zweiten Strukturproblems, namentlich der Entfremdung der Bürger besitzt. Es besitzt überdies einen grundlegenden Charakter, weil es das demokratische Wechselspiel zwischen Mehrheit und Minderheit unterminiert und dem Wähler, der Zustimmung oder Ablehnung im demokratietheoretischen Sinne der Parteienkonkurrenz adressieren soll, im wahrsten Sinne des Wortes „keine Wahl“ (sofern er nicht Protest wählen möchte) lässt. Denn ohne scharfen Schnitt in der Sache, ohne Kante in der Präsentation von Problem und Lösung lassen sich die Inhalte, für die die Parteien stehen, für die Bürger kaum griffig voneinander abgrenzen und mit dem jeweiligen „Markenzeichen“ der Partei verbinden. Auch in dem Bereich der Sachfragen ist der Anteil, der zur Polarisierung beitragen könnte – die sogenannten *position issues* – gering. Hingegen ist die Kunst auf Seiten der Politik hoch, etwaige Positionsunterschiede, z.B. pro oder contra Mindestlohn, in *valence issues* umzudeuten. Dann geht es, um beim Beispiel zu bleiben, nicht mehr um den Mindestlohn, sondern „nur“ noch um dessen Höhe.⁵⁷ Auf diese Weise ist es für den Otto Normalbürger (und nicht nur für ihn) schwer, den eigentlichen Kern politischer Debatten zu erfassen, mit der Folge, dass die Parteidemokratie in toto an Attraktivität verliert. Die Einstellungsforschung belegt diesen Umstand mit schlechten Zustimmungs- und Vertrauenswerten immer wieder aufs Neue.⁵⁸

Im engen Zusammenhang mit der programmativen Nivellierung und Alternativlosigkeit steht die Entfremdung der Öffentlichkeit von der Parteidemokratie – mit handfesten Konsequenzen für deren Legitimität. Um ein paar einschlägige Befunde in diesem Zusammenhang zu rekapitulieren: Seit rund dreißig Jahren sinkt die Zahl an Parteimitgliedern,⁵⁹ ebenso beständig nimmt die Bereitschaft ab, sich in einer Partei noch zu engagieren. Auch die Partei-

⁵⁶ Siehe z.B. Richard Stöss/Melanie Haas/Oskar Niedermayer, „Parteiensysteme in Westeuropa: Stabilität und Wandel“, in: Oskar Niedermayer/Richard Stöss/Melanie Haas (Hg.), *Die Parteiensysteme Westeuropas*, Wiesbaden 2006, S. 7–37.

⁵⁷ Das Beispiel wie der weiterführende Hinweis auf die konzeptionelle Unterscheidung zwischen „position issues“ und „valence issues“ findet sich bei Stöss, Ursprung und Wendemarken, S. 10; die Konzeption selbst geht auf Donald E. Stokes, „Spatial Models of Party Competition“, in: *APSR* 57:2 (1963), S. 368–377 zurück.

⁵⁸ Vgl. Entwicklung der halbjährlichen Eurobarometer-Ergebnisse, welche das Vertrauen von Bürgern in Parteien erheben: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/Chart/index> (Item „Trust in institutions/Political parties“). Für eine generelle und übersichtsartige Darstellung siehe u.a. Oskar Niedermayer/Benjamin Höhne/Uwe Jun (Hg.), *Abkehr von den Parteien: Parteidemokratie und Bürgerprotest*, Wiesbaden 2013 sowie Huber Kleinert, „Abstieg der Parteidemokratie“, in: *APuZ* 35/36 (2007), S. 3–11.

⁵⁹ Ingrid van Biezen/Peter Mair/Thomas Poguntke, „Going, going, ... gone? The decline

bindungen lockern sich kontinuierlich, weshalb die Zahl der Wechselwähler wächst⁶⁰ und die Zahl der Wahlverweigerer steigt.⁶¹ Die „BESCHERUNG“ gibt es dann nicht selten am Wahlabend, wenn ein hohes Maß an Wählervolatilität und eine geringe Wahlbeteiligung für drastische Ausschläge in die eine oder andere Richtung sorgen. Auf eine Kurzformel gebracht: „Mitgliederschwund, Wählerschwund und Vertrauensschwund“.⁶²

Es ziehen sich aber nicht nur die Wähler und die Mitglieder zurück, sondern ebenso die Parteieliten selbst. Die bereits angesprochene Professionalisierung der politischen Parteien hat eben nicht nur eine Optimierung der Wahlchancen zum Ziel, sondern dient zudem der Flexibilisierung des Parteimanagements, indem sie die Führung von der Basis abkoppelt und dadurch unabhängiger macht.⁶³ Die Mittel, die dabei zum Einsatz kommen, bestehen u.a. darin, Entscheidungsprozeduren, aber auch Ressourcen auszulagern und die Vorbereitung von Entscheidungen an Experten zu delegieren.⁶⁴ Aus der Sicht der Kartell-These ist eine solche Entwicklung wenig verwunderlich. Denn dieser These zufolge fügt sich die Professionalisierungsstrategie der politischen Parteien in eine allgemeine Tendenz ein, in der sich die Machtgewichte von der Parteizentrale weg zugunsten der Regierungszentrale verschieben. Der bekannte und oft zitierte Satz des ehemaligen SPD-Parteivorsitzenden Franz Müntefering ist dann wie folgt zu verstehen: „Opposition ist Mist“, und zwar vor allem deswegen, weil die fehlenden Fleisch töpfe die Insider der Partei zwingen, ihre Kar-

of party membership in contemporary Europe“, in: *European Journal of Political Research* 51:1 (2012), S. 24–56.

⁶⁰ Jan Eric Blumenstiel/Elena Wiegand, „Wechselwähler“, in: Rüdiger Schmitt-Beck et al. (Hg.), *Zwischen Fragmentierung und Konzentration: Die Bundestagswahl 2013*, Baden-Baden 2014, S. 133–144.

⁶¹ Manfred Güllner (2013), *Nichtwähler in Deutschland*, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/dialog/10076.pdf> (12.03.2017). Dass die Wahlbeteiligung kurzfristig wieder ansteigt, ist selbstredend nicht ausgeschlossen. Einer der zahlreichen Gründe dafür kann ein emotionales Thema sein, das den Wahlkampf bestimmt. Ein Beispiel aus jüngster Zeit ist die Flüchtlingskrise in Deutschland, die etwa bei der Landtagswahl in Mecklenburg-Vorpommern (2016), einem Bundesland ohne nennenswerten Flüchtlingsanteil, gemessen an der Gesamtbevölkerung, gleichwohl den Wahlausgang stark beeinflusst hat.

⁶² Wiesendahl, Elmar (2015), Repräsentative Demokratie und Parteien (Policy Paper, Nr. 11 Heinrich-Böll-Stiftung), abrufbar unter: http://www.boell-bremen.de/dateien/policy_paper_11_elmar_wiesendahl.pdf (11.03.2017), S. 4.

⁶³ Nach Katz/Mair (Evolution) dominiert die „party in public office“ durch ihre Spitzenpolitiker, die typischerweise über Ämter oder Mandate verfügen und zudem Führungspositionen in den zentralen Parteigremien und den Parteivorständen bekleiden, zunehmend sowohl die „party on the ground“ als auch die „party in central office“. Vgl. dazu auch Uwe Jun/Oskar Niedermayer/Elmar Wiesendahl (Hg.), *Zukunft der Mitgliederpartei*, Opladen 2009.

⁶⁴ Uwe Jun, „Parteien, Politik und Medien. Wandel der Politikvermittlung unter den Bedingungen der Mediendemokratie“, in: Frank Marcinkowski/Barbara Pfetsch (Hg.), *Politik in der Mediendemokratie* (PVS-Sonderheft 42), Wiesbaden 2009, S. 270–295; Sebastian Bukow, *Die professionalisierte Mitgliederpartei: Politische Parteien zwischen institutionellen Erwartungen und organisationaler Wirklichkeit*, Wiesbaden 2013.

riereplanungen für eine gewisse Zeit auf Eis legen zu müssen. Doch dieser letzte Gesichtspunkt ist nur ein kleines Puzzleteil im Gesamtbild, das vor allem dazu dienen soll, noch einmal auf das Eigeninteresse der politischen Parteien an einer Entwicklung zu verdeutlichen, in der die repräsentative Funktion von der gubernementalen Funktion überspielt zu werden droht.

Weitere, strukturelle Faktoren – von denen jeder für sich einen Forschungsgegenstand abgeben könnte – liegen darin, dass Repräsentation als eine Aufgabe und Herausforderung der Politik auch aus strukturellen Gründen des gesellschaftlichen Wandels schwieriger geworden ist. Mit der Folge, dass externe Vorgaben die Handlungsspielräume für Parteipolitik (enorm) einschränken. Dazu gehören die tendenziell undurchsichtigen Verhandlungsknotenpunkte im Mehrebenensystem, die von den Parteien selbst immer wieder beklagten Koalitionszwänge, die Schuldenlast voriger Haushalte, denen aufgrund des verfassungsrechtlichen Imperativs der Konsolidierungspflicht einen Platz ganz oben auf der politischen Agenda gesichert worden ist, oder schlicht das gesetzgeberische Erbe früherer Regierungen, die Policy-Pfadabhängigkeiten geschaffen haben. Zweitens ist der Umstand in Rechnung zu stellen, dass politische Repräsentation anspruchsvoller geworden ist, und zwar hauptsächlich, weil die Politisierung der Konfliktstrukturen nicht mehr nur jene Großgruppen kennt, die den Hintergrund für die These der „frozen party systems“ abgegeben haben. Diese Großgruppen befinden sich schon seit längerer Zeit im Erosionsprozess; ein Phänomen, das die niederländische Politikwissenschaft *ontzuiling* nennt.⁶⁵ Gemeint ist eine Individualisierung der Konfliktstrukturen, die ihren Ausdruck subjektiv in der Partikularisierung der Wählerpräferenzen und objektiv in der Fragmentarisierung der Wählerschaft hat.

Das Bild ist längst nicht vollständig. Es fehlen die Hinweise auf die Medienlogik, die aufmerksamkeitsheischend Politik nur allzu gern als Entscheidung, als Showdown präsentiert; und damit im Grunde täglich das Unverständnis für das „Bohren der dicken Bretter“ (Max Weber) schürt, in dem das Ethos der „regulated rivalry“ sich entfalten kann. Es fehlt der Hinweis auf den „Ordnungsschwund“⁶⁶ in der Moderne, der die Komplexität ungemein befördert, weil ganze Gewissheitshäushalte abgeräumt worden sind: Heutzutage scheint nicht einmal mehr der Tod sicher; oder die Unterscheidung von Mann und Frau eindeutig. Es fehlt außerdem ein Hinweis auf die Entgrenzung der politischen Räume, in denen die demokratische Ordnung sich eingehaust hat. Stattdessen will die öffentliche Gewalt nun ihrem eigenen Anspruch nach über die nationalen Grenzen hinausreichen – und dabei ohne Volk, Verfassung und Staat aus-

⁶⁵ Holger Onken, *Parteiensysteme im Wandel: Deutschland, Großbritannien, die Niederlande und Österreich im Vergleich*, Wiesbaden 2013, S. 261 ff.

⁶⁶ Hans Blumenberg, „Ordnungsschwund und Selbstbehauptung. Über Weltverstehen und Weltverhalten im Werden der technischen Epoche“, in: Helmut Kuhn/Franz Wiedemann (Hg.), *Das Problem der Ordnung*, Meisenheim am Glan 1962, S. 37–57.

kommen. Vor diesem Hintergrund wird verständlicher, woher das Interesse der Politik im Allgemeinen und der politischen Parteien im Besonderen herrührt, mit diesen Veränderungen und vor allem mit dem Tempo, in dem diese sich vollziehen, Schritt zu halten. Die Mittel hierfür befördern den beschriebenen Prozess der Gouvernementalisierung, zu der die Umformung zum Organisations-typus der Kartell-Partei einen maßgeblichen Beitrag leistet.

1.7 Expressive Repräsentation

Der Versuch einer angemessenen Realitätsbeschreibung sollte nicht missverstanden werden. Die normativen Momente, mit denen die Funktionen der politischen Parteien imprägniert sind, haben keineswegs ihre Bedeutung verloren. Aber sie hängen maßgeblich an der repräsentativen Funktion, deren Verkümmерung die politischen Parteien in Legitimationsnöte bringt. Um die Repräsentationsfunktion wiederzugewinnen, mag es abschließend als sinnvoll erscheinen, auf ein paar Umstände aufmerksam zu machen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Krise der politischen Parteien die Funktionsfähigkeit des Parteiensystems beeinträchtigt – wovon die wachsenden Schwierigkeiten im deutschen politischen System zeugen, abseits der Großen Koalition auf Bundes- und Länderebene eine stabile Regierung zu bilden. Ein wesentlicher Grund hierfür liegt im Wechselspiel zwischen Wahl- und Parteiensystem. Vereinfacht gesagt, haben Wähler zwei Optionen für eine Wahlstrategie:⁶⁷ Entweder wählen sie die Partei, weil sie eine bestimmte Regierung wünschen („instrumental vote“) oder sie bringen mit ihrer Stimmabgabe ihre Politikpräferenzen zum Ausdruck („expressive vote“). Die Entscheidung wird dabei nicht zuletzt durch das Parteiensystem bestimmt. In einem Zweiparteiensystem hat der Wähler die Chance, über die künftige Regierung direkt abzustimmen. Im Mehrparteiensystem, der Normalfall im europäischen Modell der Parteidemokratie, vollzieht sich hingegen die Regierungsbildung nicht durch die Wahl, sondern nach der Wahl – durch die anschließende Koalitionsbildung, auf die der Wähler keinen Einfluss mehr nehmen kann.⁶⁸ Im Mehrparteiensystem sind daher die Anreize für „expressives“ Wählen hoch. Nur: „Expressive voting requires expressive parties“.⁶⁹ Das ist für Kartell-Parteien eine schlechte Nachricht – die aber ahnen lässt, wie viel Raum im Parteiensystem für Protest, Frust und Wut ist.

⁶⁷ Richard, Rose/Ian McAllister, „Expressive versus Instrumental Voting“, in: Dennis Kavanagh (Hg.), *Electoral Politics*, Oxford 1992, S. 114–140.

⁶⁸ Giovanni Sartori, *Parties and Party systems: A Framework for Analysis*, Cambridge (Mass.) 1976.

⁶⁹ Peter Mair, *Representative versus Responsible Government* (MPIfG Working Paper 09/8), Köln 2009, S. 8.

In dieser Situation kann man etablierten politischen Parteien kaum raten, mit ihren populistischen Konkurrenten in einen Wettbewerb der Emotionen zu treten. Die Erfahrungen damit zeigen, dass der Populismus beim „outbidding“ regelmäßig die Nase vorn hat. Allerdings sollte sich eine Re-Legitimierungsstrategie der politischen Parteien auch nicht zu stark auf die Kompensation der mangelnden Repräsentation durch Output-Legitimation⁷⁰ verlassen, da die Kommunikation über vermeintliche „Fortschritte“ und „Erfolge“ erstens aufgrund der angedeuteten Komplexität demokratischer Politik im europäischen Mehrebenensystem schwierig – vor allem hinsichtlich der Zurechenbarkeit – und zweitens durch den Vertrauensschwund auf Seiten der Bürger belastet ist.

Europa ist zugleich ein gutes Beispiel für die Herausforderung, der sich politische Parteien stellen müssen, sofern sie aus ihrer Dauerkrise herausfinden wollen. Wenn die politische Union das Zukunftsprojekt Europas ist, von dem der Großteil der deutschen Parteien nach eigenem Bekunden überzeugt ist: Warum sind dann die europäischen Parteien nach wie vor kaum mehr als Dachverbände? Allgemeiner formuliert: Aufgrund der wachsenden Bedeutung transnationaler Institutionen werden politische Parteien gezwungen sein, sich ebenfalls in weit stärkerem Maße als bisher transnational zu organisieren. Ein solches Unterfangen setzt jedoch voraus, dass es gelingt, Antworten auf normativ gehaltvolle Fragen zu finden. Darunter die Frage, entlang welcher Konfliktlinien diese Organisation stattfinden soll⁷¹. Es sind Aufgaben dieses Kalibers, für deren Bewältigung es politische Parteien braucht. Und politische Parteien brauchen dafür Programm (Parteilichkeit) und Personal (Handlungsfähigkeit), das geeignet ist, diese Herausforderungen anzugehen. Hier liegt ein wesentlicher Ansatzpunkt zur (eigenen) Krisenbewältigung:

If we have the party as a recruiter, it is because we want ‚representative‘ leadership, that is, because we are interested in a mechanism of recruitment that fulfills the expressive function. Supposing that parties do not secure representative leadership [...] then why should we have recourse to party recruitment? Surely the answer is not that parties remain the best means of qualitative selection. Qualitatively speaking, the party channel has often produced very poor leadership.⁷²

Das Gefühl einer „politischen Heimatlosigkeit“ bereitet heutzutage keine Bauchschmerzen mehr, sondern stärkt sogar zunehmend das bürgerliche Selbstbewusstsein.⁷³ Entsprechend mehrt sich der Wunsch nach Alternativen zu politischen Parteien. Aber das Geheimnis ist doch: Es gibt keine. Allerdings ist die

⁷⁰ Fritz W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford 1999.

⁷¹ Veit Bader/Matteo Bonotti, „Introduction: Parties, Partisanship and Political Theory“, in: *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 17:3 (2014), S. 254.

⁷² Giovanni Sartori, „Party Types, Organisation and Functions [1967]“, in: *West European Politics* 28:1 (2005), S. 29.

⁷³ Eindrücklich dazu u.a. die kleine Fallstudie von Nancy L. Rosenblum, Partisanship and Independence, S. 337–358 zu den „Independents“ in den USA.

Alternativlosigkeit die schlechteste aller Legitimationsstrategien, mit der sich die politischen Parteien keinesfalls beruhigen sollten. Denn die Alternative auf Seiten der Bürger ist mittlerweile nicht mehr zu übersehen, nämlich die politische Selbstexklusion. Sie breitet sich in den unteren Einkommensschichten aus⁷⁴ – ein Prozess, der das in Frage stellt, wofür der Begriff der Republik in der Moderne steht: Politische Teilhabe auf der Grundlage politischer Gleichheit.

⁷⁴ Armin Schäfer, *Der Verlust politischer Gleichheit: Warum die sinkende Wahlbeteiligung der Demokratie schadet*, Frankfurt a.M. 2015.

III.2

Erbmonarch oder Wahlpräsident. Eine Differenz zwischen Hegel und den Hegelschülern Gans und Michelet

Wolfgang Schild

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831) ist bekannt als einer der bedeutendsten Anhänger der Erbmonarchie, die er mit dem Anspruch auf logisch-systematische, also philosophische Argumentation als notwendige, wahre Staatsform zu begründen suchte. Unter 2.1 sind seine Konzeption und die dazu vorgebrachte Kritik darzustellen. Kritisch äußerten sich auch einige der Hegelschüler. Als Beispiele werden behandelt Eduard Gans (1797–1839) und Carl Ludwig Michelet (1801–1893), deshalb, weil sie zum „Verein der Freunde des Verewigten“ (der die erste Werkausgabe nach Hegels Tod veranstaltete) gehörten, aber eigenständige Denker waren, die nur schwer in die Schubladen „Links- oder Rechtshegelianer“¹ eingeordnet werden können. Zudem waren sie Nach-Denker Hegels auch in der Weise, dass sie versuchten, ihre eigene Zeit – die Zeit nach Hegels Tod (1831) – in Gedanken zu fassen. Unter 2.2 wird die Konzeption von Eduard Gans, unter 2.3 die Theorie von Karl Ludwig Michelet dargestellt.

2.1 Die logische Notwendigkeit der Erbmonarchie bei Hegel

Die Begründung der Notwendigkeit der Erbmonarchie in einem vernünftigen Staatswesen wurde von Hegel erst verhältnismäßig spät entwickelt. Auf die Vorarbeiten, beginnend mit der 1799 noch in Frankfurt angefangenen, in Jena als Manuskript fertig gestellten, aber nicht veröffentlichten Schrift über die Reichsverfassung, bis zur „Philosophie des Geistes“ in den Manuskripten für die Vorlesungen an der Universität Jena des Wintersemesters 1805/06 und des Sommersemesters 1806 – wo Hegel 1801 habilitiert worden war und als Privatdozent seit dem Wintersemester 1802/03 lehrte –, kann hier nicht eingegangen werden.² Als Rektor des Ägydiengymnasiums in Nürnberg (ab Oktober 1808) unter-

¹ Dazu vgl. Matthias Moser, *Hegels Schüler C. L. Michelet: Recht und Geschichte jenseits der Schulteilung*, Berlin 2003, S. 32 ff.

² Dazu Heinz Kimmerle, „Die Staatsverfassung als ‚Konstituierung der absoluten identischen Identität‘ in der Jenaer Konzeption des ‚Naturrechts‘. Der spekulative Charakter von Hegels politischer Philosophie“, in: Hans-Christian Lucas/Otto Pöggeler (Hg.), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1986, S. 129–147.

richtete Hegel seine Schüler auch in der „Rechts-, Pflichten-, Religionslehre“. Dabei behandelte er auch den Begriff des Staates als „Zustand, in welchem der vernünftige Wille das Herrschende ist“ (§ 25).³ Auch in dem Kurs für die Oberklasse 1810/11 („Philosophische Propädeutik“) behandelte Hegel in der „Lehre von dem Geiste“ die „Staatsgesellschaft“ als die „Organisation, die ein Volk als ein in sich lebendiges organisches Ganze“ hat (§ 151)⁴ und die als ein „in sich einiger individueller Volksgesicht anzusehen“ ist (§ 150). In § 153 werden die verschiedenen Staatsgewalten dargestellt, die „die Momente seiner Organisation ausmachen“. Zunächst werden die „abstrakten Momente“ genannt: 1) die gesetzgebende, 2) die richterliche, 3) die executive Gewalt. Dann nennt Hegel die „realen Gewalten“, nämlich: „die das ganze constituerende, die gerichtliche und polizeyliche, die finanzielle, die administrative, die militärische und die politysche Gewalt, in deren jeder eigentlich eine 3 ersten abstrakten Momente vorkommen“. „Der oberste bethätigende Mittelpunkt aller ist die Regierung“. Hegel unterrichtete die Schüler der Oberklasse auch in der „Philosophischen Encyklopädie“, in der nach seinen eigenen Angaben⁵ der allgemeine Inhalt der Philosophie, nämlich die Grundbegriffe und Prinzipien ihrer besonderen Wissenschaften – zu denen er zählte: 1) Logik, 2) Philosophie der Natur, 3) Philosophie des Geistes – vorgetragen wurde. Der Kurs 1812/13 ist in zwei Nachschriften überliefert. Dabei⁶ ging Hegel unter Bezugnahme auf die Kurse zur Rechts-, Pflichten- und Religionslehre auf Recht und Staat nur mehr sehr kurz ein.

Im Oktober 1816 begann Hegel seine Lehrtätigkeit an der Universität Heidelberg. Für seine Vorlesungen benötigte er dringend einen „Leitfaden“, also ein Buch, das er dem Vortrag zugrundlegen und durch mündliche Ausführungen erläutern und verständlich(er) machen konnte. Bereits im Mai 1817 veröffentlichte er die „Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Zum Gebrauch seiner Vorlesungen“, in der Vorrede mit dem Hinweis (bzw. mit der Warnung, vielleicht auch Verlockung), dass dieses Buch „eine neue Bearbeitung der Philosophie nach einer Methode, welche noch, wie ich hoffe, als die einzige wahrhafte, mit dem Inhalte identische, anerkannt werden wird“

³ Die Paragraphen beruhen auf Diktaten Hegels. Siehe Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Nürnberger Gymnasialkurse und Gymnasialreden (1808–1816)*, hg. von Klaus Grotsch, Gesammelte Werke Bd. 10, Hamburg 2006.

⁴ Vgl. Hegel, *Gymnasialkurse*, S. 311 ff.

⁵ Privatgutachten an Niethammer über den Vortrag der philosophischen Vorbereitungswissenschaften auf Gymnasien vom 23. Oktober 1812, abgedruckt in: Hegel, *Gymnasialkurse*, S. 823 ff., 826.

⁶ Die Paragraphen sind Diktate Hegels, die Anmerkungen stammen von den Schreibern Christian S. Meinel (Hegel, *Gymnasialkurse*, S. 641 ff.) und Julius Friedrich Heinrich Abegg (Hegel, *Gymnasialkurse*, S. 717 ff.); beide Nachschriften sind ebenso abgedruckt in: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Philosophische Enzyklopädie Nürnberg 1812/13. Nachschriften von Christian Samuel Meinel und Julius Friedrich Heinrich Abegg*, hg. von Udo Rameil, Hamburg 2002.

(Vorwort).⁷ Er konnte sich dabei auf seine Vorarbeiten in Nürnberg – der Kurs 1812/13 gilt als „Urform“ –, vor allem auf seine „Wissenschaft der Logik“ (veröffentlicht 1812 bis 1816) stützen. Für das Thema des objektiven Geistes ist die Heidelberger Enzyklopädie nicht besonders ergiebig; es finden sich nur 51 Paragraphen (von insgesamt 477). Es findet sich nicht einmal – abgesehen vom Verhältnis der „Selbständigkeit des Staats gegen andere“ (§ 444) als dem „äußeren Staatsrecht“ (§ 447) – das Wort „Staat“; Hegel spricht nur von der Sittlichkeit als der Wahrheit des Rechts und der Moralität, als der Wirklichkeit der Freiheit, des allgemeinen vernünftigen Willen (§ 430), der der Substanz nach als „Volk“ Wirklichkeit hat (§ 431). § 438 spricht von zwei Extremen, die gegeneinander stehen: einmal das „Extrem der Einzelheit“ (in ihrer unmittelbaren Natürlichkeit der Triebe und Neigungen ebenso wie in der Willkür und der moralischen Abstraktheit), dann das andere „Extrem“ des an und für sich seienden Willens, dadurch ebenso zur „individuellen Wirklichkeit“ und zur „thätigen Subjectivität des Allgemeinen“ bestimmt. Für Hegel ist dieses andere Extrem „die Regierung und deren persönliche, beschließende und entscheidende Spitze, der Fürst“. In diesen Ausführungen wird die Notwendigkeit des Fürsten (hier als persönliche, beschließende und entscheidende Spitze der Regierung, ohne Festlegung auf Erbmonarchie) nicht logisch-systematisch begründet. Doch fand Hegel offensichtlich nicht die dafür erforderliche Zeit, da er so schnell als möglich einen Leitfaden für seine Vorlesungen schreiben wollte, weshalb er die logisch-systematische Ableitung (den „Beweis“) sehr kurz hielt, das Nähere dem mündlichen Vortrag vorbehalten wollte.

Die erste Vorlesung über „Naturrecht und Staatswissenschaft“ hielt Hegel in Heidelberg im Wintersemester 1817/18. Die Nachschrift des Jurastudenten Wannenmann⁸ zeigt auf den ersten Blick, dass Hegel durch seine Tätigkeit in Nürnberg (im Anschluss an seine früheren Überlegungen) in ausreichendem Maße Material zu einer umfangreichen Darstellung des objektiven Geistes erarbeitet hatte. In dieser Vorlesung entwickelte Hegel seine Philosophie des Staates (und in ihr: der Erbmonarchie), und zwar nach der philosophisch-logischen, spekulativen Methode der „Encyklopädie“. Deutlich ist dies auch in der Darstellung des Staates zu erkennen. Es wäre eine interessante Aufgabe, die Weiterentwicklung dieses Systems in den Vorlesungen an der Universität Berlin – wo Hegel nach dem im Dezember 1817 erfolgten Ruf im Oktober 1818 seine Vor-

⁷ Siehe Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundlehre und andere Schriften aus der Heidelberger Zeit*, hg. von Hermann Glockner, 5. Aufl., Stuttgart 1988, S. 1–310.

⁸ Siehe Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft Heidelberg 1817/18 mit Nachträgen aus der Vorlesung 1818/19. Nachgeschrieben von P. Wannenmann*, hg. von C. Becker u.a., Hamburg 1983; ders., *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannenmann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19)*, hg. von Karl-Heinz Ilting, Stuttgart 1983.

lesungen begann – also vor der Veröffentlichung der „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ (Oktober 1820) – in den Vorlesungen der WS 1818/19 und 1819/20, dann in den „Grundlinien“ selbst, weiter in den Vorlesungen zu diesem Buch in den WS 1821/22, 1822/23, 1824/25 und schließlich in der zweiten bzw. dritten Auflage der „Encyklopädie“ (1827, 1830) zu verfolgen. Diese Arbeit kann hier (alleine schon aus Raumgründen) nicht geleistet werden. Es wird nur auf einige von Hegel (neu oder klarer) gebrauchte Argumente hingewiesen;⁹ mehr ist aber für das Thema des Beitrags nicht erforderlich. Denn das Wesentliche der Argumentation findet sich bereits in der Nachschrift der Heidelberger Vorlesung des WS 1817/18, die daher im Folgenden zugrunde gelegt wird. Es folgen einige Hinweise auf kritische Anmerkungen.

2.1.1 Die Ausarbeitung der Begründung Heidelberg WS 1817/18

Selbstverständlich ist klar, dass es sich bei der Heidelberger Nachschrift nicht um einen Originaltext Hegels handelt (wie es die „Grundlinien“ und die drei Auflagen der „Encyklopädie“ sind). Doch diktierte Hegel insgesamt 170 Paragraphen; seine mündlichen Erläuterungen hat Wannenmann in eigenen (so auch zitierten) Anmerkungen zusammengefasst. Insgesamt scheint die Nachschrift verlässlich, was sich auch darin zeigt, dass ihre wesentlichen Inhalte in den späteren Quellen zumindest vergleichbar aufscheinen. Im Übrigen hat die Konzentration auf diese Vorlesung den Vorteil, dass Hegel hier nicht als Staatsphilosoph Preußens verdächtigt werden kann. Damit besteht vielleicht die Chance, dass man seine Ausführungen als Philosophie ernst(er) nimmt.

Die Nachschrift Wannenmann

Ausgang und Boden der „Sphäre des Rechts“ als des „Reichs der Freiheit“ (§ 2) ist der freie Wille, deren Begriff nach Allgemeinheit des Ich (§ 4), Besonderheit (aber bestimmt als Be- oder Entschließen des Ich, § 4) und Einheit dieser beiden Momente im wirklichen Willen (ebenfalls als Entschließen umschrieben, § 5) bestimmt wird. Sittlichkeit wird wie früher bestimmt (§ 69), auch hier subjektive Gesinnung (§ 70) und sittliche Substanz (§§ 71, 72), die als unmittelbare oder natürliche (Familie) beginnt, die in die bürgerliche Gesellschaft übergeht, die sich schließlich in die „Staatsverfassung“ (ein öffentliches Leben und Tätigkeit in und für das Allgemeine) zusammennimmt (§ 72). Auch der Staat als „Wirklichkeit des sittlichen Geistes“ enthält die Momente Gesinnung (§ 123) und die

⁹ Zum Thema Erbmonarchie nahm Hegel auch in geschichtsphilosophischen Vorlesungen (am Rande) Stellung; vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Kunst. Berlin 1823. Nachgeschrieben von Heinrich Gustav Hotho*, hg. von Annemarie Gethmann-Siefert, Hamburg 1998, S. 84–87; ders., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, hg. von Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel, Werke Bd. 12, Frankfurt/Main 1970, S. 529 f.

Sitte eines Volkes (als „allgemein-natürliche Begebenheit“) (§§ 123, 123 Anm.). § 126 geht auf das „Leben des Staates“ (in § 126 Anm: „Prozeß des Staates“) ein, der sich entsprechend der Einzelheit, Besonderheit und Allgemeinheit (also als Schluss E – B – A) (und parallel zum tierischen Organismus, der sich zuerst aus sich, sodann in die organische Natur gegen eine gegen sie unorganische Natur gewendet, schließlich in den Prozess der Gattung gliedert) in das innere, das äußere Staatsrecht und in die allgemeine Idee des Staates als Gattung (Geschichte)¹⁰ unterscheidet. Das erste Moment ist die „wirkliche Lebendigkeit“ des Staates, dahingehend, „daß der allgemeine freie Wille sich mit Notwendigkeit hervorbringt; nur insofern ist der Staat ein organisches Ganzes“ (§ 127). Die Organisation der Freiheit ist die „Verfassung“ (§ 127). Sie muss nach Hegel in zwei Seiten betrachtet werden: einmal als Begriff des Staates „nach seiner inneren organischen Bestimmung“ (der in sich zwei Momente hat: den allgemeinen Geist als Selbstbestimmung und Individualität des Willens in sich und den wirklichen, sich durch seine Tätigkeit hervorbringenden Geist), sodann als die Zuteilung und den Anteil der Individuen an den allgemeinen Geschäften (des Staates) (§ 129). Was diese „allgemeinen Geschäfte“ sind, bleibt unklar. In der „Enzyklopädie“ verwies Hegel auf die Lehre von den Ständen (zu denen im damaligen Konzept auch die Familie gehörte); nun sind die Stände in der bürgerlichen Gesellschaft in anderer Form entwickelt (§§ 102 ff.), „nach dem Begriff“ als der substantielle (unmittelbare, ackerbauende) Stand, der formelle Stand (Stand der Reflexion, Gewerbe) und der allgemeine Stand, der das Allgemeine des gesellschaftlichen Zustands selbst und als solches zum Zweck hat, nämlich dass Recht geschehe und Sicherheit sei (§ 105), und der „sein eigentliches Dasein in der Verfassung des Volkes [hat]“ (§ 105). Die Tätigkeit des Einzelnen ist nur dann rechtlich (als Dasein der Freiheit, also wirklich frei und vernünftig, allgemein), wenn dieser Eigentümer ist und seine besonderen Zwecke erreicht, indem er zugleich für das Allgemeine wirkt (§ 132). „In dem allgemeinen Willen muss die Besonderheit des individuellen Willens erhalten werden“ als „reale Vereinigung der Allgemeinheit und Besonderheit“ (§ 132 Anm.). Dafür sind die Einordnung in einen Stand und Bildung erforderlich (§ 132 Anm.).

Betrachtet man die Ausführungen ab § 130 zum Begriff des Staates, wird deutlich, dass es sich nun um den Staat als das tätige Subjekt der Verwirklichung und Erhaltung des freiheitlichen Zusammenlebens handelt, der auch Macht

¹⁰ Angemerkt darf werden, dass Vieweg darin den „Wechsel vom Modell des Nationalstaates hin zum Weltbürgertum, zur Weltbürgerlichkeit, zur ‚weltbürgerlichen Verfassung‘“ logisch fundierte; siehe Klaus Vieweg, „Hegels Philosophie der Weltgeschichte als denkende Betrachtung menschlichen Geschehens in vernünftiger, freiheitlicher und weltbürgerlicher Absicht. Einleitung des Herausgebers“, in: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie der Geschichte. Vorlesungsmitschrift Heimann* (Winter 1830/1831), München 2005, S. 7–22; ders., *Das Denken der Freiheit. Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, München 2012, S. 371.

und sogar Gewalt ausübt (§ 128). § 129 bringt – wie gezeigt – die zwei unterschiedlichen Seiten der Staatsverfassung, einmal das „Leben des Geistes für sich selbst“, „die allgemeine sich in sich bestimmende Freiheit“ („das Gesetz ruht insofern, es ist ein Gedanke, aber im Moment des Willens ist das Gesetz lebendig“), sodann der „konkrete, allgemeine Geist“, der sich reproduziert. Um diese zweite Seite geht es jetzt, weshalb Hegel von „Staatsgewalt“ spricht, die sich entsprechend dem Begriff des Staates in drei Momente gliedert:¹¹ 1) der allgemeine vernünftige Wille, das Allgemeine als Allgemeines, die Verfassung, Gesetze (als das Allgemeine in Beziehung auf das Besondere) und die gesetzgebende Gewalt, 2) die Besonderung des allgemeinen Willens, d.i. die Subsumtion des Besonderen unter ihn (als Beratung und Reflexion, als Anwendung des Allgemeinen [der Gesetze] auf das Besondere [auch Entschließen] und Erheben des Besonderen zum Allgemeinen [Zubereitung für die Gesetze]), die Regierungsgewalt, 3) „die Reflexion des Ganzen in sich, der individuelle Wille als letztes Entscheiden und Befehlen, fürstliche Gewalt“, durch die das Ganze zum Subjekt wird, Hegel spricht von der „letzten Spitze der Pyramide“ (§§ 131, 131 Anm.). Diese drei Momente als Glieder eines organischen Ganzen müssen sich selbstständig entwickeln und in sich eine Totalität ausbilden, dies aber nur in und durch die allgemeine Verfassung (§ 133), weshalb sie in eine innere Einheit zusammenlaufen: eben als Moment des Ganzen, des Allgemeinen, aus dem alle Gewalten ausgehen müssen (§ 133 Anm.). Darüber hinaus müssen sie „für die letzte Willentscheidung in eine *wirkliche* individuelle Einheit zusammenlaufen“ (§ 133), wodurch eine gedoppelte Einheit erforderlich ist: die innere und die individuelle Einheit, wobei letztere alle Gewalten vereinigt (§ 133 Anm.). Hegel verweist auf geschichtliche Fehlentwicklungen (etwa in Frankreich), in denen diese Spitze verfassungsmäßig nicht vorgesehen war (§ 133 Anm.). Überhaupt sind die besonderen Verfassungen historisch unterschieden, entsprechend der jeweiligen Stufe des Selbstbewusstseins über die Freiheit und der geistigen Bildung (§ 136). „Das Vernünftige soll sein, aber es hat seine Existenz nur in dem Selbstbewußtsein eines Volkes“ (§ 136 Anm.). So beruhten frühere Verfassungen auf der Natur (bestimmter Familien), die dann abgelöst wurden von Verfassungen, die auf der Willensfreiheit aufbauten (§ 135): „Der Anfang jedes Begriffs ist das Moment der Unmittelbarkeit, der Natur, und das Ziel ist das Moment der Vernünftigkeit. Es kommt darauf an, wie weit die Vernünftigkeit die Natur verdrängt hat“ (§ 135 Anm.). Dies bedeutet für Hegel: „In einem Volk, welches sich zur bürgerlichen Gesellschaft, überhaupt zum Bewußtsein der Unendlichkeit des freien Ich in seinem Dasein, in seinem Bedürfnis, Willkür und Gewissen entwickelt hat, ist nur die *konstitutionelle Monarchie* möglich“ (§ 137), d.h. ein sei-

¹¹ Wieder zieht Hegel die Parallele zum tierischen Organismus in seinen Momenten: Sensibilität, Irritabilität und die Reproduktion (als Einheit der Sensibilität und Irritabilität) (§ 131 Anm.).

nem Begriff (in seinen drei Momenten) entsprechender Staat. Hegel greift auf frühere Gedanken zurück, indem er von den zwei Extremen spricht: einmal das Extrem der Besonderheit (letztlich: nach seinem Gewissen frei handeln zu können), die durch die Reflexion in die Allgemeinheit gehoben wird, was bedeutet, dass das Prinzip der Besonderheit wesentlicher Inhalt der Verfassung wird (die die Besonderung garantieren und zu gleicher Zeit die Besonderungen zum Allgemeinen zurückführen), zweitens das „andere Extrem“, diese höchste Spalte in dem individuellen Subjekt des Monarchen (§ 137 Anm.).

Diese drei Momente sind – so Hegel weiter – „nichts anderes als die Darstellung des Begriffs selbst auf die allgemeine Freiheit“. Deshalb enthält jede der drei Gewalten die beiden anderen in sich, so wie diese ebenfalls eine Dreiheit bilden. Konkret enthält die fürstliche Gewalt – mit der Hegel beginnt – die drei Momente: die Allgemeinheit (der Verfassung und der Gesetze, woran sie ihre substantielle Grundlage hat), dann die Besonderheit (als die Beratung durch die Regierung), schließlich die letzte individuelle Entscheidung (§ 138). Dieser Monarch ist „als diese letzte und unmittelbare Einzelheit des abstrakten Selbsts des Willens auf unmittelbare, also *natürliche Weise*, somit durch die *Geburt* bestimmt“ (§ 138). Dadurch ist die Möglichkeit zu willkürlicher Bestimmung (Wahlen, Wahlkapitulationen) oder gar zu Bürgerkriegen aufgehoben (§§ 138, 138 Anm.). Durch diese Einbindung in die Verfassung (und damit in die Einheit aller drei Gewalten) ist das „Zufällige im Persönlichen des Monarchen“ „gleichgültiger“ (§ 138); „in einer gebildeten Verfassung wird durch die vernünftige und feste Organisation des Staates die Individualität des Monarchen unwichtig, und gerade in dieser Unbedeutendheit der Person des Regenten liegt die Kraft und Vernünftigkeit der Verfassung“ (§ 138 Anm.). Denn der Monarch muss nach Verfassung und Gesetzen (und damit vernünftig) regieren, sich dabei von der Klugheit und Rechtschaffenheit der Regierung (Ministerien) beraten lassen; nur das Moment der letzten formellen Entscheidung steht dem Monarchen zu, er muss sagen: „Ich will es“, dies ist das letzte Moment der Individualität, ein bloßes, formelles Entscheiden für sich genommen. „Der Monarch macht [...] das Moment des unbegründeten, grundlosen, formellen Beschließens“, des „ganz Formelle[n] des Willens“ aus. Daher ist er auch an die beratende Regierungsgewalt, die ihm eine zu entscheidende besondere Angelegenheit aufbereitet und zur Kenntnis bringt, die ihm eine begründete Entscheidung vorschlägt, nicht gebunden: er kann danach entscheiden oder auch nicht. Es geht daher nicht um die Vernünftigkeit des Monarchen. Zwar ist anzunehmen, dass er das Vernünftige wählen wird. Aber: „die Macht der Einrichtung [also des staatlichen Organismus, WS] ist das Vernünftige“ (§ 140 Anm.). Deshalb ist sie Erbmonarchie: der formelle Letztentscheider muss unmittelbar, auf natürliche Weise, durch die Geburt Monarch sein (§ 138 Anm.). Nur wenn die Familie ausstirbt und dadurch das „Moment der Natürlichkeit schwankend wird“, muss eine andere Familie gewählt werden (§ 139 Anm.). Diese Stellung des Monarchen mag man-

chem als zu wenig vorkommen, da doch „unsere Regenten fast nichts tun als ihren Namen unterschreiben“: „aber man sieht den Wert dieses Formellen nicht ein“ (§ 138 Anm.).

Auch die Regierungsgewalt enthält die drei Momente in sich: einmal die Erhaltung und das Wohl des Besonderen und die Zurückführung desselben auf das Allgemeine, die Besorgung öffentlicher Anstalten für allgemeine Zwecke, die fürstliche Ernennung der Beamten (§§ 141 ff.). Ebenso die gesetzgebende Gewalt „als die Allgewalt des Vernünftigen“ (§§ 146 ff.), die zwar die Verfassung (als bestimmten Volksgeist) nicht machen, aber durch die Gesetze unmittelbar (und durch die diese anwendende Regierungsgewalt institutionell) fortbilden kann. Sie ist ein „wesentliches Glied der Staatsgewalt“, in dem das „Hauptmoment“ das „Ständische“ ist, „damit das, was als allgemeiner Wille und als das Vernünftige festgesetzt wird, es nicht nur *zufällig* und *an sich*, sondern auch *für sich*, mit tätigem Anteil und mit selbstbewusstem Zutrauen der allgemeinen Bürgerschaft und mit Notwendigkeit sei“ (§ 147). Deshalb muss sie so organisiert werden, dass garantiert einerseits die „Menge“ der Einzelnen als „Masse“ nicht ihre willkürlichen Interessen als Gewalt gegen den Staat (als das Allgemeine der Freiheit) geltend macht, andererseits die Regierung (auch der Fürst) nicht die Funktionen der Gesetzgebung an sich reißt und zur bloßen Herrschergewalt (Despotie) wird (§ 148). Die Garantie liegt wiederum in dem Zusammenspiel der drei Momente: 1) das monarchische Prinzip als die allgemeine Individualität der Staatsgewalt (weshalb – so Hegel – der Monarch das alleinige Vorschlagsrecht für Gesetze hat, aufgrund der Beratung der Regierung), 2) Ministerium und Staatsrat als beratend, 3) die Ständeversammlung (§ 149). Anzumerken ist noch, dass den Ständen außer der Mitwirkung zu den Gesetzen die Annahme von Beschwerden gegen die Regierung (Minister, Beamte), die Erhebung von Anklagen gegen diese, die jährliche Bewilligung der Finanzen und „in Ansehung der fürstlichen Gewalt die Bewachung der Thronerfolge, insbesondere bei dem Aussterben der regierenden Dynastie und dem Eintreten einer neuen“ zukommen (§ 157). Denn der Monarch „muss durch natürliche Sukzession beständig gemacht werden, und diese Sicherheit der Thronerfolge muss die Ständeversammlung erhalten, und stirbt die Dynastie aus, so müssen die Reichsstände dafür sorgen, dass ohne Unruhen eine neue Dynastie eintritt, und da die Natur aufhört, die Sukzession zu bestimmen, so tritt die Wahl der Stände ein“ (§ 157 Anm.).

Durch das Zusammenspiel der drei Gewalten als der Momente im einheitlichen organischen Ganzen (und in der bzw. als die Verfassung), nämlich als konstitutionelle Monarchie, bietet der Staat das „Bild und die Wirklichkeit der entwickelten Vernunft“, als „der wirkliche Staat“ (§ 170), erweist er sich „in seinen Einrichtungen [als] ein Tempel der Vernunft“ (§ 158 Anm.). Auch wenn die Einzelnen dies nicht immer erkennen (können), muss ihn das philosophische Erkennen als ein Vernünftiges erkennen (§ 158 Anm.). Es ist der allgemeine

Stand, der „Stand der Intelligenz“, der dies in seinem Selbstbewusstsein ebenfalls weiß und die vernünftigen Inhalte an den Fürsten heranträgt (§ 170 Anm.).

2.1.2 Zusammenfassung

Das Wesentliche und im Wesentlichen Gleichbleibende dieser Konzeption der Erbmonarchie war 1817/18 erarbeitet. Deutlich ist die Konzentration auf den inneren Staat und damit auf den Staat als Individuum (als Einzelheit [E]), der sich dann im Verhältnis zu anderen Staaten als Besonderheit (B) erweist und schließlich in der Weltgeschichte (als allgemeine Gattung [A]) als gerichtet oder als welthistorisch geistig bestimmend erscheint. Es geht bei dem inneren Staat um den Staat in Bezug auf sein inneres öffentliches (sittliches) Leben und damit um ihn als Organismus und Verfassung (vernünftige Verfasstheit); und auch hier nur um einen Teil der Verfassung, nämlich um den staatlichen Körper, der für die Hervorbringung und Aufrechterhaltung der Freiheit (des allgemeinen Willens in seiner Verwirklichung) tätig wird (wobei der zweite Teil die Verfasstheit des Zusammenlebens in den Institutionen Familie und bürgerliche Gesellschaft [Korporation] betrifft). Der Staatskörper¹² ist tätige Macht, die gegenüber der Willkür der bürgerlichen Gesellschaft (bis hin zum Gewissen der Subjekte) als äußere Zwangs- und Gewaltanstalt auftritt; daher geht es um „Staatsgewalt[en]“. Auch dieser Körper ist lebendiger Organismus, der vernünftig nur als Schlusstrias von drei Momenten begriffen werden kann: A-B-E, wobei E Schluss und Anfang (nämlich beim inneren Staat als Individuum, aber noch weitergehend: beim Begriff des freien Willens [also dem Anfang des objektiven Geistes, der hier zu seinem Ende kommt]) ist.¹³ Der Staat ist der wirklich freie Wille des Einzelnen, der sich und damit freiheitliche Verhältnisse (als Institution und als Staatskörper) will; also der Wille des Bürgers als *citoyen*, der darin zugleich seine Besonderheit als *bourgeois* (und Familienmitglied) verwirklicht.¹⁴ Hegel sieht darin das Extrem des modernen freiheitlichen Staates, auch die Besonderheit zu ihrem Recht kommen zu lassen. Doch entsteht deshalb zugleich das Problem, ob bzw. wie von diesem Extrem aus ein lebendiger Organismus der Freiheit hervorgebracht und aufrechterhalten werden kann, da doch keine Gewähr (Sicherheit als „Verfasstheit“) zu denken ist: es kann die Besonderheit die Allgemeinheit zurückdrängen und überdecken, aus dem sittlichen

¹² Besser wäre der Begriff des „Staatsleibes“, der aber nicht üblich ist (außer im Englischen, wo „body“ beides bedeutet).

¹³ Vgl. dazu Michael Quante, „Die Persönlichkeit des Willens“ als Prinzip des abstrakten Rechts. Eine Analyse der begriffslogischen Struktur der §§ 34–40 von Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts*“, in: Ludwig Siep (Hg.), G. W. F. Hegel *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1997, S. 73–94.

¹⁴ Vgl. Thomas Sören Hoffmann, *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Eine Propädeutik*, Wiesbaden 2004, S. 433: „Der Staat [bei Hegel, WS] ist Staat, insofern jeder Bürger von ihm im Prinzip zu sagen vermag: ‚L’etat c’est moi‘, der Staat ist mein erweitertes Ich“.

der Not- und Verstandesstaat der bürgerlichen Gesellschaft (als Mechanismus) werden oder gar Chaos und Unordnung (Unfreiheit) entstehen. Erforderlich¹⁵ ist für Hegel deshalb ein einzelner Wille, der wirklich/notwendig (als zweite Natur) allgemeiner Wille ist, also nur Wille eines *nur-citoyens*. Hegel nennt ihn das andere Extrem, wodurch er deutlich macht, dass es ihm bei der „konstitutionellen Monarchie“ um den modernen freiheitlichen Staat geht¹⁶ (weshalb die alten Staatsformen irrelevant werden). Er nennt diese Notwendigkeit das „monarchische Prinzip“ der Einzelheit, was bedeutet, dass dieser Wille *nur* in diesem Moment (im Schluss A-B-E) in Sicht kommt, sich daher mit der Allgemeinheit und der Besonderheit schließend. Dieses monarchische Prinzip (oder die monarchische/fürstliche Gewalt) – als ein Moment des Begriffs des Staatskörpers als Organismus – muss auch ins Dasein treten und damit der Wille eines Individuums werden, der in der Realität dieses Zusammenschließen der Allgemeinheit und Besonderheit in dem „Ich will“ der Entscheidung verwirklicht, zum objektiven Geist macht. Das Allgemeine (als gesetzgebende Gewalt) ist machtlos (und daher keine Gewalt), wenn es nicht auf das Besondere (durch die Regierungsgewalt [für die Vergleichbares gilt]) angewendet wird, was nur möglich ist, wenn das anzuwendende Gesetz durch die Entscheidung (die Unterschrift mit dem Namen) der Einzelheit bekräftigt und in machtvoller Geltung gesetzt wird.

Dieses Individuum nennt Hegel „Monarch“ oder „Fürst“, dessen Funktion und Aufgabe in nichts anderem besteht und bestehen kann (ohne diese Stellung und Bedeutung zu verlieren) als in dieser letzten, formellen, aber notwendigen Entscheidung. Dieses fürstliche Individuum kann daher nur daseiende fürstliche Gewalt (in diesem Sinne eines Moments), nicht Person (Willkür) oder Subjekt (Gewissen), d.h. nicht Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft oder Haupt einer Familie sein, sondern nur *citoyen*, allerdings ohne die Vermittlung und Aufhebung der Personalität oder Subjektivität, sondern in unmittelbarer Weise (und darin vergleichbar der Familie, die aber nun auf das Ganze bezogen sein muss, sozusagen auf die „Staatsfamilie“).¹⁷ Der Fürst ist das Haupt einer Fami-

¹⁵ Dazu vgl. Adriaan Theodoor Peperzak, *Hegels praktische Philosophie. Ein Kommentar zur enzyklopädischen Darstellung der menschlichen Freiheit und ihrer objektiven Verwirklichung*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1991, S. 285; ders., *Modern Freedom. Hegel's Legal, Moral, and Political Philosophy*, Dordrecht 2001, S. 533 ff.

¹⁶ So Shlomo Avineri, „Der Staat – das Bewusstsein der Freiheit (1972)“, in: Manfred Riedel (Hg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie Band 2*, Frankfurt/Main 1974, S. 393–414; Herbert Schnädelbach, „Der objektive Geist“, in: Hermann Drüe u.a. (Hg.), *Hegels „Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften“ (1830). Ein Kommentar zur Systemgrundriß*, Frankfurt/Main 2000, S. 289–314, 313. Vgl. dazu aus historischer Perspektive Hans-Christof Kraus, „Monarchischer Konstitutionalismus. Zu einer neuen Deutung der deutschen und europäischen Verfassungsentwicklung im 19. Jh.“, in: *Der Staat* 43 (2004), S. 595–620.

¹⁷ Die erbliche Thronfolge setzt eine Familie (als Gestalt unmittelbarer Sittlichkeit) voraus, die sich nicht in die Personalität der bürgerlichen Gesellschaft auflöst, sondern die ihren Sinn nur in der Zeugung und Erziehung des Thronfolgers für seine Funktion als Fürst hat. Darin erinnert sie an die Familie im Bauern- als dem ebenfalls „natürlichem“ Stand; vgl.

lie (als die Natürlichkeit aufhebende [und damit bewahrende] Geistigkeit), die nicht als Person in der bürgerlichen Gesellschaft tätig sein kann, sondern deren Funktion nur in dieser formellen Entscheidung liegt.¹⁸ Er steht als Fürst nicht über dem Staat, sondern ist Moment seiner Verfassung (und zugleich Grund deren Einheit); er steht aber außerhalb der Institutionen Familie und bürgerliche Gesellschaft. Wäre der Fürst Person (Willkür) oder Subjekt (Gewissen), dann wäre der freiheitliche Staat – die moderne „konstitutionelle Monarchie“ – verlassen, zu einer Willkürherrschaft (Despotie, Tyrannis) geworden.

Doch sieht Hegel, dass seine Konzeption voraussetzt, dass es diese fürstliche Familie auch wirklich gibt, d.h. als solche anerkannt ist. Stirbt sie aus (oder – wie zu ergänzen ist – verliert sie diese Anerkennung, z.B. weil sie [wie alle anderen Familien] als besondere Person in der bürgerlichen Gesellschaft auftritt), muss das Individuum – das das notwendige monarchische Prinzip/die fürstliche Gewalt als Moment des Staatskörpers zum Dasein bringt – durch die Ständeversammlung gewählt werden. Hegel meint damit zwar eine neue Familie, deren Haupt zum Wahlmonarchen (mit dann erblicher Thronfolge) wird. Doch kann dies sicherlich auch ein anderes Individuum sein, wobei das genannte Problem nicht gelöst ist und werden kann, dass nämlich diese individuelle Spalte weder Person noch Subjekt, sondern nur *citoyen* sein kann. Zwar wählen (qua Ständeversammlung) nur *citoyen* die Staatsspitze – das Staatsoberhaupt –, doch können Willkür und Gewissen nicht wirklich ausgeschlossen werden (weder bei den Wählern noch beim Gewählten). Es bleibt letztlich Zufall (Pech oder Glück), ob der Richtige – also der nur *citoyen* – gewählt wird; man könnte auch auf Volkswahl oder auf ein Losverfahren¹⁹ abstellen (wobei im Übrigen auch für diese Frage die Verfassung maßgebend sein muss, weshalb es nicht auf die Wahl oder auf das Los ankommt, sondern auf die Anerkennung des so erzielten [Mehrheits-] Ergebnisses).

dazu Claudio Cesa, „Entscheidung und Schicksal: Die fürstliche Gewalt“, in: Dieter Henrich/Rolf-Peter Horstmann (Hg.), *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, Stuttgart 1982, S. 185–205, 64. – Meist wird das Problem der Familie des Thronfolgers nicht thematisiert; vgl. aber den Hinweis Hegels in der Jenenser Philosophie des Geistes: „die Familie des Fürsten ist die einzige positive – die anderen sind zu verlassende“ (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Jenaer Systementwürfe III. Naturphilosophie und Philosophie des Geistes*, hg. von Rolf-Peter Horstmann, Hamburg 1987, S. 241); vgl. auch Franz Rosenzweig, „Hegels Begriff der Verfassung (1920)“, in: Manfred Riedel (Hg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie Band 2*, Frankfurt/Main 1974, S. 341–360, 351: „Die fürstliche Familie wird ein notwendiges Stück des Staatsideals“.

¹⁸ Vgl. Thomas Petersen, *Subjektivität und Politik. Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ als Reformulierung des „Contrat Social“ Rousseaus*, Frankfurt/Main 1992, S. 151: der Fürst vertritt nicht den allgemeinen Willen, sondern er ist die spezifische Gegenwart, welche sich dieser Wille gibt.

¹⁹ Wieder vorgeschlagen von Davin van Reybrouck, *Gegen Wahlen. Warum Abstimmen nicht demokratisch ist*, Göttingen 2016; Yves Sintomer, *Das demokratische Experiment: Geschichte des Losverfahrens in der Politik von Athen bis heute*, Wiesbaden 2016.

2.1.3 Weitere Entwicklung (Übersicht)

Betrachtet man von dieser Ausarbeitung 1817/18 aus die Nachschrift des C. G. Homeyer (wieder in Hegel-Diktaten und eigenen Ausführungen) der ersten

Berliner Vorlesung im WS 1818/19,²⁰

wird sie im Wesentlichen bestätigt. Hegel machte deutlich(er), dass die fürstliche Gewalt das „leere, letzte Entscheiden“ ist; es geht nicht um eine „objektive Entscheidung nach Gründen“: „Der Regent setzt den Namen darunter, als unmittelbare letzte Bestimmtheit“ (§ 122 Anm.). Dabei ist das Recht der Thronfolge kein Privaterbrecht (§ 122 Anm.). Wiederum wird als zweites Moment in der fürstlichen Gewalt die Regierungsgewalt als Beratung genannt, durch die das Objektive, der Inhalt und die Gründe an den Monarchen gebracht wird (§ 123). Durch diese Einbindung der Regierung wird die Willkür des entscheidenden Monarchen gemindert (wobei Hegel auch erwähnte, dass die Regierung – und daher vermittelt auch der Monarch – sich an die Gesetze halten müssen [§ 124]); „in einem konstituierten Staat kommt es auf die Persönlichkeit des Monarchen so sehr viel nicht an. Denn die objektive Seite im Regieren [...] wird abgesondert vom Monarchen“ (§ 122 Anm.), was aber nur so verstanden werden kann, dass sie zugleich Moment der fürstlichen Gewalt selbst ist (wie auch die gesetzgebende Gewalt, auf die Hegel nicht näher eingeht). – In der

Vorlesung des WS 1819/20,

die in einer anonymen Handschrift und in einer Nachschrift von Ringier überliefert ist,²¹ fehlen die Diktate Hegels; offensichtlich ging Hegel davon aus, dass sein Buch bald erscheinen würde; vielleicht hat er auch schon aus einem fertigen Manuskript vorgetragen.

Ausgang ist wiederum der Begriff des freien Willens in seinen Momenten Allgemeinheit – Besonderheit – Einzelheit, wobei Hegel nun die logisch-spekulative Grundlage betonte; in der Begrenzung unbegrenzt zu bleiben, in der Besonderung Allgemeines zu bleiben, in der Negation zugleich positiv zu bleiben (Negation der Negation, das Aufheben der Grenze, die wahre Unendlichkeit). „Alles Vernünftige ist der Schluss“ (S. 61), nämlich in diesem Beschriften, diesem Fassen des Entschlusses, in der Subjektivität. Die Realisierung des Willens ist die Verwirklichung der Freiheit, dass diese als eine Welt gegenständlich wird. Die Ent-

²⁰ Abgedruckt in: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818 – 1831*. Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting, Stuttgart-Bad Cannstatt 1973/74, Bd. 1; ders., Philosophie 1817/18, S. 203 ff.

²¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift*, hg. von Dieter Henrich, Frankfurt/Main 1983 (daraus werden einige Stellen mit der Seitenzahl zitiert); ders., *Vorlesungen über die Philosophie des Rechts Berlin 1819/20. Nachgeschrieben von Johann Rudolf Ringier*, hg. von Emil Angehrn u.a., Hamburg 2000.

wicklung des Begriffs der Freiheit gibt ein System vernünftigen Bestimmungen (S. 64). Im Staat kommt das Individuum zu seinem höchsten Recht, zur wesentlichen Freiheit. Im Staat „ist die Substanz, die geistige Natur des Individui zum Dasein gekommen. Die Individuen sind zur höchsten Weise ihrer Existenz gekommen“ (S. 210). Im Staat hat der Einzelne die höchste Freiheit, weil ihm der Begriff derselben hier Gegenstand ist. Der Einzelne „bildet sich zum Staate, insfern er sich seiner Besonderheit begibt und sich zu einem Allgemeinen, Vernünftig-Wissenden und Wollenden macht“ (S. 213). „Jedes Individuum ist so der Repräsentant der Substanz“ (S. 124), in diesem Sinne ist – wie man folgern kann – das Individuum (als *citoyen*, Bürger) der Staat selbst. Auch der Staat (als Staatskörper) ist Organismus, eine Organisation, die sich in drei Momente unterscheidet, wobei jedes Moment einerseits frei für sich, als eine eigene Sphäre, eine eigene Gewalt ist, andererseits aber nur durch das Ganze und die Einheit bestehend erscheint. Dass der Staatskörper sich in sich unterscheidet, bewirkt erst, dass er ein in sich selbst Ruhendes, in sich selbst Unendliches ist. „Indem solche Unterschiede bestehen, so müssen sie für sich Totalität sein. So kommt das Ganze zu seiner Vollkommenheit und ist in sich befriedigt. Indem jedes Moment so ein Ganzes ist, so hat es damit die Seele des Ganzen in sich, ist sich so selbst recht und dem Begriffe gemäß. Jedes Organ im Lebendigen ist so ein System in sich selbst; im Anderen hat es den Spiegel seiner selbst“ (S. 230f.). Daher können die einzelnen Gewalten – die Momente der einheitlichen und ganzen Staatsgewalt – nicht getrennt gedacht werden, als einander beschränkend, vielleicht sogar als gegeneinander feindlich, sondern jede ist als Glied für sich ein notwendiges Moment, das nach der Natur des Begriffs unterschieden ist und sich in sich ausbilden muss (S. 233). Dies bedeutet, dass erstens jede der drei Gewalten sich frei als Totalität entwickeln und so zu ihrem vollkommenen Recht kommen muss, dass aber zweitens jede „zu ihrer eigenen Haltung die andern notwendig“ hat. Nur wenn jede sich vollkommen entwickelt, kommen auch die jeweils anderen zu ihrem Recht. In jeder sind die anderen als (mit-)wirkend enthalten (S. 237). Wie früher beginnt Hegel mit der fürstlichen Gewalt, nun mit der Begründung, weil in ihr die Existenz des Begriffs als solcher, die Subjektivität, ihren Sitz hat. Damit ist sie Moment der substantiellen Identität, bestimmt von der Idee des Ganzen; Hegel sah darin die Souveränität nach innen, was zugleich ausschließt, dass die verschiedenen Geschäfte und Gewalten des Staates Privateigentum sind (S. 238f.). Hegel bemerkte nun ausdrücklich, dass der Begriff des Monarchen – und damit auch der des Staates, der von daher als „konstitutionelle Monarchie“ bestimmt ist – ein „schwerer Begriff“ der Spekulation ist, der dem Verstand der Wissenschaften nicht zugänglich ist (worin er im Übrigen den Grund für die „Majestät“ des Monarchen sieht). Er versuchte, in mehreren Überlegungen einen Zugang zu begründen. Wichtig ist einzusehen, dass „der Staat, weil er ein Geist ist, weil er Eines ist, alle Unterschiede, in sich verflüchtigt, enthalten muss. Ich ist reine Identität“ (Hegel verwies als „Korrelatum in der Natur“ auf das Licht), ist „das unendliche Fürsichsein des Ich. Die

Subjektivität ist als solche unmittelbar als Subjekt. Subjekt ist nur als dieses Subjekt. Diese Negativität, die sich unendlich auf sich selbst bezieht, ist eben Persönlichkeit. Die Subjektivität ist so ausschließendes Eines, ausschließende Person. In dem nun die Souveränität als dieses ist, so ist sie Souverän, sie ist Monarch“. „Es geht nur um das „Ich will“, das sich im Unterschreiben des Monarchen mit seinem Namen zeigt. Es ist die grundlose (d.h.: die nicht zu begründende) Entscheidung selbst. Alles, was in einem Staat geschieht, geschieht im Namen und kraft des Monarchen (S. 240 ff.). „Der Name enthält so die letzte Bestimmtheit; er ist das Zeichen der Vorstellung, wodurch sie es erreicht, das Einzelne als Einzelnes aufzunehmen“ (S. 250 f.). Diese entscheidende Spalte wurde in früheren Zeiten außerhalb des Staates gesehen, wie etwa in einem Orakel. Erst die neuere Zeit erfasste das menschliche Selbstbewusstsein als Gewissheit und Gewissen, erfasste der menschliche Geist seine Unendlichkeit, weshalb diese Spalte innerhalb des Staates verlegt wurde. Die konstitutionelle Monarchie (wie Hegel sie sah) ist Kind der neueren Zeit (S. 242). – Vieles in der Nachschrift der Vorlesung 1819/20 findet sich in dem im Herbst 1820 veröffentlichten Buch

Grundlinien der Philosophie des Rechts

wieder, das sich als umfassende(re) Ausarbeitung des Kapitels über den objektiven Geist in der Heidelberger Enzyklopädie (1817) und ebenso als Leitfaden für die Vorlesung verstand. Ausdrücklich wies Hegel in der Vorrede auf die philosophisch-spekulative Methode hin, wie er sie in der „Wissenschaft der Logik“ entwickelt hatte. Ausdrücklich verwies er im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung des politischen Staates in die drei Gewalten (als dessen Momente) auf seine logischen Ausführungen zu Allgemeinheit, Besonderheit und Einzelheit (§272 Anm.); in §278 Anm. sah er dasselbe Prinzip nicht nur im tierischen Organismus, sondern in der Entwicklung des Begriffs des freien Willens (der in §§5–7 ebenfalls unter ausdrücklichem Verweis auf die Logik dargestellt ist: die Einzelheit als in sich reflektierte und dadurch zur Allgemeinheit zurückgeführte Besonderheit [§7], die Allgemeinheit, die zum Gegensatz das Besondere hat, das aber durch seine Reflexion in sich mit dem Allgemeinen ausgeglichen ist, in einer Einheit, die die Einzelheit ist [§7 Anm.]). Diese drei Termini der Schlusslehre finden sich in der Reihung des §273 wieder: die Allgemeinheit (das Allgemeine zu und festzuhalten) in der gesetzgebenden Gewalt, die Besonderheit (die Subsumtion der besonderen Sphären und einzelnen Fälle unter das Allgemeine) in der Regierungsgewalt, die Einzelheit (als die letzte Willensentscheidung des Monarchen) in der fürstlichen Gewalt. In letzterer sind die unterschiedlichen Gewalten zur individuellen Einheit zusammengefasst (§273). Die fürstliche Gewalt steht deshalb für die Staatsgewalt überhaupt, wie sie §272 für den wirksamen, tätigen, daher auch: mächtigen/gewaltigen (politischen) Staat zum Ausdruck bringt: er ist ein individuelles Ganzes nur in der Unterscheidung dieser drei Momente, wobei

jedes Moment in sich selbst die Totalität ist, indem es die anderen in sich wirksam hat. Die fürstliche Gewalt enthält in sich die Mitwirkung der Regierungs- und der gesetzgebenden Gewalt (§ 275), wie die Regierungsgewalt in sich die gesetzgebende und die fürstliche Gewalt (worauf Hegel aber nicht näher einging) und die gesetzgebende Gewalt in sich die Regierungs- und fürstliche Gewalt (§ 300) enthalten. – Erneut durch Heranziehung des Begriffs des Willens wird die fürstliche Gewalt aufbereitet. Die Freiheit des Willens als Selbstbestimmung des Ich (als des Allgemeinen, des reinen Denkens [§ 5]) liegt darin, dass das Ich sich als das Negative seiner selbst, nämlich als bestimmt, beschränkt setzt und bei sich, d.i. in seiner Identität mit sich und Allgemeinheit bleibt, um sich also nur mit sich selbst zusammenzuschließen (§ 7). Darauf bezieht sich nun § 278 Anm.: in der sich auf sich beziehenden Negativität und damit zur Einzelheit sich bestimmenden Allgemeinheit, in welcher alle Besonderheit und Bestimmtheit eine aufgehobene ist, liegt der „absolute sich selbst bestimmende Grund“. In § 279 Anm. zeigt die logische Entwicklung des Begriffs des Willens auf: „ein und derselbe Begriff, hier der Wille, [ist] anfangs, weil es der Anfang ist, abstrakt, [erhält] sich, aber [verdichtet] seine Bestimmungen, und zwar ebenso nur durch sich selbst, und [gewinnt] auf diese Weise einen konkreten Inhalt. So ist das Grundmoment der zuerst im unmittelbaren Rechte abstrakten Persönlichkeit, welches sich durch seine verschiedenen Formen von Subjektivität fortgebildet hat und hier im absoluten Recht, dem Staate, der vollkommenen konkreten Objektivität des Willens, die Persönlichkeit des Staates ist, seine Gewissheit seiner selbst – dieses Letzte, was alle Besonderheiten in dem einfachen Selbst aufhebt, das Abwägen der Gründe und Gegengründe, zwischen denen sich immer herüber und hinüber schwanken lässt, abbricht und sie durch das ‚Ich will‘ beschließt und alle Handlung und Wirklichkeit anfängt“. Dies setzt aber voraus, dass diese „Selbstbestimmung [...] die Stellung der für sich abgesonderten, über die Besonderung und Bedingung erhabenen Spitze hat“ (§ 279 Anm.). Die Persönlichkeit des Staates ist als Moment einer vernünftigen Verfassung als eine Person wirklich (§ 279 Anm.). Auch die Erbmonarchie wird mit logischen Überlegungen begründet. Hegel verweist wieder auf den Begriff des Willens, aber nun in der Fortführung im § 8, in dem der Prozess dargestellt ist, einen Inhalt aus der Subjektivität (als vorgestellten Zweck) in das Dasein zu übersetzen. Eigentlich geht es damit um einen Handlungsbegriff. – In den Vorlesungen nach dem Erscheinen der „Grundlinien“ finden sich nur wenige neue Gedanken zum inneren Staatsrecht. Hegel las die Paragraphen seines Buches vor (die die Studenten zum Teil nachschrieben) und erläuterte manche von ihnen. Was er in der Vorlesung 1821/22 ausführte, ist nicht zu klären, da die Nachschrift von dieser Vorlesung genau an dem § 260 – mit dem das innere Staatsrecht beginnt – abbricht.²² Von der

²² Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/22*, hg. von Hansgeorg Hoppe, Frankfurt/Main 2005, S. 237.

Vorlesung WS 1822/23

ist die umfangreiche Nachschrift von Heinrich Gustav Hotho erhalten und veröffentlicht.²³ Es findet sich ebenfalls nur wenig Neues. Bekannt (weil in der Ausgabe der „Grundlinien“ durch Eduard Gans 1833 als Zusatz aufgenommen) sind die Sätze über die Bedeutung des Monarchen: „In einer entwickelten Organisation ist es um solche Spitze eines formellen Entscheidens zu thun [...] Was man [...] braucht zu einer Monarchie, ist dieß, einen Menschen zu haben, der ‚Ja‘ sagt, der Punkt auf das I setzt“ (S. 763 f.). Es heißt dann weiter: „In einer Monarchie ist die Willkür des Monarchen nicht das Gesetz, sondern die Verfassung, deren Gesetz kommt die objective Seite zu, zu welchem der Monarch nur das subjective: ich will hinzuzusetzen hat“ (S. 765). Damit ist die „Fürstengewalt keine bloße Willkür, sondern das eigentlich dem Monarchen Zukommende ist das Entscheiden nach der objectiven Seite, d.h. nach der Verfassung, nach den Gesetzen“ (S. 772). Vergleichbares gilt für die Nachschrift der

Vorlesung WS 1824/25,

die Karl Gustav Julius von Griesheim angefertigt hat.²⁴ Bekannt, weil von Gans als Zusatz zu § 279 aufgenommen, sind die Sätze: „Der Staat muss als ein großes architektonisches Gebäude, als eine Hieroglyphe der Vernunft, die sich in der Wirklichkeit darstellt, betrachtet werden“ (S. 670). Deutlich wird, dass die konstitutionelle Monarchie – wobei „konstitutionell“ heißt „organisiert in sich“ (S. 670) – in sich ebenso Aristokratie und Demokratie enthält. Zu § 273 führte Hegel aus, dass der Staat wesentlich Individuum ist, daher lebendig. Wie im organisch lebendiger Körper die Seele, die Individualität, die Lebendigkeit das Erste ist, so hier das Moment der Individualität das alles in sich fassende. Deshalb sind die drei Gewalten (gesetzgebende, Regierung, individuelle Gewalt) abstrakte Momente, wie sie in § 273 angegeben und gereiht sind; der Staat als lebendiges Ganzes aber organisiert jedes Moment in sich zu einer Totalität. Deshalb muss mit der Individualität und damit mit der fürstlichen Gewalt angefangen werden (S. 661 f.). Die Erbmonarchie liegt in der Idee selbst, die sich entwickelt, ihre Momente für sich existierend setzt und bis zum Vernunftlosen, dem bloß Natürlichen fortgeht, sich in ihrem Anderssein ihrer selbst bestimmt; wie der Organismus des Lebens fortgeht bis zum Knochen, dem Steinigen im Organischen (S. 679). – In der 2. Auflage der

²³ Siehe Hegel, Vorlesungen 1818–1831, Bd. 3, S. 87–841 (daraus werden einige Stellen mit der Seitenzahl zitiert). Eine weitere Nachschrift von dieser Vorlesung enthält zum inneren Staatsrecht keine erwähnenswerten Gedanken, vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Philosophie des Rechts. Nachschrift der Vorlesung von 1822/23 von Karl Wilhelm Ludwig Heyse*, hg. von Erich Schilbach, Frankfurt/Main 1999.

²⁴ Veröffentlicht in Hegel, Vorlesungen 1818–1831, Bd. 4, S. 67–903 (daraus werden einige Stellen mit der Seitenzahl zitiert).

Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften

(1827) und in der 3. Auflage (1830)²⁵ nahm Hegel Bezug auf die „Grundlinien“, weshalb er sich in der einschlägigen zweiten Abteilung der Philosophie des Geistes – dem objektiven Geist – kürzer fassen konnte (S. 770/771). Interessant ist, dass die Bestimmung der Staatsgewalt mit anderen Termini vorgenommen wird. Zwar ist der Ausgang derselbe: „Der Staat ist als lebendiger Geist schlecht-hin nur als ein organisirtes, in die besondere Wirksamkeiten unterschiedenes Ganzes [...] Die *Verfassung* ist diese Gegliederung der Staatsmacht. Sie enthält die Bestimmungen, auf welche Weise der vernünftige Wille [...] theils [...] gefunden werde, theils durch die Wirksamkeit der Regierung und ihrer besonderen Zweige in Wirklichkeit gesetzt darin erhalten und [...] geschützt werde“ (§ 539, 3. Aufl.). § 541 erwähnt diese Regierung: sie ist die „lebendige Totalität“, die fort-dauernde Hervorbringung des Staates überhaupt und seiner Verfassung.²⁶ „Die Organisation der Regierung ist [...] ihre Unterscheidung in Gewalten, wie deren Eigenthümlichkeiten durch den Begriff bestimmt sind, aber in dessen Subjectivität zur wirklichen Einheit sich durchdringen“ (§ 541); Hegel spricht von dem „Sich-mit-sich-selbst-Zusammenschließen des lebendigen Geistes“ (§ 541 Anm.). „Die wahre Idee, und damit die lebendige und geistige Wirklichkeit [ist] der sich mit sich zusammenschließende Begriff und damit die *Subjectivität*, welche die Allgemeinheit als nur eines ihrer Momente in ihr enthält. Die Individualität ist die erste und die höchste *durchdringende Bestimmung* in der Organisation des Staates. Nur durch die Regierungsgewalt und dadurch, daß sie die besonderen Geschäfte, wozu auch das selbst besondere, für sich abstracte Gesetzgebungs-Geschäft gehört, in sich begreift, ist der Staat *Einer*“ (§ 541 Anm.). Allgemeinheit, Besonderheit und Einzelheit sind als das „vernünftige Verhältniß des Logischen“ zu bestimmen. Deshalb unterscheidet sich die Regierung als organische Totalität (Regierungsgewalt) in drei Momente: 1) die Subjectivität als die in der Entwicklung des Begriffs unendliche Einheit desselben mit sich selbst, der alles haltende, beschließende Wille des Staats, die höchste Spitze desselben, wie alles durchdringende Einheit: die fürstliche Regierungsgewalt (§ 542), 2) die besondere Regierungsgewalt (mit der Teilung der Staatsgeschäfte in bestimmte Zweige (§ 543), 3) die gesetzgebende Gewalt (ständische Behörde, Ständeversammlung) (§ 544). Die fürstliche Regierungsgewalt ist in einer Verfassung der entwickelten Vernunft, in der jedes Moment des Begriffs seine freie Existenz erlangt hat, zu wirklicher Existenz, zu einem realen Moment gediehen: nämlich zu einem wirklichen Individuum, zum Willen eines beschließenden Individuums, zum Monarchen. So zeigt sich die „Natur des speculativen Begriffs“, nämlich in der Unterscheidung zwischen der Notwendigkeit eines Begriffsmoments und

²⁵ Abgedruckt und gegenüber gestellt in Hegel, Vorlesungen 1818–1831, Bd. 4, S. 762 ff.

²⁶ Hegel knüpft hier an seine Darstellung in der *Heidelberger Enzyklopädie* (1817) an, die terminologisch seiner *Jenenser Geistphilosophie* gefolgt war.

der Form der Wirklichkeit desselben (§542 Anm.). Die Anmerkung fährt fort: „Jene Subjectivität, indem sie das Moment des abstracten Entscheidens überhaupt ist, geht theils zu der Bestimmung fort, daß der *Name* des Monarchen als das äußere Band und die Sanction erscheint, unter der überhaupt Alles in der Regierung geschieht, theils daß sie als die einfache Beziehung auf sich die Bestimmung der *Unmittelbarkeit* und damit der Natur an ihr hat, hiemit die Bestimmung der Individuen für die Würde der fürstlichen Gewalt durch die *Erblichkeit* festgestellt wird“. Zur gesetzgebenden Gewalt findet sich die Anmerkung zu §544, mit der die Ständeversammlung nur als ein Zweig der gesetzgebenden Gewalt aufgefasst wird, an dem die besonderen Regierungsbehörden wesentlichen Anteil und die fürstliche Gewalt den absoluten der schließlichen Entscheidung haben. Darüber hinaus wird das Gesetzgeben als solches in einem „gebildeten Staate“ herabgesetzt: dieses kann nur ein Fortbilden der bestehenden Gesetze in Details sein, deren Inhalt durch die Praxis der Gerichtshöfe schon vorbereitet oder selbst vorläufig entschieden worden ist.

2.1.4 Beispiele von kritischen Stimmen

Es liegt auf der Hand, dass diese Konzeption der Erbmonarchie mit ihrem Anspruch auf philosophische Verbindlichkeit auf Kritik stoßen musste. Zunächst wurde von Zeitgenossen eingewendet, dass Hegel die Bedeutung des Monarchen zu sehr herabsetzen, sich also als Gegner der Monarchie erweisen würde (was dann leicht zu der biographischen These führen konnte, dass ihn diese existentielle Gefahr dazu brachte, manche Thesen zurückzunehmen und sich so zu akkommodieren). Für liberale Kritiker seiner Zeit lag gerade darin das Wichtige und Neue, aus dem leicht(er) eine Theorie des gewählten Staatsoberhauptes ausgearbeitet werden konnte. Heute ist die Kritik radikaler, die These der Akkommodierung beliebter (manchmal wegen 1817/18 nun bezogen auf den württembergischen König), inhaltlich vielfältiger. Überwiegend wird sie abgelehnt, die Argumentation für „absurd“ oder bloß „erheiternd“ oder als „Kuriosität“ bezeichnet. Dabei ist anzumerken, dass meist die Darstellung in den „Grundlinien“ herangezogen und dabei die Veränderung in der zweiten und dritten Auflage der „Enzyklopädie“ nicht berücksichtigt wird.²⁷ Im Folgenden werden nur einige Beispiele genannt.

Eine eigentliche Kritik an dieser Begründung der Erbmonarchie kann nur an der

²⁷ Eine Ausnahme: Cesa, Entscheidung, S. 203 (interpretiert als Zeichen dafür, dass Hegel seine Zustimmung zur konstitutionellen Monarchie aufgegeben hatte).

philosophischen Methode

Hegels als solcher oder – wenn diese als Grundlage akzeptiert wird – an der Schlüssigkeit der konkreten Entwicklung des Staatsbegriffes „aus dem logischen Geist“ heraus ansetzen. Auf die erste Möglichkeit kann hier nicht eingegangen werden.²⁸ Für die zweite mögliche Kritik (aus neuerer Zeit) muss auf die Ausführungen von Klaus Vieweg hingewiesen werden, der die Idee des Staates, das innere Staatsrecht und die Verfassung als jeweils ein System von drei Schlüssen (A-B-E, B-E-A, E-A-B) darstellt.²⁹ Er führt aus, dass Hegel in der letzten Schlusstrias (der Lehre von den Gewalten [als Gewaltenverschränkung]) zwar Neuland (gegenüber der herkömmlichen Theorie von Herrschergewalt, vollziehender Gewalt, rechtsprechender Gewalt) betreten hat und dass seine Konzeption der Einzelheit als notwendiger Spitze zuzustimmen, also auch für heute relevant ist. In der näheren Ausführung habe Hegel dann aber das Ganze von drei Schlüssen nicht dargestellt: Hegel „vergisst“ den Schluss der Notwendigkeit B-A-E und übersieht deshalb die Konsequenz, dass logisch das Allgemeine (die gesetzgebende Gewalt) und nicht die Einzelheit (die fürstliche Gewalt) den Grundstein der gesamtstaatlichen Struktur bilden muss. Vieweg versucht, diesen eigentlich unverständlichen Fehler Hegels biographisch

²⁸ Zum Problem der Logik der Rechtsphilosophie allgemein vgl. Bernard Bourgeois, „Der Begriff des Staates (§§ 257–271)“, in: Ludwig Siep (Hg.), *G. W. F. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1997, S. 217–242, 239; Lu De Vos, „Die Logik der Hegelschen Rechtsphilosophie: Eine Vermutung“, in: *Hegel-Studien* 16 (1981), S. 99–121, 99 ff.; Hans Friedrich Fulda, „Zum Theorietypus der Hegelschen Rechtsphilosophie“, in: Dieter Henrich/Rolf-Peter Horstmann (Hg.), *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorien der Rechtsformen und ihre Logik*, Stuttgart 1982, S. 393–427, 393 ff.; Klaus Hartmann, „Ideen zu einem neuen systematischen Verständnis der Hegelschen Rechtsphilosophie“, in: *Perspektiven der Philosophie* 2 (1976), S. 167–200, 167 ff.; ders., „Linearität und Koordination in Hegels Rechtsphilosophie“, in: Henrich/Horstmann, *Hegels Philosophie des Rechts*, S. 305–316, 305 ff.; Dieter Henrich, „Logische Form und reale Totalität. Über die Begriffsform von Hegels eigentlichem Staatsbegriff“, in: ders./Horstmann, *Hegels Philosophie des Rechts*, S. 428–450, 428 ff.; ders., „Vernunft in Verwirklichung. Einleitung des Herausgebers“, in: Hegel, *Philosophie 1819/20*, S. 9–39, 22; Henning Ottmann, „Hegelsche Logik und Rechtsphilosophie. Unzulängliche Bemerkungen zu einem ungelösten Problem“, in: Henrich/Horstmann, *Hegels Philosophie des Rechts*, S. 382–392, 382 ff.; Petersen, *Subjektivität*, S. 113 ff.; Herbert Schnädelbach, „Die Verfassung der Freiheit (§§ 272–340)“, in: Siep, *Hegel Grundlinien*, S. 243–265, 247; Ludwig Siep, „Hegels Theorie der Gewaltenteilung“, in: Hans-Christian Lucas/Otto Pöggeler (Hg.), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1986, S. 387–420, 405 ff. Auf diesbezügliche Durchführungsprobleme weisen hin: Hartmann, Linearität, S. 305 ff.; Henrich, Form, S. 442, 449; Ottmann, Logik, S. 382; Otto Pöggeler, „Einleitung“, in: Hegel, *Vorlesungen 1817/18, S. IX–XLVIII, XLVI*. Zu Hegels Methode allgemein vgl. Thomas Sören Hoffmann, „Hegel oder die Provokation der spekulativen Logik“, in: Hans Feger/Gloria Dell'eva (Hg.), *Die Philosophie des Deutschen Idealismus*, Würzburg 2016, S. 243–262, 243 ff.

²⁹ Siehe Vieweg, Denken, S. 400 ff. Vgl. auch ders., „Der Staat als ein System von drei Schlüssen. Hegels logische Grundlegung der Staatskonzeption“, in: Anton Friedrich Koch/u.a. (Hg.), *Hegel – 200 Jahre Wissenschaft der Logik*, Hamburg 2014, S. 391–409.

verständlich zu machen;³⁰ und versucht dann eine Reformulierung „gegen den Buchstaben“, die im Schluss der Notwendigkeit (B-A-E) endet.³¹ Manche zweifeln, dass ein solcher Versuch überhaupt zielführend ist.³² – Dagegen finden manche Philosophen die Hegelsche Argumentation durchaus überzeugend und nachdenkenswert.³³ Kritisch wieder Vittorio Hösle, für den die Parallele zum Begriff des freien Willens (aufgefasst als Subjektmetaphysik) im Vordergrund steht. Deshalb lehnt er Hegels Argumentation an, weil nur eine Logik der Intersubjektivität angemessen ist.³⁴ – Vor allem wird die

Veränderung der Reihenfolge

der Gewalten kritisiert: in § 273 der „Grundlinien“ findet sich die Schlusstriade A-B-E, also die gesetzgebende Gewalt an erster Stelle, ab § 275 der „Grundlinien“ dagegen beginnt Hegel die Darstellung der drei Staatsgewalten mit der fürstlichen. Bereits 1973 wies Karl-Heinz Ilting – nach historisch früheren Kritikern – auf dieses Problem hin – „entscheidender Bruch“, fast „Verrat an den eigenen Prinzipien“ – und folgerte daraus seine Akkommodationsthese.³⁵ Manche Kritiker folgen ihm, so auch Hösle, für den hier das „eklatanteste Beispiel für einen Begriffsfehler“ vorliegt,³⁶ andere wiederum finden dies durchaus

³⁰ Vgl. Vieweg, Denken, S. 408: einmal realpolitische Zurückhaltung und Übervorsicht, sodann aber „schelmische Verstellung“ (indem ausführlich auf die Logik hingewiesen wurde, in der Überzeugung, dass seine Interpreten seine Ausführen „rekonstruieren“ würden); so habe Hegel die Zensur überlisten können (und wollen), aber nicht die Hegel-Kenner.

³¹ Vgl. Vieweg, Denken, S. 407 ff.

³² Vgl. Henrich, Form, S. 428 ff.; Michael Wolff, „Hegels staatstheoretischer Organizismus. Zum Begriff und zur Methode der Hegelschen ‚Staatswissenschaft‘“, in: *Hegel-Studien* 19 (1985), S. 147–177, 147 ff.; vgl. auch die Reformulierung bei Petersen, Subjektivität, S. 113 ff. (auch in Parallele zum Begriff des freien Willens [S. 142]).

³³ Vgl. Avineri, Staat, S. 404 („eine ungewöhnliche und höchst originelle Auffassung der Monarchie“); Alfredo Bergés, *Der freie Wille als Rechtsprinzip. Untersuchungen zur Grundlegung des Rechts bei Hobbes und Hegel*, Hamburg 2012, S. 372 ff.; Peperzak, Philosophie, S. 285; ders., Freedom, S. 537 ff. Vgl. auch Jean-François Kervégan, „Jenseits der Demokratie“, in: *Deutsche Zeitschr. f. Philosophie* 56 (2008), S. 223–243.

³⁴ Vgl. Vittorio Hösle, *Hegels System. Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität*, Bd. 2, Hamburg 1987, S. 570. Zur Logik des Willensbegriffes vgl. Quante, Persönlichkeit, S. 75 ff.

³⁵ Vgl. Karl-Heinz Ilting, „Die ‚Rechtsphilosophie‘ von 1820 und Hegels Vorlesungen über Rechtsphilosophie. Einleitung des Herausgebers“, in: Hegel, Vorlesungen 1818–1831, Bd. 1, S. 23–126, 107 f. (dazu Dieter Suhr, „Hegels Vorlesungen über Rechtsphilosophie“, in: *Rechtstheorie* 5 (1974) S. 175–188). Freilich kannte Ilting damals die Nachschrift der Heidelberger Vorlesung WS 1817/18 nicht: daher sah er später (vgl. Karl-Heinz Ilting, „Die neue Quellenlage. Einleitung des Herausgebers“, in: Hegel, Philosophie 1817/18, S. 9 f., 26) Hegel als Theoretiker des süddeutschen Frühkonstitutionalismus, sogar als Vertreter der parlementarischen Monarchie. Für Paolo Becchi, „Diskrepanzen in Hegels Theorie der fürstlichen Gewalt (1817–1820)“, in: *Hegel-Jahrbuch* 1986, S. 393–404, 400 – der Ilting folgt – war Hegel hier von französischen Theoretikern beeinflusst.

³⁶ So Vittorio Hösle, „Der Staat“, in: Christoph Jermann (Hg.), *Anspruch und Leistung*

korrekt.³⁷ Elisabeth Weisser-Lohmann wendet zum Beispiel ein, dass aus der Logik keine Reihenfolge abgeleitet werden kann und zudem dadurch keine Veränderung des Inhalts eintritt; zudem folgt Hegel hier der Handlungslehre des Moralitätskapitels.³⁸ – Am heftigsten wird die

Begründung der Erbmonarchie

angegriffen. Für Pöggeler verwickelt Hegel sich hier in „Kuriositäten“,³⁹ nach Hösle ist Hegels Argumentation „absurd“ und „nichts anders als erheiternd“,⁴⁰ die meisten Interpreten folgen der Kritik.⁴¹ Doch gibt es durchaus auch Philosophen, die der Begründung Hegels Sinn zusprechen. So sieht Alfredo Bergés in der Natürlichkeit des Fürsten ein Naturmoment als vorgegebenes Dasein, das einer immanenten Bedeutung der Freiheit angemessen ist, also ein „Dasein der Freiheit“.⁴² Auch für Adriaan Theodoor Peperzak ist Hegels Argumentation durchaus korrekt.⁴³ Für Bernd Rettig begründet die Theorie des Monarchen Hegels „Los, unverstanden zu bleiben“; er versucht eine Verständnis hilfe.⁴⁴ Allgemein ist erstaunlich, dass die Kritik sich mit den vielen Hinweisen auf die „Natur“ in Hegels Lehre vom objektiven Geist – etwa bezüglich § 4 der „Grundlinien“, der von der Welt des Geistes als der „zweiten Natur“ spricht (ähnlich die Charakterisierung der Sittlichkeit in § 142), der Familie (mit ihrem Moment der natürlichen Lebendigkeit [§ 161]), dem natürlichen, unmittelbaren Stand der Bauern (§ 203),⁴⁵ dem „Naturzustand“ im Verhältnis der Staaten zueinander (§ 333) – nicht eingehend beschäftigt. – Ebenso wird meist

von Hegels *Rechtsphilosophie*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1987, S. 183–226, 201. Vgl. Reinhardt Albrecht, *Hegel und die Demokratie*, Bonn 1978, S. 224; Bechi, Diskrepanzen, S. 393 ff.; Hartmann, Linearität, S. 311; Hösle, System, S. 568; Hannes Kastner, „Noch einmal: Die Stellung des Monarchen“, in: *Hegel-Studien* 43 (2008), S. 67–85, 74 f.; Stefan Koslowski, „Hegel als Theoretiker der bürgerlichen Gesellschaft und des modernen Staates?“ in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008, S. 86–110, 105; Schnädelbach, Verfassung, S. 250; ders., Geist, S. 311.

³⁷ Vgl. Cesa, Entscheidung, S. 199; Peperzak, Freedom, S. 531; Bernd Rettig, *Hegels sittlicher Staat. Bedeutung und Aktualität*, Köln-Weimar-Wien 2014, S. 211 ff.; Vieweg, Denken, S. 404.

³⁸ So Elisabeth Weisser-Lohmann, *Rechtsphilosophie als praktische Philosophie. Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts und die Grundlegung der praktischen Philosophie*, München 2011, S. 234.

³⁹ So Pöggeler, Einleitung, S. XLVII.

⁴⁰ So Hösle, Staat, S. 205; ders., System, S. 571 (auch widersprüchlich zur Geistmetaphysik [572]).

⁴¹ Beispieldhaft: Schnädelbach, Verfassung, S. 251; Charles Taylor, *Hegel*, Frankfurt/Main 1978, S. 577 (einer der Fälle, wo man Hegels Argument in seinen Einzelheiten für willkürlich halten kann); Vieweg, Denken, S. 409 f.

⁴² So Bergés, Wille, S. 348, 352.

⁴³ So Perpezak, Freedom, S. 537 ff.

⁴⁴ So Rettig, Staat, S. 211 ff.

⁴⁵ So aber Cesa, Entscheidung, S. 64.

das eigentliche Problem Hegels nicht diskutiert, dass der Fürst weder Person (Willkür) noch Subjekt (Gewissen) und damit kein Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft sein kann, was für das „Wahlreich“ (auch und gerade im Rahmen einer Theorie des Staatsoberhauptes) nur schwer zu lösen ist. – Ein weiterer Kritikpunkt ist der

geschichtsphilosophische Anspruch

Hegels, seine Zeit in Gedanken zu erfassen, also den wirklichen gegenwärtigen Staat zu begreifen. Ohne auf die Diskussion um den eher berüchtigten als berühmten Satz von der „Vernünftigkeit des Wirklichen“ einzugehen, ist doch anzumerken, dass Hegel erstens damit nicht beansprucht hat, einen besonderen historischen Staat – etwa den württembergischen⁴⁶ oder den preußischen⁴⁷ – in dieser Weise zu charakterisieren und auszuzeichnen, sondern immer darauf hingewiesen hat, dass das Wesen des modernen freiheitlichen Staates sich historisch nicht vollständig (sondern als Mischung von Kern und bunter Rinde) realisieren kann; dass zweitens dieser von ihm entfaltete Begriff dieses modernen Staates – den er als „konstitutionelle Monarchie“ bezeichnete⁴⁸ – nicht bloß in Gedanken als ein Sollen konzipiert wurde, sondern aus der denkenden Betrachtung der Weltgeschichte (vor allem seit der Reformation und der Französischen Revolution) abgeleitet ist, weshalb er sich durchaus in den Staaten zu Zeiten Hegels in mehr oder minder angemessener Fassung (Verfassung) verwirklichte. Um mit Klaus Vieweg zu sprechen: „Hegel zufolge vollzieht sich menschliche Entfaltung in der modernen Zeit innerhalb des erreichten Welt-Rahmens, das moderne Prinzip der Subjektivität muss sich in die Bewußtseine hinein- und in die Welt hinausbilden. Es geht [...] nicht mehr um die ‚Ge-Schichtung‘, sondern um die ‚Ge-Staltung‘ von Freiheit, dem erkannten, gewonnenen Begriff von Freiheit kann die angemessene, ihm würdige Gestalt verliehen werden. [...] Metaphorisch könnte man von einer Zeit der Dämmerung des Weltgeschichtlichen sprechen, in der das Wissen um die Freiheit seinen wahren Flug beginnt. Eine Gestalt des Lebens, die Geschichte, ist alt geworden, es gibt für sie keine

⁴⁶ Vgl. dazu Ilting, Rechtsphilosophie, S. 9 f.; Taylor, Hegel, S. 580. Württemberg war (im Übrigen wie Bayern, das Hegel in seiner Nürnberger Zeit erlebt hatte) ein nach französischem Vorbild gestalteter moderner Verfassungsstaat.

⁴⁷ Vgl. dazu Rolf Grawert, „Verfassungsfrage und Gesetzgebung in Preußen. Ein Vergleich der vormärzlichen Staatspraxis mit Hegels rechtsphilosophischem Konzept“, in: Lucas/Pöggeler, Hegels Rechtsphilosophie, S. 257 ff.; Hans-Christian Lucas, „Wer hat die Verfassung zu machen, das Volk oder wer anders? Zu Hegels Verständnis der konstitutionellen Monarchie zwischen Heidelberg und Berlin, in: ders./Pöggeler, Hegels Rechtsphilosophie, S. 175–220, 175 ff.; Gertrude Lübbe-Wolff, „Hegels Staatsrecht als Stellungnahme im ersten preußischen Verfassungskampf“, in: *Zeitschr. f. phil. Forschung* 35 (1981), S. 476–501, 476 ff. Preußen hatte im Übrigen – gegen das Versprechen des Königs – keine geschriebene Verfassung.

⁴⁸ Vgl. Avineri, Staat, S. 393 ff.; Schnädelbach, Geist, S. 317.

,Verjüngung‘, keine Rückkehr zu früheren, vermeintlich idyllischen Formen, keinen Aufbruch zu substantiell neuen Stufen. Es bleibt den Menschen ‚nur‘ die Erkenntnis und die weltumspannende Realisation des Prinzips Freiheit. – [...] Dies ist das einzige, was Hegel über die Zukunft sagt“.⁴⁹ Und daher konnte Hegel sagen: die Zukunft „geht [...] uns überhaupt [...] nichts an; denn wir haben es nach der Seite der Geschichte mit dem zu tun, was gewesen ist, und mit dem, was ist, – in der Philosophie aber mit dem, was weder nur gewesen ist noch erst sein wird, sondern mit dem, was *ist* und ewig *ist* – mit der Vernunft, und damit haben wir zur Genüge zu tun“.⁵⁰ – Von daher ist interessant, dass Hegel auf die nicht-monarchischen Staaten seiner Zeit nicht eingegangen ist. Für die Schweiz und für Haiti (seit 1820 der „Erste Freie Negerstaat“)⁵¹ kann dies noch mit Blick auf deren historische Unbedeutendheit hingenommen werden;⁵² aber es ist anzumerken, wie Hegel mit den

nordamerikanischen Vereinigten Staaten

umging. In den „Grundlinien“ und in den rechtsphilosophischen Vorlesungen ist Hegel offensichtlich nur im WS 1822/23 auf letztere eingegangen: Hotho schrieb nach: „Nord-America ist ein werdender Staat, an den Küsten ist Handel, der Ackerbau beginnt erst; der Handel ist nicht treu. Im Innern bildet sich erst die Basis der gebildeten Gesellschaft der Stand der Ackerbauer; und vor dieser Bildung wälzt sich das Ganze noch anfangslos herum“; deshalb sei dieses Beispiel (wie auch die oben genannten) nicht aufzuführen.⁵³ Ausführlicheres erfährt man aus den Nach- und Mitschriften der geschichtsphilosophischen Vorlesungen, in denen Hegel ausführlich auf die Vereinigten Staaten eingegangen ist. So in der Vorlesung des WS 1822/23: Amerika als neues Land könne als „ein Land der Zukunft“ erscheinen; es ist ein „sich bildender Staat, ein Staat im Werden, der das Bedürfnis der Monarchie noch nicht hat, weil er so weit noch nicht gebildet ist“. Ist alles Land zukünftig besetzt, „so daß die Gesellschaft sich in sich drängt, und [wird] das Bedürfnis der Gewerbe entstehen, dann muss notwendig der Staat soweit gebildet sein, daß er eine andere Verfas-

⁴⁹ So Vieweg, Philosophie, S. 21 f.

⁵⁰ So Hegel, Vorlesungen 12, S. 114.

⁵¹ Hegel weist auf Haiti (nur) in einem Zusatz zu § 393 der dritten Auflage der „Enzyklopädie“ hin (dass die Neger in „Haiti einen Staat nach christlichen Prinzipien gestaltet“ haben [Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, hg. von Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel, Werke Bd. 10, Frankfurt/Main 1970, S. 60]). Dazu vgl. Susan Buck-Morss, *Hegel und Haiti. Für eine neue Universalgeschichte*, Frankfurt/Main 2011.

⁵² Vgl. Hegel, Vorlesungen 1818–1831, Bd. 3, S. 751: „Es giebt und hat auch in neuern Zeiten Demokratien gegeben. Die Freistaaten von America etc, Uri, Schwytz, Hamburg, dieß sind aber keine Instanzen. Ein Hirten- und Bauernvolk kann eine ganz andere Verfassung haben, als ein Volk, worin alle politischen und bürgerlichen Verhältnisse sich entwickelt haben“.

⁵³ So Hegel, Vorlesungen 1818–1831, Bd. 3, S. 751.

sung erhalten muss. Die Anfänge, die dort vorhanden [sind], sind europäischer Natur. So ist dieses Land jetzt ein Land des Werdens, der Zukunft, das uns daher noch nichts angeht“.⁵⁴ Nach der Mitschrift von Heimann ging Hegel in der Vorlesung WS 1830/31 etwas genauer auf Nordamerika ein.⁵⁵ „Es ist ein Gemeinwesen, das von den Atomen der Privatpersonen ausgeht, der Staat ist nur eine Verknüpfung zur Erhaltung des Eigenthums. Hier ist also die Staatseinheit das erste; es ist eine feste Regierung, mit der alle zusammenhalten“. Doch ist jeder nur seiner Gesinnung in ihm gewiss; es fehlten die sittliche Gesinnung, die Rechtschaffenheit, auch die Tätigkeit für das Allgemeine. „Nur der eigene Genuß ist die Hauptsache, und dieser ist [durch] einen Rechtszustand geschützt“. Aber der Staat als allgemeiner Zweck ist nicht „ein Festes für sich“. Man kann also zusammenfassend sagen: die Vereinten Staaten waren für Hegel nur der Not- und Verstandesstaat der bürgerlichen Gesellschaft; doch als Land der Zukunft werden sie durch die weitere Ausbildung der Stände schließlich eine Monarchie werden.⁵⁶ – Schließlich ist noch ein weiterer möglicher Kritikpunkt zu nennen. Wegen der Orientierung an der Idee/dem Begriff des Staates als Verwirklichung der Vernunft dachte Hegel ihn als Organismus, der sich in seinen Momenten – wie oben zitiert: ohne Feindseligkeiten – als Einheit zeigt. Doch aus dem

⁵⁴ Sie Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte Berlin 1822/1823. Nachschriften von Karl Gustav Julius von Griesheim, Heinrich Gustav Hotho und Friedrich Carl Hermann Victor von Kehler*, hg. von Karl Heinz Ilting u.a., Hamburg 1996, S. 94 f.

⁵⁵ Siehe Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie der Geschichte. Vorlesungs-mitschrift Heimann (Winter 1830/1831)*, hg. von Klaus Vieweg, München 2005, S. 58 ff. – Zu Hegels Amerika-Verständnis vgl. Willi Paul Adams, „Die Geschichte Nordamerikas in Berlin“, in: Reimer Hansen/Wolfgang Ribbe (Hg.), *Geschichtswissenschaft in Berlin im 19. und 20. Jahrhundert*, Berlin/New York 1992, S. 595–609; Pedro Geraldo Aparecido Novelli, „Ein Bild von Amerika. Hegels ästhetische und historische Überlegungen zur Bedeutung der Neuen Welt“, in: *Hegel-Jahrbuch* 2009, S. 16–20; Friedrich Ebel, „Rechts- und Verfassungsge-schichte in Berlin im 19. und 20. Jahrhundert“, in: Hansen/Ribbe, *Geschichtswissenschaft in Berlin*, S. 449 ff.; Ernst Fraenkel (Hg.), *Amerika im Spiegel des deutschen politischen Denkens*, Köln/Opladen 1959, S. 32; Marcus Gräser, *Modell Amerika*, in: Europäische Geschichte online (EGO), hg. vom Institut für Europäische Geschichte, Mainz 2010; Manfred Henningsen, „Das Amerika von Hegel, Marx und Engels“, in: *Zeitschr. f. Politik* 1973, S. 224–251; George A. Kelly, „Hegel's America“, *Philosophy & Public Affairs* 1972, S. 3–36. – Man muss auch beachten, dass die Untersuchung von Alexis de Tocqueville erst 1835/40 erschien; vgl. Bernhard Fa-bian, *Alexis de Tocquevilles Amerikabild*, Heidelberg 1957; Claus Offe, *Selbstbetrachtung aus der Ferne. Tocqueville, Weber und Adorno in den Vereinigten Staaten*, Frankfurt/Main 2004.

⁵⁶ Auch an einer anderen Stelle bricht Hegel mit seinem Verzicht auf Hinweise auf die Zukunft, nämlich mit dem „Knoten“, den die liberalistische Theorie mit ihrem Prinzip des Atomismus, der keine feste Staatsorganisation entstehen lässt, darstellen wird: „dieses Problem ist es, an dem die Geschichte steht und den sie in künftigen Zeiten zu lösen hat“ (Hegel, Vorlesungen 12, S. 534 f.). Zum Problem vgl. Lucian Hölscher, „Hegel und die Zukunft“, in: Rüdiger Bubner u.a. (Hg.), *Die Weltgeschichte – das Weltgericht? Stuttgarter Hegel-Kongress 1999*. Stuttgart 2001, S. 323–331.

Verhältnis von vernünftiger Wirklichkeit und (auch unvernünftiger) Realität

der besonderen historischen Staaten ergibt sich eine Lücke in der Begründung. Zwar ist konsequent, dass ein Monarch, der nicht mehr als nur-*citizen* agiert, eben kein Repräsentant der fürstlichen Staatsgewalt sein kann. Er mag in seiner Funktion begrifflich nicht verantwortlich sein; das Individuum aber, das diese Funktion verlässt und als Privatperson handelt, muss zur Verantwortung gezogen werden können. Vergleichbares gilt für die Beamten der Regierungsgewalt (Amtsmissbrauch) und die Mitglieder der Ständeversammlung (Bestechlichkeit). Erforderlich ist deshalb ein in der Verfassung vorgesehenes Verfahren (vielleicht vor einem besonderen Gericht), das Hegel von seinem Ansatz her „vergessen“ musste. – Dieser Mangel betrifft auch die Zuordnung des vierten Standes – des Standes der Tapferkeit (also des Heeres) – zum äußeren Staatsrecht. Zwar ist dies im Rahmen der Entfaltung des inneren Staatsrechts schlüssig. Doch darf nicht übersehen werden, dass das Heer (unter dem Kommando des Fürsten) auch in Friedenszeiten im öffentlichen Leben steht, was zu Problem für einen historisch-realnen Staat führen kann. Auch dazu findet sich bei Hegel nichts.

2.2 Fürstliche oder präsidiale (Staats-)Gewalt bei Eduard Gans

Hegel hielt die Vorlesung über die Philosophie des Rechts letztmalig 1824/25 (abgesehen von dem Wintersemester 1831,⁵⁷ die er am 10.11. und 11.11. begann, aber dann abbrechen musste; Hegel starb am 14.11.1831). Ab dem Wintersemester 1827/28 hielt die Vorlesung in jedem Jahr in Absprache mit Hegel sein juristischer Schüler Eduard Gans,⁵⁸ dann ab dem Wintersemester 1832/33 in eigener Autorität weiter bis zum Wintersemester 1838/39; er starb am 5.5.1839.

Eduard Gans,⁵⁹ am 22.3.1797 in Berlin als Sohn eines jüdischen Bankiers geboren, begann das Studium der Rechtswissenschaft, Philosophie und Ge-

⁵⁷ Zum Hintergrund in der sog. „Kronprinzenaffäre“ vgl. Johann Braun, „Einführung des Herausgebers“, in: Eduard Gans, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte. Vorlesungen nach G. W. F. Hegel*, Tübingen 2005, S. XIX–LVII, XIX ff. Im Übrigen hatte Hegel bereits für das WS 1830/31 eine Vorlesung über Rechtsphilosophie angekündigt, sie aber dann wegen Unmöglichkeit abgesagt.

⁵⁸ Nur im WS 1830/31 – für das Hegel eine (dann nicht gehaltene) Vorlesung über Rechtsphilosophie angekündigt hatte – las Gans nur über Universalrechtsgeschichte.

⁵⁹ Zu ihm vgl. Reinhard Blänkner, *Eduard Gans (1797–1839). Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz*, Leipzig 2002; Johann Braun, *Judentum, Jurisprudenz und Philosophie. Bilder aus dem Leben des Juristen Eduard Gans (1797–1839)*, Baden-Baden 1997; Braun, Einführung, S. XIX ff.; Warren Breckman, „Eduard Gans and the Crisis of Hegelianism“, in: *Journal of the History of Ideas* 62/3 (2001), S. 543–564; Michael H. Hoffheimer, *Eduard Gans and the Hegelian philosophy of law*, Dordrecht 1995; Manfred Riedel, „Einleitung des Herausgebers“, in: Eduard Gans, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*, Stuttgart 1981, S. 11–30, 11 ff.; Hanns Reissner, *Eduard Gans. Ein Leben im Vormärz*, Tübingen 1965; Horst

schichte 1816 in Berlin, ging 1817 nach Göttingen und 1818 nach Heidelberg, wo er Hegel (und den Juristen Thibaut) kennenlernte. 1819 schloss er das Studium ab; er promovierte über römisches Obligationenrecht. Danach ging er zurück nach Berlin, wo er 1819 den „Verein für Kultur und Wissenschaft der Juden“ (mit-)begründete. Nachdem Gans 1825 zum evangelischen Christentum konvertiert worden war, war ihm die akademische Laufbahn möglich. Er wurde 1826 zuerst zum Professor extraordinarius, im Dezember 1828 zum ordentlichen Professor der Juristischen Fakultät ernannt, was dazu führte, dass Friedrich Carl von Savigny – das Haupt der Historischen Rechtsschule und erklärter Gegner Hegels – sich von allen Amtsgeschäften zurückzog. Hegel hatte damit Einfluss in der Rechtswissenschaft erhalten: denn Gans war der eifrigste und angriffslustige Hegelianer. Er vertrat in seinen Vorlesungen, die überaus zahlreich besucht waren, wegen seines rhetorischen Talents ebenso wie wegen seiner fortschrittlichen Inhalte, die Ideen des Vormärz, schätzte die Französische Revolution als Wendepunkt der europäischen Geschichte und trat für ein liberales Bürgertum im Rahmen einer konstitutionellen Monarchie ein. Gans betätigte sich daneben auch als Journalist und war gesellschaftlich sehr aktiv (so war er u.a. mit Heinrich Heine, Karl August Varnhagen von Ense und mit den Hegelianern Heinrich Gustav Hotho und Carl Ludwig Michelet befreundet). Im Alter von nur 42 Jahren starb Gans an den Folgen eines Schlaganfalls.

Eduard Gans gilt heute als einer der Begründer der *Vergleichenden Rechtswissenschaft* in Deutschland. Sein unvollendet gebliebenes Hauptwerk „Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung“ (in vier Bänden, 1824 bis 1835) fand in Deutschland, aber auch in Frankreich große Beachtung. In der Philosophiegeschichte wurde er lange vernachlässigt, da er als Lehrer hinter seinen (behaupteten) Schüler Karl Marx zurücktreten musste. Erst in jüngerer Zeit wird er als eigenständiger Denker und wichtiger Schüler Hegels gewürdigt. Er gab im Rahmen der Werkausgabe des „Vereins der Freunde des Verewigten“ 1833 Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ (mit einer bedeutenden Vorrede⁶⁰) und 1837 dessen „Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte“ heraus.

Von seinen Vorlesungen über „Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte“ (in drei Teilen: Die Rechtsphilosophie im engeren Sinn, Universalrechtsgeschichte, Praktisches Recht oder Wissenschaft der Gesetzgebung),

Schröder, „Vorwort des Herausgebers“, in: Eduard Gans, *Philosophische Schriften*, Glashütten im Taunus 1971, S. V–LXXXI, V ff.; Norbert Waszek (Hg.), *Eduard Gans (1797–1839). Hegelianer – Jude – Europäer. Texte und Dokumente*, Frankfurt/Main 1991; ders., „War Eduard Gans (1797–1839) der erste Links- oder Junghegelianer?“ in: Michael Quante/Amir Mohseni (Hg.), *Die linken Hegelianer. Studien zum Verhältnis von Religion und Politik im Vormärz*, Paderborn 2015, S. 29–51.

⁶⁰ Veröffentlicht in Eduard Gans, *Philosophische Schriften*, hg. von Horst Schröder, Glashütten im Taunus 1971, S. 3–12.

sind mehrere Mit- und Nachschriften veröffentlicht. So die Nachschrift der Vorlesung WS 1828/29,⁶¹ die Nachschrift von Immanuel Hegel (dem jüngsten Sohn) der Vorlesung 1832/33,⁶² die Mitschrift von P. Feuerbach der Vorlesung 1836/37⁶³ und die Mitschrift von E. Joachimi der Vorlesung 1837/38.⁶⁴ Im Folgenden interessieren nur die Ausführungen zur Rechtsphilosophie im engeren Sinne, vor allem zum inneren Staatsrecht. Dafür relevant ist auch die Nachschrift von Georg Waitz der Vorlesung „Deutsches Staatsrecht“ des SS 1834.⁶⁵

2.2.1 Vorlesung 1828/29:

Die fürstliche Gewalt

Gans betonte, dass Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ die Grundlage seiner Ausführung darstellten (S. 70). Er begann daher mit dem Begriff des Willens und folgte dann im Wesentlichen dem Gedankengang Hegels; bis zum Staat (S. 122 ff.), den er als „Gipfel der Freiheit“ kennzeichnete und ihn als Allgemeines gegenüber der Familie und der Korporation bestimmte: „Der Staat ist die allgemeine Korporation, der Staat ist die große, allgemeine Familie“. Deshalb machen Familie und bürgerliche Gesellschaft den „Inhalt des Staates“ aus. Er ist die „Wirklichkeit der Freiheit, die Wirklichkeit der sittlichen Idee“, die er als dasjenige bestimmt, das nicht bloß der abstrakte Begriff ist, sondern was zugleich mit dem Begriffe Leben hat. Der Staat ist „der sich denkende und selbst wissende Wille“; er ist „die vernünftige Allgemeinheit aller Dinge. [...] Der Staat hat eine vernünftige Gliederung in sich“. Die Unterscheidung in „Verfassung oder sogenanntes inneres Staatsrecht“ (Betrachtung des Staates als einen inneren Organismus, wie bei Platon), in „äußeres Staatsrecht“ und in den „Kampf und die Verwirklichung der Staaten – der Prozess der Staaten oder die Weltgeschichte“ übernahm Gans von Hegel. Diese „Verfassung“ ist nicht die Regelung des Verhältnisses von Herrschern und Beherrschten: denn „der Staat

⁶¹ In dem rechtsphilosophischen Teil veröffentlicht in Gans, Schriften, S. 37–154 (der Herausgeber H. Schröder konnte den Namen des Schreibers – da offensichtlich gelöscht – nicht nennen, Riedel, Einleitung, S. 249 gab den Namen als „Theodor Schütze“ an, welcher Angabe Braun, „Editionsbericht“, in: Eduard Gans, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte. Vorlesungen nach G. W. F. Hegel*, hg. von Johann Braun, Tübingen 2005, S. 399 Fn.1 widersprach) und eingearbeitet in eine einheitliche Fassung, die auch andere Mit- und Nachschriften aufnimmt [darunter eine zweite Mitschrift dieser Vorlesung von unbekannter Hand], als die oben genannte Ausgabe 2005.

⁶² Veröffentlicht als Eduard Gans, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*, hg. von Manfred Riedel, Stuttgart 1981; auch eingearbeitet in eine einheitliche Fassung, die auch andere Mit- und Nachschriften aufnimmt [darunter eine Mitschrift dieser Vorlesung von W. F. Jahncke], in: Gans, *Naturrecht* 2005.

⁶³ Veröffentlicht in einer einheitlichen Fassung, die auch andere Mit- und Nachschriften aufnimmt, als: Gans, *Naturrecht* 2005.

⁶⁴ Veröffentlicht in einer einheitlichen Fassung, die auch andere Mit- und Nachschriften aufnimmt, als: Gans, *Naturrecht* 2005.

⁶⁵ Veröffentlicht als: Gans, Schriften, S. 155–181.

ist nicht ohne Individuen. Sie sind nicht bloß Regierte und Beherrschte, sondern die Beherrschten sind zugleich mit den Herrschern die Individuen des Staates“, die im Staat zu ihrer wahren Freiheit (zu „Staatsindividuen“) kommen. Die Verfassung enthält daher auch die „Macht der Beherrschten“. Gans erwähnte die moderne Unterscheidung von „verfassungsmäßigen (konstitutionellen)“ und „nicht verfassungsmäßigen“ Verfassungen, lehnte diese aber ab: denn jeder Staat hat eine Verfassung, die aber auf unterschiedenen Stufen steht (aber immer dem geschichtlichen Geist des Staates entspricht). Jedenfalls soll die Verfassung eine vernünftige Gliederung enthalten. Dies gilt auch für die sogenannten „Gewalten“ des Staates: denn unter „Gewalt“ ist „das Verhältnis eines Regierenden gegen einen Regierten“ zu verstehen. Darum geht es aber nicht, weil auch – wie genannt – die Macht der Beherrschten geregelt ist. Zudem ist z.B. die Gesetzgebung keine Gewalt, weil es bei Gesetzen immer darum geht, dass der Fürst das Gesetz gelten lassen will oder nicht.

Bei den sog. „Staatsgewalten“ geht es um die „logische Ableitung“ aus dem Begriff des Staates, die daher für jeden (historisch unterschiedlichen) Staat gilt (S. 127 ff.); nämlich: „1. Daß die Allgemeinheit zu ihrem Recht komme, 2. daß das Besondere zu seinem Rechte komme und 3. daß das Einzelne zu seinem Rechte komme. Es muss erst die Einzelheit vorkommen. Ferner muss die Besonderheit zu ihrem Rechte kommen. Die bürgerliche Gesellschaft muss als Besonderheit in die Allgemeinheit erhoben werden, und dann muss die Besonderheit und Einzelheit zusammen die Allgemeinheit im Staate bilden“. Hier folgte Gans wiederum Hegel, auch in der Umkehrung der Reihenfolge in der Darstellung. Gans begann daher (wie Hegel) mit der ersten Gewalt, in der die Kategorie der Einzelheit zu ihrem Recht kommt (also mit der „Gewalt der Einzelheit“). Er bezeichnete sie zunächst als „fürstliche Gewalt“, die er von den früheren Formen der despotischen, demokratischen und feudalen Monarchie unterschied: es geht um die „vernünftige oder konstitutionelle Monarchie“, in der der Fürst „das Haupt des von ihm unabhängigen, aber doch mit ihm verbundenen Staates“ ist. Diese Gewalt macht die Souveränität des Fürsten aus, denn dieser „repräsentiert den Staat in einem Individuum“. „Der Fürst ist das Ich des Staates, die Person des Staates, und daher muss er eine Selbständigkeit und das Beherrschende der anderen Teile und deshalb das Ursprüngliche, Unmittelbare sein. Und dies wird nur durch die Geburt erreicht“. Ein Fürst, der gewählt werden würde, kapitulierte: denn er muss sich dem Willen der Wähler ergeben, und es fehlt die „Selbstthervorgehung“. Also auch bezüglich der Erbmonarchie folgte Gans den Hegelschen „Grundlinien“ (S. 130 ff.). Er machte aber (wie auch Hegel selbst) deutlich, dass der Fürst zwar die Spitze ist, aber „den Gesetzen des Ganzen zu gehorchen verpflichtet [ist]. Er kann nicht das Recht aufheben und zerstören. Wo dies geschieht, ist das Despotische vorhanden [...] Nimmt der Fürst sich dies Recht, so heißt dies Kabinettsjustiz“. In der fürstlichen Gewalt (im Ganzen eines wahren staatlichen Organismus) liegt – neben dem Begnadigungsrecht (wie

bei Hegel) – auch das Recht, die Ämter zu besetzen oder die Regierungsgewalt zu ernennen (was auch für die Richter gilt). Die Tätigkeit der Beamten ist als „Ausfluss der fürstlichen Gewalt“ anzusehen. Diese Beamten sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich, der Fürst aber nicht. Gans erwähnte schließlich noch das Recht, Münzen mit seinem Bildnis zu schlagen: „Das Bild des Fürsten repräsentiert hier gleichsam den Staat“. – Gans behandelte sodann die beiden weiteren Momente des konstitutionellen Staates, die Regierungsgewalt (Gewalt der Besonderheit) und die gesetzgebende Gewalt (Gewalt der Allgemeinheit). Bei letzterer behandelte er die Ständeverfassung, deren Wahrheit in der Repräsentation liegt. – Zusammenfassend ist deutlich, dass Gans in der Vorlesung 1828/29 im Wesentlichen dem Vorbild der Hegelschen „Grundlinien“ folgte.

2.2.2 Vorlesung 1832/33:

Die fürstliche Gewalt des Präsidenten

Erneut stellte Gans klar, dass er in dem ersten (rechtsphilosophischen) Teil, den er als „Naturrecht“ umschreibt, den „Grundlinien“ Hegels folgt (S. 53): wieder beginnend mit dem Begriff des Willens, bis hin zum Staat (S. 94 ff.). Dieser ist „die Wirklichkeit der sittlichen Idee, der sich offenbar gewordene und der sich wissende Wille, der das, was er weiß, als solches vollführt“. Gans meinte, dass es nur zwei Staaten gibt: den des Altertums und den „repräsentativen“, der aus dem Staat des 17. Jahrhunderts entstanden ist. Dieser Staat kann eine dreifache Richtung haben: „1. Er kann die unmittelbare Sittlichkeit [verwirklichen], [der] sich auf sich beziehende Staat: dies ist das *innere Staatsrecht* oder die Verfassung. 2. Die Beziehung des Staates zu anderen Staaten: das *äußere Staatsrecht* oder *Völkerrecht*. 3. Der Kampf dieser äußerlichen Staaten, wie daraus der allgemeine Geist hervorgeht: dies ist der *Weltgeist*“. Wie Hegel begann auch Gans mit dem inneren Staatsrecht, das er mit „Verfassung“ überschrieb: diese „ist nothwendig die auf die Momente des Staats sich gründende Verfassung“, in der alle Teile vorkommen müssen: nämlich Familie und bürgerliche Gesellschaft. Erneut lehnte Gans die Bedeutung der Unterscheidung in „constitutionelle“ (die eine geschriebene oder eine neue repräsentative Verfassung haben) und „nicht-constitutionelle“ Staaten ab: denn jeder Staat hat eine Verfassung, es kommt nur darauf an, ob diese „gebildet“ ist. Denn die Verfassung ist die „Verwirklichung des Staates“, der Organismus des Staats selbst. „Was einzeln im Staat ist, soll sie in Institutionen zusammenfassen. Sie ist das Organisiren des Unorganischen“. „Jede Verfassung ist vernünftig, die in sich enthält die Totalität aller Momente, die im Staate wirksam sind. Sehr viele Verfassungen waren, sind und werden noch vernünftig seyn. Eine absolute Verfassung ist Unsinn. Es ist eine jede, die der Bildung der Zeit gemäß ist, vernünftig“. Gans hielt es für richtig, dass die Lehre von der Verfassung als „Lehre von den Gewalten“ genannt wird, wie sie aus der neueren Zeit hervorgegangen ist. Es gibt nur drei solcher

Gewalten: die Regierungsgewalt, die gesetzgebende Gewalt und die Gewalt, die „die gesetzgebende und die Regierungsgewalt in sich enthält und den Staat als Individuum, als Einzelnen, [die] Einheit des Allgemeinen und des Besonderen darstellt. Dies ist die *Staatsgewalt*“. Gans ging nicht auf die Frage ein, wie sich diese Unterscheidung der Staatsgewalt in die drei Momente des Begriffs des Staates denken lässt, wenn das dritte Moment selbst als diese „*Staatsgewalt*“ bezeichnet wird (die die beiden anderen Gewalten in sich enthält). Es war aber verständlich, dass er mit dieser dritten (und die beiden anderen in sich aufnehmenden) Gewalt begann. Diese „*Staatsgewalt*“ drückt den Staat als Individuum aus; und sie ist in jedem Staat vorhanden, freilich in unterschiedlicher Weise. Gans nannte die „*Fürstengewalt*“ oder die „*Gewalt in der Republik*“. Er begann mit ersterer, die darin besteht, dass der Staat durch ein bestimmtes und festes Ich repräsentiert wird. Dieser Fürst (als Individuum) als Spitzel des Staates ist souverän, wobei Gans hinzufügt, dass im monarchischen Staat die Souveränität des Volkes insoweit in dem Monarchen ist, als dieser Vertreter des Volkes ist. Dabei ist die Erbmonarchie der Wahlmonarchie vorzuziehen: denn in letzterer liegt ein Widerspruch, dass der vom Volk Gesetzte andererseits nicht zum Volk gehört, da der Monarch über dem Volk steht (auch abgesehen von „*Faktionen*“ und Wahlkapitulationen, die bei der Wahlmonarchie störend auftreten). Der Fürst hat – neben dem Begnadigungsrecht – das Recht, die Beamten zu ernennen, die für ihre Tätigkeit verantwortlich sind. Der Fürst selbst ist nicht verantwortlich: dies liegt zwar nicht in der „*Natur des Staats*“, aber sie folgt aus der „*Natur der fürstlichen Gewalt*“, da der Fürst nicht in die Bewegung geworfen sein, die die übrigen Bürger ergreift (S. 97 ff.).

Dann erörterte Gans die zweite Form der „*Staatsgewalt*“ (neben der fürstlichen Gewalt): nämlich die „*Gewalt des Oberhaupts eines Staates, das nicht Fürst ist*“ (wie es eigentlich schon im Preußischen Landrecht terminologisch vorgesehen ist). Das beste Beispiel ist der Präsident der nordamerikanischen Vereinigten Staaten. Er „hat alle fürstliche Gewalt, doch kann er nach den nächsten 4 Jahren wiedergewählt werden, darf aber nicht länger als 8 Jahre an der Spitze des Staates stehen. In diesem Staat ist der ganze Staat des Mittelalters umgestürzt; selbst der Fürst ist nicht mehr. Alle Traditionen des Mittelalters sind nicht da, wie in Europa, wo in das Gemüth, Sitte, Tradition, der Gedanke der Monarchie eingewachsen ist, und es mag noch Jahrhunderte dauern, bis der aus dem Begriff entstandene Staat, wie der nordamerikanische, in Europa entstehen kann und jene Traditionen erstorben sind“ (S. 100). Damit sind (im Gegensatz zu Hegel) die nordamerikanischen Vereinigten Staaten als Verwirklichung der Freiheit, der Sittlichkeit, des Begriffs des Staates anerkannt. Sie sind nicht mehr bloße Zukunft, sondern bereits die Wirklichkeit des Vernünftigen. Nimmt man die obige Unterscheidung in den Staat des Altertums und den „*repräsentativen*“, der aus dem Staat des 17. Jahrhunderts entstanden ist, ernst, dann ist eigentlich auch die Monarchie nicht mehr wirklich zeitgemäß, weil sie noch auf

mittelalterlichen Traditionen beruht. – Die Ausführungen zur Regierungsge-
walt und zur gesetzgebenden Gewalt enthalten nichts Neues. Gans betont nur
(wieder), dass das Allgemeine des Staates nicht allein von dem Staatsoberhaupt,
sondern vom Ganzen ausgehen muss (S. 100 ff.).

2.2.3 Vorlesung 1834:

Die fürstliche und präsidiale als Staatsgewalt

In der Vorlesung des SS 1834 über „Deutsches Staatsrecht“ kam Gans (nach der Mitschrift des Georg Waitz) auch auf die philosophische Grundlegung zu spre-
chen (S. 160 ff.). Interessant ist die Heranziehung der Parallele zum Menschen:
„der Staat ist die Idee der Freiheit [...] Auch die Idee ist ein Gebäude, ist eine
Totalität, aber sie lebt zugleich, und so ist der Staat das Leben der Wirklich-
keit. Und wie der Mensch das philosophisch höchste Leben ausdrückt, so ist
der Staat das geistig höchste Leben“, und zwar „gewissermaßen doppelt“: denn
der Staat hat auch ein Bewusstsein, einen Gedanken von sich. Insofern der Staat
eine Idee ist, ist er in sich gegliedert (wie alles Gedankenmäßige, Organische)
in Teile oder – wie man „nicht sehr würdig“ zu sagen pflegt – Gewalten, die in
der Idee der Einheit des Ganzen verschmelzen. Jeder Staat hat in diesem Sinne
eine „Verfassung“ (die daher nicht geschrieben sein muss), selbst Russland und
Österreich. „Wie die Glieder des Menschen so sind alle Gewalten des Staates
Ausflüsse seines inneren Wesens, Form derselben Idee“. Die alte Einteilung in
Monarchie, Aristokratie und Demokratie passt nicht mehr, da der heutige Staat
alle drei als Momente in sich vermischt enthält. Das Wesen der heutigen Monar-
chien und Republiken – die man gerne gegenüberstellt – ist identisch, denn beide
enthalten alle drei Momente, „z.B. in den Vereinigten Staaten ist die Einheit im
Präsidenten enthalten, und in den Monarchien finden sich die letzten Elemente
nicht weniger“ (S. 162).

Die drei Gewalten sind „entsprechend der Natur des Gedankens verschieden
bezeichnet“, sie müssen „notwendig vernünftig, logische Ableitungen sein; also
die drei logischen Formen müssen sich hier aus sich selbst repräsentieren: die
Einzelheit, Besonderheit und die Allgemeinheit. Die Gewalt der Einzelheit ist
die fürstliche oder Staatsgewalt, die zusammenziehende, individuelle des Staates;
die der Besonderheit, die Subsumtion des Besonderen unter das Allgemeine,
ist die Regierungsgewalt. Das Allgemeine selbst ist die gesetzgebende Gewalt“. Gans begann sodann mit der fürstlichen Gewalt, die darin liegt, dass der Staat
ein Individuum, eine Einheit ist. Doch merkte er sogleich an, dass auch der Prä-
sident der Vereinigten Staaten „fast dieselbe Gewalt als ein konstitutioneller König“ hat. Daher: „Wir müssen den Begriff der Staatsgewalt wählen, da nur
er umfassend genug ist“. Im Folgenden spricht Gans vom „Staatsoberhaupt“,
das Fürst oder Präsident sein kann. So z.B. bezüglich der Souveränität: „Der
Fürst und das Oberhaupt des Staates haben eine Gewalt, die notwendig grund-

los ist, im nichts ihre Begründung hat. Der Staat ist ein Absolutes und kann in nichts anderem seine Bedeutung suchen“. Daher gilt auch die Unverantwortlichkeit (entgegen früheren Aussagen) nun allgemein für das „Staatsoberhaupt“: „sie ist in der Vernunft der Sache begründet“. Deshalb sind auch die Rechte des Fürsten, die Gans wie früher bestimmte, zugleich die Rechte des Präsidenten, also insgesamt des Staatsoberhauptes; doch ist anzumerken, dass beim Begnadigungsrecht nur der Monarch genannt wurde. Offensichtlich neu ist die Kennzeichnung der gesetzgebenden Gewalt als „Kern des ganzen Staatsrechts“ (S. 163 ff.). Inhaltlich ergibt sich aber keine unterschiedliche Ausführung.

2.2.4 Vorlesungen 1836/37 und 1837/38:

Die Gewalt des Staatsoberhauptes

Diese Vorlesungen können nicht als solche (und unterschiedene) identifiziert werden, da sie von dem Herausgeber Johann Braun mit anderen Mit- und Nachschriften unterschiedlicher Vorlesungen zu einem einheitlichen Text zusammengestellt sind. Man kann daher nur nach neuen, in den bisher dargestellten Schriften nicht enthaltenen Sätzen suchen.

So wurde das innere Staatsrecht wie folgt umschrieben: „Der Staat ist einmal die unmittelbare Wirklichkeit, der sich auf sich beziehende Staat in seinem inneren Verhältnis, wie die Glieder sich untereinander verhalten oder verhalten sollen – die Lehre von der Verfassung oder vom sog. *inneren Staatsrecht (jus publicum)*“. Deutlich wurde das Verhältnis von Familie und bürgerlicher Gesellschaft zum Staat gekennzeichnet: „Der Staat ist [...] zunächst auf die Familie und die bürgerliche Gesellschaft gegründet und muss diese beachten. Tut er dies nicht, entsteht Tyrannie. In dieser Anerkennung liegt die Möglichkeit eines Staatsrechts. Ein Staat muss aus Individuen bestehen, die sich nicht bloß regieren lassen sollen, sondern die an der Regierung selbst teilhaben sollen. Die Individuen haben im Staat ihre Anerkennung, und der Staat hat in den Individuen seine Anerkennung“. Im Staat werden die Individuen zu „Staatsindividuen“ erhoben. Die Verfassung wurde nun in Parallele zum Menschen beschrieben: „Eine Verfassung ist der organische Zustand, wie ihn jedes organische Individuum auch haben muss. Jeder Mensch hat eine Verfassung, eine Konstitution, denn er hat einen Körper“ (S. 205 f.). Daher hat jeder Staat eine Verfassung, wobei Gans anmerkte, dass eine Verfassung „im modernen Sinn und in der modernen Weise, d.h. eine geschriebene oder sonst ausgeführte Repräsentativverfassung“ die konstitutionellen Staaten haben. Es ist daher besser, zwischen „gebildeten“ und „ungebildeten“ Staaten zu unterscheiden. Die Verfassung soll Ausdruck dessen sein, was der Staat ist. Sie hat die Aufgabe, „das Vereinzelte in Institutionen zusammenzufassen und das Unorganische in ein Organisches zu verwandeln“. Sie soll dem ganzen Inhalt des Staates angemessen sein, d.h. was der Staat in sich hat, muss in der Verfassung ausgedrückt sein: dann wird er ein „wahrer Staat“ sein. Wie der ge-

sunde Mensch der ist, dessen Gesundheit und Kraft dem angemessen sind, was er geistig und körperlich aufnimmt, so muss die Verfassung dem Geist des Staates entsprechend sein (S. 207). Vernünftig ist eine Verfassung, die in sich die Totalität aller Momente enthält, die im Staate wirksam sind, und die der „Bildung der Zeit gemäß“ ist. Sie ist die Gliederung des Staates nach vernünftigen Abteilungen, die Erklärung des Systems seiner Organe. Die Bezeichnung der Lehre von der Verfassung als „Lehre von den *Gewalten* (*pouvoirs*)“ ist unangemessen: denn es ist nicht bloß die Macht oder Gewalt (als Verhältnis von Herrschern zu Beherrschten), sondern die Innerlichkeit, die die Glieder des Staates setzt. Besser ist, von „Glied, Stufe, Moment etc.“ zu sprechen; doch wird die hergebrachte Bezeichnung als „Gewalt“ verwendet (S. 211 f.). Und unterschieden nach den drei logischen Begriffen in gesetzgebende (Allgemeinheit) und Regierungsgewalt (Besonderheit), und drittens die Einzelheit: in die „Vereinigung beider, die in sich das Individuelle der Staatsidee darstellt: das ist die Staatsgewalt“ (weil man die fürstliche Gewalt „generalisieren“ muss, da nicht alle Staaten Monarchien sind).

Deshalb begann Gans mit dieser „Staatsgewalt“, die darin besteht (und darin notwendig ist), dass ein Einzerner an der Spitze des Staates ist und den Staat repräsentiert. Da der Staat ein Individuum ist, muss er durch ein Individuum repräsentiert werden: denn das ist das Wesen des Individuellen, dass es individuell erscheint. Selbst wenn gewisse Geschäfte an Kollegen gewiesen werden: ein Individuum gibt immer den Ausschlag, es repräsentiert. Gans erwähnte Hegels Hinweis, dass diese Staatsgewalt „der Punkt auf dem I“ ist. Es ist gleichgültig, ob ein Fürst oder die „republikanische Gewalt“ die Staatsgewalt darstellt: das „Wesen beider“ ist identisch; man kann von „Staatsoberhaupt“ sprechen. Es gibt keinen Unterschied (heute mehr) zwischen einem Monarchen oder einem Präsidenten. Denn „der letztere hat auch Rechte als Monarch“; denn heutzutage ist kein Staat zu denken, wo ohne Monarch die abstrakte Allgemeinheit regiert. Am deutlichsten zeigt sich dies in dem Präsidenten der nordamerikanischen Freistaaten (S. 213 ff.). Dass dies noch nicht mit der europäischen Tradition vereinbar ist, kennen wir aus früheren Vorlesungen.

Dort wo eine Monarchie besteht, ist die Erbmonarchie der Wahlmonarchie vorzuziehen. Denn nur dann bleibt Ruhe im Lande, und die Spitze des Staates ist nicht mehr abhängig von dem Grund, aus dem sie hervorgegangen ist. Bei einer Wahl kann es zu Auseinandersetzungen kommen, die den Staat in Frage stellen. Zudem kapituliert der Fürst durch die Wahlkapitulationen vor dem Willen der Wähler. Gans wiederholt den Widerspruch der Wahlmonarchie, dass der vom Volk Gesetzte nicht zum Volk gehört; was in Republiken anders zu sehen ist, da der Präsident nicht aufhört, Mitglied des Volks zu sein; auf das damit verbundene, von Hegel angesprochene Problem ging Gans nicht ein. Als einzelne Rechte der Staatsgewalt (also des Staatsoberhaupts) nannte Gans neben der völkerrechtlichen Stellung (Recht auf Staatsverträge, Kriegserklärung, Friedensschluss) das Recht der „Inhibition gegen Gesetze“ (wodurch die Staatsgewalt zu

einem Teil der gesetzgebenden Gewalt wird), das Recht, Beamte und die Regierung zu ernennen und das Begnadigungsrecht. Innerhalb des Staates (der Verfassung) ist das Staatsoberhaupt nicht verantwortlich (S. 216 ff.).

Erneut wurde die gesetzgebende Gewalt – die auch als „allgemeine Gewalt“ bezeichnet werden kann – als der „wichtigste Teil des inneren Staatsrechts“ gekennzeichnet. Würde das Gesetz vom Staatsoberhaupt ausgehen, wäre dies Absolutismus oder Despotismus. Gans trat wie früher für ein ständisches Repräsentativsystem ein. Er lehnte die These, dass die Initiative vom Staatsoberhaupt ausgehen muss (wie es auch Hegel behauptete), ab: die „Staatsgewalt“ soll sich nicht in den Kampf der Meinungen hineinbegeben, sondern im Hintergrund bleiben (Gans sprach in diesem Zusammenhang von dem „über den Wolken stehenden Thron“ des Fürsten) (S. 224 ff., 230).

2.3 Carl Ludwig Michelet

Wie sein Freund Gans gehörte auch Carl Ludwig Michelet zum „Verein der Freunde des Verewigten“ und gab 1832 als Band 1 Hegels „Philosophische Abhandlungen“, 1842 die „Vorlesungen über die Naturphilosophie als der Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundsätze“ und von 1833 bis 1836 in drei Bänden die „Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie“ heraus.

Charles-Louis Michelet⁶⁶ wurde am 4.12.1801 in Berlin als Sohn einer wohlhabenden, etablierten hugenottischen Tuchhändlerfamilie geboren. Dort studierte er ab 1819 Rechtswissenschaft, dann auch Theologie und Philosophie, wo er in den Bannkreis des Hegelschen Denkens geriet. Er besuchte bis 1824 alle Hegel-Vorlesungen (oft gemeinsam mit seinem Vetter Heinrich Gustav Hotho – später ebenfalls ein „Freund des Verewigten“ – und Eduard Gans). 1822 bestand Michelet die juristische Staatsprüfung. 1824 promovierte er mit einer philosophischen Dissertation bei Hegel über ein strafrechtsphilosophisches Thema. Seinen Traum von einem akademischen Berufsleben konnte er nicht realisieren, was vielleicht auch an seinem eher aufbrausenden und hitzigen Charakter, aber vor allem an seinen liberalen Ideen in Politik und Kirche lag. Von 1825 bis 1850 war er Lehrer am Französischen Gymnasium in Berlin, auch nachdem er sich 1826 mit einer Arbeit über Aristoteles habilitiert hatte, weshalb er seitdem beliebter Dozent auch der Universität war. Er wurde 1829 zum außerordentlichen Professor für Philosophie ernannt, der er bis 1874 blieb. Zum 90. Geburtstag wurde er 1891 ordentlicher Honorarprofessor. Er starb am 15.12.1893.

⁶⁶ Zu ihm vgl. Moser, Michelet. Ältere Literatur: Hermann Lübbe, *Politische Philosophie in Deutschland*, Basel-Stuttgart 1983, S. 71 ff.; Willy Moog, *Hegel und die Hegelsche Schule*, München 1930; Henning Ottmann, *Individuum und Gemeinschaft bei Hegel*, Berlin/New York 1977, S. 234–239; Horst Stuke, *Philosophie der Tat*, Stuttgart 1963, S. 63 ff. Hinzuweisen ist auf die Autobiographie: Carl Ludwig Michelet, *Wahrheit aus meinem Leben*, Berlin 1884.

Seit 1827 war er Mitglied der „Societät für wissenschaftliche Kritik“, die die „Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik“ (lange Zeit das Organ der Hegel-Schule) herausgab. 1843 gründete Michelet die „Philosophische Gesellschaft“ und war von 1860 bis 1866 Redakteur der hegelianischen Zeitschrift „Der Gedanke“. Inhaltlich entwickelte er eine „Philosophie der Tat“, mit der die Zustände seiner Zeit verändert werden sollte. Er identifizierte sich mit den Ideen der 1848er Revolution, deren Scheitern ihn zu einem resignierenden Rückzug aus dem öffentlichen Leben brachte.⁶⁷ Adolf Lasson⁶⁸ ordnete ihn 1910 der „linken Seite“ der Hegelianer zu, da er „die Lehren des Meisters [...] im Sinne der Opposition deutete, auch mit dem praktischen Streben, den Anforderungen der Idee in der Wirklichkeit Raum zu schaffen“; deshalb habe er sich rege an den praktischen Fragen des politischen (und kirchlichen) Lebens beteiligt, auch in einer Reihe von Abhandlungen über Kunstwerke (vor allem der Antike) sein Interesse an der Kunst bewiesen. Zusammenfassend sei er „für die Verbreitung Hegel'scher Gedanken mit Erfolg tätig gewesen, wenn ihm auch schöpferisches Vermögen in höherem Grade nicht zuerkannt werden kann“. Im Gegensatz dazu nahm Hermann Lübbe die Arbeit Michelets über die Verfassungsfrage 1848 in seiner Sammlung der Rechtshegelianer auf, bezeichnete ihn aber als „linken Rechten“.⁶⁹ In einer Arbeit aus 2003⁷⁰ dagegen wird Michelet als der Denker jenseits der Schulteilung gewürdigt.

2.3.1 Verfassungsschrift 1848: „Constitutionelle erbliche Monarchie“

In den Mitgliedern der beiden verfassungsgründenden Versammlungen gewidmeten Schrift „Zur Verfassungsfrage“ (1848) trat Michelet für die „constitutionelle erbliche Monarchie“ ein: denn das erbliche Königtum ist das einzige Felsenriff, das dem Strom des neuen politischen Lebens standgehalten hat, weil es nicht zu den „Erinnerungen des Mittelalters“ gehört.⁷¹ Zwar mag der nordamerikanische Bund das höchste Maß politischer Freiheit gewähren, mag es auch zutreffen, „daß wir uns dem amerikanischen Bundesstaate nähern – ja für das gesammte Deutschland steht er sogar in Aussicht“ (S. 35), ja mag diese Verfassung der nordamerikanischen Freistaaten – „mit einem Gusse aus den Elementen der Neuzeit entsprungen“ – das „Urbild moderner Staatengestaltung“ sein (S. 48):

⁶⁷ So Norbert Waszek, „Michelet, Karl Ludwig“, in: *Neue deutsche Biographie* 17 (1994), S. 447.

⁶⁸ So Adolf Lasson, „Michelet, Karl Ludwig“, in: *Allgemeine Deutsche Biographie* 55 (1919), S. 842–844.

⁶⁹ Vgl. Hermann Lübbe (Hg.), *Die Hegelsche Rechte*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1962, S. 15, 180 ff.

⁷⁰ Moser, Michelet.

⁷¹ So Carl Ludwig Michelet, *Zur Verfassungsfrage*, Frankfurt/Oder-Berlin 1848, S. 3. Die im Text folgenden Seitenangaben stammen aus dieser Schrift.

für die Gegenwart gilt: „die ungeheure Majorität der Nation [will] das erbliche Königthum der Hohenzollern; die Wählbarkeit des Oberhaupts für Preußen einführen wollen, hieße also eine neue blutige Revolution hervorrufen“. Politisch machbar ist also (nur) „eine constitutionelle Monarchie, umgeben von demokratischen Institutionen“ (S. 18 f.). Michelet stellte dann nacheinander die Französische Charte von 1830 und die nordamerikanische Verfassung von 1787 vor, ging auf den Entwurf einer „demokratischen Monarchie“ für Preußen und den deutschen Bundesstaat ein und legte selbst einen „Entwurf des deutschen Reichsgrundgesetzes“ vor. – Ausgearbeitet wurde auch eine Theorie der Staatsgewalten innerhalb des Organismus des Staatslebens, die keine Teilung, sondern nur eine Trennung (Unterscheidung) sein darf, weil alle drei Gewalten „besondere Glieder und Functionen im Staatsorganismus“ sind und „dadurch die gesunde Lebenseinheit des ganzen Körpers bilden“ (S. 41, 36). Offensichtlich unterschied Michelet die gesetzgebende Gewalt als Ausdruck des allgemeinen Willens, eine verwaltende Gewalt, die – in der Mitte stehend – die einzelnen Fälle erwägt und beurteilt, und die ausübende Gewalt eines Einzelnen, der der lebendige und verkörperte Vollstrekker des allgemeinen Willens ist (S. 36 ff., 69, 73 f.).

2.3.2 Naturrecht 1866:

Die ausübende Gewalt des Fürsten oder Präsidenten

Intensiv mit der Hegelschen Konzeption setzte Michelet sich in seinem 1866 in zwei Bänden veröffentlichten, bereits im Titel an dessen „Grundlinien“ erinnernden Buch „Naturrecht oder Rechts-Philosophie“ auseinander. Bereits die Gliederung zeigte Übereinstimmung und Abweichung vom Vorbild. Michelet begann – nachdem er im Vorwort kursiv geschrieben hatte: „Alles wirklich Rechte ist vernünftig“, „Alles vernünftige Recht wird wirklich“ – mit einem „allgemeinen Theil“, in dem der Begriff der Rechtsphilosophie, die Geschichte der Wissenschaft des Naturrechts und der Begriff des Rechts dargestellt wird, der im Begriff des „freien Willens“ endet. Dann folgen drei Bücher: erstens „Das Einzelrecht“ (das in „Das strenge Recht“, „Die Moral“, „Das Familienrecht“ unterteilt ist), zweitens „Das öffentliche Recht“ (unterteilt in „Der Wohlstand“, „Die bürgerliche Gesellschaft“, „Die Staatswissenschaft“), drittens „Die allgemeine Rechtsgeschichte“, die zunächst „Das Recht des Alterthums“, dann „Das Christlich-Europäische Recht“ und schließlich „Das Americanische Recht“ darstellt. Im Abschnitt „Die Staatswissenschaft“ finden sich Ausführungen zum „Staatsrecht“, „Völkerrecht“ und „Weltbürgerrecht“.

Die Theorie der Staatsgewalten wird – wie bei Hegel – im Kapitel des zweiten Bandes über „Das Staatsrecht“ dargestellt, wobei der Staat ebenfalls als höchste Stufe des Daseins der Freiheit begriffen wird.⁷² Er ist ein lebendiges Ganzes,

⁷² Carl Ludwig Michelet, *Naturrecht oder Rechts-Philosophie als praktische Philosophie*

wo jedes Glied ebenso wohl Mittel als Zweck ist (weshalb der allgemeine Zweck mit dem besonderen übereinstimmt). Er fällt daher unter den Begriff der inneren Zweckmäßigkeit. Dieser Begriff des Staates muss sich in der Einrichtung desselben verwirklichen, nämlich in der Verfassung „als den in die Gegenständlichkeit geborenen Geist eines Volkes, oder seinen eigentlichen Leib“. Daher ist die Bezeichnung als „Gewalten“ nicht angemessen; besser wäre „Glied“, wobei dann auch wesentlich ist, dass zu der Selbständigkeit als drei Glieder ebenso ihre sittliche Einheit durch die Gesinnung genommen wird (S. 171, 173).

Michelet folgte auch methodisch dem Hegelschen Vorbild: „Wie jedes Lebendige, muss der Staat [...] einen logischen Schluss bilden“ „nach den drei Figuren der Schlüsse“. Die Verhältnisse des Lebens sind eben dreifach, indem dieses sich zunächst auf sich selbst, dann auf ein anderes Lebendiges, endlich auf seine Gattung bezieht, wie es in der Gliederung von „Staatsrecht“, „Völkerrecht“ und „Weltbürgerrecht“ zum Ausdruck kommt. Dies gilt aber auch für das Staatsrecht selbst: „so haben wir es hier im innern Staatsrecht nur mit der Beziehung des Volkes auf sich selbst, mit dem Gestaltungsprozesse zu thun, der im Ganzen unter dem Bilde der ersten Figur (E-B-A) steht. Der Einzelne (E) wird durch seinen Stand, seine Besonderheit (B), mit dem allgemeinen Volksgeist (A) zusammengeschlossen. Doch eben wegen dieser Verknüpfung der drei Glieder im allgemeinen Geist des Volkes, enthält dieser sie im Schlusse der Staatsverfassung auch als die Thätigkeiten des Volkslebens selber in sich“. Das Erste (als die allgemeine Grundlage, auf welcher der ganze Staat beruht) ist die Tätigkeit des Volkes, seinen Willen auszusprechen: die gesetzgebende Gewalt (in der der Verstand leitend ist); wie das Blut das den ganzen tierischen Organismus Durchdringende ist, so ist das Gesetz der allgemeine Wille, der durch alle Adern des Volkslebens fließt (A). Zweitens müssen alle besonderen Kreise des Volkslebens (Ackerbau, Gewerbe, Handel, Gerichte, Kunst, Religion, Wissenschaft) stets aus ihrem einzelnen Fall auf ihre gesetzmäßige Besonderheit (B), auf ihre bestimmte Allgemeinheit zurückgeführt werden, d.h. verwaltet, dem Gesetz gemäß gemacht werden (was der Urteilstatkraft entspricht) (Michelet nannte sie die Regierungsgewalt). Drittens kommt es – wenn alles Geschehen im Staaate so theoretisch auf das Gesetz zurückgeführt wurde – darauf an, das Gesetz im einzelnen Falle zur Ausführung zu bringen: das bildet das andere äußerste Glied des Schlusses (E), welches wir den Willen des Volkes nennen können. Diese drei Glieder (Gewalten) verbinden sich dann weiter zu drei Urteilen: Die Gesetzgebung „bezieht als Obersatz (B=A) die Besonderheit auf's Allgemeine, indem sie das Gewohnheitsrecht aus den Entscheidungen der Verwaltung schöpft, um es zum Inhalt des geschriebenen Gesetzes zu machen. Die Verwaltung spricht den Untersatz (E=B), und die Ausübung den Schlussatz

enthaltend Rechts-, Sitten- und Gesellschaftslehre, Berlin 1866, S. 166. Die im Text folgenden Seitenangaben stammen aus diesem Buch.

(E=A) aus“ (S. 171 f.). Darüber hinaus wiederholen sich in den drei Gliedern (Gewalten) die drei Urteile des Wesens: das singulare, das partikulare und das universelle. Denn die Gesetzgebung ist Sache *Aller* (Demokratie), die verwaltende Regierung Sache *Einiger* (der Einsichtigsten in jedem Fach, Aristokratie), die Ausübung als „*That des Willens*“ die Sache *Einer Person* (Monarchie) (S. 174 f.).

Michelet begann – entgegen Hegel – mit der Darstellung der gesetzgebenden Gewalt (S. 175 ff.). Denn diese ist „der wahre Schluss des Staatslebens, indem alle Gewalten aus dem Volke als solchem hervorgehen müssen“: sie bildet als der *terminus major* (A) die Mittel der dritten Schlussfigur (B-A-E). Dann behandelte er die Regierungsgewalt, die neben eigenständigen Aufgaben auch die Beratung und Begutachtung für die beiden anderen Gewalten durchführt. Schließlich ging er auf die ausübende Gewalt ein, die das andere äußerste Glied zur Gesetzgebung im Schluss des Staatslebens – als die logische Einzelheit (E) – die Allgemeinheit (A) und Besonderheit (B) in sich umfasst. Deshalb schließt diese Gewalt das Ganze in sich. Michelet räumte Hegel ein, dass die Einzelheit in der ausübenden Gewalt auch wirklich ein Einzelter sein muss. Aber er sah dessen These, dass diesem Einzelnen die „Oberherrlichkeit“ (also die Souveränität) zukommen muss, weil ihm die letzte Entscheidung zukommt, weshalb auch mit ihm zu beginnen ist, „Hegels Grundsätzen eigentlich zuwider“ (für die doch das Vollendetste und Höchste in jedem Ganzen, der philosophischen Methode zufolge, erst zuletzt als das dritte Glied erscheinen muss). Indem Hegel die fürstliche Gewalt sowohl in den Anfang als auch an das Ende setzt, zerreißt er die Einheit des Ganzen auf „sehr ungehörige Weise“. Zwar mag die ausübende Gewalt die „Oberherrlichkeit als Person“ sein: doch kann dieser Begriff nicht darin gesehen werden, dass die Auflösung aller besonderen Seiten des Staatslebens wieder in dieser Einen Person „fest“ wird. Sie muss – wie alle anderen Seiten des Staatslebens – in die Flüssigkeit seines Blutumlaufs zurückgenommen werden und stets wieder daraus hervorgehen (S. 200 f.). Daher ist die ausübende Gewalt zu Recht „die inhaltslose Spitze des ganzen Staatslebens, das nach allen Seiten hin den Volkswillen Verwirklichende“. So umfasst sie zwar den ganzen Staat, aber nur so, dass alle „Adern des Staatslebens“ ihr den Inhalt zutragen, damit sie diesen an das Dasein fördere, ohne selbst etwas von dem ihrigen hinzuzufügen. Michelet akzeptierte die Äußerungen Hegels, wonach der Fürst (nur) den „Punkt auf's I“ setzt und sich auf die Namensunterschrift beschränkt und dass dessen Tätigkeit nicht willkürlich sein darf, sondern an den konkreten Inhalt der Beratungen gebunden ist. Doch darf damit die ausübende Tätigkeit nicht zu gering veranschlagt werden, da die Art und Weise der Ausführung, die Tatkraft, Schnelligkeit, Gewandtheit ganz wichtige Seiten des Handelns (abgesehen vom Inhalt) in sich schließt (S. 201 f.).

Das erste Geschäft der ausübenden Gewalt besteht darin, das ganze Volk stets als Eine handelnde Person zur Darstellung zu bringen; Michelet nennt

dies das „Monarchische“. Dies bedeutet aber nicht, dass alle (übrigen) Tätigkeiten des Staatslebens im Namen dieses Einen ausgeführt werden; im Gegenteil ist Geschäft der ausübenden Gewalt, „die Oberherrlichkeit jeder besondern Sphäre zur vollkommenen Geltung zu bringen, sie für sich gewähren zu lassen und in ihrer Unabhängigkeit zu erhalten“, weshalb ihr die formelle Macht zu kommt, die Ordnung aufrechtzuerhalten (ohne die Freiheit zu erdrücken). In Bezug auf die verwaltende Regierungsgewalt ist die ausübende Gewalt an den Inhalt der Gutachten gebunden und verantwortlich nur für die Art und Weise der Ausführung. Michelet sprach vom Zwang der ausübenden Gewalt, sich Gehilfen zu wählen, die als Minister die Geschäfte statt seiner und in seinem Namen führen (S. 203, 207). In Bezug auf die Gesetzgebung besteht die „einzige vernunftgemäße Thätigkeit der ausübenden Gewalt [...] in der Veröffentlichung der Gesetze, die durch die vollziehende Unterschrift in die Gesetzesammlung gelangen. Verweigert die ausübende Gewalt ihre Unterschrift, so vollzieht der Vorsitzer der Volksvertretung das Gesetz durch die seinige“ (S. 204). Abschließend wird nach Michelet die demokratische Seite in der ausübenden Gewalt durch das Heer gebildet, welches – als Volksmasse – erst die materiellen Mittel, die wirkliche Kraft dem einsichtig ausführenden Willen verleiht (S. 208).

In diesem Zusammenhang ging Michelet auch auf die Frage Erblichkeit oder Wahl dieser Einen Person ein (S. 205 ff.). Für die Nützlichkeit der ersteren spricht, dass dadurch dem Staate Einheit und Festigkeit gegeben wird; gegen ein Wahlreich sprechen die Zwistigkeit der Königsfamilien und die Zerwürfnisse überhaupt. Bei dem Problem, ob es Vernunftgründe für die Beantwortung dieser Frage gibt, kam Michelet auf die Lösung Hegels zu sprechen, der „der Erblichkeit in aufrichtig constitutioneller Gesinnung eine tiefere, geistig-metaphysische Bedeutung beilegen“ wollte, wobei – so Michelet weiter – „man ihm die Qual ansieht, durch drei lange Paragraphen hindurch [§§ 279–281 der ‚Grundlinien‘] den Sprung von der sittlichen Persönlichkeit des Monarchen zu seiner Natürlichkeit zu machen“. Der Irrtum von Hegel liegt darin, dass er – um die Zufälligkeit des Willens bei der Wahl auszuschließen – auf die Zufälligkeit der Natur setzt. Es fehlt aber die Begründung, warum der letztere Zufall besser sein soll als der erstere.⁷³ Im Gegenteil spricht alles für Wahl. Denn die Natur kann im Staate nicht „das große Wort“ führen, ist nur das „beiherspielende Kleid des Volksgeistes“; sie kann deshalb nicht die Krönung, der Gipfel des geistigen Lebens bestimmen. Denn sie hat doch – wie die Geschichte zeigt – selbst Blinde, Blödsinnige, Blutdürstige auf den Thron gebracht. Dafür ist der freie Wille der Menschen zuständig. „In der Wahl eines Staatsoberhaupts fasst das Volk [...] sich in seine höchste geistige Blüte zusammen, indem es Denjenigen

⁷³ Michelet erwähnt eine Bemerkung Hegels in einem Streitgespräch über die Erblichkeit des Monarchen zur Zeit der Juli-Umwälzung: „Ach! die Natur macht es ebenso gut, als die Wahl“ (Naturrecht, S. 205).

an die Spitze stellt, den es für den Würdigsten hält“. Das Argument, dass eine solche Wahl zu Zwistigkeiten im Volk führt, passt für frühere Zeiten; in den neuen gebildeten Zeiten ist die Idee fester geworden als die Natur. „Ein durch den Gedanken und den Willen gesetzter Führer gewinnt leicht mehr Ansehen, als ein von der Natur aufgedrungener“ (S. 206). Michelet verwies auf die nordamerikanischen Vereinigten Staaten: in deren Verfassung ist die Wahl zum „gesetzlichen Zustand“ geworden, wodurch es zu keinerlei Zerrüttung oder Unordnung gekommen ist. Die weitere, sich anschließende Frage, ob denn durch Wahl ein Monarch oder (wie in Nordamerika) ein Präsident bestimmt werden soll, ließ Michelet offen. Zwar ist die nordamerikanische Verfassung das „frei von uns aufgestellte Urbilde“; doch wie weit Europa bei seinen verschränkten und verwirrten Verhältnissen und bei den großen stehenden Heeren von diesem entfernt ist, „haben wir hier nicht zu untersuchen: und überlassen es der Geschichte“ (S. 206 f.).

2.3.3 Von Nordamerika nach Australien:

Der Vorsteher der Staatsvereinigung

Auf die Weltgeschichte ging das dritte Buch dieses „Naturrechts als Rechts-Philosophie“ von 1866 ein; und sie endet mit der Darstellung des amerikanischen Rechts.⁷⁴ Die vorhergehende Periode des christlich-europäischen Rechts hat zu drei unauflösbar Widersprüchen auf den Gebieten des kirchlichen, des staatlichen und des gesellschaftlichen Lebens geführt, die verhindern, dass Europa „sich der organischen Entfaltung des reinen Vernunftrechts vollständig hingeben [kann]“. In der Kirche steht das gegenständliche Glaubensbekenntnis der freien Überzeugung des Einzelnen gegenüber; im Staat begründet die Erbmonarchie zwar nicht ein unbedingtes Hindernis, aber doch ein erschwerendes Hemmnis der Übereinstimmung von Regierung und Volk, weil der Volkswille mit der Naturbestimmtheit einer Person behaftet ist; in der Gesellschaft ersticket die polizeiliche Bevormundung die Keime der Selbstregierung im Vereinsleben. Deshalb geht der Blick über das Weltmeer nach Nordamerika (in die „Neue Welt“), in der sich diese drei Widersprüche nach dem Ende des Bürgerkrieges (1865) schon organisch in sich selber zu lebenskräftigem Dasein gebildet haben. In Nordamerika sah Michelet den „Kreislauf der geschichtlichen Rechtsentwicklung“ geschlossen. Denn „der Staat und die Gesellschaft der Vereinigten Staaten von Nordamerika beruht nun vollständig auf [der] Selbstregierung, dass das Volk von Unten herauf alle seine Verhältnisse und Einrichtungen ordne, aus der Spalte der Einzelheit die breite und grosse Grundlage des allgemeinen Geistes hervorsprudele. So wird nicht von Oben her eingegriffen, sondern aus der Zelle der ganze Aufbau des Lebens vorgenommen“. Hier weiß jeder Bürger sich

⁷⁴ Michelet, Naturrecht, S. 418 ff.

als der Vertreter des allgemeinen sittlichen Geistes, der die Einzelheit so wenig verletzt, als diese ihn beeinträchtigt. Alle Rechtsbildung entspringt aus der dem Volke inwohnenden Vernunft, indem jeder Landbewohner, als ein Gebildeter, selbst die öffentlichen Angelegenheiten versteht und darin eingreift. Weil die freie Wirksamkeit der Personen nicht von Einem Mittelpunkt, sondern von den unendlichen vielen Punkten des Umkreises ausgeht, um zu Einem Ziele zu gelangen: so vervielfältigt sie sich so außerordentlich und bringt so Erstaunliches hervor. Daher ist der amerikanische Grundsatz, dass – wenn etwas Großes vollbracht werden soll – es für Alle und durch Alle geschehen muss“ (S. 419). Der nordamerikanische Staat ist das „höchste Kunstwerk, welches, als das allgemeine Leben, zugleich ganz aus dem Geiste der Einzelnen hervorgeht“ (S. 427).

Michelet besprach diesen Aufbau von unten aus, die freien Vereine, Dörfer, Grafschaften, einzelnen Bundesstaaten (S. 427 ff.), und erwähnte deren „Statthalter“, die die vollziehende Gewalt ausüben, auf vier Jahre gewählt und wiederwählbar. Die Verfassung des Bundes, den – ein „grosses Meisterwerk der Staatsklugheit“ – (nunmehr) 37 Staaten in freier Vereinigung bilden, die „nur die sittliche Freiheit zusammenhält“, wurde sodann kurz besprochen, darunter auch die vollziehende Gewalt. Diese liegt in den Händen des „Vorsitzers“ der Vereinigten Staaten, ebenfalls auf vier Jahre gewählt und wiederwählbar. „In ihm ist [...] durch den Geist des gesammten Volks der tüchtigste Mann zum Vertreter des allgemeinen Willens erkoren – hier also erst die unendliche Persönlichkeit des Geistes in einem Volksleben wirklich“. Nur zwei Mängel sah Michelet in dieser Verfassung: einmal in der Möglichkeit der Wiederwahl des Vorsitzers, zweitens in der Wahl von 30.000 Stellen in der Verwaltung, die zu einem Kampf der Parteien führt und aus der parlamentarischen eine reine Partei-Regierung zu machen droht. Deshalb ordnete Michelet das Ziel eines sittlichen Weltstaates, in dem das Vernunftrecht verwirklicht ist, nicht den Vereinigten Staaten von Nordamerika zu, sondern – von diesen ausgehend – Australien (S. 438).

An dieser Philosophie des Staates (und der Geschichte) hielt Michelet auch in seinem Hauptwerk, dem fünfbandigen „System der Philosophie als exakter Wissenschaft“ (1878–1881), fest. Darin fasste er eine fast fünfzigjährige Vorlesungstätigkeit zusammen, die sich – so der Titel – der „Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften“ gewidmet hatten,⁷⁵ wobei das Hegelsche Vorbild auf den ersten Blick bereits in der dreifachen Gliederung ersichtlich war. Im ersten Band, der „Logik“ (1876), stellte Michelet zunächst das „Sein“, dann das „Wesen“ und schließlich den „Begriff“ dar. Immer wieder wurden als Beispiele Inhalte des objektiven Geistes angesprochen; so bei der Urteilslehre Republik und Demokratie, die universelle Urteile sind, weil hier Alle berufen sind, am

⁷⁵ Carl Ludwig Michelet, *Das System der Philosophie als exakter Wissenschaft enthaltend Logik, Natur- und Geistesphilosophie*, 5 Bände, Berlin 1878/81. Die im Text folgenden Band- und Seitenangaben beziehen sich auf dieses Werk.

Wesen der Sache teilzunehmen (Bd. 1, S. 181); als kategorisches Urteil wurde der Zweck der Weltgeschichte genannt, der darin besteht, dass das Individuum sich der Vernunft der Gattung gemäß macht, jeder Einzelne zum Spiegel der Menschheit wird und so die ewige Persönlichkeit des Geistes zur Erscheinung bringt (Bd. 1, S. 185 f.); dieser Zweck der Weltgeschichte wurde auch als Beispiel für den disjunktiven Schluss B-A-E eingebracht, da der Geist der Menschheit das Allgemeine (A) ist, das sich selbst in die besonderen Völkergeister (B) und das einzelne Individuum (E) auseinanderlegt: die Völkergeister haben, als Besondere, jeder das Allgemeine, den Zweck der Menschheit, in ihnen selbst, welcher nach den einzelnen Völkern auf seine Weise modifiziert im Individuum, welchem Volke es auch angehören mag, zur Darstellung kommt (Bd. 1, S. 232 f.). Schließlich wurde auch der amerikanische Bundesstaat in dieser Weise genannt, da der allgemeine Wille der Nation (A), als die Gesetzgebung, sich in die ausübende Gewalt des Präsidenten (E) und die verwaltende der Bundesbeamten (B) auseinanderlegt; „damit erstreckt sich der allgemeine Geist des Volkes durch alle Glieder desselben, als das allein Herrschende, hindurch“ (Bd. 1, S. 233).

Dieser Schluss B-A-E wurde (selbstverständlich) auch im dritten Band, der sich der „Philosophie des Geistes“ widmet (1878), angesprochen. Hier lag die Gliederung nach Hegelschem Vorbild in subjektiven, objektiven, absoluten Geist und für den mittleren in „Das Einzelrecht“, „Das sociale Recht“ (gegliedert in: Wohlfahrt, bürgerliche Gesellschaft, Staat) und „Universalrechtsgeschichte“ zugrunde. Der Staat wurde in gewohnter Weise als „höchster Gipfel der Freiheit“, „Collectivperson der Nation“, „das politische Leben der ganzen Nation“ bezeichnet, als Individuum, das – als ein geschichtliches Individuum – eine Aufgabe in der Weltgeschichte zu erfüllen hat (Bd. 3, S. 328 f.). Die einzelnen Mitglieder des Staates erheben sich vom Spießbürger (*bourgeois*) zum Staatsbürger (*citoyen*) (Bd. 3, S. 328). Die freie Gestaltung einer Nation in sich selbst, die Art und Weise, wie der Nationalwille sein Dasein im einzelnen Volk hat, bildet das innere Staatsrecht, die Verfassung (Bd. 3, S. 329). Jede Nation hat ihren geschichtlichen Ort, dem auch ihre Verfassung entspricht. Doch kann man auch die Idee der wahren Verfassung (der vernünftigsten, freisten Staatsverfassung), der alle Staaten nachstreben müssen, entwickeln, die Michelet als „Repräsentativ-Verfassung“ kennzeichnete, unter die sowohl die konstitutionelle Monarchie als auch die Republik fallen. Diese stellt sich – wie gezeigt – im Schluss E-B-A (der sich deckt mit B-A-E) dar, was bedeutet, dass alle drei Glieder die drei Tätigkeiten des Volkslebens ausdrücken, in denen die allgemeine Persönlichkeit ihre Freiheit realisiert: nämlich die drei Gewalten, die als gesetzgebende, verwaltende und ausübende (exekutive) bezeichnet werden. Die Souveränität steht nur der Einheit aller Gewalten zu, der Kollektivperson der Nation (Bd. 3, S. 330). Das Volk ist aber nicht nur ein solches „Collectiv-Individuum“, sondern als Wille (und Handeln) ein wirkliches lebendiges Individuum, in welchem der allgemeine Wille als ein Einzelner erscheint (Bd. 3, S. 339). Des-

halb zeigt Michelet eine Parallele zum subjektiven Geist auf: in der Gesetzgebung spricht sich der Verstand des Volkes aus, in der Verwaltung dessen Urteilskraft, in der Exekutivgewalt dessen Wille (und Handeln) (Bd. 3, S. 337).

Jede einzelne Gewalt hat die beiden anderen in sich als Momente enthalten: so die gesetzgebende Gewalt (Bd. 3, S. 330 ff.), so die Verwaltung, so auch die exekutive (ausübende) Gewalt. Letztere repräsentiert das „monarchische Element“ im Staate (im Schluss: die Einzelheit E), das sich auch in der Republik findet. Der Inhalt der Entschließung des „Staatsoberhauptes“ (so Bd. 3, S. 338, 340) wird ihm durch alle Kanäle des Volkslebens zugeführt, sodass es nur die formelle Spitze des Ausübens ist. Das Oberhaupt hat die Gesetze zu publizieren und die Beschlüsse der Verwaltung zur Ausübung zu bringen. Doch ist die eigentliche Funktion der ausübenden Gewalt das Vertretungsrecht der ganzen Nation nach Innen. Ob das Staatsoberhaupt durch Erbe oder durch Wahl bestimmt wird, ist zugunsten letzterer zu begründen: denn die Willkür der Natur (Geburt) ist „bei weitem unfähiger“ als die des Willens, den Einen Bevorzugten herauszufinden. „Das Individuum, das würdig den Willen der ganzen Nation vertreten soll, muss [...] aus den Geburtswehen der höchsten Staatskörper selbst hervorgehen, durch Senat und Abgeordnetenhaus in vereinter Sitzung etwa auf vier Jahre gewählt werden“. Ob ein Monarch oder ein Präsident gewählt werden soll, ist von daher nicht eigentlich die Frage. Schließlich stellte Michelet als „Vollendung der ausübenden Gewalt“ die Heeresmacht dar (Bd. 3, S. 340 f.).

Auch der weltgeschichtlich notwendige Übergang nach Nordamerika wurde im fünften Band (1881) ähnlich zu 1866 abgeleitet (Bd. 5, S. 595 ff.). Europa kann die oben genannten drei Widersprüche im politischen, kirchlichen und sozialen Bereich nicht auflösen. Michelet zitierte Hegels Bemerkung von Amerika als dem „Land der Zukunft“: diese Zukunft ist nun Gegenwart geworden, zugleich aber auch der Ausgang der Geschichte und der Übergang in die nachgeschichtliche Zeit. „Denn der Standpunkt America's ist die Wiedergewinnung des substantiellen Alllebens der Vorzeit, das in der mittleren Zeit verloren gegangen war, nunmehr aber mit der im höchsten Grad erstarkten sittlichen Persönlichkeit verknüpft werden soll: und zwar so, dass jede Seite aus der andern entspringen scheint. Diese Ineinanderbewegung ist in America noch eine historische Entwicklung, während sie in der [nachgeschichtlichen Zeit] eine vollendete Thatsache sein wird. Jeder Einzelne will sich in America zum Bilde der ewigen Persönlichkeit machen, in einem Jeden soll die ganze Idee der Menschheit leben“. Das Prinzip Amerikas ist, „das Einzelleben mit dem Allleben in Harmonie zu setzen“, so, dass „der Einzelne, so viel als möglich das Allleben in sich habend, sich selbst als ein vollendetes Ganze weiss [...] Er hat das Menschenthum in sich aufgenommen“. Auch im „Staatsvereine“ ist die „unendliche Persönlichkeit und das substantielle Allleben in Harmonie gebracht“. Im Prinzip der Selbstregierung gibt es keine Regierenden und Regierten. Es sind die drei Gewalten in Harmonie. Die exekutive Gewalt übt in den einzelnen Staaten ein

gewählter Statthalter, im Bund der „Präsident“ aus (Bd. 5, S. 630 ff.). Michelet setzte zum Loblied Nordamerikas an. Die Amerikaner (d.h. die Bürger der Vereinigten Staaten) sind „bestimmt, eine neue Erlösung des Menschengeschlechts anzubahnen, das verlorene Paradies zurückzugewinnen, um alle Völker der Erde Ein Band der Liebe zu schlingen und die schwankenden Bestimmungen des Völkerrechts in das feste Gesetzbuch des *Weltbürgertums* umzuwandeln“. Doch sind die Amerikaner bis jetzt noch in der Theorie geblieben: für die Verwirklichung sind eine neue Zeit (die Zukunft, die Michelet die „nachgeschichtliche Zeit“ nannte) und ein verjüngter Boden (Australien) erforderlich (Bd. 5, S. 642). Dann und dort wird die ganze Menschheit zu einer Familie und zum Ich des Erdballs werden. Die Einrichtungen der Zukunft werden – wie als vernünftige Momente des Begriffs der Freiheit gezeigt – das Einzelrecht und die Gesellschaft, der Staat und die Nationalität, das Weltbürgerrecht und die Menschheit sein (Bd. 5, S. 666). Der Staat (als einzelner, aber auch als Bund) wird die „wahre Staatsverfassung“ sein, in der die drei Gewalten – gesetzgebende, verwaltende, ausübende – gänzlich getrennt sind, aber jede dennoch durch Beziehung auf die Geschäfte der anderen sich in ungetrübter Harmonie mit ihnen befindet. Die ausübende Gewalt – erneut als „Terminus E des Schlusses“ charakterisiert – wird durch das von Abgeordnetenhaus und Staatsrat gewählte „Staatsoberhaupt“ bzw. den gewählten „Vorsitzer“ betätigt. Für den Bundesstaat scheidet ein gewählter Monarch deshalb aus, weil dann dessen Staat die Hegemonie über die anderen besitzen muss; in einem republikanischen Bundesstaat – dem Staat der Zukunft, wenn ihm alle Völker angehören – genießen alle einzelnen Staaten die vollständigste Gleichberechtigung (Bd. 5, S. 671 ff.). In diesem „Bund der Menschheit“ wird – nach dem Vorbild des nordamerikanischen Bundesgerichtes – ein „Areopag der Menschheit“ eingerichtet werden, in dem sich das „Ich des Erdballs nun in Wahrheit zur Einen ewigen Persönlichkeit des Geistes – welche das Urbild aller Individuen sein soll – zusammenfasst“. Die Mitglieder dieses „Bundesgerichts der Menschheit“ werden ein Individuum als ihre Spitze, als ausübende Gewalt (in Verbindung mit einem „Exekutions-Heer des Bundes der Menschheit“), wählen: den „Omniarch“⁷⁶ (Bd. 5, S. 682).

⁷⁶ Michelet übernimmt dieses Wort von Charles Fourier (1772–1837); so ausdrücklich System, Bd. 5, S. 682.

III.3

Eigentum und Selbstbestimmung. Hegels Idee personaler Freiheit in republikanischen Institutionen

Pirmin Stekeler-Weithofer

3.1 Zu Staat und Person

Übliche Reden über Subjekt und Individuum bedürfen einer sinnkritischen Explikation – mit Folgen für das Verständnis des Verhältnisses der Rolle des Staates und der Freiheit der Person als Mitglied einer bürgerlichen Gesellschaft in Städten und Staaten. „Atomistische“ Vorstellungen, welche die Person als bloßes Leibwesen definieren, so wie man in Aufzügen Personen als einzelne Menschen zählt, führen systematisch in die Irre. Wir werden erst Personen durch (geistige) Bildung. In dieser bildet sich nicht bloß unsere instrumentelle Kompetenz, sondern auch unser sozialer Stand (*status*), idealiter auf der Grundlage unserer Fähigkeiten als Rollenspieler (*personae*) in Institutionen. Der Gesamtrahmen von deren Statuten ist der Staat, die *res publica*. *Rechtliche* Normen setzen „den Staat“ voraus. Sie sind durch explizite Sanktionsdrohungen gegen Normübertretungen geschützt und bilden, wie z.B. das Eigentumsregime und die Verträge des bürgerlichen Rechts, einen Rahmen für gesellschaftliche Arbeits- und Leistungsverteilungen. Eben damit wird der Staat zum Garanten des *rechtlichen* Status der Person in gesellschaftlichen Interaktionen jenseits bloß moralischer Kooperationen in freien Gemeinschaften wie (Groß-)Familien, Stämmen und Nachbarschaften.¹

Gesellschaft ist nie einfach als *Menge* von menschlichen Individuen zu verstehen. Die Elemente reiner Mengen sind als solche frei von jeder weiteren Struktur, über die Bestimmung ihrer Extension als Menge anderer Elemente hinaus und eben damit bloß abstrakte mathematische Gegenstände. Alle anderen Gegenstände *g* der Welt setzen eine relationale (ja prozessuale) Struktur von externen Beziehungen $A(g,g^*,g^{**})$ zwischen ihnen voraus und ihre Identität ist je konkret durch eine Negation irrelevanter interner Unterscheidungen bestimmt. Im Fall der Personen ist ihre Identität zwar durch ihre leibliche Gleichheit (in der Zeit) bestimmt, die relevanten Relationen (und interaktiven

¹ Zur Unterscheidung vgl. Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*, 1. Aufl. 1887, 2. Aufl. 1912, 3. Aufl. 1920, inzwischen auch Darmstadt 2005; aber auch Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1922, 1925, 1956.

Prozesse) aber sind die der Gesellschaft. Stadt und Staat sichern dabei über Leib und Leben hinaus mit dem Eigentum anerkannte Formen und Gesetze (*nomoi*) der Ökonomie, weit über den familialen *oikos* hinaus: Die Wirtschaft des durch Geld vermittelten Leistungsaustausches ist längst wesentliche Teilstruktur der Gesellschaft.

Der Staat selbst ist dabei ebenso wenig wie seine Gesellschaft über eine explizite Zustimmung oder eine Art Vertrag zwischen schon fertigen Bürgern konstituiert oder legitimiert. Vorstellungsbilder eines die staatlichen Institutionen überschätzenden Rechtspositivismus² erweisen sich als ebenso defizitär wie demokratistische Konsensauffassungen einer *volonté générale* oder liberalistische Thesen von einer apriorischen Beschränkung der Staatsmacht auf die Sicherung der Freiheit von sozusagen nackten Menschen und des Eigentums von bloß ökonomischen Personen als reinen Vertragspartnern, wie sie z.B. Nozicks Minimalstaatsmodell zugrunde liegen.³ Denn es ist umgekehrt: Die kultur- und damit geistesgeschichtlich tradierten Institutionen des Staates sind konstitutive Bedingungen dafür, eine freie Person im Vollsinn der Moderne zu sein. D.h. nicht nur, dass man als ‚Privatperson‘ oder *bourgeois* an der gesellschaftlichen Teilung von Leistung und Gütern partizipiert, sondern auch als Staatsbürger im Sinne eines *citoyen* an der politischen Entwicklung dieser Bedingungen gemäß einer allgemeinen Idee teilnimmt.⁴

Hegels *Idee* ist nun nach meiner Deutung seiner Analysesprache als real anerkannte Orientierung des Handelns durch eine begriffliche *Entwicklungsform* von Institutionen zu verstehen. *Die Idee* insgesamt als Auslegung von Kants spekulativem Großbegriff ist der *realisierte Begriff* der freien Person selbst, vermittelt über Stadtkultur, Staat, Gesellschaft und deren Entwicklung. Als Institution des Rechtsschutzes macht der Staat die Seinsweise einer Person (als Bürger im obigen Doppelsinn) allererst möglich, woraus sich eine gewisse praktisch-apriorische Anerkennung des Staates durch *seine* Bürger ergibt. Eine kritische Reflexion kann zwar verbal dieser impliziten Anerkennung widersprechen. Sie steht dann aber immer auch in der Gefahr, eben damit die Grund-

² Vgl. dazu z.B. auch H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Oxford 1994.

³ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York 1974.

⁴ Die volle Person ist der *Citoyen*, der in der französischen Republik als „Bürger“ angesprochen wird. Das Ersatzwort „Genosse“ in sozialistischen (sowjetischen) Staaten impliziert schon einen latenten Angriff auf die allgemeine Würde aller Menschen. Nur der nämlich, welcher seine Kraft als Arbeiter ‚für die Gesellschaft‘ einsetzt, verdient als Genosse an der Leistungsverteilung des sozialistischen Staates teilzunehmen. Wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen. Im Nationalsozialismus drückt das Wort „Volksgenosse“ aus, dass hier auch Arbeit allein noch nicht hilft: Nur der soll die Früchte der Arbeit genießen, der aus der richtigen *gens* mit rassistisch richtiger Genetik stammt und kein unnötiger Esser ist. Entsprechend menschenverachtend sind die Unwörter der *Lingua Tertii Imperii* – im Gegensatz zu den durchaus *positiv* und vor ihrem Missbrauch durch falsche Deutungen nach wie vor zu schützende Wörter wie „Nation“ und „Volk“.

lagen personaler bzw. bürgerlicher Freiheit zugunsten einer utopischen Gleichheit unmittelbarer Isonomie⁵ im Sinne gleicher Mitbestimmung, nicht bloß gleicher Behandlung im Rechtssystem, zu gefährden. Andererseits lassen sich die implizit anerkannten Ungleichheiten in der Bestimmungsmacht staatlicher und substaatlicher Institutionen immer auch missbrauchen. Betroffen ist dabei insbesondere die privatökonomische Verteilung von Arbeit und Gütern, wie sie im Kapitalismus auf dem Institut des rechtlich gesicherten Eigentums aufbaut. Die Grundform des Missbrauchs besteht darin, auf die *gemeinsame politische Entwicklung des Staates und seiner Institutionen*, also der hegel'schen Idee (der freien Person), zugunsten der Sicherung der Gruppenvorteile in den gegebenen Machtverhältnissen zu verzichten. Die Person ist dann nur noch *bourgeois*, nicht *citoyen* – sofern sie überhaupt frei ist.

Die Entwicklung der Idee wird zunächst angetrieben durch die Aufgabe, die implizite Anerkennung der tradierten und vom Staat geschützten Institutionen der Gesellschaft in eine explizit in sich reflektierte, damit allererst selbstbewusste zu verwandeln. Dazu muss der skizzierte dialektische Widerspruch zwischen verbaler Kritik und empraktischer Anerkennung aufgehoben werden. Das impliziert eine Aufhebung der Spannungen von Wertdimensionen und Zielsetzungen im *gemeinsamen politischen Projekt*. Diese sind a) *die personale Freiheit* als Selbstverantwortlichkeit für das eigene Leben und für alle Familien und damit rein moralischen Beziehungen, b) *die Sicherheit* von Leben, Leib und, wie wir sehen werden, auch von Eigentum, c) *der allgemeine Wohlstand* samt der Entwicklung von Schönheiten etwa der Umwelt in der utilitaristischen Sphäre der Ökonomie, d) *die rechtstaatliche Gleichheit* in der Sphäre *republikanischer Isonomie*,⁶ e) *die faire Wettbewerbsgleichheit* in der Sphäre konkreter Lebensbedingungen, und schließlich als letztes (!) f) *die Mitbestimmung* in der Sphäre *demokratischer Isonomie*.

Wir sollten offenbar die Prinzipien der Freiheit und der Gleichheit nicht schematisch miss verstehen, zumal diese Prinzipien immer auch einmal gegeneinander stehen können.⁷ Dass es einer angemessenen Aufhebung der Span-

⁵ Isonomie ist seit Solon und Kleisthenes das Wort für ‚gleiche‘ Beteiligung an der Entwicklung der Ordnung der Stadt bzw. des Staates.

⁶ Während die Rede vom *Demokratischen* den Aspekt der *Mitbestimmung* in einer ‚freien und gleichen‘ Wahl oder auch Abwahl des Leitungspersonals, also auch von Gesetzgebern und Regierung, heraus hebt, betont die ältere Rede vom *Republikanischen* die Seite der *Gewaltenteilung* in einem institutionell gegliederten Ganzen aller öffentlichen Angelegenheiten, der *res publica*, Platons *Politeia* im Sinn einer *Verfassung* der Stadt bzw. des Staates als Gemeinwesen, als Verwaltung des Allgemeinen, des allgemeinen Willens wie der allgemeinen Freiheitsrechte, der allgemeinen Sicherheit wie des allgemeinen Wohlstands.

⁷ „Mit dem Staate tritt Ungleichheit, der Unterschied von regierenden Gewalten und von Regierten, Obrigkeit, Behörden, Vorständen usf. ein. Das konsequente Prinzip der Gleichheit verwirft alle Unterschiede und lässt so keine Art von Staatszustand bestehen.“ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (1830), Gesammelte Werke Bd. 20, Hamburg 1992, S. 539.

nungen zwischen diesen Werten und Sphären bedarf, weil z.B. zugunsten von Sicherheit auf gewisse Teile ‚gleicher‘ Bestimmungsmacht zu verzichten ist, gehört zum Kern der Einsichten von Hobbes. Es ist dann aber auch zugunsten von Wohlstand das formale Ideal der Gleichheit weiter zu modifizieren und ein Stück weit auf bloß individuelle Willkürfreiheiten und sogar auf subjektive Zweckrationalitäten der Maximierung des privaten Nutzens und privater Sicherheit zugunsten einer guten Kooperation zu verzichten. Die Anderen dürfen daher nicht nur nicht zum bloßen Mittel werden, wie Kant betont. Man darf sie auch nicht bloß als Umwelt unseres je eigenen Urteilens und Handelns ansehen, was erst bei Hegel klarer wird. Wie das im Einzelnen vernünftigerweise zu geschehen hat, lässt sich nicht für alle konkreten Fälle generell sagen. Die oben genannte Reihenfolge der Werte signalisiert nur eine gewisse allgemeine alphabetische Abstufung der Gewichtungen der Werte.⁸ So bleibt meine personale Freiheit und Selbstverantwortung je für mein Leben weit wichtiger als utilitaristische Erhöhungen eines Durchschnittsnutzens, auch wenn in vielen Fällen, wie gesehen, auf Maximierungen eigener Freiheit oder auf Optimierungen von Gleichheit und isonomer Mitbestimmung zugunsten einer zentralen Organisation gemeinsamer Sicherheit und eines allgemeinen Wohls verzichtet werden muss. Die Schönheit idealer Perfektion ist immer bloß allgemeine Richtschnur, kann nie direkt ein Handeln, das sich nicht rein an ihr orientiert, unmittelbar als schlecht ausweisen.

Damit gelangen wir von einer Kurzskizze des Ergebnisses her zu einer, wie ich meine, neuen Lektüre der Zielintention von Hegels sogenannter Rechtsphilosophie. Denn der eigentliche Titel von Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* lautet ja: „Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse“. Thema ist also die basale Form einer noch gar nicht existierenden Staatswissenschaft oder politischen Wissenschaft, unter wesentlichem Einschluss der Rechtswissenschaften und der politischen Ökonomie oder Volkswirtschaft, samt aller Formen der Gesellschaftswissenschaften oder Soziologie. Was dabei das Naturrecht angeht, so ist dieses zunächst als formale Säkularisierung eines (vermeintlich) theologisch fundierten Rechts zu verstehen. Die Thesen von ‚natürlichen‘ Rechten sind dann aber, zweitens, auch in der schönen Form angeborener *Menschenrechte* als begrifflich und geschichtlich naiv zu kritisieren. Allerdings ist zugleich, drittens, der gute Sinn der traditionellen Einbettung unserer Reden über die ‚Grundlagen‘ des Rechts in einen religiösen Redekontext etwa im Gedanken eines göttlichen Rechts und eben auch in den sich durch Säkularisierung ergebenden Menschenrechten unbedingt angemessen aufzuheben. Zu eben diesem Zweck verwandelt Hegel das Wort „Natur“ sozusagen in das Wort „Idee“. Damit verschiebt er die ‚Begründung‘ der ‚natürlichen Rechte‘ von ihrer

⁸ Zur alphabetischen Ordnung der Wertsphären vgl. insbesondere John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1972.

Genese weg in die Zielbestimmung des Projekts eines rechtlichen Zustands, der von allen anerkennbar ist.

Die *Natur* oder das *Wesen* der Person liegt dabei in der *Vollzugsform* einer *guten Entwicklung* der Person, vermittelt über das Recht. Die geistesgeschichtliche Realisierung der Idee findet daher statt als Entwicklung von Staat und Recht, freier Person und bürgerlicher Gesellschaft. Das Gesamtergebnis der Überlegung besteht darin, dass nicht nur faktische Staaten und auch Institutionen als bisher erfolgreiche prototypische Paradigmen oder *best practice* auszuzeichnen, sondern Formen guter Entwicklungen aufzuzeigen bzw. zu explizieren sind.

3.2 Die handelnde Person und ihr Eigentum

Die Weite und Tiefe der von Hegel groß angelegten Analyse des Begriffs der Person und der Idee als Entwicklungsform des Geistes, besonders der staatlichen Institutionen als dessen reale Vollzugsformen, ermisst man erst, wenn man sich den systematischen Zusammenhang der Frage nach der Person und einer logischen Analyse des Gebrauchs von Worten wie „wir“, „man“ und „ich“ vergegenwärtigt. Im Fall des Wortes „ich“ erkennt Hegel, dass es sich weit über die Nennung meines eigenen Leibes hier und jetzt hinaus auf alles Meinige beziehen lässt. Es gibt schon daher einen engen begrifflichen Zusammenhang zwischen mir als personalem Subjekt und dem Meinigen als meinem ‚Eigentum‘. Von absolut grundlegender Bedeutung ist darüber hinaus die schwierige Logik des Wortes „selbst“, etwa in Selbstbeziehungen, Selbstbestimmungen, bzw. des griechischen Wortes „*autos*“ in Autonomie und Autarkie. In aller Regel ist es keineswegs mein Leib heute, gestern oder morgen, auf den sich dieses „Selbst“ etwa der Selbstmacht allein bezieht. Es geht vielmehr um meine Handlungsfähigkeiten und meinen sozialen und politischen Status, meine Rollenkompetenz und damit mein geistiges Wesen.

Eine volle Person bin ich also nur über die politische Sphäre und die Möglichkeiten, an der Leistungs- und Güterverteilung zu partizipieren – am Ende also als Bürger eines Staates. Das setzt ein gewisses Maß an Eigentum voraus, das, ganz allgemein betrachtet, als die von mir für mich verantwortete Sphäre *relativ privater Autarkie* zu verstehen ist, erst sekundär als in einem Staat rechtlich garantierte freie ökonomische Verfügungsmacht über einen gewissen Anteil an gesellschaftlichen Gütern. Wesentlich vermittelt über den Besitz an Geld und Produktionsmitteln wird Eigentum zu einer Macht in der Verteilung von Arbeit.

Aus der allgemeinen Rolle von Eigentum für personale Freiheit folgt also *nicht*, dass es auch in allen seinen Formen ökonomischer Macht sakrosankt wäre. Wohl aber gibt es *ohne* Eigentum und Besitz keine freie Person und keinen freien Bürger. Dabei nennen die Titelwörter „Subjekt“, „Individuum“ und

„Person“ folgende Aspekte oder Momente eines in der natürlichen und kulturellen, sozialen, Welt handelnden Akteurs: *Ich bin Subjekt*, indem ich die Rolle des *Ausführenden* einer möglichen Handlung *performativ übernehme*, schlichter gesagt, etwas handelnd tue, als Sprecher oder Hörer, als Teilnehmer an einem Spiel oder als Handelnder in einer Arbeitsteilung. *Individuum* bin ich auf der Grundlage meines Leibes, der, wie die Körper von (höheren) Tieren, bekanntermaßen nicht in zwei Teile geteilt werden kann, ohne dass mindestens ein Teil nicht weiterlebt. Individuen sind wir daher alle von Natur aus, als biologisch-animalische Wesen. In der metaphorischen Rede davon, dass man seine Identität oder Individualität entwickeln solle oder könne, meint man die Entwicklung geistiger und damit gemeinschafts- und gesellschaftsbezogener Kompetenzen im Kreis relevanter Personen, samt der Einzigartigkeit je meiner Fähigkeiten und Leistungen.

Vor dem Hintergrund einer analogen Analyse formuliert Hegel seinen kategorischen Imperativ personaler Ethik qua Recht im ethischen, nicht positiv-rechtlichen Sinn auf leicht orakelhafte Weise so: „Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen“ (§ 36, Rechtsphilosophie, Hervorhebungen von mir). Das Wort „sei“ ist hier deswegen tief, weil es sowohl sagt, dass ich nicht einfach durch mein Dasein als Individuum eine (volle) Person bin, sondern als Subjekt nur dadurch zur Person werde, dass ich entsprechend *handle* und mich dabei dem Denken gemäß aktiv verhalte.

Dabei haben wir grundsätzlich *alle Menschen in ihrer Würde* anzuerkennen und zu schützen. Menschen als *Person* anzuerkennen, bedeutet dann aber schon, sie im Normalfall unter geeigneten Bedingungen als sogar im Grundsatz gleichberechtigte *Mitspieler in möglichen Kooperationen* zuzulassen. Damit geht die Anerkennung unserer Mitmenschen als Personen schon weit über das Hilfsgebot der sogenannten Nächstenliebe hinaus. Dieses besagt besonders in christlicher Ethik, dass Mitmenschen, die alle auch schon mal hilfsbedürftig sind, immer *wie unsere Nachbarn unserer Hilfe wert* sind. Sie sind, heißt das, gegen Gefahren zu schützen. Als Personen voll anerkennen wir andere Menschen aber erst, wenn wir sie als *mögliche Partner* in einem *gemeinsamen Lebensprojekt* zulassen. Hegels Imperativ enthält schon daher die Norm, auf Menschen zumindest *prima facie* offen und nicht abgrenzend, übervorsichtig oder gar feindlich zuzugehen. Dabei ist die orakelartige Allgemeinheit der Formulierung des Personen-Prinzips kein Schade, zumal die Forderung nach einer ‚Verfahrensregel‘ eher abwegig ist, wie sie Kant in der Version des Kategorischen Imperativs, der an den guten Willen und die Universalisierbarkeit der Maxime der Handlung appelliert, unglücklicherweise zu geben versucht. Das jedoch führt in eine Debatte um das rechte Verständnis von Moralprinzipien, wie sie hier nicht im Zentrum der Betrachtung steht.

Im Bereich des Handelns der Person ist zu unterscheiden zwischen Begierde, Wunsch und Intention; zwischen Absicht, Vorsatz und Planung, zwischen

Selbstbestimmung, Selbstverhältnis und Selbstgesetzgebung (Autonomie). Das Begehr als subjektive Haltung, die etwas zum Meinigen machen möchte, liegt noch sehr nahe bei animalischen Motiven, Trieben und Antrieben. Vermittelt durch eine Beschreibung des Ziels als einer ‚positiv‘ bewerteten Möglichkeit, repräsentiert durch ein Szenario seiner Erfüllung, wird eine Begierde zu einem Wunsch. Als Orientierung im Handeln wird ein Wunsch zu einer Absicht, die wiederum, wenn nicht adäquat gehandelt wird, zu einem bloßen Wunsch degradiert wird. Die meisten ‚Absichten‘, welche sich die Menschen zuschreiben, sind bloße ‚Selbst-Wünsche‘: Man wünscht sich in diese oder jene Wunschwelt hinein, ohne tätig die Erfüllung der Inhalte herbeizuführen. Das gilt auch für höherstufige Wünsche, die daher für eine Analyse des Wollens und freien Handelns nicht taugen, trotz der von vielen anerkannten Wunschtheorie des Willens bei Harry Frankfurt. Wenn ein normalerweise erfolgreicher Handlungsversuch zufällig scheitert, wird eine handlungsleitende Absicht *kontingenterweise* zu einem Wunsch. Aber die Handlung wird erst dann endgültig zu einem bloßen Versuch degradiert und die Absicht zu einem bloßen Wunsch, wenn eine nachhaltige Wiederholung des Versuchs, wo sie möglich ist, ausbleibt.

„Vorsatz“ nennt Hegel die im Handeln aktualisierte Handlungsform. Er ist im Wesentlichen das, was Kant „Maxime“ nennt. Expliziert wird sie je durch eine (hinreichend genaue) Handlungsformbeschreibung. Vorsätzliche Handlungen sind daher explizit geplante Handlungen. Der Vorsatz *ist* sozusagen die Handlungsplanung – nicht bloß das leitende Handlungsziel, wie in der Absicht. Man kann eine und dieselbe Absicht über verschiedene Handlungen mit unterschiedlichen Vorsätzen verfolgen. Kants ‚guter Wille‘ betrifft im Wesentlichen die Orientierung an Zwecksetzungen, die man für allgemein erlaubt (richtig) und gut hält.

Gemeinsame Handlungen oder Kooperationen bedürfen einer gemeinsam anerkannten Zielbestimmung und einer gemeinsam anerkannten (nicht bloß anerkennbaren) Durchführungsordnung, die auch von allen bzw. hinreichend vielen Beteiligten *faktisch* eingehalten wird. Damit sind die Probleme der Planung und sicheren Durchführung gemeinsamer Handlungen jeder Art, bis hin zum gemeinsamen Leben im Staat in ihren Grunddimensionen genannt: Es geht um *Entscheidungen* über Ziele, Leistungen, Verteilungen, Erfolgskontrollen und Anreize bzw. Sanktionen bei Nichterfüllung von Pflichten.

Man braucht ein klares Verständnis dieser logischen Grammatik – zunächst aber auch nur in dieser Allgemeinheit – um die wichtigsten Reflexionstermini der Ethik und Politik, der Moral und des Rechts zu verstehen. Hegel sieht außerdem, dass kein Selbstverhältnis von der Form der Relation eines unausgedehnten Punktes zu sich selbst ist, formallogisch dargestellt in der Form R(a,a), sondern immer von der Form einer ‚inneren‘ Beziehung von *verschiedenen* Teilen eines ‚ausgedehnten‘ Gegenstandes (etwa auch ‚des Ich‘ oder ‚des Wir‘, also einer Gruppe, eines Volkes oder ‚der Menschen‘) zueinander. So kann sich mein

Auge auf meine Hand beziehen oder mein Magengefühl auf das, was ich sehe. In einer *Selbstbestimmung* tue ich etwas in der Welt, das Rückwirkungen darauf hat, wer oder was ich sein werde. In einem trivialen Sinn ist jede tätige Weltbeziehung eine tätige Selbstbeziehung und jede tätige Selbstbestimmung eine handelnde Intervention in die Welt. Jede Autonomie einer Gruppe oder eines Volkes ist eine komplexe Machtbeziehung zwischen den Mitgliedern.

Indem mein Tun etwas am Lauf der Welt dem gegenüber ändert, was ohne es oder bei anderem Handeln geschehen wäre (würde, wird), fallen tätige Selbst- und Weltbestimmungen ineins. Nur wenn wir *speziell* für mein zukünftiges Sein können *relevante* Eigenschaften von mir oder meiner Umwelt *herausgreifen*, lässt sich eine *Selbstbestimmung* von einer ‚normalen‘ handelnden Intervention in den Lauf der Welt unterscheiden. Wenn ich z.B. eine Blume pflücke, ändere ich wenig an der Wiese und mir selbst, im Vergleich dazu, dass ich z.B. Mathematik studiere und meinen Körper fit halte oder mich tätig um gute Freundschaften bemühe und eben damit mich als partnerschaftliche Person selbst entwickle. Entsprechend ist jede Entwicklung der ‚Identität‘ einer Gruppe oder Selbstbestimmung eines Volkes als Form des Verhaltens der Personen zueinander zu verstehen.

Die Frage, ob wir frei, willentlich, absichtlich, mit Vorsatz handeln und uns selbst bestimmen können, oder nicht, ist keine philosophische, sondern eine sophistische Frage. Das ist sie schon deswegen, weil sie von der irreführenden Prämissen ausgeht, es gäbe hier etwas sinnvoll ‚zu bezweifeln‘ oder ‚zu glauben‘. Die Unterscheidung zwischen freiem Handeln und Widerfahrnissen von Einzelnen und Wir-Gruppen existiert schon längst. An ihr richtig teilzunehmen, mag eine Kunst sein. Dass es sich aber um eine *nichtleere* Unterscheidung handelt, wie die zwischen Rot und Gelb, ist nicht sinnvoll bezweifelbar. Wir lassen daher die Zweifler an der Freiheit des Wollens (also der Handlungsplanungen) und des Handelns bei ihrem verbalen Spiel, gerade auch, wenn philosophierende Gehirnwissenschaftler das Wort ergreifen, und kümmern uns um relevantere Dinge.

Selbstgenügsamkeit, Privatheit und Autarkie sind Formen der Organisation des Meinigen (in Kleingruppen auch des Unsigen, wie etwa in klosterähnlichen familialen Gemeinschaften) gegen die Gefahr, der Kontingenz zufälliger Anmutungen der Umwelt ausgeliefert zu sein. „Autonomie“ ist Titel dafür, sich selbst und seinem Handeln eine nachhaltige Form zu geben, wobei diese Form immer auch eine Norm, ein Sollen, ist und deren Nomos oder Regel von mir (oder uns) selbst gesetzt und anerkannt ist. Hier gibt es offenbar ganz verschiedene Ebenen, Höhen und Tiefen der Bewusstheit, Selbstbewusstheit – und der nachhaltigen Selbstformung.

Wir sind also nicht per Geburt Personen als kompetente Teilnehmer personaler Interaktionen in lokalen Gemeinschaften oder einer umfanglicheren Gesellschaft. Wir werden erst durch Bildung *autonome* Personen mit der Fähigkeit zur *Formung unseres personalen Lebens*. Jede Bildung geschieht sozusagen *in einer*

Vernetzung der Person im Gesamt aller personalen Subjekte, am Ende also aller Menschen. Es geht dabei insgesamt um Ausprägungen von Rolle und Status der Person, die wir sein bzw. werden sollen bzw. wollen und als die wir die anderen respektieren bzw. anerkennen sollen oder wollen.

Dabei hatte schon Hegel klar gesehen, dass die Freiheit der Person gerade in ihrer Teilhabe am politischen Leben als Bürger (*Citoyen*) ein Projekt einer vernünftigen Staatsverfassung ist – und nicht umgekehrt der Staat ein Ergebnis eines ‚freien‘ Vertrages zwischen Einzelindividuen, wie uns noch Hobbes glauben macht, der am Ende auch Locke, Spinoza und Rousseau beeinflusst, obwohl diese die Republik- und Demokratiekritik von Hobbes nicht teilen. Das Grundgesetz gibt dem Staat dabei die Grundstruktur. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wacht über die Einhaltung dieses Grundgesetzes nicht nur dem Buchstaben, sondern auch dem Geist, Sinn oder Inhalt nach: „Die Verfassung ist diese Gliederung der *Staatsmacht*. (...)“ (Hegel, Enz. § 539).

3.3 Meine Macht und die der Anderen

Macht erscheint der vereinzelten Person als das ganze Andere, als die Macht der Anderen. Die Macht ist der Staat und das Kapital, als diffuse Macht die Gesellschaft und ihre sich aus einem kollektiven Verhalten ergebenden Kräfte. So wie die Natur dem Jäger und dem Bauern vorgegebene Umwelt ist, an die er sein Tun und Handeln anpassen muss, wird für die Einzelnen die von anderen organisierte Arbeits- und Güterteilung zur systemischen Umwelt, an die sie ihre Selbstformungen anzupassen haben, um in einer Nische zu leben und zu überleben. Unsere Gewohnheiten und stillschweigenden Anerkennungen von direktiven Aufgabenverteilungen samt der zugehörigen Richtlinienkompetenz bilden diese Umwelt aber immer auch mit.

Übersehen wird in der aus Einzelperspektiven nahe liegenden Kritik an politischer oder ökonomischer Anordnungsmacht allzu schnell, dass diese wie jede institutionelle Ordnung nicht bloß einfach gegeben ist, sondern *auch auf unsere* Anerkennung angewiesen ist, wobei allerdings das ‚Wir‘ dieses ‚Uns‘ nicht einfach *alle* von uns meint. Es gibt die Institutionen nur durch Status und Rolle ihrer Repräsentanten im Allgemeinen. Dieses Allgemeine lässt Ausnahmen zu. Das führt dazu, dass die Zustimmung wirklich aller Einzelnen keine Rolle spielt. Jede Kritik, auch wenn ihr verbal zugestimmt würde, hat erst in praktischen Anerkennungen ihrer handlungsorientierenden Inhalte wirksame Folgen.

Keine Autorität, kein Befehl, keine Pflicht, kommt ohne relativ freie, aber eben allgemeine, Anerkennung der Subjekte, Befehlsempfänger, Verpflichteten aus. Man kann noch nicht einmal einen Sklaven zur Arbeit *absolut* zwingen, wenn dieser nicht aus seinem Überlebenswillen her den Befehl *relativ* anerkennt. Das aber bedeutet, dass der Einzelne doch auch eine gewisse Macht behält.

Jeder Mensch hat grundsätzlich die Macht, sich und andere umzubringen und es „kann nur der zu etwas gezwungen werden, der sich zwingen lassen will“.⁹ Die sich daraus ergebende Gefährlichkeit der Einzelpersonen, gerade auch von Selbstmordattentätern (wie schon der Assassinen) hat jedes Rechtssystem (und jede vernünftige Sicherheitspolitik) zu beachten – samt der Tatsache, dass jede Kooperation Anerkennung voraussetzt, wenigstens soweit, dass die Akzeptanz der ungleichen Stellung im Machtgefüge der Gesellschaft größer ist als der Wille zur Selbstzerstörung oder zur Revolution. Insofern gibt es zwar Moral erst nach dem Essen. Aber ohne Moral im Sinne einer relativ freien Anerkennung einer allgemeinen Ordnung gibt es keine nachhaltige institutionelle Macht. Jede ernst gemeinte und nicht bloß verbale Kritik an institutioneller Macht ruft daher auch zu einer Art Kampf gegen die gegebenen Institutionen auf – mit der Gefahr, sich selbst die Grundlagen der institutionellen Kooperation und damit des Personseins tätig zu entziehen.¹⁰

Staats- und Kapitalismuskritik ist, wenn sie nicht Kitsch leerer Rede sein soll, immer auch als Aufruf zu Reformen, insbesondere aber zu einer Selbtkritik zu verstehen, welche eine gewaltsame Revolution u.U. unnötig macht.

Das Andere unserer Ohnmacht, die Macht, sind wir in komplizierter Weise dabei immer auch selbst. Wir kämpfen, wenn wir z.B. um erweiterte Mitbestimmung kämpfen, um Erweiterung unserer eigenen Teilhabe an der Macht, und zwar gerade auch gegen andere, ob wir das wahrhaben wollen oder nicht. Das und nur das ist die ominöse Dialektik der Vernunft. Indem ich z.B. einen Vorschlag als vernünftig behaupte, verlange ich von dir und anderen zustimmende Anerkennung, die man mir aber immer nur frei gewähren kann. Einen (rationalen) ‚Zwang‘ des ‚besseren Arguments‘ kann es angesichts freier Anerkennungen von Inhalten gar nicht geben.¹¹

Gegebene Institutionen haben schon eine ‚nomologische‘ Struktur, setzen schon Gesetze voraus. Vorab erlassene Verbote und Gebote dienen offenbar der Steuerung der freien Handelns der Individuen, um die vielen Situationen wenigstens zu entschärfen, in denen eine machtfreie, d.h. nicht durch (ne-

⁹ Hegel, Rechtsphilosophie, § 91.

¹⁰ Pirmin Stekeler, *Hegels Phänomenologie des Geistes*, Hamburg 2014 zeigt (im 1. Bd. S. 663–719, im 2. Bd. S. 86–104), dass Hegel die Einsicht in die formale Beziehung von Herr und Knecht dazu benutzt, die bloß relative Macht des Denkens gegen die absolute Macht des Begehrrens, sozusagen des Geistes gegen den Leib, in der täglichen Selbststeuerung und Selbstbestimmung darzutun.

¹¹ Daher sind Analogisierungen der formalen Kompetenz, anerkannte Regelungen für logische Wörter wie „nicht“, „und“ und „für alle“ richtig zu befolgen, mit der Rationalität von Vorschlägen zur Beurteilung oder Veränderung von Institutionen, irreführend. Die rein formalen Allerweltswörter „Wahrheit“ und „Begründung“ verführen gerade hier besonders. Denn viele, die sich auf eine politische Wahrheit berufen, meinen nur die ‚Wahrhaftigkeit‘ ihres eigenen ‚guten Willens‘ und stehen damit in der Gefahr, bloß als wichtigste Besserwissen zu urteilen und zu handeln.

gative) Sanktionsdrohungen bewehrte Kooperation der Personen und Bürger durch die Verlockung von Gewinnmitnahmen von Trittbrettfahrern, *free riders* oder sogenannter *Defektoren*, bedroht sein kann. Wir kennen das Problem aus der Tragödie der Allmende, der *tragedy of the commons*. Es handelt sich um Fälle der Überweidung, Überfischung und Übernutzung von Ressourcen, weil jeder aus bloß seiner Perspektive urteilt und handelt und nicht als der Dumme zurückbleiben will: Die anderen tun es ja auch. Eben daher bleibt dem bloß redlichen Tugendhaften wenig übrig, so scheint es, als bloß verbal tugendhaft zu sein. Man redet so und handelt anders. Kant, ja schon Platon, hat diesen Sachverhalt, den man heute anhand des sogenannten Gefangenendilemmas prototypisch darstellt, durchaus voll erkannt. In solchen Fällen erreichen wir aber erfahrungsgemäß stabile Kooperation nicht einfach durch bloßen Appell an eine Moral kooperativer Pflicht, sondern nur durch Rechtsordnungen und die Veränderung von subjektiv-instrumentellen Nutzenserwartungen über Sanktionsdrohungen staatlicher Macht. Platon hat sich sozusagen nicht anders zu helfen gewusst, als die ‚freie‘ Sanktion *nicht* kontrollierbarer Fehlhandlungen in die Hand eines mythischen Gottes, das Jüngste Gericht, zu legen.

Die platonische und aristotelische Denktradition über den *homo politicus* stellt Hegel dem direktiven Autoritarismus der Hobbes-Tradition und dem idealistischen Moralismus der Rousseau- und Kant-Tradition entgegen. Dabei beginnt jede realistische Logik der Macht, wie bei Hobbes, mit der Einsicht, dass es einer institutionellen Steuerung des kooperativen Handelns durch eine Verschiebung der erwarteten Auszahlungsmatrix bedarf, über den rein verbalen Appell an einen moralischen guten Willen hinaus. Zwar loben wir moralisch nur die, welche *ohne* Blick auf Eigennutz freiwillig kooperativ handeln, und zwar besonders im Fall eines in den familialen Kontext hineinwachsenden Kindes. In der Gesellschaft aber sollten wir schon dann zufrieden sein, wenn das Handeln sich an die rechtlichen Normen und damit das allgemein Erlaubte hält, also *rechtschaffen* ist, wie Hegel sich ganz passend ausdrückt. Die Eigeninteressen des Handelnden sollten uns hier gleichgültig bleiben. Ein rechtliches Handeln nicht aus Pflicht, sondern aus Berechnung, verdient zwar, wie Kant richtig sieht, kein positives moralisches Lob. Wenn es aber eine äußere Macht gibt, welche die Berechnung so beeinflusst, dass Eigeninteresse und Allgemeininteresse in die gleiche Richtung zeigen, dann ist diese Ordnung weit besser und sicherer als die bloße Hoffnung auf die freie Moralität der anderen. Metastufig gibt es dann sogar eine sittliche (ethische) Pflicht, die Rahmenbedingungen der Kooperation von der Abhängigkeit *moralischer* Integrität und Vertrauenswürdigkeit nach Möglichkeit zu befreien und sozusagen durch Setzen rechtlicher Regeln und Incentives bzw. Strafandrohung zu *ökonomisieren*. Denn ‚wir‘ dürfen ‚die Menschen‘, also uns selbst, nicht ‚moralisch überfordern‘. Das heißt nicht, dass wir uns auf die *bloße* Rechtschaffenheit zurückziehen dürfen. Die Tugend des *citoyen* bzw. der vollen Person ist nämlich die *Gewissenhaftigkeit*, d.h. die genaue

Überprüfung der Güte der tradierten Ordnung und die aktive Teilnahme an einer *allgemeinen* Entwicklung der *Idee* der Person, damit aller oben genannten Werte, besonders auch der schwierigen Gleichheit.

Wenn aber der Machtrahmen wirklich so ist, dass unser Eigeninteresse in die gleiche Richtung zeigt wie das Gemeinwohl, wirkt die gegebene Macht nach Art von Adam Smiths unsichtbarer Hand. Dann, aber auch nur dann, werden private Laster (*private vices*), wie z.B. die Habsucht, möglicherweise zu stabileren Förderern des öffentlichen Guten (*public good*) als bloße moralische Appelle, wie Bernard Mandeville schon in seiner berühmten *Bienenfabel* schildert. Daher ist z.B. auch ein steuerfinanzierter Zwangswohlfahrtsstaat mit seinen Machtmitteln als Institution weit sittlicher als ein Almosensystem, für das ein Großphilosoph wie Sloterdijk mit dem schönen Hinweis sophistisch argumentiert, dass nur freiwillige Spenden uns vor Gott, der Welt oder Kant ‚moralisch gut‘ oder ‚praktisch vernünftig‘ machen.

Was aber ist eine institutionelle Machtstruktur? Eine Institution ist eine anerkannte kollektive Handlungsform, eine Kooperationsform mit geteilten Aufgaben, wobei der wesentliche Punkt der ist, dass zu diesen Aufgaben auch die *Aufgabenverteilung* für je neue Lösungen von je neuen Kooperationsproblemen und damit eine Art Anordnungsmacht derjenigen gehört, welche diese Aufgabe der Organisation der Kooperation übernehmen. Die einfachsten Fälle sind dabei allgemeine (rechtliche) Verbote und Gebote, die praktisch alle betreffen und mit denen man verhindern kann, dass sich die Personen einer kommunalischen Gruppe (etwa eines familialen Clans) oder dann auch die Bürger einer Stadt oder eines Staates bei der Verfolgung je eigener Interesse allzu sehr in die Quere kommen. Wer das Problem nicht schon abstrakt versteht, wird sich durch prototypische Probleme des Lebenssicherungsschutzes, wie sie uns Hobbes vorführt, vielleicht überzeugen lassen. Denn eine staatliche Sanktionsdrohung mindert die Gefahren eines Raubmordes, das eigentliche Paradigma von Hobbes: Die Ermordeten können sich ja nicht rächen, sodass für einen *homo oeconomicus*, der nur den erwartbaren Nutzen für sich maximiert, aufgrund des Risikos, vom Staat als Machtinstitution für seinen Raub oder Mord belangt zu werden, der Raub nicht mehr so attraktiv ist, wie er es ohne diese Institution wäre. Gerade auch auf der kollektiven Ebene geht hier die praktische Erfahrung der theoretischen Artikulation voran.¹² Hobbes expliziert also nur auf verständliche Art neu, was schon der späte Platon in seinen *Gesetzen* allgemein

¹² So ist zum Beispiel die Erstarkung der staatlichen Zentralmacht der Ottonen im 10. Jahrhundert und ihr bewusster Anschluss an die Idee eines Cäsars des Westens eine verständliche Reaktion auf die Ungarneinfälle. Nach der Macht demonstration Heinrichs I an der Unstrut und nach der Schlacht auf dem Lechfeld Ottos I verdankt sich die aktive Eingliederung Ungarns in das Reich ab 1002 unter König Stefan der ‚vernünftigen‘ Einsicht der Magyaren, dass ihr altes ‚Geschäftsmodell‘ sich wegen der militärischen Organisation des Imperiums als zu kostspielig und nicht als nachhaltig erweist.

erkannt hatte, nämlich dass ein gutes Zusammenleben in einer Stadt oder einem Staat nicht ohne eine gesetzesartig verfasste Staatsmacht funktionieren kann.¹³ Allerdings bedenkt Platon auch die Grenzen dieses Verfahrens und entwickelt daher die Vorstellung einer idealen Gesamtbeurteilung der Person jenseits realer Kontrolle, um den Fall des Gyges, eines Menschen mit Tarnkappe, den man bei seinen Taten daher nicht erwischen kann, wenigstens ‚moralisch‘ über dessen Selbstbewertung oder die Beurteilung seiner ‚Seele‘ durch einen göttlichen Richter auszuschließen. Dieses Argument bleibt bis in die Deutung der politischen Bedeutung einer den Staat stützenden Religion bei Hobbes erhalten.

3.4 Demokratie als Strukturmoment einer res publica

Die Idee einer Demokratie, einer Herrschaft des Volkes im Staat, wird insbesondere dadurch ambivalent, dass jede staatliche Herrschaft oder Macht gerade für die Sicherung der freien Kooperation in familialen Teilgemeinschaften ohne Verträge und für die ökonomischen Kooperationsverträge in der Gesellschaft im Interesse der Sicherheit einer Handlungsplanung der Bürger als zentrale Verwaltung rechtlicher Sanktionsdrohungen zu begreifen ist. Es geht dabei um den Ausschluss, wenigstens die Zurückdrängung, nicht-kooperativer Willkürhandlungen besonders von Trittbrettfahrern im sozialen Gefüge. Ohne ‚monarchische‘ Momente der Repräsentation ‚des Volkes‘ durch Regierung und Staatsmacht (die als Institutionen immer ein Art Präsidenten haben, trotz und neben allen inneren *checks and balances*) gibt es keine staatliche Einheit, kein Staatsvolk, kein Recht, noch nicht einmal eine Gesellschaft. Es bedarf der Befehlshaber von Polizei und Armee, einer direktiven Leitung der Administration und einer Oberaufsicht für das Justizwesen, inzwischen auch der gesamtgesellschaftlichen Infrastrukturen wie z.B. des staatlichen und substaatlichen Bildungs- und Sozialhilfewesens.

Dabei gibt es keine Verfassung, welche die Gefahr völlig ausschlässe, dass die politischen Machthaber ihre Macht zur unrechtmäßigen Förderung eigener, z.B. wirtschaftlicher, Interessen missbrauchen. (Auch hierfür war die Kon-

¹³ Hegel, Enz. § 537: „Das Wesen des Staates ist das an und für sich Allgemeine, das Vernünftige des Willens, aber als sich wissend und betätigend schlechthin Subjektivität und als Wirklichkeit *ein Individuum*. Sein *Werk* überhaupt besteht in Beziehung auf das Extrem der Einzelheit als der Menge der Individuen in dem Gedoppelten, *einmal* sie als Personen zu erhalten, somit das *Recht* zur notwendigen Wirklichkeit zu machen, und dann ihr *Wohl*, das zunächst jeder für sich besorgt, das aber schlechthin eine allgemeine Seite hat, zu befördern, die Familie zu schützen und die bürgerliche Gesellschaft zu leiten, – das *andere Mal* aber beides und die ganze Gesinnung und Tätigkeit des Einzelnen, als der für sich ein Zentrum zu sein strebt, in das Leben der allgemeinen Substanz zurückzuführen und in diesem Sinne als freie Macht Jenen ihr untergeordneten Sphären Abbruch zu tun und sie in substantieller Immanenz zu erhalten.“

zeption eines ‚Jüngsten Gerichts‘ vorgesehen.) Das weiß man spätestens seit der Zeit römischer Prätoren und Prokonsuln, besonders in den Provinzen des Reiches. Die entstehenden ökonomischen Ungleichheiten sind aber angesichts des Gesamtvolumens der durch das staatlich gesicherte Recht erst möglich gemachten kooperativen Güterproduktion häufig durchaus vernachlässigbar. Daher ist die populistische Kritik an der Verschwendug von Königen, Fürsten, Bischöfen oder Päpsten im Grunde ein Zeichen einer *naiven* Auffassung von ‚Gerechtigkeit‘. Platons spartanischer Kommunismus (auch noch der *Gesetze*) ist eine eher unglückliche Folge der Kritik an jedem Luxus und einer überzogenen Vorstellung von Gerechtigkeit als Gleichheit bei möglichst umfassender Autarkie.

Viel gravierender als die Selbstbereicherung der politisch Mächtigen ist, wenn die staatlichen Organisationen, wie unter den Nazis, einen ganzen Volksteil bevorzugen, einen anderen entrechten oder aus weltanschaulich oder religiös überformten Fanatismus heraus Leib, Leben und Wohlstand eines Teils der Bevölkerung gefährden oder aktiv angreifen. Jeder solche Fall rechtfertigt klarerweise alle Formen des *Kampfes* der entrichteten ‚Minderheit‘ gegen die machthabende ‚Mehrheit‘. Ein dialektisches Problem entsteht hier allerdings dadurch, dass die bloße Deklaration, es werde eine Minderheit oder Mehrheit durch die politische Macht benachteiligt, in einer Revolte wie in Syrien oder Libyen alle Rechtsicherheit auflösen kann.¹⁴

Das sanktionsbewehrte Recht ist also nicht etwa bloß eine *Erlaubnisnorm* für die administrativen Repräsentanten des Staates, sozusagen anstelle anderer oder im Namen des Volkes ein Verbrechen oder einen Rechtsbruch zu ahnden, sondern begründet eine *Pflicht* zu strafen, wo es darum geht, das Sanktionsmonopol des allgemeinen Willens zum Zuge kommen zu lassen.¹⁵ Über die Höhe der Strafe ist damit nichts gesagt. Analoges gilt für alle Aufgaben des

¹⁴ Eine Revolution ist insbesondere dann nicht ‚gut begründet‘, wenn zwar eine größere ‚Gleichheit‘ etwa von ‚Mitbestimmung‘ oder ‚Zugang zu Ressourcen‘ das Ziel ist, die Mittel aber absehbar dazu führen, dass mit der Produktion von Gütern das Niveau von Wohlstand, Sicherheit und Freiheit gerade auch für die vorher Ohnmächtigen sinkt. Dabei ist der Ruf nach Freiheit oft gerade deswegen ideologisch, weil es zumeist nur um eine Forderung nach Machtumverteilung handelt. Man sollte also nicht damit rechnen, dass kollektive Handlungen im Einzelfall aus ‚guten Gründen‘ geschehen und nicht oft auch unvernünftige ‚Motive‘ haben, indem der schöne Schein von Utopien dazu verleitet, auf eine Weise zu handeln, dass die erwünschten Ziele selbst mit Sicherheit nicht erreichbar sind.

¹⁵ Hegel, Enz. § 486 Fortsetzung: „Die Strafgerechtigkeit der Regierung, ihre Rechte der Verwaltung usf. sind zugleich Pflichten derselben, zu strafen, zu verwalten usf., wie die Leistungen der Staatsangehörigen an Abgaben, Kriegsdiensten usf. Pflichten und ebenso ihr Recht an den Schutz ihres Privateigentums und des allgemeinen substantiellen Lebens sind, in dem sie ihre Wurzel haben; alle Zwecke der Gesellschaft und des Staats sind die eigenen der Privaten; aber der Weg der Vermittlung, durch welche ihre Pflichten als Ausübung und Genuss von Rechten an sie zurückkommen, bringt den Anschein der Verschiedenheit hervor, wozu die Weise kommt, in welcher der Wert bei dem Austausche mannigfaltige Gestalten erhält, ob er gleich an sich derselbe ist. Aber wesentlich gilt es, daß, wer keine Rechte hat, keine Pflichten hat, und umgekehrt.“

Staates. Ohne seine Verwaltung und die von ihr kontrollierten Erfüllungen von institutionellen Pflichten bzw. Normen gibt es keine *volonté générale*, keinen Gemeinwillen, damit auch keine allgemeingesellschaftliche Freiheit, Sicherheit, Kooperation und Gerechtigkeit. Die Rede von einem Gemeinwillen würde zur Chimäre, Utopie. Das ist zunächst völlig unabhängig von der konkreten Staatsverfassung. Die Folge ist, dass es ohne die Macht der öffentlichen Verwaltung keine über die Familienbande mit ihren patriarchalisch-mafiosen Strukturen und über die freie Kooperation mit Nachbarn hinausgehende Zusammenarbeit der Menschen oder gar ein gemeinsames Projekt eines Volkes gibt. Das macht den Kern der politischen Einsichten von Hobbes aus, der darin freilich nur Platon und Aristoteles folgt, obgleich er es so formuliert, dass es auch für das subjektivistische Zeitalter der Religionskriege und der Cromwell-Republik verständlich wird. Hegel freilich setzt sich von Hobbes' naivem Individualismus des Personenbegriffs und der zugehörigen atomistischen Theorie von Staat und Gesellschaft ab – partiell in Rückgriff auf die durchaus hochstehenden Debatten der Antike, Spätantike und des Mittelalters.

Das Problem einer allgemeinen Anerkennung staatlicher Macht wird besonders prekär, wenn wir bedenken, dass zwar unsere Staatsform demokratisch ist, aber die sogenannte Gesellschaft, wenn man diese, wie man sollte, als den engeren Bereich der vertraglich geregelten Arbeitsteilung in einer durch einen Staat zusammengehaltenen Nation von Bürgern auffasst, nie selbst demokratisch verfasst ist. Es gibt einfach keine direkte Mitbestimmung der Lohnabhängigen über den Produktionsprozess. Das gibt es auch in keinem Sozialismus. Der von Marx propagierte machtfreie Kommunismus ist dagegen wie Spinozas oder Whitmans Demokratie nur romantische Utopie. Er ist eine Vorstellung der Menschheit als großer Familie, eines Paradieses freier Kooperation. Diese Art der Säkularisierung christlicher Gemeinschaftsideen kritisiert schon Hegel mit Recht als romantische Haltung einer bloß schönen Seele.

Das alles wird noch gravierender, seit *Technik* längst kein *Instrument* in der Hand von Einzelpersonen mehr ist, sondern Teil einer notwendigerweise *hochtechnologischen ökonomischen Arbeitsteilung*. Das immerhin ahnt Marx. Die Frage der damit sachlich begründeten ökonomischen Macht-Ungleichheit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern hat der Marxismus dennoch nie wirklich durchdacht. Denn sonst wäre die prinzipielle Äquivalenz eines eigentumsrechtlich verfassten Kapitalismus und eines staatsmonopolistischen Dirigismus von Wirtschaft und Gesellschaft nicht nur dem chinesischen ‚Kommunisten‘ Deng Hsiao Ping aufgefallen. Es bedarf in jeder technologischen Arbeitsteilung einer dirigistischen Organisationsmacht. Und es bedarf eben daher einer Machtkontrolle. Das gilt für alle komplexen Gesellschaften und Staaten. In Deutschland hat, wie in allen faschistischen und sozialistischen Ländern, die Machtkontrolle besonders im Bereich des Politischen versagt. Sie versagt regelmäßig überall dort, wo Demokratie als Willkürmacht von Mehrheitsent-

scheiden missverstanden wird. Es ist nämlich etwas ganz anderes, das Mehrheitswahlrecht als vernünftiges Verfahren der Ablösung zeitlich befristeter *Repräsentanten* in Staatsinstitutionen zu begreifen, und Demokratie einem irreführenden Wortlaut nach als ‚Macht des Volkes‘ oder ‚Volksherrschaft‘¹⁶ zu deuten, sozusagen als Mehrheitsentscheid ‚der Straße‘ oder ‚der Masse‘ (wie neuerdings in der Türkei) und in anderen vormals bewussten republikanischen Staaten wie England oder den USA.

Die Tatsache, dass zugunsten billiger Verbalutopien von demokratistischer Freiheit und Gleichheit, Konsens und Gerechtigkeit die Notwendigkeit ökonomischer und politischer Macht von Einzelpersonen unterschätzt wird, ist ein klares Zeichen für das Versagen intellektueller Aufklärung der Moderne überhaupt. Das Wahre, Gute und Schöne utopischer Ideale erhält auf tautologische Weise allgemeine Zustimmung und ist doch am Ende so süßlich und verlogen wie eine blaue Lagune. Dabei hatten schon Platon, Hobbes und Hegel die relative Notwendigkeit von Macht und Machtkontrolle, insbesondere aber einer direktiven Planung für eine ‚moderne‘ Stadt-Gesellschaft freier Personen und Bürger erkannt. Sie alle haben vor der Flucht in die Utopie eines Konsens- oder auch nur Mehrheitsdemokratismus gewarnt, welche die dialektische Struktur kollektiver Freiheit nicht erkennt und damit nicht anerkennt, dass es je nur eine *relative Mitbestimmung*, ‚aller‘ geben kann, sodass faktische Machtverhältnisse, samt der damit verbundenen Einschränkung personaler Willkür, partiell zu dulden sind. Die Folge einer Flucht in die Utopie ist ein Kollaps der kooperativen Lebensform, im wirtschaftlichen Bereich das Ende technologisch großorganisierter Arbeitsteilung, im politischen Bereich der Zusammenbruch der Staatsmacht und damit des Rechts.

Wir sehen damit: Die Verwechslung von Utopien als Wunschnäide mit Idealen als Artikulationsformen der Idee bzw. der anerkannten Richtung einer realen Entwicklung des Systems von Institutionen personaler Freiheit kann dazu führen, die Rede von einer „demokratischen Gesellschaft“ zu einem ideo-logischen Vertuschungsbegriff werden zu lassen. So sind z.B. die sogenannten freien ökonomischen Verträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern frei von jeder demokratischen Mitbestimmung, weil, wie Marx sieht, diese Verträge eine temporale Unterwerfung unter die direktive (Marx sagt polemisch: despotische) Leitung in einer industriell oder organisatorisch zentralisierten Arbeitsverteilung bedeuten. Diese ökonomischen Machtstrukturen werden inzwischen in allen Staaten, ob Demokratien oder nicht, geduldet, nachdem sich das angeblich Demokratische in allen Varianten einer staatsmonopolistischen Wirtschaftsmacht endgültig als utopische Illusion herausgestellt hat. (Man hätte das aber schon vorher wissen können.) Fast die gesamte Sphäre der ökonomischen

¹⁶ Vgl. dazu auch Giovanni Sartori, *Demokratietheorie*, Darmstadt 1992, obgleich das Buch das Problem nicht löst.

Arbeitswelt bleibt also weitgehend außerhalb der Sphäre demokratischer Entscheidung, wenn man von den zugestandenen Mitwirkungsmöglichkeiten von Betriebsräten einmal absieht. Damit reduziert sich der Bereich der Demokratie auf politische Teil-Institutionen des Staates und die in ihrem Rahmen verfassten Subinstitutionen, bis herunter zu freien Vereinen.

3.5 Besitz und Selbstbestimmung

Besitz als Verfügungsrecht und Eigentum als Verwaltungsrecht sind Möglichkeitsbedingungen zeitübergreifender Selbstbestimmung und Selbstverantwortung. Der Schutz des Nutzungsrechts der Ergebnisse eigener Arbeit (Locke) wird zu einem konstitutiven Teil des Schutzes der Freiheit der Person in einer bürgerlichen Gesellschaft mit staatlich sanktionierter Rechtsordnung.

Besitz an Produktionsmitteln aber ist längst schon Verfügungsgewalt und Macht von ‚Arbeitgebern‘ und Aktienbesitzern („Shareholdern“). Diese Art von Eigentum ist Teil einer unter utilitaristischen Gesichtspunkten in gewissem Ausmaß als bewährt anerkannten oder anempfohlenen Organisationsart der Arbeits- und Güterverteilung. Diese Art von Eigentum wird in der besonderen Form der Arbeitsteilung zunächst in der maschinellen Produktion seit der Zeit der industriellen Revolution bis in die heutige Dienstleistungsgesellschaft aufgrund der Zugangsrechte der privaten Besitzer von Produktionsmitteln, heute gerade auch zu geistigem Eigentum, zu einem *Verrentungsrecht* von konstantem Kapital, wie das Marx klar analysiert. Mehrwert entsteht, indem die Arbeitskraft als Ware gekauft wird und ihr Produkt, die hergestellten Güter, unmittelbar in das Eigentum des Käufers, des Kapitalbesitzers, übergeht, also gar nie dem Produzenten gehört. Das ist durchaus noch anders im Fall freier Bauern und sogar noch im Fall einer von Feudalherren abhängigen Bauernschaft, die ‚nur‘ ihren jeweiligen Zehnten abzuliefern hatte, was man als eine Art Steuer deuten kann, oder als eine mehr oder weniger moderate Form früher Mehrwertabschöpfung durch halb politische, halb privatrechtliche ‚Herren‘. In der industriellen Produktion mit einem Arbeiterkollektiv, dem die Produktionsbeiträge aufgeteilt zugewiesen werden, entsteht dagegen eine Dauerinstitution der rechtlich gesicherten Praxis der Abschöpfung von ‚Mehrwert‘ aus der Güterproduktion, wie sie dann auch zu Verzinsungen von Geldanlagen ggf. unter partiellem Verzicht auf direkte Einflussnahme auf die Güterproduktion wie im Fall von Aktien führt. Inzwischen spielen auch Nutzungsrechte von Patenten eine wichtige Rolle in der Verteilung von Mehrwert.¹⁷

Die Folge ist, dass Geldbesitz in der Organisation der Arbeitsteilung zu einer zentralen politischen Macht wird, welche, wie die familialen Aristokra-

¹⁷ Auch ‚Geistiges Eigentum‘ wird damit partiell zu einem *Verrentungsrecht*.

tien in den antiken und mittelalterlichen Republiken, vom Volk oder Bürger im Grundsatz geduldet sind. Dabei gibt es wohl keine Alternative einer besseren Rahmenverfassung der ökonomischen Arbeitsteilung. Eben daher bilden Kapitalbesitzer eine neue Aristokratie, auch in demokratisch regierten und republikanisch verfassten Rechtsstaaten.

Die Person als durch ihr Eigentum mächtiges Mitglied einer seit Hegel so genannten *bürgerlichen Gesellschaft* mit ihrer vertragsbestimmten Arbeitsteilung ist der *Bourgeois*, der zum neuen ‚bürgerlichen Freiherrn‘ wird, welcher die adligen Freiherren des Feudalismus beerbt. Der von seinem ‚Arbeitgeber‘ abhängige Beschäftigte steht dabei im Kontrast zu diesem und zu allen anderen ‚Selbständigen‘, wobei Marx und der Marxismus den ungebildeten Lohnarbeiter als Proletarier zum Paradigma erhoben hatten. Das führt angesichts einer modernen Gesellschaft von inzwischen über 90 Prozent Gehaltsempfängern zu höchst einseitigen Perspektiven. Dennoch bleibt richtig, dass als Einzelne die Arbeitnehmer relativ ohnmächtige Partner in den ‚freien‘ Arbeitsverträgen mit den Eigentümern von Produktionsmitteln oder Geldgebern, den sogenannten Arbeitgebern, sind.

Unsere Gesellschaftsformation heißt Kapitalismus eben wegen der ökonomisch leitenden Rolle des Geldkapitals und seiner Verwertung über Abschöpfungen von Mehrwert, wie Marx sieht. Damit ist das staatliche Institut des Eigentums mit seiner Sicherung der ‚freiherlichen Nutzungsrechte‘ von Produktionsmitteln in der Arbeits- und Güterteilung die wichtigste institutionelle Grundlage unserer Wirtschaftsordnung. Für deren funktionale Form ist die bloß genealogische Frage relativ irrelevant, ob sich die Wirtschaftsformation ihren Staat gebildet oder eher umgekehrt die Staatsformation des ausgehenden Mittelalters und der frühen Neuzeit die geldwirtschaftliche Arbeits- und Güterverteilung des Kapitalismus und damit eine breite Nutzung des maschinentechnischen Fortschritts in kollektiven Prozessen der Arbeitsteilung allererst ermöglicht hat. Immerhin lehrt uns der zweite Blick mehr als der erste, zumal heute der rationale Einsatz der neuen Digitaltechniken immer auch ein quasipolitisches Prozessdenken zur Voraussetzung hat. Wer logisch im Sinne von topographischen Großstrukturbestimmungen denken kann, wird anerkennen müssen, dass die Staatsmacht mit ihren Sanktionsgewalten nicht nur ein privates Besitz- und Eigentumsrecht gegen rechtlich ungeregelte Umverteilungswünsche schützt, sondern die ökonomische Macht der über die Arbeits- und Güterverteilung herrschenden Klasse, der Bourgeoisie, garantiert. Das ist völlig unabhängig von der Frage, ob die ‚politische‘ Macht der obersten Repräsentanten des Staates demokratisch gewählt ist oder nicht, wenn das Eigentumsregime insgesamt anerkannt bleibt, wie das Beispiel des heutigen China klar zeigt. In der Gewaltenteilung von Staat und Ökonomie gibt es dann aber offenbar eine Art Dauerkampf zwischen den Mächten: Es bedarf der Rahmenrechte für die Ökonomie und es bedarf der rechtlichen Kontrolle der Ökonomie. Wie weit der Staat selbst ökonomisch tätig werden soll,

ist dabei umstritten. Die sozialdemokratische Variante beschränkt sich auf die Abschöpfung von Mehrwert, die Steuereinnahmen, zur Aufrechterhaltung der sozialen Sicherheit und Infrastruktur.

3.6 Entfaltung der Idee der Freiheit in der Geschichte

Ich erinnere noch einmal an den Zusammenhang von Idee und Person bzw. personaler Freiheit. *Eine Idee* ist nach Hegel ein je nach den Gegebenheiten hinreichend gut realisierter Begriff. *Die Idee* ist die Realität *des Begriffs*, insgesamt der begrifflich denkenden und entsprechend handelnden Person im generischen Sinn. Zur vollen konstitutiven Bedingung des Personseins (eines Bürgers) gehört dann aber schon das Gesamt aller formellen Institutionen, die allein personale Rollenübernahmen samt entsprechender Verpflichtungen und Erlaubnisse vermitteln, welche über die informellen Praxisformen kommunitarischer Sittlichkeit etwa in einer Ethik der Kommunikation wie im Sprechen und Hören hinausgehen.

Jede Idee hat eine Entwicklung, deren Orientierung oder Richtung durch die Verbesserung der Realisierung ihres Begriffs vorgegeben ist. Das gilt für den Staat nicht anders als für die Wissenschaft, für die Religion nicht anders als für das Recht, die Moral oder die Kunst. Es gilt insbesondere für die Idee par excellence, die Idee der freien Person. Sie ist nach Hegel die Idee in einem absoluten Sinn und liefert nur so das richtige Verständnis der kantischen Rede von der Idee.

Hegels „philosophische“ Weltgeschichte ist nur vor diesem Hintergrund zu lesen. Sie ist ein erster Vorschlag zu einer groben Strukturgeschichte der wesentlichen Momente der Idee eines die Freiheit der Person sichernden Rechtsstaates. Dazu gehören, wie gesagt, neben Recht und Gesetz besonders auch Besitz und Eigentum. Dies wird freilich erst klar, wenn wir mit Hegel begreifen, dass und warum eine Norm wie „Du sollst nicht begehrn deines Nächsten Hab und Gut“, also „du darfst das Eigentumsregime nicht verletzen“, sich keineswegs, wie es bei Kant so scheint, aus einem formalen Kategorischen Imperativ unmittelbar ergibt. Denn man kann im Prinzip durchaus kohärent wollen, dass es kein privates Eigentum, sondern immer nur die Teilhabe an einer Art Gemeinschaftsbesitz geben soll. Wo es wie in Platons spartanischem Kommunismus kaum privates Hab und Gut gibt, kann man auch nichts mehr „stehlen“.

Es sind also, wie Hegel mit Recht hervorhebt, besondere geschichtliche Umstände und Erfahrungen, welche uns dazu führen, die Institutionen von familialem Privateigentum und personalem Besitz anzuerkennen. Es sind ökonomische, nicht moralische Gründe, die dafür sprechen, dass Eigentum sein soll und Schutz durch staatliche Sanktionsdrohungen verdient. Es sind Erfahrungen, welche eng mit den Erfahrungen über Probleme und Problemlösungen im

Bereich der Arbeits- und Güterverteilung zusammenhängen – eine Einsicht, die dann auch Marx und Engels implizit von Hegel übernehmen und entsprechend weiterentwickeln.

Ganz grob kann man sagen, dass die neolithische Revolution sesshafter Agrarwirtschaft den Anfang der Entwicklung der Idee des Staates als Rahmenorganisation für die freie Person und den Bürger macht. Der uralte Mythos von Kain und Abel, dem Kampf des Nomaden, auch der Viehhirten, gegen den ackerbauenden Siedler (noch in den Mythen des amerikanischen Westens) zeigt einen Aspekt dieser Entwicklung: Der Bauer braucht eine gewisse Sicherung seines Besitzes, die Eingrenzung des von ihm bearbeiteten Landes. Das System des Pharao zeigt schon den Vorteil staatlichen Schutzes, indem Dieben oder Räubern, aber auch frei umherziehenden Jägern, Sammlern und Vieh-Nomaden Gewalt angedroht wird. Nicht also der reine Lebensschutz von Einzelpersonen, wie uns Hobbes suggeriert, sondern der Schutz der eigenen Arbeitsleistung, wie schon Locke betont, steht am Anfang staatlicher Macht mit ihrem Gewaltmonopol und dessen Anerkennung.

Man beachte die große Allgemeinheit und die Verschränkung von Form und Inhalt, geschichtlicher Entwicklung und Erfahrung in einer grundbegrifflichen Institutionengeschichte. Sie ist offenbar so ausdifferenzierbar wie die Begriffe des Staates und seiner Macht bzw. des Eigentums und seines Schutzes selbst. So sind z.B. Nomadenstämme und auf sie zurückgehende Siedler etwa in Griechenland oder auf der italischen Halbinsel traditionell familial strukturiert, wogegen die Arbeits-, Macht- und Güterteilung der orientalischen Herrschaftsformen offenbar schon erhebliche zentralstaatliche Elemente enthält.¹⁸ Das ist für die Entwicklung der Idee des Privateigentums relativ selbständiger Bauern und Kolonisten besonders in der römischen Welt (zum Beispiel zur späteren Versorgung der Soldaten, die sich gerade im Blick auf diese Aussicht verpflichten) von einiger Bedeutung. Denn das führt am Ende zum lateinischen *Privatrecht* und seinem staatlichen Schutz. Geschützt wird insbesondere die relative Autonomie der Familien des späteren mediterranen Raums, auch wenn der *pater familias* die ganze Familie nach außen vertritt und nach innen der Herr ist. Damit ist nur

¹⁸ Hegels Rekonstruktion einer begriffs- und ideenfokussierten Weltgeschichte beginnt mit einigen, immer etwas kruden, Bemerkungen zu dem, was er alles zur vorgeschichtlichen Epoche rechnet. Die eigentliche Weltgeschichte hebt an mit dem Typus des ‚Orientalischen Reiches‘, in dem ‚nur einer frei‘, nämlich Autokrat ist, der Pharao oder der Großkönig. Paradigma und eigentlicher Beginn der Weltgeschichte in Hegels Sinn, d.h. der Entwicklung der Idee des ‚Weltbürgertums‘, ist das persische Reich. Hier finden wir eine von den Völkern anerkannte *Hierarchie*, die außerhalb des Bereichs der politischen Macht im ökonomischen und religiösen Leben den Völkern relative Freiheiten lässt und auch daher praktisch anerkannt wird. Die Anerkennung fußt auf dem Prinzip des Nutzens. Die Idee der rechtlichen und moralischen Gleichheit oder gar der Würde der Person gibt es nicht, wohl ein relativer *Wohlstand* und damit auch so etwas wie eine implizite Einsicht in den Nutzen der Hierarchie und ihrer Macht.

er volle politische und ökonomische Person, während Frau, Kind und Gesinde nur über seine Vermittlung frei sind. Dennoch ist die mediterrane Familie und der mediterrane römischen Staat – dessen Erbe im Westreich die germanischen Königtümer sind, im Osten, Süden und der iberischen Halbinsel aber islamische Kalifate und deren Nachfolgerreiche – insgesamt ‚der Idee nach‘ dem Schutz einer privaten Lebensführung verpflichtet. Im Übrigen wird die Sicherung von Leib und Leben gegen private Angriffe gerade dort nötig, wo die Akkumulation von erstrebenswertem Besitz Diebe und Räuber anlockt, etwa von außen, wie in den Einfällen der Hunnen, Wikinger, Ungarn und Mongolen.

Ein solcher Schutz kann aber selbst im Innern prekär werden, wie die Geschichte allgemein, die der frühen römischen Republik besonders plastisch zeigt. Denn es bedarf auch eines Schutzes gegen den naheliegenden Missbrauch staatlicher Macht mit seinem relativen oder absoluten Gewaltmonopol. Dabei geht es um ökonomische Bereicherung ebenso wie um Angriffe von Vertretern der staatlichen Ordnung gegen Bürger. Nicht bloß besondere Individuen und Gruppen, etwa Minderheiten, sind dabei bedroht, sondern auch Mehrheiten, wie im Fall des *demos* bei den Griechen oder des *populus* und *plebs* bei den Römern, jedenfalls wenn eine Aristokratie die Ämter der jeweiligen Stadt besitzt, vererbt und für ihre Interessen gebraucht oder auch missbraucht. Dann können gerade die Vertreter der *res publica* der öffentlichen Rechtsordnung noch gefährlicher werden als mögliche private Angreifer. Dieses Problem verlangt republikanische Machtaufteilungen und gewisse Formen der *checks and balances*, zugleich ein stabiles Verfassungsrecht, das freilich, weil auch jede Verfassung interpretiert und umgesetzt werden muss, immer auch in gewisser Abhängigkeit von der Exekutive bleibt. Eine ausdifferenzierte Verfassungsgerichtsbarkeit auf der Grundlage eines schriftlichen Grundgesetzes ist daher eine keineswegs triviale Einrichtung.

Die Herrschaft Roms über Italien und den Mittelmeerraum beginnt übrigens selbst nach Art der Eroberungen einer städtischen Räuberbande, die sich, hobbesianisch, eine *Rechtsordnung* zum gegenseitigen *Schutz des privaten Eigentums* schaffen muss. Hierzu passt der berühmte Satz Kants: Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Das *Eigentum* lässt Hegel ganz entsprechend, und das nicht ohne leise Ironie, und zwar in Anspielung auf Rousseau, aus dem Raub hervorgehen. Proudhons Spruch, dass Privateigentum Diebstahl sei, ist hier vorgeprägt. Die weitere Geschichte der römischen Republik zeigt dann aber einen gewissen Interessenausgleich von Volk und Senat als Vertreter aristokratischer Machtausübung, wie die schöne Formel „*Senatus Populusque Romanus*“, kurz SPQR besagt: Die Anerkennung der Aristokratie als politischer Kaste durch ‚unpolitische‘ Bürger wird in gewissem Sinn durch deren privaten Rechtsschutz kompensiert. Konkret verzichtet schon das stadtrömische Volk (Plebs) mit der Institution des Tribunats und seinem Vetorecht auf *positive* Gestaltungsmöglichkeiten der öffentlichen Angelegenheiten der Republik,

aber nicht auf die negative Kontrolle gewisser *habeas-corpus*-Rechte. Später ist die Anerkennung des Cäsaren als Imperator mit der schrittweisen Ausweitung der Bürgerrechte im Reich eng verbunden.¹⁹

Zusammen mit den *Eigentumsrechten* gehören die Eigentums- und Rechtsschutzrechte zu den zentralen Freiheiten der Bürger. Wir sehen damit in der römischen Republik eine gewisse institutionelle Trennung von positiven politischen ‚Freiheiten‘, den Mitbestimmungsrechten des Adels in der Regierung, von der negativen und privaten Freiheit des ökonomischen Bereiches, des *oikos*, der Familie, und damit einer bürgerlichen Gesellschaft *avant la lettre*. Die Rechtsprechung durch politische Beamte (Quaestor, Praetor und Statthalter) sichert den Rahmen dieser Ökonomie der Bauern, Handwerker und Handeltreibenden ab. Hinzu kommt der verfassungsmäßige Rechtsschutz des Bürgers und der Person, wie er sich durch das cäsaristische Prinzipat hindurch im Grunde bis in die europäischen Königstümer des Mittelalters und der Neuzeit und durchaus auch in die italienischen Stadtrepubliken erhält.

Die Begriffe des Volkes, des Bürgers, des Rechts und am Ende der Person sind also weder systematisch noch geschichtlich ohne eine idealtypische Rekonstruktion ihrer Idee im Sinne der leitenden Grundformen und der Entwicklung ihrer manifesten Ausformungen samt ihrer immer auch umstrittenen Anerkennungen voll zu begreifen.²⁰

Dabei ist eine reine Demokratie wie etwa die attische im Blick auf die republikanische Idee des Rechts- und Eigentumsschutzes durchaus defizitär, solange sie zugunsten von Gremienscheidungen keine Rahmenverfassung kennt und nicht zugunsten eines personalen Rechtsschutzes eine Begrenzung der Machtgewalt politischer Gremien implementiert. Das Leben der Einzelpersonen war schon in der kollektivistischen Demokratie Athens, nicht erst in den populis-

¹⁹ Mit der Eroberung zunächst Karthagos, der wesentlichen Teile des Alexanderreiches, schließlich Galliens und einer Hälfte Germaniens wird mehr und mehr klar, dass die Leitung und Verwaltung eines Großreiches einer anderen Verfassung bedarf als die einer Stadt. Außerdem wurde (an)erkannt, dass zwischen der *Partizipation der Herrschaft* durch Adelsfamilien und der Sicherung ihres privaten Eigentums und auch ihres privaten Rechts durch den Staat kein notwendiges Junktim besteht. Daher, und nicht etwa aus rein individualpersönlichen Gründen, wird die Usurpation Cäsars und Oktavians anerkannt, kann das Prinzipat bzw. der Cäsarismus die Adelsrepublik ablösen.

²⁰ Parallel entwickelt sich der noch radikalere Gedanke der moralischen Gleichheit aller Menschen, also auch der Sklaven, und damit die Idee der moralischen Ungerechtigkeit der Sklaverei im Christentum – allen Kriminalgeschichten des Christentums zum Trotz, unter Einschluss der Hinweise auf die Sklaverei in der Neuen Welt und noch im 19. Jahrhundert. Für Hegel wird das Christentum auch nicht zufällig zur römischen Staatsreligion, da seine Grundidee, die grundsätzliche Gleichheit aller Menschen ‚vor Gott‘, d.h. vor der freien, nicht positiv-rechtlichen Beurteilung der Menschenwürde, Anerkennung findet. Sie findet Anerkennung, weil sie, so denkt jedenfalls Hegel, auch Anerkennung verdient. In diesem Sinn handelt es sich um eine notwendige Entwicklung der moralischen Grundideen, artikuliert im religiösen Kontext. Notwendig heißt bei Hegel nicht: „es konnte nicht anders kommen“, sondern dass etwas als Lösungsversuch eines anerkannten ‚Problems‘ anerkannt wird.

tischen Gewaltherrschaften des Sozialismus und Faschismus des 20. Jahrhunderts, gerade durch die vermeintliche oder wirkliche Staatsraison gefährdet. Das zeigt schon die Praxis des Ostrakismos, die ja eine mehr oder weniger willkürliche Verbannung vermeintlich politisch gefährlicher Mitbürger ist. Das aber heißt, dass das Recht der Person hier immer dem vermeinten Gesamt-Wohl der Stadt untergeordnet ist. Ironischerweise ist also eine klarerweise nicht demokratische Republik wie die römische und das in seinen Verwaltungsformen immer noch republikanische Prinzipat der Cäsaren, damit auch der späteren Könige und Kaiser im Blick auf den *Rechtsschutz der Einzelpersonen* und damit auf die *Freiheit der Bürger fortgeschrittlicher* als die griechische Demokratie. Hobbes' *Leviathan* ist ein Text, der diese Einsicht vermitteln hilft.

Im späteren römischen Reich ist praktisch jeder (freie) Mann als Vertreter der Familie Reichsbürger. Damit setzt sich im römischen ‚Kaiserreich‘ – das übrigens so wenig wie die späteren Königtümer eine orientalische Monarchie ist, da überall eine gestufte Verwaltung als römisches Erbe bewahrt bleibt – die Idee der grundsätzlichen rechtlichen Gleichheit der Bürger real schon weitgehend durch, auch wenn es noch Sklaven (auf Zeit) gibt und allerlei Abstufungen im senatorischen Adel. In jedem Fall entwickelt sich hier die Anerkennung des Gedankens der Rechtsgleichheit des Bürgers.

In gewissem Sinn steht also die Verfassung der römischen Republik und auch die des Imperiums mit der im Grunde *republikanischen Rechtsform des Bürgers und der Person* den reinen Mehrheitsentscheiden einer demokratischen Stadtverwaltung eines autochthonen *demos* gegenüber. Angesichts der wachsenden Zahl von oft bloß auf Zeit oder mit unsicheren Rechten geduldeten Metöken oder Mitbewohnern ist die Bürgerschaft einer antiken Demokratie selbst nur erweiterte Aristokratie. Nicht nur in Sparta konnten z.B. die Metöken willkürlich ausgewiesen werden und wurden sogar regelmäßig ausgewiesen. Dagegen werden im römischen Spätreich die Sklaven in der Regel nach einer gewissen Zeit freigelassen und sind daher im Grunde nur Knechte und Mägde, und das heißt, wie die Wörter selbst sagen, Kinder und Töchter in Familien auf Zeit – ganz im Kontrast etwa zu den Plantagensklaven der christlichen Neuen Welt.²¹

In der mittelalterlichen antagonistischen Koalition von Kaiser und Papst im Westen bleiben die römische Errungenschaft der privaten Rechtssicherheit und die christliche der moralischen Gleichheit der Person unter widrigen Umständen wenigstens der Idee nach aufgehoben.²² Hinzu kommt die Idee der indivi-

²¹ Sogar noch der englische Ritter ist übrigens ein „knight“, ein Knappe oder Knabe, ein Knecht oder Kind. Ein spezieller Fall sind die Kriegsgefangenenklaven der gesamten Antike und dann auch im Islam.

²² Die ‚eigentliche‘ Überwindung des Antagonismus von Kirche und Staat leistet am Ende erst die protestantische Reformation. Sie läutet nach Hegel die eigentliche Neuzeit oder Moderne ein. Ihre Ideen sind personale Autonomie, die gleiche (moralische) Würde aller (Christen-)Menschen und der Vorrang der freien Person vor allen anderen Werten. Gleichzeitig, ver-

duellen Freiheit der germanischen Traditionen, deren ursprüngliche Verfassung als Clanstruktur freier Bauernfamilien zu verstehen ist. Es entwickelt sich ein adliges Rittertum, die *Leibeigenschaft* als persönliches Besitz- oder Eigentumsverhältnis in einem mehr und mehr *privatrechtlich statt gefolgschaftsrechtlich organisierten* Feudalismus und damit eine *hierarchische Lebensordnung*. Der Zerfall der Anerkennung von Papstkirche und Kaiserstaat war dann, so ist Hegel wohl zu lesen, eine strukturimmanente Folge eben dieser ‚privaten‘, ‚persönlichen‘ Umorganisation der ursprünglichen Gefolgschaftsordnung der Clans. Die protestantische Reformation und der in ihrem Gefolge entstehende Gedanke eines ‚Naturrechts‘ und dann auch ‚Menschenrechts‘ ist gewissermaßen eine moderne Restauration republikanischen Denkens.

Einer philosophischen Weltgeschichte geht es in diesem materialen Sinn um die Rekonstruktion der *Entwicklung* von grundlegenden *Ideen*, also materialen Praxisformen. Dialektisch ist dieser Materialismus dadurch, dass die Dauerspannungen zwischen impliziten Anerkennungen von Formen der politischen Macht und ökonomischen Kooperation und einer expliziten Form- und Zwecksetzung erkannt sind, also auch zwischen persönlicher Freiheit, Rechtssicherheit und politischem Mitwirkungsrecht.

Erst im Blick auf die politische Mitbestimmung entsteht in einem eminenten Sinn die Vorstellung von einer *kollektiven politischen* Autonomie. Hegels klarer Blick auf die Französische Revolution hat gesehen, dass es dort nur verbal um Volksherrschaft geht und dass das zentrale Problem zunächst die rechtsstaatliche und damit der Grundform nach eine republikanische Verfassung ist, nicht die Mitbestimmung in der Regierung, wie sie die demokratistischen Revolutionäre um Babeuf forderten. Die Französische Revolution ist also als politische Machtergreifung des Bürgertums zu begreifen, das – nach Hegel – daran scheitert, dass es keine allgemein anerkannte ‚Zivil- oder Vernunftreligion‘ gibt, welche das Prinzip oder Ideal der Gewissenhaftigkeit der Person angemessen vermittelt hätte. Gewissenhaftigkeit steht dabei als aktive Erhaltung und Entwicklung konkreter Sittlichkeit der Realisierung der freien Person im Kontrast zu einer bloßen Ehrlichkeit des guten Willens und einer bloß in sich konsistenten Gesinnung oder Redlichkeit.²³ Ein solches Ideal ist die immer nötige Stütze einer Verfassung. Sie darf sich aber nicht zu utopischen Zielen verleiten lassen. Die allgemeine Anerkennungswürdigkeit der gesellschaftlichen, also ökonomischen, und staatlichen, also rechtlichen Gesamtordnung kommt nur in der Idee

söhnt‘ sie tendenziell das Private, Besondere, mit dem Allgemeinen, das Eigentum mit der Sozialmoral.

²³ Die politische Revolution in Frankreich scheitert daran, das scheint Hegel sagen zu wollen, dass keine religiös-ideologische Reformation voranging. Bonaparte bringt nicht den erhofften Weltbürgerstaat, sondern den Nationalismus, und zwar in Spanien ebenso wie in Italien, Russland und Deutschland – als Gegenreaktion gegen einen französischen Nepotismus.

zum Ausdruck, die zugleich die Bindung der Einzelnen an das Gesamtprojekt explizit macht.²⁴

Die Not-Wendigkeit der Entwicklung der Idee liegt also nicht in ewigen, durch historische Forschung erkennbaren, Gesetzen, sondern in der ‚ewigen‘ Aufgabe der Abwendung von Nöten, der Aufhebung von Problemen, der Anerkennung von Problemlösungen. Erklärbar sind die Anerkennungen daher dadurch, dass wir die Problemlagen schildern und die – vermuteten – Kriterien, Wertungen und Orientierungen in ihren Gewichtungen. Ideen wirken über Anerkennungen. Diese sind nicht (bloß) verbale Zustimmungen, sondern bestehen in einem entsprechenden Handeln oder Nicht-Handeln, in einem Verhalten nach gewissen Mustern, in der faktischen Teilnahme an einer Praxisform oder im Ausbleiben des Protests und Widerstandes.

Es ist keine *metaphysische* ‚List der Vernunft‘ hinter unserem Rücken, welche die Entwicklungen erklärt, wohl aber der Vorrang eines nicht voll explizierten oder reflektierten *Tuns* vor den verbalen *Kommentaren* zu diesem Tun. Dabei ist manchmal die faktische Anerkennung einer Ordnung vernünftiger als alle verbale Kritik und eine praktische Nichtanerkennung einer schönen Utopie klüger als der verbale Wunsch. Das heißt, Hegel kommt ohne Kants mystische Reden von einer „Naturabsicht“ oder Smiths „Unsichtbare Hand“ aus. So könnte man es z.B. als eine List der Vernunft in Hegels Sinn ansehen, dass die deutschen Studenten der 68-er Jahre verbal gegen einen ‚Amerikanismus‘ Stellung nehmen, faktisch aber US-amerikanische Bewertungs-, Sicht- und Lebensweisen allererst in Westdeutschland einführen – und damit die Demokratie in unserem Land allererst verwurzeln.

Hegels Analyseform erlaubt es, über langdauernde Durchsetzungen von ‚Ideen‘ zu sprechen und über ihre Wirksamkeit als geteilte Projekte. Er tut dies in einer ‚rationalen Rekonstruktion‘, um die gegenwärtigen Projekte besser zu begreifen und autonomer beurteilen zu können. Der Zweck liegt also in der Gegenwart, auch das jeweilige Ende der rekonstruierten Entwicklungsgeschichte. Wie dieses Konzept als teleologische Geschichtsphilosophie abgestempelt wer-

²⁴ Hegel lobt den *Protestantismus*, allgemein gesagt, für sein Ideal der *Gewissenhaftigkeit*, die *Französische Revolution* für das der *Rechtschaffenheit* des freien Bürgers. Die Kritik an Robespierres subjektiv ehrlicher Moral der Tugend und Pflicht trifft auch Kants Praktische Philosophie und warnt vor einer selbstgerechten Gesinnungsethik, wie sie den heutigen ethischen Intuitionismus samt einem verbalen Pluralismus prägt. Gerade auch der scheinbar moralisch grundierten Verfassung Englands wird das Fortschrittliche der römisch-kontinentalen Rechtsskultur entgegengesetzt, mit ihrem nach Möglichkeit schriftlich expliziertem Recht, bei aller Anerkennung der Bedeutung freier Richter und prototypischer Anwendungsformen. Dabei kann es angesichts der Einheit der Idee keine gleichwertigen, sondern je nach Aspekten als besser oder schlechter zu beurteilende Staatsverfassungen geben – womit Hegel als Verteidiger eines rechtstaatlichen Universalismus etwa des *code civile* und der durch französische Vorbilder orientierten Reformen durch v. Stein, Hardenberg oder Humboldt zu lesen ist, nicht als Apologet preußischer Restauration und nicht als Kritiker wirklich liberaler Entwicklungen wie der englischen *reform bill*.

den konnte, das lässt sich nur über eine gewisse Schwäche der Leserschaft erklären, verursacht durch die schwere Lesbarkeit von Hegels Texten im Ganzen bei häufig scharfen Formulierungen im Detail. In der angelsächsischen Freiheitsphilosophie von John Locke über John Stuart Mill bis heute gibt es, als latente Ideologie, eine Hypostasierung des Freiheitsrechts auf Eigentum, die dem Staat nur einen Rechtsschutz und gerade nicht die Pflicht zur sozialstaatlichen Wohlfahrt zugesteht. Marx kann Hegels Kritik an dieser Ideologie einfach übernehmen. Denn es ist gerade der britische *Liberalismus*, der in seiner Apologetik latenter Macht zwischen *Naturrechtsdogmatismus* und *Zwangrechtspositivismus* hin- und herschwankt. Hegel verlangt dagegen ein erwachsenes Denken, d.h. die Einsicht in die dialektische freiheitstheoretische Doppel-Begründung des für freie Kooperationen nach der neolithischen Revolution der Agrarkultur absolut zentralen Eigentums, zunächst als Besitz- und Nießbrauchsrecht für eine möglichst autarke und planbare Lebensführung, und der Anforderungen an einen von allen anerkennbaren Sozialstaat. Das Problem wird im Utilitarismus übertüncht durch eine Gutmenschenmoral in der Form einer All-Liebe – als vermeinte ‚moralische‘ Pflicht, ein ‚Allgemeinwohl‘ maximal zu fördern, bei Bentham mit durchaus totalitären Konsequenzen. Die Spannung zwischen Moral und Staat als System rechtlich geschützter und durch Sanktionsmacht abgestützter Institutionen, welche allein nachhaltige, aber freie Kooperationen von Personen, nicht bloß Verwandten und Nachbarn, absichern können, wird schlüssig ausgeblendet. Nozick übersieht, dass er im Grunde den Anspruch der Nichtbesitzenden auf Teilhabe an ökonomischer Macht und Mitbestimmung mit Gewalt abzuwehren erlaubt. Das aber führt unmittelbar zur Staatskritik von Karl Marx, der mit Hegel sieht, dass es logischer Widersinn ist, von einer Menschenklasse, die mit staatlicher Gewalt zur zeitweiligen Selbstversklavung oder gar Selbstaufgabe gezwungen wird, die freie Anerkennung der politischen Macht einzufordern – oder dann auch eine sozialpolitische Revolution verbieten zu wollen. Die geheime Unwahrheit in einer ‚liberalen‘ Kritik an Marx und Hegel²⁵ besteht in einer ideologischen Apologetik der faktischen Macht der neuen Fürsten, der Bourgeoisie. Während eine Kritik an einer in der Tat allzu einfachen *Zweiklassentheorie* wie im dogmatischen Marxismus völlig berechtigt wäre, steht eine angeblich empirisch genauere *Schichtentheorie* in der Gefahr, die Machtverhältnisse in der Gesellschaft zu verharmlosen und die bestehende polit-ökonomische Macht-Ordnung reflexionsfrei vorauszusetzen.

²⁵ Neben dem Philosophen Karl Popper und dem Wirtschaftswissenschaftler Friedrich August Hayek steht hier besonders auch der Soziologe Ralf Dahrendorf für einen Import des britischen Liberalismus der Nachkriegszeit und eine Polemik gegen die ‚Dialektik‘ der sogenannten Kritischen Theorie Max Horkheimers und Theodor Adornos als Erben einer kritischen Philosophie des 19. Jahrhunderts. Vgl. dazu z.B. Ralf Dahrendorf, *Pfade und Utopia, Arbeiten zur Theorie und Methode der Soziologie*, München 1974.

III.4

Republik und Eigentum. Historische Perspektiven

Hannes Siegrist

„Republik“ und „Eigentum“ sind Prinzipien und Institutionen, die jeweils besondere Aspekte sozialer Beziehungen regeln. Der Begriff Republik verweist auf Kooperations- und Herrschaftsverhältnisse im öffentlichen, politischen oder staatlichen Raum, insbesondere auf einen bestimmten Modus des Interessenausgleichs zwischen Herrschenden und Beherrschten.¹ Der Begriff Eigentum bezieht sich ursprünglich vor allem auf die Herrschaft über Sachen, Produktionsmittel und Vermögen sowie damit verbundene soziale Hierarchien und Asymmetrien; die moderne Vertragsgesellschaft ordnet dem Eigentümer mithilfe der moralischen und rechtlichen Kategorie des Eigentums ein Bündel exklusiver Verfügungs-, Nutzungs-, Verwertungs-, Kooperations- und Veräußerungsrechte zu.²

In der modernen Privatrechtsgesellschaft, Zivilgesellschaft und liberalen Wirtschaft ist die Bedeutung von Eigentumsrechten und republikanischen Institutionen langfristig erheblich gestiegen. Die Propertisierung (d.h. eigentumsförmige Regulierung) sozialer Beziehungen wurde zunehmend durch die Republikanisierung (d.h. republikförmige Regulierung) der politischen Ordnung verstärkt – und umgekehrt. In Teilen Europas und Amerikas waren die Entwicklung der Republik und des Privateigentums in der Praxis, in den Einstellungen und Mentalitäten sowie in der Verfassungslehre und Gesellschaftstheorie zeitweilig so stark miteinander verflochten, dass manche diese Institutionen-Mischung für quasi-natürlich hielten und als ein allgemeingültiges institutionelles Muster propagierten. Das hieß: Politische Rechte und Pflichten sollten durch Besitz und Eigentum begründet werden; die Nutzung des privaten Eigentums sollte nur durch öffentliche Interessen und geregelte (gesetzliche und gerichtliche) Verfahren eingeschränkt werden. Das Recht, private Interes-

¹ Vgl. dazu den kurzen Forschungsüberblick aus dem Jahr 2011 von Thomas Maissen, „Republik“, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/de/D9925.php>; sowie, als Beispiele für eine theoretisch und empirisch weiterführende Historiographie über die Republik, Thomas Maissen, *Die Geburt der Republic*, Göttingen 2006; Barbara Weinmann, *Eine andere Bürgergesellschaft*, Göttingen 2002.

² Vgl. die Forschungsüberblicke und Beispiele in Hannes Siegrist/David Sugarman (Hg.), *Eigentum im internationalen Vergleich (18.–20. Jahrhundert)*, Göttingen 1999; Hannes Siegrist (Hg.), *Entgrenzung des Eigentums in modernen Gesellschaften und Rechtskulturen*, Leipzig 2007 (zugleich erschienen als Doppelheft von *Comparativ. Zeitschrift für Globalgeschichte*).

sen in einem vergleichsweise hohen Maße verfolgen zu können, wurde durch die Pflicht zur Mitwirkung am Dienst für das öffentliche und allgemeine Wohl ergänzt. Die Nutzung exklusiver Verfügungsrechte und politischer Partizipations- und Machtchancen sollte durch äußere Regeln und verinnerlichte Werte (republikanische Einstellung, Bürgertugend) fundiert und kontrolliert werden.

Tatsächlich beruhte die Kombination eigentumsartiger und republikanischer Institutionen ursprünglich oft mehr auf besonderen gesellschaftlichen Konstellationen sowie pragmatischen Interessen und Zielen als auf systematischer Kohärenz. Das sich immer mehr verfestigende und zur Konvention gewordene Reden über die Verbindung von Republik und Eigentum trug ab einem gewissen Zeitpunkt dann allerdings dazu bei, dass Strategien der Republikanisierung und der Propertisierung sozialer Beziehungen sich zyklisch wechselseitig verstärkten.³

Konstitutionelle Monarchien und liberale Demokratien grenzten sich in einigen Hinsichten vom klassischen Konzept der Eigentümer-Republik ab, integrierten aber auch Elemente davon in die eigene konstitutionelle und institutionelle Ordnung. Alternativsysteme wie die staatsozialistischen Volksrepubliken deuteten die Beziehung von Eigentum und Republik aufgrund der Akzentverschiebung vom Privateigentum zum Staats- und Kollektiveigentum radikal um. Tatsächlich sind die Bedeutungen und Funktionen des Begriffspaares Republik und Eigentum in der Institutionalisierung und Organisation sozialer Beziehungen in der Moderne im Laufe der Zeit langfristig und im Zuge seiner globalen Verbreitung vielfältiger geworden.

Vor diesem Hintergrund frage ich im Folgenden, wie die Konzepte und Institutionen „Republik“ und „Eigentum“ im Laufe der Geschichte kombiniert und an unterschiedliche Kontexte und Ziele angepasst wurden. Das soll anhand eines sozial-, institutionen- und verfassungsgeschichtlichen Überblicks zum Verhältnis zwischen Republik und Eigentum gezeigt werden. Für den Historiker, der sich für Akteure, Strategien und Prozesse interessiert, geht es dabei um die Interdependenz von Strategien und Prozessen der Republikanisierung und Propertisierung (d.h. der republikförmigen bzw. eigentumsbasierten Institutionalisierung) sozialer und politischer Beziehungen.

³ Vgl. Hannes Siegrist, „Die Regulierung kultureller Beziehungen im Zeitalter des geistigen Eigentums“, in: *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal*, Jg. 6 (2014), H. 2, S. 1–33.

4.1 Die Formationsperiode des Verhältnisses zwischen Eigentum und Republik von der Antike bis in die Frühe Neuzeit

Die Geschichte der Verflechtung republikanischer und proprietärer Institutionalisierungsstrategien beginnt in der Antike damit, dass individuelle Besitzansprüche und private Eigentumsrechte gesichert und zur Voraussetzung für politische Partizipationsansprüche und Machtchancen der Eigentümer gemacht werden sollten. Die Inhaber von Eigentumstiteln sollten die politische Trägerschicht bilden und das Allgemeinwohl und öffentliche Interesse bestimmen. Der Ausgleich zwischen öffentlichen Interessen und Einzelinteressen bedeutete auch, dass die Nutzung exklusiver privater Eigentumsrechte im Rahmen von gesetzlich festgelegten Kriterien und Verfahren begrenzt werden konnte.

Erstmals war das wechselseitige Verhältnis zwischen diesen beiden Institutionen aus pragmatischen Gründen in einigen antiken Stadtstaaten und in der republikanischen Periode des Römischen Reich ausgehandelt und normiert worden. Sehr viel später wurden republikanische Muster und die Institution des privaten Eigentums (letzteres aufgrund der Rezeption, Verbreitung und Fortentwicklung des Römischen Rechts) vor allem in europäischen Städten wiederbelebt, je nach Region zwischen dem Hochmittelalter und der Frühen Neuzeit. Die Eliten und Bürger von Wirtschafts- und Handelszentren suchten damals nach institutionellen Lösungen und rechtlichen Verfahren für Konflikte und Koordinationsprobleme im Inneren und für die Beziehungen zur feudalen und aristokratischen Umwelt.

Seitdem hielten die einen das republikanisch-proprietäre Regime für eine Mischung von Institutionen, die sich im Rahmen eines langfristigen Entwicklungspfades unter besonderen Umständen herausgebildet hatte und deshalb nicht beliebig verbreiten ließ. Andere betrachteten dieses Ensemble von Institutionen für ein verallgemeinerbares, relativ zeit- und ortsindifferentes Ordnungs- und Kooperationsschema, das auf vielfältige Verhältnisse übertragen werden könnte – und sollte. In der zeitgenössischen Publizistik über republikanische und kommunale Verfassungen sowie über die Praxis des Privateigentums wurden damals wie später – affirmativ, kritisch und vergleichend – Bedeutungen, Funktionen, Chancen und Risiken republikanischer und eigentumsbasierter Gesellschaftsordnungen und Herrschaftssysteme erörtert.

Eigentumsbasierte republikanische Regime konnten sich lange Zeit nur in kleinen Teilen Europas behaupten oder neu etablieren. Denn bis um 1800 wurden in Europa die Besitz- und Herrschaftsverhältnisse primär durch das Lehensrecht, Privilegien und Standesrechte bestimmt. Es dominierten feudale, autokratische, aristokratische und absolutistische Herrschaftssysteme. Republikanische und damit verwandte kommunalistische (d.h. auf die Souveränität der Gemeinde und ihrer Bürgerschaft abhebende) Regimes sowie Eigentumsrechte (im Sinne umfassender und unbefristeter exklusive Rechte von Individuen und

Korporationen über Sachen und Vermögen) verbreiteten sich vor allem in Städten mit einer entwickelten gewerblichen und kommerziellen Wirtschaft und einer gesellschaftlich-politischen Trägerschicht, die eine gewisse politisch-rechtliche Autonomie als Korporation beanspruchte.

Die geographischen Schwerpunkte dieser Stadtrepubliken lagen in Mittel- und Norditalien, in der Schweiz und Süddeutschland und im Nordwesten und Norden des Kontinents von den Niederlanden bis zu den Hansestädten. Der Republikanismus der patrizischen und stadtbürglerlichen Eliten in größeren Städten, von denen manche über ein größeres wirtschaftliches Hinterland und Herrschaftsgebiet mit einer Untertanenbevölkerung verfügten, unterschied sich – bei allen strukturellen Ähnlichkeiten – von dem in den genannten Regionen weitverbreiteten Kommunalismus, der die Kooperation und Vergesellschaftung in der (relativ) souveränen und selbstverwalteten Gemeinde in Dörfern und Kleinstädten begründete. (Früher oder später wurde die Stadt-Gemeinde als Pflanzschule des Republikanismus und als Zelle des Staates betrachtet.)

Der Ausbau des fürstlichen Territorialstaates und absolutistischer Großreiche bedrohte republikanische und proprietäre Praktiken und Institutionen vorübergehend immer wieder stärker. Stadtrepubliken und städtisch-patrizische Eliten bedienten sich lebensrechtlicher und aristokratischer Herrschaftsmuster, um die Untertanenbevölkerung in Gebieten zu verwalten, die sie durch Kauf, Schenkungen, kriegerische Mittel oder politische Verhandlungen erworben hatten. Im Reden über die Republik, republikanische Bürgertugend und Republikanismus sowie in der Diskussion über Eigentum, Konzentration von Besitz, Macht und Korruption wurden die Problematiken des Ausgleichs zwischen privaten und öffentlichen Interessen und die moralischen Gefahren, die aus der Missachtung des Mäßigungs- und Ausgleichsgebotes resultierten, erörtert. Die einen warnten dabei vor dem Aufkommen eines Diktators oder Autokraten, die anderen vor dem Risiko einer Willkürherrschaft des gewöhnlichen Volkes.

Aristokratische Herrscher, absolutistische und bürokratische Staaten wiederum übernahmen im Zuge des Ausbaus des Territorial- und Anstaltsstaates Praktiken, Institutionen und rechtliche Muster, die ursprünglich aus dem institutionellen Baukasten republikanisch und proprietär verfasster Handels- und Gewerbestädte stammten. In der Aufklärung wurde das gesamte Spektrum der Institutionen, die sich für die Schaffung von Erwartungssicherheit in den sozialen Beziehungen und die Sicherung der Herrschaft in größeren und komplexen Gesellschaften zu eignen schienen, einer systematischen Sichtung und vergleichenden Diskussion unterzogen. Dazu gehörten die Debatten über Republik und Eigentum. Diese waren Teil der Kritik an den bestehenden politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, kulturellen und rechtlichen Verhältnissen.

4.2 Verallgemeinerung und Verbreitung republikanischer und proprietärer Institutionen vom späten 18. bis zum frühen 20. Jahrhundert

Die Amerikanische Revolution und die Französische Revolution vertieften, verallgemeinerten und verbreiteten die Anliegen von Republikanismus und possessivem Individualismus unter den Verfassungsgrundsätzen von „life, liberty and property“ bzw. „liberté, fraternité, égalité, propriété“. Traditionelle exklusive Verfügungs- und Kontrollrechte wie Lehen und Privilegien wurden aufgehoben und in öffentliche Herrschaftsrechte und private Verfügungsrechte geschieden. Das Eigentumsrecht übernahm – in republikanischer Tradition – eine Scharnierfunktion zwischen der privaten und der öffentlichen Sphäre. Aufgrund ihres pauschalen Charakters begründeten private Eigentumsrechte nicht nur übersichtliche interpersonelle Vertragsbeziehungen, sondern auch standariserte und weitreichende Kooperations- und Herrschaftsbeziehungen in der liberalisierten Wirtschaft und beim Übergang von der Stände- zur Klassengesellschaft. Private Eigentumsrechte legitimierten im 19. Jahrhundert in pauschalisierender Weise auch die Herrschaft in mehr oder weniger komplexen Organisationen, die rechtlich als Personenunternehmen, Partnerschaft oder Aktiengesellschaft verfasst waren und in denen abhängig Beschäftigte erst nach und nach einen gewissen Ausgleich zwischen den Rechten des Eigentümers und der Arbeitnehmer erstritten.

Das Erfolgsrezept beim Übergang von traditionellen Exklusivrechten zum modernen Eigentumsregime bestand darin, dass individuelle Ansprüche von Adeligen oder Bürgerlichen und Bauern auf exklusive Sachherrschaft, Verfügung über Kapital, Boden und Geldvermögen, ungeachtet ihrer bisherigen rechtlichen Form in die rechtliche Form des Privateigentums überführt werden konnten. So konnten auch Inhaber von Feudalrechten, sofern sie die neue Eigentums- und Herrschaftsordnung akzeptierten oder wenigstens nicht mit unerlaubten Mitteln bekämpften, den als Privateigentum anerkannten Teil ihrer früheren Verfügungs- und Herrschaftsrechte weiter exklusiv verwalten, werten und veräußern. Das neue Eigentumsregime begann allerdings auch mit einem Bruch, nämlich der Konfiskation von Kirchengütern, Stiftungsgütern und Besitztümern der (vielfach emigrierten) Feinde der Revolution. Die öffentliche Versteigerung solcher Güter bot städtischen und ländlichen Eigentümern und Nichteigentümern, die über Vermögen oder Kredit verfügten, ungeachtet ihrer ständischen Herkunft die Möglichkeit, Eigentum zu erwerben und ihren Besitz zu erweitern.

Die republikanische Verfassung der großen revolutionären Flächenstaaten verband die Sphären der privaten und der öffentlichen Gesetzgebung und Herrschaft, indem sie den Zugang zu den vollen politischen Bürgerrechten von einem Steuer-, Haus- oder Vermögensensus abhängig machte. So wurde die Rolle des

politischen Bürgers (*citoyen*) mit der Position des Eigentümers (*bourgeois*) verbunden. Im Westen und Süden Europas bildeten die Eigentümer zusammen mit den ihnen durch Herkunft, Heirat oder Bildung verbundenen Angehörigen der Verwaltung, Justiz und akademischen Berufe die heterogene, aristokratisch-bürgerliche Gruppe der „Notablen“, die in der Gesellschaft, Politik und Verwaltung das Sagen hatten. In Mitteleuropa etablierten sich die Eigentümer und deren Leitungs- und Verwaltungspersonal stärker unter Begriffen und Bezeichnungen wie Bürgertum, das in manchen Regionen sich noch länger vom Adel absetzte bzw. von diesem auf Distanz gehalten und abwertend behandelt wurde. Mit der Begründung, dass nur der aufgrund seiner Tüchtigkeit und Bildung zu Besitz gekommene Eigentümer zu selbstständigem und verantwortlichem Handeln für die eigene Sache und für das öffentliche Wohl imstande sei, stellten sich die Angehörigen der Notablen wie des Bürgertums in die Tradition des republikanischen Tugenddiskurses. An dieser Stelle verbindet und überschneidet sich die ältere Diskussion über Republik und Eigentum mit den späteren Debatten über Bürgertum, Bürgergesellschaft und Zivilgesellschaft.⁴

Indem die revolutionären Republiken die individuellen Eigentumsrechte, soweit sie nicht den Gesetzen und dem öffentlichen Wohl widersprachen, garantierten, stellten sie sich in den traditionellen republikanisch-proprietären Entwicklungspfad. Für die Lösung des klassischen Dilemmas von Eigentumsgarantie und Enteignung im öffentlichen Interesse entwickelten die neuen Eigentümer-Republiken – früher oder später – Verfahren, Verfahrensgrundsätze und Entschädigungsregelungen unter Einbeziehung von Richtern, Schiedskommissionen und Eigentümer-Vertretern. Auch diesbezüglich stellten sie sich in die Tradition der geordneten und mit einer gerechten Entschädigung verbundenen Enteignung. Sie griffen dabei auf Praktiken und Regelungen zurück, die in den vorangegangen Jahrhunderten in den Stadtrepubliken Süd- und Westeuropas entwickelt worden waren.⁵ Sie versprachen, sich damit von willkürlichen Enteignungs- und Konfiskationspraktiken von Fürsten und absolutistischen Herrschern abzusetzen.

Zwischen dem späten 18. und dem frühen 20. Jahrhundert wurden symbolische und soziale Strategien der Republikanisierung und Proprietisierung in weiten Gebieten Europas und Amerikas verbreitet. Die Durchsetzung proprietärer und republikanischer Regeln, Normen, Einstellungen und Praktiken wurde gleichzeitig – mehr oder weniger ausdrücklich oder direkt – auch durch liberale und demokratische Bewegungen gefordert und begünstigt. Die republikärmige und eigentumsbasierte Institutionalisierung sozialer, wirtschaftlicher, politischer und kultureller Beziehungen wurde mit den verschiedensten

⁴ Vgl. Jürgen Kocka, *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, Göttingen 1995; Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987.

⁵ Vgl. Luigi Lorenzetti/Michela Barbot/Luca Mocarelli (Hg.), *Property Rights and Their Violations, Expropriations and Confiscations, 16–20th Centuries*, Bern u.a. 2012.

Modernisierungsstrategien des 19. Jahrhundert verbunden. Es gab Synergien mit Strategien der Liberalisierung, Demokratisierung, Nationalisierung, Urbanisierung, Industrialisierung, Technisierung, Verwissenschaftlichung und Rationalisierung von Verwaltung und Herrschaft; aber auch Spannungen und Abgrenzungen zu diesen. Die Attraktivität und Dynamik republikanischer und proprietärer Muster in der Regulierung der inneren, äußeren und grenzüberschreitenden Beziehungen moderner Gesellschaften nahm so periodisch zu. Wenn die republikanische und proprietäre Ordnung einmal etabliert war, wandelten sich frühere Fortschritts- und Emanzipationsstrategien dann aber auch zu Strategien, die der Verteidigung von Machtpositionen, Konservierung von Hierarchien und Ungleichheiten sowie Traditions- und Identitätspolitik dienten.

Langfristig strahlte das republikanisch-proprietäre Ordnungsschema auch auf Nationalstaaten und Imperien aus, die als autokratische Systeme, konstitutionelle Monarchien oder liberale Demokratien verfasst waren oder in denen teilweise bis ins späte 19. Jahrhundert ältere Formen der Zuordnung exklusiver Verfügungsrechte wie Sklaverei, Leibeigenschaft, Lehen, Privileg in Gel tung waren. Vielfach wurde es zur Sicherung der Herrschaft des Mutterlandes und seiner Siedler in den Kolonialgebieten eingesetzt. So wandelte Frankreich die traditionellen einheimischen oder islamischen Besitztitel und Verfügungsrechte in Algerien per Kauf oder eine strafrechtlich oder politisch motivierte Konfiskation in individuelle Eigentumsrechte um, die von Kolonisten erworben werden konnten.⁶ Die nach dem Ersten und Zweiten Weltkrieg von Frankreich unternommenen Bemühungen, Institutionen und Praktiken des Mutterlandes auf die Kolonien auszudehnen und deren Status aufzuwerten, hatten nur beschränkt Erfolg.⁷ In den Kolonien setzten sich am Ende Kräfte durch, die eine eigene Republik errichten und gleichzeitig die Institutionen des Eigentums und der Enteignung zur Realisierung ihrer Ziele nutzten.

Im Zuge der Nationalisierung und Internationalisierung sozialer, politischer, kultureller und wirtschaftlichen Ordnungen wurden republikanische und proprietäre Institutionen in vielfältiger Weise adaptiert und auch mit institutionellen Ordnungen, die ursprünglich als Alternativen zur Republik und Eigentumsgesellschaft gegolten hatten, kombiniert. Begriffe und Institutionen wie Republik und Eigentum wurden so vieldeutiger und polyfunktionaler. Verhandlungen über die Regulierung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Wirtschaft, Politik, Kultur und Recht mithilfe bi- und multilateraler internationaler Konventionen wurden dadurch teils erleichtert, teils erschwert.

⁶ Vgl. Nicolas Krautberger, „L'expropriation d'utilité publique pour cause de risque naturel dans les départements alpins et algériens, seconde moitié du 19e siècle“, in: Luigi Lorenzetti/Michela Barbot/Luca Mocarelli (Hg.), *Property Rights*, S. 205–223.

⁷ Vgl. Anne Friedrichs, *Das Empire als Aufgabe des Historikers. Historiographie in imperialen Nationalstaaten. Großbritannien und Frankreich 1919–1968*, Frankfurt am Main 2011.

4.3 Republik und Eigentum im 20. Jahrhundert. Zwischen Expansion, Krise, Variation und Innovation

Als nach dem Ersten Weltkrieg das Deutsche Reich, das Habsburger Reich, das russische Zarenreich und das Osmanische Reich, die bis dahin die institutionelle Ordnung in großen Teilen Mittel-, Ost- und Südosteuropas bestimmt hatten, geschwächt waren oder zerfielen, bestimmten die Prinzipien von Republik und Eigentum die Konstruktion der postimperialen nationalen Gesellschaften und Staaten ganz wesentlich mit. Viele der neuen Staaten begriffen sich deziidiert als Republik und Eigentumsgesellschaft, andere näherten sich trotz monarchischer Verfassung diesen Prinzipien an. Überall galt: Die Republik oder der Gesetzesstaat sollte die Eigentumsrechte durch die Verfassung grundsätzlich schützen. Der Gebrauch der Eigentumsrechte sollte vom Parlament per Gesetz im Hinblick auf allgemeine und übergeordnete öffentliche Interessen und das Allgemeinwohl konkretisiert werden. Das Prinzip der Sozialbindung des Eigentums gewann nicht nur in der Weimarer Republik, sondern auch in den Nachfolgestaaten des Habsburgerreichs in Mittel- und Südosteuropa immer mehr Anhänger. Die letzteren wurden jeweils von einer heterogenen Trägerschicht repräsentiert, der einerseits städtische besitz- und bildungsbürgerliche Gruppen und andererseits besitzbäuerliche Gruppen angehörten, die nach der Erklärung der nationalen Unabhängigkeit von der gesetzlich fundierten Enteignung sogenannter fremd-nationaler Volksgruppen profitiert hatten und durch national-demokratisch oder volkswirtschaftlich motivierte Agrarreformen gefördert wurden.⁸

In den Verfassungen europäischer Staaten verblasste seit 1918 allerdings die Verknüpfung von privaten Eigentumsrechten und politischen Rechten; diese wurde entformalisiert. Die demokratisch, anti-aristokratisch, nationalistisch oder sozialistisch motivierten Revolutionen und Reformen im Gefolge des Ersten Weltkriegs führten dazu, dass der Besitz- oder Vermögensensus, der seit dem frühen 19. Jahrhundert das aktive und passive Wahlrecht in vielen europäischen Städten und Flächenstaaten an steuerliche Leistungsfähigkeit, Grund- oder Hauseigentum u.ä. gebunden hatte, endgültig abgeschafft wurde. In republikanisch (deutsch auch: „freistaatlich“) wie monarchisch-konstitutionell verfassten liberalen Demokratien wurden politische Rechte fortan noch klarer durch Nationalität, Alter – und mitunter auch noch Geschlecht – begründet. Die Begründung der republikanischen Bürgertugend oder patriotischen Gesinnung verschob sich so auf nicht-proprietäre Dimensionen wie nationale Her-

⁸ Vgl. Hannes Siegrist/Dietmar Müller (Hg.), *Property in East Central Europe. Notions, Institutions and Practices of Landownership in the Twentieth Century*, New York/Oxford 2015; Dietmar Müller/Hannes Siegrist (Hg.), *Professionen, Eigentum und Staat. Europäische Entwicklungen im Vergleich – 19. und 20. Jahrhundert*, Göttingen 2014.

kunft, Partei- und Milieuzugehörigkeit, Geschlecht sowie kulturelle Einstellungen. Der Konflikt über die Bedeutung und Funktion von Besitz, Eigentums- und Bürgerrechten in der Gesellschaft und Politik prägte allerdings vielerorts noch einige Jahrzehnte lang die Spannungen zwischen elitären, liberal-konservativen Republikanern einerseits, egalitären demokratischen Republikanern andererseits.

Während der formalrechtliche Nexus von Eigentum und Macht im öffentlichen Recht aufgelöst wurde, bestand er in den privatrechtlich geregelten Eigentums- und Vertragsbeziehungen und in manchen sozialen, wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Konventionen fort. In Gesellschaften, die durch hohe soziale und wirtschaftliche Ungleichheit, kulturelle Spannungen und Stadt-Land-Gegensätze geprägt waren, flammten Konflikte, die auf Spannungen zwischen verschiedenen Kategorien von Eigentümern sowie zwischen Eigentümern und Nichteigentümern begründet waren, in unterschiedlichen Rahmungen periodisch auf; als Klassenspannung zwischen Eigentümern und Nichteigentümern, als hierarchische Spannung zwischen großen, mittleren und kleinen Eigentümern, als Spannung zwischen Eigentümern aus verschiedenen wirtschaftlichen Sektoren und Segmenten, oder als Spannung zwischen städtischen und ländlichen, einheimischen und fremden Eigentümern. Vielfach wurden derartige Spannungen von ethnischen Differenzen, nationalistisch oder kulturell motivierten Über- oder Unterlegenheitsgefühlen oder konfessionellen Unterschieden überlagert.

In liberal-demokratischen Gesellschaften wurde in der Zwischenkriegszeit häufig versucht, Spannungen, die auf ungleichen Besitzverhältnissen, unterschiedlichen Eigentümerinteressen und divergierenden eigentumspolitischen Doktrinen basierten, abzubauen. Dabei half der Verweis auf die Sozialbindung des Eigentums und auf die Zuständigkeit des demokratisch gewählten Gesetzgebers für die Konkretisierung des Eigentumsrechts. Immer öfter wurde versucht, die reale Ungleichheit in den Eigentumsverhältnissen mit Hilfe sozialer und symbolischer Strategien, die auf eine Vergemeinschaftung aufgrund kultureller Ähnlichkeiten oder nationaler Interessen abzielten, zu überdecken.

Faschistische und integral-nationalistische Diktaturen deuteten die Kategorien Republik und Eigentum unter kulturellen, völkischen oder rassistischen Gesichtspunkten radikal um. Sie schlossen gleichzeitig Teile der Bevölkerung, die diesen Kriterien nicht entsprachen, von den staatsbügerlichen Rechten und von den Eigentumsrechten aus. Sie betrieben diesen gegenüber eine Ausbürgerungs- und eine Enteignungspolitik, in der die Verfahren und Regeln, die in der Republik und Eigentümergeellschaft klassischerweise für einen Ausgleich zwischen den allgemeinen und den partikulären Interessen gesorgt hatten, nur dem Schein nach eingehalten oder aber völlig außer Kraft gesetzt wurden. Schließlich wurden den aus rassistischen und kulturellen Gründen Diskriminier-

ten das Vermögen und der Besitz ohne geregelte Verfahren und Entschädigung mit der Begründung geraubt, dass sie für die Schädigung des öffentlichen Interesses oder nationalen Allgemeinwohls verantwortlich seien.

Die deutschen Nationalsozialisten bekämpften den mit der demokratischen Weimarer Republik assoziierten Begriff der Republik. Sie unterstützten dann aber die Gründung faschistisch-diktatorischer Satellitenstaaten, die als Republik bezeichnet wurden, wie die Slowakische Republik (1939–1945) und den 1943 geschaffenen faschistischen Reststaat im Norden Italiens unter der Bezeichnung Soziale Republik von Salò. Das waren Republiken, die weder dem Prinzip der Identität von Herrschenden und Beherrschten entsprachen, noch dem Anspruch auf politische Autonomie, allgemeiner Eigentums- und Vertragsfreiheit, noch dem Prinzip der Autonomie des Bürgers und des Staates.

Die staatssozialistischen Gesellschaften des 20. Jahrhunderts, d.h. die nach der Revolution von 1917 gegründete Russische Sowjetrepublik, die 1922 gebildete Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken sowie die in den späten 1940er Jahren gegründeten Volksrepubliken in Mittel- und Ostmitteleuropa, lehnten den vom klassischen Republikanismus gepflegten Nexus zwischen Privateigentum und öffentlicher Macht radikal ab. Das Konstrukt der sozialistischen Republik beruhte auf den Elementen Staats- und Volkseigentum, demokratischer Zentralismus, Planwirtschaft unter der Führung der von der kommunistischen Partei repräsentierten Arbeiter- und Bauernklasse. Die Volksrepubliken in dem von der Sowjetunion beherrschten Osten Europas wandelten sich bald – mehr oder weniger – zu Diktaturen mit republikanischer Verfassung, in denen Ansprüche auf die Autonomie des Bürgers und seines Nationalstaates erheblich beschränkt wurden.

Unterschiedliche Begriffe und Kombinationen von Republik und Eigentum bestimmten seit 1949 die staatliche Entwicklung in Deutschland. Die in das westliche System eingebundene Bundesrepublik orientierte sich als demokratisch-republikanischer Staat und breite, inklusive Eigentümer-, Mittelklassen- und Konsumgesellschaft an älteren deutschen, europäischen und US-amerikanischen Mustern. Die in das sowjetische Herrschaftssystem eingebundene Deutsche Demokratische Republik stellte sich als antifaschistischer Staat der Arbeiter, Bauern und demokratischen Intelligenz dar.

An ähnlichen Alternativen orientierte sich die Entwicklung in anderen Gebieten Europas, schließlich auch in Afrika und Teilen Asiens, wo zwischen den späten 1940er und den 1970er Jahren die Prozesse der Dekolonialisierung bzw. der Emanzipation von den imperialen Regimen mit dem Aufbau neuer Staaten und Gesellschaften abgeschlossen wurden. Im Osten Europas wurden seit 1989/90 nach dem Ende des europäischen Staatsozialismus vielfach die Vorzüge von Republikanismus, Demokratie und Privateigentum noch einmal betont und die Rückkehr auf den alten europäischen Entwicklungspfad beschworen. Das Beispiel der Volksrepublik China zeigte gleichzeitig, wie unorthodox Privateigen-

tum, Staatseigentum und republikanische Verfassung von einer diktatorisch regierenden Kommunistischen Partei mittlerweile kombiniert werden.

„Privateigentum“ verbindet sich längst mit allen möglichen politischen Systemen sowie grenzüberschreitenden Staatenbünden und internationalen Konventionen. Die ursprüngliche starke Verbindung zur Republik im engeren Sinne ist verblasst, die Verbindung mit liberalen und demokratischen Konstitutionen und institutionellen Ensembles, in die manche republikanische Elemente eingeflossen sind, ist aber unverkennbar. Das suggeriert der vom liberalen peruanischen Ökonomen Hernando de Soto erstellte International Property Rights Index von 2016, der auf Kriterien wie die Institutionalisierung und Registrierung materieller und immaterieller Eigentumsrechte, Unabhängigkeit der Justiz, Rechtsstaatlichkeit, politische Stabilität und Korruptionskontrolle usw. basiert, und bewertet, wo Property Rights am sichersten sind bzw. welches die Länder sind, in den die Rechts- und Erwartungssicherheit für die Verwandlung von Vermögen in Kapital am höchsten ist. In der Spitzengruppe rangieren die gleichen Länder wie schon in früheren Erhebungen, nämlich Finnland, Neuseeland, Luxemburg, Norwegen, die Schweiz, Singapur, Schweden, Japan, die Niederlande, Kanada, Dänemark, Deutschland, Österreich, Großbritannien, die USA, Frankreich usw. China liegt auf Rang 55.⁹

4.4 Schluss

Festzuhalten bleibt, dass sich im Laufe der modernen Geschichte vielfältige neue Kombinationen republikanischer und proprietärer Institutionen und Praktiken herausgebildet und verfestigt haben. In bestimmten Perioden der Geschichte und gesellschaftlichen Systemen ergänzten sich proprietäre und republikanische Institutionen stärker, in anderen gerieten sie in Spannung zueinander und behinderten sie sich wechselseitig. Im Laufe des 20. Jahrhunderts relativierte sich der von den klassischen Theorien über Republik, Republikanismus und republikanische Tugend postulierte Konnex von Privateigentum und republikanischem Gemeinsinn ganz erheblich. Im Zuge der weltweiten Verbreitung und Adaption bildeten sich immer neue Varianten und Typen republikanischer und proprietärer Ordnungen, Einstellungen und Praktiken heraus.

Einerseits erweiterte sich das Spektrum der Bedeutungen, Funktionen und Begründungen des Eigentumsbegriffs im Laufe der modernen Geschichte erheblich: von der ursprünglichen römisch-rechtlichen der absoluten Herrschaft über Sachen, über den naturrechtlichen Eigentumsbegriff bis zum Begriff des geistigen Eigentums an Ausdruckformen und Herstellungs- und Darstellungsverfahren in der sogenannten Informations- und Wissensgesellschaft. Ande-

⁹ internationalpropertyrightsindex.org/; letzter Zugriff am 8.1.2018.

rerseits nahm im Zeitverlauf das Spektrum der Bedeutungen und Funktionen republikanischer Prinzipien, Regeln und Einstellungen erheblich zu. Philosophische, staatsrechtliche und juristische Theorien und Doktrinen versuchten unter diesen Umständen immer wieder, für eine gewisse Systematik, Stringenz, Kontinuität und Urteilssicherheit in der Bewertung institutioneller und konstitutioneller Ordnungen zu sorgen. Sie wirkten damit – kritisch oder affirmativ – selbst an der Herstellung und Tradierung historischer Meisterzählungen (oder Mythen) mit, die im Übergang von der Vergangenheit zur Gegenwart und zur Zukunft Orientierung zu stiften versprachen. Eine dieser Meistererzählungen lautete, dass sich die Ungewissheit über zukünftige Entwicklungen mithilfe bestimmter Institutionen, so eines von Eigentumsgrundsätzen und republikanischen Werten bestimmten Institutionen-Regimes, benennen, lösen und reduzieren lässt.

Vertreter der aufgeklärten Philosophie, der Staats- und Gesellschaftstheorie sowie der modernen Historiographie beteiligten sich seit dem 17. und 18. Jahrhundert ganz prominent an der Produktion, Kritik und Tradierung der Meisterzählung, wonach republikanische und proprietäre Regeln für eine gerechte und dynamische Verteilung von Macht, Ressourcen, Positionen und Ansehen sorgen; und wonach die Kooperation in der Wirtschaft und Politik nachhaltig gefördert und so hoher Nutzen für das Individuum wie für die Allgemeinheit gestiftet wird. Sie partizipierten damit ursprünglich an den Auseinandersetzungen über eine institutionelle Alternative zur autokratischen, geburtsständischen, feudalen und kolonialistischen Ordnung, in der private und öffentliche Rechte, Rollen und Funktionen oftmals vermischt waren.

Heute vermischen sich – angesichts der begrenzten Autonomie und Handlungsfähigkeit vieler staatlich verfasster Republiken und angesichts der Entgrenzung der Handlungsmöglichkeiten und Rechtsgarantien für (insbesondere große) Inhaber von Eigentumsrechten im Zeitalter der Globalisierung – öffentliche und private Herrschaftsansprüche in neuer Weise. Hier ist die historisch und systematisch fundierte Republik- und Eigentumskritik tatsächlich wieder gefragt.

III.5

Schuld und Strafe in freien Gesellschaften. Über den Zusammenhang von Gewalt, Gesetz und Demokratie

Benno Zabel

5.1 Einleitende Bemerkungen

Ohne strafende Gewalt sind moderne Ordnungen nicht denkbar.

Strafende Gewalt soll Strafgerechtigkeit ermöglichen. Aber was bedeutet Strafgerechtigkeit eigentlich? Und in welcher Form wird hier Gerechtigkeit zur Geltung gebracht?¹ Pointieren wir zunächst: Strafe soll Gerechtigkeit in zwei Richtungen verwirklichen: zum einen, in dem sie den Friedenszustand einer Gesellschaft behauptet oder wiederherstellt, zum anderen dadurch, dass sie gegenüber dem Verbrecher einen Tadel kommuniziert. Mit der Strafe wird aber nicht nur dem Unrecht widersprochen. Die Prozeduren des Strafens sollen vielmehr das Anerkennungs- und Gleichheitsverhältnis innerhalb politischer Gemeinschaften aktualisieren. Der Verbrecher wird – heißt es bei Hegel – als Vernünftiger geehrt.² Dass auf diese Weise Gerechtigkeit verwirklicht werden kann, versteht sich indes keineswegs von selbst. Denn, so der immer wieder erhobene Einwand, mit der Strafe wende das Recht nun seinerseits Gewalt gegen den Verbrecher an. Und vergrößert ein zweites Übel nicht eher die (seelische) Grausamkeit als dass es sie aus der Welt schafft?³ Die Frage des Barockjuristen Giovanni Battista de Luca erinnert uns einmal mehr daran, dass wir es bei der Strafe mit einem höchst verdichteten Begriffs- und Erfahrungsfeld zu tun haben. In der Strafe laufen normative Erwartungen, gesellschaftliche Stimmungen und individuelle Empfindungen ineinander. Ist die Strafe also ein ausgleichendes Übel, realisiert von einer *gewaltneutralisierenden Gewalt*? Nur, wie passen dann Strafschmerz und Recht, Gewalt und Gesetz zusammen?

¹ Vgl. Jean-Christoph Merle, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, Berlin 2007, S. 15 ff.

² Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, GW Bd. 14.1., Hamburg 2009, § 100 Anmerkung.

³ Giovanni Battista de Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, 1669–1681, XV, S. 134; in diesem Sinne dann auch mit Vehemenz Arthur Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung I*, in: ders., Werke in fünf Bänden, Bd. 1, Zürich 1991, S. 451; rechtsphilosophisch analysiert bei Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, Berlin 2011.

Die Fragen tauchen in der Moderne nicht das erste Mal auf. Ganz im Gegenteil, sie sind Teil der Legitimationsgeschichte europäischer Verfassungs- und Strafkultur.⁴ Für moderne Gesellschaften werden sie aber in dem Maße unabwesbar, in dem das einzelne Individuum und dessen Vulnerabilität ins Zentrum des Ordnungsinteresses rückt. Demokratisch organisierte Gesellschaften gelten insofern als politische Projekte, die gerade wegen des akzeptierten Gewaltmonopols in der Lage sind, im umfassendsten Sinne „gewaltbegrenzend“ zu wirken.⁵ *Gewalt wird so zum Reflexionsbegriff.* Es geht uns im Folgenden nicht darum, diesen Anspruch oder auch die Wirkung in Frage zu stellen. Was wir viel eher diskutieren möchten, ist der konkrete Zusammenhang von Gewalt, Gesetz, Strafe und Demokratie. Die These, die wir verteidigen wollen, läuft darauf hinaus, dass die Rede von der *gewaltbegrenzenden Kraft demokratischer Straf gewalt* erst dann verständlich wird, wenn wir sie zugleich auf die republikanischen Elemente moderner Verfassungen beziehen. Die Idee der Strafgerichtigkeit ist nicht zuletzt ein Ausdruck dafür, wie moderne Ordnungen versuchen, ihre (sublimierten) Gewaltpotentiale zu reflektieren – und zwar individuelle, gesellschaftliche und staatliche –, um im Gegenzug das „normative Netz“ als Bedingung konkreter Freiheit auszuweisen. Wir werden in einem ersten Schritt die demokratietheoretischen Vorannahmen diskutieren, um uns im Anschluss der Schuld- und Strafkultur zu widmen.

5.2 Republikanische Freiheit und demokratische Ordnung

Strafgerichtigkeit realisiert sich als Strafverfahrensgerechtigkeit. D.h. die Feststellung von Schuld und Strafe erfolgt auf Grund einer gesetzlich festgelegten Verarbeitung der Tat. Verarbeitung der Tat heißt Prozeduralisierung in der Form des Rechts.⁶ Lassen wir zunächst die Binnenlogik der Strafkultur beiseite und konzentrieren uns auf die Infrastruktur, also auf Verfahren, Gesetz und

⁴ Michel Foucault, *Die Strafgesellschaft*, Frankfurt a.M. 2015; Pierre Legendre, *Das Verbrechen des Gefreiten Lortie*, Freiburg i.Br. 1998; Matthias Schmoekel, *Humanität und Staatsraison*, Köln 2000.

⁵ Aus der rechtswissenschaftlichen Debatte Klaus Ferdinand Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, Paderborn 2015; Günther Jakobs, *Staatliche Strafe*, Paderborn 2004; Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, zuletzt Verf., *Die Ordnung des Strafrechts*, Tübingen 2017; aus philosophischer Perspektive Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992; Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, Frankfurt a.M. 2011; mit kritischem Akzent Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, Berlin 2011, S. 34 ff.

⁶ Zum Begriff der Prozeduralisierung Habermas, *Faktizität*, S. 468 ff.; Klaus Günther, „Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechts“, in: Dieter Grimm (Hg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, S. 57 ff.; Rudolph Wiethölter, „Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht“, in: Gert Brüggemeier/Christian Joerges (Hg.), *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts*, Bremen 1984, S. 25 ff.

Form. Verfahren, Gesetz und Form besitzen eine Doppelrolle. Sie verweisen einerseits auf die Kautelen des juridischen Prozesses, andererseits auf die politische Rahmung jeder Schuld- und Straffeststellung. Dieser Rahmen garantiert, so das gängige Verständnis, die Verankerung der Straf- wie überhaupt der Rechtskultur in den Institutionen des modernen Staates, man denke an die Gesetzgebung, die Gerichtsbarkeit usw.⁷ Nicht selten wird genau diese Verankerung als eine, wenn nicht *die* zentrale Leistung des „demokratischen Versprechens“ angesehen.⁸ Aber was hat es mit dem demokratischen Versprechen eigentlich auf sich und wie wird es in der Strafkultur wirksam?

a) Nähern wir uns schrittweise: Das demokratische Versprechen beruht nach allgemeiner Überzeugung auf der Idee gleicher Freiheit oder auch freiheitlicher Gleichheit. „Gleiche Freiheit“, so formuliert es Christoph Möllers, „ist der Ausgangspunkt der Demokratie. Denn wenn eine Person zwei Stimmen hat, hat sie eine mehr als ich – und bestimmt dadurch mehr über mich als ich über sie. Wir können also in allem ungleich sein, nicht aber in unserer Freiheit. In der Ausgestaltung einer politischen Ordnung gibt es daher keinen Widerspruch zwischen Gleichheit und Freiheit, vielmehr gehören sie notwendig zueinander.“⁹ Diese Idee gleicher Freiheit – eines mehrheitsorientierten Egalitarismus – zielt letztlich über die Institution der Wahlen auf umfassende Partizipation und Repräsentation, auf öffentliche Willensbildung und individuelle Mitwirkung. Jürgen Habermas hat das im Anschluss an Joseph Bessette auf den Begriff der deliberativen Demokratie gebracht.¹⁰ Repräsentative oder deliberative Demokratien

⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Demokratie als Verfassungsprinzip“, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 24, S. 429 ff.

⁸ Allgemein zum Verständnis von Demokratie Giorgio Agamben (Hg.), *Demokratie?*, Frankfurt a.M. 2012; Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Frankfurt a.M. 2011, S. 44 ff.; Christoph Möllers, *Demokratie. Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 15 ff.; Pierre Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, Hamburg 2010, S. 7 ff.; jüngst Marc André Wiegand, *Demokratie und Republik*, Tübingen 2017, S. 1 ff. und öfter; insbesondere zum Verhältnis Demokratie und (Straf-)Recht Beatrice Brunhöber et al. (Hg.), *Verfassung und Strafrecht*, Baden-Baden 2014; Horst Dreier, „Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung“, in: *Rechtswissenschaft* 2010, S. 1 ff.; Klaus Ferdinand Gärditz, *Strafrechtspflege*, S. 39 ff.; Josef Isensee, „Grundrechte und Demokratie“, in: *Der Staat* 20 (1981), S. 161 ff.; Marei Verena Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen 2017, S. 39 ff. und S. 113 ff.; Verf., *Ordnung des Strafrechts*, S. 290 ff. und öfter.

⁹ Möllers, *Demokratie*, S. 16.

¹⁰ Joseph Bessette, *The Mild Voice of Reason. Deliberative Democracy and American National Government*, Chicago 1994; ders., „Deliberative Democracy. The Majoritarian Principle in Republican Government“, in: Robert A. Goldwin/William A. Shamba (Hg.), *How Democratic is the Constitution?*, American Enterprise Institute, Washington/D. C. 1980, S. 102 ff.; Habermas, *Faktizität*, S. 349 ff.; ders, *Philosophische Texte*, Bd. 4, *Politische Theorie*, Frankfurt a.M. 2009, S. 140 ff.

sind danach Ausdruck für die Organisation eines Gemeinwesens durch ein Set von handlungsleitenden Verfahren.¹¹ Wir kommen darauf zurück.

Gleichzeitig werden moderne Demokratien als komplexe *Herrschaftsformen* aufgefasst. Genau genommen moderiert das demokratische Versprechen, so wie wir es heute kennen, ein Zusammenspiel von Herrschaftsausübung und Herrschaftsbegrenzung.¹² Dieser Punkt ist aus verschiedenen Gründen wichtig. Zum einen macht er uns darauf aufmerksam, dass die Idee gleicher Freiheit nicht nur mit dem Prinzip der Volkssouveränität, der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, sondern auch mit dem Projekt der Demokratie als Staat- und Regierungsform verknüpft ist. Die Staats- und Regierungsform wird indes durch eine funktionelle Ausgestaltung in Form von „Gewalten im organisatorischen Sinn“ (Böckenförde) gewährleistet. Wir sprechen dann von gesetzgebender, vollziehender und rechtsprechender Gewalt. Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland wird das durch die Formulierung in Artikel 20 Abs. 2 GG verdeutlicht, wo klar gestellt wird: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“¹³ Benannt ist damit die zentrale Legitimationsformel moderner Demokratien. Sichtbar wird zum anderen aber auch das Kraftfeld, das zeitgenössische Ordnungsprojekte forcieren. Denn mit der Kopplung von Volkssouveränität und Freiheit, Repräsentation und gewaltenteiliger Organisation wird eine Dynamik des politischen Handelns auf Dauer gestellt, die erst durch die sukzessive Verschränkung liberaler – liberal-demokratischer – und republikanischer Organisationsprinzipien entstanden ist.¹⁴ Die Herrschaft des Gemeinwillens als verfassungsgebende Gewalt und die verfasste Gewalt als Inbegriff der institutionellen Struktur, also das, was wir gewöhnlich Staatsgewalten nennen, konfigurieren einen Raum normativer Selbstverwaltung, in dem widerstreitende Rationalitäten, antagonistische Interessen und ökonomische Realitäten aufeinandertreffen und zur Geltung gebracht werden sollen. Die Legitimationsformel moderner Demokratien ist so zugleich eine Formel „kontrollierter Souveränität

¹¹ Klaus Günther, *Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a.M. 1988, S. 309 ff.

¹² Vgl. dazu Catherine Colliot-Thélène, *Demokratie ohne Volk*, Hamburg 2011, S. 69 ff.; Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, Weilerswist 2008, S. 57 ff.; verfassungsdogmatisch Martin Morlok/Michael Lothar, *Staatsorganisationsrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, §§ 5 f.; Bernhard Grzesick, „Artikel 20 GG“, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, München 2016, Rn. 89 ff.

¹³ Näher zu den Begriffen der Staatsgewalt und des Gewaltmonopols Thomas Gutmann (Hg.), *Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols*, 2011 und Bernhard Grzesick, *Die Teilung der staatlichen Gewalt*, Paderborn 2013, S. 25 ff.

¹⁴ Vgl. dazu etwa Agamben, in: ders. (Hg.), *Demokratie?*, S. 9 ff.; Philip Pettit, *Gerechte Freiheit*, Frankfurt a.M. 2015, S. 155 ff. und Maurizio Viroli, *Die Idee der republikanischen Freiheit*, Zürich 2002, S. 46 ff.; zusammenfassend Alessandro Pinzani, *An den Wurzeln moderner Demokratie*, Berlin 2009, S. 320 ff. und Wiegand, *Demokratie und Republik*, S. 49 ff.

und Urteilskraft“ und steht hier unübersehbar in der Tradition Kants und der Federalist Papers.¹⁵

b) Welche Bedeutung diese Engführung demokratischer und republikanischer Organisationsprinzipien hat, zeigt sich aber erst dann, wenn der Bezug zur Rechtssubjektivität genauer betrachtet wird: Gemeinhin soll die republikanische Perspektive auf die notwendige gesetzliche Fundierung institutioneller Strukturen aufmerksam machen. In der gegenwärtigen Debatte wird das auch mit dem Rechtsstaatsgedanken demokratischer Verfassungen verknüpft.¹⁶ Rechtsstaatsgedanke und Gesetzlichkeitsparadigma bezeichnen insofern zwei Seiten ein und derselben Medaille. Gesetzlichkeit konkretisiert die Idee gleicher Freiheit als Freiheitsgarantie, konkret als Freiheitsspielräume der handelnden Akteure. Freiheit ist danach die Bedingung individueller (praktischer) Orientierung innerhalb einer gesetzlich gehegten Gesellschaft. Von individueller Orientierung und Rechtssubjektivität ist immer dann die Rede, wenn der einzelne Akteur in der Lage ist, sich als Urheber seiner Handlungen und Urteile zu begreifen.¹⁷ Gesetze wiederum können in zweierlei Hinsicht verstanden werden. Zum einen können sie so verstanden werden, dass sie den Willen des Subjekts dauerhaft vor der Gefahr des Zwangs schützen. Gesetze sind in diesem Sinne Gewaltbegrenzungs- bzw. Gewaltneutralisierungsmedien.¹⁸ Diese noch stark der negativen Freiheitskonzeption verpflichtete Position¹⁹ wird durch ein Gesetzesverständ-

¹⁵ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, AA VIII, 1. Definitivartikel, 349 ff.; ders., *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, AA VI, 431 ff.; Alexander Hamilton/James Madison/John Jay, *Die Federalist Papers*, München 2007, etwa Federalist Nr. 10, S. 97 ff. Zur Konzeption (des Gesellschaftsvertrages) und der Bedeutung Jean Jacques Rousseaus für das heutige Verfassungsverständnis Wiegand, Demokratie und Republik, S. 49 ff.

¹⁶ Zum Rechtsversprechen der (liberalen) Demokratie hier nur ein kleiner Überblick: Grzesick, Artikel 20 GG, Maunz/Dürig, Rn. 1 ff.; Klaus Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a.M. 2005, S. 245 ff.; Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Frankfurt a.M. 2015, S. 177 ff. und öfter; Möllers, *Gewalten*, S. 57 ff.; Wiegand, Demokratie und Republik, S. 122 ff. sowie Rainer Zaczek, „Die Freiheit der Person als Zentrum der Rechtsbegründung“, in: Peter Siller/Bertram Keller (Hg.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden 1999, S. 51 ff.

¹⁷ Locus classicus Kant, Metaphysik der Sitten, AA VI, 223 f.

¹⁸ Vgl. nur Raymond Geuss, *History and Illusion in Politics*, Cambridge 2001, S. 69 ff. und Viroli, Freiheit, S. 46 ff.; mit Einschränkungen wohl auch Pettit, Gerechte Freiheit, S. 31 ff.; auf einem (noch) engeren negativen Freiheitsverständnis insistierend Quentin Skinner, *Visonen des Politischen*, Frankfurt a.M. 2008, S. 135 ff.; zur inzwischen weit ausgefächerteren Diskussion Thorsten Thiel/Christian Volk (Hg.), *Die Aktualität des Republikanismus*, Baden-Baden 2016.

¹⁹ Zum Konzept der negativen Freiheit und dem damit verbundenen Gesetzesbegriff siehe etwa Benjamin Constant, „Über die Freiheit der Alten im Vergleich zu den Heutigen“, in: Axel Blaeschke/Lothar Gall (Hg.) *Werke in vier Bänden*, 4. Bd., *Politische Schriften*, Berlin 1972, S. 363 ff. und John Stuart Mill, *Freiheit*, Stuttgart 2013, S. 108 ff.; zusammenfassend Isaiah Berlin, „Zwei Freiheitsbegriffe“, in: ders., *Freiheit. Vier Versuche*, Frankfurt a.M. 1995, S. 197 ff.

nis ergänzt, das Freiheit in schwächerer oder stärkerer Form an individuelle Gestaltungsinteressen zurückbindet, man denke nur an die „Vermessung“ und Ausdeutung der Öffentlichkeit durch zivilgesellschaftliche Institutionen, durch Grundrechte und Kritik.²⁰ Gesetze sind hier nicht nur (Gewalt-)Begrenzungs-, sondern eben auch orientierungsleitende *Kommunikationsmedien*. Vorausgesetzt ist jedoch, dass Gesetze nicht auf willkürlicher Setzung beruhen können; jedenfalls dann nicht, wenn das durch sie begründete oder geregelte Handeln frei sein soll. Gesetze haben vielmehr mit dem Anspruch der Universalität – der Verallgemeinerbarkeit – aufzutreten. Dieser Universalitätsanspruch beinhaltet eine theoretische und eine praktische Dimension. In seiner theoretischen Dimension insistiert dieser Anspruch auf einen normativ gültigen Wissenshorizont, der in seiner praktischen Dimension mit einer *Kommunikations- und Urteilsgemeinschaft* korrespondiert.²¹ Wissenshorizont und Wissensproduktion in Form einer Kommunikations- und Urteilsgemeinschaft werden in der demokratischen Gegenwart aber vor allem durch rechtsförmige Prozeduren real. Der Raum normativer Selbstverwaltung, der so geschaffen wird, ist demnach ein rechts- und gesetzesnormativer.

Die Überzeugungskraft des demokratischen Versprechens beruht gerade darauf, dass der verfassten Gewalt und dem verfassten Gewaltmonopol ein allgemeines Gesetz eingeschrieben ist. Gewalt und Gesetz artikulieren in dieser Konstellation den verbindlichen Freiheitsrahmen, den wir kennen, wenn wir heute von demokratischer Herrschaft sprechen. In diesem Sinne realisieren Parlamente Freiheit *durch* Herrschaft. Denn Gesetze werden erlassen, um die Reichweite von individuellen Rechten und Pflichten zu bestimmen. Freiheit durch Herrschaft ist auch dort zu finden, wo exekutiv handelnde Behörden den Gesetzen Wirkung verleihen. Dagegen können wir von Freiheit *vor* Herrschaft sprechen, wo die Rechtsprechung in einem speziellen Verfahren – mittels einer Prozessordnung – die Rechte des Einzelnen gegen die staatliche Gewalt oder auch gegen andere private Akteure durchsetzt. Freiheit und Herrschaft sollen hier in einem „offenen“ Verhältnis vermittelt werden. Während so etwa in der Gesetzgebung die potentiellen Interessen *aller* Bürger zur Debatte stehen, geht es beim judikativen Handeln um die *konkreten* Interessen des Einzelnen in einem besonderen Fall.²²

Diese Reflexion der Gewalt als gesetzliche Herrschaftsform und die entsprechende Einbettung in die demokratische Egalitätsvorstellungen lassen sich allerdings nicht als *abgeschlossene* Prozesse deuten, schon gar nicht sind diese Pro-

²⁰ Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt a.M. 1990, S. 326 ff.; ders., Faktizität und Geltung, S. 399 ff.; jüngst auch Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, S. 33 ff.

²¹ Dazu auch Möllers, Demokratie, S. 44 f. Zum Stand der philosophischen Debatte Robert Brandom, *Wiedererinnerter Idealismus*, Frankfurt a.M. 2015, S. 48 ff. und öfter.

²² Möllers, Demokratie, S. 63 f.

zesse innerhalb einer bruchlosen Fortschrittsgeschichte rekonstruierbar. Der Grund für diese Dynamik dürfte im Demokratiever sprechen selbst liegen.²³ Denn Freiheit, Gleichheit und Herrschaft als Garantiebedingungen moderner Gesellschaften sind nicht nur durch die Form, namentlich die positive Form der (rechtlichen) Verfassung gekennzeichnet. Vielmehr ist im Blick zu behalten, dass in ausdifferenzierten Gemeinwesen beständige Transfers und Rückkopplungen zwischen Kultur, Politik, ökonomischen Interessen und Recht erfolgen, die zum einen die Praktiken der Regierung und Verwaltung, zum anderen aber auch die Ausgestaltung und den Schutz der individuellen Rechte materiell beeinflussen. Insofern gibt es in demokratisch organisierten Gesellschaften keine „für immer“ feststehenden Freiheits- und Gleichheitsarrangements (was nicht heißt, dass es *kategoriale* Standards gibt, die nicht unterschritten werden sollen). Die aktuelle Debatte um einen Kernbestand sozialer Gerechtigkeit, um die „Neoliberalisierung“ der Gesellschaften oder das Konfliktfeld von Freiheit und Sicherheit dokumentieren das Gemeinte.²⁴ Moderne Rechtskulturen sind immer schon Resultat dieser Transfers und Rückkopplungen, von Krisen, Kompromissen und Verständigungen.²⁵ Dennoch – und darin liegt die eigentliche Herausforderung – müssen sie dem Gesetz, der gesetzmäßigen Herrschaft die notwendige Allgemeinheit sichern. Denn nur so können sie die Kommunikations- und Urteilsgemeinschaft pluraler Gesellschaften normativ stabilisieren und auf langfristige Anerkennung (Legitimität) hoffen.²⁶

c) Die Kommunikations- und Urteilsgemeinschaft schließt in einem Rechtsstaat eine *Normbefolgungsgemeinschaft* ein. Die Normbefolgungsgemeinschaft ist Ausdruck der Verflechtung von demokratischer Herrschaftsbegründung, republikanischer Herrschaftsorganisation und individueller Normunterwerfung durch das juristische Verfahren. Klaus Günther hat sehr schön gezeigt, was das bedeutet. Eine Normbefolgungsgemeinschaft setzt danach den Bürgerstatus jedes Normadressaten und Normunterworfenen voraus. Der Bürger, das knüpft an bereits Gesagtes an, gilt als Freier und Gleicher, der Mehrheitsentscheidungen mittragen, kritisch zu politischen und rechtlichen Projekten der Gesellschaft Stellung beziehen und somit Verantwortung übernehmen kann.

²³ Einzelfragen werden diskutiert bei Miguel Abensour, *Demokratie gegen den Staat*, Frankfurt a.M. 2011, S. 7 ff.; Etienne Balibar, *Gleichfreiheit*, Frankfurt a.M. 2012, S. 11 ff., 72 ff.; Wendy Brown, *Die schlechende Revolution*, 2015, Frankfurt a.M. S. 15 ff. und 180 ff.; Catherine Colliot-Thélène, *Demokratie ohne Volk*, S. 69 ff.; Christoph Menke, *Spiegelungen der Gleichheit*, Frankfurt a.M. 2000, S. 87 ff. und Jacques Rancière, *Der Hass der Demokratie*, 2. Aufl., Berlin 2012, S. 63 ff.; ders., *Das Unvernehmen*, Frankfurt a.M. 2002, S. 33 ff. und öfter.

²⁴ Vgl. dazu Brown, *Die schlechende Revolution*, S. 133 ff.; darüber hinaus die Diskussion bei Uwe Justus Wenzel (Hg.), *Volksherrschaft – Wunsch und Wirklichkeit*, Zürich 2014.

²⁵ Christoph Möllers, „Permanente Krise“, in: Uwe Justus Wenzel (Hg.), *Volksherrschaft*, 2014, S. 37 ff.

²⁶ Siehe nur Verf., *Die Ordnung des Strafrechts*, S. 699 ff.

Der (idealerweise) am Gemeinwohl orientierte Bürger, so wie er für das demokratische Versprechen in Anspruch genommen wird, ist konstitutiver und operativer Teil der entsprechenden Prozeduren. Insofern kann von einer „Normautorschaft“ des Bürgers gesprochen werden. Der Rückgriff auf die durch den Bürgerstatus bekräftigten Geltungsbedingungen und die Verpflichtungskraft des Rechts ermöglicht es aber zugleich, auf einer Normbefolgung *jedes* Bürgers zu bestehen. Kurz: Freiheit begründet Legitimität, und Legitimität schafft Verpflichtung. Dieses normative Setting ist also nicht von der (faktischen) Zustimmung oder Ablehnung des Einzelnen abhängig. Ansonsten könnte der Einzelne mit seinem *privaten* Urteil den „öffentlicht-universalisierten“ Anspruch der Kommunikations- und Urteilsgemeinschaft aushebeln, was das Prinzip der Verpflichtung ad absurdum führen würde.²⁷

Als Normadressat und Normunterworfener ist der Bürger *normativ ansprechbare* Rechtsperson. Die Erwartung der Kommunikations- und Urteilsgemeinschaft, der Einzelne werde sich normkonform verhalten, setzt die Kompetenz, sich als Urheber seiner Handlungen zu begreifen, voraus.²⁸ Diese Idee der rationalen Selbstverpflichtung ist allerdings, wenn sie als *juridische* bestimmt werden soll, von anderen Formen, vor allem den moralischen, strikt zu unterscheiden. Leitend ist hier immer noch die Einsicht Kants, wonach zwischen einer Handlung *aus Pflicht* und einer *pflichtgemäßem Handlung* differenziert werden müsse; nur dann, so die Überzeugung, sei es möglich, den individuellen Handlungsmotiven und den entsprechenden Erwartungen tatsächlich gerecht zu werden.²⁹ Für den uns hier interessierenden Kontext bedeutet das, dass die Befolgung der demokratisch legitimierten Normen und damit die Vermeidung von Konflikten oder Unrecht am äußeren Freiheitsgebrauch anzusetzen haben. Denn Recht will eben (nur) das äußere Freiheits- und Gleichheitsverhältnis regeln. Das wiederum hat zur Konsequenz, dass die individuelle Handlung nicht auf der Selbstbindung des eigenen Willens zu beruhen braucht, der Normadressat dem Gesetz gerade nicht als moralische Person folgen muss.³⁰ Ob die einzelne Person den Diebstahl unterlässt, weil sie die Achtung des Eigentums als inneren Motivationsgrund ansieht oder ob sie sich an die Regeln hält, weil sie zuallererst Konflikte scheut, Sanktionen befürchtet oder einen Reputationsverlust vermeiden möchte, ist für das Recht einerlei.³¹ Die Normbefolgungs-

²⁷ Zur Frage der Normbefolgungsbereitschaft Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 248 ff.

²⁸ Vgl. auch Erörterungen in Abschnitt 1.b).

²⁹ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA IV, 399 sowie ders., *Rechtslehre*, AA VI 219; auf die Rezeption dieser Konzeption in der Rechts- und Sozialphilosophie, aber auch in der Strafrechtswissenschaft kann hier nicht eingegangen werden, siehe aber Christoph Horn, *Nichtideale Normativität*, Frankfurt a.M. 2014, S. 112 ff.

³⁰ Zur rechtsphilosophischen Debatte Michael Köhler, *Recht und Gerechtigkeit*, Tübingen 2017, S. 108 ff.

³¹ Inwiefern das (positive) Recht allerdings auf normativen Voraussetzungen beruht

erwartung demokratischer Gesellschaften begnügt sich mit einem „neutralen Akt der Selbstbestimmung“. Deshalb kann die Rechtsperson die Norm auch innerlich ablehnen oder kritisch Stellung beziehen. Entscheidend ist nur, dass das äußere Freiheits- und Gleichheitsverhältnis davon nicht in Mitleidenschaft gezogen wird. Wird das äußere Freiheits- und Gleichheitsverhältnis gleichwohl missachtet, etwa indem die Person nun doch einen Diebstahl begeht, dann kann diese Missachtung – die gleichzeitig eine Missachtung der Normbefolgungspflicht darstellt – eine rechtliche Sanktion, ja sogar Strafe auslösen. Jede rechts-gesetzliche Sanktion ist Ergebnis der Verlagerung der inneren Selbstbindung auf die zwangsbewehrte Kontrolle der normativen Ordnung. Rechtliche Sanktion ist Zwang und die Strafe die schärfste Variante. In der Strafgewalt, im Strafmonopol des Staates findet sich das vorpositive Konzept des Zwangs in institutionalisierter Gestalt wieder. Wie Normverletzungen in freien Gesellschaften verarbeitet werden und welche Wirkungen mit der Strafe verbunden sind (oder sein sollen), wollen wir im Folgenden genauer beleuchten.

5.3 Schuld und Gesetz

a) Strafe setzt ein Gesetz, ein Verbrechen und die Schuld der Rechtsperson voraus. Das mit diesem Programmsatz angesprochene Gesetzlichkeits- und Schuldprinzip bezeichnet die republikanische Basis rechtsstaatlicher Konfliktverarbeitung.³² Das Gesetz ist die Form, in der die rechtsprechende Gewalt dem Einzelnen – als Normadressaten – nicht nur gegenübertritt, sondern auch den persönlichen Vorwurf markiert. Es ist die Antwort auf die Verletzung der Normbefolgungspflicht.³³ Gerade im Rahmen der Rechtsanwendung durch die rechtsprechende Gewalt wird deutlich, dass moderne Ordnungen Rechtsstaatlichkeit im Wege eines institutionalisierten Rollenzuschnitts und Rollenwechsels organisieren. Normautor und Normunterworfer, Staatsbürger und Beschuldigter sind damit in einem *Rollengeflecht* verbunden, aber in den einzelrechtlichen Prozeduren (des Straf-, Zivil- oder Verwaltungsrechts) geschieden. Klaus Günther spricht in diesem Zusammenhang davon, dass der demokratische Rechtsstaat Staatsbürger und Rechtsperson im Begriff der deliberativen Person miteinander kommunizieren lasse, ohne die Unterscheidung zwischen den beiden Rollen aufzuheben und die eine in die andere zu transformieren.³⁴ Institutionalisierte Gewalt – im Sinne legitimer Herrschaft – und institutionalisierte Rollen verweisen darauf, dass wir es in einer rechtsstaatlich austarierten Ordnung immer auch mit einem Wechsel-

– etwa die Idee unveräußerlicher Rechte –, die es aus sich selbst gar nicht hervorbringen kann, kann hier nicht diskutiert werden.

³² Verf., Die Ordnung des Strafrechts, S. 319 ff., 546 ff.

³³ Zum Ganzen Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, S. 82 ff. und öfter.

³⁴ Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 253.

spiel von (subjektiven) Rechten und Pflichten zu tun haben. Es ist deshalb auch wenig verwunderlich, dass sich im Gesetz und zumal im Strafgesetz eine Reihe von Rechten und Pflichten kreuzen. Das Gesetz als Strafgesetz bezeichnet also nicht nur die generelle Antwort auf die Normbefolgungspflichtverletzung. Es artikuliert auch Grund und Grenzen derselben. Notwendig ist das schon deshalb, weil mit dem Strafgesetz (Juristen differenzieren noch zwischen der Verhaltens- und Sanktionsnorm³⁵) in den Rechtskreis, d.h. in die subjektive Rechte der Rechtsperson eingegriffen wird.³⁶ Das Gesetz wird so zum Mittel, zum Medium des rechtlichen Zwangs und gleichzeitig zum Garant des Schutzes vor freiheitswidrigem Zwang.

Was das heißt, wird vor allem dann verständlich, wenn wir uns bewusst machen, dass das moderne Recht ein Verfahrensrecht ist, ein Recht der Prozeduralisierungen. Recht ohne pragmatisch-performatives (Aus-)Handeln ist nicht denkbar.³⁷ Allerdings ist diese Verfahrenskultur mit der im engeren Sinne demokratisch-deliberativen keineswegs identisch. Die Deutung und Anwendung des Rechts zielt nicht oder nicht in erster Linie auf Repräsentation und politische Teilhabe. Beides ist, wie wir gesehen haben, im Konzept der Gesetzgebung und folglich in der Rolle des Staatsbürgers vorausgesetzt.³⁸ Es geht vielmehr um die Anwendung des Gesetzes im richterlichen Urteil. Verfahren und Prozeduralisierung wie sie durch die geltenden Prozessordnungen etabliert werden, eröffnen flexible Räume der Kommunikation über konkrete Konflikte, individuelle Interessen und einzelfallgerechte Entscheidungen. Nirgends wird das anschaulicher vorgeführt als im Strafprozess: Die Rechtsperson ist hier in der Rolle als Normunterworfer unmittelbar mit dem Gewalt- oder Zwangsausübungspotential des Staates in Gestalt von Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichten konfrontiert. Dem Wahrheitsinteresse, den Eingriffsrechten und dem Strafanspruch der

³⁵ Zum heutigen Verständnis des Gesetzes als Verhaltens- und Sanktionsnorm vgl. Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M. 1989, S. 13 ff.; klassisch Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, Leipzig 1872, S. 3 ff., 13 ff.

³⁶ Einzelheiten zum Eingriffscharakter der (Straf-)Norm aus demokratie- und verfassungstheoretischer Perspektive Gärditz, Strafrechtspflege, S. 29 ff.; ders., „Demokratizität des Strafrechts und ultima ratio-Grundsatz“ in: JZ 2016, S. 641 ff.; Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 10 ff., 113 ff.; aus strafrechtstheoretischer Sicht Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996; Johannes Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden 2014; Carl-Friedrich Stückenbergs, „Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre“ in: GA 2011, S. 653 ff., jeweils m.w.N.; aus strafrechtstheoretischer Sicht: Roland Hefendehl et al. (Hg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003.

³⁷ Die Verfahrensgebundenheit und Prozeduralisierungskraft des Rechts betonen neben Wiethöller (dazu Fn. 6), Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969 und jüngst Tatjana Sheplyakova, *Prozeduralisierung des Rechts*, Tübingen 2017; außerdem Jochen Bung et al. (Hg.), *Performativität in Sprache und Recht*, Berlin 2016. Rechtsphilosophisch hat Hegel bereits wesentliche Einsichten formuliert, Grundlinien, §§ 209 ff.

³⁸ Vgl. die Erörterungen in Abschnitt 1.b).

Behörden steht nicht selten eine „andere Wahrheit“, wir können auch sagen, ein anderes „Tatnarrativ“ des Beschuldigten gegenüber. Um in solchen Konstellationen von vornherein zu verhindern, dass sich das Strafmonopol als *nackte* Gewalt, als biopolitisches Dispositiv zur Geltung bringt oder zumindest in eine solche Gefahr gerät (man denke nur an die Problematik der Körpergewalt durch Folter oder sonstige verbotene Vernehmungsmethoden),³⁹ muss es Zwangsbegrenzungsrechte, Gegenrechte, juristisch gesprochen, effektive Abwehrrechte geben. Erwähnt seien nur Schweige-, Beweisantrags- oder Rügerechte.⁴⁰ In der Reformgeschichte des Strafrechts seit dem 19. Jahrhundert ist das immer wieder reflektiert worden. Die Überzeugung, dass die Prozeduren der Strafgewalt nur dann rechtsstaatlich zu legitimieren sind, wenn sie die fragile Position des Normunterworfenen durch ein umfassendes Set an „schützenden Formen“ absichern,⁴¹ macht uns erneut auf die *Doppelnatur des Gesetzes* – der positiven Norm – aufmerksam. Denn die Doppelnatur des Gesetzes ist eine *Doppelnatur der Form*, insofern sie gewalt- oder zwangsermöglichend und zugleich -begrenzend wirkt.

b) Die Prozeduralisierung von Norm und Konflikt erzeugt den Schuldvorwurf, d.h. individuelle Verantwortlichkeit für eine Rechtsverletzung.⁴² Die Rede von der Schuld ist in den westlichen Gesellschaften nach wie vor durch den naturrechtlich entwickelten Begriff der Person,⁴³ besonders durch die christlich-kanonischen Vorstellungen der Sünde (peccatum) und Gewissenserforschung (confessio) geprägt.⁴⁴ Die Idee einer solchen Schuldkultur wird heute von sog. *Schamkulturen* abgegrenzt. Diese Abgrenzung ist insofern berechtigt und hilfreich, als damit herausgestellt werden kann, dass Schuldkulturen stärker als Schamkulturen auf ein Wechselverhältnis von Selbstwissen und allgemeinen

³⁹ Dazu Giorgio Agamben, *Homo sacer*, Frankfurt a.M. 2002, S. 127 ff.; Michel Foucault, *Die Strafgesellschaft*, Frankfurt a.M. 2015, S. 69 ff.; ders., *Analytik der Macht*, Frankfurt a.M. 2005, S. 148 ff.; zur Problematik der Folter strafrechtgeschichtlich Mathias Schmoekel, *Humanität und Staatsraison*, S. 93 ff. und öfter; Michel Foucault, *Die Wahrheit der juristischen Formen*, Frankfurt a.M. 2003, S. 9 ff.; für den aktuellen juristischen Kontext Wolfgang Schild, „Folter einst und jetzt“ in: Peter Nitschke (Hg.), *Rettungsfolter?*, Bochum 2005, S. 69 ff.

⁴⁰ Vgl. hierzu Claus Roxin/Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 29. Aufl., München 2017, §§ 18, 25, 29.

⁴¹ Zum Begriff der „schützenden Formen“ erstmals Heinrich Albert Zachariae, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, Göttingen 1846, S. 123 ff.; zur gegenwärtigen Debatte Verf., *Die Ordnung des Strafrechts*, S. 393 ff.

⁴² Einzelheiten der gegenwärtigen strafrechtlichen Schulddogmatik können hier nicht verhandelt werden, siehe nur Verf., *Schuldtypepisierung als Begriffsanalyse*, Berlin 2007, S. 194 ff.

⁴³ Dazu Theo Kobusch, *Die Entdeckung der Person*, Darmstadt 1993, S. 23 ff.; darüber hinaus Michael Quante, *Person*, 2. Aufl., Berlin 2012, S. 1 ff. und Verf./Susanne Beck, „Person, Persönlichkeit, Autonomie – juristische Perspektiven“ in: Orsolya Friedrich/Michael Zichy (Hg.), *Persönlichkeit*, Münster 2014, S. 49 ff.

⁴⁴ Zur Genealogie des moralischen und rechtlichen Schuldbegriffs Stephan Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Rom 1935, S. 3 ff.; Harald Maihold, *Strafe für fremde Schuld*, Köln 2005, S. 171 ff.

Normgeltungswissen abstellen. Im Vordergrund steht die Bewertung willentlicher Verletzungen *anderer* Personen und Normen. Schuldkulturen sind insofern allozentrisch.⁴⁵ Moderne demokratische Ordnungen haben sich das zu Nutze gemacht.⁴⁶ Die Frage nach Freiheit, Schuld und Verantwortung wurde zwar aus dem naturrechtlich-theologischen Rahmen gelöst und methodisch, wenn man es mit Wittgenstein und Brandom sagen möchte, in normgeleiteten Sprachspielen oder diskursiven Urteilspraktiken verortet.⁴⁷ Diese Verlagerung der Schuldbegrundung in eine rationale Diskursgrammatik ändert aber nichts an dem Fokus und der dogmatischen Bewertung willentlicher Verletzungen *anderer* Personen und Normen. Die juristische Semantik operationalisiert diese Diskursivierung der Schuldbegrundung durch die Doppelperspektive von *Zurechnung* und *Zuschreibung*. Mit dem älteren Begriff der Zurechnung soll herausgestellt werden, dass sich die Tatverarbeitung mit Blick auf den Beschuldigten (auf die Bedeutung des Opfers gehen wir später ein) durchaus an dem Anerkennungs- und Gleichheitsversprechen demokratischer Ordnungen orientiert.

Das bedeutet nicht, dass die Praxis der Zurechnung Staatsbürger und Rechtsperson identifiziert. Vielmehr werden beide Perspektiven in dem verknüpft, was *allgemein* als Recht und Rechtsverletzung *anerkannt* und im Strafgesetz explizit umschrieben wird. Man denke nur an den Diebstahls-, Körperverletzungs- oder Tötungstatbestand. Der beiderseitige Bezug auf die Norm betont damit aber nur den Freiheitsanspruch heutiger Gesellschaften. Denn in demokratischen Verfahren legitimierte Gesetze können sich nur an Adressaten richten, die sich von den Verhaltensanforderungen auch bestimmen lassen.⁴⁸ Zurechnung

⁴⁵ Das Verhältnis von Scham- und Schuldkulturen thematisieren u.a. Maria-Sybilla Lotter, *Scham, Schuld, Verantwortung*, Frankfurt a.M. 2012, S. 93 ff. (in Auseinandersetzung mit Arbeiten von R. Benedict und M. Mead) und Bernard Williams, *Scham, Schuld und Notwendigkeit*, Berlin 2000, S. 88 ff.; vgl. aber auch Sighard Neckel, *Status und Scham*, Frankfurt a.M. 1991, S. 41 ff.

⁴⁶ Einzelheiten bei Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 37 ff.; Tatjana Hörnle, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf?*, Baden-Baden 2013, S. 11 ff.; Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976, S. 8 ff. und Verf., Die Ordnung des Strafrechts, S. 514 ff., 566 ff.; allgemein Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M. 1970.

⁴⁷ Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt a.M. 1984, §§ 201/202 (S. 345); Robert Brandom, *Begründen und Begreifen*, Frankfurt a.M. 2001, S. 22; ders., *Expressive Vernunft*, Frankfurt a.M. 2000, S. 219 ff.; strafrechtstheoretisch Klaus Günther, „Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe“ in: Cornelius Prittitz et al. (Hg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, S. 205 ff.

⁴⁸ Diese Einsicht erledigt zwar nicht alle durch die Neurowissenschaften aufgeworfenen Fragen und Probleme. Sie macht aber deutlich, dass im Rahmen der normativen Ordnung des Rechts von einer grundsätzlich anerkannten Freiheitshypothese oder – anders formuliert – von einer performativen Freiheitsunterstellung ausgegangen wird. Zu dieser Debatte Henrik Walter, *Neurophilosophie der Willensfreiheit*, Paderborn 1998, passim; Reinhard Merkel, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, S. 9 ff. und Michael Pauen/

geht konsequenterweise von der freien, grundsätzlich normativ ansprechbaren Person aus. Das Kalkül der Zurechnung besteht darin, die Frage der Verantwortung durch eine Rekonstruktion der *Verletzungsumstände* zu beantworten. Wir können auch sagen, Zurechnung evaluiert die kontroversen Unrechtsdeutungen in der *öffentlichen Sprache des Rechts*.⁴⁹

Mit dem Begriff der Zuschreibung wird die gesellschaftliche Dimension der Tatverarbeitung hervorgehoben. Das heißt nicht, dass die Perspektive der Zurechnung auf das gesellschaftliche Umfeld gar keine Rücksicht nähme. Sie muss es schon deshalb, weil die Bedeutung von handlungsleitenden Gründen und Verletzungentscheidungen ohne ihren Kontext nicht verstehbar sind. Der Verweis auf die gesellschaftliche Dimension will aber den für moderne Gesellschaften wichtigen Aspekt der *Folgenverantwortung* durch Verletzungshandeln deutlicher ins Bewusstsein rücken. Möglich wird das, indem auf die normativen und faktischen *Wirkungen* des Verletzungshandelns Bezug genommen wird. Ein Schuldvorwurf kommt demnach auch dann in Betracht, wenn durch nicht normgetreues Handeln berechtige (normative) Erwartungen der Gesellschaft enttäuscht werden, also die allgemein anerkannte Normgeltung in Frage gestellt wird. Ob die normative Erwartung der Gesellschaft konkret in Frage gestellt wurde, ist wiederum anhand der konfliktspezifischen Motivation der Rechtsperson zu ermitteln.⁵⁰ In der Terminologie des Strafrechts: „Es geht also darum, daß aus dem Kreis der mannigfachen Bedingungen einer jeden rechtswidrigen Handlung ein Manko an rechtstreuer Gesinnung beim Täter als relevanter Grund zu benennen sein muß, wenn der Täter bestraft werden soll. Die Isolierung der nicht rechtlichen Motivierung als Grund des Konflikts erfolgt sukzessive über die Deliktsstufen.“⁵¹ Nur wenn der Motivation ein Normverletzungssinn attribuiert und damit ein gestörtes Normvertrauen angenommen werden darf, soll von strafrechtlicher Schuld die Rede sein.⁵² Gerichte müssen daher feststellen, ob ein normrelevantes Motivationsdefizit vorlag, wenn

Gerhard Roth, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt a.M. 2008, S. 134 ff.

⁴⁹ Zum Ganzen Georg Mohr, „Präsuppositionen strafrechtlicher Zurechnung im demokratischen Rechtsstaat“ in: Matthias Kaufmann/Joachim Renzikowski (Hg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a.M. 2004, S. 225 ff. Das Konzept strafrechtsdogmatisch ausbuchstabierend Wolfgang Schild, Kommentierung zu § 20 StGB, in: Ulfrid Neumann et al. (Hg.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, Rn. 14 ff.

⁵⁰ Zur heute ausgefärbten Diskussion vgl. einerseits G. Jakobs, Schuld und Prävention, S. 9 ff.; ders., *Schulprinzip*, Opladen 1993; andererseits Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., München 2006, § Rn. 1 ff. Eine kritische Analyse findet sich etwa bei Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 37 ff. und öfter.

⁵¹ Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin 1991, S. 17/18. – Mit Deliktsstufen sind die juristischen Zurechnungsstufen der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit gemeint.

⁵² Günther Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, S. 44.

ja, inwiefern dieses nach gesellschaftlichen Maßstäben *individuell* vermeidbar war. Veranschaulichen lässt sich das an Irrtums- und Unzumutbarkeitskonstellationen. So etwa für den 2012 entschiedenen Fall, als der Beschuldigte eine religiös motivierte Knabenbescheidung vornahm, ohne zu wissen, dass damit (ohne medizinische Indikation) eine grundsätzlich verbotene Körperverletzung vorlag. Das Gericht hat im Ergebnis einen „schuldbefreienden“ Irrtum angenommen, weil aufgrund der bis dato fehlenden juristisch-öffentlichen Befassung mit religiösen Beschneidungspraktiken die fehlerhafte Motivierung unvermeidbar gewesen sei.⁵³ Zu erwähnen sind aber auch diejenigen Sachverhalte, bei denen Tötungen aus Affekt oder wegen vorangegangenen langandauernden Misshandlungen (sog. Familien- oder Haustyrrannenfälle) beurteilt werden mussten. Eine Entschuldigung steht hier immer dann im Raum, wenn von Seiten der Gesellschaft und des Rechts ein normgemäßes Verhalten – also unbedingte Beherrschung oder weiteres Hinnahme von Demütigungen oder Körperverletzungen – nicht mehr erwartet werden konnte.⁵⁴ Wie auch immer im konkreten Fall entschieden wird: Das Verfahren hat jedenfalls sicherzustellen, dass gegenüber dem Beschuldigten keine supererogatorischen Ansprüche durchgesetzt werden.

Ungeachtet dessen, wie man den Theorierahmen der strafrechtlichen Konfliktverarbeitungskultur im Einzelnen beurteilt, wird doch eines deutlich: Das, was wir im Rechtssinne als Schuld, als Verantwortung oder eben als freiheitswidriges Verhalten annehmen, lässt sich nur durch eine normative Diskursivierung von Verletzungsumständen und von gesellschaftlichen Erwartungen bestimmen. Individuelle Schuld ist nichts, was sich durch juristische Introspektion herausfinden lässt. Selbstverständlich können im Verfahren – und meist durch den Beschuldigten – mentale Zustände, Gefühle, Absichten usw. vorgebracht werden, um das individuelle Handeln oder den Konflikt zu erklären, und regelmäßig wird das auch der Fall sein. Entscheidend für die Frage des Schuldvorwurfes wird aber sein, ob das Gericht bereit ist, dem Beschuldigten zuzugestehen, dass er die entsprechenden Zustände, Gefühle usw. auch *haben konnte*, dass also das Gefühl als Schuldausschluss- oder Entschuldigungsgrund reformulierbar ist.⁵⁵ Schuld ist immer eine öffentliche und sprachliche Angelegen-

⁵³ Landgericht Köln, JZ 2012, S. 806 ff. Es geht hier nicht darum, die Plausibilität der Entscheidungen im Einzelnen zu diskutieren, sondern nur darauf hinzuweisen, dass Dogmatik und Rechtsprechung für die Frage des Schuldwurfes auf die genannten Standards zurückgreifen. Zur damit einhergehenden Kontroverse siehe Tatjana Hörlle/Stefan Huster, „Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?“ in: JZ 2013, S. 328 ff.; Mark Swatek-Evenstein, „Limits of Enlightenment and the Law. On the Legality of Ritual Male Circumcision in Europe Today“, in: *Merkourios* 2013 (Vol. 29, Issue 77), S. 42 ff.

⁵⁴ Mit Bezug zu „Affekt-Entschuldigungen“ BGH NStZ 2001, 591; dazu Wilfried Rasch, *Die Tötung des Intimpartners*, Köln 1964/2014, S. 1 ff.; für die Haustyrrannenfälle BGH NJW 1983, 2456 und BGHSt 48, 255.

⁵⁵ Walter Grasnick, „Der Strafprozeß als mentaler Diskurs und Sprachspiel“ in: JZ 1991,

heit; und nur im Rahmen einer öffentlichen und diskursiven Urteilspraxis kann sie ihre rechtliche Bedeutung erlangen.⁵⁶

Aber auch eine solche öffentliche und diskursive Urteilspraxis bleibt an die „demokratischen Regeln“ gebunden, d.h. an die Prozeduralisierung der Norm und des Konflikts durch die rechtsprechende Gewalt. Mehr noch: Der Schuldvorwurf ist wie gesehen, nur durch die Form des Verfahrens und die Form des Gesetzes bestimmbar. Das gilt nicht weniger für die Strafe.

5.4 „Demokratisierte Strafgerechtigkeit“

a) Strafe ist Missbilligung eines Handelns, das das Gleichheitsverhältnis schuldhaft missachtet hat. Mit der Strafe wird ein öffentlicher Tadel ausgesprochen.⁵⁷ Soweit heute von einem Tadel gesprochen wird, sind damit öffentlicher Schuldaustritt und Strafschmerz (Strafübel) gemeint. Strafe ist insofern ein Kommunikationsmedium,⁵⁸ mit dessen Hilfe der Staat – oder eine andere hoheitliche Gewalt – die normative Orientierungskraft des Rechts absichert. Will man die Bedeutung und Legitimität der Strafe in demokratischen Gesellschaften verstehen, dann muss man sich zunächst klar machen, mit welchem Anspruch der öffentliche Tadel ausgesprochen wird. Die klassische Formulierung insistiert darauf, dass Strafe die *sozialethische* Basis eines Gemeinwesens mobilisiert, weshalb der öffentliche Tadel immer auch ein sozialethischer sei.⁵⁹ Strafe, so heißt es, komme immer dann in Betracht „wenn es sich um sozialethisch verwerfliche, sozial unerträgliche und nicht nur um rechtswidrige und zu unterbin-

S. 287 f. Zur juristischen Diskussion um die Prozeduralisierung von Norm und Konflikt vgl. nur Ulfried Neumann/Helmut Rüssmann (Hg.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Baden-Baden 1992.

⁵⁶ Siehe bereits Verf., Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, S. 399 ff. Auf die Problematik, dass es inzwischen eine Reihe von Verfahrensformen gibt, die zumindest eine *öffentliche* Verarbeitung des Konflikts nicht mehr vorsehen (man denke nur an die Einstellung des Verfahrens wegen *geringer Schuld*, § 153 StPO), kann hier nicht eingegangen werden.

⁵⁷ Die gegenwärtige Debatte zur Straflegitimation kann hier nicht abgebildet werden, vgl. nur Anthony Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001; Günther Jacobs, *Staatliche Strafe*, Paderborn 2004; Herbert L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1968; Tatjana Hörnle, *Straftheorien*, Tübingen 2011, S. 15 ff.; Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, S. 61 ff., 82 ff.; Eberhard Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen 1971; Jean-Claude Wolf, *Verhütung oder Vergeltung*, Freiburg i.Br. 1992, S. 17 ff.; Verf., *Die Ordnung des Strafrechts*, S. 608 ff.

⁵⁸ Allgemein zum Begriff des Mediums im Recht Thomas Vesting, *Die Medien des Rechts*, Weilerswist 2015, S. 87 ff.

⁵⁹ Vgl. dazu bereits Georg Jellinek, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. Aufl., Berlin 1908; die Formulierung wird aber auch noch heute in der Strafrechtswissenschaft gebraucht, so etwa bei Thomas Weigend/Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 65.

dende Verhaltensweisen handelt“.⁶⁰ So schwierig der Begriff des Sozialethischen auch sein mag – er vermischt mit Blick auf das Recht verschiedene Kategorien –, so unmissverständlich macht er uns doch darauf aufmerksam, dass Strafe einen normativen Konsens abbilden soll.⁶¹ Diesen Anspruch der Strafe, einen normativen Konsens abbilden und verteidigen zu wollen, ist für demokratische Gesellschaften unabdingbar. Allerdings ist der normative Konsens nichts, was in transzendent-naturrechtlichen Ordnungsvorstellungen gefunden werden kann. Der normative Konsens, auf den sich die Strafe bezieht, ist der Konsens der säkularen Kommunikations- und Urteilsgemeinschaft, wie er hier skizziert wurde.⁶² Strafe will und muss einen normativen Konsens schützen, der strikt auf Freiheit, Gleichheit und subjektiven Rechten beharrt. Der Schutzzirkel wird einem in der Regel lebensweltlich rückgekoppelten Wissens- und Wertehorizont – einem „kleinsten gemeinsamen Nenner“ – entsprechen,⁶³ den sich jede Verfassung zu eigen machen wird, soweit sie anerkannt und legitim zu sein beansprucht.⁶⁴ In diesem Sinne ist dann zutreffend von einem *Strafverfassungsrecht* die Rede.⁶⁵

b) Missbilligung eines schuldhaften Handelns durch einen öffentlichen Tadel ist Herrschaft in Form von Zwang, genauer, in Form eines gesetzlichen Zwangs. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Imprägnierung von Herrschaft und Zwang haben wir bereits diskutiert. Die Bedeutung und Legitimität der Strafe ist aber nicht allein über das Gesetzmäßigkeitsparadigma als Prinzip demokratischer Gewaltmonopolisierung zu erfassen. Indem der öffentliche Tadel an die Diskursivierung der Schuld anknüpft, hängt ihre Legitimität wesentlich davon ab, ob und inwieweit mit ihr auch ein angemessener Schuld- und Interessensaustausch realisiert werden kann. Aber was heißt in diesem Zusammenhang Schuld- und Interessensaustausch und auf wen ist er eigentlich bezogen? Moderne Straftheorien bestehen mehrheitlich darauf, dass sich Strafgerechtigkeit und normative Orientierungskraft nicht allein über einen (zivilrechtlichen) *Schadensausgleich* oder sozialtherapeutische Maßnahmen absichern lassen. Schadenskompensation von Wertverlusten inter partes, einschließlich Schmerzensgeld, betreffe nur eine Seite des Konflikts.⁶⁶ Strafen oder öffentliche Ta-

⁶⁰ Wolfgang Frisch, „Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens“ in: *NStZ* 2016, S. 16, 24.

⁶¹ Zum Norm- und Normativitätskonzept der Moderne vgl. jetzt Christoph Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, Frankfurt a.M. 2015, S. 23 ff. und 125 ff.

⁶² Vgl. Abschnitt 1.b).

⁶³ Zur lebensweltlichen Rückkopplung etwa Habermas, Faktizität, S. 565.

⁶⁴ Man denke nur an den Rechtekatalog des deutschen Grundgesetzes, namentlich Artikel 1–19 GG.

⁶⁵ Analyse und Diskussion bei Matthias Jahn/Dominik Brodowski, „Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips“ in: *JZ* 2016, 969 ff.

⁶⁶ Vgl. aber Klaus Lüderssen, „Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe“ in: Winfried Hassemer (Hg.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt a.M. 1987, S. 83 ff.

del – hier kommt wieder der normative Fokus ins Spiel – hätten es vielmehr mit einem *symbolischen* Überschuss zu tun. Strafe bezeichne insofern einen immateriellen oder geistigen Mehrwert, der über den konkreten Konflikt hinausweise, d.h. auf Rechtsvertrauen und Normbestätigung ziele.⁶⁷ Anders formuliert: Missachtungen des normativen Kernbereichs von Gesellschaften, etwa Tötungen, Körperverletzungen oder Eigentumskriminalität, erfordern eine kohärenzwährende, wir können auch sagen, *normexpressive* Antwort. Kohärenzwahrung und Normexpression durch Strafe artikulieren die Einsicht, dass Strafe immer als ein Akt multiperspektivischer Kommunikation verstanden werden muss: gegenüber dem Täter, dem Verletzen und der Gesellschaft.⁶⁸

Nun ist die Einsicht, dass Strafe kommunikative Funktionen wahrzunehmen hat, keineswegs neu. Wir kennen solche Funktionen aus verschiedenen Epochen und finden sie in unterschiedlichsten Ordnungssystemen wieder. In westlichen Gesellschaften ist sie vor allem mit der Etablierung des Staates als *der* Ordnungs- und Strafgewalt verknüpft. Die Bindung der Strafpraxis an die Ordnungsmacht des Staates hat aber nicht nur zu einer Entprivatisierung des Konflikts, sondern auch zu einer *autoritativen* Kommunikationsform geführt. Mit autoritativer Kommunikationsform ist gemeint, dass die aus dem Konflikt erwachsenen Genugtuungsbedürfnisse des Verletzten (fast) vollständig in das Kommunikationsfeld von Staat und Gesellschaft eingebettet wurden. Der Staat als ausschließlicher Normsetzer, Norm- und Konfliktverwalter setzte die Symbolik des Strafens zur fortlaufenden Machtkonzentration und natürlich zum Machterhalt ein. Das schloss die Beachtung anderer Interessen nicht aus, machte diese aber vom hoheitlich-autoritativen Definitionsmonopol und entsprechenden Strafzwecken abhängig.⁶⁹

Wenn wir heute von einer *Demokratisensibilität des Strafrechts* sprechen, dann darf das nicht die repressive Seite der Strafe überdecken. Strafe ist und bleibt Herrschaft in Form gesetzlichen Zwangs.⁷⁰ Dennoch kann ein an Frei-

⁶⁷ Joel Feinberg, „The Expressive Function of Punishment“ in: Anthony Duff/David Garland (Hg.), *A Reader on Punishment*, Oxford 1994, S. 71 ff.; Günther, in: Cornelius Pritt-witz et al. (Hg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, S. 205, 207 ff.; Andrew v. Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford 1993; Hörnle, *Straftheorien*, S. 29 ff. und Günther Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3. Aufl., Berlin 2008, S. 61 ff.; Peter Strawson, *Freedom and Resentment*, in: ders., *Freedom and Resentment and Other Essays*, London 1974, S. 1 ff. Zusammenfassend jetzt Tobias Zürcher, *Die Legitimation der Strafe*, Tübingen 2014, S. 127 ff.

⁶⁸ Verf., *Die Ordnung des Strafrechts*, S. 704 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu die Forschungsübersicht bei Klaus Lüderssen (Hg.), *Die Geschichte des öffentlichen Strafanspruchs*, Köln 2002. Den gleichwohl langwierigen Prozess von der Ordnungs- und Sanktionspluralität zum Strafmonopol des modernen Staates untersuchen Paolo Prodi, *Eine Geschichte der Gerechtigkeit*, München 2003, S. 238 ff., 283 ff.; darüber hinaus Peter Landau (Hg.), *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio criminalis Carolina*, Frankfurt a.M. 1984 und Verf., *Rechtsgewährleistung*, Berlin 2012, S. 19 ff. und öfter.

⁷⁰ Zur besonderen Verbindung zwischen Strafrecht und Demokratie Klaus Ferdinand

heit, Gleichheit und subjektiven Rechten ausgerichtetes Strafrecht die symbolisch-expressive Antwort so ausgestalten, dass die normerhaltenden Kommunikation nicht nur autoritativen, sondern zugleich *integrativen* Charakter hat. Klaus Günther hat im Anschluss an Peter Strawson und Joel Feinberg gezeigt, wie sich das begründen lässt. Ausgangspunkt ist danach die Einsicht, dass der öffentliche Tadel die involvierten Akteure wirklich ernst nehmen muss.⁷¹ So habe er gegenüber dem Verletzten zum Ausdruck zu bringen, „daß es sich bei seiner Verletzung nicht um ein Unglück oder Schicksal handelt, sondern um Unrecht, das von der Allgemeinheit nicht akzeptiert wird“. Zum Ausdruck zu bringen habe er darüber hinaus, dass der Verletzte selbst an dem Konflikt keine Schuld trage; diese vielmehr einer anderen Person individuell zugerechnet werde.⁷² Damit kommt die Perspektive des Täters in den Blick. Denn an den Täter werde einerseits der konkrete Schuldvorwurf adressiert; andererseits aber auch festgestellt, „dass seine Neutralisierungen der Unrechtstat (das Opfer, die Gesellschaft, die Umstände seien eigentlich schuld), nicht anerkannt werden“.⁷³ Schließlich werde der Allgemeinheit mitgeteilt, „daß die Verletzung Unrecht und nicht Unglück ist, daß es nicht akzeptiert wird, und daß dieses Unrecht weder vom Opfer noch von der Allgemeinheit zu verantworten ist“.⁷⁴

Die auf diese Weise betonte Multiperspektivität des öffentlichen Tadels ist deshalb überzeugend, weil sie die Strafe konsequent in der skizzierten Kommunikations-, Urteils- und Normbefolgungsgemeinschaft verortet.⁷⁵ Freilich hat sie auch mit einem Problem zu kämpfen, das klassisch-autoritative Strafkulturen nicht haben oder ausblenden, nämlich das Problem der adäquaten Beurteilung von Verletzten- und insbesondere Genugtuungsinteressen. Jenseits der generellen Anerkennung dieser Interessen muss geklärt werden, welche *konflikt- und unrechtsspezifische* Bedeutung sie haben sollen oder sogar müssen. Tatjana Hörnle und Cornelius Prittitz plädieren dafür, auf eine normative Sicht, d.h. auf legitime Interessen von Opfern abzustellen.⁷⁶ „Diese können darin liegen, dass destruktive Konsequenzen für das zukünftige Leben verhindert werden, die sich aus der Demütigung des Opfers durch die Straftat ergeben (Fixierung auf die Tat, anhaltende Selbstzweifel, Verlust von Selbst-

Gärditz, „Strafbegründung und Demokratieprinzip“ in: *Der Staat* 49 (2010), S. 331 ff. Allerdings sind der Zusammenhang und die konkrete Begründung von Demokratie und Strafrecht nach wie vor umstritten.

⁷¹ Günther, Bedeutung der Strafe, S. 205, 207 ff.; Feinberg, Punishment, S. 71 ff.; Strawson, Freedom and Resentment, S. 1 ff.

⁷² Günther, Bedeutung der Strafe, S. 218.

⁷³ Ebd.

⁷⁴ Ebd.

⁷⁵ Vgl. Abschnitt 1.b).

⁷⁶ Hörnle, Straftheorien, S. 37 ff.; Cornelius Prittitz, „Positive Generalprävention und „Recht des Opfers auf Bestrafung es Täters?“ in: Sonderheft *KritV* 2000, S. 162, 172 ff.; eingehend zu dieser Debatte Roman Hamel, *Strafen als Sprechakt*, Berlin 2009, S. 167 ff.

achtung usw.).⁷⁷ Insofern soll es gerade nicht darauf ankommen, ob mit der Strafe tatsächlich nachweisbaren psychologischen Folgen oder negativen Konsequenzen entgegengewirkt werden könne. Ein kommunikationsorientiertes Opferinteresse bestehe auch dann, wenn individuelle Rachephantasien nicht erkennbar seien und die psychische Verfassung des Verletzten auch sonst keinen Schaden genommen habe. Nur beantwortet das nicht die Frage nach dem *Maßstab* der legitimen Interessen. Sicherlich lassen sich die Genugtuungsansprüche des Opfers bis zu einem gewissen Grade mit Solidarisierungs- und Empörungsbedürfnissen der Gesellschaft zusammenschließen. Aber wie weit ein solches Bündel von Ansprüchen und Bedürfnissen die einzelfallgerechte Entscheidung trägt, ist damit noch nicht ausgemacht (andererseits besteht bei einer einseitigen Normativierung der Genugtuungsansprüche die Gefahr, dass wieder das Urteil der Allgemeinheit an die Stelle des Opfers gesetzt wird).

Deutlich wird das etwa beim Täter-Opfer-Ausgleich. Der Täter-Opfer-Ausgleich soll einen Gestaltungs- und Kommunikationsraum eröffnen, innerhalb dessen dem Täter und Verletzten die Möglichkeit eingeräumt wird, die richterliche Bestimmung des Strafmaßes beeinflussen zu können. Tatwiedergutmachung auf Seiten des Täters und Rehabilitierung auf Seiten des Opfers sollen eine *Strafmilderung* rechtfertigen.⁷⁸ Die aktive Rolle, die beiden Konfliktbeteiligten zugestanden wird, ist aber durchaus ein Problem. Das gilt vor allem für das Opfer. Dessen Rolle ist mehr als fragil. Will man die Opfererwartungen nicht enttäuschen und die Opferrehabilitierung im Rahmen der Ausgleichsbemühungen nicht gefährden, dann wird man von der spezifischen Opfererfahrung nicht völlig absehen können. Andererseits kann das Recht Strafe und Strafmaß nicht allein von individuellen Konfliktverarbeitungswünschen abhängig machen. Denn dann droht nicht nur eine (willkürliche) Überbeanspruchung der Täterposition, sondern auch eine *Moralisierung* des gesamten Verfahrens.

Was also sind legitime Interessen? Es liegt nahe, unter legitimen Interessen des Opfers reflektierte Interessen zu verstehen. Reflektierte Interessen sind Interessen, die, so schwer das fallen mag, Selbstdistanzierung erfordern. Im Rahmen eines Täter-Opfer-Ausgleichs wird es demnach um die Fragen gehen müssen, welche Ansprüche, Bedürfnisse und Wünsche das Opfer aus der Sicht einer das Unrecht nicht akzeptierenden Gesellschaft haben darf und welche nicht. Die Genugtuungsinteressen des Opfers werden so keineswegs von der Gesellschaft usurpiert, sie werden jedoch in den Kontext einer demokratischen Urteils- und Normbefolgungsgemeinschaft integriert.

⁷⁷ Hörnle, Straftheorien, S. 38.

⁷⁸ Dazu Thomas Fischer, *Kommentar zum StGB*, 64. Aufl., München 2017, § 46 Rn. 4. Einzelheiten zur gesetzesystematischen und dogmatischen Einordnung bleiben vorliegend außer Betracht.

c) Damit sind wir bei dem Problem des Strafübels oder des Strafschmerzes angekommen. Mit diesem Problem hatten unsere Überlegungen eingesetzt.⁷⁹ Bereits am soeben diskutierten Umgang mit den Verletzten- und Genugtuungsinteressen haben wir sehen können, welche Bedeutung dieser Frage auch und gerade in freien Gesellschaften zukommt. In dem Maße, in dem Gewalt allein als gesetzliche Herrschaftsform akzeptabel erscheint,⁸⁰ d.h. Gewalt zu einem Reflexionsbegriff wird, in dem Maße bedarf auch die Zufügung von Strafschmerz besonderer Rechtfertigung. Oder noch zugespitzter formuliert: Braucht ein in der Form des Gesetzes durchgeführtes Verfahren überhaupt noch die Zufügung von Strafschmerz oder kann sich eine rechtlich verfasste Gesellschaft auch mit dem Schuldausspruch begnügen?⁸¹ Die Frage berührt einen zentralen Punkt moderner Strafkulturen, nämlich in welcher Weise individuelle *Folgenverantwortung und Strafwirkungen* verknüpft sein müssen. Folgenverantwortung des Täters für sein begangenes schuldhafte Unrecht lässt sich durchaus im Strafverfahren selbst abbilden. In der öffentlichen Sprache des Rechts, aber auch in der Urteilsbegründung dürfte der Tadel angemessen und mit Blick auf das konkrete Unrecht differenzierbar sein.

Warum also Strafschmerz? Dass die Zufügung eines Strafschmerzes – jedenfalls in der Art und Weise, in der sie erfolgt – historisch kontingent ist, ist kaum zu bestreiten. Wir sehen das an der Geschichte und an den damit einhergehenden Narrativen, man denke nur an die ausufernden Strafgewaltpraktiken bis hin zur Allgegenwärtigkeit der Todesstrafe noch an der Schwelle zur Moderne.⁸² Aber gibt es darüber hinaus einen Zusammenhang zwischen Schuld, öffentlichem Tadel und Strafschmerz, der nicht historisch kontingent, sondern der analytisch notwendig, normativ begründet oder gesellschaftlich unabdingbar ist? Namentlich präventive Modelle verweisen darauf, dass Strafkulturen ohne individuelle oder gesellschaftliche Einwirkungen auf Dauer Akzeptanzprobleme bekommen werden, sei es aus Sicht der Verletzten, der Allgemeinheit oder aus Sicht der (potentiellen) Täter. Das moderne Recht müsse regulieren und Eindruck machen.⁸³ Nun sind die Schwierigkeiten präventiver Modelle

⁷⁹ Mit der Problematik des Strafübels bzw. des Strafschmerzes befassen sich Hörnle, Straftheorien, S. 41 ff.; Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, S. 113 ff.

⁸⁰ Zur Kommunikation von Gewalt durch Strafe in vormodernen Gesellschaften vgl. nur Richard v. Dülmen, *Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, 6. Aufl., München 2014, S. 13 ff. und Michel Foucault, *Überwachen und Strafen*, Frankfurt a.M. 1976, S. 9 ff. und 93 ff.

⁸¹ Letzteres befürwortend Günther, Bedeutung der Strafe, S. 205, 219.

⁸² Siehe nochmals Dülmen, Theater des Schreckens, S. 102 ff.

⁸³ Präventive Positionen vertraten bzw. vertreten etwa in der Form einer psychologischen Zwangs- und Abschreckungstheorie von Johann Paul Anselm Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd. 1, Erfurt 1799, S. 49 ff. sowie ders., *Revision*, Bd. 2, Chemnitz 1800, S. 39 f. und öfter; mit spezialpräventiven Fokus Franz v. Liszt, „Der Zweckgedanke im Strafrecht“ in: *ZStW* 3 (1883), S. 1 ff.; eine elaborierte generalpräventiv ausgerichtete Theorie vertritt heute G. Jakobs, Schuld und Präven-

allenthalben bekannt. Problematisch ist die Einwirkung auf den Einzelnen oder die Allgemeinheit zu reinen Besserungs- oder Abschreckungszwecken ebenso wie die Idee, durch Strafe die Gesellschaftsmitglieder von der Vorzugs-würdigkeit individueller Selbstdisziplinierung und Normtreue überzeugen zu wollen. Entweder kollidieren die Modelle – wie bei der Besserungs- und Abschreckungsprävention – mit den Grundannahmen einer auf Individualschutz und Freiheit abzielenden Gesellschaft oder aber ihnen fehlt – wie bei der positiven, auf Normtreue abststellenden Generalprävention – die sozialwissenschaftlich-empirische Validität.⁸⁴ Aber selbst wenn man die Probleme der präventiven Modelle zur Kenntnis nimmt, ist nicht zu übersiehen, dass demokratische Gesellschaften vor einem Dilemma stehen. Der öffentliche Tadel und die Zufügung eines Straföbels sollen Recht zur Geltung bringen und zugleich die Gewaltdynamiken begrenzen; sie sollen Rechtssicherheit kommunizieren. *Rechts-sicherheit heißt Verlässlichkeit des Rechts und Schutz durch das Recht.* Diese Vorstellung verweist aber nur darauf, dass jede Gesellschaft und jede Zeit das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit neu austarieren muss. Die Frage, welche Bedeutung Sicherheit für ein Strafkonzept spielen sollte, wird eine verunsicherte oder totalitäre Gesellschaft anders beantworten als eine republikanisch verfasste.⁸⁵ Aber auch eine freie Gesellschaft muss sich darüber im Klaren sein, was Strafe leisten soll. D.h.: Wenn Strafe eine integrative Funktion haben soll, wenn sie den Wert einer Rechts- und Normbefolgungsgemeinschaft im Blick behalten soll, dann wird sie ohne Strafschmerz nicht auskommen. Strafschmerz ist ein *Kommunikationsverstärker*. Er ist das Medium, in dem der Anspruch auf Gewaltverzicht, Freiheit und Schutz seinen konkreten Ausdruck finden kann – und regelmäßig auch finden wird. Etwas anderes haben wir nicht.

Allerdings kann es nicht um eine pauschale Befürwortung des Strafschmerzes gehen. Mit anderen Worten, eine freie Gesellschaft muss sich kritisch zu ihrer eigenen Straf(schmerz)kultur verhalten. Sie wird sich bewusst halten müssen, dass sie selbst Grund für Kriminalität sein kann, man denke nur an diverse Formen der Armutsdelinquenz. Sie wird sich – legislativ – überlegen müssen, welche Verhaltensweisen sie kriminalisiert und welches Strafmaß sie im Fall des Normverstoßes androht. Und sie wird sich überlegen müssen, in welchen Bereichen sie entkriminalisieren oder alternative Sanktionsformen in

tion, S. 8 ff.; ders., Das Schuldprinzip, *passim*; zuletzt, ders., *System der strafrechtlichen Zu-rechnung*, Frankfurt a.M. 2012, S. 15.

⁸⁴ Einzelheiten bei Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, S. 61 ff. und Verf., „Das Paradox der Prävention. Über ein Versprechen des Rechts und seine Folgen“, in: Jens Puschke/Tobias Singelnstein (Hg.), *Der Staat in der Sicherheitsgesellschaft*, Wiesbaden 2017.

⁸⁵ Verf., „Rechtssicherheit und Prävention. Über ein Dilemma des modernen Strafrechts“ in: Jan Schuhr (Hg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Tübingen 2014, S. 219 ff. Prächtig und weitsichtig bereits G.W. Hegel, *Grundlinien*, §218 Anm., wo er darauf insistiert, dass die normative und empirische Bedeutung eines Verbrechens immer relativ zu Stabilität und zum Freiheitszustand der Gesellschaft zu bestimmen ist.

Erwägung ziehen kann, erwähnt sei nur die Praxis der Betäubungsmittelkriminalität. Sie wird aber auch auf der Ebene der Rechtsprechung und Vollstreckung darauf dringen, Strafschmerz und Strafleiden so weit als möglich zu begrenzen, etwa durch zurückhaltenden Gebrauch der Freiheitsstrafe, durch effektive Resozialisierungsprogramme usw. *Der Strafschmerz muss das Kunststück vollbringen, dem Täter das Demütigende seines Verhaltens vor Augen zu führen, ohne ihn selbst zu demütigen.*⁸⁶ Aber auch wenn man diesen Punkt anerkennt, dann wird das Konzept des Strafschmerzes der Stachel im Fleisch einer demokratischen Rechts- und Strafkultur bleiben. Im Strafschmerz kommt nicht allein das kommunikative Kalkül des Tadels zum Ausdruck, sondern auch das Unbehagen einer Gesellschaft beim Anblick und der Verarbeitung von Gewalt.

⁸⁶ Vgl. dazu auch Avishai Margalit, *Politik der Würde. Über Achtung und Verachtung*, Berlin 1997, S. 301 ff.; darüber hinaus Ute Frevert, *Die Politik der Demütigung*, Frankfurt a.M. 2017.

IV. Gerechtigkeit und Differenz

IV.1

Circumcision: Immigration, Religion, History, and Science in the German and U.S. Republics

David Abraham

1.1 Homogeneity and Pluralism

Modern democracies were for a long time predicated on the uniformity or homogeneity of “the people.” Certainly the French revolutionaries replaced the conception of *sujets* born on the territory of the sovereign (*jus soli*) and therefore his with a conception of *citoyennes, le peuple* connected by their blood (*jus sanguinis*) to each other as equals. What tied them together in the Republic were the “rights of man and citizen” enforced in and through the state. At the same time, that state built a *nation*, a people. From Max Weber through Benedict Anderson we have seen how that uniform people has been *constructed*, how out of disparate peasants, classes, and masses the French people were achieved, made into Frenchmen. With that construction came the sense of “solidarité” that was so important to Durkheim and what Weber, for his part, called *Zusammengehörigkeitsgefühl*. That “feeling of belonging together” in the Republic was predicated on a certain uniformity of shared culture. It was, in the end, the strict Republicans of the Third Republic who created a uniform, secular France around the schools, the *levée en masse*, and the centralized state. While the individual rights of citizens were generally honored, there was such a thing as *the Frenchman*.

Although Germany, in part because of its religious divisions, multiple monarchies, and tenacious regionalism, never matched France in its uniformity, the compensatory vision of Germany as a *Kulturnation* created a certain homogeneity of its own. And the strongest states that were dominant in Germany from 1871–1945 accentuated that uniformity. The denial for decades after WW II that immigration to Germany was taking place, despite the arrival of various millions, exacerbated this assumption of uniformity, and the *Sozialstaat* built in the two Germanies assumed that transfers were taking place among very similar people in a culturally and ethnically homogenous society.

But no longer. The pluralist society has arrived in the liberal Republic. Aspirations of a binding constitutional patriotism or binding civic nationalism have proven inadequate for the diverse, multicultural Republic in which we now realize we live. In the liberal republic, rights may or may not be capable of being extended from individuals to groups. The “politics of difference” and the “politics of recognition” place great stress on the Republic, stresses that conventional

rights concepts like freedom of religion, freedom of association, family rights and the like may not be able to resolve. The tale being told here, the story of the legal and cultural battle over circumcision that broke out in Germany in 2010, offers a cautionary tale for today's "philosophy of the Republic."

The controversy began unspectacularly enough in November 2010. One Saturday morning, a four year-old Iraqi-German Muslim boy was brought to a local Cologne emergency room in an ambulance called by his mother, who was panicked over minor bleeding around the site of a circumcision performed two days earlier.¹ Due, it seems, to language shortcomings in explaining what had transpired and a possibly hostile on-call doctor, the conversation between mother and staff led to the police being called.² Two indictments followed: one of the parents for child abuse, soon dropped, and another, in January 2011, of the physician who had performed the circumcision for aggravated battery, "use of a dangerous instrument to physically abuse another and damage their well-being," through a violation of the infant's physical integrity.

The municipal trial court acquitted all parties and dismissed the indictments, finding circumcision customarily socially acceptable. Any potential elements of the offense of bodily injury were justified or excused by the effective consent of the child's parents who, as properly responsible for the well-being of the child (*sorgeberechtigte Personen*), undertook the circumcision for the sake of the "well-being of the child."³ In balancing the various interests involved – the right of parents to raise their children, their right to free exercise of their religion, and the right of a child to bodily integrity (all constitutionally guaranteed) – the court asserted that it was important to start from the fact that circumcision served as a rite of passage to document cultural and religious membership in the Muslim community. Uncircumcised, the boy would face the threat of stigmati-

¹ The circumcision was performed by an experienced, German-trained and licensed Syrian-German surgeon, Dr Omar Keeze, to whom the family had been referred and who charged the going rate of €250. The procedure had been done two days earlier, and *hellas!*, Keeze had made a routine housecall that evening to treat the site. The family had a further check-in appointment with him scheduled for later that same Saturday. See Yassin Musharbash, "Die Operation war einwandfrei", in: *Die Zeit*, 20 July 2012, p. 6.

² Whether calling the police was an obvious or reasonable response is difficult to reconstruct. The mother's German was weak: she apparently did not know the word for "scalpel" and said the procedure had been done with "scissors." She erroneously answered "no" when asked if there had been anaesthesia. For his part, the on-call doctor's notes reported "normal range bleeding" but remarked that it had not been a good job and that the number of stitches had not been adequate. Later, at trial, he withdrew those accusations, though one can't know why.

³ Amtsgericht Köln, 528 Ds 30/11, here citing BGB §1627 (exercise of parental custody, best interests of the child). The concept of *Sozialadäquanz* is not easily rendered in English. The respective constitutional provisions on parenting (Art 6, §2), religious exercise (Art 4, §§ 1–2), and bodily integrity (Art 2) are discussed below. It is characteristic of most "anti" literature that it begins graphically, sometimes luridly; this is also true in abortion debates.

zation in that community. As a final point, the court also noted that its own appointed expert as well as American practice saw in circumcision a positive medical benefit improving hygiene and perhaps helping to prevent certain diseases. In sum, the parents had given the doctor valid consent with the best social, religious, and health interests of the child in mind, thereby justifying what might otherwise arguably be construed as a criminal battery. As is often the case with lower court opinions, this court was very practically minded, with an ear to the ground and with an interest in disposing of problems brought to it.

Under German law, however, prosecutors have certain rights to appeal an acquittal, and here she persisted in pursuing the case against the physician. One must assume that the prosecutor fervently believed in her case, though there is some evidence that the prosecutor was encouraged by circumcision opponents in the legal academy to pursue a test case.⁴ In the event, on May 7, 2012, the District Court (*Landesgericht*) in Cologne found that circumcision, notwithstanding parental consent, religious motivation, or community custom constituted a criminal bodily injury.⁵ Tellingly, this court began its opinion with mention of anaesthetics, scalpels, stitches (4), and the fact that the procedure had been undertaken “without any indication of medical necessity.” Although the surgeon committed no malpractice mistakes, this court quickly asserted that its expert appraisal found “at least in central Europe no medical need for or usefulness as a preventative healthcare measure.”

The court then rejected the “customarily socially acceptable” (*Sozialadäquanz*) argument of the lower court and found that “the right of parents to a religious upbringing of their children does not outweigh the right of the child to bodily integrity and self-determination.” The well-being of a child, who, as here is unable to give consent (*Einwilligung*), may not be infringed or the law violated just because the infringement is “inconspicuous, generally approved of, or historically mandated.” Further, “neither concern with avoiding ostracism within his own religious community nor parental authority over child rearing” renders circumcision compatible with the welfare of the child. Religious rites and freedom simply may not trump civil rights accorded by law.

As authority for these holdings, the court cited several scholars, long-time anti-circumcision activists who would come to play outsized roles in the con-

⁴ This was one of the many accusations and recriminations leveled by each side at the other as the debate proceeded and grew increasingly heated.

⁵ LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151Ns 169/11, finding a violation of criminal code StGB §224(2), “causing grievous bodily harm using a dangerous instrument.” (“The child’s body is permanently and irreparably changed by the circumcision. This change conflicts with the child’s [protected] interest of later being able to make his own decision...”). Article 2, §2 of the Constitution guarantees that “Every person shall have the right to life and physical integrity.” Still, the doctor was himself cleared as under German law he could not have been expected to know of the subsequent finding of illegality (*Verbotsirrturn*), StGB §17. Such a finding is not available under U.S. law.

troversy that followed.⁶ Religiously-motivated circumcision, the court continued, was “disproportionate,” a “permanent and irreparable” change to the body of the child that also undermined his ability later to decide himself what his religious preferences might be. It would not be too much of an imposition on the parents, the court finally concluded, to require them to “wait until their boy was of legal age and could decide for himself if he wished circumcision as a visible marker of Islamic belonging.”

What transpired in the next months was tumultuous. In the courts, in the *Bundestag*, in the press and other media, among legal scholars, NGOs and other pressure and anti-defamation groups, and within the medical disciplines a whole range of historical and contemporary fissures were laid bare – some for the first time; some a renewal of old conflicts. Circumcision and the debates over it offered a window onto a breadth of contemporary social issues, most notably how a secular, formerly Christian or enlightened-Christian liberal democratic welfare state and society should address its large and often tradition-oriented Muslim immigrant and citizen minority: Should the latter’s requirement of male circumcision be tolerated as a matter of individual religious freedom? Should it be recognized as a valid group right in a multicultural society? Should it be tolerated as a matter of social peace or recognition of the “other”? Or should it, as an archaism, be opposed in the name of modern liberal values like autonomy, bodily integrity, and public health? Or should it even be banned in the name of *ordre publique* and the state’s duty to protect children, even as against their well-intentioned parents? It is in the nature of lines that they be drawn.

The tenuous position of Muslim immigrants and citizens in German society in recent years seemed to stand in distinct contrast to the success of a reviving Jewish population. Indeed, Germany, particularly in conservative circles, had begun to adopt the language of “Judeo-Christian tradition” (*christlich-jüdischen*), which might (but need not) be viewed as a simultaneous instrumentalization of Jews and marginalization of Muslims. As late as November 2010, the CDU could proclaim at its convention that “our cultural values, shaped by the philosophy of the ancient world, the Christian-Jewish tradition, the Enlightenment, and historical experiences form the basis of our social cohesion and constitute the dominant/mainstream (*Leitkultur*) of Germany.”⁷

The ensuing, often rancorous, debate took place in a variety of fora but never on a clean slate.⁸ Beneath the surface lay an imperfectly scrubbed palimpsest; the

⁶ In particular, Professors Rolf Dieter Herzberg and Holm Putzke. Scholarly treatises are much more important to judicial opinions in Germany than is the case in the U.S.

⁷ Quoted in Alfred Bodenheimer, *Haut Ab! Die Juden in der Beschneidungsdebatte*, Göttingen 2012, p. 15. It is the case that in October 2011 Bundespräsident Christian Wulff, announced, controversially, that “in the meanwhile, Islam also has come to belong to Germany.”

⁸ It should be noted that debates about circumcision are almost always rancorous and acrimonious. In the U.S., otherwise staid and even boring business law professors can turn lurid

Jewish narrative is omnipresent in Germany. On the brains of living German society lies a past nightmare – namely, the Holocaust. A key feature of (West) German *Vergangenheitsbewältigung* (coming to terms with the past) has been making Germany a place hospitable both to its tiny surviving Jewish population and to new waves of Jewish immigrants from Eastern Europe, the FSU, and Israel. Since the circumcision of infant boys is arguably the core collective marker of Jewish ethnic identity, constitutive beyond any religious commitments,⁹ to ban circumcision would be to break a core post-war or post-'68 taboo and to cross a pronounced red line.

A ban on circumcision would represent a dis-invitation to Jews akin to Holocaust denial and a reversal of endless efforts at reconciliation. A century and longer ago, conflicts over Jewish rites like circumcision and kosher animal slaughter had been salient in the construction of a secular and enlightened (if imperfectly liberal) German nation state.¹⁰ In the course of the recent controversies, virtually no one in Germany's political or cultural elite wished to revisit these matters – though some legal scholars and hundreds, perhaps thousands, of letters-to-the editor-writers seemed less inhibited and even eager for the opportunity to break free of the past and a perceived sense of coerced self-denial.¹¹ Germany's political class seemed to sense that a Pandora's Box was opening, and that a re-estrangement or new othering of Jews was threatening. And, indeed, in the immediate aftermath of the district court decision, several hospitals in Germany (and Austria and Switzerland) ceased performing circumcisions for fear of criminal liability, and in August 2012 the Chief Rabbi in Hof had crimi-

and violent on the subject. A good example is Geoffrey Miller, "Circumcision: Cultural-Legal Analysis," in: *9 Virginia Journal of Social Policy and Law* 497 (2002) pp. 498–585.

⁹ One could obviously ask what the analogue is for Jewish females, but I shall not do so here. The question has been addressed: Shaye Cohen, *Why Aren't Jewish Women Circumcised?: Gender and Covenant in Judaism*, Berkeley 2005, pp. 143–90. Cohen argues both that Judaism was thoroughly patriarchal and less attentive to women and that circumcision brought was meant to bring men down a notch and also bind them to the Lord.

¹⁰ Robin Judd, *Contested Rituals: Circumcision, Kosher Butchering, and Jewish Political Life in Germany, 1843–1933*, Ithaca 2007. One starting point for Judd's inquiry is the *Sonderweg* debate of the previous generation: how deviantly illiberal was pre-WW I Germany?

¹¹ Some unknown portion of the German population is fed up with these taboos and would like to act out. But these taboos are very strong and carry other features of the post-war settlement with them, such as a pro-American orientation, anti-racism, etc. It is not impossible, it seems to me, that some of the itch to break the taboo is acted out on toward Muslim immigrants instead. One recalls the controversy begun in October 1998 when novelist Martin Walser unleashed a furor from the pulpit of the Paulskirche. Walser lamented that Germany continued to be constrained and extorted through its Holocaust guilt, a "moral cudgel" used – one wonders by whom? – to hold down the German people. Specifically, he condemned the "instrumentalization of Auschwitz" for contemporary purposes as "a permanent exhibit of our shame." On the other hand, is learning from history an "instrumentalization" of history? Is the past "unusable," an equally problematic and incapacitating proposition?

nal charges lodged against him for performing a circumcision. Jews risked, once again, being included among the excluded.

On those occasions that German politicians did lift the lid on Pandora, it was not always pretty. Thus one social democratic parliamentarian insisted that “respect for life is after all the lesson we draw from the Nazi period,” and “the legalization of bodily injury to helpless children” on account of some biblical passage would violate that lesson – thus making the prohibition of a central Jewish practice into evidence of Germany’s moral arrival. A Green Party deputy allowed as how “ultimately the burning of widows was also overcome” despite its cultural-religious validation, thereby equating the “harms” in question while also offering a probably unconscious nod in the direction of colonial domination.¹²

Along with the immigration, religion, and historical disputes unleashed by the circumcision debate, a more purely legal and jurisprudential debate was opened up as well, one suited for international comparisons. Who may speak for an infant – or for any minor – when it comes to consent generally, as well as specifically for something like infant or boy-child circumcision?¹³ Here comparison with the U.S. is instructive and worth undertaking. In the legal regimes of both countries, the state as well as parents bear responsibilities of many sorts for children, their safety, health, education, and general upbringing. Laws in both countries recognize this, with Germany even going so far as to constitutionalize the principles of primary and shared responsibility.¹⁴ As a general proposition, it may be argued that in the triangular relationship among parent, child, and state, the state-child leg is thicker in Germany than in the U.S. where the parent-child leg enjoys greater deference. Whereas parental rights in Germany

¹² Marlene Rupprecht and Irmgard Schewe-Gerigk, respectively, quoted and characterized in Volker Heins, *Der Skandal der Vielfalt*, Frankfurt 2013, pp. 152–153. Impressionistically, it seems that women are more outspoken on this question than men.

¹³ Jewish practice is fairly uniform in requiring circumcision 8 days after birth, barring extra-ordinary circumstances; Genesis 17:10–14, reaffirmed in Joshua 5:2–4. Eric Silverman, *From Abraham to America: A History of Jewish Circumcision*, Lanham 2006. Circumcision was abandoned by the Christians as part of their focus on faith in Christ and their decision to appeal to heathens and Hellenists, Acts 15:19; Romans 1:25–29. Muslim practice varies, and the procedure is generally allowed anytime pre-puberty. Since the practice is not itself Koranic but comes from the *hadit* (sayings of the Prophet), there is considerable variation in the timing and details by country, class, and sect; Paul Clotter, “Die Beschneidung in Islam,” 23 *Cibedo-Texte* (Frankfurt 1983), p. 6. Clotter goes so far as to say that, despite its cultural centrality, circumcision itself has “no religious significance or canonical mandate.” Rather, “since all of social life is molded by Islam, a relatively important ritual like circumcision necessarily takes on a religious dimension.” p. 11. Still, it is a practice of *Muslims* rather than of *Islam*.

¹⁴ Article 6, §2 of the Constitution reads, “The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty.” See also Art 5, §1. In addition, Civil Code (BGB), §§ 1601–1615, 1631 lay out the responsibilities of parents and children for one another. The District Court found circumcision a “disproportionate” exercise of the parental right to religious education of children.

are assessed for their “proportionality,” those rights in the U.S. enjoy nearly “fundamental” status.

To take but one cacophonous example: “home schooling” is legal and widely well-regarded as an example of both parental engagement and prerogative in the U.S. but illegal in Germany. So substantial is the gap here that German home-schoolers have (been organized and) moved to file for asylum in the U.S.¹⁵ on the grounds of state persecution, much to the consternation and incredulity of Germans, who overwhelmingly endorse *Schulpflicht*, the obligation of parents to send their children to one of a large variety of available schools where they will meet and get to know others. In the U.S., this position has long been held to be an authoritarian, not to say tyrannical, appropriation of parental responsibility by an overweening state.¹⁶

Parental child “abuse” is, of course, illegal in both countries, though German law may be less willing to rely on moral opprobrium to do the primary preventive work. Thus, to cite perhaps similar instances, neither ear piercing nor tattooing is permitted in Germany below the age of 16, regardless of parental permission, and parental authorization is determinative for only the two years between 16 and 18.¹⁷ U.S. laws on tattooing vary a great deal, though generally they take account of parental authorization while rarely if ever do state laws impede parents who wish to pierce even a baby’s ears.¹⁸ In the Cologne district court opinion, both the religious rights of the parents and their authority to educate and raise their child (*Sorgerecht*) were outweighed by the child’s right to bodily integrity and self-determination in the future – rights the state was empowered and, here, compelled to enforce.

The circumcision debate, finally, also exposed rifts of subjectivity in the medical sciences or, at least, distinct national practice preferences in Germany

¹⁵ The case of the Romeikes, supported by Christian home schooling lobbies (such as the Home Schooling Legal Defense Fund) in the U.S., drew worldwide attention; see, for example, <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-26454988>; <http://www.stthomas.edu/news/hot-topics-cool-talk-german-home-schoolers>; <http://www.bbc.com/news/business-24804804>.

¹⁶ See *Pierce v Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925) (requiring public schooling of children violated parental liberty to direct education of their children); *Meyer v Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) (public interest in younger children being educated in English does not outweigh parental discretion); *Milliken v Bradley*, 418 U.S. 717 (1974) (state did not have authority to bus children out of their school district in order to desegregate); *Yoder v. Wisconsin*, 406 U.S. 205 (1972) (requirement that parents send their children to school to age 16 violated religious freedom of Mennonite parents).

¹⁷ The *Jugendschutzgesetz* [Law for the Protection of Children and Youth], Bundesgesetzblatt, Part I, 2002-07-26, No. 51, pp. 2730–2739 (rev 2013) is “tougher” than any comparable U.S. law.

¹⁸ In the U.S. this is particularly popular in communities of Hispanic background. On tattooing, Jane Caplan, *Written on the Body: The Tattoo in European and American History*, Princeton 2000.

and the U.S. Whereas pediatricians and public health professionals in Germany have long been resolute opponents of circumcision on evidence-based scientific grounds, their American peers have been staunch advocates on grounds presumptively equally scientific. Such sharp differences should not exist, or at least need to be accounted for. (On the question of compulsory infant immunization, in contrast, the medical consensus is trans-Atlantic – or, at least, was.¹⁹) Insofar as medicine and public health are also social institutions, they have historically paid attention to or cast their gaze on “inferior” immigrant populations. These might be burdened with inherited customs needing enlightened upgrading, such as by being either dissuaded from primitive unhygienic customs like circumcision or, alternatively, being introduced to its cleansing and disease-preventing benefits.²⁰

At the fevered peak of the controversy, hundreds of scientific German doctors and lawyers published an open letter to the government and parliament in which they denounced the “exercise of sexual violence against non-consenting boys,” drew a direct connection between male and female circumcision, and insisted that the real issue was “protecting Jewish and Islamic life within the framework of the German legal order”²¹ against what one prominent ethicist (Reinhard Merkel) labeled the “barbaric” (a term usually reserved in German discourse for Nazism). Human Rights laws seem to underscore these enlightened scientific obligations as well, though circumcision’s proponents were not lacking in medical-scientific arguments of their own.²² German physi-

¹⁹ On the juridification of this science in the U.S., see *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), *Zucht v. King* 260 U.S. 174 (1922). Not accidentally, these cases, and the “public health” concerns they reflect, date from the peak period of immigration and a time when the percentage of the U.S. population born abroad was at its all-time high. *But see* Mary Holland, “Compulsory Vaccination, the Constitution, and the Hepatitis B Mandate for Infants and Young Children,” in: 12 *Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics* 41 (2012); see fn. 27, *infra*. For similarities between Germany and the U.S. during this Progressive Period, see Daniel Rodgers, *Atlantic Crossings: Social Politics in a Progressive Age*, Cambridge 1998.

²⁰ It is necessary to establish numbers for various sub-populations, but overall, about 20% of males in Germany are circumcised compared to about 75 % in the U.S. Numbers in the U.S. have declined some, partly because the practice is less common among the Latin American immigrants who dominate the current stream, because insurance companies are trying to pay for less and less, and possibly for other reasons to be explored. Numbers in Germany seem to have risen slightly along with the Muslim population. “Gesundheitsforschung-Gesundheitsschutz,” in: *Bundesgesundheitsblatt* (2007), 50 (5–6): 836–50.

²¹ Offener Brief zur Beschneidung, “Religionsfreiheit kann kein Freibrief für Gewalt sein,” <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/offener-brief-zur-beschneidung-11827590.html> (8.8.2012).

²² Thus in the Convention on the Rights of the Child, Article 19.1 commits signatories to take all appropriate measures “to protect the child from all forms of physical... violence, injury, or abuse” while Article 24 requires them to “take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children.” Proponents regularly referred to well-documented hygienic and disease-prevention benefits.

cians made a distinct contribution to the violent-archaic argument, helping to propagate the notion that “whoever doesn’t belong to our times, does not belong in our land.”²³

For the time being, at least, the circumcision debate in Germany has been legislatively resolved in favor of those who might wish, even in the absence of any medical indication, to circumcise their male children for religious reasons. On July 19, 2012 the Bundestag passed a resolution intended to guarantee that “Jewish and Muslim religious life be viable in Germany” and on December 12th a bill was passed that legislatively overrode the ruling of the Cologne District Court and established circumcision, not as *per se* legal, but as a non-punishable undertaking when undertaken for religious reasons by someone professionally trained to perform the procedure (and who need not be a doctor if the child is under six months of age).²⁴

Settled as the matter itself seems to be for the time being, the controversy has left us with extraordinary amounts of published and unpublished documentation from elite and popular sources. Sometimes the documentation reveals thoroughly incommensurable discourses with no translation keys; sometimes the confrontations seem very knowing and direct. Together with the professional social science, legal, and medical literature around the circumcision question, the debate addresses the four topics – and their ideological and professional expressions – adumbrated here, namely: 1) *Germany’s relations with its Muslim immigrants and citizens*; 2) *Germany’s relations with its Jewish minority*; 3) *differences between German and American views of the relationship among parents, child, and state*; and 4) *differences between German and American medical thinking and practice in this area*.

Although it might be thought that these issues, at least as viewed through the window of circumcision, are now “over,” this is hardly the case. New and contradictory developments continue to take place in all four arenas. Thus, at the same moment that Pegida and other populist anti-Muslim and anti-immigrant groups grow on the basis of the claim that “the German way of life” is under siege, the German Constitutional Court has ruled that, absent a “concrete danger,” it was an infringement on personal and religious liberty for schools to ban teachers from wearing Muslim headscarves at work, particularly where a state had exempted similar display of “Christian and Western educational and cultural values or traditions” from any ban, thereby privileging a specific religion.²⁵ At the same time that Jewish Germany has experienced a tremendous revival, anxi-

²³ See Heins, Skandal der Vielfalt, p. 151.

²⁴ The Resolution of Parliament appears at *Deutsche Bundestag Drucksache 17/10332* while the law is codified at §1631(d) of the Civil Code (BGB) among the sections dealing with parental authority and near to §1626(1), which states that “parental custody includes care of the person of the child.”

²⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015, 1 BvR 471/10 und 1 BvR

ties as to community security have also been revived by an assortment of recent events. As Germany's politicians work to expand public day care and schooling possibilities, so-called "charter schools" and homeschooling continue to expand in the U.S., and some leading American politicians lately seriously claim that children are property belonging to their parents.²⁶ Finally, while the authoritative status of Germany's medical community seems to hold steady, America's offers divergent and less self-confident positions than even a few years ago.²⁷

1.2 Management and Governmentality Strategies: Religious Freedom and Its Perils

There has been considerable discussion of late as to how we live in a "post-secular" world,²⁸ yet secular liberals often find it hard to accept how seriously religious folks take religion and what that means for social integration.²⁹ "Religious liberty," the right, especially of minorities, to exercise religious requirements may not provide an adequate framework for today's conflicts. Multiculturalism, especially in the strong sense of "group rights," is alien to liberal law and legal culture. Even Will Kymlicka's seminal *Multicultural Citizenship* was intended to pertain to national minorities, not voluntary immigrants.³⁰ Still, even those liberal theorists rejecting group rights point to individual "human rights" as demanding certain things. Thus, it has been urged that nation states may "reproduce men and women of a certain sort: Norwegian, French, Dutch, or whatever," but on the condition that they allow "minorities an equal freedom to organize their members, express their cultural values, and reproduce their way of life."³¹ Indeed, the International Covenant on Civil and Political Rights insists

1181/10. The fallout from this decision will take some time to settle, in both the courts and the schools.

²⁶ Growing irritated with a reporter's questions about his views (and those of several other potential Republican presidential candidates) on the question of compulsory immunizations, Sen. Rand Paul blurted out, "The state doesn't own your children. Parents own the children." Quoted in *New York Times*, February 3, 2015, p. A11.

²⁷ Even on what had previously been considered "settled" issues like mandatory childhood vaccinations and immunizations, there has been much recent turmoil. See, Arthur Caplan, "Revoke the Licenses of Doctors Who Oppose Vaccination," in: *Washington Post*, February 6, 2015, p. A11.

²⁸ See, for example, Christian Joppke, *The Secular State under Siege: Religion and Politics in Europe and America*, Cambridge 2015.

²⁹ Sarah Carol, Marc Helbling, and Ines Michalowski, "Gretchenfrage der Integration: Religiöse Praxis prägt das Zusammenleben starker als angenommen," in: *WZB Mitteilungen* 142 (December 2013), pp. 18–20.

³⁰ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 2000, pp. 94–96, 114–115.

³¹ Michael Walzer, "Comment," in: Amy Gutman (ed.), *Multiculturalism: Examining the*

that persons belonging to [ethnic, religious, or linguistic] minorities shall not be denied the right... to enjoy their own culture.”³² But no right can be unlimited, and the state certainly need not further that which it dare not deny.

At times, High Courts have recognized that religious liberty cannot nullify laws of general applicability. Thus, in the U.S., it was held that “if prohibiting the exercise of religion is not the object of the [law] but merely the incidental effect of a generally applicable and otherwise valid provision,” religious freedom “has not been offended.... To make an individual’s obligation to obey such a law contingent upon the law’s coincidence with his religious beliefs, except where the State’s interest is ‘compelling,’ permits a person “by virtue of his beliefs,” unacceptably “to become a law unto himself.”³³

More recently, however, responding to this post-secularism, legislatures in some places, including the U.S., have offered religious liberty or religious sentiments greater protection or preference.³⁴ Indeed, the Congress of the United States in passing the “Religious Freedom Restoration Act” sought to overcome the *Smith* ruling and compel the courts to use a “strict scrutiny” and “compelling interest” test – the highest barriers – whenever a “free exercise of religion” claim was made against a law. The key provision of that Act states:

Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except... [g]overnment may substantially burden a person’s exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; (2) is the least restrictive means of furthering that compelling government interest.³⁵

Ought this to be the framework through which any full or partial ban on male circumcision should be analyzed? Or does protection of religious exercise permit too much – as seems recently to have become the case in the U.S.³⁶ – providing special rights and exemptions that undermine principles of equality?

Politics of Recognition, Princeton 1994, pp. 99–101. Walzer is one of the more sovereigntist and communitarian of liberals.

³² International Covenant on Civil and Political Rights, arts. 1, 27, Dec. 16, 1966. S. Exec. Rep. 102–23, 999 U.N.T.S. 171.

³³ *Employment Division v Smith*, 494 U.S. 872, 885 (1990) (per Scalia, J) (involving the religious use of peyote, a banned drug).

³⁴ In fact, the U.S. Congress in response passed the so-called Religious Freedom Restoration Act (RFRA), precisely in order to require a compelling government purpose when religious interests are affected. 42 U.S.C. § 2000bb (1)–(4). Although highly valued these days by Christian Conservatives, RFRA was initially proposed by liberals seeking to protect Native American rituals involving ceremonial drugs. One might interpret the Bundestag’s overwhelming endorsement in December 2012, BGB § §1631(d) “Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes” in this vein as *privileging religious freedom over normal government regulation*.

³⁵ 42 U.S.C. §2000bb (1)(a)–(b).

³⁶ Recently, the Supreme Court in *Burwell v. Hobby Lobby*, 134 S.Ct. 2751 (2014), held

Religion is one aspect of culture, and like the former, the latter (except in the ever-fewer societies of extreme homogeneity) is particularistic. Over the past generation, culture has largely replaced class as the idiom of political debate, largely dissolving universalistic assumptions and undermining the core liberal distinction between private and public. With the decentering of identities and the demise of grand socialist alternatives, especially after 1989, culture has taken much of the place of class, and various “identity” claims have displaced broad economic categories. As long as there was a balance of class forces in western capitalist societies, political economy was a virtuous way to organize conflict. In distributional matters, compromise was generally possible. For a number of reasons, including but not limited to the overweening power of capital and high levels of migration, many societies have arrived at a culturalization of social conflict, a situation where, for example, fixed group demographics and identity replace malleable class conflict as an explanation for electoral and political outcomes.³⁷

As the circumcision debate helps to make clear, the genie is out of the bottle and issues of culture and identity are not to be denied or returned to a private sphere separated successfully from a public one. Just as socially embedded capitalism has become neo-liberalism, so social democracy has become social liberalism. Multiculturalists and nationalists alike have succeeded in this regard, and citizenship cannot be dissociated from culture. The venues in which battles are fought out distinctly affect the outcomes. When the organs of a state have to govern through religious, cultural and identity frameworks, outcomes as well as discourses will change.

So if, as so many say we must, we leave the world of class and secularism behind for the world of identity and values and post-secularism, then we must return to those, like Max Weber, who wrestled with the importance of pre-political and non-economic values in underpinning social systems and social solidarity. Let us, however, begin not with Weber but with the important 1960s German Catholic jurist Ernst-Wolfgang Böckenförde, author of the so-called “Böckenförde Paradox.” The paradox holds that our liberal states sit atop value-laden societies:

that it would violate RFRA to require that a closely held corporation provide insurance coverage for contraceptives that violated the corporation's owners' religious beliefs.

³⁷ The fundamentals of this debate were captured by Nancy Fraser and Axel Honneth, *Redistribution or Recognition?*, London 2003; see also Seyla Benhabib, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton 2002. Pres. Obama's 2012 election victory was explained, especially by media and academic supporters, as a triumph of identity demographics, not of class interests.

[t]he liberal, secularized state is nourished by presuppositions that it cannot itself guarantee. That is the great gamble that it has made for liberty's sake. On the one hand, it can only survive as a liberal state if the liberty it has allowed its citizens regulates itself from within, on the basis of the moral substance of the individual and the homogeneity of society. On the other hand, it cannot attempt to guarantee those internal regulatory forces by its own efforts – that is to say with the instruments of legal coercion and authoritative command – without thereby abandoning its liberalness and...lapsing into that pretension to totality... of the denominational civil wars.³⁸

The liberality of the liberal state is, in other words, nourished by and dependent on a certain value consensus, generally left undiscussed, except perhaps in times of revolution or constitution writing. In order to be able to dispute and fight democratically and stably over a certain range of matters, there needs to be a background consensus on numerous other matters, a consensus that goes sometimes to pre-political cultural as well as political values and not just rules, to justice and not just fairness. That agreement, in turn, cannot be limited to procedures or legality but must, *pace* both Rawls's overlapping or overarching consensus and Habermas's "constitutional patriotism," implicate historically and locally-produced sets of values, visions of justice, and a core of ethics. The homogeneity, however relative, however soft, that Böckenförde assumes, lies somewhere beyond constitutional patriotism and cultural uniformity.

Does this mean, or can this mean, that Germany is a country with a *Leitkultur*, one that is simultaneously modernist and Christian and which can therefore disfavor practices, such as circumcision, that are at odds with that *Leitkultur*? No one respectable makes such an argument. The reality of pluralism, the fact that consensus may be more an *overlapping* of different views than a single capacious *overarching* view, a fortiori commits the state itself to remain agnostic or neutral in its worldview and its conceptions of dignity or justice. For Habermasian liberals, the democratic constitutional state is self-sufficient, able by itself, without "pre-political" foundations, to supply normative justifications for loyalty and legitimacy. It is the democratic constitution and rational-discursive way of life itself that engenders legitimacy without metaphysics and while accommodating citizens with diverse beliefs.

This response to the Böckenförde Paradox is arguably persuasive insofar as the political arena is concerned – "trust" and "toleration" may indeed be generated through democratic constitutionalism. But it is more problematic in the social arena where legality alone may not be sufficient to generate legitimacy.

³⁸ Formulated in 1967, "Böckenförde's Paradox" was intended in part as a reminder of the salient role of religion in a democratic Germany. This English translation of Böckenförde is taken from the collection, *State, Society, and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*, New York 1991, p. 45. For a renewal of the Böckenförde discussion with reference to religious values, see Jürgen Habermas and Josef Ratzinger, *The Dialectics of Secularization: On Reason and Religion*, San Francisco 2006, and Habermas, et al. *An Awareness of What Is Missing: Faith and Reason in a Post-Secular Age*, Malden, Mass. 2010, pp. 18–19, 21.

While the “existence of a democratic constitutional state make[s] higher demands” of citizens than the rule of law alone might do, a redistributive social state “demands a more costly commitment and motivation, and these cannot simply be imposed by law” but rather are “embedded in a civil society that is nourished by springs that well forth spontaneously—springs that one may term pre-political.”³⁹ Legitimacy, in other words, cannot spring from legality alone but comes also from places like culture and ethics.

In debating with the then-Pope, Habermas recognized that “pre-political” civil society energies are what motivate citizens to go beyond their selfish interests to seek a common good and practice the solidarity and political virtue essential to a democracy: “liberal societal structures are dependent on the solidarity of their citizens.” Further, “not only in their abstract substance, but very specifically out of the historical context” of each nation is anything like constitutional patriotism possible. In the end, concedes Habermas, “the cognitive process on its own does not suffice”: “An abstract solidarity, mediated by the law, arises among citizens only when the principles of justice have penetrated more deeply into the complex of ethical orientations in a given culture.”⁴⁰ At the same time, however, Habermas wants the diverse ethical and religious values that inform society to be expressed only in the shared language of a secular state. This attempt to square the circle haunts efforts to govern the circumcision question through principles of religious freedom.⁴¹

We come close, then, to saying that a certain measure of community precedes the legal and social contract. At the same time, as Max Weber noted, “It is primarily the political community, no matter how artificially organized that inspires the belief in a common ethnicity.”⁴² German society then may, through its constitutional and democratic political process, create the *Zusammengehörigkeitsgefühl* necessary to accept and treat as German non-majoritarian practices like circumcision. Those feelings and practices of solidarity, of *Gemeinsamkeitsgefühl*, face great stress today in Germany as elsewhere, and the law’s respect for individual rights, minority rights, and religious freedoms may tolerate or even encourage a certain fractiousness.

³⁹ Jürgen Habermas and Joseph Ratzinger, *Dialectics of Secularization*, pp. 30–31.

⁴⁰ Ibid., pp. 31, 32, 33, 34. Finally, it is “cultural resources that nourish citizens’ consciousness of norms and their solidarity” (p. 46).

⁴¹ Habermas’s vision of a secular state with religious people sounds quite American and is, in any event, modeled on a very Protestant model of separation that does not work in Israel or Muslim countries. “Wie viel Religion verträgt der liberale Staat” in: *Neue Zürcher Zeitung*, 6 Aug. 2012, p. 12.

⁴² Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth and Claus Wittich (eds.), Berkeley (1978 ed.), p. 389.

Religious liberty and toleration are not here adequate principles or mechanisms. Were circumcision the practice of a fictitious group of Germans of about 200,000 or ¼ of 1 % of the population, then, though objectionable to the majority, it could be tolerated as a matter of indifference, harmless to the society as a whole, like the horse and buggy primary-school-only beliefs of some Mennonite sects.⁴³ But the 200,000 in question are Jews, and freighted history does not allow “indifference” on either side of the relationship. “Mere toleration” on the majority’s side would imply acceptance of a dependent, asymmetrical inferior position by the tolerated minority, which is given “permission” to be different.⁴⁴ And as Rainer Forst points out quoting Goethe: “Tolerance should be a temporary attitude only: it must lead to recognition. To tolerate means to insult.”⁴⁵

If toleration of Jewish circumcision via indifference does not work for historical reasons, it could not work for the Muslim population of 5 million or nearly 6 % (Pew) for numerical reasons alone. Further, since most of that population is still “becoming German,” the issue is one of respect (or non-respect) as moral political equals, of recognizing Muslims as belonging to a common framework of social life. Can majority German society and its legal institutions accept the right to justify the practice of circumcision?

Can the “homogeneity” or bonding forces of society provide bridges to others? If that homogeneity is based on particularistic ethical foundations – like the modernist, secularized, liberal Christianity of the *Leitkultur* that animates so many German jurists and ethicists – then “no.” Too much toleration would undermine the consensus that makes toleration and social solidarity possible to begin with. In the circumcision debates, the presumptive neutrality of science and the integrity of the individual and his will served as the outer defense perimeter against a challenge to that consensus. Illiberal liberalism at work. On the other hand, if some shared sense of fairness, fairness toward different ethical views, can grow out of the experience of living together and be backed by political and social power to help make others listen to diverse justifications, then the constructed homogeneity of society will allow us to say, “yes,” bonds and bridges are both possible in today’s Republic.

⁴³ The best known example of this approach is *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), a case in which the U.S. Supreme Court found that on account of their family’s religious beliefs Amish children could not be forced to attend school to age 16 or past 8th grade. The Court (mis-)construed the Amish as a harmless, hermetically sealed sect of about 15,000 in Wisconsin.

⁴⁴ This important point is made by Rainer Forst, “The Limits of Toleration,” in: *Constellations* 11:3(2004), pp. 313, 315.

⁴⁵ Ibid., p. 316 quoting J. W. Goethe, “Maximen und Reflexionen,” *Werke* 6, Frankfurt 1981, p. 507.

IV.2

Säkulare Republik, religiöse Pluralität und Menschenrechte in verfassungsrechtlicher Perspektive

Helmut Goerlich

Wenn die folgende Überlegung historisch einsetzt und von daher gewisse Attribute der Republik des Grundgesetzes zuschreibt, so heißt dies nicht, dass auf diesem Wege Rechtsfälle zu lösen sein sollen. Das operative Geschäft der Rechtsanwendung gehorcht anderen Methoden. Das Verfassungsrecht enthält oft speziellere Kautelen, sieht also speziellere Wege vor. Das ermöglicht aber auch, sich einer Klärung der zugrunde liegenden zentralen Begriffe mit gutem Grund zu entziehen. Diese Klärungen werden schlicht nicht benötigt, um die Rechtsfälle des Tages zu bearbeiten. Studierende können sich angesichts der Prüfungsstrukturen in ihrem Fach Grundfragen ebenfalls nur in ihren Nebenstunden zuwenden – und die haben sie kaum mehr, wenn sie auf dem Weg zur Zulassung zu diesen Prüfungen zahllose Klausuren zu bestehen haben. Dennoch ist die normative Basis dieser besonderen Kautelen tiefer fundiert. Und das kommt sozusagen ans Licht, wenn sich unerwartete Konfliktsituationen auftun oder neue Zugriffe in eine Deutung der Grundstruktur eines von seiner Verfassung geprägten Gemeinwesens erfolgen. Um beide Varianten der Wege ins Grundsätzliche geht es hier. Dabei gehe ich aus vom Begriff der Republik, der als Verfassungsbegriff von Juristen kaum entwickelt wird, da besondere Verfassungsbestimmungen etwas regeln, was dem Begriff der Republik zugeordnet werden könnte. Mir geht es hier darum zu zeigen, wie sich der säkulare, d.h. weltliche Charakter der Republik in Deutschland herleiten lässt und diese Eigenschaft der Republik dank einiger sich aus ihr ergebenden strukturellen Konsequenzen manchmal zu Lösungen in praktischen Fragen verhelfen kann. Dann werde ich den Begriff der Sakralität verwenden, der an sich kein juristischer Begriff ist; er meint, um das klarzustellen, eine Eigenschaft von Lehren oder Handlungen, die nach der Sicht religiöser Gruppen heilig, daher unverzichtbar und unantastbar sind. Auch setzt Säkularität heute eine Ämterordnung voraus; die Verantwortung erfordert eine freie Debatte, d.h. auch offenen Meinungskampf und damit die Unterscheidung von Glauben und Wissen. Das führt zu den Menschenrechten. Schließlich geht es um diese Rechte, die allerdings oft von Grund- oder Freiheitsrechten in Verfassungen verdrängt werden, also wiederum für die Rechtspraktiker eine sehr viel geringere Bedeutung haben mögen als ihre Bezeichnung anzeigt. Aber genug der Vorbemerkungen.

2.1 Recht der Republik

Das göttliche Recht – insbesondere das der Fürsten und der Könige – hat in der englischen Revolution des 17. Jahrhunderts und in der französischen Revolution des 18. Jahrhunderts gelitten.¹ Der Niedergang des göttlichen Rechts mündete in England Ende des 17. Jahrhunderts in die Glorreiche Revolution. In Frankreich endete dieser Prozess vor dem Ersten Weltkrieg im Laizismus besonderer Prägung; dieser Laizismus erfasste aber nie das ganze Territorium der französischen Republik.² Auch unterscheidet er sich vom türkischen Laizismus, wie er dort im Verfassungstext noch unverändert scheint.³ Unter dem Einfluss der in England erzogenen und ausgebildeten Elite der Kongresspartei wurde und wird dagegen Indien seit der Verfassung von 1950 und schließlich seit 1956 nach einer Verfassungsänderung ausweislich ihrer rechtsverbindlichen und insoweit unabänderlichen Präambel ausdrücklich als säkulare Republik verstanden.⁴ In Deutschland duldet die republikanische Tradition kein dynastisches Recht mehr neben sich. Insoweit mag man also im deutschen Recht die Republik sozusagen als „Grundrechtsschranke“ gegenüber dynastisch vorgeprägten Verhaltensweisen der höheren Aristokratie verstehen, gerade in Fragen des Ehe- und Erbrechts, so etwa der Testierfreiheit eines Erblassers, der die Fortsetzung des Hausrechts seiner Dynastie mit Hilfe seines Testaments befördern oder mehr oder weniger erzwingen wollte.⁵

¹ Vgl. etwa in einer etwas einfacheren Variante Robert Filmer, *Patriarcha or the Natural Powers of the Kings of England etc. & other Political Works of Sir Robert Filmer* (ca. 1642, erst 40 Jahre später und dann wiederholt gedruckt veröffentlicht, vgl. die Nachweise der hier zitierten Ausgabe S. 48), hgg. v. P. Laslett, Oxford 1949, bes. S. 93 ff.; gegen ihn John Locke, *Two Treatises of Government, In the Former, the False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer etc.*, (1679/80, veröffentlicht 1698) hgg. und mit einer Einleitung von P. Laslett, 2. Aufl., Cambridge 1970, S. 153 ff.; für die französische Tradition steht insoweit als Erzieher des Dauphin und insbes. als Autor Jacques-Bénigne Bossuet, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Paris 1671; zum endgültig organschaftlichen Verständnis der Krone, für die seit 1688 zunehmend Regeln über den Ämterzugang gelten, d.h. seit der Glorreichen Revolution, Kurt Kluxen, *Geschichte Englands*, Stuttgart 1968, S. 359 ff. (369 f.); zum Hintergrund Ernst Hartwig Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, Princeton 1957, hier S. 20 f.

² Mit weiteren Nachweisen Christoph Link, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., München 2010, § 25 Rn. 5 ff., 167 f.

³ Vgl. Präambel und Art. 2 der Türkischen Verfassung (Stand 1.1.2012) in der Übersetzung von Christian Rumpf zu den Merkmalen der Republik und ihres Laizismus; zwar lässt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte den Konventionsstaaten einen Beurteilungsspielraum auch in Anschung der Religionsfreiheit, aber das um sich greifende weite Verständnis des Schutzbereichs dieser Freiheit stellt dennoch den traditionellen Laizismus in Frage.

⁴ Mahendra Pal Singh, V. N. Shukla's *Constitution of India*, 12. Aufl., Lucknow 2013, S. A-23.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01 – NJW 2004, S. 2008 ff. (S. 2011 ohne Bezug auf die ideologische Basis des fürstlichen Rechts) und dazu Fabian Wittreck, „Republik“ als verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranke?“, in: Gilbert Gornig u.a., Hg., *Iustitia et*

In Mitteleuropa beendete die Republik in Deutschland und Österreich die Monarchien des 19. Jahrhunderts nach 1918. Die deutsche Republik von 1919 setzte dem monarchischen Prinzip und damit auch dem Gottesgnadentum ein Ende. Das monarchische Prinzip war zuletzt für diesen Bereich in Art. 57 der Wiener Schlussakte von 1815 formuliert worden⁶ und vorausgegangen war das Gottesgnadentum der heiligen Allianz der Monarchen von Österreich, von Preußen und von Russland.⁷ Konrad Hesse hat auf den Weg vom monarchischen Prinzip zur säkularen Republik in seinem Lehrbuch seit der ersten Auflage in typischer Kürze hingewiesen.⁸ Der Abschied vom göttlichen Recht der Monarchien ist heute nicht mehr näher zu erörtern.⁹ Hier sind nun zunächst nicht

Pax – Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, Berlin 2008, S. 881 ff. (886 f.); Georg Jellinek sah jedoch das Recht der Feudal aristokratie schon früher außer Kraft, vgl. ders., *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, Heidelberg 1908, S. 410.

⁶ Vgl. die Schlussakte der Wiener Ministerkonferenzen vom 15.5.1820, abgedruckt bei Ernst Rudolf Huber, *Dokumente zur Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, Stuttgart 1961, S. 81 ff. (88); wissenschaftlich Erich Kaufmann, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipis*, Halle 1906; heute Werner Heun, „Das monarchische Prinzip und der deutsche Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts“, in: Jörn Ipsen u.a., Hg., *Recht – Staat – Gemeinwohl. Festschrift für Dietrich Rauschning*, Köln 2001, S. 41 ff.; und zur staatsrechtlichen Struktur Otto Mayer, „Republikanischer und monarchischer Bundesstaat“, *AöR* 18 (1907), S. 1 ff.; historisch klassisch Fritz Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht* (1914), 2. Aufl., Darmstadt 1954, S. 3 ff.; zweifellos gab es eine „monarchistische Befangenheit“ der Staatsrechtslehre (Adolf Merkl), so Horst Dreier, „Die Zwischenkriegszeit“, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Hg., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, Heidelberg 2004, § 4 Rn. 50.

⁷ Vgl. Allianzvertrag zwischen Russland, Österreich und Preußen vom 26.9.1815, abgedruckt bei Huber, Dokumente (Anm. 6), S. 74 ff.

⁸ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Nachdruck, Heidelberg 1999, Rn. 122; dort wenige Verweise auf ältere deutsche verfassungsrechtliche Literatur; heute ist zu ergänzen etwa Horst Dreier, „Art. 20 (Republik)“, in: ders., Hg., *GG-Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl., Tübingen 2015 insgesamt; zur Frage der metaphysischen oder religiösen Begründung des Gemeinwesens dort Rn. 20, wobei er insoweit eher auf die Volkssouveränität und Art. 4 Abs. 1 GG zurückgreifen möchte, was gewiss ebenso vertretbar ist wie eine spezifische Ableitung aus der Folge der deutschen Verfassungsgeschichte; auch trifft zu, dass es neben den Vorschriften unter Art. 140 GG diese Ebenen sind, auf denen das operative Geschäft der juristischen Arbeit stattfindet; dann Rolf Gröschner, „Dogmengeschichte des grundgesetzlichen Republikbegriffs“, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Hg., *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 23, S. 370 ff.; ders., „Republik“, in: Hanno Kube u.a., Hg., *Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, Heidelberg 2013, § 24, S. 263 ff.; Eckart Klein, „Der republikanische Gedanke in Deutschland“, in: *DÖV* 2009, S. 741 ff.; Gerhard Robbers, „Republik“, in: Matthias Herdegen u.a., Hg., *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, München 2009, S. 379 ff.; vergleichend Diana Zacharias, „Terminologie und Begrifflichkeit“, in: Armin von Bogdandy u.a., Hg., *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. II, Heidelberg 2008, § 40 Rn. 10–13.

⁹ Allerdings bezeichnete Hesse den Gottesbezug des Grundgesetzes in seiner Präambel als nicht-normativen Teil dieser Verfassung, der mithin nahezu ohne rechtliche Bedeutung ist. vgl. Hesse, *Grundzüge* (Anm. 8), Rn. 115; vgl. auch Georg Lienbacher, „Religiöse Rechte“, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Hg., *Handbuch der*

die Konsequenzen der Republik für Amtsverständnis, Ämterordnung sowie infolgedessen für Funktionenordnung und „Gewaltenteilung“ darzulegen, vielmehr sollen zuerst die religionsverfassungsrechtlichen Entwicklungen in der Republik nachgezeichnet werden. Dabei ergibt sich für die deutschen Verhältnisse vielleicht auch ein besseres Verständnis des Wandels vom Staatskirchenrecht zum Religionsverfassungsrecht, der in den letzten Jahren absehbar wurde und sich mehr und mehr vollzieht. In weiteren Schritten ist dann eine Erörterung der Ämter- und Funktionenordnung im Sinne westlicher Verfassungstraditionen sowie der epistemologischen und demokratischen Grundlagen des Gemeinwesens möglich.

2.2 Revolution und Recht der Republik

Deutschland ist nach 1918 als Republik nicht mehr religiös fundiert. Die Verfassung von 1919 enthielt keinen Gottesbezug, es gab keine Kontinuität.¹⁰ Als bald sollte das Gemeinwesen durch diese Verfassung säkular begründet werden. Daran ändert auch nichts, dass diese Verfassung, als sie sich anschickte, das die Sakralität umhegende weltliche Recht – *ius circa sacra* – neu zu fassen, alsbald kirchenpolitische Kompromisse einging. Die Republik blieb indessen unangetastet. Eine Staatskirche gab es gemäß Art. 137 Abs. 1 der Reichsverfassung nicht mehr. Ein institutioneller Rahmen für die bisherigen Staatskirchen der Länder ebenso wie auch anderer „Religionsgesellschaften“ war dennoch nötig. Dies erforderte Kompromisse. Zweifellos, diese Kompromisse erhielten und enthalten – sie gelten gemäß Art. 140 GG i.V. mit Art. 137 Abs. 5 WRV bis heute – Privilegien zugunsten der bisherigen Staats- und ihnen gleichgestellten „Kirchen“, während kleinere „Religionsgemeinschaften“ allenfalls unter strengen Voraussetzungen für die Zukunft ähnliche Privilegien in Aussicht gestellt wurden und werden. Aber radikale Lösungen entsprachen nicht der Kultur einer bürgerlichen Republik. Daher schuf man im Anschluss an die prinzipielle Aussage zur Frage der Staatskirche den gebotenen Rahmen auf nationaler Ebene. Die Reichsverfassung selbst enthielt deshalb nun die dafür wesentlichen Regelungen. Das nahm

Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/1, 2. Aufl., Heidelberg 2014, § 12 Rn. 50 zur Säkularität im Verfassungsrecht und für den Gottesbezug in der Verfassung Tirols von 1989.

¹⁰ Dazu Horst Dreier, „Revolution und Recht“, ZÖR 69 (2014), S. 805 ff. (807 ff.); zur vorigen transzendenten Legitimität Helmut Goerlich, „Gottesbezug in Verfassungen“ (2004), in: Liv Jaeckel u.a., Hg., *Helmut Goerlich. Zur zugewandten Säkularität – Beiträge auf dem Weg dahin*, Berlin 2014, S. 47 ff.; selbst wenn jüngere Debatten in den deutschen Ländern – wie in Niedersachsen und nun wohl in Schleswig-Holstein – zur Aufnahme eines Gottesbezugs in die Landesverfassung führen (vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 78 v. 2.4.2015, S. 3), so liegt darin gewiss Demut, aber sicher keine Abkehr vom Republikanismus in diesen Ländern, noch weist es gar auf eine Rückkehr von Gottesgnadentum hin; so verhält es sich für manchen zur Zeit des Gottesbezugs anfangs des Grundgesetzes.

radikalen Strömungen in einzelnen Ländern die Spitze. Es verdeckte aber dann später auch die Säkularität der Republik als Ganzes. Daher überrascht heute, wenn etwa nunmehr Bundesgerichte diese Säkularität aufgrund eines besonderen Gleichheitssatzes durchsetzen, so wie zuletzt das Bundesverfassungsgericht mit seinem Beschluss vom 27. Januar 2015 zur Unterschiedlosigkeit staatlichen Verhaltens gegenüber allen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in der staatlichen Schule aus Anlass zweier Kopftuchstreitigkeiten.¹¹ Abzunehmen ist das Kopftuch u.U., wenn nämlich eine konkrete Gefahr für den Schulfrieden dadurch entsteht, dass religiös konnotierte Symbole von Schülern oder Lehrern sichtbar getragen werden und daher die Umstände sowie – wie anzumerken ist – die gebotene Professionalität den Verzicht auf dieses Tuch erfordern.

Vor einer Auseinandersetzung mit dem langen Weg des deutschen Verfassungsrechts zu solchen Entscheidungen ist allerdings ein Rückblick auf die Ausgangslage und die Alternativen der Entwicklung erforderlich. Er kann zeigen, welche Offenheit verfassungsrechtlich von Anfang an bestand. Auch kann deutlich werden, dass diese Offenheit fortbesteht. Und schließlich mag sich ergeben, dass dadurch solche Entscheidungen verständlicher werden und eine größere Akzeptanz erfahren.

1. Republiken beruhen auf säkularen Akten der Rechtsetzung, wobei es nicht einmal darauf ankommt wird, ob sie dank der verfassunggebenden Gewalt des Volkes zustande gekommen sind. Säkular sind sie allemal. Sie mögen sich allerdings auch als Republiken zugunsten religiöser Bindungen entscheiden, also etwa zu Republiken mutieren, die sich einer Religion oder einer Variante einer Religion zuordnen, also etwa als katholisch-christliche, orthodox-christliche oder islamische Republik firmieren. Allerdings kollidieren solche Zuschreibungen nach heutigem Verständnis wohl unweigerlich mit Menschenrechten, abgesehen von oft nicht frei von Konflikten gesehnen Freiheits- und Gleichheitsversprechen klassischer revolutionärer Republiken.¹² Dies ergibt sich aus dem heutigen Verständnis von Menschenrechten, das diese ihrem Schutzbereich nach jeweils oft weit versteht und jedenfalls für Staaten und Gemeinschaften von Staaten verbindlich macht. Die Europäische Menschenrechtskonvention leistet dies in Europa, neben weltweiten Pakten zur Gewährleistung von Menschenrechten.

Und die Menschenrechte sind es, die heute für die Säkularität des Rechts streiten. Sie tun dies nicht aus Gründen eines ihnen vorgegebenen Rechts, sondern im Interesse der individuellen menschlichen Autonomie ebenso wie im Interesse von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Daher wird

¹¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 und 1181/10 – EuGRZ 2015, S. 181 ff.

¹² Dazu Werner Heun, „Freiheit und Gleichheit“, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Hg., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. II, Heidelberg 2006, § 34 Rn. 6 und ff.

die religiös geprägte Republik die Ausnahme bleiben, oder aber anders herum: Solche Republiken müssen mindestens in erheblichem Umfange Ausnahmen zugunsten abweichender Sichtweisen machen und ihr Verhalten diesen gegenüber neutralisieren, wollen sie den Menschenrechten genügen. Und auch ein Laizismus, welcher Art immer, kann angesichts dieser Rechte nicht mehr rein durchgehalten werden. Viel spricht dafür, dass weder religiöse Zuschreibungen der gesamten Ordnung noch bereichsspezifische Rechtsgrundsätze – wie etwa die Formel vom Laizismus – auf Dauer Bestand haben können. Solche Zuschreibungen werden künftig dank der Menschenrechte zugunsten einer durchgehaltenen staatlichen Neutralität in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu Fall kommen. Allerdings kann derlei durchaus einen allmählichen Gang nehmen. Schließlich pflegen Staaten solche Grundsätze und Namensbestandteile nicht wie Schall und Rauch zu behandeln, sondern nach Lage der Dinge eher allenfalls anzupassen und *à la carte* zu modifizieren.

2. Die Republik besitzt nach allem eine säkulare Grundlage. Der souveräne „Wille des Volkes“ erzeugt auf säkulare Weise öffentliche Gewalt. Auf dieser Grundlage erhebt sie einen Ausschließlichkeitsanspruch. Daher mag sie gegenüber religiösen Vorstellungen zwar nach heutigem Stand der Entwicklung der Gewissens-, Glaubens-, Religions- und Weltanschauungsfreiheit offen sein, zugleich muss sie aber – auch um eben dieser Rechte willen – jede Usurpation öffentlicher Gewalt oder einen vergleichbaren Zwang gegenüber der Ausübung solcher Rechte zurückweisen und sich behaupten. Daher kann kein sozialer Verband gegenüber seinen Mitgliedern oder gegenüber ihm nahestehenden Personen Zwang ausüben. Und auch religiöse Rechtfertigungen können dafür nicht herhalten. Zumal Freiheitsrechte gegenüber der Republik derlei nicht begründen können. Sie gewährleisten solches Verhalten nicht. Um den Einzelnen selbst gegen einen Ansatz derartigen Verhaltens zu schützen, ist die Gewährleistung des freien Austritts aus Verbänden durch die öffentliche Gewalt stets sicherzustellen. Dass dies in Gesellschaften, die traditionell strikt austrittsfeindlichen Religionen verpflichtet sind, zu erheblichen Schwierigkeiten führt, steht außer Frage. Es handelt sich indes im Zeitalter der Menschenrechte um einen – wie Immanuel Kant vielleicht sagen würde – Probierstein republikanischer Freiheit.¹³

Allerdings kann die Republik unbeschadet der Austrittsfreiheit in ihrer Verfassung solchen Verbänden Privilegien zuweisen, die ihnen gestatten, Hoheits-

¹³ Zum Recht(sstaat) bei Kant: Andreas Kley, *Kants republikanisches Erbe – Flucht und Rückkehr des freiheitlich-republikanischen Kant – eine staatsphilosophische Zeitreise*, Baden-Baden 2013; und Kontext bei Pauline Kleingeld, *Kant and Cosmopolitanism – The Philosophical Ideal of World Citizenship*, Cambridge 2012, S. 29 ff., 139 ff.; und zu Republik sowie Gewaltenteilung bei Kant kritisch Werner Heun, „Das Konzept der Gewaltenteilung in seiner verfassungsgeschichtlichen Entwicklung“, in: ders., *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, Tübingen 2014, S. 56 ff. (65 ff.).

rechte auszuüben. Dies ist in Deutschland im Falle der Weimarer Reichsverfassung durch die kirchenpolitischen Artikel geschehen. In diesem Licht sind die Privilegien der christlichen Kirchen in Deutschland zu verstehen. Es mag daneben auch überlieferte Bestände solcher Privilegien für nicht-christliche Religionsgemeinschaften geben, die in Deutschland seit langem – schon im alten Reich deutscher Nation, das 1803 unterging – bestanden haben. Ihre Stellung wird durch die Fassung der sogenannten kirchenpolitischen Artikel der Weimarer Verfassung – sie sprechen nicht von Kirchen, sondern von „Religionsgesellschaften“ – ebenfalls sichergestellt.

Damit erkennt die Republik das Religionsrecht der betreffenden „Religionsgesellschaft“ aber nicht an. Es bleibt dann eine diffizile Frage, ob ein Privileg im Falle seines Entzugs oder seiner Verkürzung durch die öffentliche Gewalt etwa als Gehalt einer religionsrechtlichen Freiheitsgarantie verteidigt werden kann. Nahe liegt dies *prima facie* nicht.

Zudem führen gewährte Privilegien zu Fragen der Gleichbehandlung derjenigen Religionsgesellschaften, die sie aus historischen Gründen bisher nicht besaßen. Die Praxis kennt hier inzwischen eine weitreichende Tendenz zur Gleichbehandlung durch Erstreckung dieser Privilegien auf weitere Religionsgesellschaften. Schwierigkeiten bereitet dies allerdings, wenn die Erstreckung abhängig ist von der Verleihung eines Grundstatus, in Deutschland nämlich des Körperschaftsstatus als Körperschaft des öffentlichen Rechts, der an bestimmte qualifizierte Merkmale gebunden ist. Manche Religionsgemeinschaften können diese Anforderungen nur schwerlich erfüllen. Aber auch dieses Hindernis kann durch rechtliche Kunstgriffe überwunden werden, wenn der Wille dafür vorhanden ist. Denn schließlich erlauben religionsrechtliche Perspektiven im Lichte der Religionsfreiheit auch vereinsrechtlich gestalteten Gemeinschaften außerordentliche Schritte.

Solche Privilegien sind die mit dem Körperschaftsstatus verbundenen Rechte, also etwa neben Staatsleistungen die Steuerprivilegien und Gebührenbefreiungen, die Dienstherreneigenschaft, die Sonderstellungen christlicher Großkirchen im Bildungswesen und etwa auch – mit Rücksicht auf die Grundrechte anderer nur bis zu einem gewissen Grade – im Arbeitsrecht. Dabei stoßen all diese Privilegien auf gewisse europarechtliche Grenzen, sie können aber auch dem nationalen Verfassungsrecht nur genügen, weil sie verfassungsrechtlich abgesichert sind. Diese Absicherungen können sich in einem gewissen Umfange halten, schließen aber nicht aus, dass der republikanische, säkulare Staat andere religiöse Gruppen, Gemeinschaften und auch Weltanschauungsgemeinschaften gleichstellt – wozu er im Übrigen sogar verpflichtet sein kann.

3. Religionsfreiheit ist mehr als eine unüberwindbare Hürde – sie ist nicht Toleranzgewähr, sondern individuelles wie auch kollektives subjektives und darüber hinaus zugleich objektives Recht.¹⁴ Dieses Recht ist in seinen verschiedenen Geltungsmodi nicht nur zu beachten.

Die Republik ist zudem auch gehalten, dieses Recht zu schützen. Daher ist bloße Neutralität in Religionsangelegenheiten nicht mehr praktikabel. Sie reichtt einerseits rechtlich nicht aus. Und ein rigider Laizismus befindet sich andererseits nach heutigem Stand nicht mit den Menschenrechten in Einklang. Daher sind die Spielarten eines Laizismus heute Modifikationen ausgesetzt.

Das führt auch zu Modifikationen im deutschen Staatskirchenrecht. Es wird zunehmend Religionsverfassungsrecht. Und es erweist sich insofern in seiner bisherigen Auslegung als Übergangsrecht einer sich zunächst nach 1919 national und homogen verstehenden Gesellschaft der bürgerlichen Welt. Die Wiederaufnahme dieses Rechts in das Grundgesetz von 1949 fand in einer Gesellschaft statt, die sich ebenfalls als homogen verstand und es vielleicht – jedenfalls an der Oberfläche – teils als Folge der Verbrechen des vorausgegangenen Regimes und vermeintlich teils als Folge des Kalten Krieges zunächst auch war. Ändern sich die sozialen Strukturen, so wandelt sich auch dieses Recht.

Auch können dann in einer pluralisierten Umgebung sozusagen erratische Versatzstücke aus sakralen Traditionen aufscheinen und als sakrale Verhaltensweisen mit dem egalitär-säkularen Recht der Republik in Konflikt geraten. Das gilt besonders, wenn diese Verhaltensweisen als tradierte Elemente einer herkömmlichen Schriftreligion firmieren, wie das etwa im Falle der Beschneidung von Knaben jüdischer Herkunft in den ersten Tagen nach der Geburt zu sein pflegt.

Eine derartige Rückkehr in die Konfrontation mit sakralem Recht stößt sich an sich allerdings nicht mit legitimen Stabilitätserwartungen, die man mit einer offenen Verfassung unabhängig von ihrem republikanischen Charakter, der eher für eine gewisse Rigidität spricht, verbindet. Gerade das Verfassungsrecht muss um seiner Beständigkeit willen offen bleiben für Veränderungen im Normprogramm seiner Rechtssätze, wenn im Lebensbereich, d.h. im Normbereich erhebliche, etwa soziale und wirtschaftliche Veränderungen auftreten, die solche An-

¹⁴ Zur Fundierung dieser Freiheit im englischen Bürgerkrieg und im Neuengland des 17. Jahrhunderts – insbesondere durch Roger Williams – unter der Überschrift „Stiefkinder der Reformation“ Horst Dreier, „Zur Bedeutung der Reformation bei der Formierung des säkularen Staates“, in: Maik Reichel u.a., Hg., *Reformation und Politik, Europäische Wege von der Vormoderne bis Heute*, Halle/Saale 2015, S. 301 ff. (332 ff.); ein katholischer Bezug auf diese englische Tradition, insbesondere auf William Walwyn und die Leveller, bei Stefan Mückl, „Geistesgeschichtliche Grundlagen der Gewissensfreiheit“, in: Steffen Detterbeck u.a., Hg., *Recht als Medium der Staatlichkeit. Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 209 ff. (212) mit Bezugnahme auf Rainer Forst, *Toleranz im Konflikt*, Frankfurt 2003, S. 232 ff; dort auch zu Roger Williams, S. 239 ff.

passungen erfordern. Dies ist notwendig, will man dem direktiven Gehalt des Verfassungsrechts weiterhin zu größtmöglicher Wirksamkeit verhelfen.¹⁵

Daher können einerseits ganz im Sinne republikanischer Rigidität manche Privilegien und Sonderrollen früherer Großkirchen fragwürdig werden, also etwa Staatsleistungen im weitesten Sinne, die privilegierte Präsenz bestimmter Religionstraditionen im öffentlichen Raum, eine etwaige Zunahme konfessionell gebundener Ämter im Militär-, Erziehungs- und Bildungswesen u.s.w. Angesichts der Schutzhaltung des republikanischen Staates gegenüber allen Religionen kommen eher Erstreckungen als Streichungen in Betracht.

Andererseits können aber – und hier begegnet dann die Republik heute der Sakralität religiösen Handelns, das sie selbst ganz anders zu bewerten geneigt ist – entgegen jener republikanischen Rigidität auch gewisse historische, religionsrechtlich veranlasste Privilegien ins Licht staatlich-strafrechtlicher Be trachtung geraten. Damit beansprucht eine Religionsgemeinschaft Sakralität und deren Präsenz in ihren Lebensformen, Riten und religiös geprägten, u.U. schon lange praktizierten hergebrachten Rechtsgebräuchen. Dann stößt sich weltlich-säkulares Recht mit religiösem Recht einer Religionsgemeinschaft. So liegt es, wenn sozusagen das *ius divinum in sacra* einer solchen Gemeinschaft verlangt, etwas zu tun, was das staatliche Recht auf den ersten Blick inkriminiert. Das war der Fall, als die Beschneidung von Knaben nach jüdischem Ritus durch traditionelle jüdische Gemeinden¹⁶ ins Rampenlicht geriet. Es stellt

¹⁵ Methodisch Hesse, Grundzüge (Anm. 8), Rn. 32 ff., 36 ff. 41 ff.; Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin 1984, S. 114 ff., 225 ff.

¹⁶ Zum Körperschaftsstatus der örtlichen jüdischen Gemeinden und dessen Fortbestand Michael Demel, *Gebrochene Normalität – Die staatskirchenrechtliche Stellung der jüdischen Gemeinden in Deutschland*, Tübingen 2011, S. 337 ff.; Johannes Kuntze, *Bürgerliche Mitgliedschaft in Religionsgemeinschaften – Studie über die Rechtsbeziehungen der Mitglieder zu den römisch-katholischen, evangelischen, jüdischen und islamischen Religionsgemeinschaften in Deutschland*, Göttingen 2013, S. 307 ff.; Renate Penßel, *Jüdische Religionsgemeinschaften als Körperschaften öffentlichen Rechts. Von 1800 bis 1919*, Köln 2014, S. 501 ff. mit zahlreichen Einzelstudien zu den Verhältnissen in deutschen Staaten; die mit dem Beschneidungs-Urteil LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 – JZ 2012, S. 805 f. mit Anm. v. Barbara Rox und Helmut Goerlich/Benno Zabel und wiederum Barbara Rox, a.a.O., S. 1058 ff. angestoßene Diskussion leitet auch vor dem Hintergrund, dass eine Justiz-Kumpanei diese Entscheidung im Fall einer missglückten muslimischen Beschneidung ermöglicht hat, vgl. Hinweis bei Fabian Wittreck, „Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland“, in: Katharina Ebner u.a., Hg., *Staat und Religion – Neue Anfragen an eine vermeintlich eingespielte Beziehung*, Tübingen 2014, S. 73 ff. (77); dort noch deutlicher bei: R. Rauch, *Diskussionsbericht*, a.a.O., S. 170 f.; zur Lage in Österreich: Clemens Jabloner, „Shylocks Recht“ in: Jakob Nolte u.a., Hg., *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit. Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2014, S. 173 ff. (181 ff. und 185, Fn. 77: Knabenschneidungen sind legal); wenig einfühlsam, aber mit universalem Anspruch, indes ohne hinreichende Rücksicht auf die religiösen Gemeinschaften, ihre soziale Bedeutung und psychologische Wirkung Andreas Manok, *Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes*, Berlin 2015; ähnlich Rolf Dietrich Herzberg, „Ist die Beschneidungserlaubnis (§ 1631d BGB) mit dem GG vereinbar?“, JZ 2016, S. 350 ff. Jedenfalls kann man

sich hier jedoch religionsverfassungsrechtlich betrachtet eher ebenfalls die Frage einer behutsamen Erstreckung oder einer Revitalisierung von Privilegien auf gleich oder ähnlich liegende Fallgestaltungen als die eines Verbotes – jedenfalls soweit diese Riten heute eine gewisse Rücksicht auf Anforderungen der heutigen Medizin wahren. Dabei ist die Besonderheit der Lage in Deutschland, dass zwar einerseits – wie eben belegt – ein historisches Privileg für die jüdischen Gemeinden streitet, andererseits aber mit dem Fortfall des alten Reiches seit 1803 sich weder in den einzelnen deutschen Staaten noch vor allem später im Nationalstaat eine Anerkennung vollzog wie sie im Westen, in England, Frankreich und noch mehr in den USA, angelegt war durch die religiösen und dann auch durch die religionsrechtlichen Pluralisierungen dank der Dissenter und ihrer Denominationen sowie in Frankreich durch den napoleonischen Oktroi eines dann maßgeblichen, die Regeln prägenden und anerkannten nationalen Sandhadrins.¹⁷

den jüdischen Gemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht unterstellen, sie würden nicht *rechtstreu* sein, indem sie Beschneidungen am männlichen Kinde regelmäßig vornehmen – zur Rechtstreue als Erfordernis des Körperschaftsstatus vgl. BVerfGE 102, 370 (390). Jeweils besondere Rechtsbindungen kraft Herkommens oder Privileg sind zu unterscheiden von Tendenzen zu allgemeinen Freistellungen vom allgemeinen Recht, dazu kritisch und praktisch zu § 266 StGB *Frauke Rostalski*, „Verfahrenseinstellung bei ‚innerkirchlichen Angelegenheiten‘“, in: *RW* 2015, S. 1 ff. (12 ff.). Zur Beschneidung ist i.U. zu erinnern, dass in der Spätantike Versuche, die Beschneidung und den Sabbath im Rahmen einer Hellenisierungspolitik in Palästina zu verbieten, gescheitert sind, ja zum Makkabäeraufstand und erstmals zum Konzept des Märtyrers geführt haben, dem das Paradies gewiss ist; vgl. Nachweise bei Robin Lane Fox, *Die klassische Welt. Eine Weltgeschichte von Homer bis Hadrian*, Stuttgart 2010, S. 365; Reinhard Bingener, „Geist und Fleisch“, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 263/45 D 1 v. 10.12.2012, S. 1; Eintrag „Palestine“, in: *The New Encyclopaedia Britannica*, Bd. 25, 15. Aufl., Chicago u.a., 1995, S. 407 ff. (413, li. Sp.).

¹⁷ So Reinhart Koselleck, „Grenzverschiebungen der Emanzipation“, in: ders., *Begriffsgeschichten*, Frankfurt/Main 2010, S. 182 ff. (195 f.) mit Bezug auf Robert Liberles, „Emancipation and the Structure of the Jewish Community in the 19th Century“, in: *The Leo Baeck Yearbook XXXI* (1986), S. 51 ff.; dazu, dass bis zum Ende des alten Reiches die jüdischen Gemeinden Privilegien für ihre Statuten, Zeremonien und Gebräuche erhielten, vgl. exemplarisch Art. 7 des Schutzbrieves des reichsfreien Herren v. Liebenstein in Buttenhausen, ab 1805/06 Teil von Württemberg, aus dem Jahre 1787, der sich auf den kaiserlichen Schutz der Juden berief; Original einzusehen im Stadtarchiv der Stadt Münsingen, Württemberg; abgedruckt in Alfred Fritz, „Die Gemeinde der Juden in Buttenhausen“, in: Stadt Münsingen, Hg., *Münsingen. Geschichte, Landschaft, Kultur. Festschrift zum 500. Jahrestag des Münsinger Vertrages von 1482*, Sigmaringen 1982, S. 303 ff. (304 ff.); zur jüdischen Tradition heute Justus von Daniels, *Religiöses Recht als Referenz. Jüdisches Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich*, Tübingen 2009; die rechtsformlichen Strukturen gehen den späteren sozialen Verhältnissen voraus, vgl. dazu Ludwig Börne, „Für die Juden“, in: *Börnes Werke in zwei Bänden*, Bibliothek Deutscher Klassiker, Bd. 1, Berlin 1986, S. 154 ff. (159): „Denn die Juden, vom Volke bedroht, suchen Schutz bei den vornehmen Herren, und diese, von der Gleichheit geschreckt, suchen Waffen und Mauern im Gelde.“ – eine Symbiose, die manchmal sogar in Deutschland bis 1945 getragen hat, wobei die Mär vom Gelde und den Juden eben Mär ist, d.h. viele waren und blieben sehr arm. Der erste Schritt zur individuellen Gleichstellung von Juden erfolgte 1848. Nach der vollen staatsbürgerlichen Gleichstellung der Juden 1867 für die

Gewissermaßen in einem Exkurs ist dazu – d.h. auch zu einer im 19. Jahrhundert entstandenen Schutzlücke für bestimmte religiöse Gemeinschaften mit heute auch in der wissenschaftlichen Diskussion manifest werdenden Folgen – etwas vertieft anzumerken:

Schon im 18. Jahrhundert diskutierte man in Deutschland eine Dialektik der Emanzipation vom Religiösen, die zu Lasten der Riten der jüdischen Gemeinden zu enden schien. Kant erörterte im Zusammenhang der Emanzipation des Judentums eine „Euthanasie des Judentums“, ging aber ersichtlich davon aus, dass eine Emanzipation kein einseitiger Vorgang zu Lasten des Judentums sein dürfe, sondern auch das Christentum beträfe; hierüber war er sich offenbar auch mit Moses Mendelssohn einig. Es ging ihm nicht um Homogenität zugunsten der christlichen Konfessionen.¹⁸ Am Ende des alten Reichs waren die Privilegien der jüdischen Gemeinden dank des Schutzes des römischen – also des dann alsbald österreichischen – Kaisers und ihm folgend sowie mit Bezug auf seinen Schutz dank der vor allem auch in kleinen deutschen reichsfreien Herrschaften erlassenen einzelnen Schutzbriebe gesichert. Diese Schutzbriebe wiederholten und konkretisierten diese Privilegien, in der Regel verbunden mit besonderen Belastungen, etwa in der Besteuerung. Mit Fortfall des alten Reiches wurde dieser damit fortfallende Schutz scheinbar durch die zwar meist rechtlich bald verkündete, teils allerdings halbherzige und daher schwankende Emanzipation ersetzt. Die Emanzipation verpflanzte das Leben der Gemeinden und ihrer Mitglieder in die allgemeine Rechtsordnung. Die Emanzipation ergab damit aber auch neue Grenzen, auf die sie stieß, nämlich auf die Grenzen der allgemeinen Rechtsordnung, in die die Emanzipierten aufgenommen wurden. Das Problem des Fortfalls des bisherigen Schutzes wurde in den Gliedstaaten des deutschen Bundes gesehen, die zugleich Kultushoheit und Strafrechtsgesetzgebung innehatteten. Die einzelnen jüdischen Gemeinden wurden weithin als Körperschaften öffentlichen Rechts behandelt. Mit der Schaffung des Deutschen Reichs von 1871 fiel die Kompetenz zur Strafrechtsgesetzgebung dann aber dem Reich zu, jedoch nahm der deutsche Kaiser die Rolle als Schirmherr des Schutzes von Minderheiten, auch im symbolischen Sinne, nicht wahr. So konnte der Kompetenzwechsel langfristig die jüdischen Gemeinden gefährden, soweit ihre Riten mit dem Strafrecht kollidieren konnten. Denn das Reich sah das Problem nicht und griff es nicht auf. Es gewährte keine Garantien, die mindestens die Tradition der Schutzbriebe fortgesetzt

nationale, bis heute fortgeltende Anerkennung der jüdischen und der islamischen Glaubensgemeinschaften in Österreich 1890 bzw. 1912 vgl. Lienbacher, „Religiöse Rechte“ (Anm. 9), § 12 Rn. 52; für jüdisches Bewusstsein in Galizien vom Verlust des Schutzes mit dem Zerfall der Monarchie im Jahr 1918 und vom schwindenden Respekt vor dem alten gesalbten und dem weniger glaubwürdigen letzten Kaiser vgl. den berühmten 1945 in den USA verstorbenen Schauspieler Alexander Granach, *Da geht ein Mensch, Autobiographischer Roman*, Weimar 1966, S. 260, 316 f.

¹⁸ Dazu vor allem Immanuel Kant, „Streit der Fakultäten“, in: Wilhelm Weischedel, Hg., *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Bd. VI, Frankfurt/Main 1964, S. 261 ff. (320 f.).

hätten. Mit der Weimarer Republik kam es allerdings auf Reichsebene zu den kirchenpolitschen Artikeln der Reichsverfassung von 1919. Diese Artikel verstand man allerdings staatskirchenrechtlich, d.h. ganz in den bisherigen Denkmustern der Privilegierung großer tradierter christlicher Kirchen, also nicht religionsverfassungsrechtlich im Sinne einer auch normativ plural orientierten Vielfalt der Religionen und ihrer Organisationen. Daher wurde der Schutz der örtlichen jüdischen Gemeinden als Körperschaften öffentlichen Rechts und die Gewähr ihrer Privilegien nicht sichtbar aufgegriffen. Sie wurden gleich gar nicht ausdrücklich erwähnt. Geregelt wurde nur, dass weitere Körperschaften öffentlichen Rechts i.S. des Staatskirchenrechts zugelassen werden können. Manches, was bis 1918 Bestand war, wurde vergessen, so etwa die Garantie der theologischen Fakultäten und das Triennium, d.h. die allgemeine und obligatorische dreijährige voll-akademische Ausbildung von Theologen jenseits der bloßen Sprachstudien – eine Bildung, die dem Personal jedweder Religion zusteht; und auch an die jüdischen Gemeinden dachte man nicht.

Daher war nicht ausgeschlossen, dass sich die Emanzipation später gegen die tradierten Riten auswirken würde. Emanzipation zwang dann sozusagen zur Assimilation in einen allgemeinen Staatsbürgerstatus hinein, der strafrechtlich wirksame Ausnahmen zugunsten religiöser Riten oder ganzer Minderheiten nicht kannte. Dabei bestand für Juden trotz der Emanzipation weiterhin eine akzeptierte Pflicht zur Mitgliedschaft in der örtlichen jüdischen Gemeinde¹⁹ – Gemeinden, die sich nicht öffentlich-rechtlich in einer Körperschaft zusammenfassen durften.²⁰ Die Emanzipation blieb also einseitig und auf halbem Wege stehen; auch Kants ganz andere allseitige „Euthanasie“ fand nicht statt. Es gab nur den jüdischen Gemeindebund als privatrechtlich ausgestaltete Zusammenfassung der jüdischen Gemeinden. Mangels zentraler öffentlich-rechtlich anerkannter Repräsentanz blieben auch die Riten und Gebräuche ohne ausdrücklichen Schutz auf nationaler Ebene; daher schien es, als ob der nationalen Strafrechtsgesetzgebung freie Bahn gewährt wäre. Die Kirchen hatten zwar eine solche Repräsentanz auch nicht, aber sie bedurften ihrer nicht in dem Maße, weil sie keine Riten besaßen, die mit dem nationalen Strafrecht hätten kollidieren können und der beginnende, später ja über Partei und Staat aufgezwungene Rassenwahn berührte sie erst dann und wohl vor allem in der Frage der Christen jüdischer Herkunft, eine Frage, in der dann wenige – etwa Dietrich Bonhoeffer – eindeutig Gegenposition bezogen. Erst heute, mit der – allerdings durch die uniforme Nation des Nationalismus und des Nationalsozialismus

¹⁹ Vgl. Liberles, „Emancipation“ (Anm. 17), S. 61 ff.; zum Festhalten an der Zugehörigkeit nach der Emanzipation ders., „Was There a Jewish Movement for Emancipation in Germany?“ in: *The Leo Baeck Yearbook XXXI* (1986), S. 35 ff.

²⁰ Vgl. jetzt zur freien, indes immer noch nicht ganz freien Mitgliedschaft in jüdischen Gemeinden nach weltlichem Recht BVerfG, Beschl. v. 17.12.2014 – 2 BvR 278/11 – NVwZ 2015, S. 517 ff.

verzögerte – Pluralisierung der Gesellschaft als einem anerkannten Phänomen der Moderne wurde dies deutlich. Insofern war im alten Reich ein pluraleres Gemeinwesen eher angelegt als im Homogenität, Uniformität und Rechtseinheit postulierenden Nationalstaat. Heute sehen wir dank der Pluralität der religiösen und sozialen Welt innerhalb der „Nation“ das deutlicher als zuvor und als in der Nachkriegszeit. Wir sind daher auch geneigt, solche Riten, die den Status der Mitgliedschaften ermöglichen und prägen, nunmehr in den Schutzbereich der kollektiven Religionsfreiheit, sich selbst nach eigenen Regeln zu verwalten, zu Lasten von Freiheiten anderer aufzunehmen. Das mag also vereinzelt Raum für religiöses, der Sakralität verpflichtetes Recht unter dem Schirm weltlichen Rechts – insbesondere der Freiheitsrechte – schaffen.

Dazu gilt heute andererseits zumal: Die ganz unterschiedlichen laizistischen Traditionen in verschiedenen Konventionsstaaten des Europarates werden angesichts der verbindlichen normativen Reichweite der Religionsfreiheit auch auf dieser Ebene eher zu Anpassungen führen müssen als zu einer starren Behauptung nationaler republikanischer Traditionen. So ist der Türkei eher zu empfehlen, das deutsche staatskirchenrechtliche Modell als Muster zu wählen, um von der Privilegierung des sunnitischen Islam bis hin zu seiner Rolle als verdeckte Staatsreligion loszukommen.²¹ Nichts anderes gilt für den französischen Laizismus, der von der Politik durch die Kommunikation mit den großen Religionen ohnehin schon verlassen wurde und im Übrigen nie vollständig durchgesetzt worden war.

4. Im Ergebnis führen die hier umrissenen Entwicklungslinien zu einer zugewandten Säkularität des republikanischen Staates gegenüber den Religionen,²² wie dies eine religiös und weltanschaulich pluralisierte Gesellschaft ohnehin nahe legt. Gerade weil die Religionen zurückkehren, mithin eine fortschreitende Säkularisierung der Gesellschaft keineswegs als gesichert erscheint, im Gegenteil, neue Religiosität im öffentlichen Raum und in privaten Welten sichtbar wird, muss eine den Grund- und Menschenrechten verpflichtete Republik mit gesteigerter Aufmerksamkeit und Zuwendung agieren. Dies kann historische Privilegien gerade von traditionellen Großkirchen in Frage stellen. Solche Privilegien sollten indes durch eine dem Gleichheitssatz genügende Behandlung neuer Gruppen und präsent gewordener anderer Religionen gerade angepasst, nicht aber schlechthin beseitigt werden.²³

²¹ Vgl. Helmut Goerlich, „Laizität und Religionsfreiheit“, in: Jaekel u.a., Hg., Helmut Goerlich (Anm. 10), S. 253 ff.; zum Hintergrund auch Jocelyn Maclure/Charles Taylor, *Laizität und Gewissensfreiheit*, Frankfurt/Main 2011, zu französischen Verhältnissen.

²² Diese Formel legt Lissabon nahe, vgl. Helmut Goerlich, „Die zugewandte Säkularität der Europäischen Union und die religionsrechtliche Vielfalt ihrer Mitgliedstaaten“, in: Jaekel u.a., Hg., Helmut Goerlich (Anm. 10), S. 273 ff.; Markus Kotzur, „Religionsfreiheit als Thema der Völkerrechtsordnung“, in: Liv Jaekel u.a., Hg., *Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft. Beiträge aus Anlass des 70. Geburtstags von Helmut Goerlich*, Tübingen 2015, S. 129 ff.

²³ Dazu bereichsspezifisch und differenziert Jost-Benjamin Schroten, *Gleichheitssatz*

2.3 Ämter – Funktionen – Ordnung

Dank der Säkularität der Republik verändern sich schließlich auch Amtsverständnis und Ämterordnung.²⁴ Anders als in anderen Herrschaftsformen sind Ämter weder erblich noch käuflich. Sie sind regelmäßig befristet und sind verantwortlich wahrzunehmen. Zunehmend werden sie nach rationalen Kriterien gestaltet, einander zugeordnet und vergeben. Nur sehr selten können sie noch Konfessionsämter sein, d.h. im Zugang und der Amtsführung die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft voraussetzen. Der Ämterzugang unterliegt grundrechtlichen Diskriminierungsverboten und setzt schon vor der grund- oder auch menschenrechtlichen Wende eine zunehmend präzisierte fachlich-sachliche Befähigung neben einer überprüfbaren persönlichen Eignung, auch im Sinne einer distanzierten Professionalität im jeweiligen Berufs- und Amtsbereich, voraus.

1. Die Umrisse der Ämter durch Ausgestaltung von Status, Aufgaben und Befugnissen führen zu einer Funktionenordnung. Sie muss nicht nur die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes sicherstellen, sondern zugleich auch gewährleisten, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen der Republik erfüllt werden. Hierzu gehört eine Balance der Funktionen und Aufgaben, der Verantwortlichkeiten und Kontrollmechanismen. So ist nicht nur der Ämterzugang u.a. vom Umfeld auch der Bürger- und Menschenrechte geprägt, sondern auch die Zuordnung der Ämter untereinander und im Verhältnis zu Repräsentativorganen muss Elemente der partizipatorischen Beteiligung, der demokratischen Kontrolle und der Verantwortlichkeit aufgreifen.

Nur dann ist das Diktum der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789/3.9.1791 – also noch vor der Beseitigung der Monarchie – erfüllt, das bekanntlich in Art. 16 dieser Erklärung steht: „Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.“²⁵

und Religionsgemeinschaften. Die gleichheitsrechtliche Behandlung von Religionsgemeinschaften nach den Bestimmungen des GG, der EMRK und der EU-Grundrechte-Charta unter besonderer Berücksichtigung ihrer Organisationsformen, Tübingen 2015.

²⁴ Dies heißt nicht, dass nicht gerade das kirchliche Amtsrecht – etwa im gleichen Ämterzugang – Modell gestanden hat für das säkulare Amtsrecht; vielmehr ist es erst die Verknüpfung von Feudal- und Kirchenrecht, die erforderlich machte, ein eigenes säkulares, von Standesrecht und Ämterkauf befreites Recht der Ämter zu schaffen, um sich vom Feudalrecht zu lösen; zur „Konfessionalisierung“ des Fürstenstaates Horst Dreier, „Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat“, JZ 2002, S. 1 ff. (5 f.); ders., „Zur Bedeutung der Reformation“ (Anm. 14), S. 301 ff. (307 ff.).

²⁵ Abdruck in: Gerhard Commichau u.a., Hg., *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, 6. Aufl., Göttingen 1998, S. 73 ff. (76); der innere Zusammenhang zwischen Freiheit und Gewaltenteilung schon bei Charles-Louis de Montesquieu, *Geist der Gesetze* (1748), Buch XI, Kap. 6 am Beispiel seines Bildes von der englischen

2. Die Republik ist allerdings nicht in der Weise von Menschen- und Bürgerrechten durchdrungen, dass diese Rechte in ihren Schutzbereich diese Ordnungsstrukturen aufnehmen und so die gesamte Verfassung der Republik über diese Rechte eingefordert werden könnte, also sozusagen ein Recht auf Republik neben einem Recht auf Demokratie und Gewaltenteilung zur Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden oder ähnlichen Behelfen führen könnte. Hier könnte im republikanischen Bundesstaat allenfalls ein Bund-Länder-Streit von einem oder mehreren Ländern ausgelöst werden – was bisher in Ansehung der europäischen Integration in Deutschland nicht geschehen ist. Zudem ist anzumerken: Es bleibt die Ausgestaltung der republikanischen Verfassung auf nationaler Ebene und über sie hinaus in einem gewissen Maße offen für verschiedene Lösungen in vielen Einzelfragen. Allerdings wird es politisch zunehmend unmöglich, andere, insbesondere ältere, Formen von Republik zu präsentieren als solche, die von den Grundmaximen der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit ausgehen sowie freiheitlichen, egalitären und sozialen Charakter besitzen.

Überhaupt führen diese Rechte zu einer Gestaltung, die dem westlichen Modell des Verfassungsstaates weithin genügt oder zumindest den Schein solcher Verfasstheit wahrt.

3. Damit sind Identität und Wandel republikanischer Verfassungen angesprochen. Sie stellen sich gegenüber internen Änderungen ebenso wie im Verhältnis zu Varianten regionaler, hier also europäischer Integration. Das gilt nicht nur im Verhältnis zur Europäischen Union (EU), sondern auch etwa zum Europarat und hier insbesondere zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK),²⁶ die durch die Rechtsprechung des zugehörigen Gerichtshofes fortgebildet wird. Im Verhältnis zur EMRK zeigen Normkonflikte um die Religionsfreiheit diese Schwierigkeiten, etwa nach dem im Wege der Verfassungsänderung etablierten nationalen Minarettverbot der Schweiz oder im Falle eines rigiden, verfassungsfesten Laizismus überhaupt. Im Verhältnis zur EU werden solche Fragen seit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Integrationsfortschritten durch Vertragsänderungen erörtert. Die Vorbehalte dieser Rechtsprechung haben gewiss auch Korrekturen auf europäischer Ebene hervorgerufen, die den deutschen Reserven entgegenkommen. Das gilt auch für eine inzwischen beträchtliche Stärkung des

Verfassung; zusammenfassend Klaus Stern, „Die Idee der Menschen und Grundrechte“, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Hg., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, Heidelberg 2004, § 1 Rn. 20, 25; zum allmählichen Wandel im englischen Verfassungsrecht etwa Helmut Goerlich, „Faires Verfahren und Funktionenordnung – oder die verfassungsrechtlichen Verdienste des Bailiff von Guernsey im Lichte der EMRK“, in: Karsten Gaede u.a., Hg., *Im Zweifel für die Freiheit. Gedächtnisschrift für Manfred Seebode*, Berlin 2015, S. 275 ff. und Heun, „Konzept der Gewaltenteilung“ (Anm. 13), S. 56 ff.

²⁶ EMRK (v. 4.11.1950) i. d. F. d. Bek. v. 17.5.2002 (BGBl. II, S. 1055), geänd. durch Protokoll Nr. 14 v. 13.5.2004, Bek. v. 21.2.2006 (BGBl. II, S. 138).

Europäischen Parlaments, des europäischen Grundrechtsschutzes und dessen Durchsetzung.

Insofern ist es berechtigt, inzwischen Elemente republikanischer Ordnung auch auf europäischer Ebene und sogar der internationalen Ebene überhaupt zu konstatieren.²⁷ Nicht ganz zufällig mag übrigens unter Aspekten der Transparenz und Rationalität auch sein, dass im Zusammenhang des Wahlrechts in einschlägigen Entscheidungen zu Wahlcomputern und Briefwahl nicht nur, wie bisher schon „Demokratie“ als normative Anknüpfung, sondern nun auch „Republik“ als neuer normativer Bezugspunkt auftaucht, ohne dass allerdings die Rechtsanwendung davon neben dem dabei jeweils ebenfalls berufenen Rechtsstaat und der Demokratie schon geleitet würde.²⁸

Transparenz und Rationalität implizieren auch Publizität, Distanz und Neutralität, sofern sie Einsicht, Verständnis, Beteiligungsbereitschaft und Initiative sowie öffentliches Vertrauen im Sinne eines *public trust* sichern sollen. Diese auf den Menschen ausgerichteten Qualitäten der Wahrnehmung öffentlicher Funktionen macht eine jüngere Untersuchung zu Merkmalen eines hinreichenden Verständnisses der Republik sichtbar,²⁹ die das Gemeinwohl zu ermitteln sucht. Sie muss daher auf Kommunikation, Kritik und öffentliche Meinungsbildung aus sein, sich also in Kategorien des Wissens, nicht in solchen des Glaubens verhalten, wie nun näher auszuführen ist. Daher auch ist es nicht erstaunlich, dass die Republik als solche nicht die Rechtsfigur darstellt, an die die juristische Ausarbeitung der Sicherung der Säkularität des Gemeinwesens anknüpft. Dies sind vielmehr in der Tat heute die Volkssouveränität und die Garantien der Gewissens-, Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit, hierzulande in Art. 4 Abs. 1 GG. Sie stellen sicher, dass die Grundlagen des Gemeinwesens diesseitig, also weltlich, verstanden, und im Alltag der Rechtsdurchsetzung beachtet werden, sodass auch der Einzelne kraft seines Grundrechts und seiner Partizipation auf diesem Wege Schutz findet.

²⁷ Dazu, indes kaum Bezug zur Säkularität der Republik Karsten Nowrot, *Das Republikprinzip in der Rechtsordnungengemeinschaft*, Tübingen 2015; bei ihm findet sich der Bezug auf das öffentliche Amt, eine Amterordnung, Publizität, Transparenz und Partizipation sowie zudem Verantwortungsbewusstsein der Bürger und Menschenbezogenheit der Ordnung; auch Thorsten Thiel, *Republikanismus und die Europäische Union*, Baden-Baden 2010; und zur aktuellen Theorie unter Aufarbeitung der transatlantischen Debatte Daniel Schulz, *Die Krise des Republikanismus*, Baden-Baden 2015.

²⁸ Vgl. BVerfGE 123, 39 (68, 69) – Wahlcomputer; 134, 25 (30) – Briefwahl zum Europäischen Parlament u. jetzt BVerfGE 144, 20 (206) – NPD-Verbot.

²⁹ Dazu Nowrot, Republikprinzip (Anm. 27), S. 204 ff. und später; zu ihr meine Rezension, *Die Verwaltung* 48 (2015), S. 290 ff.

2.4 Republik – Glaube und Wissen – Partizipation und pluralistische Demokratie

Republik geht dennoch trotz ihrer unterschiedlichen Formen, die schon früh hervorgehoben wurden,³⁰ einher mit der Vorstellung von der Legitimation durch das Volk. Nicht von ungefähr setzt sich der englische Royalist *Sir Robert Filmer* in seiner eingangs genannten Schrift mit diesen Strömungen auseinander.³¹ Sein dort genannter Gegner ist *Hugo Grotius*, der in der Tat die zivile Gewalt vom Volk abhängig macht, sodass Verantwortlichkeit des Fürsten diesem gegenüber besteht.³² *Grotius* steht in der Tradition des rationalen Naturrechts, auch er will das Recht allein aus der Vernunft, *sola ratione*, entwickeln, *etsi Deus non daretur*.³³ Es kommt daher auf Wissen, nicht auf den Glauben an, will man die öffentliche Ordnung ausloten. Dies gilt auch für frühe Republikaner³⁴ und dann dauerhaft in der republikanischen Tradition.³⁵

1. Dem entspricht im frühen 17. Jahrhundert der Sieg der Wissenschaft, die den Wert des Wissens gegenüber dem Glauben betont. Dabei rückt ein aufklärerisches Interesse an einer Neuorganisation der Wissenschaft³⁶ neben einen marktorientierten Sinn für den Wert einer Person³⁷ und eine Marktorientierung der Wahrheitssuche.³⁸ Diese Marktorientierung führt zur freien Debatte in der Wissenschaft, selbst wenn diese noch immer der höheren Ehre Gottes

³⁰ Niccoló Machiavelli, „Discorsi“, Kap. 2, abgedr. in: Herfried Münkler, Hg., *Niccoló Machiavelli, Politische Schriften*, Frankfurt/Main 1990, S. 132 ff.

³¹ Vgl. Filmer, Patriarcha (Anm. 1), S. 68.

³² Siehe Hugo Grotius, *Vom Recht des Krieges und des Friedens* (1625), Klassiker des Völkerrechts, Bd. 1, Tübingen 1950, S. 96, 103 und passim.

³³ Hugo Grotius, „Vorrede“, in: ders., *Vom Recht des Krieges und des Frieden* (Anm. 32), S. 33.

³⁴ Zera Silver Fink, *The Classical Republicans, An Essay in the Recovery of a Pattern of Thought in Seventeenth Century England*, Evanston 1945; exemplarisch Caroline Robbins, Hg., *Two English Republican Tracts*, Cambridge 1969; auch John Greville Agard Pocock, *The Machiavellian Moment – Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton 1975; und Philip Pettit, *Republicanism – A Theory of Freedom and Government* (1997), Oxford 2010.

³⁵ Für eine Übersicht Philipp Hölsing, *Republikanismus – Geschichte und Theorie*, Stuttgart 2014; auch historisch, darunter auch zu Spinoza die Beiträge in: Helmut Georg Koenigsberger, Hg., *Republiken und Republikanismus im Europa der frühen Neuzeit*, München 1988.

³⁶ Etwa Francis Bacon, “The Advancement of Learning”, in: Brian Vickers, Hg. *Francis Bacon. The Major Works*, Neudruck, Oxford 2008, S. 120 ff.; dazu Wolfgang Krohn, *Francis Bacon*, 2. Aufl., München 2006, S. 72 ff.; zu Hobbes früher, vgl. Friedrich Otto Wolf, *Die neue Wissenschaft des Thomas Hobbes*, Holzboog 1969, S. 67 ff.

³⁷ Vgl. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Nachdruck der Ausgabe von 1651, Oxford 1958, Teil I, Kap. 10, S. 66 ff.; ähnlich Francis Bacon, *Essays, or Counsels, Civil and Moral* (1625), Harvard 1960, S. 277 ff. (The Praise of Knowledge); insoweit nicht abgedruckt in Francis Bacon. *The Major Works* (Anm. 36), bei dem Hobbes zeitweilig Amanuensis war.

³⁸ Hobbes, *Leviathan* (Anm. 37), Teil I, Kap. 7, S. 50 und Teil I, Kap. 13, S. 94 ff. (96 f.).

angesichts seiner Schöpfung dient. Hier ist dies von Interesse, weil damit nicht nur die Republik als rationales Konstrukt menschlichen Geistes bestätigt wird, sondern auch die Willensbildungsprozesse an die Befugnis des Menschen anknüpfen, sich seines Verstandes zu bedienen, mithin Rechte wahrzunehmen, die ihm kraft seiner Gattung zustehen. Dies stellt den inneren Zusammenhang nicht nur zwischen Freiheit und Verfassung, sondern auch zwischen Republik und Rechten her, wie er seit dem Siegeszug der Menschenrechte immer schon nahe lag und heute politischer Gemeinplatz ist – so sehr, dass auch Monarchien sich ihm nicht mehr widersetzen. Dabei wurzelt dieser Geist der individuellen Gewissheit in der Wissenschaft zweifellos in der religiösen Kategorie des Gewissens, die *Thomas Hobbes* zugleich als Quelle des Unfriedens erschien, die trotz aller inneren Souveränität des Staates nicht zu stillen ist und auch ein Risiko darstellt.³⁹

Damit sind zugleich alle Merkmale einer freien öffentlichen Debatte angeprochen. Das reicht von der Rationalität zur Publizität und über Transparenz zu Fairness und Waffengleichheit in der Wahrheitssuche und im Meinungskampf der Ideen und Auffassungen, ohne dass nun hier eine Genealogie freiheitlicher Rechte des Individuums auszubreiten ist. Gewiss muss man sagen, diese Rahmenbedingungen sind Praxis erst im modernen Verfassungsstaat, sie sind aber vorgezeichnet in der politischen Theorie des modernen Staates zugleich mit dem Aufbruch in die Moderne zu Beginn der Neuzeit und mit ihrem Weg zur säkularen Republik. Und dabei ist auch deutlich, dass – sobald freiheitliche Rechte auf den Plan treten – geboten ist, dass sie säkular ausgelegt werden, mithin jene Offenheit des Meinungskampfes sich auch spiegelt in der Offenheit der Deutung dieser Rechte.

2. Die Säkularität der Republik ergibt nämlich nicht nur die Unterscheidung von religiösem und bürgerlichem Recht. Sie führt mit der Gewährleistung religiöser Freiheiten allmählich auch zur Pluralisierung der Rezeption des Religiösen, sobald die Konfessionalisierung des Staates zurücktritt und die Menschenrechte stärkeres Gewicht gewinnen.⁴⁰ Dann entstehen auch Schutzbereiche für die Sakralität des Religiösen mit dem Maß der Säkularität des republikanischen Verfassungsstaates. Sie werden allerdings durch die Säkularität auch der Menschenrechte gewährleistet, deren Sakralisierung fragwürdig wäre.⁴¹ Es erstaunt übrigens daher nicht, dass Versuche der Sakralisierung der Menschenrechte, insbesondere der grundlegenden Menschenwürde, erst in

³⁹ Hobbes, Leviathan (Anm. 37), zu Vernunft, Frieden und Gewissen u.a.: Teil I, Kap. 13 am Ende, S. 98 und Teil I, Kap. 16, S. 121; vgl. auch ders., *Elements of Law Natural & Politic*, hgg. v. Ferdinand Tönnies, 2. Aufl., London 1969, Teil II, Kap. 8, Nr. 5, S. 171; näher Reinhard Koselleck, *Kritik und Krise* (1959), Frankfurt/Main 1973, S. 28 ff.

⁴⁰ Dazu Dreier, „Zur Bedeutung der Reformation“ (Anm. 14), S. 303 ff. (317 ff.).

⁴¹ Vgl. die Debatte um Horst Dreier, *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*, Tübingen 2013, und dazu jetzt Michael Stolleis, „Kon-

jüngerer Zeit aufgekommen sind.⁴² Und sie sind meist stehen geblieben bei ihrem Ansatz einer Sakralisierung der Person mit Hilfe der Menschenwürde, gehen also nicht dazu über, die Menschenrechte insgesamt zu sakralisieren.⁴³ Diese Versuche könnten, ließen sie sich durchhalten und im Einzelnen durchführen, zu einer Rekonfessionalisierung des Gemeinwesens führen, wie sie für den Staat vor Aufklärung und Revolution typisch war. Solche Sakralisierungsversuche in sozusagen konfessionalisierender Absicht weist die Republik zurück. Sie beruhen auf der Umdeutung der Sprache ihrer Verfassung und stifteten auf diesem Wege kaum mehr als Sprachverwirrung. Auch stifteten sie Unruhe, indem sie die befriedende Wirkung der Sprache der Verfassung im Wege terminologischer Vereinnahmungen einzelner Begriffe gefährden. Religiöses Recht und Religionsverfassungsrecht oder im Kontext der Verfassung als Ganzes ihm zugeordnete allgemeinere Begriffe der Verfassung – in der traditionellen Terminologie des Religionsrechts *ius divinum in sacra* und *ius circa sacra* – werden vermengt. Damit geht die befriedende Distanz des Verfassungsrechts verloren. Gerade ein derartiges Verfassungsrecht intendiert indes die Republik.

Mit der Distanz der Republik zum Religiösen wächst auch die Distanz ihres Staates zu Kirchen und Religionsgemeinschaften. Diese werden zunehmend als Verbände verstanden und verstehen sich ihrerseits als Teile und Ausprägungen autonomer Verbandsbildung im demokratischen Gemeinwesen.⁴⁴ In diesen Verbänden vollzieht sich je eine eigene Willensbildung, die eigenen Regeln folgt. Diese mag durchaus den Regeln des Vereinsrechts als Ausdruck freier Verbandsbildung widersprechen; der Staat ist sogar gehalten, dies sicherzustellen und auch insoweit Rechtsformen vorzuhalten, die mit den Prinzipien seines säkularen Rechts im betreffenden Rechtsgebiet kaum vereinbar sind.⁴⁵ Der Staat kann jedoch denen, die dabei in schwere interne Konflikte geraten, nur den freien Austritt gewährleisten, den wiederum die Menschenrechte sichern.⁴⁶

fessionalität versus Säkularität im deutschen Staatsrecht“, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter, Hg., *Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder*, Tübingen 2015, S. 297 ff. (306 f.).

⁴² Vgl. dazu Hans Michael Heinig, „Der Protestantismus in der deutschen Demokratie, Vortrag auf der Kirchenrechtlerstagung im April 2015 in Halle, Saale“, in einer Fassung abgedruckt in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 195 v. 24.8.2015, S. 6; in wissenschaftlicher Fassung nun ZevKiR 60 (2015), S. 227 ff.; er unterschied im Vortrag diese jüngeren Ansätze von einer allgemeinen Verankerung in der „abendländischen“ Überlieferung, dem „Christentum“ und dem „Humanismus“.

⁴³ Typisch dafür Hans Joas, *Die Sakralität der Person, Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Frankfurt/Main 2011.

⁴⁴ Klassisch Konrad Hesse, „Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen. Zur Gegenwartslage des Verhältnisses von Staat und Kirche in der Bundesrepublik“, in: ZevKiR 11 (1964/65), S. 337 ff.

⁴⁵ Vgl. etwa BVerfGE 83, 341 ff. (358 ff.) – Bahai – zur Abweichung von Anforderungen des Vereinsrechts.

⁴⁶ Siehe BVerfGE 44, 37 ff. (49 ff.) und 59 ff. (66 ff.) – Kirchenaustritt; und etwa die aus-

3. Auf diese Weise wird Partizipation möglich, die in der Republik demokratische Formen annimmt. Freie Verbände beeinflussen zwar die Willensbildung der Demokratie. Entscheidend bleibt aber die Stimme des Einzelnen. Sie verschafft demokratische Legitimation, zunächst und stetig nicht nur dank der richtig verstandenen verfassungsgebenden Gewalt des Volkes,⁴⁷ sondern auch dank individuellen Verhaltens. Dessen Einbettung in die Vielfalt sozialer Beziehungen, auch in Verbänden, im Weltlichen und im Religiösen stehen außer Zweifel. Die Menschenrechte gelten nicht mehr nur in der staatlichen Rechtsordnung, sie erfassen vielmehr auch diese sozialen und politischen Beziehungen. Die Säkularität dieser Ordnung schafft dafür Raum, den die Menschenrechte mehr und mehr ausfüllen.⁴⁸ Die Republik repräsentiert diese Säkularität und damit alsbald auch die Menschenrechte, die der Sakralität Grenzen setzen und sich ebenso wenig sakralisieren lassen wie jede Republik, die sie anerkennt. Schon den Anfängen einer Sakralisierung verfassungsrechtlicher Begriffe ist entgegenzutreten. Sie kann nicht durch Hintertüren auf den Plan treten, auch nicht unter Berufung auf die Behauptung, alle verfassungsrechtlichen Begriffe seien ursprünglich theologische Begriffe.⁴⁹

Am Ende ist festzuhalten: Die in steter Rechtsfortbildung gelebte Republik verändert auch das Maß ihrer Säkularität mit dem Maß der Rezeption der Menschenrechte. Die historisch durch Privilegien abgesicherten Verbände finden sich in diese Lage, indem sie mehr und mehr das freie Verbandsrecht der säkularen Ordnung rezipieren. Auf diese Weise entsteht ein freies Religionsverfassungsrecht, das nicht mehr nur auf Privilegien, sondern auch auf Freiheiten fußt. Dieser Prozess ist seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und der verschiedenen Menschenrechtspakte und -konventionen im Gange. Je dichter menschenrechtliche Normen ihr Netz über Staaten und Mächte werfen, desto

drückliche Garantie in Art. 18 Abs. 1 und 2 IPbpR, Nachweis in Commichau u.a., Entwicklung (Anm. 25), S. 218 ff. (226).

⁴⁷ Dazu Helmut Goerlich, „Die Legitimation von Verfassung, Recht und Staat bei Ernst-Wolfgang Böckenförde“, in: Reinhard Mehring/Martin Otto, Hg., *Voraussetzungen und Garantien des Staates. Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis*, Baden-Baden 2014, S. 194 ff.

⁴⁸ Kirchenpolitische Kompromisse können der Säkularität auch Grenzen setzen; dies wurde früh durchgesetzt; vgl. etwa Horst Dreier, „Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik“, in: *Der Staat*, Beiheft 22 (2014), S. 317 ff. (340 f.) insbes. zur Garantie des Religionsunterrichts; Menschenrechte in Weimar sah man mehr und mehr als solche, deutlich etwa Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 14. Aufl., Berlin 1933, S. 505 ff. (506 und passim), Einleitung zu Grundrechten und Grundpflichten der WRV.

⁴⁹ Dazu unter Berufung auf den Schmittianer Helmut Quaritsch Horst Dreier, Säkularisierung (Anm. 41), S. 63 ff. (64) – und dort auch anschließend eine umfassende Auseinandersetzung mit theologischen und theologisierenden Versuchen der Sakralisierung verfassungsrechtlicher Begriffe.

größere Kraft entfalten sie.⁵⁰ Am Ende steht an der Stelle eines Staatskirchenrechts, das Ausdruck eines ersten religionspolitischen Kompromisses der jungen Weimarer Republik war, ein freies Religionsverfassungsrecht, das auch die Menschenrechte beansprucht und zugleich allgemeineren Anforderungen eines freien und säkularen Verbandswesens genügt. Dieser Weg ist dank der hohen Qualität der fortgeltenden kirchenpolitischen Artikel der Weimarer Reichsverfassung und des Grundgesetzes ein Weg der Fortbildung dieses Rechts im Wege der Auslegung. Jedenfalls muss künftig das republikanische Versprechen, gleiche Freiheit sicherzustellen,⁵¹ die Menschenrechte insgesamt umfassen, kann also Säkularität nur in der Weise gewähren, dass auch religiöse Freiheiten dadurch gewinnen. Jüngere Kollegen weisen mit ihren Beiträgen in diese Richtung, indem sie neue Modalitäten der Neutralität des Staates im Verhältnis zu den Religionen⁵² und jedenfalls insoweit „gleiche Freiheit“⁵³ postulieren.

⁵⁰ Norberto Bobbio, „Menschenrechte und Gesellschaft“, in: ders., *Das Zeitalter der Menschenrechte*, 2. Aufl., Berlin 2007, S. 61 ff. (64 ff.), „ein Netz, das an Gullivers Reisen erinnert“.

⁵¹ Zu dieser französischen Parole „Gespräch mit Michel Wieviorka, Forschungsdirektor an der École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS) in Paris“, in: *Süddeutsche Zeitung* Nr. 14 v. 19.1.2015, S. 9 unter der Frage: Eine emanzipatorische Katastrophe? Und: „Wir haben das republikanische Versprechen nie eingelöst“.

⁵² Christoph Möllers, „Grenzen der Ausdifferenzierung. Zur Verfassungstheorie der Religion in der Demokratie“, in: Heinig/Walter, Hg., Spannungsfelder (Anm. 41), S. 9 ff. (12 f., 19 ff., 31 ff.).

⁵³ Stefan Huster, „Gleichheit statt Freiheit. Die Verschiebung der Gewichte im Religionsverfassungsrecht unter Bedingungen eines Pluralismus“, in: Heinig/Walter, Hg., Spannungsfelder (Anm. 41), S. 203 ff. (226 ff.).

IV.3

Minderheit wider Willen? Die Grenzen des Minderheitenschutzes in einer republikanischen Demokratie*

Susanne Beck

Kaum ein Strafurteil der letzten Jahrzehnte hat unsere pluralistische Gesellschaft vor vergleichbare Herausforderungen gestellt wie das „Beschneidungsurteil“, mit dem das Landgericht Köln vor ein paar Jahren die Strafbarkeit der religiösen Knabenbeschneidung bejahte.¹ Die an den einwilligungsunfähigen Kindern durchgeführte Körperverletzung sei nicht medizinisch indiziert und könne deshalb auch durch eine Einwilligung der Eltern nicht gerechtfertigt werden.² Der Gesetzgeber reagierte prompt und erweiterte im BGB die Personensorge der Eltern auf das Recht, in eine solche Beschneidung einzuwilligen, wenn sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt und das Kindeswohl nicht gefährdet wird.³ In den ersten sechs Monaten nach der Geburt darf die Bescheidung unter bestimmten Bedingungen sogar von einer Person vorgenommen werden, die von einer Religionsgesellschaft dafür vorgesehen ist.⁴ Die Regelung ist – wie auch das vorherige Strafurteil⁵ – bis heute höchst umstritten,⁶ zum Teil wird gar, mit unterschiedlichen Begründungen, die Verfas-

* Für unverzichtbare Unterstützung bei der Recherche, wertvolle Anregungen und Kritik danke ich Frederike Seitz und Simon Gerndt sowie den Teilnehmern der Tagung „Philosophie der Republik“.

¹ LG Köln, *Familie, Partnerschaft, Recht* (07.05.2012), S. 286–287.

² LG Köln, *Familie, Partnerschaft, Recht* (07.05.2012), S. 286–287 Rn. 14.

³ Vgl. § 1631d BGB; Eingefügt durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012 (BGBl. I S. 2749) m.W.v. 28.12.2012.

⁴ Vgl. § 1631d Abs. 2 BGB.

⁵ Vgl. hierzu m.w.N: Peter Huber, „§ 1631d“, in: Franz Jürgen Säcke/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina (Hg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2012, Rn. 1.

⁶ Tatjana Hörnl, „Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft“, in: *Neue Juristische Wochenschrift – Beilage* (2014), S. 34–38, 35; Viktor Rogalla, „Elterliche Einwilligung in eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung des selbst noch nicht einwilligungsfähigen männlichen Kindes gem. § 1631d BGB. – Besprechung von OLG Hamm, Beschluss vom 30.8.2013 – 3 Uf 133/13, BeckRS 2013, 16796 –“, in: *Familienrecht und Familienverfahrensrecht* (2013), S. 483–485; Armin Steinbach, „Die gesetzliche Regelung zur Beschneidung von Jungen“, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2013), S. 550–551; siehe ferner hierzu: Tatjana Hörnl/Stefan Huster, „Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen“, in: *Juristenzeitung* 68 (2013), S. 328–339; Helmut Goerlich/Benno Zabel, „Erwiderung. Säkularer Staat und religiöses Recht“, in: *Juristenzeitung* (2012), S. 1058–1061; Bijan Fateh-Moghadam, „Religiöse

sungsmäßigkeit der Norm bezweifelt⁷ und eine Streichung gefordert. Ein Argument hierfür ist, dass die Individualrechte der Kinder durch diese Regelung nicht hinreichend beachtet, ihre körperliche Unversehrtheit und Religionsfreiheit⁸ nur unzureichend geschützt werden. Im Mittelpunkt der Debatte steht der Konflikt zwischen Interessen der Eltern und Rechten der Kinder, aber auch zwischen Normen der Gesamtgesellschaft und Vorgaben von gesellschaftlichen (Sub-)Kollektiven. Dass es gerade auch um die Gruppen ging, denen die Eltern angehörten, und nicht nur um deren individuelle Rechte,⁹ zeigt sich nicht zuletzt an der Sonderregelung für bestimmte, von Religionsgemeinschaften für die Vornahme von Beschneidungen vorgesehene Personen.

Der Konflikt wurde sowohl rechtsdogmatisch als auch rechtspolitisch bereits aus vielerlei Perspektiven analysiert. Im Folgenden soll er als ein Beispiel dienen für die Schwierigkeiten eines adäquaten Umgangs mit unterschiedlichen Werte verfolgenden Gruppen in einer pluralistischen Gesellschaft, mit den Kollisionen zwischen Einzel- und Kollektivinteressen. Dabei soll die Analyse möglicher Konflikte im Kontext eines staatlich organisierten Minderheitenschutzes¹⁰ im Vordergrund stehen, sowie die möglichen Gründe, aber auch die Folgen eines solchen Schutzes. Die Leitfrage dieses Beitrags lautet also: Kollidiert der Schutz von Minderheiten mit dem aktuellen, auf das Individuum bezogene Menschenbild in einer für Bürger und Staat derart belastenden Weise, dass dieser Schutz (im Einzelfall) zurücktreten muss?

Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht“, in: *RW* (2010), S. 115–142.

⁷ Lore Marie Peschel-Gutzeit, „Die neue Regelung zur Beschneidung des männlichen Kindes. Kritischer Überblick und erste Reaktionen der Rechtsprechung“, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (2013), S. 3617–3620; Michael Germann, „Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012“, in: *Medizinrecht* (2013), S. 412; Holm Putzke, „Rechtliche Grenzen der Zirkumzision bei Minderjährigen“, in: *Medizinrecht* 26 (2008), S. 268–272; Maximilian Stehr/Holm Putzke/Hans-Georg Dietz, „Strafrechtliche Konsequenzen auch bei religiöser Begründung“, in: *Dtsch Arztebl* 105 (2008), A1778–80; Tonio Walter, „Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative“, in: *Juristenzeitung* 67 (2012), S. 1110–1117.

⁸ Hierzu m.w.N: Barbara Veit, „§ 1631d“, in: Georg Bamberger/Herbert Roth (Hg.), *Beck'scher Online Kommentar BGB*, München 2015, Rn. 22–24.

⁹ Anders begründete Elternwünsche, an ihren Kindern Körperverletzungen zu begehen, hätten i.d.R. keine Aussicht auf Berücksichtigung.

¹⁰ Der Begriff „Minderheit“ kann an sich schon als problematisch angesehen werden, weil er exkludiert, ja möglicherweise sogar abwertet. Da es aber in diesem Beitrag gerade um die Analyse dieses Begriffs und den Umgang in republikanischen Staaten gehen soll, wird er trotz dieses problematischen Gehalts beibehalten.

3.1 Ausgestaltung des Minderheitenschutzes

Dazu ist zunächst darauf einzugehen, wie der Minderheitenschutz in unserer Gesellschaft ausgestaltet wird bzw. werden sollte. Letztlich ist ja schon die Verfasstheit des Staates als konstitutionelle Republik in einem gewissen Sinne selbst „Minderheiten“schutz, da die zahlenmäßige Minorität – die sich bei demokratischen Entscheidungen im Einzelfall nicht durchsetzt¹¹ – vor der Übermacht der Mehrheit durch gewisse verfassungsrechtlich garantie Machtbeschränkungen geschützt ist.¹² Dazu gehören Grundrechte ebenso wie die Gewaltenteilung, in Deutschland insbesondere auch die durch die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG geschützte Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG.

Diese Beschränkungen der Mehrheit sollen hier aber nicht im Fokus stehen, da durch sie letztlich doch das Individuum – das nur bezüglich einzelner Entscheidungen nicht zur Mehrheit gehört – als solches geschützt wird.¹³ Im Folgenden geht es vielmehr um das Spannungsfeld zwischen der dominierenden Kultur eines Staates und den in diesem Staat ebenfalls zu findenden, mehr oder weniger auf Dauer angelegten Minderheiten.¹⁴ Wenn im Folgenden von Gruppen, deren Existenz, interne Kommunikation oder Werten die Rede ist oder auf Zugehörigkeit zu einem Kollektiv Bezug genommen wird, wird immer auch berücksichtigt, dass jede Gruppe als Prozess zu betrachten ist, die sich verändert, an die Umgebung angleicht oder vielleicht auch noch stärker abgrenzt, Mitglieder verliert, gewinnt, etc.¹⁵ Geht es um die Existenz eines gesellschaftlichen

¹¹ Besonders ausgeprägt ist dies insbesondere bei Konkordanzdemokratien, in denen Konflikte nicht primär über Mehrheitsentscheidungen, sondern auf Basis breiter Übereinstimmung mittels Kompromissen und Verhandlungen gelöst werden. Vgl auch: Manfred G. Schmidt, *Demokratietheorien. Eine Einführung* (UTB 1887), 3. Aufl., Opladen 2000, S. 330 ff.

¹² Beispielhaft zeigt sich dies in Art. 20 I S. 3 GG im Rahmen der innerparteilichen Demokratie, die ebenfalls Mehrheitsentscheidungen bei gleichzeitigem Minderheitenschutz zum Inhalt haben sollte. Vgl. auch Winfried Kluth, „Art. 21“, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz*, München 2016, Rn. 153–155. Zum Minderheitenschutz und der Beschlussfassung des Bundestags: Hans H. Klein, „Art. 42“, in: *Grundgesetz. Kommentar*, 81. EL, München, September 2017, Rn. 93–99. Zum Minderheitenschutz und Demokratieprinzip der EU: Matthias Ruffert, „Art. 9“, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hg.), *EUV, AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta; Kommentar*, München 2011, Rn. 14.

¹³ Alex Sutter, „Ausgleich statt Anerkennung. Zur Begründung von Sonderrechten für Angehörige kultureller Minderheiten“, in: Gerhard Seel (Hg.), *Minderheiten, Migranten und die Staatengemeinschaft. Wer hat welche Rechte?*, Bern/Wien u.a. 2006, S. 131–158, 132; Walter Kälin, *Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsellschaft*, Zürich 2000, 28.

¹⁴ Zu nationalen Minderheiten in Deutschland siehe die Info-Broschüre des Bundesministerium des Innern, Bundesministerium des Innern, *Nationale Minderheiten. Minderheiten- und Regionalsprachen in Deutschland*, Berlin August 2014.

¹⁵ Susanne Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit. Die moralische Begründung der*

Subkollektivs, sind also nicht die aktuelle Zusammensetzung oder die jeweiligen individuellen Mitglieder gemeint, sondern das Kollektiv als solches, das in seiner Besonderheit auch weiterbestünde, wenn von den aktuellen Mitgliedern keines mehr existierte. Wie sich zeigen wird, muss deshalb auch der Schutz auf etwas anderes gerichtet sein als auf die Individuen, die die Gruppe bilden – er bezieht sich, soweit begründbar, auf die interne Kommunikation, die Sicherung der Weiterexistenz, die Möglichkeit der Abgrenzung.

Die Existenz von Minderheiten in einem Nationalstaat ist in vielerlei Hinsicht konfliktbeladen:¹⁶ Für die Minderheiten besteht die Gefahr, dass die Mehrheit ihnen ihre Kultur „aufzwingt“. Die Mehrheit ist einerseits von der Minderheit in der Gewissheit ihrer eigenen kulturellen Praktiken bedroht,¹⁷ wird andererseits aber möglicherweise gerade in der Abgrenzung von der Minderheit, im Zusammenhang gegen diese, auch in der eigenen Identität bestärkt.

Für die Analyse dieses Spannungsfelds ist zu diskutieren, ob und unter welchen Bedingungen eine Gruppe unter die Kategorie „Minderheit“ zu fassen ist, was das für ihre Behandlung durch das Recht bedeutet, ob bzw. wann „Gleichbehandlung“ aller Bürger zum „Minderheitenschutz“ wird bzw. wie sich die

Rechte von Minderheiten (Ideen & Argumente), Berlin 2003, S. 105. Zum Wandel von Minderheiten sowie ethnischen Gruppen siehe beispielsweise: Kurt Imhof, „Nationalismus, Nationalstaat und Minderheiten: Zu einer Soziologie der Minoritäten“, in: *Soziale Welt* (1993), S. 327–357; Hans M. Kepplinger/Michael Hachenberg, „Diefordernde Minderheit: Eine Studie zum sozialen Wandel durch abweichendes Verhalten am Beispiel der Kriegsdienstverweigerung“, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* (1980), S. 508–534; Jörg Stadelbauer, „Bergnomaden und Yaylabauern in Kaukasien. Zur demographischen Entwicklung und zum sozioökonomischen Wandel bei ethnischen Gruppen mit nicht-stationärer Tierhaltung“, in: *Paideuma* (1984), S. 201–229; Hartmut Esser, „Ethnische Differenzierung und moderne Gesellschaft“, in: ders. (Hg.), *Generation und Identität. Theoretische und empirische Beiträge zur Migrationssoziologie*, Opladen 1990, S. 281–303.

¹⁶ Zu Problemen in Bezug auf das Bildungssystem: Rainer Geißler, „Die Metamorphose der Arbeitertochter zum Migrantensohn. Zum Wandel der Chancenstruktur im Bildungssystem nach Schicht, Geschlecht, Ethnie und deren Verknüpfungen“, in: Peter A. Berger/Heike Kahlert (Hg.), *Institutionalisierte Ungleichheiten. Wie das Bildungswesen Chancen blockiert*, Weinheim/München 2008, S. 71–100; Zu Problemen im Zusammenhang mit Sinti und Roma siehe beispielsweise: Herbert Heuss, „Roma und Minderheitenrechte in der EU. Anspruch und Wirklichkeit“, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* (2011), S. 21–27; Merfin Demir/Julianna Orsós/Vicente Rodríguez/George Calderaru/Emran Elmazi, „Die größte Minderheit in Europa“, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* (2011), S. 27–28; zur Homosexualität: Volkmar Sigusch, „Homosexuelle zwischen Stigmatisierung und Emanzipation“, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* (2010), S. 3–7. Einführend zu Minderheitenkonflikten in Europa: Gabriel N. Toggenburg/Günther Rautz, *ABC des Minderheitenschutzes in Europa* (UTB 3269), Wien/Köln/Weimar 2010; Martina Boden, *Nationalitäten, Minderheiten und ethnische Konflikte in Europa. Ursprünge, Entwicklungen, Krisenherde: ein Handbuch* (Geschichte und Staat Bd. 296), München 1993; Samuel Salzborn, *Minderheitenkonflikte in Europa. Fallbeispiele und Lösungsansätze*, Innsbruck 2006.

¹⁷ Zur Gewalt gegenüber ethnischen Gruppen: Wolf-Dietrich Bukow, *Feindbild: Minderheit*, Wiesbaden 1996.

beiden zueinander verhalten.¹⁸ Nicht zuletzt ist die Begründung eines solchen Schutzes strittig. Das hängt, wie wir sehen werden, von der spezifischen Konfliktkonstellation ab: Zum Teil bedeutet Minderheitenschutz nichts anderes als die Pflicht zur Gleichbehandlung; diese ist durchaus plausibel begründbar. Zum Teil bedeutet Minderheitenschutz aber das Gegenteil, nämlich spezifische Ausnahmeregelungen für Angehörige der Gruppe, die ohne diese Regelung benachteiligt sein könnten. Bei sehr weiter Ausdehnung von Minderheitenschutz könnte sogar der Schutz der Gruppe als solcher gemeint sein. Die letzten beiden Alternativen sind deutlich schwerer begründbar.

3.2 Definition von „Minderheit“

Diskussionen über Minderheitenschutz scheinen einer Definition, zumindest aber einer Vorstellung von „Minderheit“ zu bedürfen.¹⁹ Der Begriff ist äußerst umstritten.²⁰ Insbesondere die Auswahl der entscheidenden Eigenschaft, die Mitglieder von Nicht-Mitgliedern unterscheidet, ist zentrale Basis für die Plausibilität eines staatlichen Schutzes. Mögliche differenzierende Charakteristika der Minderheitsmitglieder sind regelmäßig ihre Ethnie, Sprache oder Religion.²¹ Auch an politische Einstellungen, moralische Vorstellungen oder sexuelle Orientierung kann die Einordnung als Minderheit grundsätzlich anknüpfen. Das hat jedoch regelmäßig andere Begründungen für den Schutz zur Folge als eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen oder religiösen Gruppierung; insbesondere die entsprechende politische Betätigung, aber auch die Ent-

¹⁸ Gerhard Höver, „Zum Gebrauch von Kategorien in Fragen des Menschenrechtlichen Minderheitenschutzes“, in: Heiner von Bielefeldt/Jörg Lüer (Hg.), *Rechte nationaler Minderheiten. Ethische Begründung, rechtliche Verankerung und historische Erfahrung*, [S. 1.] 2015, S. 11–26 mit Verweis auf Martin Frank, *Begründungen von Minderheitenrechten* (InIIS-Arbeitspapier), Bremen 2002; Susanne Boshammer, „Rechtliche Gleichheit und kulturelle Differenz“, in: Emil Angehrn/Bernard Baertschi (Hg.), *Globale Gerechtigkeit und Weltordnung. Justice globale et ordre mondial*, Basel 2005, S. 143–158.

¹⁹ Ein Versuch der Definition aus (völker-)rechtlicher Perspektive unternimmt Johannes Niewerth, *Der kollektive und der positive Schutz von Minderheiten und ihre Durchsetzung im Völkerrecht* (Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel Bd. 119), Berlin 1996, S. 30–54, ebenso Doris Angst, *Welche Minderheiten? Von der fehlenden Definition der nationalen Minderheit zu einer dynamischen Auslegung im Rahmenübereinkommen des Europarats*, Bern 11.02.2005.

²⁰ Dies zeigt sich bereits an der Mannigfaltigkeit der Definitionsversuche. Siehe hierzu: Schutz von Minderheiten, Niewerth, S. 30–54; Angst, Minderheiten; Klaus Schubert/Martina Klein, *Das Politiklexikon. Begriffe, Fakten, Zusammenhänge* (Schriftenreihe/Bundeszentrale für Politische Bildung Bd. 1174), 5. Aufl., Bonn 2011.

²¹ Vgl. beispielsweise: Schubert/Klein, Politiklexikon; Niewerth, *Schutz von Minderheiten*, S. 35 ff.

scheidung, die eigene sexuelle Orientierung auszuleben, basieren, so die regelmäßige Begründung, zumindest in gewisser Weise auf einer Entscheidung – die Zugehörigkeit zu einer Ethnie oder Religion (zumindest zu Beginn) regelmäßig nicht.²² Welche Gruppen „freiwillige Assoziationen“²³ sind und welche nicht, ob und inwieweit dies ein Aspekt der Überlegungen bezüglich des Schutzes sein darf – all das ist ebenfalls höchst problematisch.

Zudem reicht es nach vielen Ansichten für eine wie auch immer geartete Sonderbehandlung noch nicht aus, dass die charakterisierende Eigenschaft eine nur zahlenmäßige Minderheit auszeichnet.²⁴ Nicht selten haben zahlenmäßig kleinere Gruppen sogar eine machtvolle Position in der Gesellschaft inne.²⁵ Die Schutzwürdigkeit muss sich also auch aus einer unterlegenen gesellschaftlichen Stellung ergeben.²⁶

Zugleich sollte die gemeinsame Eigenschaft nicht lediglich zufällig sein. Vielmehr wird zusätzlich meist ein gewisses Zusammengehörigkeitsgefühl, eine Wahrnehmung als Gruppe – sowohl aus interner als auch aus externer Perspektive – gefordert.²⁷

Schon an diesem kurzen Überblick zeigt sich, dass kaum ein Merkmal, an das man für eine Definition anknüpfen könnte, unproblematisch ist. So wertvoll die Auseinandersetzung mit diesen möglichen Merkmalen, das Ringen um plausible Begriffsbestimmung und Kategorisierung ist, werde ich mich – auch mit Blick auf die folgenden Überlegungen – nicht primär auf die Frage der Angemessenheit verschiedener Definitionen oder einzelner Merkmale fokussieren. Wenn man im Detail über die Ausgestaltung von Minderheitenschutz diskutiert,

²² Siehe auch hierzu die „Theorie der sozialen Identität“, insbesondere grundlegend: Henri Tajfel, „Social identity and intergroup behaviour“, in: *Social Science Information/sur les sciences sociales* (1974), S. 65–93; Michael Billig/Henri Tajfel, „Social categorization and similarity in intergroup behaviour“, in: *European journal of social psychology* 3 (1973), S. 27–52; Susanne Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit. Die moralische Begründung der Rechte von Minderheiten*, Berlin 2003, S. 79 ff.

²³ Ebd., S. 77 ff.

²⁴ Susanne Boshammer, „Rechtliche Gleichheit und kulturelle Differenz“, in: Angehrn/Baertschi, *Globale Gerechtigkeit*, S. 143–158, 144.

²⁵ Boshammer, *Rechtliche Gleichheit*, S. 145 mit Hinweis auf Einkommensmillionäre und Bildungseliten.

²⁶ Anders teilweise im Völkerrecht, vgl. Peter Hilpold, „Neue Minderheiten im Völkerrecht und im Europarecht“, in: *Archiv des Völkerrechts/AVR* 42 (2004), S. 80–110.

²⁷ Vgl. aus kollektiver Sicht: George Caspar Homans (Hg.), *Theorie der sozialen Gruppe*, Wiesbaden 1978, insb.: George Caspar Homans, „Das Äußere System“, in: ders., Theorie der sozialen Gruppe, S. 100–122; George Caspar Homans, „Das Innere System: Differenzierung Innerhalb der Gruppe“, in: ders., Theorie der sozialen Gruppe, S. 143–163; George Caspar Homans, „Das Innere System: Die Gruppe als ein Ganzes“, in: ders., Theorie der sozialen Gruppe, S. 123–142; aus individueller Sicht vgl. die „Theorie der sozialen Identität“: Tajfel, Social identity; Billig/Tajfel, Social categorization.

tiert oder konkrete Regelungen plant oder kritisiert, ist es natürlich erforderlich, die einbezogenen Gruppierungen festzulegen. In diesem Beitrag steht jedoch die Problem- und Konfliktanalyse, die Betrachtung des Verhältnisses der Rechte und Interessen von Individuum und Kollektiv im Vordergrund, sodass statt Diskussion einzelner Merkmale auf die Probleme der Kategorisierung, der Definition von Minderheiten, hingewiesen wird.

Gerade mit Blick auf die unterlegene Stellung sei insbesondere auf die Problematik der Definitionsmacht der Mehrheit und der Etikettierung hingewiesen. Die Auswahl der zu schützenden Gruppen wird also regelmäßig von der überlegenen Gruppe getroffen.²⁸ Die Mehrheit handelt in Personaleinheit von Bedrohtem und Garant, als „Übermacht“ und in Definitionseshoheit – und es ist jedenfalls nicht verwunderlich, dass das zum Ausschluss derjenigen Gruppen aus der Kategorie führen kann, die das Potential haben, die Mehrheit zu entmachten oder auch nur ihr Identitätsgefühl zu erschüttern.²⁹ So werden zum Beispiel gelegentlich Gruppen, deren Spezifika eine bestimmte politische Ansicht ist, nicht einbezogen. Das lässt sich zweifellos plausibel auch mit anderen Argumenten (z.B. der Flüchtigkeit dieser Ansichten, der Vermischung mit Interessen an Machtübernahme, etc.) begründen, ist aber mit Blick auf die fast zwangsläufige Rivalität von Mehrheit und Minderheit doch bedeutsam.³⁰

Zudem ist auch zu beachten, dass die Subkultur einer Minderheit prozesshaft ist, also nicht starr und separierend bleibt, sondern sich verändert³¹ – bei ein-

²⁸ Zur askriptiven Natur des Begriffs „Minderheit“ : Christian Scherrer, „Mehrheiten versus Minderheiten. Zur Kritik erklärungsbedürftiger Konzepte“, in: *Wissenschaft und Frieden* (1997) www.wissenschaft-und-frieden.de; letzter Zugriff am 8.1.2018.

²⁹ Ähnlich auch Ulrich Wagner, „Die Ausgrenzung von Minderheiten. Psychologische Erklärungen“, in: *Wissenschaft und Frieden* (1997): „Der beschriebene Mechanismus ist somit politisch einsetzbar: Diejenigen, die die öffentliche Meinung kontrollieren, können über die Suggestion von materiellen Konflikten zwischen Gruppen fremde Gruppen und deren gesellschaftlichen Ausschluß (sic!) kreieren, vielleicht, um auf diese Weise von anderen gesellschaftlichen Problemfeldern abzulenken.“

³⁰ Zu psychologischen Erklärungsmöglichkeiten: Ulrich Wagner, „Die Ausgrenzung von Minderheiten. Psychologische Erklärungen“, in: *Wissenschaft und Frieden* (1997).

³¹ So auch Waldron: „We live in a world formed by technology and trade; by economic, religious, and political imperialism and their offspring; by mass migration and the dispersion of cultural influences. In this context, to immerse oneself in the traditional practices of, say, an aboriginal culture might be a fascinating anthropological experiment, but it involves an artificial dislocation from what actually is going on in the world.“ Jeremy Waldron, „Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative“, in: Will Kymlicka (Hg.), *The Rights of minority cultures.*, Oxford/New York 1995, S. 93–119, 100 und weiter: „Sich für die Verwahrung von Minderheitenkulturen einzusetzen hat etwas Künstliches an sich. Kultur leben und wachsen, sicher ändern sich gelegentlich welken sie dahin. Sie verschmelzen mit anderen Kulturen oder sie passen sich an geographischen oder demographischen Notwendigkeiten an. Eine Kultur bewahren zu wollen, bedeutet daher oft nichts anderes, als eine bestimmte ‚Momentaufnahme‘ von ihr zu machen und dann darauf zu bestehen, dass diese einmal im Bild festgehalten Version der Kultur und jeden Preis überdauern muss ohne Rücksicht auf ihr soziales, ökonomisches und politisches Umfeld. [...] Auf diese Weise setzt man eben jene Mechanismen

wandernden Minderheiten finden etwa oft mittelfristig eine gewisse Integration bzw. Assimilierung statt.³² Derartige Entwicklungen negativ zu bewerten und damit den Minderheiten eine eigene Identität „aufzuzwingen“ ist genauso problematisch wie eine Assimilierung zu fordern.

Die Kategorisierung als Minderheit birgt noch weitere Schwierigkeiten. So kann schon die Etikettierung selbst negative Folgen haben³³ oder schlicht von dem als derart Kategorisierten unerwünscht sein. Die Etikettierung kann zu einer Reduktion der Person auf bestimmte Eigenschaften führen, zur Zuordnung zu einer Gruppe, der man nicht zugeordnet werden möchte, ja insgesamt erst zu einer Aussonderung dieser Gruppe von der Gesamtgesellschaft, obwohl das Zusammenleben vorher möglicherweise gar nicht besonders problematisch war.³⁴ Das „Labeling“, die Gruppierung an sich, ist somit schon ein gewisses Machtinstrument, eine politisch zumindest mit Vorsicht und Skepsis zu betrachtende Maßnahme der Mehrheit – jedenfalls dann, wenn etwa die Ausgestaltung des Schutzes dem Minderheitsangehörigen nicht die Wahl lässt, ob er die schützende Zuordnung in Anspruch nehmen will oder nicht.³⁵

Trotz all dieser Probleme ist es für die folgenden Überlegungen ausreichend, unter Minderheit ein Kollektiv mit gewissen internen Kommunikationsstrukturen zu verstehen, die auch eine Selbstvergewisserung, Identitätsbildung und Abgrenzung nach außen bedeuten. Hinzukommen muss, um überhaupt eine Sonderstellung begründen zu können, eine im Vergleich zur Mehrheit gesellschaftlich schwächere Position.

von Anpassung und Kompromiss außer Kraft, [...] mit denen alle Gesellschaften der Außenwelt begegnen. Man bewahrt so zwar einen Teil der Kultur, verliert jedoch das, was viele als ihr faszinierendstes Merkmal mal betrachten würden: ihre Fähigkeit, eine eigene Geschichte zu erzeugen.“ Jeremy Waldron, „Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative“, in: Will Kymlicka (Hg.), *The Rights of minority cultures*, Oxford/New York 1995, S. 93–119, 109 f. zitiert nach Boshammer, Susanne, *Gruppen*, S. 105.

³² Boshammer, Susanne, S. 105.

³³ Zur Stigmatisierung der „Minderheit psychisch Erkrankter“: Patrick W. Corrigan/Nicole Rüsch, „Mental illness stereotypes and clinical care: Do people avoid treatment because of stigma?“, in: *Psychiatric Rehabilitation Skills* (2004), S. 312–334

³⁴ Zur Stigmatisierung von Minderheiten siehe auch Kurt Imhof, „Nationalismus, Nationalstaat und Minderheiten: Zu einer Soziologie der Minoritäten“, in: *Soziale Welt* (1993), S. 327–357.

³⁵ Ausführlich hierzu: Markus Ottersbach, *Gesellschaftliche Konstruktion von Minderheiten. Bevölkerungswissenschaftlicher Diskurs und politische Instrumentalisierung*, Opladen 1997, insb. S. 195 ff.

3.3 Schutz der einzelnen Angehörigen einer Minderheit

Die Ausgestaltung des Schutzes von Minderheiten erfordert zunächst einen Blick auf die Behandlung der individuellen Mitglieder der Gruppe. Diese zu schützen, kann entweder bedeuten, zu sichern, dass sie genauso behandelt werden wie Mitglieder der Mehrheit, oder aber auch, sie besser zu stellen, um soziale Nachteile auszugleichen. In beiden Fällen geht es um die Individuen, deren Rechte und Positionen, nicht um die Gruppe als solche.

3.3.1 Gleichstellung: Keine Schlechter-Behandlung im Vergleich zur Mehrheit

Dass Gleichheit aller Bürger, unabhängig von ihrer Gruppenzugehörigkeit, ein wichtiges Prinzip unseres Staatssystems ist, ist unbestritten.³⁶ Fraglich ist aber, was Gleichbehandlung in diesem Sinne bedeutet. Dass ein Einzelner staatlicherseits nicht schlechter behandelt werden darf und auch eine gewisse Sicherung vor sonstiger Diskriminierung erfolgen muss, wenn fundamentale Rechte der betroffenen Individuen bedroht sind, ergibt sich aus dem allgemein anerkannten Gleichheitsgrundsatz³⁷ und den in der spezifischen Situation relevanten Freiheits- und Schutzansprüchen des Bürgers gegenüber dem Staat. Das gilt ganz unabhängig von irgendwelchen individuellen Eigenschaften oder Gruppenzugehörigkeiten.³⁸ Ein derartiger Schutz, eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung, zielt letztlich gerade darauf, die Besonderheit des Minderheitsangehörigen abzuschwächen, die Unterschiede zur Mehrheit zu verringern. In dem jeweiligen Kontext soll also die Zugehörigkeit zu der Minderheit gerade keine Rolle spielen. Gleichbehandlung bedeutet insofern, staatlicherseits keinen Unterschied zwischen Angehörigen der Mehrheit und Angehörigen der Minderheit zu machen und gegebenenfalls dafür zu sorgen, dass das auch Private nicht tun.³⁹

Schon die Bewertung, ob eine bestimmte Maßnahme den Vorgaben des Gleichbehandlungsgrundsatzes entspricht, ist häufig schwierig, da es zweifellos berechtigte Differenzierungen zwischen Menschen gibt, bei beruflichen Entscheidungen etwa nach Befähigung, Sozialkompetenz, etc. Diese Unterschiede

³⁶ Die Bedeutung dessen spiegelt sich nicht zuletzt in der grundgesetzlichen Normierung in Art. 3 GG wider.

³⁷ Zur Grundstruktur des allgemeinen Gleichheitssatzes siehe Uwe Kischel, „Art. 3“, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz*, München 2016, BeckOK GG/Kischel GG Art. 3 Rn. 14 ff.

³⁸ Zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz: Paul Kirchof, „Art. 3“, in: *Grundgesetz. Kommentar*, München, Rn. 72–138.

³⁹ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG selbst. Siehe hierzu beispielsweise: Christine Langenfeld, „Art. 3 Abs. 3 GG“, in: *Grundgesetz. Kommentar*, München Rn. 40 ff.

erlauben gerade eine Sonderbehandlung. Die Problematik der berechtigten Beserbehandlung spielt in den Minderheitenschutz hinein, da einige der genannten Unterschiede sich gerade aus der Zugehörigkeit zu einer Minderheit ergeben können, z.B. bzgl. der Sprache, der Bildung, des „Networkings“. Hier ist zunächst erforderlich, dass der Staat sowohl bezüglich eigener als auch bezüglich fremder Differenzierungen genau analysiert, ob die Unterscheidung sich mit Blick auf die jeweilige Maßnahme tatsächlich rechtfertigen lässt und ob es sich um permanente oder nur temporäre Unterschiede handelt und somit möglicherweise die entsprechende Maßnahme aufgeschoben werden kann.

Doch das ist nicht immer ausreichend: Um die Nachteile auszugleichen, müsste der Staat teilweise eine positive Diskriminierung durchführen, also eine Besserstellung der Minderheitsangehörigen, z.B. durch Quotenregelungen, durch Bevorzugung bei Einstellungen oder durch zusätzliche Ausbildung.⁴⁰ Weitergehend könnte der Staat von Privaten fordern, derartige Besserstellungen vorzunehmen – sei es durch positive Anreize oder gar durch Zwang. Derartige Privilegierungen stellen zugleich aber immer auch Diskriminierungen von Mehrheitsmitgliedern dar und widersprechen z. T. dem Menschenbild eines Staats, der von einem autonomen, für die eigenen Ausgangsbedingungen letztlich selbst verantwortlichen, vernünftigen Individuum ausgeht.⁴¹ Je stärker Rechte eines Dritten beeinträchtigt werden, desto schwerer sind derartige Sonderbehandlungen von Minderheitsangehörigen zu rechtfertigen.

3.3.2 Besserstellung mit Blick auf die Gruppenzugehörigkeit

Der Minderheitenschutz, dessen Legitimation jedoch noch problematischer ist, geht über die dargestellten Gleichbehandlungen bzw. Besserstellungen noch hinaus: nicht selten wird nicht die Abschwächung von nachteiligen Unterschieden, sondern vielmehr die Betonung der Zugehörigkeit zur Minderheit bzw. die Möglichkeit, die Besonderheit zu leben und zu bestärken, gefordert.⁴² Argumentiert wird u.a. damit, dass die Zugehörigkeit zur Gruppe für die Identitätsbildung des Einzelnen von zentraler Bedeutung ist, d.h. auf Basis der Bedeutung der spezifischen Verhaltensweisen, also Sitten, Gewohnheiten und Ge-

⁴⁰ Zur positiven Diskriminierung siehe beispielhaft: Christine Langenfeld, Art. 3 Abs. 3 GG, in: *Grundgesetz. Kommentar*, München, Rn. 29–33.

⁴¹ Siehe hierzu auch Langenfeld, „Art. 3 Abs. 3 GG“, Rn. 30 m.w.N.; Christian Starck, „Art. 3“, in: Christian Starck/Gerhard Robbers/Christoph Gusy/Michael Kemper/Gerrit Manssen/Gilbert Gornig/Otto Depenheuer/Ulrich Becker/Michael Brenner/Peter Michael Huber (Hg.), *Kommentar zum Grundgesetz Bd. 1: Präambel, Art. 1–19*, München 2015, Rn. 371.

⁴² Werner Heun, „Art. 3“, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Tübingen 2013, Rn. 119: Es sei zulässig, dass „der Gesetzgeber kulturelles, religiöses und politisches Leben sowie sprachliche Vielfalt insgesamt fördert.“.

bräuche für die Identität des Individuums, wird gerade deren Erhalt gefordert.⁴³ Die aktuelle Normierung der Beschneidung in muslimischen und jüdischen Familienkonstellationen (§ 1631d BGB) stellt letztlich eine entsprechende Sonderregelung dar, die den Individuen – in dem Fall sind damit sowohl die einer bestimmten religiösen Gruppe angehörigen Eltern als auch ihr Kind gemeint – eine bestimmte Praxis ermöglichen, obwohl sie bezüglich der individuellen Grundrechte des Kindes nicht unproblematisch ist.

Auch derartige Sonderregelungen weichen von den bereits genannten Prämissen eines autonomen Individuums ab. So basieren diese Ausnahmen ja schon auf der Vermutung, dass die Minderheitsangehörigen für die Sicherung der Gruppe staatlicher Unterstützung bedürfen.⁴⁴

Diese Unterstützung kann sogar so weit gehen, dass im Rechtssystem der Mehrheit Ausnahmen für die Minderheiten vorgesehen werden, wenn etwa ihre Gebräuche – wie zumindest aus damaliger Sicht des LG Köln die Beschneidung⁴⁵ – ohne diese Ausnahmeregelung gegen das Recht der Mehrheit verstossen würden. Durch das Recht der Mehrheit wird dem Individuum als Minderheitsangehörigem also ein bestimmtes Verhalten verwehrt, das für seine Identität zentral (geworden) ist bzw. es wird verhindert, dass dieses Verhalten an die nächsten Generationen der Minderheit weitergegeben wird. Insofern sind also letztlich sogar explizite Ausnahmeregelungen erforderlich, was in einem auf das Individuum und auf Gleichbehandlung ausgerichteten, verallgemeinerbaren Normen einsetzenden Rechtssystem schwierig zu legitimieren ist. Auch mit der weltanschaulichen Neutralität des derzeitigen Staatsystems ist ein derartiges Vorgehen nur schwer vereinbar. Das gilt gerade auch für Ausnahmen, die bestimmte spezielle Praktiken nicht nur gestatten, sondern sogar fördern, wie z.B. das Unterrichten bestimmter Minderheitssprachen in staatlichen Schulen.⁴⁶

Tatsächlich sieht unser Rechtssystem eine Möglichkeit, Ausnahmen mit Blick auf die Identitätsbildung durch Minderheitszugehörigkeit zugelassen, gerade nicht explizit vor, weshalb solche regelmäßig auf andere Weise begründet werden müssen. Im Kontext der Beschneidung wurden für die Ausnahme u.a. entgegenstehende Individualgrundrechte der Eltern angeführt (Art. 4 und

⁴³ Siehe hierzu auch die anderer Stelle oben benannte „Theorie der kulturellen Identität“: Billig/Tajfel, Social categorization; Tajfel, Social identity.

⁴⁴ Ähnlich auch Langenfeld, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 30.

⁴⁵ LG Köln, *Familie, Partnerschaft, Recht* (07.05.2012), S. 286–287, Rn. 14, zum unvermeidbaren Verbotsirrtum: Rn. 15–17.

⁴⁶ Siehe bzgl. des Status Quo beispielsweise: Andrea Willi, *Charta-Sprachen in Europa – Erwartungen und Perspektiven. Wo steht Deutschland?* (Konferenz „Charta-Sprachen in Deutschland – Ein Thema für alle!“), Berlin 26.11.2014; Ausführlich hierzu aus rechtlicher Perspektive: Christine Langenfeld, *Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. Eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland* (Jus publicum Bd. 80), Tübingen 2001.

6 GG)⁴⁷ – letztlich geht es aber bei dieser Norm doch primär um die Praktiken von Minderheiten, die durch diese Praktiken kommunizierte Identität und Zugehörigkeit zur Gruppe.

Eine solche ‚Besserstellung‘ bedarf also einer besonderen Rechtfertigung. Ob diese sich allein auf die Identitätsbildung des einzelnen Mitglieds stützen kann, mag bezweifelt werden: Dass Identitäten auch und gerade über soziale Beziehungen gebildet werden, ist nicht zu bestreiten. Dass Minderheiten ein intrinsisches Interesse an einer auf die spezifische Untergruppe bezogene Identitätsbildung ihrer Mitglieder haben, ebenfalls nicht.⁴⁸ Und auch dass Pluralismus durchaus eine Bereicherung im Vergleich zu Monokulturen sein kann, ist denkbar. Zugleich ist die Andersartigkeit einer Gruppe jedenfalls nicht schon aus sich heraus schutzwürdig⁴⁹ und nicht jede spezifische Identitätsbildung positiv zu werten. So käme wohl kaum jemand auf die Idee, der Staat müsse die besonderen Gewohnheiten einer Sekte aktiv fördern, da sie für die Identitätsbildung ihrer Mitglieder wichtig sei. Das gilt ganz unabhängig davon, ob es sich um eine Gruppe handelt, die grundsätzlich als Minderheit im Sinne unserer Überlegungen angesehen werden könnte. Auch bei einem Freizeitverein wären wir bezüglich ‚besserstellender‘ Ausnahmeregeln skeptisch, selbst wenn Mitglieder vielleicht ebenfalls bejahen würden, dass die Zugehörigkeit für ihre Identitätsbildung von großer Bedeutung ist.⁵⁰

Identitätsbildung und Pluralität sind also nicht per se gute Gründe für die ‚Besserstellung‘ einer bestimmten Gruppierung. Und auch die einzelnen Mitglieder können jedenfalls nicht per se Förderung und Sonderbehandlung verlangen, nur weil die Gruppe grundsätzlich als Minderheit qualifiziert werden könnte.⁵¹ Sowohl die Auswirkungen auf die Identität der Mitglieder als auch die Folgen der Minderheitsförderung für die Gesellschaft können vielmehr nicht unabhängig von den moralischen Werten und rechtlichen Grundsätzen der Mehrheitskultur betrachtet werden. Eine derartige isolierte Betrachtung, eine primär auf die Minderheit selbst bezogene Förderung widerspräche der Stabilität des bestehenden Staatssystems sowie den Individualrechten der Bürger, die

⁴⁷ LG Köln, *Familie, Partnerschaft, Recht* (07.05.2012), S. 286–287, Rn. 14; Patricia Wiaoter, „Rechtspluralismus und Grundrechtsschutz: Das Kölner Bescheidungsurteil“, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2012), S. 1379–1382, 1379–1381.

⁴⁸ Vgl. hierzu bspw.: Monique Eckmann, *Aspekte soziokultureller Identitätsbildung von Minderheitsgruppen* (Kulturelle Rechte von Minderheiten – kein Problem?), Bern 23.06.2000.

⁴⁹ Helmut Linneweber-Lammerskitten, „Minderheitsrechte: Individual- oder Kollektivrechte?“, in: Gerhard Seel (Hg.), *Minderheiten, Migranten und die Staatengemeinschaft. Wer hat welche Rechte?*, Bern/Wien u.a. 2006, S. 79–89, 85.

⁵⁰ Das Beispiel einer kriminellen Vereinigung anführend sowie auf die Qualität der Minderheit abstellend: Linneweber-Lammerskitten, Minderheitsrechte, S. 84 f.

⁵¹ Eine diesbezüglich ausführliche Auseinandersetzung mit etwaigen Anknüpfungspunkten von Rechten findet sich bei: Linneweber-Lammerskitten, Minderheitsrechte.

im Zweifel eben auch vor rechtsgutsverletzenden Sitten der Minderheiten geschützt werden müssen.⁵²

Zugleich ist auch diesbezüglich zugegebenermaßen wiederum problematisch, dass die Auswahl der schutzwürdigen Praktiken der Mehrheit zustehen, was den Minderheitenschutz sinnentleeren könnte und einer ebenfalls problematischen Annahme universalistischer Werte zuarbeiten würde. An dieser Stelle kommt man in der Argumentation letztlich nur weiter, wenn man entweder davon ausgeht, dass das allgemeingültige Recht die Mehrheit zu derartigem Schutz ‚zwingen‘ kann oder, insofern pragmatisch argumentiert, die Mehrheitskultur auch von dieser Förderung profitiert und deshalb so agieren sollte. Insbesondere letzteres lässt sich nicht generalisierend beantworten, sondern ist einzelfallabhängig.

Jedenfalls in unserem aktuellen Rechtssystem besteht nicht schon aus den Gründen der Identitätsbildung und der Vorteile eines gesellschaftlichen Pluralismus ein über den Anspruch jedes Bürgers hinausgehendes Anrecht auf letztlich rechtsuntreues Verhalten oder staatliche Unterstützung bestimmter Praktiken. Ein derartiger Anspruch kann sich vielmehr nur aus den individuellen Rechten der Minderheitsangehörigen ergeben, z.B. ihrer Handlungsfreiheit oder dem Gleichheitsgrundsatz⁵³ – aber eben nur in den Grenzen des bestehenden Rechts.

3.4 Schutz der Gruppe

Minderheitenschutz kann über die Sicherung und Förderung individueller Interessen der Minderheitsangehörigen hinaus auch bedeuten, die Gruppe als solche zu schützen.⁵⁴ Der Blick richtet sich in diesem Fall auf das Kollektiv.⁵⁵ Die gruppeninterne Kommunikation der eigenen Besonderheit kollidiert nicht selten mit den kulturellen Gewohnheiten der Mehrheit; die Gruppe ist demnach durch die Mehrheit in ihrer – gleich bleibenden – Weiterexistenz bedroht. Ein Schutz hiervor kann sich auf die Sicherung der Existenz an sich – d.h. vor Vernichtung, Zersiedelung, o.ä. – oder wiederum auf Förderung gewisser Be-

⁵² Nicht ohne eine gewisse Polemik argumentiert Hans-Ullrich Paeffgen, „§ 228“, in: *Strafgesetzbuch. Besonderer Teil*, §§ 80–231, Baden-Baden 2013, Rn. 103b bzgl. der Genitalverstümmelung, dass eine nicht zu rechtfertigende Körperverletzung vorläge.

⁵³ In diese Richtung argumentierend im Hinblick auf die Genitalverstümmelung argumentierend auch Paeffgen, § 228, Rn. 103b f.

⁵⁴ Alex Sutter, „Welche kulturellen Rechte für marginale Minderheiten?“, in: Albert Schnyder (Hg.), *Sozialrechte und Chancengleichheit in der Schweiz*, Luzern 2000, S. 179–192, 182 ff.

⁵⁵ Sutter, Kulturelle Rechte, S. 183.

sonderheiten richten. Initiationsriten wie z.B. die Beschneidung sind für Identitätsstiftung und damit Weiterexistenz der Gruppe wichtig, ebenso wie die Erziehung der Kinder im Sinne der Minderheitsweltsicht.⁵⁶ Gelegentlich kann die Sicherung der Weiterexistenz sich sogar gegen Individualrechte der Mitglieder richten – wie letztlich auch die Zulassung der Beschneidung. Das ist nicht zuletzt deshalb der Fall, weil die Minderjährigen häufig in bestimmte Maßnahmen noch nicht einwilligen können und so „separiert“ werden, ohne dass sie insofern eine Wahlmöglichkeit hätten.

Für die Frage nach der Schutzwürdigkeit von Gruppen als solchen ist aber auch relevant, dass Integration und Assimilierung nicht ausschließlich negativ zu bewerten sind – sondern vielmehr in vielen Fällen einwandernder Minderheiten eine fast zwangsläufige, mittelfristige und von vielen Minderheitsangehörigen auch angestrebte Folge.⁵⁷ Im Gegenteil, die Separation durch die Verstärkung der eigenen Andersartigkeit, die starke Betonung der Gruppe bzw. der kollektiven Existenz, kann durchaus auch eine Bedrohung nicht nur für die Mehrheit, sondern auch für die Autonomie und Wahlmöglichkeit des Mitglieds, für dessen Gleichstellung mit Mehrheitsangehörigen, generell für dessen Interessen sein.⁵⁸ Diese Gefahr darf bei der Debatte um Minderheitenschutz nicht vernachlässigt werden. Sie bedeutet nicht, dass die Existenz von Gruppen, ihre Besonderheiten und ihr Identität, nicht schutzwürdig sein kann. Sie könnte aber bedeuten, zu versuchen, beides zu vereinen – Integration unter Beibehaltung bestimmter wichtiger Besonderheiten.⁵⁹ Zudem deutet diese Gefahr darauf hin, dass die Bedeutung von Kollektiven im Verhältnis zu Individuen nicht überbetont werden darf. So wichtig die Existenz bestimmter Gruppen für ihre Mitglieder und die Gesellschaft sein mag, ist unser Staatssystem doch bewusst auf individuelle Rechte ausgerichtet.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Sutter, Alex, „Ausgleich statt Anerkennung. Zur Begründung von Sonderrechten für Angehörige kultureller Minderheiten“, in: Gerhard Seel (Hg.), *Minderheiten, Migranten und die Staatengemeinschaft. Wer hat welche Rechte?*, Bern/Wien u.a. 2006, S. 131–158.

⁵⁸ So auch ebd., S. 135.

⁵⁹ Gegen die „bloße Anerkennung“ von Minderheiten und eine Stärkung der individuellen Position des Minderheitsangehörigen spricht sich Sutter aus. Vgl. Sutter, Ausgleich statt Anerkennung; Sutter, Kulturelle Rechte; Alex Sutter, „Keine kollektiven Menschenrechte! Zur Problematik der Minderheitenrechte im Rahmen der individuellen Menschenrechte“, in: *Widerspruch* (1998), S. 24–28.

3.5 Kollisionen mit individuellen Interessen

Ein republikanisches Staatssystem ist primär mit der Spannung zwischen Individuum und Staat befasst, und versucht, diese durch besondere Grenzen der Verfassung zum Schutz des Einzelnen vor der Übermacht der Mehrheit aufzulösen. Für die positive Stärkung von Subkollektiven oder Förderung von Minderheiten ist es dagegen nur bedingt geeignet. Die Konflikte zwischen Individuum und Minderheitsschutz stellen daher für dieses individualistisch orientierte Staatssystem eine erhebliche Herausforderung dar.⁶⁰ Es ist deshalb zu diskutieren, ob und unter welchen Bedingungen der Minderheitenschutz in einem solchen Staatssystem überhaupt vorrangig vor der Wahrung der Rechte von Individuen sein kann. Der Konflikt zwischen Minderheitenschutz und Individualinteressen zeigt sich in drei Konstellationen:

- 1) Bevorzugen von Minderheitsangehörigen: Durch eine Besserstellung von Minderheitsangehörigen – etwa bei Einstellungen,⁶¹ der Zulassung zu Hochschulen, etc. – werden regelmäßig Mitglieder der Mehrheit direkt benachteiligt, entweder weil sie selbst nicht zum Zuge kommen oder weil sie verpflichtet werden, diese Mitglieder besserzustellen. Zweifellos lässt sich Gleichheit nicht einfach als Gleichbehandlung im absoluten Sinne übersetzen, sodass ein aktiver Schutz vor Diskriminierung und eine gewisse positive Sicherstellung der Gleichbehandlung Minderheitsangehöriger unter bestimmten Umständen durchaus noch als gerechte „Ungleichbehandlung von faktisch Ungleichem“ angesehen werden können.⁶² In derartigen Fällen geht es um zwei konfligierende Individualinteressen – die des Minderheits- und die des Mehrheitsangehörigen. Da es sich um eine direkte, zum Teil erhebliche Beeinträchtigung der individuellen Rechte des Mehrheitsangehörigen handeln kann, ist bei der Auflösung nicht zuletzt der Grund für die faktische Ungleichbehandlung des Minderheitsangehörigen durch die Gesellschaft zu bewerten: So kann berücksichtigt werden, ob die Minderheitsangehörigkeit freiwillig ist oder durch Geburt oder auf andere Weise zwangsläufig entsteht, ob die von der Gesellschaft vorgenommene Diskriminierung mit Blick auf die Situation sachgemäß und damit möglicherweise hinzunehmen ist, ob die Diskriminierung nicht vorrangig – also vor der individuellen Benachteiligung des Mehrheitsangehörigen – strukturell aufzulösen wäre.

⁶⁰ Einen bedingten Widerspruch zu einem liberalen Staat konstatiert Sutter, in: Ausgleich statt Anerkennung, S. 141.

⁶¹ Vgl. hierzu § 1 AGG, § 2 AGG, die eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verbieten.

⁶² Michael Grünberger/Janis Block, „§ 1“, in: Dirk Looschelders (Hg.), *Beck-Online Großkommentar AGG 01.10.2015*, Rn. 13.

2) Bevorzugen der Gruppe vor dem Individuum: Der Konflikt schlägt sich gegebenenfalls auch in dem Eingriff in Individualrechte der Minderheitsangehörigen zugunsten des Kollektivs nieder. Wie geschildert, werden Minderjährige regelmäßig im Sinne der Minderheitskultur erzogen. Nicht selten findet ein ihre Rechte beeinträchtigender Initiationsritus statt. In manchen Fällen zeichnet es die Minderheitskultur aus, dass die Gruppe ihre Mitglieder unterschiedlich behandeln – etwa Frauen oder Angehörige bestimmter Kasten. In diesen Konstellationen kollidiert das Interesse an der Weiterexistenz der Gruppe bzw. der Fortführung ihrer Gebräuche mit den Interessen der benachteiligten Minderheitsangehörigen.⁶³ Ein Beispiel hierfür ist die Beschneidung: letztlich sichert § 1631d BGB den tradierten Initiationsritus bestimmter Gruppierungen und nimmt dabei gewisse Eingriffe in das Recht auf körperliche Unversehrtheit der noch nicht einwilligungsfähigen Minderheitsangehörigen in Kauf.⁶⁴ Mit einer Begründung des Minderheitsschutzes über die Individualrechte der Angehörigen ist diese Kollision kaum vertretbar,⁶⁵ jedenfalls nicht, wenn es um so zentrale Individualinteressen wie das an körperlicher Unversehrtheit geht. Je stärker der Minderheitenschutz mit Rechten und Interessen der Mitglieder legitimiert wird, desto weniger zulässig ist die Auflösung des hier geschilderten Konflikts auf ihre Kosten. Eine kollektivistische Begründung dagegen, die als Legitimation für die Existenzsicherung von Minderheiten dienen könnte, ist m.E. jedenfalls mit dem Individualitätsparadigma der Moderne, mit den republikanischen Elementen der Autonomie der Bürger, dem individuumsorientierten Grundrechtsschutz und dem Gebot der Gleichberechtigung schwer vereinbar.

Somit bleibt in diesem Konfliktfall nur, im jeweiligen Einzelfall die Individualrechte ins Verhältnis zu setzen, d.h. die hinter der identitätsbildenden Schutzwürdigkeit der Minderheit stehenden Grundrechte aller Angehöriger (oder den jeweils relevanten Grundrechten) zu den jeweils gefährdeten bzw. verletzten Individualrechten einzelner Angehöriger. Im Falle der Beschneidung geht es dann eben nicht mehr primär um die Minderheit bzw. um deren tradierte Riten, sondern vorrangig um das Erziehungsrecht der Eltern, teilweise auch um deren Religionsfreiheit,⁶⁶ und um die durch die Minderheitsangehörigkeit gebildete Identität, die sich in diesen Rechten spiegelt, im Verhältnis zur körperlichen Unversehrtheit des Kindes. Ob die in § 1631d BGB gefundene Auflösung dieses Konflikts verfassungsrechtlich und rechtspolitisch

⁶³ Sutter, Kulturelle Rechte, S. 183 ff.

⁶⁴ Siehe hierzu auch Thomas Fischer, „§ 223“, in: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2015, Rn. 48b.

⁶⁵ Sutter, Keine kollektiven Menschenrechte, insbesondere S. 25 ff.

⁶⁶ Thomas Fischer, „§ 223“, in: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2015, Rn. 48 ff.

überzeugt,⁶⁷ kann mit Blick auf diese konkrete Abwägung bezweifelt werden, selbst wenn man die Bedeutung eines Initiationsritus für die Existenz der Minderheit berücksichtigt.

3) Etikettierung als Angehöriger einer Minderheit: Ein weiterer Konflikt wird durch die Kategorisierung als Minderheitsangehöriger begründet. Auch wenn es dabei (noch) nicht um einen konkreten Grundrechtseingriff geht, kann eine Betonung der Besonderheiten von Minderheiten zu Stereotypisierungen führen, die doch gerade vermieden werden sollen.⁶⁸ Hier kollidiert also das Interesse der Minderheitsangehörigen auf Gleichbehandlung und Integration mit der Identitätsbildung durch gelebte Zugehörigkeit zu der Minderheit. Problematisch ist jedenfalls eine Etikettierung ohne Wahlmöglichkeit, eine zu starke Reduktion der Identität auf die Minderheitszugehörigkeit. Selbst wenn diese Kategorisierung mit einer Gleich- oder gar Besserstellung verbunden ist, kann sie problematisch sein. Das gilt insbesondere dann, wenn der Anschein erweckt wird, dass der Minderheitsangehörige eine bestimmte Position oder einen bestimmten Vorteil ausschließlich aufgrund dieser Zugehörigkeit erhalten hat. Die Überbetonung der Minderheitszugehörigkeit kann dann der Nicht-Diskriminierung entgegenstehen. Darin spiegelt sich letztlich der Konflikt zwischen Pluralismus und Integration;⁶⁹ dieser Konflikt sollte allerdings nicht zu Lasten individueller Interessen der Minderheitsangehörigen aufgelöst werden. Das bedeutet, dass, wenn das schon nicht bezüglich der Minderheitszugehörigkeit möglich ist, zumindest die Etikettierung soweit irgend möglich mit einer Wahlmöglichkeit verbunden sein sollte. Der Minderheitsangehörige muss sich, wenn es die Situation erlaubt, gegen eine bestimmte staatliche Maßnahme, die ihn gerade in dieser Eigenschaft anspricht, entscheiden können, gegen eine nur auf dieser Zugehörigkeit basierenden Besserstellung, gegen eine zu starke Reduktion seiner Identität. Wenn es bei der

⁶⁷ Siehe hierzu auch Tatjana Hörnle, „Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft“, in: *Neue Juristische Wochenschrift – Beilage* (2014), S. 34–38; Viktor Rogalla, „Elterliche Einwilligung in eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung des selbst noch nicht einwilligungsfähigen männlichen Kindes gem. § 1631 d BGB – Besprechung von OLG Hamm, Beschluss vom 30.8.2013 – 3 UF 133/13, BeckRS 2013, 16796 –“, in: *Familienrecht und Familienverfahrensrecht* (2013), S. 483–485; Armin Steinbach, „Die gesetzliche Regelung zur Beschneidung von Jungen“, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2013), S. 550–551; Michael Germann, „Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012“, in: *Medizinrecht* (2013), S. 412.

⁶⁸ Zur Stigmatisierung von Sinti und Roma: Romani Rose, „Die Politik der OSZE gegenüber Sinti und Roma muss sich ändern“, in: Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg (Hg.), *Jahrbuch zur Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE)*, Baden-Baden 1999, S. 375–388; ebenso Sutter in Rekurs auf Kälin: Sutter, Ausgleich statt Anerkennung, S. 136.

⁶⁹ Sutter, S. 142 f.

entsprechenden Eigenschaft und Sonderbehandlung möglich und sinnvoll ist, muss er selbst entscheiden können, ob er sie als Angehöriger einer Minderheit in Anspruch nehmen möchte.

3.6 Zusammenfassung: Minderheiten im demokratisch-republikanischen Staatssystem

In aller gebotenen Kürze ist festzuhalten, dass in einem demokratisch-republikanischen Staatssystem unabhängig von einer pluralistischen Ausgestaltung und friedlichen Ko-Existenz verschiedener Subkulturen auf den Vorrang der Individualrechte geachtet werden sollte.⁷⁰ Neben dem Mehrheitsprinzip basiert ein solches Staatssystem eben auf besonderen Schutzmechanismen zugunsten des Individuums und der Gleichbehandlung der Bürger, die nicht ohne weiteres zum Schutz von Gruppen geopfert werden dürfen. Zugleich ist zutreffend, dass es nicht erst seit kurzem Anpassungen aufgrund der sozialen Verpflichtungen des Staats gibt, die nicht nur den Einzelnen, sondern auch zwischenmenschliche Zusammenschlüsse in den Schutz einbeziehen. Insofern wird die Bedeutung dieser Beziehungen für die Identitätsbildung und das Wohlbefinden des Individuums berücksichtigt; das sollte auch weiterhin erfolgen.

Eine weitergehende Anpassung des Rechtssystems an die Relevanz von Gruppen, die Wichtigkeit von Pluralität für die derzeitigen Gesellschaften, würde eine Abänderung der Prämissen und Prinzipien erfordern, auf denen es basiert. Das wäre jedenfalls nicht per se negativ zu bewerten; im Gegenteil, es ist durchaus möglich, dass eine Balance zwischen Autonomie des Individuums und Berücksichtigung seiner sozialen Beziehungen in vielerlei Hinsicht und an vielen Stellen des Staats- und Rechtssystems die teilweise bestehende Überforderung des Einzelnen durch die starke Autonomiebetonung ausgleichen könnte.

Derzeit aber bestehen noch die traditionellen Prämissen, und eine nur fragmentarische Anpassung des Rechtssystems könnte zu internen Widersprüchen, zum Verlust der Glaubwürdigkeit und vielleicht sogar zu partieller Funktionsunfähigkeit führen. Zudem entsteht durch die Fokussierung auf Gruppen immer auch eine Gefahr deren Überbetonung im Verhältnis zum Individuum. Die von mir benannte Balance erfordert einen Ausgleich, eine (staatlich gesteuerte) Annäherung zwischen kollektiven und individuellen Interessen, bewusste Integration unter Erhaltung wichtiger Besonderheiten. Konkret heißt das: Den Mitgliedern eines Kollektivs sollte, soweit möglich, eine Wahlmöglichkeit eröffnet werden, ob sie in der konkreten Situation der Etikettierung als Minderheitsangehörige zustimmen oder diese für nachteilig erachten. Soweit man eine stärkere Berücksichtigung der kollektiven Aspekte erreichen möchte, muss das

⁷⁰ Udo DiFabio, „Art. 2“, in: *Grundgesetz. Kommentar*, München, Rn. 42.

Staatskonzept und damit das zugrundeliegende Menschenbild angepasst, d.h. die Fokussierung auf die Individualität und Autonomie reduziert und die Identitätsbildung durch Gruppen bei der Konstruktion des Rechtssystems beachtet werden.

IV.4

Gerechtigkeit und Rationalität im Republikanismus

Sabrina Zucca-Soest

Die folgenden Überlegungen zu Gerechtigkeit und Rationalität im Republikanismus nehmen zunächst „den Republikanismus“ als zu beklagende diffuse Beschreibung einer Idee des politischen Miteinanders in den Blick. Deshalb werden die politisch-definitorische wie auch die philosophisch-analytische Perspektive in sich gegenseitig bestimmender Weise zusammen geführt. Denn der Republikanismus als Beschreibung einer bestimmten Sphäre politischen Gemeinwesens gewinnt erst durch einen begründungstheoretischen Rekurs auf die ihm innenwohnenden Grundprinzipien an Geltungskraft. Um den Möglichkeiten republikanischer Gerechtigkeit nachzuspüren zu können, wird im Folgenden zuvor ein republikanischer Rationalitätsbegriff skizziert. Denn dieser fußt auf einem Gerechtigkeitsprinzip, das, verstanden als Verbindung von *vernünftiger Gleichheit* und *gesetzlicher Allgemeinheit*, sich aus der Idee der *Menschenwürde* speist. Ein Offenlegen dieser Grundprinzipien und ihres Ineinanderwirkens eröffnet schließlich neuen Raum für Konkretisierungen republikanischer Ideen und dies gerade auch in normativer Hinsicht.

4.1 Republikanismus? – Eine kurze Bedeutungssuche

Das jeweils zu Grunde gelegte Verhältnis von Individuum und Gesellschaft bildet den Hintergrund, von dem sich die verschiedenen Klassifizierungen politischer Gemeinwesen herleiten. Republik im materiellen Sinne zielt auf einen Typus des politischen Gemeinwesens, bei dem die institutionalisierte Herrschaftsausübung auf der Freiheit der Bürger gründet und um des gemeinsamen Besten willen ausgeübt wird. Politik und Recht gründen also auf einem Vorgang *bürgerlichen Handelns* und werden von der *gemeinsam ausgeübten Praxis der Selbstbestimmung* her gedacht. Mit dieser definitorischen Formel könnte bereits alles gesagt sein, wenn nicht jeder dieser bestimmenden Begriffe höchst umstritten wäre. Eine kurze Bedeutungssuche des Republikbegriffs leistet also weit mehr als der Gefahr der Bedeutungsentleerung entgegenzuwirken.¹ Die Grundidee der politischen Selbstbestimmung hat in Theorie und Praxis die un-

¹ Eine ausführlichere Betrachtung siehe Sabrina Zucca-Soest, „Individuum und Gemeinschaft im Republikanismus“, in: Thorsten Thiel/Christian Volk, *Die Aktualität des Republikanismus*, Baden-Baden 2016, S. 127–156.

terschiedlichsten Formen angenommen. Über die Vorstellung von der zentralen Wichtigkeit der Darstellung, Beratung und Normierung von öffentlichen Angelegenheiten hinaus ist im Republikanismusdiskurs alles strittig.² So hat nicht nur die Rechtswissenschaft die Gefahr erkannt, dass sich in dieser Vielfalt überkreuzender Diskurse jenes verliert, was Republik bedeuten können sollte.³

Bei der Begriffsbestimmung wird i.d.R. vornehmlich auf die römische *res publica*⁴ rekurriert; es ist aber auch durchaus eine starke Verbindung zur griechischen *polis* erkennbar. An diesen historischen Beispielen klassischer politischer Gemeinwesen knüpft Gröschner an, wenn er als Unterscheidungsmerkmal das Gestaltungs- und Legitimationsprinzip und damit einen deskriptiven und normativen Republikbegriff entfaltet.⁵ Nach dem *Gestaltungsprinzip* wird die Idee einer Herrschaft für das Volk fokussiert. Republik hat den Charakter eines Optimierungsgebotes; es verlangt die bestmögliche Erfüllung der mit ihm artikulierten Aufgabe, die Sache des Volkes wahrzunehmen.⁶ Das hier zu Grunde gelegte Gemeinwohl beschreibt dabei keine vorgegebene, sondern eine zur Herstellung aufgegebene Größe.⁷ Als *Legitimationsprinzip* hingegen soll die Republik ein Gemeinwesen zum Ausdruck bringen, in dem freie und gleiche Bürger von Ihresgleichen regiert und nicht von Despoten beherrscht werden.⁸ Auf diese Weise bildet sich die Einheit über das gemeinsame Freiheitsinteresse aller.⁹ Hier steht die Idee einer *Herrschaft durch das Volk* im Mittelpunkt. In der radikalen Republikvariante¹⁰ fallen nun die individuelle Freiheit und das allgemeine Interesse zusammen.¹¹ Gestaltungs- und Legitimationsprinzip überlappen einander. Dies führt zu dem Bild des Souveräns als einem Kollektivsubjekt, dessen Glieder in einem allgemeinen Willen vereint sind.¹² Besonders problematisch macht diese Konzeption, dass eine solche Einheit tatsächlich nur dann nicht totalitär ist, wenn die Koinzidenz vollständig ist.¹³ Bemerkenswert bleibt an dieser Stelle, dass die Engführung der Republikidee auf die Konstruk-

² Hauke Brunkhorst, „Begriff Republikanismus“, in: Stefan Gosepath/Wilfried Hinsch/Beate Rössler (Hg.), *Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Berlin 2008, S. 1171–1121, hier S. 1117.

³ Anstatt vieler Günter Frankenberg, *Die Verfassung der Republik*, Baden-Baden 1996, hier S. 98.

⁴ Siehe Wolfgang Mager, „Begriff: Republik“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel 2007, Band 8, S. 859–878, hier S. 858 ff.

⁵ Rolf Gröschner, „Die Republik“, in: *HStR*, II, 2004, § 23, hier S. 400 ff.

⁶ Gröschner, Republik, S. 404.

⁷ Ebd.

⁸ Ebd., S. 402.

⁹ Ebd.

¹⁰ Inwiefern diese Rousseau zugeschrieben werden, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden.

¹¹ Dietrich Krauß, *Die Politik der Dekonstruktion*, Frankfurt am Main 2001, hier S. 219.

¹² Krauß, Dekonstruktion, S. 225.

¹³ Ebd., S. 219.

tion eines solchen Kollektivsubjekts bis in die modernen neorepublikanischen Diskurse zu großer Bedeutung gelangt ist.¹⁴ Sie ist geradezu zu *dem* Merkmal republikanischen Denkens avanciert.

4.2 Republikanische(s) Subjekt(e)

Seit der Antike positionieren sich die verschiedenen Varianten von der Bestimmung des *Einzelnen* in der Gemeinschaft und der *Gemeinschaft* als Fundament politischer Gemeinwesen. Diese Konturierung politischer Klassifikationen deutet bereits auf den metatheoretischen Hintergrund des Republikdiskurses hin – nämlich dem Spannungsverhältnis von individueller und kollektiver Autonomie. Im Mittelpunkt steht hier die Frage nach der Möglichkeit einer Konzeptualisierung eines modernen Republikverständnisses jenseits des Kollektivsubjektes.

4.2.1 Subjekte in politischen Strukturen

Klassischer Weise werden hier als sich gegenüberstehende Grundkonzepte liberale Theorien von republikanischen abgegrenzt.¹⁵ Liberale Theorien gründen sich auf einen legitimatorischen Individualismus, der Ideen individueller Freiheit und Gleichheit sowie subjektive Rechte betont und insbesondere auf das Privateigentumsrecht als normativer Grundlage rekuriert.¹⁶ Politik wirkt im Sinne der Bündelung und Durchsetzung gesellschaftlicher Privatinteressen gegenüber einem Staatsapparat, der auf die administrative Verwendung politischer Macht für kollektive Ziele spezialisiert ist.¹⁷ Die primäre Aufgabe des Staates besteht in dem Schutz der subjektiven Rechte und damit der Freiheit des (wirtschaftlichen) Handelns.¹⁸ Hier werden die negativen Freiheiten fokussiert. Freiheit wird im Sinne individueller Unabhängigkeit von anderen beschrieben. Der

¹⁴ Siehe Andreas Niederberger/Emanuel Richter, „Einleitung zum Themenheft ‚Republikanismus‘“, in: ZPTH, 2014, S.3–9, hier S.2; Philipp Hözing, „Der Republikanismus in der Geschichte der Politischen Theorie und Ideengeschichte“, in: ZPTH, Heft 1, 2014, S. 11–30; Andreas Busen/Thorsten Thiel, „Freiheit, Gerechtigkeit und Demokratie: Renovierungsarbeiten am Neo-Republikanismus“, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Heft 1–2, 2014, S. 185–203.

¹⁵ Eine ausführliche Auseinandersetzung siehe Zucca-Soest, Individuum und Gesellschaft, S. 127–156.

¹⁶ Niederberger/Richter, Republikanismus, S. 3.

¹⁷ Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1997, hier S.277.

¹⁸ Wulf Kellerwessel, „Begriff: Liberalismus“, in: Stefan Gosepath/Wilfried Hinsch/Beate Rössler (Hg.), *Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Berlin 2008, S. 715–723, hier S. 716.

demokratische Prozess dient hier lediglich der Kontrolle der Staatstätigkeit.¹⁹ Die gesellschaftliche Integration verläuft vornehmlich über die administrative Macht und das motivierende Eigeninteresse. Der Status der Bürger bestimmt sich also in der Ausübung ihrer privaten Rechte und vorpolitischen Freiheiten, nach denen sie eine vorgängige Autonomie bereits erworben haben.²⁰ Festzuhalten bleibt, dass liberale Ansätze von dem *Ich* als vereinzeltem Individuum ausgehen. Das *Wir* ergibt sich aus der Menge der vereinzelten Einzelnen.

Radikal republikanische Theorien stellen auf das kollektive Ich ab.²¹ Es sind die Verhaltensweisen und der Geist eines Volkes als Gesamtheit, die die Kraft der Republik bewahren.²² Hier stellt die Politik keine Vermittlungsfunktion dar; sie ist vielmehr konstitutiv für den Vergesellschaftungsprozess im Ganzen.²³ Politik wird als Reflexionsform eines sittlichen Lebenszusammenhangs begriffen.²⁴ Im Gegensatz zu liberalen Ansätzen wird hier Freiheit außerdem mit kollektiver Selbstregierung verknüpft.²⁵ Neben die administrative Macht und das Eigeninteresse tritt nun Solidarität als eine dritte Quelle der gesellschaftlichen Integration dazu.²⁶ Dementsprechend setzt nach Taylor die Freiheit der Selbstverwirklichung – die Gelegenheit, frei zu sein – bereits voraus, so dass ich Freiheit praktizieren kann.²⁷ Die positive Freiheit setzt demnach die negative Freiheit voraus. Dabei können Menschen nur in Bezug aufeinander frei sein.²⁸ So sind auch die Staatsbürgerrechte, in erster Linie die politischen Teilhabe- und Kommunikationsrechte, als positive Freiheiten zu verstehen.²⁹ Sie garantieren nicht die Freiheit von äußeren Zwängen, sondern Beteiligung an einer gemeinsamen Praxis, durch deren Ausübung die Bürger sich erst zu dem machen können, was sie sein wollen: zu politisch verantwortlichen Subjekten einer Gemeinschaft von Freien und Gleichen.³⁰ Der hier zu Grunde gelegte Freiheitsbegriff beruht dabei auf der Bürgertugend³¹ und der demokratische Prozess wird von den Tugenden gemeinwohlorientierter Staatsbürger abhängig gemacht.³² Dem-

¹⁹ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 279.

²⁰ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 279 f.

²¹ Rolf Grawert, „Die demokratische Republik – von Rousseau zu Kant“, in: *Der Staat*, 2012, S. 491–524, hier S. 497.

²² Michael J. Sandel, *Liberalismus oder Republikanismus: Von der Notwendigkeit der Bürgertugend*, Wien 1995, S. 61.

²³ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 277.

²⁴ Ebd.

²⁵ Charles Taylor, *Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus*. Frankfurt am Main 1992, S. 120 f.

²⁶ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 278.

²⁷ Taylor, Negative Freiheit, S. 122.

²⁸ Hannah Arendt, *Zwischen Vergangenheit und Zukunft*, München 1994, S. 201.

²⁹ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 279.

³⁰ Vgl. Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 279; Taylor, Negative Freiheit, S. 9 ff.

³¹ Sandel, Liberalismus oder Republikanismus, S. 55.

³² Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 283.

entsprechend liegt die Existenzberechtigung des Staates nicht im Schutz subjektiver Rechte, sondern in der Gewährleistung eines inklusiven Meinungs- und Willensbildungsprozesses, in dem sich freie und gleiche Bürger darüber verständigen, welche Ziele und Normen im gemeinsamen Interesse aller liegen.³³ Denn es ist der gemeinsam hervorgebrachte Gemeinwille, der das Volk zum Souverän³⁴ macht; die konstituierende Gewalt gründet in der Selbstbestimmungspraxis der Bürger, nicht ihrer Repräsentanten.³⁵ Die Methodologie radikal-republikanischer Konzeptionen geht von den moralischen und sozialen Fähigkeiten der Bürger aus und beschreibt einen sittlichen Lebenszusammenhang.

Die *Diskurstheorie*³⁶ kritisiert den Liberalismus wie auch den radikalen Republikanismus als verkürzte Varianten der Bestimmung moderner Gesellschaftsordnung mit je richtigen Grundintentionen. Sie unternimmt den Versuch, die jeweiligen Fokussierungen auf das freie Individuum als Träger subjektiver Rechte und das souveräne Ganze der Staatsbürger aufzuheben und in sich wechselseitig bestimmender Weise neu miteinander zu verschränken.

Die Diskurstheorie, die mit dem demokratischen Prozess stärkere normative Konnotationen verbindet als das liberale, aber schwächere als das republikanische Modell, nimmt wiederum von beiden Seiten Elemente auf und fügt sie zusammen. In Übereinstimmung mit dem Republikanismus rückt sie den politischen Meinungs- und Willensbildungsprozess in den Mittelpunkt, ohne jedoch die rechtsstaatliche Verfassung als etwas Sekundäres zu verstehen; vielmehr begreift sie Grundrechte und Prinzipien des Rechtsstaates als konsequente Antwort auf die Frage, wie die anspruchsvollen Kommunikationsvoraussetzungen des demokratischen Verfahrens institutionalisiert werden können.³⁷

Politik ist hier weder von einem Ideal zwischen entgegengesetzten Privatinteressen noch von Tugenden gemeinwohlorientierter Staatsbürger abhängig.³⁸ Sie gründet also weder auf reinen Interessenskompromissen noch auf einem Prozess der ethischen Selbstverständigung. Dabei wird wie im liberalen Modell die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft respektiert; aber hier unterscheidet sich die Zivilgesellschaft als die soziale Grundlage autonomer Öffentlichkeiten ebenso sehr vom ökonomischen Handlungssystem wie von der öffentlichen Administration.³⁹ Ebenso wenig fällt die absolute Präsenz der Souveränität des Volkes mit dem Staat zusammen, denn dies lässt keinen Raum für das Eigenleben einer Zivilgesellschaft von Individuen mit ihren spezifischen Interessen.⁴⁰ Durch den intersubjektiven Gehalt von Rechten, die die reziproke Beachtung

³³ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 280.

³⁴ Grawert, Die demokratische Republik, S. 501.

³⁵ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 290.

³⁶ Im Folgenden wird die Diskurstheorie exemplarisch in der Variante von Jürgen Habermas analysiert.

³⁷ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 287.

³⁸ Ebd., S. 283.

³⁹ Ebd., S. 288.

⁴⁰ Krauß, Dekonstruktion, S. 219.

von Rechten und Pflichten in symmetrischen Anerkennungsverhältnissen⁴¹ fordern, soll der interne Zusammenhang zwischen der Selbstbestimmungspraxis des Volkes und der persönlichen Herrschaft der Gesetze gewahrt werden.⁴² Mit einer auf Anerkennungsverhältnissen beruhenden dezentrierten Gesellschaft, wird die Souveränität weder konkretistisch im Volk konzentriert noch in die Anonymität der verfassungsrechtlichen Kompetenzen verbannt.⁴³ Das Selbst der sich selbst organisierenden Rechtsgemeinschaft verschwindet in den subjektlosen Kommunikationsformen, die den Fluss der diskursiven Meinungs- und Willensbildung so regulieren, dass ihre falliblen Ergebnisse die Vermutung der Vernünftigkeit für sich haben.⁴⁴ Diese Konstruktion gründet auf der Vorstellung einer Verschränkung von privater und kollektiver Autonomie als Ausdruck eines diskurstheoretischen Freiheitsverständnisses. Das Konzept, in dem sich beide Prinzipien ineinander verschränken, sich gegenseitig bedingen und interpretieren,⁴⁵ ist das der Gleichursprünglichkeit der klassischen Freiheitsrechte mit den politischen Bürgerrechten.⁴⁶ Die subjektiven Handlungsfreiheiten des Privatrechtssubjekts und die öffentliche Autonomie des Staatsbürgers ermöglichen sich wechselseitig.⁴⁷ Nicht die Individuen sind alle auf dieselbe Weise normativ vorverständigt und damit moralisch alle gleich; einzig die Universalien des Sprachgebrauchs bilden eine den Individuen vorgängig gemeinsame Struktur – im kommunikativen Handeln können sich die Bürger mit ihren partikularen Interessen einbringen und affirmieren.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund wird klar, inwiefern die Diskursttheorie sich zwischen der Grundannahme von vereinzelten Individuen und dem großen Ganzen als politisch handelndes Subjekt positioniert, indem das qua Verständigungszusammenhang gesetzte Beieinandersein von Ego und Alter als Bedingung der Möglichkeit von Konsens gesetzt wird.

Die idealtypische Gegenüberstellung der drei Gesellschaftskonzeptionen legt den metatheoretischen Hintergrund frei, an dem sich die Grundfrage nach einer republikanischen Rationalität jeweils ausrichtet. Zugespitzt können also folgende Unterschiede zwischen den Grundannahmen festgehalten werden: In der republikanischen Form des Wir verschwindet der Einzelne als Träger von Eigeninteressen, während im Liberalismus das vereinzelte Individuum als ein eben solches fokussiert wird. Die Diskursttheorie begründet eine dialektische

⁴¹ Habermas, Einbeziehung des Anderen, S. 280.

⁴² Habermas 1997, S. 281; siehe hierzu auch Frank Michelmann, „Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights“, in: *Florida Law Review*, Heft 41, 1989, hier S. 466 f.

⁴³ Habermas 1997, S. 291.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ Krauß 2001, S. 233.

⁴⁶ Habermas 1997, S. 300.

⁴⁷ Ebd., S. 298.

⁴⁸ Krauß 2001, S. 233.

Form des Ich als Wir. Das republikanisch gewendete Gemeinwohl gründet auf der kollektiven Autonomie und wird durch eine ethische Selbstverständigung im sittlichen Lebenszusammenhang hergestellt. Die liberale Variante des Gemeinwohls erwächst der individuellen Autonomie durch Verhandlungsprozesse von Eigeninteressen. In der diskurstheoretischen Konzeption besteht ein interner Zusammenhang von Eigeninteresse und Gemeinwohl. Das republikanische Staatsbürgerethos als Ausfluss der Volkssouveränität bildet in erster Linie das demokratische *Legitimationsprinzip*, während die freie Entfaltungsmöglichkeit, die auf einem Vorrang der Menschenrechte basiert, eher zu einem demokratischen *Gestaltungsprinzip* führt. Die diskurstheoretischen prozedural-abstrakt bestimmten Kommunikationsprozesse verschränken Volkssouveränität und Menschenrechte in dem Prinzip der Gleichursprünglichkeit. Demokratische Gesellschaftsformen bilden einen immerwährenden dynamischen Prozess des gleichursprünglichen Herrschens *für* und *durch das Volk*.

4.2.2 Autonomiediskurs

Der Republikanismusdiskurs gleich welcher couleur verläuft vor dem metatheoretischen Hintergrund der Bestimmtheit des Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft in einem freiheitstheoretischen Denkrahmen. Um die daraus resultierenden verschiedenen konkret-politischen Positionen und Ausführungen erfassen zu können, sollte auch dieser politisch-philosophische Hintergrund reflektiert werden.

Hierfür wird im Folgenden Freiheit als der allgemeinere und Autonomie als der spezifischere, auf Selbstbestimmung fokussierte Begriff aufgefasst.⁴⁹ Klassischer Weise wird in diesem Zusammenhang auf Kant und Berlin rekurrenkt. Im Anschluss an Kant beschreibt Autonomie einen Aspekt von Freiheit, mit dem die „Idee der Würde eines vernünftigen Wesens, das keinem Gesetze gehorcht, als dem, das es zugleich sich selbst gibt“⁵⁰ zu Grunde gelegt. Ohne Freiheit wäre eine Bestimmung des Selbst durch sich gar nicht erst möglich.⁵¹ Autonomie beschreibt insofern das Vermögen, sich selbst überhaupt Zwecke setzen zu können. Berlin vollzieht die grundlegende Unterscheidung von positiver und negativer Freiheit. Hier wird die große Bedeutung der Vielschichtigkeit der kategorialen Freiheitsoptionen für das Individuum besonders pointiert. Während die negative Freiheit also als Abwehrrecht des Individuums: als „Freiheit von et-

⁴⁹ Eine Auseinandersetzung mit dem gänzlich anders verlaufenden Diskurs zur Vertiefung des Autonomiediskurses siehe Sabrina Zucca-Soest, „Autonomie als Notwendige aber nicht hinreichende Bestimmung der Menschenwürde“, in: Daniela Demko/Kurt Seelmann/Paolo Becchi (Hg.), *Würde und Autonomie*, ARSP Beiheft 142, 2015, S. 117–143.

⁵⁰ Immanuel Kant, AA IV 434.

⁵¹ Stefan Kirste, „Recht – Selbst – Bestimmung“, in: Daniela Demko/Kurt Seelmann/Paolo Becchi (Hg.), *Würde und Autonomie*, ARSP-Beiheft 142, 2015, S. 65–90, hier S. 67.

was⁵² gegen insbesondere staatliche „Einmischung“⁵³ beschrieben wird, zielt die positive Freiheit: die „Freiheit zu etwas“⁵⁴ darauf ab, „sein eigener Herr zu sein“.⁵⁵ Dabei ist eben nicht nur die physische Ebene, „nicht von anderen Menschen beeinträchtigt“⁵⁶ zu werden, gemeint, sondern eben auch die „metaphysische Legitimationsgröße“ eines „autonomen Selbst“.⁵⁷ Autonomie kann also als ein Aspekt positiver Freiheit verstanden werden – ihre Realisierung setzt allerdings negative Freiheit voraus und trägt insofern zur Freiheit bei, als das Selbst sich nicht zu allem negativ verhalten kann, sich nicht aus allem heraushalten und distanzieren kann, sondern positive Handlungsprinzipien entwickeln muss.⁵⁸

Autonomie kann demnach gerade mit Blick auf die Selbstbestimmbarkeit des Individuums als Kernbestandteil der Freiheit – und zwar der positiven wie auch der negativen Freiheit – beschrieben werden. Beide Kategorien der Freiheit können Einfluss auf die Willens- wie auch Handlungsfreiheit des Individuums und damit auf *die innere wie äußere Autonomie* des Individuums nehmen. In der Psychologie und Pädagogik beschreibt Autonomie einen Zustand der Selbstverwaltung und Selbstbestimmung auch im Bereich des ethischen Daseins.⁵⁹ Hier werden Prozesse der Bewusstwerdung, der Verfügbarkeit und Machbarkeit sozialer Regeln und Satzungen im Sinne eines Lernprozesses beschrieben.⁶⁰ Individuen als psychologisch-pädagogische Entitäten sind dabei immer auch schon Teil einer Gemeinschaft und können somit nur im Verhältnis zu dieser gedacht werden. Im Verlauf der Moderne erscheint in der sozialen Sphäre die Frage nach Autonomie als *Kampf um Freiheit* besonders virulent. So beschreibt Max Weber die Autonomie des Verbandes als eine nicht durch Außenstehende gesetzte, sondern durch Verbandsgenossen kraft dieser ihrer Qualität bestehende.⁶¹ Auch die Unterscheidung der gegenwärtigen Soziologie zwischen personaler, sozialer und funktionaler Autonomie zielt auf die Möglichkeit, aus einem Repertoire

⁵² Isaiah Berlin, *Freiheit: Vier Versuche*, Frankfurt am Main 1995, S. 207.

⁵³ Berlin, *Freiheit*, S. 208.

⁵⁴ Berlin, *Freiheit*, S. 210.

⁵⁵ Ebd., S. 211.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Ebd., S. 212.

⁵⁸ Kirste, *Recht*, S. 67.

⁵⁹ Exemplarisch Erich Fromm, *Psychoanalyse und Ethik*, Stuttgart 1954, S. 21, S. 155 f.; Jean Piaget, *Das moralische Urteil beim Kind*, Zürich 1954, S. 223 ff.

⁶⁰ Klassisch Piaget, *Das moralische Urteil beim Kind*; Lawrence Kohlberg/Ann Colby, „Das moralische Urteil: Der kognitionszentrierte entwicklungspsychologische Ansatz“, in: Hans Bertram (Hg.), *Gesellschaftlicher Zwang und moralische Autonomie*, Frankfurt/M. 1986, S. 130–162; Erik H. Erikson, *Kind und Gesellschaft*, Zürich 1957; als kritische Würdigung von Kohlberg und Piaget siehe Franz Erlach, *Prostanz*, Frankfurt/M. 2011 – ganz anders die aktuelle Forschung Michael Tomasello, „Kooperation und Kommunikation im zweiten Lebensjahr“, in: Gunter Gebauer/Markus Edler (Hg.), *Sprachen der Emotion. Kultur, Kunst, Gesellschaft*, Fankfurt/M. 2014; wie Doris Bishop-Köhler, *Soziale Entwicklung in Kindheit und Jugend*, Stuttgart 2001.

⁶¹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Neu Isenburg 2005, S. 36 f.

von Werten und Verhaltensmustern auszuwählen⁶² und somit zwischen Konformität und Nonkonformität frei zu entscheiden.⁶³ Festzuhalten bleibt, dass die Unterscheidung von personaler zu anderen Autonomien auf die Schwierigkeit hinweist, dass soziale Gruppen und Verbände mit der Nonkonformität ihrer individuellen Mitglieder konfrontiert sind. Autonomie ist daher relativ – weil sozial begrenzt, sozial geprägt und konditional.⁶⁴

Ein solcher pluraler – weil dynamischer – Autonomiebegriff unterläuft die Ahrendtsche Kritik am Autonomiebegriff als Willensautonomie des Einzelnen.⁶⁵ Vielmehr erfüllt er ihren Anspruch an die Freiheit, nämlich die Möglichkeit, in einer mit anderen geteilten Welt zu handeln.⁶⁶

Der Hintergrund des eigens zu bestimmenden Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft lässt sich also auf jenes von individueller und kollektiver Autonomie zuspitzen. Die vorangegangenen Ausführungen weisen dabei eine Fokussierung auf die nur individuelle Autonomie der Einzelnen wie auch der kollektiven eines Kollektivsubjekts als unterdimensioniert aus. Die Relativität der Autonomie der Bürger in einer Gemeinschaft verweist auf einen dynamischen Grundzusammenhang. Ganz ähnlich begründet Thaa einen Freiheitsbegriff, der als Praxis, als ein plurales Handeln unter Gleichen zu verstehen ist und sich ebenso vom negativ-liberalen wie auch positiv-republikanischen Freiheitsverständnis und damit dem Anspruch der Willensautonomie abheben soll.⁶⁷

Es stellt sich also die Frage, inwiefern sich republikanische Ideen entfalten lassen, die nicht nur jenseits der Summe von vereinzelten Einzelnen sondern auch jenseits eines Kollektivsubjektes als Fundament zu finden sind.

⁶² Bruno Reimann, „Begriffe: personale Autonomie & soziale Autonomie“, in: Werner Fuchs-Heinritz/Daniela Klimke/Rüdiger Lautmann/Ottheim Rammstedt/Urs Stäheli/Christoph Weischer/Hanns Wienold (Hg.), *Lexikon zur Soziologie*, 5. Aufl., Wiesbaden 2011; Jean-Jacques Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundlagen des politischen Rechts*, Frankfurt a.M./Leipzig 2000.

⁶³ Exemplarisch David Riesman/Reuel Denney/Nathan Glazer, *Die einsame Masse*, Hamburg 1985; Sandel, Liberalismus oder Republikanismus, S. 254.

⁶⁴ Thilo Fehmel, „Autonomiegewinne als Bezugspunkt sozialer Theorie und Praxis“, in: ders./Stephan Lessenich/Jenny Preunkert, *Systemzwang und Akteurswissen*, Frankfurt/M. 2014, S. 9–23, S. 16 ff.

⁶⁵ Hannah Arendt, *Vita Activa. Vom tätigen Leben*, München 1981, S. 229.

⁶⁶ Hannah Arendt, „Freiheit und Politik“, in: dies., *Zwischen Vergangenheit und Zukunft. Übungen im politischen Denken I*, München 1994, S. 201–226.

⁶⁷ Winfried Thaa, „Die Repräsentation von Differenz als Voraussetzung politischen Handelns“, in: Thorsten Thiel/Christian Volk, *Die Aktualität des Republikanismus*, Baden-Baden 2016, S. 73–93. Auch wenn hier eine Freiheits- anstatt Autonomieterminologie gewählt wurde, weist der hier entwickelte Freiheitsbegriff in die gleiche Richtung wie der der „dynamischen Autonomie“.

4.3 Normativer Republikanismus jenseits des Kollektivsubjekts

Bereits die Feststellung, dass die positive Freiheit die negative Freiheit voraussetzt, hat auf einen intrinsischen Zusammenhang von individueller und kollektiver Autonomie hingewiesen. Ein dynamischer Autonomiebegriff zeichnet sich durch die Aufeinanderbezogenheit von privater und kollektiver Autonomie aus. Das republikanische Kollektiv darf im Anschluss an einen solchen dynamischen Autonomiebegriff also nicht als starre Größe missverstanden werden. Es beschreibt vielmehr – sich mal systemisch oder aber auch lebensweltlich verdichtend oder auslichtend – ein bewegliches Ganzes. Gemeinsame wie einzelne Identifikationsmomente wie auch Agitationsoptionen (Freiheitsoptionen) halten „das Kollektiv“ als Gesamtzusammenhang ständig in Bewegung und verändern dadurch ebenso stetig die Verhältnisse von individueller und kollektiver Autonomie. Die Bürger als selbstständige Autoren ihrer Freiheitssphäre bedeuten auch in ihrer Gesamtheit demnach viel mehr als ein homogenes Kollektivsubjekt. Die Fokussierung dieses Wechselspiels von je neu zur inhaltlichen Erfüllung und zeitlicher Ausführung gebrachter individueller und kollektiver Autonomie macht – als sich historisch ausgestaltendes Fundament – das Besondere republikanischer Theoriebildung aus. Sie schafft damit neuen Raum für republikanisches Gedankengut – und das gerade auch in normativer Hinsicht. Dieser dynamische, auf ein rekursiv verlaufendes Miteinander abstellende Republikanismus zeigt sich als eine pluralistische Konzeption, die auf die Verknüpfung von Individualität, Pluralität und Privatheit abzielt.⁶⁸ Die Loslösung vom Kollektivsubjekt als *dem* republikanischen Merkmal wirkt sich auf die strukturtheoretischen Zusammenhänge republikanischer Theoriebildung in grundlegender Weise aus. Dafür aber müssen, wie gefordert, die Grundprinzipien eines Republikanismus, der einen dynamischen Autonomiebegriff zu Grunde legt, herausgearbeitet werden. Erst eine begründungstheoretische Vertiefung der Überlegungen kann dem so verstandenen Republikanismus Gelungskraft verleihen. Dafür wird im Folgenden zunächst der Rahmen eines republikanischen Rationalitätsbegriffs bestimmt.

4.4 Republikanische Rationalität

Es stellt sich also die Frage, wie sich der republikanisch ausgelegte Rationalitätsbegriff unter den neuen Vorzeichen bestimmen lässt. Ohne sich in einem zu weit ausgreifenden Diskurs über Rationalität im Allgemeinen verstricken zu wollen, wird hier also der Vorschlag eines republikanischen Rationalitätsbegriffes unter-

⁶⁸ Thorsten Thiel, *Republikanismus und die Europäische Union*, Baden-Baden 2012, S. 162.

breitet, der die vorangegangenen Überlegungen zu einem dynamischen Autonomieverhältnis als Fundament eines politischen Gemeinwesens weiter synthetisieren soll. Dieser Rationalitätsbegriff muss sich, verstanden als Vermögen und Fähigkeit der Bürger, im Rahmen der Formel: „*durch eine gemeinsam ausgeübte Praxis der Selbstbestimmung um des gemeinsam Besten willen*“ agieren zu können, entfalten lassen.

Neben der Begriffsgeschichte, wie sie seit der Antike nachgezeichnet werden kann, hat der Rationalitätsbegriff insbesondere seit Max Weber eine über die Lehre vom Vermögen der Seele hinausgehende Bedeutung erfahren – nämlich die der Zweckrationalität.⁶⁹ Der Kern dieser Zweck-Mittel-Relation bildet die strategisch geschickte Wahl der zu einem Zweck geeigneten Mittel; hierdurch wird das Verfahren der Wahl in das Zentrum des Interesses gerückt.⁷⁰ Damit zeichnet sich der Rationalitätsbegriff durch einen inhaltlichen Dualismus aus: nämlich in substanzialer Hinsicht im Bereich der Vernunftkonzeptionen wie auch in prozeduraler Hinsicht im Bereich menschlicher Vermögenskonzeptionen. Letztere sind in Abgrenzung zu einem metaphysischen Vernunftverständnis als Theorien geltungsfundierender Verfahren zu verstehen.⁷¹ Worin ist also, mit Blick auf den Republikanismus, das Vermögen des Menschen zu vernünftigem Denken und Handeln in substanzialer Hinsicht und die Fähigkeit des Menschen, über Verfahren der Geltungsfundierung zu verfügen, also in prozeduraler Hinsicht, begründet?

In *substanzialer Hinsicht* ist als Fundament aller republikanischen Konzeptionen der Autonomiebegriff als konkretisierter Freiheitsbegriff auszumachen. Er beschreibt in seiner Fokussierung der individuellen wie auch der sozialen Sphäre die Fähigkeit zur Erzeugung von wohlfundierten republikanischen Geltungsansprüchen.⁷² Dem Individuum als autonomem Wesen wohnt das Vermögen inne, zwischen verschiedenen sozialen Institutionen zu wählen, sie zu erschaffen oder sich ihnen zu entziehen. Ihm steht die Freiheit des Agierens oder Ruhens zu. Die Sphäre des Politischen wird durch Autonomie bestimmt. Diese Autonomie der Menschen als substanziellem Vermögen kann von der naturrechtlichen, vernunftrechtlichen oder auch diskurstheoretischen Perspektive her begründet werden.⁷³ Unabhängig von der spezifischen Herleitung berühren sie sich jedoch alle in einem Punkt. Denn in ihrem republikanischen Kontext bleiben sie der Vorstellung verhaftet, dass die Freiheit der Bürger das Hauptmovens politischen Handelns ausmacht. Als Fähigkeit beschreibt Autonomie in diesem Zusammenhang die Möglichkeit der Institutionalisierung politischen

⁶⁹ Carl F. Gethmann, „Begriff: Rationalität“, in: Jürgen Mittelstraß (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Stuttgart/Weimar 2004, S. 468.

⁷⁰ Ebd., S. 468.

⁷¹ Ebd.

⁷² Ebd., S. 468.

⁷³ Siehe Zucca-Soest, Individuum und Gemeinschaft, S. 127–156.

Agierens. Die Individuen besitzen nicht nur das Vermögen, sondern auch die Fähigkeit, sich politisch zu organisieren. Hierzu zählt insbesondere die Fähigkeit, qua Entscheidungsgewalt zur Regelbefolgung in politischen Ordnungen anzuhalten, und zwar um des gemeinsamen Besten willen. Autonomie als konkretisierte Freiheit wird in der individualistischen wie auch radikalen Variante zu Grund und Ziel politischen Handelns.

Die *prozedurale Perspektive* nimmt die strukturell erworbene Fähigkeit, über Verfahren der Geltungsfundierung verfügen zu können, in den Blick. Rationalität beschreibt in diesem Zusammenhang die Fähigkeit, Verfahren diskursiver Einlösung von Geltungsansprüchen zu entwickeln, sie zu verfolgen und über sie zu verfügen.⁷⁴ Hier wird die Gewichtigkeit der Vorstellung sichtbar, nach der in allen republikanischen Konzeptionen die *innere Einstellung* der Akteure hinsichtlich Grund und Ziel ihres Handelns eine entscheidende Rolle spielt.⁷⁵ Von besonderer Bedeutung ist also, unabhängig von der hinterlegten Vorstellung des Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft, die „*gute innere und äußere*“ Verfassung der Bürger.⁷⁶ Demnach lebt die Republik von einer Bürgerschaft, die in freier und damit auch eigenverantwortlicher Selbstregierung tätig wird.⁷⁷ Die so verstandene Selbstregierung kann dabei nicht mit der Wahl der Amtsträger enden, sondern schließt das freiwillige Engagement einer aktiven Bürgerschaft und den freiwilligen Gehorsam gegenüber den Gesetzen ein.⁷⁸ Vor diesem Hintergrund gründen sich Politik und Recht auf einem Vorgang *autonomen Handelns* der Bürger.

Rational in diesem Sinne ist also jenes Handeln der autonomen Bürger, welches ein Verfahren hervorbringt und ggf. abändert, das am ehesten dazu geeignet ist, das gemeinsam Beste umzusetzen. Ungeachtet der theoretischen Begründungstradition erwächst das Vermögen der Bürger hierzu in und aus ihrer gelebten und damit vollzogenen Autonomie. Die Fähigkeit wiederum beruht auf der Motivation, selbstbestimmt über das Miteinander um des gemeinsam Besten willen zu agieren. Will man es nicht bei einer Zuschreibung solcher Art belassen, muss insbesondere die Motivation, die gute innere und äußere Verfassung der Bürger näher betrachtet werden. So versuchen Rationalitätskonzepte nach dem vollzogenen linguistic turn die Frage nach dem Träger von Rationalität von den vermögenspsychologischen Konnotationen der neuzeitlichen Philosophie abzulösen.⁷⁹ Hierbei soll der Handelnde sich als Handlungsurheber begreifen; denn diese Selbsterfahrung des Handelnden ist von der Fremdzu-

⁷⁴ Gethmann, Rationalität, S. 468.

⁷⁵ Marcus Llanque, „Der Republikanismus: Geschichte und Bedeutung einer politischen Theorie“, in: *Berliner Debatte Initial* 14, 2003, S. 3–15, hier S. 3.

⁷⁶ Mager, Republik, S. 651.

⁷⁷ Llanque, Der Republikanismus, S. 3.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ Gethmann, Rationalität, S. 470.

schreibung der Handlung von einem Akteur zu unterscheiden.⁸⁰ Eben diese Überlegungen treffen insbesondere das normative/strukturtheoretische Kondensat des Republikanismus: politisch gewendet bedeutet dies, dass der Bürger nur jene Regeln befolgen soll, die er selbst als Regelautor, als Handlungsurheber, initiiert hat. Diese Selbsterfahrung gekoppelt mit der Einsicht um des gemeinsam Besten willen zu agieren, umschreibt die republikanisch eingefärbte Motivation. Hieran anschließend wird auch die Konstruktion eines homogenen Kollektivsubjektes unmöglich gemacht. Denn ein von den einzelnen Handlungen der Bürger losgelöster Kollektivwille würde eine Fremdzuschreibung im oben dargestellten Sinne bedeuten. Die Selbsterfahrung des Handelnden wäre durchbrochen. Werden diese Überlegungen weitergetrieben, muss Rationalität als Handlungs rationalität differenzierter betrachtet werden. Rationalität lässt zunächst jedes rationale Handeln als Mittel zum Zweck erscheinen.⁸¹ Daher ist die Unterscheidung, wie sie z.B. Habermas vornimmt, zwischen strategischem Handeln, bei dem die vorgenommenen Handlungen der Zweckerreichung dienen sollen, beispielsweise qua Mediencode Macht oder Geld, und kommunikativem Handeln, bei dem der Handelnde den anderen Menschen qua performativem Ich als Zweck an sich setzt, von besonderer Bedeutung.⁸² Erst hierdurch gewinnt auch der Begriff der bürgerlichen *Motivation* an Tiefe. Tragendes Kriterium der strategischen Rationalität ist der Erfolg bzw. der Nutzen.⁸³ Demgegenüber gilt für das Gelingen der kommunikativen Rationalität das Kriterium der Anerkennung der Handlungsautonomie der miteinander Handelnden in der Verständigung.⁸⁴

Erst an dieser Stelle und erst in dieser Tiefe zeichnet sich, wenn auch noch nicht endgültig, in begründungstheoretischer Hinsicht die Differenz zwischen liberalen und republikanischen Theorien ab. Denn während der Liberalismus auf die individuelle Freiheit abstellt, arbeiten sich republikanische Theorien an dem Zusammenhang von individueller und kollektiver Freiheit ab. Nach ersten ist es dem Bürger freigestellt, sich öffentlich zu engagieren oder nicht. Er handelt nach dem Maßstab des Eigeninteresses. Nach zweiteren soll der Bürger ja aktiv am politischen Leben teilnehmen. Hier ist das Gemeinwohl als ein Mehr im Unterschied zum Ausgleich von Privatinteressen der Maßstab. Dieses wiederum lässt sich aus einem Kosten-Nutzen-Zusammenhang allein nicht ableiten. Die Verfolgung des Eigeninteresses muss nicht Anerkennung der Handlungsautonomie der miteinander Handelnden zur Folge haben. Wird aber auf das gemeinsam Beste abgestellt, so gewinnt die Anerkennung des Anderen nicht nur an grundlegender Bedeutung, sondern beschreibt vielmehr eine strukturelle

⁸⁰ Ebd.

⁸¹ Ebd., S. 472.

⁸² Ebd.

⁸³ Ebd., S. 472.

⁸⁴ Ebd.

Notwendigkeit. Ganz ähnlich lassen sich die Ausführungen Bellamys bezüglich einer republikanischen Perspektive auf das Verhältnis von Demokratie und Rechten lesen. Er verweist auf den Kern aller Rechtsansprüche, nach dem jedes Individuum als ein politisch Gleicher zu behandeln ist, dem ein jeder gleiche Achtung und Respekt schuldet in jenen geteilten Arrangements, die das soziale Leben rahmen.⁸⁵ Diese Forderung muss dabei auch von jenen anerkannt werden, die an der Macht beteiligt sind, diese Arrangements zu verwalten.⁸⁶

Im Anschluss an diese Überlegungen stellt sich die Frage, wie und anhand welcher Prinzipien sich eine solche Anerkennung des Anderen, einen Menschen als Zweck an sich zu setzen, auszugestalten ist.

4.5 Republikanische Gerechtigkeit als politische Form von Menschenwürde

Das republikanische Theorem „*durch eine gemeinsam ausgeübte Praxis der Selbstbestimmung um des gemeinsam Besten willen*“ zu agieren, beschreibt nicht nur den rationalitätstheoretischen Rahmen, sondern bestimmt ebenso den Rechtfertigungsanspruch desselben. Sie wirkt als theoretisches Scharnier zwischen einem Rahmen für politische Inhalte und dessen eigener Begründbarkeit. In diesem Zusammenhang gewinnt das Theorem dann an Belastbarkeit, wenn es als ein zur Bestimmung zu bringendes Gerechtigkeitsprinzip aufgefasst wird. Demnach fußt der zuvor entfaltete republikanische Rationalitätsbegriff auf einem Gerechtigkeitsprinzip, das ihm substanzell eingewoben ist. Denn die *Wohlfundiertheit republikanischer Geltungsansprüche*, also das aus der Autonomie (Freiheit) erwachsene Vermögen zu vernünftigem Handeln und die Fähigkeit, über die Verfahren der Geltungsfundierung zu verfügen in Form kollektiver Regelfindung, gewinnen gerade im Hinblick auf ihre Begründbarkeit erst in einem gerechtigkeitstheoretischen Denkrahmen an Tragkraft. Dieser Rationalitätsbegriff unterliegt also ebenso der Begründungsnotwendigkeit, um zu überzeugen, wie die transportierten Geltungsansprüche selbst. Zur Überprüfung von Geltungsansprüchen müssen Regeln eingehalten werden, deren Rechtfertigung durch Rekurs auf den Zweck des Diskurses erfolgt.⁸⁷ Diskurse als Rede-Sukzessionen sind daher jeweils ein schrittweises sprachliches Durchlaufen gemäß dieser Regeln.⁸⁸ Bedenkt man, dass Argumentationen bestimmte diskursive Handlungen sind, setzt deren Gelingen eine Anzahl prädiskursiver

⁸⁵ Richard Bellamy, „Republikanismus, Rechte und Demokratie“, in: Thorsten Thiel/Christian Volk, *Die Aktualität des Republikanismus*, Baden-Baden 2016, S. 19–43, hier S. 24.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Gethmann, Rationalität, S. 470.

⁸⁸ Ebd.

Einverständnisse voraus.⁸⁹ Vor diesem Hintergrund sind die politischen Gel-tungsansprüche anhand von rationalen Regeln zu eruieren, die durch ein Ge-rechtigkeitsprinzip zu rechtfertigen sind. Innerhalb dieses Rechtfertigungszu-sammenhangs ist der Zweck des Diskurses auszumachen. Die hier entwickelten Herleitungszusammenhänge machen die *Achtung der Menschenwürde* als eben diesen Zweck des Diskurses aus. Der hier intendierte republikanische Rationa-litätsbegriff weist sich demnach durch ein Gerechtigkeitsprinzip aus, das sich aus der Idee der Menschenwürde speist. Im Folgenden soll dieser Herleitungs-zusammenhang offengelegt werden.

Gerechtigkeit kann subjektiv als Tugend und objektiv als Idee oder Prinzip, als Bewertungsmaßstab für Handlungsnormen wie politische Verfassungen, rechtliche Gesetze und soziale Regeln begriffen werden.⁹⁰

Die *subjektive Perspektive* beschreibt dabei nicht eine bestimmte Tugend, sondern vielmehr die tugendhafte Gesamthaltung eines Menschen, durch die erst die anderen Tugenden zu richtigem Handeln und dem guten Leben führen können.⁹¹ An dieser Stelle zeigt sich der starke Bezug republikanischer Gel-tungsansprüche zur guten inneren und äußeren Verfassung der Bürger. Darüber hinaus kann aber insbesondere die *objektive Sphäre* in dem oben entwickelten Zusammenhang fruchtbar gemacht werden. Gerechtigkeit kann als vernünftige Gleichheit und gesetzliche Allgemeinheit beschrieben werden:⁹² Ersteres meint die Bestimmung der *vernünftigen Gleichheit* von jedermann, auf die man sich bei der Annahme und Ablehnung von Ansprüchen, also bei der ungleichen Be-handlung von Personen als *Grund* berufen kann.⁹³ Zweiteres zielt auf die Frage nach der *gesetzlichen Allgemeinheit* gerechter Regelungen, mit der eine *Über-ordnung dieser Regelungen* über die auf besondere Situationen bezogenen indi-viduellen Erwägungen zum vernünftigen Wollen und richtigen Handeln, ins-besondere über Nützlichkeitserwägungen, beansprucht wird. Je nachdem wie man die Fragen nach der vernünftigen Gleichheit und der gesetzlichen Allge-meinheit beantwortet, wird der (jeweilige) Begriff der Gerechtigkeit bestimmt. Gerechtigkeit wäre diesem Verständnis nach also die Idee oder *das Prinzip einer zum allgemeinen Gesetz gewordenen vernünftigen Gleichheit aller Personen*.

Dieses republikanisch gewendete Gerechtigkeitstheorem beschreibt nicht nur den Rahmen autonomen Handelns (individuell wie kollektiv), sondern ermöglicht einen tiefer gehenden Begründungsrekurs. Es stellt sich schließlich die Frage, warum und inwiefern auch dieses republikanische Gerechtigkeitstheo-

⁸⁹ Ebd.

⁹⁰ Oswald Schwemmer, „Begriff: Autonomie“, in: Jürgen Mittelstraß (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Stuttgart/Weimar 2004, S. 745.

⁹¹ Ebd.

⁹² Schwemmer, Autonomie, S. 746.

⁹³ Ebd.

rem selbst an Geltungskraft über eine zweckgerichtete Verfahrensnormierung hinaus gewinnen sollte?

Denn der bereits beschriebene Widerstreit der Autonomie der Gesellschaft mit der Autonomie des Subjekts wird durch ein gerechtigkeitsorientiertes Verfahren, wie es bisher entfaltet wurde, nicht zufriedenstellend aufgelöst. Dies spiegelt sich auch in der Feststellung wieder, nach der Geltungsansprüche und ihre Einlösung unauflösbar zugleich kognitive und soziale Phänomene sind.⁹⁴ Dennoch ermöglichen die vorangestellten gerechtigkeitstheoretischen Überlegungen einen tragfähigen Begründungspfad und weisen somit auf die metatheoretischen Zusammenhänge hin. Denn zu den Präsuppositionen diskursiver Willens- und Meinungsbildung, wie wir sie notwendiger Weise im republikanischen Miteinander vorfinden, gehört faktisch die Anerkennung der Fähigkeit möglicher Diskursteilnehmer.⁹⁵ Darüber hinaus ist es nicht nur die Fähigkeit, sondern eben auch der Diskursteilnehmer selbst, der nach Anerkennung verlangt.

Neben den Anspruch der *vernünftigen Gleichheit* stellt sich so der nach etwas wie *Gleichwertigkeit*. Der Begriff Gleichwertigkeit wiederum trifft nach einer genaueren Betrachtung nicht ganz den Punkt, auch wenn er intuitiv das richtige zu meinen scheint. Denn hier wird nicht auf einen relativen Wert abgestellt, der sich nach der Nützlichkeit im Sinne eines relativen Gutes erklärt. Gemeint ist hier nicht die Bewertbarkeit von Handlungen oder Gütern⁹⁶ oder der bürgerlichen Qualität der Mitmenschen. Vielmehr zielt diese intuitive Umschreibung auf einen im kantischen Sinne absoluten Wert, der über jeden Preis erhaben ist. Wenn es sich aber um einen absoluten Wert handelt, der jedem als Gleicher zuteilwerden soll, meint diese Umschreibung nichts anderes als die Menschenwürde. Der beschriebene Zusammenhang von vernünftiger Gleichheit und gesetzlicher Allgemeinheit, also die hier entfaltete republikanische Gerechtigkeitsidee, findet an dieser Stelle ihren Berührungs punkt mit der Idee der Menschenwürde. Will man aber dem Verfahren radikal-konsequenter Gleichbehandlung⁹⁷ in diesem Sinne Rechnung tragen, muss, wie ich meine, der subjektphilosophische Denkrahmen überwunden werden.

Denn das vernunftrechte Paradi gma greift hier zu kurz. Die „Idee der Würde eines vernünftigen Wesens, das keinem Gesetze gehorcht, als dem, das es zugleich sich selbst gibt“⁹⁸ ist als Ausdruck der Autonomie zu verstehen und dem Vermögen, sich selbst überhaupt Zwecke setzen zu können. Abgestellt wird hier nicht auf die Fähigkeit der Gesetzgebung als solche, sondern auf das Einwirken der Vernunft auf die Sinnlichkeit. Denn es mögen noch so viele Natur-

⁹⁴ Gethmann, Rationalität, S. 468.

⁹⁵ Ebd., S. 470.

⁹⁶ Matthias Seiche, „Begriff: Wert“, in: Jürgen Mittelstraß (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Stuttgart/Weimar 2004, S. 663.

⁹⁷ Hagen Weiler, *Die Gerechtigkeit gleicher Rechte und Pflichten*, Berlin 2008, S. 7.

⁹⁸ Kant, AA IV 434.

gründe sein, die mich zum Wollen antreiben, so können sie doch nicht das Sollen hervorbringen.⁹⁹ Damit besteht die sittlich gute Gesinnung aus nichts Geringerem als dem Anteil, den sie dem vernünftigen Wesen an der allgemeinen Gesetzgebung verschafft.¹⁰⁰ Ein Zusammenhang des Miteinanders, der Bürger als Freie und Gleiche im *Hier und Jetzt und So* interagieren lassen könnte, kommt aus der kantischen Perspektive nur als eine – qua Sittengesetz ermöglichte – *intelligible Aufeinanderbezogenheit vereinzelter Einzelpersonen* in den Blick, die nur insofern beieinander sind, als sie vermögenstheoretisch das „angeborene Recht auf Selbstzweckhaftigkeit“ haben. Fichtes Konzeption von Rechtsverhältnissen als Anerkennungsverhältnissen wird über den Begriff der „Interpersonalität“ greifbar gemacht und scheint dem hier gesuchten Kondensat näher zu kommen. Das Rechtsverhältnis bringt hier über die wechselseitige Beschränkung der Handlungssphären gleicher Rechtspersonen den Anspruch freiheitlicher Selbstbestimmung in ihrer notwendigen Intersubjektivität zur Geltung.¹⁰¹ Dabei wird ein ambivalentes Freiheitsverhältnis der Personen zu Grunde gelegt. „Personen behandeln einander gegenseitig als Personen, lediglich insofern, inwiefern jede nur auf den höheren Sinn des Anderen einwirkt, und demnach es der Freiheit desselben überlässt, die Einwirkung anzunehmen“¹⁰² Anerkennung verläuft also vor dem Hintergrund von Freiheit und Begrenztheit. Allerdings verengt sich die von Fichte veranschlagte Synthesis von Sinnlichkeit und Vernünftigkeit von „Privatwille und Gemeinsamen Willen“¹⁰³ drastisch auf den Status der Sicherheit. Der Hegelsche Ansatz begründet keine ausgleichende „Verträglichkeit“ voneinander losgelösten Prozessen von Individuum und Gemeinschaft, sondern entwickelt eine dialektische Bedingtheit beider und umgreift somit die Gegensätzlichkeit wie auch die Bezogenheit aufeinander, und zwar sowohl auf der Ebene der Gattung wie auch der Individuen. Die Unterscheidung von *Geist und Welt, Subjekt und Objekt* besteht nur als Schein und daher müssen Vernunft und Wirklichkeit, Subjekt und Objekt, das Denken der Menschen und die erkannte Welt nicht als unterschieden, sondern als identisch gedacht werden.¹⁰⁴ Das Prinzip der Anerkennung beschreibt beim Jenaer Hegel die Basis menschlicher Vergemeinschaftung. Dieses höchst komplexe Prinzip umschließt die Formen und Prozesse *interpersonaler* und *institutionalizierter Interaktion*. Es beschreibt den Ausgangspunkt jedes einzelnen, sich konsti-

⁹⁹ Siehe Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Frankfurt am Main 1977, S. 498.

¹⁰⁰ Siehe Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Frankfurt am Main 1977, S. 69.

¹⁰¹ Gerhard Luf, „Zum Problem der Anerkennung in der Rechtsphilosophie von Kant und Fichte“, in: *Wiener Jahrbuch für Philosophie*, Wien 1993, insbesondere S. 151.

¹⁰² Johann Gottlieb Fichte, hg. von Immanuel Hermann Fichte, 1971, *Grundlage des Naturrechts*, Sämtliche Werke 1971, III, S. 87.

¹⁰³ Ebd., S. 150.

¹⁰⁴ Matthias Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 121.

tuierenden Individuums in seiner Gemeinschaftlichkeit und birgt zugleich das Telos¹⁰⁵ dieser Interaktion in sich. Anerkennung spielt sich dabei, und das konstitutiv, zwischen Individuen als Ich-Du Beziehung, wie auch gemeinschaftlich zwischen der Ich-Wir Beziehung ab. Gerade auf diese Weise entsteht ein komplex aufgebautes intersubjektives Verhältnis. Denn es handelt sich um „verschiedene für sich seiende Selbstbewusstsein[e], die Einheit derselben sind; Ich, das Wir, und Wir, das Ich ist.“¹⁰⁶ Das Anerkennungsprinzip muss dabei konkret¹⁰⁷ gedacht werden. Die Identität des Ich erwächst dann nicht mehr aus der monologischen Reflexion des einsamen Ich auf sich selbst – es ist nicht mehr bloße Selbstbestimmung, sondern bildet sich auf der Grundlage der Reziprozität zwischen Ich und Du, zwischen Ich und Wir.¹⁰⁸ Es ist diese Form intersubjektiver Anerkennung, die dem Prinzip einer zum allgemeinen Gesetz gewordenen vernünftigen Gleichheit aller Personen – dem republikanischen Gerechtigkeitsprinzip innenwohnt.

Mit der hier vorgenommenen Problematisierung speist sich dieses auf intersubjektiver Anerkennung beruhende Gerechtigkeitsprinzip *immer schon* aus der Idee der Menschenwürde. Denn wenn eine defizitäre Anerkennung vorgenommen würde, müsste das sich erhöhende Subjekt gleichsam unter einer defizitären Subjektivierung/Individuierung leiden. Demnach müssen sich die Subjekte in ihrer Aufeinanderbezogenheit als „Gleichwertige“ – als *sich in ihrer Menschenwürde Anerkennende* – gegenüber stehen. Politisch gewendet gilt dieses Prinzip der intersubjektiven Aufeinanderbezogenheit ebenso für eine individualistische Lesart von Gemeinschaft. Denn selbst ein vereinzeltes Individuum, nimmt man diese Vorstellung als gedankliche Ausgangslage, muss, um individuelle Freiheitsrechte einfordern zu können, sich erst in der Gemeinschaft individuieren können. Ebenso macht auch Selbstgesetzgebung und Selbstzweckhaftigkeit nur in der Gemeinschaft Sinn. Setzt man Kategorien wie Vernunft oder Sicherheit, wie wir es aus den Theorien Kants und Fichtes kennen, als Vergemeinschaftungsmaßstab, können diese nicht zu einer Konkretisierung von Menschenwürde führen, vielmehr müssen sie diese voraussetzen. Ein dialektisches und zwar *triadisches Anerkennungstheorem* aber macht diese Menschenwürde von Anfang an sichtbar. Auf eben diesen Zusammenhang macht auch Volker Gerhardt aufmerksam, wenn er davon ausgeht, dass „... jeder, um sich selbst zu begreifen, einen Begriff und zwar einen *universalistischen Begriff* von sich selbst begründen muss – was aber nur in Auseinandersetzung mit dem großen Ganzen

¹⁰⁵ Ludwig Siep, *Der Weg der Phänomenologie des Geistes*, Frankfurt/Main 2000, S. 98.

¹⁰⁶ G.W.F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Werke in 20 Bänden, Frankfurt 1970, S. 145.

¹⁰⁷ Auch die Annahme von konkreten Individuen anstatt von Subjekten als idealisierte Form ist umstritten. Hier wird von empirischen Individuen in tatsächlichen Interaktionsprozessen ausgegangen.

¹⁰⁸ Goo-Jong Park, *Freiheit, Anerkennung und Diskurs*, Würzburg 2001, S. 99.

geschehen kann.¹⁰⁹ Nach Gerhardt kann man sich selbst also nur als Teil des großen Ganzen begreifen. Ebenso gründet die Konzeption der Gleichursprünglichkeit (Habermas) auf der Intersubjektivität der Einzelnen: dem im sprachlichen Aufeinander-Bezogen-Sein (strukturell) zugleich Beieinander-Sein-Können qua performativem Ich (normativ), das in der Freiheit des Prüfens der Gründe zu einem individuierten Ich erst wird. Beide Ansätze zeigen Möglichkeiten auf, die Menschenwürde der Einzelnen in ihrer Individualität als Gerechtigkeitsmaßstab eines Kollektivs/einer Gemeinschaft zu verankern und sich dabei von der subjektpolosophischen Perspektive zu emanzipieren. Darüber hinaus kann Gerechtigkeit als *Form* der Menschenwürde der Individuen gedacht werden – sie ist also nicht nur als Ergebnis intersubjektiver Anerkennungsverhältnisse festzuhalten, sondern muss bereits strukturell im Anerkennungsprozess verortet werden. Denn ohne Menschenwürde gleichsam als Richtschnur der Anerkennung, kann es nur zu einer defizitären Autonomieausübung kommen.

4.6 Zusammenfassende Problemsicht

Republikanische Theorien gründen auf der politischen Grundformel der gemeinsam ausgeübten Praxis der Selbstbestimmung um des gemeinsam Besten willen. Weitere Konkretisierungen bleiben schwierig; allerdings verdichten sich die Ansätze im Hinblick auf die Motivation der gemeinsam ausgeübten Praxis der Selbstbestimmung. Der Eigennutz als Hauptmovens, wie man es aus vielen liberalen Theorien kennt, führt dabei zu einem Gemeinwesen (*Wir*), das aus der Summe vereinzelter Einzelner besteht. Radikal-republikanische Theorien hingegen führen über die ethische Selbstverständigung des Gemeinwohls zu einem *Wir*, das die einzelnen Bürger unter ein Kollektivsubjekt subsumiert. Die Diskurstheorie, hier verstanden als eine aktuelle Variante republikanischer Theoriebildung,¹¹⁰ gründet qua der universal zu veranschlagenden sprachlichen Funktionsstelle des performativen Ich auf der Vorstellung der Hervorbringung eines sich individuierenden Ich, das durch intersubjektive Anerkennungsprozesse gleichsam das *Wir* ergibt. Demzufolge besteht ein interner Zusammenhang von Gemeinwohl und Eigeninteresse. Diese politischen Ausführungen verlaufen vor dem Hintergrund des näher ausgeführten, diffizilen Autonomiediskurses. Hier wurde die Zugrundelegung eines dynamischen Autonomiebegriffes vorgeschlagen, der als Konsequenz ein intersubjektives Verständnis von dem Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft zur Bestimmung bringt. So kann das poli-

¹⁰⁹ Volker Gerhardt, Vortrag gehalten am 4. Juni 2015 auf der Internationalen Tagung der Deutsch-Ungarischen Gesellschaft für Philosophie: „Öffentlichkeit und Partizipation“, Berlin.

¹¹⁰ Siehe Zucca-Soest, Individuum und Gemeinschaft, S. 127–156; ganz anders Bellamy, Republikanismus, Rechte und Demokratie.

tische Gemeinwesen weder als Summe vereinzelter Subjekte noch als Kollektivsubjekt begriffen werden, sondern vielmehr als eine sich-mit-sich-selbst-verständigende, sich-seiner-selbst-vergewissernde Öffentlichkeit. Eben diese umfassendere Perspektive schafft Raum für einen normativen Republikanismus jenseits des Kollektivsubjekts. Um die in Anspruch genommene Geltungskraft offen legen zu können, wurden im Rahmen eines begründungstheoretischen Rekurses die innenwohnenden Grundprinzipien eines Rationalitätsbegriffs entfaltet, der sich durch einen bestimmten republikanisch gewendeten Gerechtigkeitsbegriff ausweist. Das Vermögen der Bürger zu vernünftigem Denken und Handeln erwächst aus ihrer Autonomie. Die Fähigkeit wiederum, über Verfahren der Geltungsfundierung zu verfügen, beruht auf der Motivation, selbstbestimmt über das Miteinander um des gemeinsam Besten willen zu agieren. Republikanische Rationalität als Handlungs rationalität erhebt den Anspruch der Anerkennung des Anderen und wird begründet durch ein Gerechtigkeitsprinzip, das sich der Idee der Menschenwürde verpflichtet weiß. Denn das hier durch intersubjektive Anerkennungsverhältnisse entfaltete Prinzip der zum allgemeinen Gesetz gewordenen vernünftigen Gleichheit aller gründet *immer schon* in der Idee der Menschenwürde. Menschenwürde als strukturell immer schon gegeben in intersubjektiven Anerkennungsverhältnissen führt zu der Möglichkeit der Bestimmung eines normativen, pluralen Republikanismus jenseits der Annahme eines Kollektivsubjekts wie auch der Summe von Einzelsubjekten. Wird Menschenwürde von sich gegenseitig Anerkennenden als Maßstab für die vernünftige Gleichheit und gesetzmäßige Allgemeinheit zu Grunde gelegt, öffnet sich der Raum für eine republikanische Gerechtigkeitsidee, die sich auf die individuelle wie auch kollektive Autonomie beziehen lässt.

Offen geblieben ist allerdings bisher die Gretchenfrage nach der Bestimmung des konkreten gemeinsam Besten. Gerade im Anschluss an die universalistischen Aspekte dieser Überlegungen bleibt die inhaltliche Bestimmung eines republikanisch begründeten Gemeinwohls schwer zu fassen. Tatsächlich kann an dieser Stelle (noch) kein Verfahren genannt werden, das die ethische Qualität der politischen Entscheidungen garantieren könnte. Ebenso bleibt die Frage nach der Möglichkeit der Hervorbringung der Motivation noch offen. Allerdings entwickelt das Konzept einer immer schon gegebenen Menschenwürde einen großen Mehrwert – auch im Hinblick auf konkrete politische Entscheidungen. Verdeutlicht werden kann dies durch einen Rückgriff auf die Vorstellung des Gemeinwohls von Aristoteles. In der Tradition der politischen Philosophie wird Gemeinwohl meist als Gegensatz zum Privatinteresse in Stellung gebracht und als umfassendere Frage nach dem Ziel des Staates bzw. eines jeden Gemeinwesens begriffen.¹¹¹ Für Aristoteles besteht hierin nun das Glück der Staatsbürger und dieses wiederum wird in der verantwortlichen Gestaltung ei-

¹¹¹ Schwemmer, Autonomie, S. 729.

ner politischen oder theoretischen Lebensform erreicht.¹¹² Weil das Glück der Einzelnen nicht in der Beschränkung auf das Private, sondern nur in der Bemühung um die vernünftige Regelung der öffentlichen Belange und um die Erkenntnis allgemein gültiger, weil lehrbarer Zusammenhänge erreichbar ist, ist dieses Glück angewiesen auf die Sicherung öffentlicher Wirkungsmöglichkeiten und Erkenntnisgewinnung, d.h. auf die (staatliche) Sicherung eines besonderen Gutes.¹¹³ Dieses besondere Gut, das Gemeinwohl ist, besteht für Aristoteles in der gerechten Sicherung von Rechten und damit auch der Festlegung von Pflichten.¹¹⁴ Damit wird eine Verbindung zweier Grundverständnisse vorgenommen; zum einen wird Gemeinwohl als politische Gerechtigkeit und zum anderen als allgemeiner Nutzen bzw. allgemeines Glücks begriffen,¹¹⁵ und dies unabhängig davon wie diese Grundkategorien inhaltlich ausbuchstabiert werden.

Wird hingegen das Streben nach Glück durch die Anerkennung von Menschenwürde ersetzt, gewinnen die hier entfalteten Überlegungen an politischer Tiefe und Tragkraft. Denn auch wenn die Frage nach dem konkreten Gemeinwohl offen bleibt – noch offen bleiben muss – wird die Wahrung und Anerkennung der Menschenwürde aller begründet als die bestimmende politische Grundidee.

¹¹² Ebd., S. 729 f.

¹¹³ Ebd., S. 730.

¹¹⁴ Ebd.

¹¹⁵ Ebd.

V. Werte und Lebensformen

V.1

Unsittliche Sittlichkeit? Überlegungen zum Böckenförde-Theorem und seiner kritischen Übernahme bei Habermas und Honneth

Jean-François Kervégan

Allgemein bekannt ist die berühmte Äußerung, die man – so auch Jürgen Habermas – als ‚Böckenfördes Theorem‘ bezeichnet:

Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.¹

Es kommt hier nicht in Frage, den Kontext dieser Äußerung, vor allem die während der 50er und 60er Jahre des 20. Jahrhunderts stattgefundene Säkularisationsdebatte, detailliert darzustellen, deren Hauptakteure Carl Schmitt, Karl Löwith und Hans Blumenberg waren. Ich will nur daran erinnern, dass dieses Thema zu zwei entgegengesetzten Beurteilungen Anlass geben kann, je nachdem, ob man die Säkularisation im Sinne der Kontinuität (Schmitt, Löwith) oder des Abbruchs (Blumenberg) deutet. Im ersten Fall betont man die Bedeutsamkeit dessen, was die Moderne von den vorigen Epochen geerbt hat; so versichert z.B. Carl Schmitt, dass „alle prägnante Begriffe der modernen Staatslehre [...] säkularisierte theologische Begriffe sind“.² Im zweiten Fall beharrt man umgekehrt auf der Selbstbegründungskapazität der Moderne, indem man wie Blumenberg das „Theorem der Säkularisation“ kritisiert und dagegen die These vertritt, dass die „Säkularität“ ohne „Säkularisation“ begriffen werden soll.³

Als bewusster Jünger Carl Schmitts vertritt Böckenförde den ersten Gesichtspunkt. Indem er die Ursprünge des modernen ‚säkularisierten‘ Staates bis zum Investiturstreit (also bis zum 11. u. 12. Jahrhundert) zurückverfolgt, betont er, dass die Säkularisierung in erster Linie eine Entweihung des Politischen bedeutete: Damit wäre (wenigstens in Westeuropa) der Geschichte des sogenannten „Cäsaropapismus“ ein Ende gesetzt. Diese Entweihung „konstituiert Politik als

¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt/M. 2006, S. 112.

² Carl Schmitt, *Politische Theologie*, Berlin 1990, S. 49.

³ Hans Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt/M. ¹1966, ³1997.

eigenen, in sich stehenden Bereich“.⁴ Sie ist insofern ein entscheidender Entstehungsfaktor der sogenannten Moderne. Das Ziel des Aufsatzes ist aber zu zeigen, dass die Säkularisation ein Problem verursacht, für das die Moderne unaufhörlich und ergebnislos eine Lösung gesucht hat. Und das Problem lautet: Wie ist das durch die Entweilung der Politik oder durch die Trennung von *auctoritas* und *potestas* bewirkte Legitimitätsdefizit zu beseitigen? Für Böckenförde – und genau das ist die Bedeutung seines ‚Theorems‘ – ist die Moderne (wie schon die Neuzeit) trotz ihrer Bemühungen nicht imstande, „Bindungskräfte“ zu mobilisieren, die die Ausklammerung der religiösen Grundlage der Herrschaft von Menschen über Menschen auszugleichen könnten. Die mächtigste unter diesen Bemühungen, und zwar der Versuch, anstatt der Religion die Nation als homogene Grundlage des Staates einzusetzen, hat sogar die gefährliche, in Teilen mörderische Entwicklung des Nationalismus verursacht, und die rassistische Barbarei indirekt befördert. Böckenförde schlägt eigentlich keine Lösung des von ihm diskutierten Problems vor. Indem er die Betrachtungen Hegels über das Verhältnis von Religion und Staat evoziert,⁵ formuliert er jedoch die Vermutung, dass „der säkularisierte weltliche Staat letztlich aus jenen inneren Antrieben und Bindungskräften leben muss, die der religiöse Glaube seinen Bürger vermittelt“.⁶ Die ganze, im Laufe der mühsamen Ausarbeitung einer europäischen Verfassung stattgefundene Debatte über die „christlichen Wurzeln Europas“ hat hier ihren Grund.

Böckenfördes Problem kann auf folgende Weise umformuliert werden: Obgleich die Ausdifferenzierung eines weitgehend autonomen politischen Unter-systems innerhalb des gesamten sozialen Systems ein Hauptmerkmal der Moderne ausmacht,⁷ benötigt das politische System ‚sittliche‘ Hilfsmittel (im weiten Sinne des Wortes ‚sittlich‘, wie es bei Hegel vorkommt), die sich außerhalb von ihm befinden, und zwar in der ‚Gesellschaft‘ (die sich vom Staat unterscheiden hat, während dieser sich autonom organisierte) sowie in den verschiedenen (nicht notwendig religiösen) Überzeugungen, welche die Individuen manchmal vereinigen, manchmal trennen. Hegel war von der Notwendigkeit solcher sittlichen Hilfsmittel überzeugt, indem er betonte, dass die „politische Gesinnung“ der Staatsbürger, ihre Zustimmung zu den Regeln und Beschränkungen des politischen Zusammenlebens, „sittliche Wurzeln“ voraussetzt, welche in der Familie und der Korporation, d.h. in institutionellen Gestaltungen liegen, die in die vorpolitischen Schichten der sittlich-politischen Sphäre gehören. Bei Hegel ist diese Abhängigkeit sogar eine doppelte: Objektiv hat die Institution des Sta-

⁴ Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, S. 96.

⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Gesammelte Werke, Bd. 14.1, Hamburg 2009, § 270; ders. Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften im Grundrisse (1830), Bd. 20, Hamburg 1992, § 552 Anm.

⁶ Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, S. 113.

⁷ Siehe Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 2000.

tes ihre Wurzel in der „Verfassung im Besonderen“,⁸ welche den institutionellen Aufbau des sozialen Lebens ausmacht. Subjektiv speist sich der politische Ethos des Bürgers, als alltägliche Form des enthaltsam verstandenen Patriotismus, von den durch die mittels familiärer Zugehörigkeit und der Teilnahme an sozialen Praktiken erzeugten Gesinnungen des *bourgeois* oder des privaten Menschen.⁹ Ohne diese doppelte, subjektive sowie objektive Grundlage würde für Hegel das politische Leben sozusagen in der Luft hängen.¹⁰ Über Hegel hinaus vertritt ein bedeutender Teil der heutigen politischen Philosophie und Soziologie die Meinung, dass die politische Angehörigkeit eine soziale Grundlage bedarf, die sich dank der subjektiven Überzeugungen bildet, die das Verhältnis zu sich selbst und zu den anderen strukturieren. Das Werk von Charles Taylor ist insofern ein Musterbeispiel für die Ablehnung der „Säkularisationsthese“.¹¹

1.1 Habermas: „säkularisierte Politik“ und „vorpolitisches Überzeugungen“

Vor und nach der Veröffentlichung von *Faktizität und Geltung* hat Jürgen Habermas mehrmals das „Böckenfördes-Theorem“ kommentiert. Man kann mutmaßen, dass sein gesamter Beitrag zur Rechts- und politischen Philosophie darauf zielt, die Prämissen sowie die Konsequenzen dieses Theorems zu widerlegen. Eine deutliche Weiterentwicklung ist jedoch in den neuesten Schriften spürbar. Im Folgenden möchte ich die Positionen von Habermas und die Gründe ihrer teilweisen Änderung diskutieren. Im Anschluss daran werde ich die Behandlung des Problems der Voraussetzungen der „demokratischen Sittlichkeit“ anhand von Axel Honneths Buchs *Das Recht der Freiheit* untersuchen.

Auf den ersten Blick haben die in *Faktizität und Geltung* behandelten Probleme keine direkte Beziehung zum Böckenfördes Theorem. Der Jurist wird zwar mehrmals zitiert, aber anlässlich anderer Themen. Dagegen ist im ganzen Buch kein einziger Hinweis auf den Aufsatz zu finden, in dem das ‚Theorem‘ dargestellt wird. Erst dreizehn Jahre später, in *Zwischen Naturalismus und Religion*, wird das Theorem zitiert und kommentiert.¹² In *Faktizität und Geltung* taucht umgekehrt die Frage der Säkularisation selten explizit auf. Sie liegt jedoch im Hintergrund der Argumentation. Dies kann man schon bei der Lektüre des Vorworts feststellen, wo die Säkularisation, besser gesagt die Säkula-

⁸ Hegel, *Grundlinien*, § 265.

⁹ Hegel, *Grundlinien*, § 255, 268.

¹⁰ Hegel, *Grundlinien*, § 303 Anm.

¹¹ Charles Taylor, *A Secular Age*, Cambridge, MA 2007.

¹² Siehe Jürgen Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion*, Frankfurt/M. 2005, S. 106 ff., insbes. 116.

rität des Staates mit der zentralen These des Buchs, d.h. der Komplementarität von Rechtsstaat und Demokratie, verknüpft wird:

„Im Zeichen einer vollständig säkularisierten Politik [ist] der Rechtsstaat ohne radikale Demokratie nicht zu haben und nicht zu erhalten. Aus dieser Ahnung eine Einsicht zu machen, ist das Ziel der vorliegenden Untersuchung.“¹³

Aber was bedeutet eigentlich diese These? Ohne die Gesamtargumentation des Buchs hier rekonstruieren zu können, nehme ich an, dass die Begründung der Komplementarität, besser gesagt der „Gleichursprünglichkeit“ oder des „zirkulären Zusammenhangs“ von Rechtsstaat und Demokratie das Hauptziel des Buchs ist.¹⁴ Nur in solcher Hinsicht kann Habermas behaupten, dass die auf die Prämissen der Diskurstheorie begründete Rechtsauffassung die Einseitigkeit der liberal-individualistischen Konzeption des Rechtsstaats sowie des republikanischen Konzepts einer repräsentativen und mitwirkenden Demokratie überwindet.¹⁵

Die These der Gleichursprünglichkeit zielt in erster Linie darauf, ein neues, dialektisches Verhältnis zwischen Faktizität und Geltung zu begründen. Insofern erfolgt eine Revision der Tanner Lectures von 1986, wo Habermas versicherte, das Recht organisiere sich um einen „moralischen Kern“.¹⁶ Indem er die These einer moralischen Begründung des Rechts ausklammert, betont Habermas nunmehr, dass das *Moralprinzip*, welches die kantische Gestalt einer formalen Universalitätsregel (d.h. des sogenannten ‚Prinzips U‘) erhält, und das *Rechtsprinzip* der demokratischen Deliberation als Verzweigungen einer einzigen Erzeugungsprozedur der Handlungsnormen (und zwar des sogenannten ‚Prinzips D‘) betrachtet werden sollen. Dieses Prinzip lautet:

Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.¹⁷

Weil es keine Hierarchie gibt, sondern eine Koordination von zwei unterschiedenen (aber verwandten) Normenerzeugungssystemen stattfindet, gibt es keine Unterordnung, sondern ein Ergänzungsverhältnis zwischen „autonome[r] Mo-

¹³ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1994, S. 13.

¹⁴ Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 50, 135, 492, 661–664. Siehe auch *Zeit der Übergänge*, Frankfurt/M. 2001, S. 135, 149–151; *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt/M. 1996, S. 242, 298–299.

¹⁵ Habermas, *Zeit der Übergänge*, S. 134–135; „Staatsbürgerschaft und nationale Identität“, in *FG*, S. 638 ff. Man muss darüber im Klaren sein, dass der hier dargestellte Republikanismus eine ganz andere Bedeutung hat als diejenige, die er in Philip Pettits Auffassung der Freiheit als „non-domination“ erhält (Philip Pettit, *Republicanism. A theory of freedom and government*, Oxford 1997). In der Sicht Habermas' beruht Pettits Republikanismus auf einer allzu individualistische Idee der Freiheit.

¹⁶ Habermas, *Recht und Moral*, in: *Faktizität und Geltung*, S. 549.

¹⁷ Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 138.

ral“ und „positive[m] Recht“.¹⁸ Demzufolge gewinnt man ein Rechtsverständnis, das „zwischen den Klippen des Rechtspositivismus und des Naturrechts“ steuert.¹⁹ Man könnte beinahe behaupten, dass die in *Faktizität und Geltung* entwickelte Rechtsauffassung in die Richtung eines offenen, undogmatischen Positivismus geht, insoweit sie wenigstens mit einem der fünf von Herbert Hart vorgeschlagenen Kriterien des Rechtspositivismus in Einklang steht.²⁰

In einer früheren Veröffentlichung habe ich geltend gemacht, dass diese glänzende Rekonstruktion des Rechtssystems auf impliziten naturrechtlichen Hypothesen beruht.²¹ Hier möchte ich einen weiteren Punkt betonen, der sich durch eine Parallelie mit Hegel erhellt. Bei Hegel beinhaltet der Staat nicht nur eine „objektive“, sondern auch eine „subjektive“ Dimension, indem die Verfassung erst dadurch Wirklichkeit erhält, dass sie mit den subjektiven Gesinnungen der Staatsbürger im Einklang steht.²² In gleicher Weise lässt sich bei Habermas die zentrale ‚Ergänzungsthese‘ verstehen, wonach einerseits die objektiven Bestimmungen des demokratischen Rechtsstaats und der „radikalen“ Demokratie, andererseits das Benehmen, die Gesinnungen und Praktiken der Bürger in Bezug zu nehmen sind, welche eine „private“ sowie eine „öffentliche“ Autonomie, d.h. die Grundrechte der Privatperson sowie die politischen Rechte des Staatsbürgers ermöglichen sollen.²³ Mit anderen Worten ergibt sich nicht nur auf der „objektiven“ Seite eine „Ergänzung“ des Rechtsstaats und der Demokratie, sondern auch auf der „subjektiven“ Seite eine „Ergänzung“ der Menschen- und der Staatsbürgerrechte. Es muss sozusagen eine Ergänzung jener Ergänzungen stattfinden, d.h. eine „Gleichursprünglichkeit“ der subjektiven Rechte und des objektiven Rechts.²⁴

Diese starke Argumentation stößt jedoch auf gewisse Schwierigkeiten, was Habermas nach und nach bewusst geworden ist. Seine Grundüberzeugung, die eine Absage der im „nachmetaphysischen Kontext“ entwerteten naturrechtlichen Konstruktionen und eine Zustimmung zu einer mäßigen positivistischen

¹⁸ Ebd., S. 135–143.

¹⁹ Ebd., Nachwort, S. 668.

²⁰ Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994, S. 302.

²¹ Kervégan, „Rechtliche und moralische Normativität. Ein ‚idealstisches‘ Plädoyer für den Rechtspositivismus“, in: *Rechtstheorie* (Berlin), 39–1 (2008), S. 23–52. Anlässlich einer Diskussion hat Herr Habermas darauf hingewiesen, dass die in *Faktizität und Geltung* darstellte Konzeption des Rechts ganz und gar positivistisch ist. Gewisse Stellen aus *Faktizität und Geltung* gehen zwar in diese Richtung (siehe z.B. FG, S. 51). Ich bin jedoch der Meinung, dass der Begriff der Normativität, der nicht nur die Rechtstheorie, sondern auch die Moralphilosophie Habermas‘ (wie sie in *Erläuterungen zur Diskursethik* und in *Moralbewusstsein und kommunikative Handlung* dargestellt ist) mit den Prämissen irgendwelcher Art von Rechtspositivismus, sogar mit dem *soft positivism* im Sinne von Hart (siehe *The Concept of Law*, Postscript), unvereinbar ist.

²² Siehe Hegel, *Grundlinien*, § 267.

²³ Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 135.

²⁴ Ebd., S. 117.

Orientierung begründet, ist, dass im demokratischen Rechtsstaat „der *demokratische Prozess* die ganze Bürde der Legitimation“ trägt. Er muss nämlich „die private und die öffentliche Autonomie der Rechtssubjekte“, d.h. den effektiven Besitz der ‚liberalen‘ Rechte der Person sowie der ‚politischen‘ Rechte des Staatsbürgers sichern.²⁵ Die *Effektivität* des demokratischen Prozesses, welcher die rechtliche Form des ‚Prinzips D‘²⁶ und den Schlussstein des gesamten „Systems der Rechte“ mit seinen ‚privaten‘ sowie ‚öffentlichen‘ Komponenten ausmacht, setzt vom Standpunkt Habermas’ selbst Bedingungen voraus, die in der modernen (oder postmodernen?) Gesellschaft durch verschiedene Vorgänge in Frage gestellt worden sind. Die Bedingung, die es erlaubt, „die kommunikativen Freiheiten der Bürger“ zu mobilisieren,²⁷ d. h. eine politische Öffentlichkeit zu schaffen, ist zwar nicht die Existenz einer „gemeinsamen Sprache“²⁸ (eine solche, die Gefahr einer Aufrichtung der Gesellschaft zum „Großsubjekt“ enthaltende Lage,²⁹ kann in einer hochdifferenzierten Gesellschaft, deren Untersysteme über eine jeweils spezifische Sprache und Kodierung verfügen, nicht einmal vorkommen), wohl aber eine Zivilgesellschaft, d.h. ein öffentlicher Formulierungs- und Behandlungsraum der Probleme, die in jedem Sektor der Gesellschaft zum Vorschein kommen können. Solche Probleme müssen allerdings auf einer für alle zugänglichen Weise „versprachlicht“ werden können, damit eine Lösung, die letzten Endes eine politische sein muss, gefunden werden kann. Ohne Zivilgesellschaft, also in Ermangelung von „Assoziationsverhältnisse[n] und eine[r] politische[n] Kultur“,³⁰ setzt sich der demokratische Prozess der Gefahr aus, einfach blockiert oder von partikulären Interessen infiziert zu werden.

Aber die kulturellen Grundlagen, auf denen diese gemeinsame politische Kultur beruhte, sind erschüttert worden. Es ist zuerst die nachlassende Bedeutung der Religion gewesen. Seit längerem (seit dem Investiturstreit, so Böckenförde, aber jedenfalls seit der Spaltung der westlichen Christenheit im 16. Jahrhundert und der daraus entstandenen fortlaufenden Säkularisation des Staates) hat sie aufgehört, der rechtlich-politischen Ordnung die nötige „haltende Macht“ zu besorgen, eine haltende Macht, die ihr ein Bestand „vorpolitisch-sittliche[r] Überzeugungen“ verschaffte.³¹ Danach ist die Einigungskraft der nationalen Idee untergegangen. Die Gründe dieses Untergangs sind die katastrophalen Folgen der verschiedenen Nationalismen im 20. Jhd., die Entwicklung einer eher passiv ertragenen als aktiv übernommenen multikulturellen Gesellschaft,

²⁵ Ebd., S. 664. Siehe auch S. 662: „Die einzige nachmetaphysische Quelle der Legitimität bildet offensichtlich das demokratische Verfahren der Rechtserzeugung“. Über die „prozeduralistische Rechtsauffassung“, siehe auch in: Die Einbeziehung des Anderen, S. 245.

²⁶ Habermas, Faktizität und Geltung, S. 154–155.

²⁷ Ebd., S. 182.

²⁸ Ebd., S. 416.

²⁹ Ebd., S. 450.

³⁰ Ebd., S. 215.

³¹ Naturalismus und Religion, S. 109.

und *last but not least* die ökonomische Globalisierung, die das nationale Koordinatensystem unfähig gemacht hat, Politik und Recht ein notwendiges „kulturnelles Substrat“ zu verschaffen.³² Obgleich Habermas lange die Meinung vertrat, dass eine offene, gewandte Deutung der nationalen Idee dem Verfassungspatriotismus eine kulturelle Basis bieten konnte,³³ musste er sich überzeugen lassen, dass die „postnationale Konstellation“ die Nation, verstanden als einen politischen Mythos, ihrer kulturellen Integrationskraft beraubt: „der Nationalstaat hatte nur vorübergehend das enge Band zwischen *ethnos* und *demos* gestiftet“.³⁴ Das dürfte der Grund dafür sein, dass Habermas seine Hoffnungen schließlich in die europäische Idee setzte.³⁵

Nur braucht der demokratische Prozess wirklich eine Grundlage, einen kulturellen oder sozialen Kohärenzgrund? Habermas vertritt in *Faktizität und Geltung* die Meinung, dass die ‚prozedurale Wende‘, also die Entsubstanzialisierung der demokratischen Idee ein Substrat irgendwelcher Art obsolet machen kann. Er versichert zum Beispiel, dass „der demokratische Prozess schon dank seiner Verfahrenseigenschaften, wenn nötig, in die Lücken sozialer Integration einspringen“ kann,³⁶ oder dass „die aus rechtlichen Kommunikationen gewobene Haut auch noch komplexe Gesellschaften im Ganzen zu umspannen“ vermag.³⁷ Mit anderen Worten, die Prozeduren der Demokratie sollen fähig sein, die Entwicklung einer gemeinsamen politischen Kultur zu fördern. Man kann allerdings empirisch feststellen, dass es so einfach nicht funktioniert. Denn schon nach Habermas’ eigener Beurteilung erscheint „ein Verfassungspatriotismus [...] für den Zusammenhalt komplexer Gesellschaften als ein zu schwaches Band“,³⁸ um eine hinreichende Kohäsion zu gewährleisten. Es ist nämlich fraglich, ob gerade die „Einheit eines konsentierten Verfahrens“³⁹ ein ‚Selbst‘ bilden kann.

Auch deshalb, weil Habermas das Problem klar geworden ist – und zwar: auf welcher sittlichen Grundlage kann sich (überhaupt noch) eine politische Kultur entwickeln, die dazu fähig ist, die Individuen zu *aktiven Staatsbürger* zu machen? –, hat er neuerlich den Begriff der „postsäkularen Gesellschaft“ vorge-

³² Habermas, *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt/M. 1998, S. 110.

³³ Siehe Habermas, „Staatsbürgerschaft und nationale Identität“, in: *Faktizität und Geltung*, S. 632–660, insbes. 635–637.

³⁴ Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, S. 637.

³⁵ Siehe Habermas, *Zur Verfassung Europas: ein Essay*, Frankfurt/M. 2011, und schon „Der europäische Nationalstaat unter dem Druck der Globalisierung“, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 4/1999, und „Der europäische Nationalstaat. Zur Vergangenheit und Zukunft von Souveränität und Staatsbürgerschaft“, in: *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 128–153.

³⁶ Habermas, *Die postnationale Konstellation*, S. 113.

³⁷ Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 528.

³⁸ Habermas, *Der europäische Nationalstaat*, S. 143.

³⁹ Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, S. 638.

schlagen. Obwohl er immer noch meint, dass die „republikanischen Gesinnungen“ „vorpolitische Verankerungen“ nicht mehr brauchen, gibt er zu, dass „der Bürgerstatus gewissermaßen in eine Zivilgesellschaft eingebettet [ist], die aus spontanen, wenn man so will ‚vorpolitischen‘ Quellen lebt“.⁴⁰ Offensichtlich schwankt Habermas zwischen zwei Richtungen: zwischen der Möglichkeit zu behaupten, wie etwa in *Faktizität und Geltung*, dass der demokratische Prozess das für die Gesellschaft notwendige „einigende Band“ aus sich selbst schafft;⁴¹ und der Idee, außerhalb der politischen Sphäre, sei es in den religiösen Überzeugungen oder in den sozialen Bindungen, die ethischen „Verankerungen“ zu suchen, die das Zusammenleben befestigen können. Eine Frage veranschaulicht dieses Zögern, die den Kern der aufgrund der Theorie der kommunikativen Rationalität entworfenen „vollständig säkularisierten Politik“⁴² betrifft:

Wird sich eine ambivalente Moderne allein aus säkularen Kräften einer kommunikativen Vernunft stabilisieren?⁴³

Aufgrund der empirischen Feststellung, dass in der Spätmoderne die „Einbeziehung des Anderen“ einfach schlecht funktioniert, und mit Blick auf die theoretische Überzeugung, dass die politischen Prozesse solche „vorpolitischen Verankerungen“ erfordern, muss die Frage nach den sittlichen Quellen gestellt werden, die in einem postnationalen Kontext eine demokratische Politik ermöglichen können. Mir scheint, eine Feststellung Habermas' untermauert die Berechtigung dieser Annahme (die aber seine eigene Annahme jedenfalls vordergründig *nicht* ist): „Jede ‚Selbstwirkung‘ der Gesellschaft [setzt] ein wohlbestimmtes ‚Selbst‘ – als Bezugsgröße der Einwirkung“ voraus.⁴⁴ Aber wie kann sich dieses ‚Selbst‘ der Gesellschaft bilden? Diese Frage wird von Axel Honneth gestellt, indem er versucht, die Umrisse einer ‚demokratischen Sittlichkeit‘ zu bestimmen.

1.2 Honneth: Die Sittlichkeit demokratisieren?

Innerhalb der kritischen Theorie verkörpert Axel Honneth eine Art Rückkehr zu Hegel, eine Position, die sich von den antihegelianischen Akzenten der vorherigen Generationen (man denke nur an die *Negative Dialektik*) abhebt. Es ist jedoch unbestritten, dass die kritische Theorie sich von Anfang an im steten anspruchsvollen Dialog mit Hegels Denken entwickelt hat. Dieser Hegelsche Unterbau wird in *Das Recht der Freiheit* noch sichtbarer als in den vorigen Schrif-

⁴⁰ Habermas, Naturalismus und Religion, S. 110–111.

⁴¹ Ebd., S. 110.

⁴² Habermas, Faktizität und Geltung, S. 13.

⁴³ Habermas, Naturalismus und Religion, S. 113.

⁴⁴ Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 98.

ten Honneths. Dies kann man schon aus dem Titel des Werks entnehmen, der eine doppelte Bedeutung enthält, indem er das Recht, das die Freiheit *hat*, sowie das Recht, das die Freiheit *ist* oder erzeugt, bezeichnet – zwei Themen, die eine eindeutige Hegelsche Prägung implizieren. Dieser Eindruck wird durch den Untertitel, *Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*, bestätigt, der auf einen Zentralbegriff der Hegelschen Lehre des objektiven Geistes, und indirekt auf die Unterscheidung von Moralität und Sittlichkeit, Bezug nimmt.⁴⁵ Aber die durch das Adjektiv ‚demokratisch‘ eingeführte Korrektur des Hegelschen Verständnisses der Sittlichkeit zeigt auch den Abstand, der zwischen Honneth und dem historischen Hegelianismus besteht, der bekanntermaßen als nicht gerade demokratisch angesehen wird.

Aber wozu soll man sich auf ein eher undemokratisches Denken berufen, um eine Theorie der Demokratie und ihrer sittlichen Voraussetzungen zu entwerfen? Die Antwort ist in erster Linie epistemologischer Natur. Die von Rawls verkörperte liberale Hauptströmung der gegenwärtigen politischen Philosophie geht davon aus, dass die Philosophie diejenigen (substanzhaften oder prozeduralen) rationalen Normen zu formulieren hat, über die sich eine richtig verfasste Gesellschaft verständigen sollte. Dagegen bringt Honneth ein Hegelsches Verfahren ins Spiel, das er „normative Rekonstruktion“ nennt.⁴⁶ Aus der Perspektive der normativen Rekonstruktion besteht die Aufgabe der Philosophie nicht darin, der sozialen Welt Normen vorzuschreiben (einer Welt, die – so Hegel – auf uns nicht gewartet hat). Sie soll vielmehr die in der sozialen Realität implizit vorhandene Normativität explizit machen. Diese Normativität ist in den Überzeugungen und Praktiken niedergelegt, die der in sozialen Institutionen verkörperte „objektive Geist“ hervorruft. Der Verweis auf Hegel bedeutet also in erster Linie eine Ablehnung irgendwelcher normativistischer Haltungen. Die Sozialphilosophie – eine Bezeichnung, die Honneth statt „politischer Philosophie“ verwendet⁴⁷ – hat die Aufgabe, die von der sozialen Welt beförderten normativen Überzeugungen und Ansprüche immanent auszulegen und zu kritisieren. Sie soll klarmachen, wie diese immanente soziale Normativität durch immer wieder auftretende Spannungen erschüttert wird, und wie sie sich dadurch wiederherstellt und transformiert. Auf solche Weise hört die Theorie der Gerechtigkeit auf, ein normatives Schema zu sein, das das Gerechte oder das Gute abstrakt definiert. Sie ist vielmehr die Schlussfolgerung einer „sozialen Analyse“, welche durch die – offensichtlich „interessierte“ – Selbstanalyse begründet wird, die die Gesellschaft über ihre Regeln, deren Störungen und ihre eigenen Pathologien permanent anstellt. Wenn Hegel in dieser Konzeption so

⁴⁵ Siehe Hegel, *Grundlinien*, § 33 Anm., wo Hegel seine Absicht proklamiert, das Wort ‚Sittlichkeit‘ zum Kennzeichen seiner eigenen Philosophie zu erheben.

⁴⁶ Honneth, *Das Recht der Freiheit*, Frankfurt/M. 2011, S. 23.

⁴⁷ Siehe Honneth, „Pathologien des Sozialen. Tradition und Aktualität der Sozialphilosophie“, in: *Das Andere der Gerechtigkeit*, Frankfurt/M. 2000, S. 11–69.

massiv präsent ist, ist es eher wegen seiner antinormativistischen Perspektive und weniger aufgrund der inhaltlichen Ergebnisse seiner Philosophie. Obgleich uns der „idealistiche Monismus“ Hegels fremd geworden ist (eine Beurteilung, die ich gerne differenziert betrachten würde), bleibt sein Vorhaben, „eine Theorie der Gerechtigkeit aus den Strukturvoraussetzungen der gegenwärtigen Gesellschaft selbst zu entwerfen“,⁴⁸ vom wissenschaftstheoretischen Standpunkt aus plausibel. Genauso wie die Hegelsche Lehre des objektiven Geistes ist die Theorie der demokratischen Sittlichkeit Honneths von der Überzeugung geleitet, dass die Aufgabe der Philosophie nicht darin besteht, zu „belehren, wie die Welt sein soll“, sondern vielmehr von dieser Welt zu erfahren, wie sie „erkannt werden soll“.⁴⁹ Warum ist nun unsere Vorstellung der Sittlichkeit demokratisch, während es diejenige Hegels nicht oder nicht in der Weise war? Nun, einfach deshalb, weil unsere Welt nicht diejenige Hegels ist.

Die Folgen dieser sozialen Epistemologie sind wichtig: Im Unterschied zum Essentialismus (im Sinne eines „Platonismus“) normativer Gerechtigkeitstheorien geht es darum, eine Philosophie mehr oder weniger aristotelischer Prägung zu rehabilitieren, nach der die politischen bzw. sozialen Begriffe in Verbindung zum konkreten Kontext gebildet werden sollen, auf den sie sich beziehen. Nach der Perspektive einer „immanenten Analyse“ soll die Theorie der Gerechtigkeit die „institutionalisierten Ideale“ rekonstruieren (nicht beschreiben: es ist sowieso eine *normative* Leistung), worauf sich die Gesellschaft explizit oder implizit beruft. Der Weltfaktizität stellt also die Sozialphilosophie keine abstrakten Ideale gegenüber. Indem sie die Prinzipien klärt, worauf die soziale Welt beruht, macht sie die Distorsion sichtbar, die zwischen diesen Prinzipien und ihrer deformierten Verwirklichung besteht. Auf solche Weise vereinigen sich die Anforderungen einer normativen Theorie und diejenigen einer Analyse der Pathologien, die in der fehlerhaften Ausübung jener Prinzipien zur Geltung kommen.

Ein Hauptvorteil des Gesamtkonzepts ist es, dass die Idee der Gerechtigkeit eine ausdifferenzierte Bedeutung erhält: Im Unterschied zur liberalen politischen Philosophie geht es nicht darum, *einen* Begriff der Gerechtigkeit zu definieren, der als Bewertungsnorm aller sozialen Institutionen gelten soll, sondern eher darum, einer Einsicht der Kommunitarier folgend, unterschiedliche *spheres of justice* (M. Walzer) so zu bestimmen, dass die abstrakte Gerechtigkeitsvorstellung nach den verschiedenen Typen der menschlichen Handlung ausbuchstabiert wird. Daraus erklärt sich die Pluralität der Deutungen der individuellen Freiheit als des unbestreitbar höchsten Wertes gegenwärtiger Gesellschaften. Aus dieser Pluralität selbst folgt jedoch das Bedürfnis unterschiedlicher Anerkennungsinstitutionen, welche imstande sind, in jeder Sphäre der

⁴⁸ Honneth, Recht der Freiheit, S. 17.

⁴⁹ Hegel, Grundlinien, Vorrede.

Sittlichkeit eine spezifische Gestalt der formellen Idee gerechter Gleichheit zu realisieren.⁵⁰ Dies bedeutet, dass Honneth, anstatt einer Gerechtigkeitstheorie im Sinne von Rawls oder selbst von Habermas, eine Deutung entwickelt, nach welcher sich die Norm des Gerechten den sozialen Institutionen und den normativen Konflikten auf eine jeweils spezifische Weise anpasst. Auf einer solchen Basis sollen drei Betätigungssphären der Freiheit unterschieden werden, deren jede über spezifische Institutionen verfügt und spezifische Pathologien erleidet: die negative (rechtliche), die reflexive (moralische) und die kommunikative (soziale) Freiheit. Freilich könnte man diese Terminologie insofern bestreiten, als sie eine stillschweigende Werthierarchie impliziert. Zum Beispiel darf man fragen, ob die Definition der rechtlichen Freiheit als einer „negativen“ eine zu unkritische Übernahme der klassischen liberalen Sicht des Rechts und der Rechte bedeutet: Haben die sozialen Rechte und die Umweltrechte nur einen Bezug zur negativen Freiheit? Darüber könnte man streiten. Der Hauptzug besteht jedoch in der fruchtbaren Einsicht, dass sich die politische Freiheit und die damit zusammenhängenden Institutionen notwendig auf die *vorpolitischen* (rechtlichen, moralischen, sozialen) Lebensformen und Institutionen stützen müssen.

Wenn man aber nach den aktuellen Bedingungen und Formen einer republikanischen Sittlichkeit fragt, wirft Honneths Konstruktion dennoch eine Reihe von Fragen auf. Zuerst möchte ich eine terminologische Frage klären: Ich rede deshalb von *republikanischer*, nicht von *demokratischer* Sittlichkeit, weil ich den strikt politischen Gehalt des Begriffs „Demokratie“ hervorheben will. Demokratie ist nicht in erster Linie eine Lebensform oder ein Wert, sondern eine Organisationsform *civitatis, rei publicae*, und noch dazu eine Machtform in dem Sinn, dass sie, wie jedes politisches Gebilde, eine bestimmte Ausbalancierung des Verhältnisses von *archein* und *archesthai* bewirkt.⁵¹ Wie jede Regierungsform braucht sie unbedingt – das wissen wir von Montesquieu – eine sittliche Grundlage, d.h. Sitten, Praktiken und geteilte Überzeugungen, durch welche sich ein „*esprit général de la nation*“ ausdrückt.⁵² Wie Honneth bin ich der Meinung, dass der politische *ethos* sich aus den sozialen Quellen der Normativität speist. Aber ich glaube nicht, dass diese Quellen unter einem Begriff wie „Demokratie“ subsumiert werden können, der nur im Rahmen des politischen Untersystems (im Sinne Luhmanns) und nur mit Blick auf die ihm eigenen semantischen Bezugspunkte sinnvoll zu verstehen ist. Mit anderen Worten: Wenn es ein politisches „Wir“, eine „politische Willensbildung“ geben soll (was im Übrigen keineswegs selbstverständlich ist!), dann sind die Bedingungen, die diese Bildung möglich machen, durch die politische Sprache allein nicht bestimmbar.

⁵⁰ Siehe Honneth, *Recht der Freiheit*, S. 119–126.

⁵¹ Siehe Aristoteles, *Politik* III-4, 1277 a 27.

⁵² Montesquieu, *L'esprit des lois*, Paris 1990, livre XIX, chapitre IV.

Ich möchte nun drei von Honneth hervorgehobenen, vorpolitischen Bedingungen der Demokratie erörtern.

1. Was die „rechtliche Freiheit“ als Garantie der „privaten Autonomie“ betrifft: Mir scheint, dass die von Honneth formulierten Vorbehalte gegen eine solche „rein negative“ Freiheit einen zu reichhaltigen Begriff der rechtlichen Freiheit voraussetzen. Das sieht man meines Erachtens dann, wenn er behauptet, dass das Recht eine „ethische Deutung“ braucht,⁵³ dass es insofern als ein „Spielraum für ethische Selbstbefragungen“ verstanden werden soll.⁵⁴ Dagegen bin ich der Meinung, dass es sinnvoll ist, sich an ein minimales, ‚formales‘ Verständnis des Privatrechts zu halten, und nicht darauf zu bestehen, überrechtliche Elemente als Horizont einzuführen. Zweifellos bestimmt das Recht den formalen Rahmen eines gelungenen ‚sittlichen‘ Lebens, aber nicht mehr. Wenn man von ihm zu viel erwartet, dann ist man der Gefahr ausgesetzt, gerade diese Verrechtlichung zu fördern, deren Missbrauch von Honneth mit vollem Recht kritisiert wird.

2. Honneths „normative Rekonstruktion“ der Marktwirtschaft enthält eine Paradoxie. Während er behauptet, dass der kapitalistische Markt ein ungenutztes „normatives Potential“ enthält, aufgrund dessen er als „eine Sphäre auch von sozialer Freiheit“ verstanden werden könnte,⁵⁵ unterstreicht seine Beschreibung der Entwicklung des Kapitalismus den fortschreitenden Konflikt zwischen der Wirklichkeit des Markts und dem, was er die „moralische Ökonomie des Kapitalismus“ nennt.⁵⁶ So verliert aber die Vorstellung immer mehr an Plausibilität, die „normativen Mechanismen“ des Markts seien „ein Baustein demokratischer Sittlichkeit“.⁵⁷ Eine sittlich-politische, zur Bildung eines ‚Wir‘ beitragende Anerkennung würde, wie Nancy Fraser betont hat, auf sozial-wirtschaftlicher Ebene eine Umverteilungspolitik voraussetzen, die die heutige Realität des Kapitalismus brutal verwirft. Honneth gibt zu, dass die heutige „Desorganisation“ des Kapitalismus eine „Schwierigkeit“ für die von ihm vorgeschlagene „idealiserende Rekonstruktion“ darstellt, gerade weil sie die demokratische Sittlichkeit eines ihrer „Kernelemente“ beraubt.⁵⁸ Sollte man deshalb nicht eher mit Hegel sagen, die Marktwirtschaft ist die „in ihre Extreme verlorene Sittlichkeit“?⁵⁹

⁵³ Honneth, Recht der Freiheit, S. 134.

⁵⁴ Recht der Freiheit, S. 137.

⁵⁵ Recht der Freiheit, S. 330.

⁵⁶ Recht der Freiheit, S. 340.

⁵⁷ Recht der Freiheit, S. 405.

⁵⁸ Recht der Freiheit, S. 462–470.

⁵⁹ Hegel, Grundlinien, § 184.

3. Das letzte Kapitel des Buchs behandelt das Politische als Ort der „demokratischen Bildung des kollektiven Willens“. Wie im Fall der Marktwirtschaft wird die Distorsion zwischen dem normativen Modell der demokratischen Öffentlichkeit und den Mängeln des gegenwärtigen Rechtsstaats hervorgehoben. Sie wird dadurch manifestiert, dass bedeutende Teile der Bevölkerung von diesem öffentlichen Verhandlungs- und Entscheidungsraum *de facto* ausgeschlossen sind. Honneth berücksichtigt zudem das Problem der „sittlichen Voraussetzungen“ der Demokratie. Das macht er insofern anders als Habermas, als er dem in *Faktizität und Geltung* dargestellten Modell gerade nicht zustimmt, wonach die demokratische Prozedur eine Garantie sowohl der privaten als auch der öffentlichen Autonomie, sowohl des Rechtsstaats als auch der politischen Demokratie ausmachen soll. Wie wir gesehen haben, wurden diese notwendigen Voraussetzungen früher durch die Religion, danach durch die Nation geleistet. Was kann heutzutage diesen ethischen Humus des demokratischen *ethos* ersetzen? Die Bedenken Honneths' gegen das Konzept des Verfassungspatriotismus,⁶⁰ d.h. gegen die Vorstellung, radikale demokratische Prozeduren seien imstande, die Bedingungen ihrer eigenen Möglichkeit aufrecht zu erhalten, und die treffende Kritik am utopischen Charakter eines „europäischen Volks“⁶¹ zeigen, dass es keine befriedigende Antwort auf die Frage gibt. Wenn das aber so ist, wie werden die Transformationsprozesse begründet, mit Hilfe derer die soziale Kultur eine politische Kultur hervorbringen soll, eine Kultur, die gleichzeitig die Wiege eines transnationalen demokratischen Ethos sein könnte? Wovon speist sich also der demokratische Aufschwung in einer ‚postnationalen Konstellation‘? Die Frage bleibt bei Honneth wie bei Habermas offen. Daraus ergibt sich die zentrale Bedeutung, die trotz seiner Schranken das Recht als egalitärer Träger des mehrstimmigen Bestrebens nach sozialer Freiheit behält. Trotz der tatsächlichen Gefährlichkeit der Verrechtlichung verbleibt die prozedurale Form des Rechts eine Garantie gegen das Eindringen von Themen in die Öffentlichkeit und die politische Kultur, die in erster Linie partikularistischen Interessen verpflichtet sind, und zudem zu einer Beschränkung der Öffentlichkeit und zur Austrocknung jener Kultur führen könnten. In dieser Hinsicht ist der Juridismus von *Faktizität und Geltung*, trotz der treffenden Kritik, die Honneth gegen die „Sekundärwirkungen einer Überstrapazierung der rechtlichen Freiheit“ übt,⁶² teilweise berechtigt. Möglicherweise lassen sich beide Positionen und Problemstellungen auch miteinander verknüpfen, nämlich dann, wenn man davon ausgeht, dass die rechtliche Form bis zu einem gewissen Grade imstande ist, eine Vermittlung zwischen den vorpolitischen Quellen der Sittlichkeit und der politischen Kultur zu bilden, woraus ein „Wir“ entstehen kann.

⁶⁰ Honneth, Recht und Freiheit, S. 620–621.

⁶¹ Ebd., S. 624.

⁶² Ebd., S. 159–160.

1.3 Einige Schlussfragen

Fazit: Habermas und Honneth widerlegen Böckenfördes Theorem nicht (das selbst ein Dilemma ist), sie geben auch keine befriedigende Erklärung desselben. Ich möchte dagegen die Fragestellung des ‚Theorems‘ für unsere Zwecke reformulieren. Und zwar: Wie kann unter den heutigen Bedingungen das politische System in der weiten Sphäre der sozialen Freiheit – worauf es glücklicherweise keinen direkten Einfluss ausübt – die unentbehrlichen „sittlichen“ Elemente herausbringen, ohne die dieses System nicht funktionieren kann? Worauf können z.B. die außerpolitischen (religiösen, moralischen, usf.) Überzeugungen der Individuen ihr politisches Engagement gründen, ohne dass die formalen Prozeduren der Demokratie ins Leere laufen?

Selbstverständlich sind die eindrucksvollen Konstruktionen von Habermas und Honneth nicht dafür verantwortlich, dass die politische Wirklichkeit in den europäischen Ländern den von ihnen bestimmten Kriterien eines guten Betriebs der freiheitlichen Institutionen nicht entspricht. Zunächst ist es das Ziel einer sozialen Theorie, einer widerstehenden Realität Beurteilungsnormen anzubieten. Aber das von Honneth beanspruchte und von Habermas teilweise übernommene Hegelsche Programm bringt die Überzeugung mit sich, dass solche Normen, um Wirklichkeitsgehalt zu haben, gerade weltimmanent sein müssen: Sie dürfen nicht aus dem Ideenhimmel herab dieser Welt einfach übergestülpt werden. Hier geraten wir aber in eine Schwierigkeit. Denn das, was die soziale Theorie als die Rationalität der gegenwärtigen Welt, also als ihren Genotyp betrachtet, scheint gewissen phänotypischen Haupttendenzen zu widersprechen. Sind nun jene Normen die Normen dieser Welt? Das ist die klassische, unerschöpfliche Frage des Status sozialer Normativität: Wenn man mit Hegel meint, dass Vernunft in der Welt „gegenwärtig“ ist, wie kann dann diese Vernunft ihre kritische Aufgabe ausüben?

Eine mögliche Erklärung für die Schwierigkeit, das ausschließende *und* inklusive Verhältnis der politischen und der sozialen Normativität zu begreifen, besteht vielleicht darin, dass Honneth und Habermas die *vertikale* Dimension des Politischen unterschätzen. Das von beiden Philosophen befürwortete kommunikative Verständnis der Freiheit führt dazu, eine horizontale Sicht der Bildung des Gemeinwillens zu bevorzugen, was im Übrigen unseren gewöhnlichen Einsichten entspricht. Durch die sozialen Institutionen und normativen Konstruktionen gespeist, soll sich der politische Wille aus der zwanglosen Interaktion innerhalb eines „Publikums“⁶³ herausbilden, das alle Betroffene (also nicht nur die Staatsbürger des Nationalstaates) einschließt. Die staatliche Ma-

⁶³ John Dewey, der Verfasser von *The public and its problems*, ist neben Durkheim einer der Lieblingsautoren von Honneth und auch von Habermas (siehe das Dewey-Kapitel in *Zeit der Übergänge*).

schine soll trotz ihrer Bemühungen, sich im Namen ihres Sachverständes von den Maßstäben der öffentlichen Debatte zu befreien, dieser gleichzeitig unterworfen sein. Es scheint durchaus möglich, dass eine solche Konzeption die vertikale Dimension des Politischen entwertet, obwohl die Demokratie diese Dimension doch nicht aufhebt: Im Wort ‚Demokratie‘ ist der Begriff *kratos* enthalten; auch diese Dimension ist in dem Wort „die Wahrheit, die in der Macht liegt“ (Hegel⁶⁴) spürbar. Aber sollte selbst in einem Regime, in dem die horizontale Dimension einen prinzipiellen Vorrang hat, jene vertikale Dimension, also das Problem der legitimen Herrschaft im Sinne Max Webers, gar keine Rolle spielen? Wie könnte man dann von den zahlreichen Störungen der aktuellen Realisierung der Demokratie Rechenschaft geben? Zweifelsohne soll eine kritische Theorie die Pathologien der Herrschaft analysieren und zur Sprache bringen. Aber kann sie es tun, ohne die Tatsache in Kauf zu nehmen, dass Herrschaft (oder Macht) eine konstitutive Dimension des Zusammenlebens ist, und dass Herrschaft in jedem Versuch der Bestimmung eines ‚Wir‘ berücksichtigt werden muss? Meiner Meinung nach sollte die Interaktion der beiden Dimensionen der Politik systematisch berücksichtigt werden, wenn man innerhalb einer zerriissen sozialen Welt die *Wirklichkeit* der Freiheit, d.h. eine republikanische Sittlichkeit, konzipieren und realisieren will.

⁶⁴ Hegel, *Die Verfassung Deutschlands*, in: *Politische Schriften*, Frankfurt/M. 1966, S. 89.

V.2

Institutionen der Freiheit? Republikanische Ordnung und bürgerschaftliche Entfremdung

Christian Schmidt

Im April 2015, ungefähr ein halbes Jahr nachdem die rechte Bewegung PEGIDA begonnen hatte, Schlagzeilen zu machen, suchte Hartmut Rosa in einem Beitrag für die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* mit dem Titel „Fremd im eigenen Land?“ nach einer Ursache des Phänomens, die auch erklären sollte, warum in Interviews mit Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Demonstrationen oft weder die titelgebende „Islamisierung“ noch die Rettung des „Abendlandes“ bei der Beschreibung der Motivation zur Teilnahme eine besonders große Rolle spielte, dafür aber eine generelle Unzufriedenheit, die sich auch an einem Thema wie gestiegenen Abwassergebühren entzünden konnte. Jenseits aktivierter rassistischer, autoritärer und nationalsozialistischer Einstellungen, die sich damals weitgehend ohne aktuellen äußersten Anlass wöchentlich auf den Straßen der Republik manifestierten, verortete Rosa die Ursache in der politischen Ordnung selbst und beklagte ein in Europa grassierendes „politisches Entfremdungsgefühl“:

Die Strukturen und Institutionen des öffentlichen Lebens und der Welt, in der [die Bürger] sich bewegen, werden als äußerlich, als fremd, vielleicht als aufgezwungen erfahren, auf jeden Fall nicht als die eigenen, heimischen, zugehörigen erlebt, in denen sich die Bürger wiedererkennen, weil sie sie als gemeinsam geschaffene anerkennen.¹

Die Ursache für dieses Entfremdungsgefühl sah Rosa in dem allgegenwärtigen raschen Wandel, der sich inzwischen schon aufgrund seiner Geschwindigkeit von jenen Verfahren abgelöst habe, die eine demokratische Einflussnahme erlauben. In der Konsequenz werde dem Unbehagen von Bürgerinnen und Bürgern genauso wenig Raum gegeben, wie deren Fähigkeiten zur Lösung von Problemen beizutragen.

Rosas Diagnose verbindet das Bedauern über eine schlecht funktionierende Öffentlichkeit mit der Forderung nach politischen Institutionen und Verfahren, die es den Menschen erlauben, Einfluss zu nehmen, und die dann diesen Einfluss auch auf angemessene Weise umsetzen. Wenn es aber unabhängig vom konkreten Anlass dieser Diagnose so ist, dass eine solche Einflussnahme nicht funktioniert, weil die entsprechenden Institutionen und Verfahren fehlen, dann ist die republikanische Ordnung auf ernsthafte Weise beschädigt. Irgendetwas

¹ Hartmut Rosa, „Fremd im eigenen Land?“, in: *FAZ* vom 20.04.2015, S. 6.

scheint an der republikanischen Vorstellung falsch zu sein, dass der Rechtsstaat und die demokratische Öffentlichkeit zusammen ausreichen, um Freiheit zu verwirklichen. Im Folgenden will ich daher kurz das republikanische Modell einer Institutionalisierung der Freiheit rekonstruieren, um anschließend darauf zurückzukommen, in welcher Hinsicht ein solches Modell nicht zureichend ist.

2.1 Der unwillkürliche Zwang des jüngsten Republikanismus

Seit Philip Pettits einflussreicher Darstellung des Republikanismus gilt es als zentrales Ziel einer republikanischen Ordnung, dass ein willkürliches Einmischen in das Handeln der Einzelnen unmöglich wird. Hat eine Person die Fähigkeit, sich nach Belieben entweder unmittelbar in das Handeln anderer oder auch nur in die Ergebnisse dieses Handelns einzumischen, so übt jene Person über diese Anderen Herrschaft aus – zumindest soweit die Fähigkeit zur willkürlichen Einmischung reicht. Das Konzept von Freiheit als Nichtbeherrschung, das Pettit aus dieser Definition von Herrschaft entwickelt hat, gleicht nur auf den ersten Blick dem Konzept der negativen Freiheit, die in Pettits Worten Freiheit als Nichteinmischung fasst. Für Pettit selbst liegt die Differenz darin, dass negative Freiheit nur tatsächliche Einmischung ausschließt, Nichtbeherrschung aber voraussetzt, dass auch die Möglichkeit einer Einmischung ausgeschlossen ist.² Der kleine aber entscheidende Unterschied zwischen Freiheit republikanisch als Nichtbeherrschung gefasst und negativer Freiheit liegt jedoch vor allem in der zusätzlichen Qualifikation der Einmischung als „willkürlich“. Den Sinn des „Willkürlichen“ klärt Pettit mithilfe einer negativen Charakterisierung:

Ein Akt der Einmischung ist nicht willkürlich sobald in ihm zwangsläufig die Interessen und Vorstellungen derjenigen berücksichtigt werden, die von dieser Einmischung betroffen sind. Oder falls es nicht möglich ist, alle Interessen und Vorstellungen der beteiligten Personen zu berücksichtigen – diese könnten schließlich miteinander unverträglich sein –, muss er zumindest gezwungen sein, die relevanten Interessen und Vorstellungen zu berücksichtigen.³

² Vgl. Philip Pettit, *Gerechte Freiheit. Ein moralischer Kompass für eine komplexe Welt*, Berlin 2015, S. 78 f.: „Die republikanische Erkenntnis ist [...], dass die Person auch in dem Fall meinem Willen unterworfen sein wird, wenn ich sie die von ihr bevorzugte Option wählen lasse – und sie jede beliebige Option hätte wählen lassen, die sie vorzieht –, dies jedoch nur deshalb, weil es mir gefällt dieser Person einen solchen Spielraum zu gewähren. Wenn jemandes Fähigkeit, die eine oder andere Option zu wählen, nicht robust genug ist, um Änderungen meines Willens oder meiner Präferenz, wie die Person wählen sollte, zu überstehen, das heißt, wenn die Fähigkeit nur so lange vorhanden ist, wie ich die Person mit meinem Wohlwollen beehre, dann habe ich die ultimative Kontrolle, nicht sie. [...] Sie wird nur cum permissu fähig sein, ihre Wahl zu treffen – allein mit meiner Erlaubnis, wie man sagt.“

³ Philip Pettit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford und New York 1997, S. 55. Nicht gekennzeichnete Übersetzungen fremdsprachiger Texte sind meine eigenen.

Es fällt nicht leicht, aus dem Stand heraus zu beurteilen, wie schwerwiegend das Verbot der so bestimmten Willkürlichkeit tatsächlich ist. Nichtwillkürlichkeit erfordert die Berücksichtigung von Interessen und Vorstellungen, aber nicht deren Umsetzung. Vielmehr verlangt sie eine Beurteilung vorgebrachter Bedenken im Lichte ihrer Relevanz. So kann es beispielsweise gut möglich sein, dass breite Teile der Bevölkerung keine Steuern zahlen wollen, aber im Lichte ihrer freiheitsrelevanten Erwartungen an das öffentliche und soziale Leben, an ihre persönliche Sicherheit, eine funktionierende Infrastruktur und so weiter und so fort ist dieser Unwillen für Pettit irrelevant.⁴ In diesem Sinne bemerkte Quentin Skinner sogar, dass es die Notwendigkeit eines Zwangs zur Freiheit gebe, die tief in der republikanischen Idee verwurzelt sei:

Wenn wir uns unserer eigenen persönlichen Freiheit versichern wollen, folgt daraus, dass wir unser Leben so vorbehaltlos wie nur irgend möglich dem Dienst am Allgemeinwohl und der Kultivierung der bürgerlichen Tugenden, die eine Teilnahme am politischen Leben erfordert, widmen müssen.⁵

Bei Skinner steht der mit der republikanischen Freiheit verbundene Zwang unter dem Vorbehalt, dass wir uns tatsächlich unserer persönlichen Autonomie versichern wollen. Aber kann denn ein in sich schlüssiger Wunsch danach, beherrscht zu werden, und sei es im Rahmen einer wohlwollenden Herrschaftsausübung, jemals dauerhaft sein? Oder handelt es sich in den Fällen, in denen solche Wünsche auftreten, nicht in Wahrheit um den Wunsch nach einer vorübergehenden Übertragung persönlicher Souveränität, die nach Belieben widerrufen werden kann?

Wenn die Wahl, „sich beherrschen zu lassen“, im Kern zeitlich begrenzt bleibt, handelt es sich nicht um den Verlust, sondern die Ausübung von Autonomie, die sich gerade in der Akzeptanz zeigt, sich von anderen oder anderem bewusst leiten zu lassen.⁶ Gemäß der Definition von Pettit ist eine solche Leitung kein Fall von Herrschaft, weil hier gerade keine willkürliche Einmischung vorliegt.⁷ Im Unterschied dazu müssen die Anhängerinnen und Anhänger der republikanischen Idee jeden Wunsch nach echter und unwiderruflicher Beherrschung als inkonsistent und irrelevant beurteilen, weil eine willkürliche Leit-

⁴ Vgl. Pettit, Gerechte Freiheit, Kap. 4, wo es einen ganzen Katalog der zur Durchsetzung der Grundfreiheiten notwendigen Maßnahmen gibt. Zur Frage der Steuern vgl. dort insbesondere S. 126: „Die Behauptung, alle Besteuerung sei Diebstahl, ignoriert die Tatsache, dass Besteuerung ein wesentlicher Teil rechtlicher und normativer Konventionen ist, durch die Besitz und Eigentümerfreiheit überhaupt erst begründet werden.“

⁵ Quentin Skinner, „The Paradoxes of Political Liberty“, in: Sterling M. McMurrin (Hg.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Bd. 7, Salt Lake City, Cambridge et al. 1986, S. 225–250, hier S. 229.

⁶ Vgl. Martin Seel, „Aktive Passivität. Über die ästhetische Variante der Freiheit“, in: Gunnar Hindrichs/Axel Honneth (Hg.), *Freiheit (= Geist und Geschichte 1)*, Frankfurt/M. 2015, S. 195–214.

⁷ Vgl. Pettit, Gerechte Freiheit, S. 87f.

tung jede verlässliche Verbindung zu den Eigeninteressen der angeleiteten Person verloren hat und zwar unabhängig davon, wie diese Person selbst ihre Eigeninteressen bestimmt. Die Unmöglichkeit eines schlüssigen Wunsches nach echtem Beherrscht-Werden scheint also notwendig zu Skimmers Zwang zu einem Leben im Dienst des Allgemeinwohls und der Kultivierung der bürgerlichen Tugenden zu führen. Dieser Zwang bestünde damit aber ganz unabhängig von unseren gegenwärtigen Überzeugungen. Pettit spricht in diesem Zusammenhang davon, dass „der Schutz vor privater Beherrschung einen zwangsbefugten Staat benötigt“⁸.

Scheinbar ist die republikanische Freiheit also ausgesprochen merkwürdig und paradox. Sie beginnt mit einer Freiheitskonzeption, die sehr nah an der negativen Freiheit ist, und erweckt dann den Eindruck eines wohlmeinenden Paternalismus, der die wohlverstandenen Eigeninteressen der Bürgerinnen und Bürger ermittelt, bewertet und schließlich sogar vorschreibt, auch wenn Pettit ganz im Vertrauen auf die Überzeugungskraft seiner eigenen Argumente davon ausgeht, dass die so bestimmten Normen „von der allgemeinen und konkreten Erwartung gestützt werden, dass die Einhaltung Zustimmung und/oder die Abweichung Missbilligung hervorrufen wird“, sodass „diese Einmischung des Staates trotzdem keine Bedrohung für die Freiheit der Menschen darstellen muss“⁹, sondern – vor allem unter den Bedingungen einer realisierten demokratischen Kontrolle der Regierung – der Wahl entspricht, sich zwar leiten, aber nicht beherrschen zu lassen.¹⁰

Doch bevor wir die Quellen der gegenwärtigen bürgerlichen Fremdeitserfahrungen allzu leicht und schnell in einem solchen Paternalismus verorten, sollten wir die Geschichte des Republikanismus darauf hin untersuchen, welche Möglichkeiten der Berücksichtigung von Interessen und Vorstellungen der Bürgerinnen und Bürger sie bereithält, die dem Paternalismus nicht so leicht anheimfallen.

2.2 Die unendliche Demokratisierung der Republik

Im Republikanismus der frühen Neuzeit war Freiheit kein Zweck an sich. Die Verwirklichung einer freien politischen Ordnung sollte hauptsächlich der Stabilität des Gemeinwesens und letztlich der Sicherheit der Bürgerschaft dienen, was die Sicherheit der Besitztümer und – wie diese Autoren niemals zu erwähnen vergessen – den Schutz der Töchter vor Raub und Vergewaltigung einschloss.¹¹ Aus diesem kombinierten Zweck der Stabilität des Gemeinwesens

⁸ Ebd., S. 155.

⁹ Ebd.

¹⁰ Ebd., S. 156 f.

¹¹ Vgl. Niccolò Machiavelli, *Discorsi*, I.7, in: ders., Gesammelte Werke in einem Band, Frankfurt/M. 2006; Baruch de Spinoza, *Politischer Traktat*, Hamburg 1994, IV, § 4.

und der Sicherheit der Bürgerschaft ergeben sich dann die Relevanzkriterien zur Bewertung von Vorstellungen und Interessen. Der Bürger, dessen Leben und Besitz gesichert werden soll, ist nämlich – wie schon der Verweis auf die Töchter andeutet – nicht einfach eine beliebige Einzelperson, die sich in einem politischen Gemeinwesen findet. Der Bürger ist das Haupt eines Haushalts und damit der wesentlichen produktiven Einheit jener Zeit. Seine Sicherheit ist die Sicherheit der grundlegenden Produktion, von der jede Gesellschaft abhängt. Wie Spinoza im *Tractatus Politicus* ganz klar sagt, muss die Institution, die die Entscheidungen trifft, – sei es ein Monarch oder eine Versammlung, sprich: ein Parlament – die Belange dieser Familienvorstände berücksichtigen.¹² Dass es dabei um die Effekte geht, die die Entscheidungen auf die grundlegenden Produktionseinheiten haben und folglich die Stabilität der gesamten Gesellschaft betreffen, wird von Spinoza nicht eigens betont, ergibt sich aber unmittelbar aus seiner für die politischen und Rechtsverhältnisse grundlegenden Machttheorie, der zufolge „der Mensch [...] danach strebt, sein Sein, so viel er vermag, zu erhalten“¹³ und „auf Natur so viel Recht hat, wie weit seine Macht reicht“¹⁴. Auch die politische Ordnung dient wesentlich dazu, dieses produktive Vermögen zur Aneignung der Natur zu steigern.¹⁵ Entsprechend kann keine Entscheidung gegen die grundlegende Produktivität zur dauerhaften Pflicht werden.

Mit anderen Worten, der frühneuzeitliche Republikanismus beantwortet das Problem des Paternalismus mit der relativen Unabhängigkeit der ökonomischen Basis vom politischen Überbau und mit dem Hinweis auf den Einfluss in letzter Instanz, den die Basis auf diesen Überbau ausübt.¹⁶ Damit ist auch geklärt, wie der frühneuzeitliche Republikanismus aus den geäußerten Interessen und Vorstellungen jene auswählt, die relevant sind. Relevant und schlüssig im früh-

¹² Vgl. Spinoza, *Politischer Traktat*, VII, 3: „Daß es die Aufgabe des Inhabers der Regierungsgewalt ist, über den Zustand und die Verfassung des Staates stets unterrichtet zu sein, über das gemeinsame Wohl aller zu wachen und all das ins Werk zu setzen, was für die Mehrheit der Untertanen von Nutzen ist, darüber ist sich jedermann einig.“ Der Inhaber der Regierungsgewalt muss laut Spinoza zur Erfüllung seiner Aufgabe eine aus Repräsentanten aller Familien im Staat gebildete Ratsversammlung konsultieren, die nicht übergangen werden darf. Vgl. auch ebd., VI, 17: „Die Hauptaufgabe dieser Ratsversammlung soll darin bestehen, die grundlegenden Rechtsgesetze des Staates zu verteidigen und für die Regelung der öffentlichen Angelegenheiten Ratschläge zu erteilen, damit der König weiß, was für Entscheidungen im öffentlichen Interesse zu treffen sind.“ Dazu ebd., VI, 22: „In der Versammlung ist über Angelegenheiten des Staates nur bei Anwesenheit aller Mitglieder ein Beschuß zu fassen. Ist jemand durch Krankheit oder einen anderen Grund verhindert, anwesend zu sein, muß er als Stellvertreter einen anderen aus demselben Familienverband schicken“.

¹³ Ebd., II, 7.

¹⁴ Ebd., II, 4.

¹⁵ Vgl. ebd., II, 15 und III, 6.

¹⁶ Vgl. dazu auch die Passage zu den „Korporationen“ beziehungsweise „Gilden“, in deren Rahmen das „einfache Volk (plebs)“ Rechte „für sich in Anspruch nimmt“ und „eine gewisse Freiheit für sich behält“ (ebd., VIII, 4 und 5.).

neuzeitlichen Sinn ist nur das, was die produktiven Vermögen der tatsächlich Produzierenden in der Gesellschaft beeinflusst.

Pettit hat auf die Grenzen dieser Lösung des Problems hingewiesen. Weder die patriarchalische Herrschaft innerhalb der Familien noch die Herrschaft eines Arbeitgebers über seine Arbeitskräfte kann mithilfe eines solchen Republikanismus ausgeschlossen werden.¹⁷ Gleichwohl lassen sich zwei Perspektiven der Universalisierung des republikanischen Ansatzes von Freiheit als Nichtbeherrschung ausmachen, die einerseits Pettits Sorgen bezüglich der untergeordneten Formen von Herrschaft gerecht werden und andererseits die entscheidenden Einsichten von Spinozas politischer Theorie bewahren.

Für die erste dieser beiden Perspektiven steht der junge Marx. In seiner Gesellschaftstheorie ist Spinozas Einsicht, dass die Gesellschaft auf Kooperation beruht, aufgehoben. Marx zieht daraus den Schluss, dass der Staat und die mit ihm verbundenen Formen der Regierung zugunsten einer unmittelbaren Organisation der notwendigen Kooperationsbeziehungen aufgegeben werden sollten.

Die gesetzgebende Gewalt ist [dann] Repräsentation in dem Sinne, wie jede Funktion repräsentativ ist, wie z.B. der Schuster, insofern er ein soziales Bedürfnis verrichtet, mein Repräsentant ist, wie jede bestimmte soziale Tätigkeit als Gattungstätigkeit nur die Gattung, d.h. eine Bestimmung meines eignen Wesens repräsentiert, wie jeder Mensch der Repräsentant des anderen ist. Er ist hier Repräsentant nicht durch ein anderes, was er vorstellt, sondern durch das, was er ist und tut.¹⁸

Dabei erkennt Marx zumindest potenziell neben Spinozas grundlegenden Produktionseinheiten auch die unmittelbar Produzierenden als sich selbst-organisierende Subjekte an. Denn schließlich ist nun die Organisation der Produktion zur allgemeinen Aufgabe geworden. Und natürlich sollte „Produktion“ hier weiterhin im weitest möglichen Sinn verstanden werden, sodass zu ihr alles gehört, was zur Erhaltung einer Familie oder einer ähnlichen sozialen Einheit nötig ist, wie die „Produktion“ sozialer Beziehungen, die Sorge für den Haushalt, die Erziehung von Kindern, die Sorge um Bedürftige und dergleichen mehr.

Die marxsche Perspektive ist sehr verführerisch, und sie liegt auf derselben Linie wie Spinozas ausdrückliche Vorliebe für die Demokratie,¹⁹ die bei Letzterem nichts anderes meint als die Selbstorganisation der Haushaltsvorstände – also der

¹⁷ Vgl. Pettit, Gerechte Freiheit, S. 47, 52 f.

¹⁸ Karl Marx, „Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie [Kritik des Hegelschen Staatsrechts]“, in: Karl Marx/Friedrich Engels, Werke, Bd. 1, S. 201–333, hier S. 325.

¹⁹ Vgl. Baruch de Spinoza, *Theologisch-politischer Traktat*, Hamburg 2012, 20, 14, S. 314: „Denn in einem demokratischen Staat (der dem natürlichen Zustand am nächsten kommt), kommen alle wie wir gezeigt haben, darin überein, nach gemeinsamen Beschlusß zu handeln, nicht aber zu urteilen und nachzudenken; und das bedeutet, daß sie weil nicht alle Menschen die gleiche Ansicht haben können, übereingekommen sind, derjenigen Ansicht Gesetzeskraft zu verleihen, die die meisten Stimmen erhielt, unter dem Vorbehalt freilich, diese Beschlüsse aufzuheben, sobald sie etwas Besseres ausfindig machen.“

Entscheidungsträger in den grundlegenden Produktionseinheiten.²⁰ Doch leider ist es weder Spinoza noch Marx gelungen, eine institutionelle Ordnung zu entwerfen, die ihrer Perspektive einer unmittelbaren Organisation der Produktion gerecht werden würde. Und das ist nun kein lässlicher Mangel, denn diese Perspektive müsste anhand einer konkreten institutionellen Ordnung deutlich machen, wie es gelingen soll, die Beherrschung von Einzelnen oder Minderheiten durch mächtige Untergruppen der Menge der Produzierenden zu verhindern. Von Max Stirner bis Claude Lefort wurden immer wieder ernst zu nehmende Einwände vorgebracht, dass im Namen der „Menschheit“ oder „aller Mitglieder der Gesellschaft“ immer nur ganz bestimmten Partikularinteressen zur Durchsetzung verholfen wird, denen gegenüber alle anderen Partikularinteressen als nicht universell genug gelten, um überhaupt in Betracht gezogen zu werden.²¹

Aus diesem Grund hat Lefort eine soziale Differenzierung vorgeschlagen, die jedes Subjekt durchzieht, sodass die Demokratie „auf eine Weise unendlich ausgedehnt [wird], wie es die bürgerliche nie gewesen ist“ und zu einer „Aufspaltung der Quellen der Autorität und einem Spiel der besonderen Rechte“ führt.²² Das soll es dem Subjekt erlauben, Teil von allen politischen Vereinigungen zu werden, die seine Interessen vertreten. Es geht, um nur ein paar zu nennen, um Vereinigungen, die die Produktion organisieren, und andere, die

²⁰ Dass dies auch in der Demokratie gilt und nicht bloß in den Versammlungen der Aristokratie wird durch Spinozas Charakterisierung der Mitglieder der demokratischen Versammlung deutlich. Zu ihr sollen alle gehören, „die allein den Gesetzen ihres Landes unterworfen sind und die überdies unter eigenem Recht stehen und ein anständiges Leben führen [...] um Frauen und Knechte auszuschließen, die der Gewalt ihrer Männer und Herren unterstehen, und ebenso Kinder und Unmündige, solange sie von der Gewalt ihrer Eltern und Vormünder abhängen.“ (Spinoza, Politischer Traktat, XI, 3.) Diese Ausschlüsse rufen heute weithin Befremden hervor, zumal im folgenden Paragraphen Spinoza versucht, die naturgegebene Unterlegenheit von Frauen gegenüber Männern zu begründen. Im Kontext des fröhneuzeitlichen Republikanismus mit seiner Betrachtung von Haushalten statt von Individuen ist sie allerdings in keiner Hinsicht außergewöhnlich oder bemerkenswert.

²¹ Vgl. Max Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum*, Freiburg/München 2009, S. 131: „Dass die Gesellschaft gar kein Ich ist, das geben, verleihen oder gewähren könnte, sondern ein Instrument oder Mittel, aus dem Wir Nutzen ziehen mögen, dass Wir keine gesellschaftlichen Pflichten, sondern lediglich Interessen haben, zu deren Verfolgung Uns die Gesellschaft dienen müsse [...] daran denken die Liberalen nicht [...] Die Gesellschaft, von der Wir alles haben, ist eine neue Herrin, ein neuer Spuk, ein neues ‚höchstes Wesen‘, das Uns ‚in Dienst und Pflicht nimmt!‘“ Vgl. auch Claude Lefort, „La question de la Révolution“, in: ders., *L'invention démocratique*, 2. Aufl., Paris 1994, S. 185–192, hier S. 186: „Die Idee der Revolution als absolutes Ereignis, als Gründung einer Welt, in der die Menschen die Institutionen vollständig beherrschen, sich über die Gesamtheit ihrer Tätigkeiten und ihrer Ziele einig werden, einer Welt, in der sich die Macht in den Fluss kollektiver Entscheidungen auflöst, das Gesetz in den Fluss der Willen, wo der Konflikt eliminiert ist, diese Idee macht im Geheimen mit der totalitären Vorstellung gemeinsame Sache. Der Glauben an eine Gesellschaft, die sich organisch ordnet als läge sie ganz in sich selbst verweist auf einen vollkommen externen Bezug, auf die Position eines Großen Anderen, der das Ganze umschlingt und es zur Einheit macht.“

²² Lefort, *La question de la Révolution*, S. 191 f.

die damit nicht übereinstimmenden Interessen der Werktätigen vertreten, und wieder andere, die sich dem Gemeinwohl verschreiben, das weder in der Organisation der Produktion noch in den Interessen der Werktätigen aufgeht.²³ Für Leforts Überlegungen spricht, dass eine solche Vielfalt politischer Organisationen die einzige Möglichkeit ist, um alle relevanten Interessen zu artikulieren, gerade weil diese verschiedenen Interessen aufgrund der vielfältigen sozialen Rollen, die jedes einzelne Subjekt in einer modernen Gesellschaft zu spielen hat, noch nicht einmal im Inneren dieses einzelnen Subjektes miteinander kompatibel sind.

2.3 Subjektive Zustimmung und Gemeinwohlbestimmung

Indem Lefort die Vorstellung einer unmittelbaren Organisation der Gesellschaft verwirft, nähert er sich der zweiten Perspektive, die aus Spinozas Variante republikanischer Theoriebildung hervorgegangen ist und sich in Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* finden lässt. Hegel entwickelt in den *Grundlinien* ein vielschichtiges Bild der Freiheit, in dem die Dimension der individuellen Willensbildung genauso wichtig ist wie der Austausch von Gütern oder kollektive Gesetzgebungsakte. Hier sollen nur zwei wesentliche Momente des umfangreichen hegelschen Vorschlags hervorgehoben werden, die mit Pettits Bedenken bezüglich jener Formen der Herrschaft in Zusammenhang stehen, die Spinozas Theorie nicht angemessen erfasst.

Erstens führt Hegel in den Republikanismus das moderne Moment der subjektiven Zustimmung ein. Eine freie Person muss auf tatsächlicher Basis zu der Überzeugung gelangen, dass die öffentliche Ordnung in ihrem eigenen Interesse ist. Weder reicht es aus – im Gegensatz zu dem, was in paternalistischen Versionen des Republikanismus gefordert wird –, dass die gesellschaftliche Ordnung tatsächlich für alle gut ist, noch genügt eine Art von Patriotismus, der nur auf subjektiven Überzeugungen beruht, die ohne einen hinreichenden Einblick in die institutionelle Ordnung erworben wurden.²⁴

Nach Hegel kann die Bedingung subjektiver Zustimmung auf tatsächlicher Basis nur erfüllt werden, wenn – und das ist das zweite Moment des hegelschen Republikanismus, das ich betonen möchte – das Subjekt die institutionalisierte Fähigkeit hat, eigene Haltungen bezüglich seiner Interessen und des Allgemein-

²³ Vgl. ebd., S. 191.

²⁴ Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (= Werke, Bd. 7), Frankfurt/M. 1986, § 206, Anm.: „Die Anerkennung und das Recht, daß, was in der bürgerlichen Gesellschaft und im Staate durch die Vernunft notwendig ist, zugleich *durch die Willkür vermittelt* geschehe, ist die nähere Bestimmung dessen, was vornehmlich in der allgemeinen Vorstellung *Freiheit* heißt“. Vgl. auch § 121, § 215, Zusatz, § 258, Anm. und zum Patriotismus § 268 inklusive der Anm.

wohls zu entwickeln und auszudrücken.²⁵ Das heißt, Hegel diskutiert im Gegensatz zu Spinoza auch Institutionen der individuellen Freiheit wie das Privateigentum²⁶ oder die Unveräußerbarkeit des eigenen Körpers²⁷ und verlässt sich nicht allein auf die politische Kraft der Korporationen, die bei ihm gleichwohl – wie schon bei Spinoza – ein entscheidendes organisatorisches Bindeglied zwischen Produktionsinteressen und dem Staat sind.²⁸ Sogar die Familie wird bei ihm eine sittliche Institution, die auf der freien Verpflichtung der Eheleute beruht, sich für ein miteinander geteiltes Leben einzusetzen.²⁹ Damit hat sich nicht nur die Rolle der Frauen tief greifend gewandelt. Frauen sind nicht mehr untergeordnete Mitglieder eines Haushalts, sondern Partnerinnen in einem gemeinsamen Projekt. Es ergibt sich auch, dass das scheinbar männliche Modell des Selbstbesitzes und der Verfügung über Privateigentum laut Hegel allen Menschen ganz unabhängig von ihrem Geschlecht eigen ist.³⁰

Allerdings verbindet Hegel die allgemeinen Institutionen der Willensbildung – auf die es im Kontext der hier angestellten Überlegungen besonders ankommt – mit einer republikanischen Form des Entscheidens, die die individuellen Meinungen und Belange berücksichtigen soll, ohne im eigentlichen Sinn demokratisch zu sein, was – wie Spinozas Vorliebe für die Demokratie bereits indirekt gezeigt hat – im Republikanismus ohnehin immer nur eine von drei Möglichkeiten (Monarchie, Aristokratie und Demokratie) der Verwirklichung einer Republik gewesen ist. Der hegelsche Monarch bestätigt politische Entscheidungen, die sich in einem Prozess ergeben haben, der auf die Ermittlung des Gemeinwohls gerichtet

²⁵ Vgl. ebd., § 260, Zusatz: „Das Allgemeine muß also betätigt sein, aber die Subjektivität auf der anderen Seite ganz und lebendig entwickelt werden.“

²⁶ Vgl. ebd., § 41: „Die Person muß sich eine äußere *Sphäre ihrer Freiheit* geben.“

²⁷ Vgl. ebd., § 57.

²⁸ Vgl. zum Verhältnis von Korporationen und Staat insbesondere a.a.O., §§ 253 und 255, wo es von der Korporation heißt, sie sei „die in der bürgerlichen Gesellschaft gegründete *sittliche Wurzel* des Staats“.

²⁹ Vgl. ebd., § 158. Beachtenswert ist auch der mündliche Zusatz zu diesem Paragraphen, wo es heißt: „Liebe heißt überhaupt das Bewußtsein meiner Einheit mit einem anderen, so daß ich für mich nicht isoliert bin, sondern mein Selbstbewußtsein nur als Aufgebung meines Fürsichseins gewinne und durch das Mich-Wissen, als der Einheit meiner mit dem anderen und des anderen mit mir. [...] Die Liebe ist daher der ungeheuerste Widerspruch, den der Verstand nicht lösen kann, indem es nichts Härteres gibt als diese Punktualität des Selbstbewußtseins, die negiert wird und die ich doch als affirmativ haben soll. Die Liebe ist das Hervorbringen und die Auflösung des Widerspruchs zugleich: als die Auflösung ist sie die sittliche Einigkeit.“ In den folgenden Paragraphen verteidigt Hegel diesen sittlichen Liebesbegriff gegen den der romantischen Innigkeit einerseits und sexuelles Begehrn andererseits, denen gegenüber er die Dauerhaftigkeit der sittlichen Liebe und der aus ihr folgenden Gemeinsamkeit hervorhebt.

³⁰ Vgl. aber ebd., § 166 zu Hegels Vorurteilen bezüglich der unterschiedlichen natürlichen Bestimmung von Männern und Frauen. Insbesondere heißt es im mündlichen Zusatz zu diesem Paragraphen: „[D]as Tier entspricht mehr dem Charakter des Mannes, die Pflanze mehr dem der Frau“.

ist.³¹ Da es Hegel vor allem auf die Entscheidung ankommt,³² sind die institutionellen Aspekte, die das Zustandekommen der Deliberation sichern könnten, vollkommen unterbestimmt. Er betont bezüglich dieser Prozesse nur die zwei oben hervorgehobenen inhaltlichen Kriterien: die Ausrichtung auf subjektive Zustimmung und die Sicherung der individuellen Willensbildung.

Was nun die Entscheidung betrifft, garantiert der Monarch, dass es immer möglich ist, zu einer Entscheidung zu kommen, und zwar auch in Fällen, in denen die konsensuale Bestimmung des Gemeinwohls nicht gelingt. Damit ist die monarchische Entscheidung bei Hegel keine paternalistische Festlegung des Gemeinwohls – eine Aufgabe, die für jeden einzelnen Menschen zu schwer wäre, wie Spinoza einmal bemerkt.³³ Vielmehr erfüllt sie die Funktion der mitunter notwendigen Unterbrechung gesellschaftlicher Deliberationsprozesse und ist damit in Fällen von Uneinigkeit eingestandenermaßen genauso willkürlich, wie es heute die Mehrheitsentscheidungen der demokratischen Parlamente sind oder in früheren Zeiten die Befragung von Orakeln war – und die deisionistischen Urteile von Richtern im Namen von Volk oder Staat immer sind.

Lefort hat Hegels Überlegungen zur Monarchie dahingehend verallgemeinert, dass in der Moderne Entscheidungen immer auf umstrittenen Bestimmungen des Gemeinwohls beruhen.³⁴ Aus dem scheinbaren Paternalismus des republikanischen Zwangs zur Freiheit bei Skinner wird so ein Zwang, bei dem es den Betroffenen immer frei steht, seine Richtigkeit und Angemessenheit aufgrund seiner unsicheren Grundlagen zu bestreiten.³⁵

³¹ Vgl. ebd., § 279, Zusatz: „Hiermit soll nicht gesagt sein, daß der Monarch willkürlich handeln dürfe: vielmehr ist er an den konkreten Inhalt der Beratungen gebunden, und wenn die Konstitution fest ist, so hat er oft nicht mehr zu tun, als seinen Namen zu unterschreiben.“

³² Vgl. ebd., Anm., S. 447 f.

³³ Vgl. Spinoza, Politischer Traktat, VI, 5.

³⁴ Vgl. zu dieser Grundüberzeugung Leforts etwa oben Fn. 21. Wie sich gezeigt hat (vgl. oben Fn. 19), findet sich diese Einsicht aber auch schon bei Spinoza.

³⁵ Wie dieses Bestreiten genau funktioniert, ist damit allerdings noch nicht bestimmt. Robin Celikates hat darauf hingewiesen, dass die bloße Möglichkeit, beschlossene oder bereits gültige Gesetze und Regelungen im Nachhinein anzufechten und überprüfen zu lassen, wie er sie im Neo-Republikanismus von Pettit und Skinner als Merkmal der Herrschaftsfreiheit beschrieben sieht (vgl. dazu aber insbesondere das komplexere Bild in Pettit, Gerechte Freiheit, S. 170 ff.), noch kein hinreichendes Kriterium für das Vorliegen von Freiheit sein kann. „Ob eine (Grund-)Norm mit der Freiheit derjenigen vereinbar ist, die ihr unterworfen sind, hängt davon ab, ob letztere bei der Festlegung (*framing*) der Norm beteiligt wurden oder zumindest die Möglichkeit hatten, beteiligt zu sein, (und auch weiterhin an der Entscheidung über die Fortdauer ihrer Anwendung beteiligt sind), nicht aber davon, ob sie ihr – hypothetisch oder *ex post* – zustimmen würden oder könnten.“ (Robin Celikates, „Freedom as Non-Arbitrariness or as Democratic Self-Rule? A Critique of Contemporary Republicanism“, in: Christian Dahl/Tue Andersen Nexø, *To be Unfree. Republicanism and Unfreedom in History, Literature, and Philosophy*, Bielefeld 2014, S. 37–54, hier S. 50.) Damit steht Celikates in der hier rekonstruierten Tradition des Republikanismus. Diese findet sich etwa bei Spinoza und verlangt einen auktorialen Einfluss auf die Regelungen, auch wenn sie am Ende die „Unterschrift“ eines Monarchen oder einer Gesetz-

Gemäß dieser Argumentation liegt der Schluss nahe, dass es sich bei den westlichen Demokratien am Ende doch um hinreichende Verwirklichungen der Freiheit handelt. Der Rechtsstaat garantiert jedem Individuum die Rechte, die zur Bildung persönlicher Überzeugungen bezüglich des Staates und der wünschenswerten Weiterentwicklung der Gesellschaft nötig sind. Mehr noch, die Rechte erlauben auch die öffentliche Werbung für solche Überzeugungen und die Bildung politischer Vereinigungen – unter anderem von Parteien – die einer gemeinsamen Debatte und der Entwicklung politischer Meinungen dienen.

Natürlich bleiben gleichwohl vor allem in Hinsicht auf Pettits Bedenken wegen der untergeordneten Formen von Herrschaft Zweifel bestehen. Das gilt insbesondere für den Bereich der Lohnarbeitsbeziehungen, wo sich Herrschaftsformen gerade aus Rechten – speziell den Eigentumsrechten – ergeben. Marx hatte nach Hegel versucht, genau diese Probleme zu bearbeiten, die immer noch eine genaue Analyse verdienen. Ich selbst will diese Schwierigkeiten hier gar nicht leugnen, bin aber der Überzeugung, dass sie keine hinreichende Erklärung für das weit verbreitete Entfremdungsgefühl liefern, das Rosa in seinem eingangs zitierten Beitrag diagnostiziert hat. Die von Rosa geschilderten Phänomene ergeben sich nämlich auch aus dem Charakter der politischen Vereinigungen, die eine republikanische Ordnung à la Hegel hervorbringt, wobei die dafür entscheidenden Elemente die republikanischen Ordnungen unserer Zeit weiterhin bestimmen.

2.4 Verwaltungszentrierte Politik

Politische Vereinigungen beruhen in der Republik auf den Überzeugungen ihrer Mitglieder und zielen darauf, die Regierung als pars pro toto für den Staat zu beeinflussen. Das heißt, sie vertreten eine besondere Perspektive, die danach strebt, möglichst einflussreich zu werden, und das nicht, indem sie alle anderen Standpunkte, wie vom Republikanismus zunächst gefordert, möglichst weitgehend in sich aufnimmt, sondern indem sie diese anderen Standpunkte so weit als möglich zurückdrängt. Das Gemeinwohl erscheint so bloß noch als Preis eines politischen Streits und fällt mit der zeitlich begrenzten Regierungsmacht in einer Gesellschaft zusammen. Jenseits dessen ist das Gemeinwohl scheinbar eine leere Vorstellung, die wechselnde Gruppen mit ihren umstrittenen Ideen ausfüllen, während andere bereits ihre Vorherrschaft bekämpfen.

Diese agonale Struktur der politischen Auseinandersetzung zerstört Pettits Vorstellung einer Gesellschaft, in der die öffentliche Debatte die Regierung steuert und den demokratischen Prozess auf das Fortschreiten der Inklusion

gebungskörperschaft tragen, die nicht mit dem Kreis der als Autorinnen und Autoren Beteiligten identisch ist.

und die Ausrichtung auf allgemein akzeptable Gründe und Prinzipien festlegt.³⁶ Dabei scheitert die fortschreitende Inklusion vor allem daran, dass sich die allgemein akzeptablen Gründe und Prinzipien, sobald sie über abstrakte Verfahrensregeln wie ein allgemeines Recht auf Rechtfertigung hinausgehen, einfach nicht einstellen. Die besonderen Perspektiven verschmelzen in der Praxis auf Dauer nicht zu einem einheitlichen Standpunkt. Die substantiell reichhaltige Bestimmung des Gemeinwohls bleibt – anders als das Pettit zumindest implizit annehmen muss – unerreichbar. Zwar gelingt es mitunter, bestimmte gesellschaftliche Zustände in der öffentlichen Debatte als „unannehmbar“ zu charakterisieren und so Regierungen zum Handeln zu zwingen. Aber die Beispiele aus dem viktorianischen Zeitalter, die Pettit hierfür anführt,³⁷ zeigen genauso wie die Reaktionen auf das Massensterben von Flüchtlingen im Mittelmeer unserer Tage, welch enge Grenzen einem solchen Konsens gesetzt sind und wie wenig die „Nichthinnehmbarkeit“ Antagonismen etwa in Migrationsfragen aufzulösen vermag.

Die Unsicherheit, die sich aus dem endlosen Streit um die Macht zu regieren ergibt, könnte daher eine Quelle der Entfremdung sein – vor allem in Zeiten, in denen die anderen herrschen. Wäre jedoch dies schon die ganze Erklärung, dann wäre die Entfremdung nur ein vorübergehendes Phänomen. Ihr Anwachsen würde unweigerlich zu einem Regierungswechsel und damit zu einem Nachlassen des Gefühls führen. Doch die Entfremdung hat noch eine weitere Quelle, die sich aus dem Ziel der politischen Vereinigungen selbst speist.

Die Regierungsmacht, von der angenommen wird, dass sie mit der Kontrolle über den Staat einhergeht, erweist sich als Ursache einer Erfahrung, in der der Staat selbst eine übermächtige und beherrschende Struktur ist. Schließlich ist der republikanische Staat nicht das Feld, auf dem das Gemeinwohl bestimmt wird, sondern vielmehr ein Verwaltungsapparat mit der vorherrschenden Funktion, bestehende Regeln und Routinen durchzusetzen, zu erhalten und anzupassen.³⁸ Die politischen Vereinigungen, die eigentlich die Kontrolle über den Staat erlangen wollen, begegnen daher, wenn sie sich am Ziel glauben, einer Struktur, die sie beherrscht, statt von ihnen geleitet zu werden. Und dies gilt sogar noch im Fall revolutionärer Umbrüche, in denen über kurz oder lang der Staatsapparat wieder seine Macht der Organisation des alltäglichen Lebens erweist und ausspielt.

Um überhaupt irgendeinen Einfluss auf den Staat zu gewinnen, müssen daher die politischen Vereinigungen, Nichtregierungsorganisationen wie Parteien, ihre Forderungen in die hoch spezialisierte Rechtssprache übersetzen – die einzige Sprache, die die Verwaltung unmittelbar verarbeiten kann.³⁹ In der Konse-

³⁶ Vgl. Pettit, *Gerechte Freiheit*, S. 186 f.

³⁷ Vgl. ebd., S. 188 f.

³⁸ Vgl. Marx, *Kritik des Hegelschen Staatsrechts*, S. 248 ff.

³⁹ Dem widerspricht auch nicht der Hinweis Niklas Luhmanns, dass vor allem die „street

quenz heißt das aber, dass die rechtliche Ordnung des Verwaltungsstaates notwendigerweise zur Entpolitisierung der politischen Vereinigungen führt, die sich entweder dem Prozedere der Verwaltungen anpassen oder letztlich untergehen müssen. Der politische Fluchtpunkt, den die Öffentlichkeit nicht hat, wird ihr so von der Verwaltung vorgegeben.

Es ist nun genau diese Anpassung der Politik an die Verwaltung, die zur Entfremdungserfahrung der Bürgerinnen und Bürger führt, weil diese keine wirk samen Möglichkeiten haben, eine Vorstellung des Gemeinwohls jenseits seiner bereits institutionell etablierten Varianten zu entwickeln. Mit anderen Worten, der republikanischen Ordnung fehlt zur vollen Verwirklichung der Freiheit gerade eine Institution, die der Entwicklung des Gemeinwohls gewidmet ist, nachdem die vom politischen Streit und der Dominanz des Verwaltungsstaates geprägte Öffentlichkeit diese Funktion nicht erfüllen kann.

2.5 Zum Prinzip einer Gemeinwohlinstitution

Sowohl die bisherigen Überlegungen als auch das leforsche Modell einer Vielfalt der funktionell differenzierten Institutionen des Politischen deuten darauf hin, dass die auf das Gemeinwohl ausgerichtete Institution weder ein Teil des Verwaltungsstaats sein kann, noch in der Lage ist, diesen zu ersetzen. Sie muss eine Institution eigener Art sein.⁴⁰

level bureaucracy“ bei der Durchsetzung der Politik nicht in erster Linie rechtlich verfährt. „Besonders seit der immensen Ausdehnung der Verwaltung auf wohlfahrtsstaatliche und neuestens ökologische Aufgaben geht es immer weniger um fallweise auftretende Rechtsprobleme und immer mehr um Zustände, die man zu beeinflussen und zu ändern versucht [...] Erst Spannungen und Brüche im Netzwerk dieser ratsamen Kooperationen führen zur Einschaltung des Rechts, zu expliziten Hinweisen auf das, was rechtlich erzwungen oder nicht erzwungen werden könnte.“ (Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1995, S. 429 f.) Dass diese Aussetzung rechtlicher Verfahrensweisen gleichwohl kein Einwand gegen die Abhängigkeit politischer Forderungen vom rechtlichen Diskurs ist, zeigt sich daran, dass es beim Einfluss auf den Staat gerade um die Spannungen und Brüche geht, bei denen nicht einfach die Normen aufgeweicht oder lokal und temporär außer Kraft gesetzt, sondern neu gefasst werden sollen. Die lokale Anpassung der Normen in pararechtlichen Aushandlungsprozessen zwischen Verwaltungen und Betroffenen verstärken vor diesem Hintergrund nur noch die Abhängigkeit politischen Handelns von den Verwaltungsperspektiven.

⁴⁰ Insofern steht Ernst-Wolfgang Böckenförde mit seinem berühmten Diktum, dass der moderne Staat von Voraussetzungen lebe, die er selbst nicht garantieren kann (vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, 5. Aufl., Frankfurt/M. 2013, S. 92–114, hier S. 112), ganz in der Tradition des Hegelianismus. Nur seine Lösung dieser Paradoxie, die er in der Aufwertung der traditionellen christlichen Gemeinschaften sieht, ist keine hegelianische. Während Hegel selbst glaubte, der Staat könne auch noch die Institution des Gemeinwohls sein, begannen bereits die Junghegelianer, diese Idee jenseits des Staates und gegen ihn zu politisieren und die Philosophie zur Partei werden zu lassen.

Nun hat das 20. Jahrhundert mit den Parteien, die nicht länger einen Teil der Gesellschaft, sondern die Gesellschaft als Ganze repräsentieren wollten, den Ansatz einer solchen Institution bereits hervorgebracht. Zweifelsohne entsprach das Selbstverständnis der kommunistischen und faschistischen Parteien diesem Ansatz, aber er findet sich mit ein paar Abstrichen auch in den heutigen Volksparteien der westlichen Gesellschaften. Das Problem ist nur, dass in all diesen Fällen die strikte Trennung von Partei und Staat kein Kennzeichen der entsprechenden Institutionen ist. Stattdessen werden solche Parteien früher oder später zu Organisationen, die mit dem Staatsapparat verschmelzen und so die Trennung von Politik und Verwaltung aufheben.

Dieses – gemessen an den Ansprüchen an eine Gemeinwohlinstitution – Scheitern des Parteimodells eröffnet aufs Neue die Frage, welche Bedingungen eine Partei erfüllen müsste, um das Gebäude einer Institutionalisierung der Freiheit zu vollenden. Wie sich bereits gezeigt hat, kann eine solche Institution nicht auf einer dogmatischen Bestimmung des Gemeinwohls beruhen. Ganz im Gegenteil muss sie die unabsließbare Debatte über die Bestimmung des Gemeinwohls auf einer wahrhaft universalistischen Grundlage organisieren. Das heißt, eine solche Institution müsste die Verwirklichung der Freiheit vorwegnehmen, indem sie das Forum einer offenen Debatte ist, die den Anspruch hat, alle in der Gesellschaft Anwesenden und ihre jeweiligen Interessen einzuschließen. Sie tritt damit an die Stelle, die Hegel der protestantischen Gemeinde zugewiesen hatte. Dort sind alle Mitglieder jeweils unmittelbar für sich auf Gott bezogen und nehmen doch eine Gemeinschaft vorweg, die jetzt schon zusammen ihre Orientierung auf das Reich Gottes – die verwirklichte Freiheit – lebt.⁴¹

Es mag so aussehen, als sei eine solche Institutionalisierung der Freiheit eine vollkommen utopische Idee. In Wirklichkeit aber ist sie nicht nur – wie sich an Lefort zeigt – eine Reaktion auf die Katastrophen des 20. Jahrhunderts mit den in ihm dominierenden, aber verfehlten Parteimodellen und Gemeinwohlkonzepten. Sie ist auch ein Ideal, das sich unter dem Namen einer „wahren (sichtbaren) Kirche“ des säkularen „ethisch gemeinen Wesens“ schon in Kants *Religion in den Grenzen der bloßen Vernunft* findet.⁴² Hier wieder anzuknüpfen scheint für eine Weiterentwicklung des Republikanismus in Zeiten eines grassierenden Entfremdungsgefühls der Bürgerinnen und Bürger äußerst vielversprechend.

⁴¹ Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (= Werke, Bd. 12), Frankfurt/M. 1986, S. 495 f.

⁴² Vgl. Immanuel Kant, *Die Religion in den Grenzen der bloßen Vernunft*, in: ders., *Werkausgabe*, Bd. 8, Frankfurt/M. 1977, S. 645–879. Zu einer Aktualisierung der kantischen Überlegungen vgl. Catherine Colliot-Thélène, *Demokratie ohne Volk*, Hamburg 2011, S. 160 ff.

V.3

Religiöser Pluralismus und säkulare Rechtsordnung

Rochus Leonhardt

Die nachstehenden Überlegungen zum Verhältnis von religiöser Pluralität einerseits und einer säkularen Rechtsordnung andererseits werden aus einer spezifischen Perspektive vorgetragen; dabei handelt es sich um einen christlich-theologischen Standpunkt, der speziell der lutherisch-protestantischen Tradition verpflichtet ist. Den Einsatzpunkt bilden einige Zitate aus einem vom Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland im Jahre 2015 publizierten Grundlagen-Text zum Thema „Christlicher Glaube und religiöse Vielfalt in evangelischer Perspektive“.¹

„Die evangelische Kirche“, so heißt es in diesem Dokument, „nimmt den Pluralismus der Religionen und Weltanschauungen nicht nur als ein äußerliches Faktum hin, mit dem man in modernen Gesellschaften eben rechnen müsse. Sie bejaht ihn vielmehr aus grundsätzlichen Überlegungen und aus ihrer eigenen Sache heraus.“ (19)

Da sie [scil. die evangelische Kirche] die Welt, in der wir leben, als von Gott geschaffene und aus dem Elend der Gottesferne erlöste Welt begreift, sieht sie im Menschen von nebenan, aber auch in den Religionsgemeinschaften auf der anderen Straßenseite nicht nur geduldete Fremde oder tolerierte Andersgläubige, sondern Mitbewohner eines gemeinsamen Raums, Mitbürger einer gemeinsamen Polis und von Gottes Wort Mitangesprochene. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich um Mitbürger handelt, welche die gemeinsame Welt anders deuten und erleben und also die Voraussetzungen des christlichen Glaubens nicht teilen. Die Nähe derer, die nicht zustimmen, folglich auch praktisch erfahrene Distanz und Widerspruch gegenüber ihrem eigenen Glauben, ist für evangelische Christinnen und Christen heute nichts Ungewöhnliches oder Überraschendes. Wie sie von sich selbst wissen, dass der eigene Glaube im Streit mit dem Zweifel steht und in Auseinandersetzungen lebendig bleibt, wie sie den christlichen Glauben nur in der Vielfalt der Konfessionen kennen, so bejahren sie auch, dass andere Religionen in unserer Gesellschaft einen selbstverständlichen Platz haben, ebenso wie religiöse Abstinenz und Desinteresse. (ebd.)

Dieser theologisch begründeten grundsätzlich positiven Haltung zum religiös-weltanschaulichen Pluralismus entsprechen dann die explizite Zustimmung zur „Rechtsidee einer allgemeinen Religionsfreiheit“ (38) sowie die Bejahung des re-

¹ *Christlicher Glaube und religiöse Vielfalt in evangelischer Perspektive. Ein Grundlagen-Text des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD), Gütersloh 2015 (= Christlicher Glaube und religiöse Vielfalt) – danach die Seitenangaben im Text.*

ligiös neutralen Staates, der, wie das in Deutschland der Fall ist, „den Grundsatz der Religionsfreiheit in religionsfreundlicher Offenheit und Verbundenheit ausgestaltet hat.“ (41)

Die Evangelische Kirche in Deutschland bejaht den religiös neutralen Staat, der das gleiche Recht der Bürger zum Ausgangspunkt seiner Rechtsordnung gemacht hat. In der grundständigen Differenz von Staat und Kirche ist es richtig, dass der *Grundsatz der Gleichbehandlung* der staatlichen Rechtsordnung das Maß vorgibt, das sie gegenüber den Religionsgemeinschaften einzuhalten hat. Differenzierungen in der Rechtsstellung sind begründungspflichtig. (42)

Dass die evangelische Kirche so unumwunden ‚Ja‘ sagt zu religiösem Pluralismus und zur religiösen Neutralität des Staates, ist mittlerweile selbstverständlich. Gleichwohl war es nicht immer so; bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein war die traditionelle Vorstellung eines christlich geprägten Staatswesens ein maßgebliches Leitbild für viele Protestanten. Die damit ange-sprochenen Veränderungen sind hier nicht nachzuzeichnen. Es ist lediglich festzuhalten, dass sich die Zustimmung zum religiösen Pluralismus in dem Maße verstärkt hat, in dem der Protestantismus dessen *rechtliche Grundlagen*, namentlich das Grundrecht der Religions- und Gewissensfreiheit, positiv gewürdigt hat. – Sozusagen kirchenamtlich abgeschlossen war die protestantische Aneignung des Grundgesetzes mit der Denkschrift von 1985 über „Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie“.²

Die gegenwärtige Selbstverständlichkeit einer protestantischen Zustimmung zum religiösen Pluralismus³ sollte nicht vergessen lassen, dass es dafür eines langen Anmarschweges bedurfte. Nimmt man signifikante Stationen auf diesem Weg in den Blick, dann zeigt sich retrospektiv, dass im Protestantismus zwar von Anfang an ein pluralismusaffines Potential angelegt war, dass dieses Potential in Deutschland aber endgültig erst angesichts der durch die Rechtsordnung des Grundgesetzes gegebenen Rahmenbedingungen aktualisiert wurde. Um dies aufzuweisen, sind im Folgenden zunächst zwei wichtige Positionen

² *Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie. Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe. Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland* (1985), 4. Auflage Gütersloh 1990. Vgl. dazu: Martin Schlaich, „Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe. Einführung in die Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland“ (1986), in: ders., *Gesammelte Aufsätze. Kirche und Staat von der Reformation bis zum Grundgesetz*, hg. von Martin Heckel, Tübingen 1997 (*Jus ecclesiasticum* 57), S. 405–422.

³ Freilich gibt es auch zeitgenössische Versuche, diese Selbstverständlichkeit zu problematisieren. So ist nach Georg Pfleiderer das „Verhältnis von (moderner, demokratisch-rechtsstaatlicher) Politik und Religion [...] in protestantischer Perspektive wesentlich spannungs voller, komplexer und theologisch prekärer, als es zeitgenössische Diskurse theologischer Soziethik oft erkennen lassen“ (Georg Pfleiderer, „Protestantismus und rechtsstaatliche Demokratie. Zwischentöne zum ‚cantus firmus‘ neuerer evangelischer Soziethik“, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hg.), *Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder*, Tübingen 2015, S. 45–56: 56).

aus der protestantischen Theologiegeschichte vor 1919 zu skizzieren (3.1). Anschließend werden, auf der Grundlage einer kurzen Würdigung der 1949 ins Grundgesetz inkorporierten staatskirchen- bzw. religionsrechtlichen Regelungen der Weimarer Reichsverfassung (WRV), einige religionspolitisch wichtige Weichenstellungen und Entwicklungen seit 1919/1949 benannt (3.2). Schließlich (3.3) geht es um die aktuelle Frage, was gerade die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte für das Verhältnis von religiös-weltanschaulichem Pluralismus und säkularer Staatlichkeit bedeuten und wie angesichts dessen die ‚Zukunftsfestigkeit‘ des deutschen Religionsrechtssystems zu beurteilen ist.

3.1 Theologiegeschichtliche Rückblicke

3.1.1 Martin Luther

„Sein Geist war zweier Zeiten Schlachtgebiet“ – diese von Conrad Ferdinand Meyer stammende und auf Luther gemünzte Formulierung bringt die Ambivalenzen im Denken des Reformators Luther trefflich auf den Punkt. Diese Janusköpfigkeit prägt auch dessen politische Ethik. Er war, so kann man ganz plakativ sagen, innovativ und progressiv, dabei aber zugleich konservativ und pragmatisch-inkonsequent.

Die sich aus Luthers theologischen Einsichten ergebenden Neuorientierungen im Bereich der christlichen politischen Ethik können hier nicht umfassend dargestellt, sondern nur grob skizziert werden.⁴ Wichtig ist zunächst die konsequente Kritik am damaligen papstkirchlichen Anspruch auf Richtlinienkompetenz (auch) in weltlichen Angelegenheiten. Diese Kritik führte Luther dazu, dass er eine direkte (also nicht kirchlich vermittelte) Autorisierung der weltlichen Obrigkeit durch Gott behauptete. Es kommt also zu einer theologischen Positiv-Würdigung der säkularen Staatlichkeit, als deren Aufgabe der Schutz von innerer und äußerer Sicherheit des Landes festgehalten ist. Die Notwen-

⁴ Für exemplarische Vertiefungen ist insbesondere auf folgende Titel zu verweisen: Karl Holl, „Der Neubau der Sittlichkeit“ (1917), in: ders., *Gesammelte Aufsätze zur Kirchengeschichte I: Luther*, 6. Aufl., Tübingen 1932, S. 155–287; Hermann Jordan, *Luthers Staatsauffassung. Ein Beitrag zu der Frage des Verhältnisses von Religion und Politik*, München 1917; Werner Elert, *Morphologie des Luthertums II: Soziallehre und Sozialwirkungen des Luthertums*, München 1932, S. 331–350; Wilfried Härtle, „Luthers Zwei-Regimenten-Lehre als Lehre vom Wirken Gottes“ (1987 [unter dem Titel „Luthers Zwei-Regimenten-Lehre als Lehre vom Handeln Gottes“]), in: ders., *Spurensuche nach Gott. Studien zur Fundamentaltheologie und Gotteslehre*, Berlin/New York 2008, S. 257–285; Andreas Stegmann, *Luthers Auffassung vom christlichen Leben*, Tübingen 2014, S. 391–414, 454–500; Rochus Leonhardt, „Aufgaben und Grenzen weltlicher Staatlichkeit nach Luther“, in: ders./Arnulf von Scheliha (Hg.), *Hier stehe ich, ich kann nicht anders! Zu Martin Luthers Staatsverständnis*, Baden-Baden 2015, S. 75–114. – Aus dem zuletzt genannten Beitrag stammen einige in diesem Abschnitt enthaltene Formulierungen.

digkeit solchen Schutzes ergibt sich aus der sündenbedingten Bosheit der meisten Menschen und der daraus folgenden permanenten Gefahr einer Ersetzung des obrigkeitlichen Gewaltmonopols durch das Recht des Stärkeren. Vom staatlichen Gewaltmonopol, das diesen Schutz garantiert, profitieren insbesondere die (wenigen) wahren Christen. Für diese sind zwar, weil sie selbst nie Böses tun würden, die rechtlich verankerten obrigkeitlichen Schutzmaßnahmen zur Friedenssicherung eigentlich überflüssig; ungeachtet dessen unterstellen sie sich aber aus Liebe zu ihren ggf. auf Hilfe angewiesenen Mitmenschen einer Gehorsamspflicht gegenüber dem weltlichen Recht. Zugleich gilt freilich: Denjenigen Rechtsgehorsam, dem sich der Christ zugunsten seiner Nächsten freiwillig unterstellt und dessen Missachtung er – durchaus auch als Repräsentant der Obrigkeit (Richter, Henker) – ahnden hilft, wenn es um die Angelegenheiten *anderer* geht, setzt er in *eigener* Sache nicht durch, auch dann nicht, wenn er von denen malträtiert wird, für welche die weltliche Rechtsordnung eigentlich gedacht ist.⁵

Die – bisher im lockeren Anschluss an den ersten Teil von Luthers Obrigkeitsschrift⁶ referierte – Hervorhebung der christlichen Pflicht sowohl zum Gehorsam gegenüber dem weltlichen Regiment als auch zur Mitwirkung an dessen Tätigkeit kommt ohne eine Staatstheorie im strengen Sinne aus.⁷ Dies heißt konkret: Die Frage nach dem legitimen Zustandekommen eines staatlichen Gewaltmonopols bleibt bei Luther unthematisiert; vielmehr gilt: Faktizität und Legitimität einer politischen Ordnung fallen für ihn zusammen, was wiederum dazu führt, dass jede Form des Widerstands konsequent abgelehnt wird: „Für Luther ist jeder gewaltsame Aufruhr gegen die Obrigkeit von unten verboten und durch rasches und konsequentes Vorgehen der Obrigkeit dagegen zu bekämpfen.“⁸

Dieser jeden aktiven Widerstand gegen die Obrigkeit als Ungehorsam gegen die göttliche Ordnung stigmatisierenden Hochstufung der christlichen Gehorsamspflicht steht bei Luther eine klare Einschränkung des Bereichs gegenüber, innerhalb dessen dieser Gehorsam zu leisten ist. Diese Einschränkung wird insbesondere im zweiten Teil der Obrigkeitsschrift vorgenommen. Darin geht es, ergänzend zu der im ersten Teil aufgewiesenen theologischen Legitimität der

⁵ Später ist Luther in dieser Frage freilich zu einer anderen Auffassung gelangt und hat den von ihm zunächst ausdrücklich propagierten Rechtsdurchsetzungsverzicht des Christen in eigener Sache abgelehnt und als Destabilisierung des obrigkeitlichen Gewaltmonopols interpretiert.

⁶ Martin Luther, *Von der weltlichen Obrigkeit: wie weit man ihr Geborsam schuldet* (1523). Eine von Hellmut Zschoch angefertigte aktuelle Neuverdeutschung des Textes liegt jetzt vor in: Rochus Leonhardt/Arnulf von Scheliha, (Hg.): *Hier stehe ich, ich kann nicht anders! Zu Martin Luthers Staatsverständnis*, Baden-Baden 2015, S. 17–48.

⁷ Vgl. dazu: Notker Slenczka, „Der Raum des Politischen und seine Grenzen. Von der Gegenwartsrelevanz der lutherischen Obrigkeitstheologie“, in: *Luther* 86, 2015, S. 98–113: 103–107.

⁸ Stegmann, Auffassung, S. 480.

weltlichen Obrigkeit und ihrer Gehorsams- und Mitwirkungsansprüche an die Christen, um die Bestimmung der Grenzen des obrigkeitlichen Handelns.

Das weltliche Regiment hat Gesetze, die sich nur auf Leib und Gut und auf irdische Äußerlichkeiten erstrecken. Denn über die Seele kann und will Gott niemand anderen als nur sich selbst regieren lassen. Wenn sich deshalb eine weltliche Rechtsgewalt anmaßt, Gesetze für die Seele zu erlassen, greift sie Gott in sein Regiment und verführt und verdirbt die Seele nur.⁹

Die weltliche Rechtsgewalt kann danach nur auf Untertanengehorsam im Bereich der irdischen Äußerlichkeiten Anspruch erheben. Für das ‚Innenleben‘ des Menschen, zu dem nach Luther die religiöse Orientierung gehört, ist die Obrigkeit nicht kompetent und insofern auch nicht zuständig. Es gilt nämlich, „dass jede Rechtsgewalt nur da handeln soll und kann, wo sie auch sehen, erkennen, richten, urteilen, entscheiden und verändern kann. [...] Aber Gedanken und Regungen der Seele können nur Gott offenbar sein.“¹⁰ Aus dieser Inkompetenz im Blick auf die seelische Verfasstheit bzw. die religiöse Orientierung ihrer Untertanen sollte die Obrigkeit als einen Grundsatz ihres Handelns den Verzicht darauf ableiten, die inneren Überzeugungen der Bürgerinnen und Bürger bestimmen zu wollen. Dies gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass namentlich die religiösen Auffassungen unvertretbar, also stets exklusiv Sache des glaubenden Subjekts sind. Auch wenn die Obrigkeit genau wüsste, dass einige ihrer Untertanen aufgrund ihrer definitiv falschen religiösen Orientierung schlussendlich in der Hölle landen werden, gäbe ihr das nicht das Recht, den ihr in *äußerlichen* Dingen zustehenden Gehorsam mit dem Ziel einer *Glaubenskorrektur* der religiös Irrenden einzufordern, zumal durch die Toleranz religiösen Irrtums ihr weltliches ‚Kerngeschäft‘ nicht tangiert wird.

Ohnehin muss jeder für sich selbst das Risiko eingehen, wie er glaubt, und muss für sich selbst zusehen, dass er richtig glaubt. Denn so wenig ein anderer für mich zur Hölle oder zum Himmel fahren kann, so wenig kann er auch für mich glauben oder nicht glauben, und so wenig er mir den Himmel oder die Hölle auf- oder zuschließen kann, so wenig kann er mich zum Glauben oder zum Unglauben treiben. Weil nun jeder vor seinem Gewissen verantworten muss, wie er glaubt oder nicht glaubt, und weil das der weltlichen Rechtsgewalt nichts wegnimmt, soll sie auch zufrieden sein und sich um ihre Angelegenheiten kümmern und jeden so oder so glauben lassen, wie man kann und will, und niemanden mit Gewalt dazu zwingen.¹¹

Aus diesem Zugeständnis eines religiösen Irrtumsrechts der Untertanen leitet Luther eine Grundsatzkritik an der überkommenen Rechtslage in Sachen Häresie ab. Dabei geht es ihm nicht um einen Verzicht darauf, die Ketzerei zu überwinden; er kritisiert aber den Versuch, diese Überwindung durch die – damals

⁹ Luther, Obrigkeit, S. 32.

¹⁰ Luther, Obrigkeit, S. 34.

¹¹ Luther, Obrigkeit, S. 34.

in solchen Fällen regelmäßig übliche – Anwendung weltlicher Rechtsmittel zu bewerkstelligen. Luther ist sogar der Auffassung, dass sich (auch fehlerhafte) innere Überzeugungen gerade dann verstärken, wenn sie durch äußere Machtmittel überwunden werden sollen. Das bedeutet, dass eine Bekämpfung von Häresie durch die weltliche Obrigkeit nicht nur ineffektiv ist, sondern sogar kontraproduktiv, weil das zu Bekämpfende durch das gewaltsame Vorgehen verstärkt wird. Die einzige erfolgversprechende Art der Ketzerbekämpfung ist nach Luther die sachgerechte Verkündigung des Wortes Gottes durch die mit dem geistlichen Regiment betrauten kirchlichen Amtsträger; nur dadurch kann der zwanglose Zwang des besseren (theologischen) Arguments seine Wirkung entfalten und zu einer authentischen religiösen Umorientierung führen.

Die letzten Hinweise haben deutlich gemacht, dass der Luther des Jahres 1523 nicht nur seiner eigenen Zeit voraus war, sondern auch aus gegenwärtiger Sicht als höchst aktuell gelten kann. In seiner Einschärfung der Unzuständigkeit der politischen Verantwortungsträger für die religiösen Orientierungen der Bürgerinnen und Bürger kann man nicht nur „den Gedanken der Gewissensfreiheit als politisch-ethische Konsequenz“¹² präfiguriert finden. Sondern es ist auch möglich, den Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates, der auf seinem Territorium einen Pluralismus religiös-weltanschaulicher Überzeugungen zulässt, aus den Überlegungen Luthers im zweiten Teil der Obrigkeitsschrift abzuleiten.

Das damit benannte pluralismusaffine Potential in Luthers politischer Ethik konnte im frühneuzeitlichen Horizont freilich nicht aktualisiert werden, weil zu dieser Zeit das Konzept eines religiös-weltanschaulichen Pluralismus unter der Ägide einer diesbezüglich desengagierten politischen Obrigkeit keinerlei Realisierungschancen hatte. Vielmehr kam damals der auf den protestantischen Staatstheoretiker (und Mediziner) Henning Arnisaeus (1570–1636) zurückgeführten Maxime „religio vinculum societatis“ ein hohes Maß an Plausibilität und Normativität zu, also dem Grundsatz, nach dem der Zusammenhalt des politischen Gemeinwesens auf religiöse Einheitlichkeit angewiesen ist. Konsequenterweise kam es infolge der Reformation speziell im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation zur Etablierung des sog. landesherrlichen Kirchenregiments, das bis 1918 Bestand haben sollte. Diese Konstellation ermöglichte die dann auch flächendeckend wirklich gewordenen *politisch* gesteuerten Versuche zur Herstellung *religiöser* Homogenität. Doch auch Luther selbst sah sich, ungeachtet seiner durchaus ambivalenten Haltung zum landesherrlichen Kirchenregiment, seit ca. 1525 (also unter den Bedingungen einer politischen Konsolidierung der Reformation) regelmäßig zu Forderungen an die Obrigkeit veranlasst, die auf eine Einschränkung oder gar Verunmöglichung alternativer

¹² Volker Stümke, *Das Friedensverständnis Martin Luthers. Grundlagen und Anwendungsbereiche seiner politischen Ethik*, Stuttgart 2007 (Theologie und Frieden 34), S. 230.

Verkündigungs- und Kultpraxis zielen. Davon waren sowohl die Altgläubigen als auch die sog. ‚Schwärmer‘ betroffen; auch Luthers späte Invektiven gegen die Juden gehören in diesen Zusammenhang.¹³ – Insofern hat auch der spätere Reformator die Potentiale seiner Theorie von 1523 nicht ausschöpfen können.

3.1.2 Friedrich Schleiermacher

Die politische Ethik Schleiermachers ist in den letzten Jahren in der Forschung verstärkt behandelt worden. Exemplarisch zu verweisen ist insbesondere auf einen von der 1996 gegründeten Internationalen Schleiermacher-Gesellschaft im Jahre 2006 veranstalteten Kongress zum Thema „Christentum – Staat – Kultur“, dessen Akten 2008 publiziert wurden.¹⁴ Das hier greifbare Forschungsinteresse an Schleiermacher als Politiktheoretiker und (kirchen-)politischem Akteur hat sich überdies sowohl in Gestalt einer einschlägigen Monographie¹⁵ als auch in der prominenten Berücksichtigung Schleiermachers im derzeit jüngsten Entwurf einer protestantischen Ethik des Politischen niedergeschlagen.¹⁶ – Da es im Folgenden nicht darum gehen soll, Schleiermachers politische Ethik umfassend darzustellen, sondern lediglich darum, sie auf ihr pluralismusaffines Potential hin zu befragen, beschränken sich die nachstehenden Hinweise auf die wichtigen Grundsatzüberlegungen zum Verhältnis von Staat und Kirche, die in der vierten von Schleiermachers berühmten (nie gehaltenen) Reden „Über die Religion“ zu finden sind. Diese erste eigenständige Veröffentlichung des jungen Berliner Charité-Predigers war im Jahre 1799 anonym publiziert worden¹⁷ und erschien in teilweise stark umgearbeiteter Textgestalt erneut in den Jahren 1806 und 1821. Die jüngste Auflage von 1831 wurde lediglich in stilistischer Hinsicht überarbeitet.¹⁸

„Hinweg also mit jeder solchen Verbindung zwischen Kirche und Staat! – das bleibt mein Catonischer Rathsspruch bis ans Ende, oder bis ich es erlebe, sie wirklich zertrümmert zu sehen.“ (287,3–5) – Diese durchaus als pro-

¹³ Vgl. dazu: Leonhardt, Aufgaben und Grenzen, S. 96–101.

¹⁴ Christentum – Staat – Kultur. *Akten des Kongresses der Internationalen Schleiermacher-Gesellschaft in Berlin, März 2006*, hg. von Andreas Arndt/Ulrich Barth/Wilhelm Gräß, Berlin/New York 2008 (Schleiermacher-Archiv 22).

¹⁵ Miriam Rose, *Schleiermachers Staatslehre*, Tübingen 2011 (Beiträge zur historischen Theologie 164).

¹⁶ Vgl. Arnulf von Scheliha, *Protestantische Ethik des Politischen*, Tübingen 2013, S. 101–123; vgl. jetzt auch: Rochus Leonhardt, Religion und Politik im Christentum. Vergangenheit und Gegenwart eines spannungreichen Verhältnisses, Baden-Baden 2017, S. 249–263.

¹⁷ Friedrich Schleiermacher, *Über die Religion. Reden an die Gebildeten unter ihren Verächtern (1799)*, in: ders., Kritische Gesamtausgabe I: Schriften und Entwürfe, Band 2: Schriften aus der Berliner Zeit 1796–1799, hg. von Günter Meckenstock, Berlin/New York 1984, S. 189–326 (danach die Seiten- und Zeilenangaben im Text).

¹⁸ Friedrich Schleiermacher, *Über die Religion (2.–) 4. Auflage*, in: ders., Kritische Gesamtausgabe I: Schriften und Entwürfe, Band 12: Über die Religion (2.–)4. Auflage. Monologen (2.–)4. Auflage, hg. von Günter Meckenstock, Berlin/New York 1995, S. 1–321.

grammatisch zu bezeichnende Formulierung steht im Kontext der in der vierten Rede enthaltenen Ausführungen „Über das Gesellige in der Religion oder über Kirche und Priesterthum“ (266,1–292,3). Darin stellt Schleiermacher fest, dass sich die Kritik der Religionsverächter in besonderer Weise gegen die Institution Kirche richtet. Wie auch sonst in diesem frühen Text räumt er die Berechtigung der Kritik zwar ein, aber er legt zugleich dar, dass sie sich lediglich gegen eine Depravationsgestalt des in Rede stehenden Phänomens richtet. Um dies zu zeigen, unternimmt er es, „den ganzen Begriff [scil. der Kirche] einer neuen Be- trachtung [zu] unterwerfen und ihn vom Mittelpunkt der Sache aus aufs neue [zu] erschaffen“ (267,12–14).

Was aber ergibt Schleiermachers Neubestimmung dessen, was Kirche eigentlich ist? Er versteht die Kirche als eine hierarchiefreie Kommunikationsgemeinschaft, die diejenigen Menschen umfasst, die Religion *haben* – und nicht auch diejenigen, die Religion erst *suchen*. Die wahre Kirche ist, mit anderen Worten, eine Gemeinschaft religiöser Virtuosen, die natürlicherweise „immer nur sehr wenige sein können“ (273,32). – Und wenn es heißt: „Vielleicht ist sogar nur in einzelnen abgesonderten von der großen Kirche gleichsam ausgeschlossenen Gemeinheiten etwas Ähnliches in einem bestimmten Raum zusammengedrängt zu finden“ (273,35–38), dann wird die Anlehnung an das pietistische Ideal der *ecclesiola in ecclesia* überdeutlich.¹⁹

In der 1821 erschienenen dritten Auflage seines Frühwerkes hat Schleiermacher die 4. Rede durch zahlreiche Erläuterungen ergänzt.²⁰ Der 1799 so stark betonte Gegensatz zwischen der wahren Kirche der religiösen Virtuosen und der empirischen Anstaltskirche wird 1821 in die „Bemühung“ überführt, „die große äußere Gesellschaft selbst in einen bessern Zustand zu versetzen“.²¹ – Der Kirchenkritiker ist zum Kirchenreformer geworden. An der Hochschätzung kleiner Kirchengemeinschaften hat er dennoch festgehalten, auch wenn er 1821, angesichts seiner inzwischen langjährigen eigenen ‚großkirchlichen‘ Verwurzelung sowie im Blick auf die preußische Union von Lutheranern und Reformierten, eher von einem Nebeneinander „große[r] Verfassungen und kleine[r] Gesellschaften“ ausgeht, „so daß diese sich in jene auflösen und aus ihnen wieder erzeugen können, und jene, was in ihnen desorganisirend wirken würde an diese abgeben, und sich aus diesen bereichern und stärken können“²². Grundsätzlich jedoch, und hier hat Schleiermacher die religiöse Situation in den damals noch jungen Vereinigten Staaten von Amerika vor Augen, ist die Existenz einer Vielzahl kleinerer kirchlicher Gemeinschaften wegen des damit verbunde-

¹⁹ Vgl. dazu: Richard Crouter, *Friedrich Schleiermacher. Between Enlightenment and Romanticism*, Cambridge 2005, S. 48: „The idea of an *ecclesiola in ecclesia* (little church within a big church) reflects Schleiermacher's eighteenth-century pietist family background“.

²⁰ Vgl. Schleiermacher, Reden^{2–4}, S. 216–249.

²¹ Ebd., S. 226,22 f.

²² Ebd., S. 236,12–15.

nen Pluralismus und des weitgehenden Ausfalls staatlicher Bevormundung dem religiösen Leben eher dienlich als eine groß- bzw. staatskirchliche Situation.²³

Wie aber, so fragt Schleiermacher nun, ist es zur Entartung der wahren Kirche gekommen? Die Antwort besteht in einer idealtypischen Rekonstruktion der Religionsentwicklung. Danach teilt die Verkündigung einer neuen „Lehre und Offenbarung“ (279,15) stets auch „Tausenden den falschen oberflächlichen Schein einer innern Glut“ mit (279,36f). Zu der entstandenen religiösen Gemeinschaft gehören deshalb von Anfang an auch religiöse Dilettanten; in Schleiermachers Worten: „um jedes einzelne Bruchstück der wahren Kirche“ bildet sich „eine falsche und ausgeartete Kirche“ (280,8,10). Normalerweise freilich würden diese depravierten Elemente früher oder später wieder ausgeschieden werden. Allerdings wird dieser natürliche Vorgang stets dadurch verhindert, dass die politischen Herrscher die Religionsgemeinschaft für sich entdecken und mit Privilegien ausstatten. Dies geschieht immer dann, wenn sich die Einmischung falscher Elemente bereits vollzogen hat, „denn ehe war nie eine religiöse Gesellschaft groß genug um die Aufmerksamkeit der Herrscher zu erregen“ (281,30–32). – Mit der politischen Privilegierung ist aber „das Verderben dieser Kirche unwiderruflich beschlossen und eingeleitet“ (281,33f), denn die bestehende Situation der Mischung wahrer und falscher Elemente wird konserviert und eine Reinigung unmöglich gemacht.

Die größere und unächte Gesellschaft lässt sich nun nicht mehr trennen von der höheren und kleineren [...] sie kann weder ihre Form noch ihre Glaubensartikel mehr ändern; ihre Einsichten, ihre Gebräuche, alles ist verdammt in dem Zustande zu verharren, in dem es sich eben befand. (282,1–6).

Infolge der „Constitutionsakte politischer Existenz“, die wie „das furchtbare Medusenhaupt“ wirkt (281,34f), kommt es also zur Erstarrung von Lehre und Kultus. Darüber hinaus führt die politisch lancierte Transformation der Kirche in eine weltliche Institution dazu, dass „die Mitglieder der wahren Kirche [...] von jedem Anteil an ihrer Regierung so gut als ausgeschlossen“ sind (282,6–8), weil sie die nun anstehende Regelung weltlicher Dinge „nicht als eine Sache ihres priesterlichen Amtes behandeln“ können (282,13f). Stattdessen nehmen „unwürdige Menschen den Platz der Virtuosen der Heiligkeit“ ein (282,29f). Die Diskrepanz zwischen der wahren Kirche der religiösen Virtuosen und der nun von religiösen Dilettanten dominierten institutionalisierten Kirche wird nach Schleiermacher nochmals dadurch vergrößert, dass der Staat, nachdem er „der äußern Religionsgesellschaft [...] jene unselige Wohlthat erwiesen“ (282,34f) hatte, eine Gegenleistung einforderte. Sie bestand in der Beauftragung der Kirche mit der *Erziehung* der Staatsbürger, deren *sittliche Gesinnungen* zu einem moralischen Fundament des Rechtsgehorsams ausgebildet werden sollten,

²³ Vgl. Schleiermacher, Reden^{2–4}, S. 235,7–236,2.

wobei es insbesondere um die – in der Eidesleistung greifbare – religiöse Überhöhung von *Wahrhaftigkeitsbeteuerungen* ging (vgl. 282,37–283,4). Die dadurch entstandene Verquickung von religiösen und politischen Belangen führte endgültig zum Verlust der kirchlichen Freiheit, denn der Staat behandelt die Kirche, so Schleiermacher, jetzt nur noch „als eine Anstalt die er eingesezt und erfunden hat“ (283,7).

In den Erläuterungen zur 4. Rede in der dritten Auflage hat Schleiermacher den Eindruck korrigiert, er wolle jeden Zusammenhang zwischen religiöser Orientierung und staatsbügerlicher Gesinnung problematisieren. Dabei hat er aber an seiner bereits 1799 vorgetragenen Kritik an staatlichen Eingriffen in innerkirchliche Belange unverkürzt festgehalten. Es ist, so Schleiermacher, durchaus plausibel, dass sich der Staat „auf die Macht der religiösen Gesinnungen und auf das Zusammentreffen seines Interesses mit den natürlichen Wirkungen derselben“ verlässt.²⁴ Wenn er dies aber tut, dann ist ein Eingriff in innerkirchliche Belange *kontraproduktiv*. Denn es gilt ja, dass „die Organisation der [scil. religiösen] Gesellschaft aus derselben Gesinnung hervorgeht, von welcher er die guten Wirkungen erwartet“.²⁵ Damit diese Wirkungen auch wirklich eintreten, muss der Staat also „zugeben, daß die Organisation der Gesellschaft aus ihr selbst hervorgehe ohne von ihm geleitet zu sein“.²⁶ – Die Eigenständigkeit der Kirche, ihre institutionelle Autonomie gegenüber dem Staat, kommt damit gerade als Voraussetzung dafür zu stehen, dass religiöse Gesinnungen das politische Ethos stützen können. Doch auch dann, wenn sich „der Staat von der religiösen Gesinnung seiner Glieder keine guten Wirkungen erwartet in Bezug auf irgend etwas, was in sein Gebiet fällt“,²⁷ ist eine Einmischung in innerkirchliche Belange nicht sinnvoll, sondern sie ist in diesem Fall schlicht *überflüssig*. Denn es würde ausreichen, daß der Staat „die Religion als eine ihm gleichgültige Liebhaberei gewähren läßt, und nur wie bei andern Privatverbindungen darauf achtet, daß dem bürgerlichen Gemeinwesen kein Nachtheil daraus erwachse.“²⁸

Die Darstellung von Schleiermachers Auffassung zum Verhältnis von Politik und Religion, so ergänzungswürdig sie wäre, kann hier abgebrochen werden. Es ist hinreichend deutlich geworden, dass der „Kirchenvater des 19. Jahrhunderts“ mit dem oben zitierten Grundsatz „religio vinculum societatis“ explizit gebrochen hat. In kirchenpolitischer Hinsicht hat sich Schleiermachers Forderung nach Entflechtung von Kirche und Staat in seiner immer wieder vorgetragenen Kritik am landesherrlichen Kirchenregiment niedergeschlagen, die seine Stellungnahmen zu Fragen der protestantischen Kirchenverfassung in Preußen durchzieht. So hat er bereits 1808 den von ihm diagnostizierten „tie-

²⁴ Schleiermacher, Reden^{2–4}, S. 237,14 f.

²⁵ Ebd., S. 237,27 f.

²⁶ Ebd., S. 237,32 f.

²⁷ Ebd., S. 238,5–7.

²⁸ Ebd., S. 238,7–10.

fen Verfall“ des Kirchenwesens darauf zurückgeführt, dass die durch das landesherrliche Kirchenregiment bedingte Unterordnung der Kirche unter den Staat dazu geführt hat, dass die Kirchenleitungen „das Wesen und den Zweck der Kirche aus den Augen“ verloren haben.²⁹ Und im Jahre 1824 hat er ausdrücklich dafür plädiert, dass die evangelischen Landesherren das ihnen im 16. Jahrhundert „übertragene Werk die Ordnung und den Zusammenhang der evangelischen Gemeinden zu gestalten“, an die Kirche zurückgeben.³⁰ In der Kirche würde es daraufhin einerseits durch die Einführung einer Presbyterialverfassung sowie durch die Etablierung von Kirchenparlamenten (Synoden) auf Kreis- Provinz- und Gesamtstaatsebene zu einer stärkeren Beteiligung der Gemeindeglieder am kirchlichen Leben kommen, das dadurch jene Lebendigkeit zurückgewinnen könnte, die durch die staatliche Dominanz verloren gegangen war. Andererseits wäre durch die institutionelle Verselbständigung der evangelischen Kirche auch dem ein Riegel vorgeschoben, „wovor Luther so häufig und angelegentlich warnt, daß nicht beide Regimenter das weltliche und das geistliche sich vermischen.“³¹

Der Hinweis auf die Vision einer presbyterian-synodal verfassten Kirche macht zugleich deutlich, warum das von Schleiermacher intendierte Entflechtungsprogramm damals nicht realisiert werden konnte. Zwar hatte der Synodalismus, als „Zwillingsbruder des politischen Parlamentarismus“,³² im preußischen Protestantismus im zeitlichen Umfeld von Reformen und Befreiungskrieg eine erste Konjunktur erlebt, die jedoch zeitgleich mit der Durchsetzung der politischen Restauration abgeflaut war. „Die synodale Erneuerung der Kirche in Preußen kam nahezu im gleichen Zuge wie die Zurückwerfung des Konstitutionalismus durch Neubetonung des ‚monarchischen Prinzips‘ in der Wiener Schlussakte vom Mai 1820 zum Stillstand“; zu einer „Wiederaufnahme des synodalen Anliegens“³³ sollte es erst in den 40er Jahren des 19. Jahrhunderts kommen.

²⁹ Friedrich Schleiermacher, *Vorschlag zu einer neuen Verfassung der protestantischen Kirche für den preußischen Staat vom 18. November 1808*, in: ders., Kritische Gesamtausgabe I: Schriften und Entwürfe, Band 9: Kirchenpolitische Schriften, hg. von Günter Meckenstock und Hans-Friedrich Traulsen, Berlin/New York 2000, S. 1–18: 3,4.28 f.

³⁰ Friedrich Schleiermacher, *Ueber das liturgische Recht evangelischer Landesfürsten. Ein theologisches Bedenken von Pacificus Sincerus (1824)*, in: ders., Kritische Gesamtausgabe I: Schriften und Entwürfe, Band 9: Kirchenpolitische Schriften, hg. von Günter Meckenstock und Hans-Friedrich Traulsen, Berlin/New York 2000, S. 211–269: 267,11 f.

³¹ Schleiermacher, Liturgisches Recht, S. 258,28 f. – Die hier beklagte Vermischung entspricht exakt jener Verquickung von religiösen und politischen Belangen, die Schleiermacher in den Reden „Über die Religion“ als Folge einer staatlichen Privilegierung der Kirche gekennzeichnet hatte.

³² Kurt Nowak, *Geschichte des Christentums in Deutschland. Religion, Politik und Gesellschaft vom Ende der Aufklärung bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts*, München 1995, S. 79.

³³ Nowak, Geschichte, S. 79.

3.2 Zur gegenwärtigen Lage: Rechtliche und religionssoziologische Rahmenbedingungen³⁴

Die in Luthers Zwei-Regimenten-Lehre im frühneuzeitlichen Kontext bereits angelegte Entflechtung von politischen und religiösen Kompetenzen war im frühmodernen Horizont Schleiermachers zur expliziten Forderung nach institutioneller Trennung von Staat und Kirche fortgeschrieben worden, eine Forderung, die sich für Schleiermacher außerdem aufgrund seiner pietistischen Frühprägung wie seiner Verwurzelung im reformierten Protestantismus nahelegte. Die geschichtliche Wirklichkeit im Deutschland des ‚langen 19. Jahrhunderts‘ blieb hinter diesem Anspruch allerdings zurück, auch wenn die verfassungsrechtliche Entwicklung seit der Spätaufklärung – vom preußischen Allgemeinen Landrecht (ALR) über die Paulskirchenverfassung und die preußischen Konstitutionen von 1848 und 1850 bis zum „Gesetz betreffend die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung“ vom 3. Juli 1869 – das Individualrecht der Religionsfreiheit immer deutlicher zur Geltung gebracht hatte.³⁵

Freilich gilt:

Erst wenn der Staat die Glaubensfrage als Wahrheitsfrage privatisiert hat und sich mit keiner Religion und keiner Konfession mehr identifiziert, kann volle Religionsfreiheit und schließlich sogar Weltanschauungsfreiheit gewährt und rein individualrechtlich konzipiert werden. [...] Das schließt die Abschaffung einer Staatskirche notwendigerweise ein.³⁶

Diese Abschaffung einer Staatskirche – und damit das Ende des in der Reformationsepoke in Deutschland etablierten landesherrlichen Kirchenregiments – wurde mit der Weimarer Reichsverfassung (WRV) schließlich Realität. Deren religionsrechtliche Bestimmungen – genauer: die Art. 136–138 sowie Art. 141 – wurden 1949 über den Art. 140 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG) zum vollgültigen Verfassungsrecht auch der zweiten deutschen Demokratie, wo sie bis heute fortgelten, wobei sie im engsten Zusammenhang mit den in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantierten Rechten zu interpretieren sind.

Die Spezifik des geltenden deutschen Religionsrechts besteht darin, dass zwar über das Staatskirchenverbot des Art. 137 Abs. 1 WRV die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates verwirklicht ist, dass damit aber keine volle

³⁴ Einige der in diesem Abschnitt enthaltenen Gedanken und Formulierungen entstammen folgender Publikation: Rochus Leonhardt, „Reformation und Recht. Zum protestantischen Erbe in der gegenwärtigen Rechtswirklichkeit“, in: *Zeitschrift für Evangelische Ethik* 60, 2016, S. 201–213; vgl. bes. 207 ff.

³⁵ Vgl. dazu den Überblick bei Gerhard Anschütz, „Die Religionsfreiheit“, in: ders./Richard Thoma (Hg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 2*, Tübingen 1932, S. 675–689; 677–680; ferner Leonhardt, Religion, S. 313–317.

³⁶ Horst Dreier, „Säkularisierung des Staates am Beispiel der Religionsfreiheit“, in: *Rechtsgeschichte* 19, 2011, S. 72–86: 82 f.

Trennung von Kirche und Staat einhergeht. Dies hat zur Rede von der „hinkenden Trennung“ geführt, die darin besteht, dass sich der Staat „den Religionsgesellschaften gegenüber im wesentlichen mit den durch das für Alle geltende, also gemeine Recht gegebenen Hoheitsbefugnissen bescheidet und doch ihnen ihre Stellung im öffentlichen Rechte beläßt.“³⁷ Die genannte Konstellation ist bedingt durch den Kompromisscharakter der staatskirchenrechtlichen Regelungen der WRV. Insgesamt stand damals die Frage auf der Tagesordnung, ob die Trennung von Kirche und Staat zu einem Verweis der Kirchen in das private Vereinsrecht führen sollte oder ob die Kirchen – ihrem eigenen Selbstverständnis ebenso wie ihrer faktischen Relevanz entsprechend – auch verfassungsrechtlich als Faktoren des öffentlichen Lebens anerkannt werden müssten. Damit nun das Staatskirchenverbot nach Art. 137 Abs. 1 WRV nicht zu einer Abdrängung der Religion in den Bereich der Privatsphäre führen konnte, wurde in Art. 137 Abs. 5 WRV im Blick auf bestimmte „Religionsgesellschaften“ der Begriff der „Körperschaften des öffentlichen Rechtes“ aufgenommen:

Die Religionsgesellschaften bleiben Körperschaften des öffentlichen Rechtes soweit sie solche bisher waren. Anderen Religionsgesellschaften sind auf ihren Antrag gleiche Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten. Schließen sich mehrere derartige öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften zu einem Verbande zusammen, so ist auch dieser Verband eine öffentlich-rechtliche Körperschaft. (Art. 137 Abs. 5 WRV)

Der an dieser Stelle aufgenommene Körperschaftsbegriff, der den etablierten Großkirchen die Wahrung des *status quo* sicherte,³⁸ erinnert an das preußische Landrecht. Darin war unterschieden worden zwischen „vom Staate ausdrücklich aufgenommenen Kirchengesellschaften“, denen „die Rechte privilegirter Corporationen“ zukommen (§ 17 II 11 ALR), und solchen Kirchengesellschaften, die „nur die Befugnisse geduldeter Gesellschaften“ genießen (§ 20 II 11 ALR) und denen es deshalb z.B. „nicht gestattet [ist], sich der Glocken zu bedienen, oder öffentliche Feyerlichkeiten außerhalb der Mauern ihres Versammlungshauses anzustellen“ (§ 25 II 11 ALR). Auch hier kam der Status der öffentlich aufgenommenen Kirchengesellschaften dem römischen Katholizis-

³⁷ Ulrich Stutz, *Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII. Nach den Denkwürdigkeiten des Kardinals Domenico Ferrata*, Berlin 1926, S. 54 Anm. 2.

³⁸ Zwar soll „keine ‚Staatskirche‘ bestehen“, aber zugleich wird die „Frage, ob die Öffentlichkeit des Lebens in Deutschland wie bisher einen spezifisch christlichen Charakter behalten soll, [...] nicht klar verneint. [...] Das Resultat ist, wie meistens bei solchen Suspensionen der Entscheidung, Beibehaltung des bisherigen *status quo*. Im Ganzen kann man sagen, daß nach den Bestimmungen der Weimarer Verfassung zwar der Staat von der Kirche getrennt und ferngehalten, also seines Einflusses beraubt ist, nicht aber umgekehrt die Kirche vom Staat getrennt wurde“ (Carl Schmitt, *Verfassungslehre* [1928], 7. Aufl., Berlin 1989, S. 33f; vgl. dazu auch: Heinrich August Winkler, *Weimar 1918–1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie*, 4. Aufl., München 2005, S. 107 f.).

mus sowie dem lutherischen und dem reformierten Protestantismus zu.³⁹ – Die Zuerkennung des Körperschaftsstatus bedeutete für die Kirchen zwar grundsätzlich eine Bewahrung ihrer alten Stellung auch in der neuen (wenn man will: postkonstantinischen) Ordnung. Zugleich freilich wurde, über die älteren Regelungen des preußischen Landrechts hinaus, durch die in Art. 137 Abs. 5, Satz 2 WRV enthaltene Formulierung sichergestellt, dass der Körperschaftsstatus nicht als exklusives Privileg des Katholizismus und der Protestantismen verstanden werden konnte. Vielmehr wurde nun prinzipiell allen Religionsgesellschaften (nach Art. 137 Abs. 7 WRV auch solchen „Vereinigungen [...], die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen“) die Möglichkeit eingeräumt, unter bestimmten Bedingungen den Körperschaftsstatus zu erwerben.⁴⁰

Die zuletzt referierte auf Antrag zweier sozialdemokratischer Mitglieder des Verfassungsausschusses (Bruno Ablaß und Simon Katzenstein) in den Verfassungstext eingefügte Erweiterung des Paritätsprinzips bedeutete nichts weniger als die konsequente Umsetzung des in der Tradition des deutschen Protestantismus seit Luther immer wieder geltend gemachten Grundsatzes einer religiös-weltanschaulichen Unzuständigkeit des weltlichen Regiments. Denn nun waren auch die letzten „Restbestände des älteren Jus reformandi“ definitiv beseitigt, namentlich „das diskretionäre Element bei der Zulassung ‚öffentlicher anerkannter‘ Religionsgemeinschaften“.⁴¹ Dem entspricht der Sachverhalt, dass in der Nationalversammlung weitgehend Einigkeit darüber bestand, „dass es auf Inhalt, theologische Seriosität und Dignität des Glaubens für den Körperschaftsstatus nicht ankomme“.⁴²

Soviel zu den religionsrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland seit 1919. Mit deren Fixierung wurde zwar einerseits ein die großen christlichen Kirchen privilegierendes Kooperationsmodell fortgeschrieben, das letztlich

³⁹ Zu denjenigen Kirchengesellschaften, denen nach § 17 II 11 ALR „die Rechte privilegierter Corporationen“ zukommen, „können nun nur die beyden protestantischen Konfessionen [...] und die Katholiken gerechnet werden“ (Gustav Alexander Bielitz, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, Band 7*, Erfurt 1829, S. 160).

⁴⁰ Dieser Punkt wurde im Zuge der Inkorporation der Artikel 136 bis 139 und 141 WRV ins Grundgesetz insofern bekräftigt, als auch in Art. 4 Abs. 1 GG von der Freiheit nicht nur des religiösen, sondern ebenso des weltanschaulichen Bekenntnisses gesprochen wird. Als unverletzlich gilt also nicht (mehr) nur das Recht auf die eigene im engeren Sinne religiöse Überzeugung, sondern ebenso das Recht auf „dezidiert a- oder gar antireligiöse Philosophien oder sonstige Welterklärungsmodelle“ (Dreier, Säkularisierung, S. 81).

⁴¹ Christoph Link, *Staat und Kirche in der neueren deutschen Geschichte. Fünf Abhandlungen*, Frankfurt am Main [u.a.] 2000 (Schriften zum Staatskirchenrecht 1), S. 109.

⁴² Stefan Korioth, „Die Entwicklung der Rechtsformen von Religionsgemeinschaften in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert“, in: Hans G. Kippenberg/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), *Die verdeckte Religion. Der Öffentlichkeitsstatus von Religionsgemeinschaften*, Tübingen 2005, S. 109–139: 124.

doch noch in der Tradition des landesherrlichen Kirchenregiments wurzelt.⁴³ Andererseits wird gerade gegenwärtig die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates „als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung“ verstanden,⁴⁴ ein in Teil 3 erneut aufzugreifender Ansatz, der auch eine Relativierung der Sonderstellung bedeuten kann, die den christlichen Großkirchen als bevorzugten Kooperationspartnern des Staates traditionell zukam und vielfach gegenwärtig noch zukommt. – Angesichts der signifikanten religiösensoziologischen Veränderungen, die sich in Deutschland seit 1919/1949 vollzogen haben, kann eine solche Relativierung des überkommenen Sonderstatus der christlichen Kirchen durchaus als zeitgemäße Fortschreibung des bereits knapp 100 Jahre alten deutschen Religionsrechts erscheinen.⁴⁵

Worin die gerade angesprochenen Veränderungen konkret bestehen, ist nun durch eine kurze Skizze der die gegenwärtige Lage bestimmenden religiösensoziologischen Rahmenbedingungen zu benennen. An erster Stelle ist die Zunahme von Religions- bzw. Konfessionslosigkeit zu erwähnen. Darunter wird hier ein empirisch nachweisbarer Sachverhalt verstanden, nämlich die Nicht-Zugehörigkeit zu einer institutionalisierten Glaubensgemeinschaft. Der Anteil der Konfessionslosen an der Gesamtbevölkerung betrug 1970 lediglich knapp 4 % der Deutschen (im Altbundesgebiet). Gegenwärtig, also etwa 45 Jahre später, liegt ihr Anteil bei 34 % im wiedervereinigten Deutschland. Der Anteil der Konfessionslosen hat sich damit innerhalb von viereinhalb Jahrzehnten nahezu verzehnfacht. Sie bilden damit die stärkste ‚Konfession‘ – der Anteil der Katholiken liegt ca. vier, der der Protestanten etwa fünf Prozentpunkte darunter.

An zweiter Stelle ist eine Zunahme nichtchristlicher Religiosität zu beobachten. Dabei ist insbesondere auf den Islam zu verweisen, der seit etlichen Jahren in zahlreichen öffentlichkeitsrelevanten Diskursen eine herausragende Rolle spielt. Während davon auszugehen ist, dass 1970 lediglich 1,3 % der Deut-

⁴³ So hat der Rechtshistoriker Karl Eugen Rieker (1857–1927), ein engagierter Befürworter des landesherrlichen Kirchenregiments und Vertreter eines christlichen Staatsideals, in einer die kirchliche Situation nach 1918/19 behandelnden kleinen Schrift – speziell im Blick auf Art. 137 Abs. 5 WRV – die Kontinuitätsmomente in den Veränderungen der religiösenrechtlichen Lage betont: „In der Behandlung der Kirche als öffentlicher Korporation kommt [...] eine höhere Wertschätzung der Kirche von Seiten des Staates zum Ausdruck“ als im Falle einer Behandlung der Kirche „als ein gewöhnlicher Verein“. Und insofern gilt, „daß die Trennung von Staat und Kirche nicht die Entchristlichung des Staates, seine Abkehr von den Grundsätzen des Christentums bedeuten muß“ (Karl Eugen Rieker, *Zur Neugestaltung der protestantischen Kirchenverfassung in Deutschland*, Leipzig/Erlangen 1919, S. 4 f.).

⁴⁴ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015 – 1 BvR 471/10, Rn. 110 (Hervorhebung von mir, RL), http://www.bverfg.de/e/rs20150127_1bvr047110.html (1. März 2018).

⁴⁵ Was das gerade genannte Alter des deutschen Religionsrechts angeht, so ist zusätzlich in Rechnung zu stellen, dass die Weimarer Reichsverfassung ihrerseits an die nochmals etwa siezig Jahre ältere Paulskirchenverfassung von 1849 angeknüpft hat.

schen (im Altbundesgebiet) Muslime waren, wird deren gegenwärtiger Bevölkerungsanteil im wiedervereinigten Deutschland gelegentlich auf bis zu 5 % veranschlagt. Zwar ist die dieser Angabe zugrunde liegende Erhebung mit etlichen Schwierigkeiten behaftet.⁴⁶ Gleichwohl wird der Islam allenthalben als ein neuer und maßgeblicher Akteur auf dem Religionsmarkt wahrgenommen. Nicht zuletzt angesichts des zahlreiche westliche Zivilgesellschaften bedrohenden islamisch motivierten Terrors, der längst auch Deutschland erreicht hat, stellt die religions- und gesellschaftspolitische Integration der hier lebenden Muslime eine Herausforderung ersten Ranges dar.

Im Rückblick auf die vorstehenden rechtsgeschichtlichen und religionssociologischen Hinweise sowie vorausblickend auf Abschnitt 3.3 sei hier zweierlei angemerkt. (1) Zu der in 3.1 (an zwei prominenten Vertretern der Theologiegeschichte) identifizierten grundsätzlichen Pluralismusaffinität der protestantischen Religionskultur trat in Deutschland seit 1919 eine Rechtsordnung, in der aufgrund der weltanschaulichen Neutralität des Staates die Ausbildung eines religiös-weltanschaulichen Pluralismus dezidiert nicht (mehr) restriktiv wurde. Die schon mehrfach zitierte Maxime „*religio vinculum societatis*“ hatte sich also im frühen 20. Jahrhundert nicht nur wegen der zunehmenden konfessionellen Inhomogenität der deutschen Einzelstaaten als realgeschichtlich obsolet erwiesen. Aufgrund der Konjunktur des Grundrechts der individuellen Religionsfreiheit erwies sie sich überdies als ungeeigneter Grundsatz für die Gestaltung einer politischen Ordnung. – In dieser Situation haben evangelische Theologie und Kirche etwa seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts das ältere protestantische Pluralismuspotential zunehmend aktualisiert – bis hin zu den eingangs zitierten Formulierungen aus dem Grundlagentext „*Christlicher Glaube und religiöse Vielfalt in evangelischer Perspektive*“. (2) Die religionssociologische Gesamtlage hat sich in den letzten vier bis fünf Jahrzehnten in verschiedener Weise gravierend geändert. Diesbezüglich stellt sich, wie schon ein kurzer Blick in zahlreiche tagesaktuelle politische und akademische Diskurse zeigt, in erster Linie die Frage nach dem adäquaten politischen und religionsrechtlichen Umgang mit den durch den Islam verbundenen Herausforderungen. Und primär auf diese Problematik hin wird im nun folgenden Schlussteil dieses Beitrags über die Zukunftsfestigkeit des deutschen Religionsrechts nachgedacht.

⁴⁶ Vgl. dazu: Riem Spielhaus, *Wer ist Muslim und wenn ja wie viele? Muslime in der Statistik. Ein Gutachten im Auftrag des Mediendienst Integration* (2013), https://mediendienst-integration.de/fileadmin/Dateien/Muslime_Spielhaus_MDI.pdf (1. März 2018). Hier ist von einer „fälschliche[n] Gleichsetzung von Herkunftsland und Glaubengemeinschaft“ die Rede (14).

3.3 Zur Zukunftsfestigkeit des deutschen Religionsrechtssystems

„Ist es nicht“, so war vor einiger Zeit auf *cicero-online* zu lesen, „einmal an der Zeit, [...] an das Trennungsgebot von Kirche und Staat zu erinnern?“ Timo Stein, der Autor dieser Formulierung, hat in seinem Text die Aufforderung zur Verdrängung der Religion aus der Öffentlichkeit als Pointe der religionsrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes identifiziert: „Das Grundgesetz ernst nehmen, hieße: den politischen Einfluss jedweder Glaubensrichtung zurückzudrängen. Religion dort anzusiedeln, wo sie hingehört. Zwischen die eigenen vier Wände. Und nirgendwo sonst.“⁴⁷

Diese – laizistische – Lesart des deutschen Religionsrechts könnte falscher nicht sein – sowohl gemessen an der Tradition, in der die entsprechenden Regelungen des Grundgesetzes stehen, als auch im Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland. Namentlich in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts wurde ein religionsoffenes Verständnis des staatlichen Neutralitätsgrundsatzes immer wieder bekräftigt. Dies können die nachstehend angeführten in einer langen Auslegungstradition stehenden Formulierungen aus dem in Anm. 44 bereits zitierten Urteil belegen. Dass das Grundgesetz „für den Staat als Heimstatt aller Staatsbürger [...] die Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität“ begründet, impliziert zwar das Verbot einer „Einführung staatskirchlicher Rechtsformen“. Es untersagt ferner „die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse ebenso wie die Ausgrenzung Andersgläubiger“. Auch „verwehrt es der Grundsatz weltanschaulich-religiöser Neutralität dem Staat, Glauben und Lehre einer Religionsgemeinschaft als solche zu bewerten“. Aber die Haltung des Staates ist bei all dem charakterisiert durch „Offenheit gegenüber der Vielfalt weltanschaulich-religiöser Überzeugungen“. Seine Neutralität ist folglich „nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung“.⁴⁸

Die Säkularität des Staates und die damit verbundene „Trennung der rechtlichen und der religiösen Sphäre“ intendiert also gerade nicht eine „Schwächung der Religion“.⁴⁹ Der säkulare Staat „bildet kein Gegengewicht zum Glauben, sondern bietet diesem eine Plattform“,⁵⁰ und ermöglicht die Entfaltung des religiös-weltanschaulichen Pluralismus, indem er die Träger religiös-weltanschau-

⁴⁷ Timo Stein, *Nehmt den Kirchen ihre Privilegien* (19. Juni 2015), <http://www.cicero.de/berliner-republik/religion-und-staat-wir-brauchen-eine-gleichstellung-nach-unten/59424> (1. März 2018).

⁴⁸ 1 BvR 471/10, Rn. 119 f.

⁴⁹ Horst Dreier, *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungstaates. Mit Kommentaren von Christian Hillgruber und Uwe Volkmann*, Tübingen 2013 (Fundamenta Juris Publici 2), S. 40.

⁵⁰ Dreier, Säkularisierung, S. 38.

licher Überzeugungen vor Eingriffen in ihr in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantiertes Grundrecht schützt. Eben diese Schutzfunktion hat der erste Senat des Verfassungsgerichts im zitierten Urteil übernommen: Danach darf aufgrund von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG „das Tragen religiös konnotierter Kleidung“ (konkret: eines islamischen Kopftuchs) „wegen der bloß abstrakten Eignung zu einer Gefährdung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität in einer bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule“ nicht verboten werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es „nachvollziehbar auf ein als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen ist“.⁵¹

Hier wird exemplarisch deutlich, dass die am Ende von 3.2 benannten vor allem mit dem Islam verbundenen politischen und religionsrechtlichen Herausforderungen so bewältigt werden sollen, dass die Religionsfreiheit im Sinne von Art. 4 GG in Verbindung mit den in Art. 140 GG rezipierten Vorschriften der WRV auch für andere Glaubensrichtungen als für die – den Vätern der WRV vor Augen stehenden – christlichen Konfessionen unverkürzt durchgesetzt wird. – Das deutsche Religionsrecht scheint damit, wie Hans Markus Heimann kürzlich betont hat, auch im Blick auf die teilweise schon gegenwärtig sichtbare multireligiöse Zukunft hinreichend zu sein.⁵² Diese Auffassung teilt auch Martin Heckel: „Die Bilanz wie die Zukunftsaussichten des deutschen Staatskirchenrechts – oder ‚Religionsrechts‘ – stimmen zuversichtlich“.⁵³ Bei Heckel kommt in diesem Zusammenhang auch der Grundsatz „historia magistra vitae“ zum Tragen, geht er doch davon aus, dass bei der Integration des Islam in die religionsrechtliche Ordnung des Grundgesetzes „manche lehrreiche Analogien zu den religiösen Koexistenz-Problemen nach der Glaubensspaltung in der Reformation“ zu beobachten sind.⁵⁴ Ähnlich argumentiert Friedrich Wilhelm Graf:

„Auch wenn der Streit um Religion und Politik in Europa, gerade in Deutschland, derzeit vor allem mit Blick auf den Islam geführt wird, hat er doch eine lange christliche Geschichte. Keine der religionspolitischen Herausforderungen, mit denen sich der demokratische Verfassungsstaat angesichts der erwünschten Integration oder besser: Inklusion muslimischer Bürgerinnen und Bürger derzeit konfrontiert sieht, ist neu.“⁵⁵

Die in den zuletzt angeführten Zitaten zum Ausdruck kommende Überzeugung von der Zukunftsfestigkeit des deutschen Religionsrechts im Blick auf die multireligiöse Zukunft des Landes ist hier nicht prinzipiell in Frage zu stellen.

⁵¹ 1 BvR 471/10, Rn. 101.

⁵² Vgl. Hans Markus Heimann, *Deutschland als multireligiöser Staat – eine Herausforderung*, Hamburg 2016.

⁵³ Martin Heckel, „Die Zukunftsfähigkeit des deutschen ‚Staatskirchenrechts‘ (2009)“, in: ders., *Gesammelte Schriften: Staat – Kirche – Recht – Geschichte, Band 6*, Tübingen 2013 (Jus Ecclesiasticum 100), S. 507–583: 581.

⁵⁴ Heckel, Zukunftsfähigkeit, S. 511.

⁵⁵ Friedrich Wilhelm Graf, „Einleitung“, in: ders./Heinrich Meier (Hg.), *Politik und Religion. Zur Diagnose der Gegenwart*, München 2013, S. 7–45: 18.

Es soll allerdings ein wenig skeptisches Wasser in den Wein der Vision einer friedlichen multireligiösen Zukunft Deutschlands gegossen werden. Dies wird durch drei Hinweise geschehen, einen historischen (1), einen – etwas ausführlicher geratenen – gegenwartsdiagnostischen (2) und einen politisch-ethischen (3).

1) *Historischer Hinweis:* Das oben angeführte Zitat von Martin Heckel trifft insofern den Nagel auf den Kopf, als die infolge der konfessionellen Differenzierung der lateineuropäischen Religionskultur seit dem 16. Jahrhunderts erforderlichen religionspolitischen Arrangements in der Tat als erste Lockrungsbürgungen in Sachen Pluralismus gelten können. Dabei ist, was die Schweiz angeht, auf den sog. Zweiten Kappeler Landfrieden vom 20. November 1531 und bezüglich des Heiligen Römischen Reichs auf den Augsburger Religionsfrieden vom 25. September 1555 zu verweisen. Was insbesondere den Augsburger Religionsfrieden angeht, der mit Recht „als das wichtigste Verfassungsdokument des Alten Reichs bis 1806“ bezeichnet worden ist,⁵⁶ so wurde als dessen religionspolitisch wegweisende Grundsatzentscheidung die Etablierung eines religionsneutralen Reichsrechts hervorgehoben, das oberhalb der widerstreitenden konfessionellen Wahrheitsansprüche stand. Die damit verbundene „prinzipielle Emanzipation des Reichs von der tausendjährigen katholischen Sinnbestimmung der weltlichen und geistlichen Gewalt“⁵⁷ weist diesen Friedensschluss als Dokument eines Epochentrends aus, konkret: als Dokument einer beginnenden „Revolutionierung des Verfassungsdenkens [...]; das weltliche Recht hat sich von dem theologisch-kirchlichen Absolutheitsanspruch beider Seiten gelöst und sich in seiner Struktur neutralisiert“⁵⁸.

Die damit vollzogene *verfassungsrechtliche* Neutralisierung der kirchlichen Absolutheitsansprüche führte freilich, wie die historische Entwicklung der europäischen Frühneuzeit nach 1555 zeigt, keineswegs sofort zu deren *realgeschichtlicher* Preisgabe. Auf dem langen Weg zur wirklichen Realisierung einer friedlichen Koexistenz konkurrierender Religionen bzw. Konfessionen flossen, um es mit einer bekannten Formulierung Winston Churchills zu sagen, Blut, Schweiß und Tränen.⁵⁹ – Gerade die historische Erfahrung zeigt also, dass sich eine *faktische* politische Befriedung religiöser Konflikte – ungeachtet der Exis-

⁵⁶ Martin Heckel, *Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung. Der Sonderweg des deutschen Staatskirchenrechts vom Augsburger Religionsfrieden 1555 bis zur Gegenwart*, München 2007 (Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Abteilung – Neue Folge 130), S. 10.

⁵⁷ Heckel, Religionskonflikt, S. 13.

⁵⁸ Martin Heckel: „Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Aspekte einer umstrittenen Kategorie“ (1980), in: ders., *Gesammelte Schriften, Band I/II: Staat – Kirche – Recht – Geschichte*, Tübingen 1989 (*Jus Ecclesiasticum* 38), S. 773–911: 901 f.

⁵⁹ Angespielt ist hier auf die berühmte Blut-, Schweiß- und Tränen-Rede, die Churchill am 13. Mai 1940 im britischen Unterhaus hielt. Wörtlich sprach er von „blood, toil, tears and sweat“, <http://www.fiftiesweb.com/usa/winston-churchill-blood-toil.htm> (1. März 2018). Der Text der Rede in deutscher Übersetzung ist abgedruckt in: Winston Churchill, *Reden in*

tenz rechtlicher Rahmenbedingung, die diese Befriedung ermöglichen könnten – keineswegs kurzfristig und gewaltfrei erreichen lässt.

2) *Gegenwartsdiagnostischer Hinweis:* Das im Schlussatz des historischen Arguments indirekt angesprochene Gewaltpotential der Religion(en) erlaubt den Übergang zu einigen gegenwartsdiagnostischen Überlegungen. Dazu zunächst ein Zitat: „Kein vernünftiger Zweifel kann daran bestehen, daß heute das Verhältnis von Religion und Politik, von Religion und Gesellschaft, von Religion und Recht zu den wichtigsten und am heftigsten diskutierten Themen überhaupt gehört, sei es in politischen Debatten, in den Feuilletons oder in den Diskursen der einschlägigen wissenschaftlichen Disziplinen.“⁶⁰ – Diese Formulierungen weisen nun nicht einfach nur auf das schlichte Faktum einer Revitalisierung der Religion hin, sondern sie zeigen zugleich an, dass die Renaissance der Religion auch ein Comeback dessen mit sich gebracht hat, was man ihre Schattenseiten nennen kann. Daher ist vor allem der „*Eigensinn der Religion, ihre unaufhebbare Ambivalenz und ihre notorische Gefährlichkeit*“⁶¹ zum Gegenstand öffentlicher Debatten und wissenschaftlicher Diskurse geworden.

Wenn von der notorischen Gefährlichkeit der Religion die Rede ist, dann wird konkret die Neigung zu religiöser Intoleranz und religiös motivierter Gewalt angesprochen.

Glaube an Gott kann den Menschen enthemmen, brutalisieren, mit Ekel und Hass erfüllen. Angriffe auf andere und deren Ermordung können als heilige Handlung liturgisch inszeniert werden. Dies gab es seit den Anfängen der menschlichen Religionsgeschichte, und es betrifft keineswegs nur bestimmte Religionen im Unterschied zu anderen, sondern jede historisch bekannte Religion.⁶²

Diese Formulierungen bringen die durchweg zustimmungsfähige Auffassung zum Ausdruck, dass *jeder* Religion ein Potential an Intoleranz und Gewaltneigung innewohnt. Dies gilt, wie bereits ein flüchtiger Blick vorrangig in die ältere europäische Religionsgeschichte deutlich macht, durchaus auch für das Christentum, aber, wie gerade auch gegenwärtig unübersehbar ist, ebenso für

Zeiten des Kriegs. Ausgewählt, eingeleitet und erläutert von Klaus Körner, aus dem Englischen von Walther Weibel, Hamburg/Wien 2002, S. 51–53.

⁶⁰ Dreier, Säkularisierung, S. 6.

⁶¹ Graf, Einleitung, S. 8–16. Gegen die von Jürgen Habermas angestellten Überlegungen zur Integration der Religion in den Kosmos der kommunikativen Vernunft durch kritische Anverwandlung der religiösen Gehalte hebt Graf (Einleitung, S. 34 ff.) die s. E. allen Religionen inhärente „*theokratische Versuchung*“ hervor, die auf „mögliche Grenzen der ‚kommunikativen Vernunft‘“ verweist. Graf weiter: „Ich selbst jedenfalls kenne durchaus fromme Menschen, bei denen mir ein modus vivendi reicht. Zur Bürgerfreiheit gehört es auch, auf Distanz zu Zeitgenossen gehen zu dürfen, deren Weltbilder nun einmal nicht diskursiv veränderbar erscheinen“ (S. 37).

⁶² Friedrich Wilhelm Graf, „Religion und Gewalt. Mord als Gottesdienst“, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 7. August 2014, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/religion-und-gewalt-mord-als-gottesdienst-13084596.html> (1. März 2018).

den Islam. Weiterhin ist zu betonen, dass das allgemeinreligiöse Intoleranz- und Gewaltpotential unabhängig davon besteht, ob die jeweiligen Religionen monotheistischer Art sind oder nicht. Zwar wurde speziell den monotheistischen Religionen immer wieder eine besondere Gewaltaffinität unterstellt. Die bereits von David Hume geäußerte Behauptung, der Monotheismus sei tendenziell intolerant, während der Polytheismus eher toleranzfähig sei, wurde gerade in den letzten Jahren unter veränderten Voraussetzungen neu debattiert. Zu einem genauerer Verständnis der Ambivalenz des Religiösen haben diese Auseinandersetzungen freilich wenig Erhellendes beigesteuert. Weiterhin ist die – im westlichen Bewusstsein freilich noch immer tief verwurzelte – Annahme einer grundsätzlichen Friedlichkeit der östlichen Religionen (Hinduismus, Buddhismus) von der religionswissenschaftlichen Forschung inzwischen als Mythos entlarvt worden.⁶³

Was die Debatten über die gegenwärtig anstehende Integration der Muslime im Geltungsbereich des Grundgesetzes angeht, so ist freilich vielfach eine beunruhigende Neigung dazu zu erkennen, das (nicht nur, aber eben auch) im (gegenwärtigen) Islam präsente Potential an Intoleranz und Gewaltneigung zu ignorieren. Diese Ignoranz wird gern verschleiert durch die in öffentlichen Debatten regelmäßig angemahnte Unterscheidung zwischen Islam und Islamismus sowie durch den notorischen Hinweis darauf, die im Namen des Islam verübte Gewalt habe mit dem ‚eigentlichen‘ Islam nichts zu tun. Solche eher in politischen Opportunitätsüberlegungen als in klarem Denken wurzelnden diffusen Differenzierungsversuche stehen freilich nicht nur zu augenscheinlichen empirischen Befunden in krassem Widerspruch. Sondern sie erkennen auch die komplexen Folgen der von Friedrich Wilhelm Graf immer wieder hervorgehobenen „Interpretationsoffenheit religiöser Symbolsprachen“,⁶⁴ aufgrund derer religiöse Traditionen sowohl die demütige Selbstbegrenzung als auch die gewaltbereite Selbstüberhebung der Gläubigen begründen können. Sie missachten schließlich den mit dieser Interpretationsoffenheit zusammenhängenden von Jan Assmann eingeschränften hermeneutischen Grundsatz, „dass die Rezeptionsgeschichte eines Textes [scil. aus der heiligen Schrift einer Religion] dem in ihm angelegten Bedeutungspotential nicht ganz und gar äußerlich ist“.⁶⁵

⁶³ Vgl. dazu: Michael Bergunder, „Östliche‘ Religionen und Gewalt“, in: *Religion, Politik und Gewalt. Kongressband des XII. Europäischen Kongresses für Theologie, 18.–22. September 2005 in Berlin*, hg. von Friedrich Schweitzer, Gütersloh 2006 (Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Theologie 29), S. 136–157; 142 („Eine essentielle Toleranz und Gewaltlosigkeit von Hinduismus und Buddhismus lässt sich historisch nicht festmachen. Der nüchterne historische Blick muss konstatieren, dass diese Religionen ebenfalls aktiv in Politik und Krieg verwickelt waren und auf vielfältige Traditionen der Legitimierung von Herrschaft, Gewalt und Krieg zurückblicken.“)

⁶⁴ Graf, Einleitung, S. 13.

⁶⁵ Jan Assmann, *Exodus. Die Revolution der Alten Welt*, München 2015, S. 117.

Die hier diagnostizierte Ignoranz bezüglich der auch im Islam grundsätzlich präsenten und in diesem Fall gerade gegenwärtig vielfach akuten Intoleranz- und Gewaltneigung führt nun nicht einfach nur zu einer verzerrten Wahrnehmung der Realität. Wichtiger – und im Blick auf die Gestaltung der multireligiösen Zukunft Deutschlands geradezu entscheidend – ist das mit dieser Realitätsverweigerung regelmäßig einhergehende Desinteresse an der engagierten Verteidigung der säkularen Rechtsordnung, die doch durch die Erzwingung des allen Bürgerinnen und Bürgern unabhängig von ihrer religiös-weltanschaulichen Orientierung gleichermaßen zuzumutenden äußerlichen Rechtsgehorsams überhaupt erst die Grundlage für eine gemeinwohlkompatible Entfaltung des religiösen Pluralismus bieten kann. Stattdessen zu beobachten ist die peinliche „Bereitschaft europäischer Intellektueller und Politiker zu vorausseilender Selbstzensur und *appeasement* gegenüber Frommen, die aus Glaubensgründen kein Grundrecht auf Meinungsfreiheit in religiösen Fragen anerkennen“.⁶⁶

Als ein treffliches und zugleich groteskes Beispiel für diese *appeasement*-Bereitschaft können die Berliner Vorgänge gelten, die sich im Herbst 2006 abgespielt haben, ein knappes Jahr nach den Auseinandersetzungen um die in der dänischen Tageszeitung „*Jyllands-Posten*“ abgedruckten Mohammed-Karikaturen. Kirsten Harms, die damalige Intendantin der Deutschen Oper, nahm Hans Neuenfels’ „*Idomeneo*“-Inszenierung wegen angeblicher Sicherheitsbedenken vom Spielplan. Der vermeintliche Stein des Anstoßes war ein vom Regisseur der Oper angefügter Epilog, in dem die abgeschlagenen Köpfe von Poseidon, Buddha, Christus – und Mohammed gezeigt wurden. Zur Absetzung der Inszenierung kam es nicht ohne Einflussnahme durch den damaligen Berliner Innensenator Ehrhart Körting; auf dessen Initiative hin hatte das Berliner Landeskriminalamt eine Gefährdungsanalyse erstellt, in der von „schwer abzuschätzenden Folgen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ die Rede war. Proteste oder gar konkrete Drohungen aus der islamischen Community hatte es freilich nicht gegeben.⁶⁷

Ungeachtet der einhellig vorgetragenen Kritik zahlreicher Politiker an der Entscheidung der Deutschen Oper macht das genannte Beispiel deutlich, wie umstandslos traditionelle Selbstverständlichkeiten unserer säkularen Kultur wie Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit oder das Recht auf Religionskritik relativiert werden können, wenn es darum geht, auf vermeintliche religiöse Gefühle, insbesondere auf die von Muslimen, Rücksicht zu nehmen. Angesichts des (im Unterschied zum ja nur imaginierten Berliner Bedrohungsszenario höchst realen) islamisch motivierten Terroranschlags auf die Redaktion der französi-

⁶⁶ Friedrich Wilhelm Graf, *Missbrauchte Götter. Zum Menschenbilderstreit in der Moderne*, München 2009, S. 57.

⁶⁷ Vgl. dazu: *Chronik der Affäre um die Absetzung von „Idomeneo“*, <http://www.morgenpost.de/printarchiv/politik/article104625243/Chronik-der-Affaere-um-die-Absetzung-von-Idomeneo.html> (1. März 2018; kostenpflichtig).

schen Satirezeitschrift „Charlie Hebdo“ in Paris vom 7. Januar 2015 haben sich erneut Stimmen artikuliert, die – abermals ausschließlich im Blick auf den Islam – eine allzu konsequente Wahrnehmung solcher Freiheitsrechte kritisieren, durch deren Ausübung religiöse Gefühle verletzt werden könnten.⁶⁸ Wie deutlich solche Relativierungstendenzen der Rechtsordnung des Grundgesetzes widersprechen, hat Horst Dreier betont:

Wenn Muslime sich im Fall einer umstrittenen Operninszenierung über die angebliche Verhöhnung ihrer Religion empören, so ist das ihr Recht. Aber klar muss sein, dass deshalb die Oper nicht verboten oder abgesetzt werden darf. Nicht die empörten Mitglieder der Religionsgemeinschaft sind vor der Aufführung der Oper zu schützen (niemand zwingt sie ja zum Besuch), sondern die Opernaufführung vor Störern. Zur verfassungssstaatlich gewährleisteten Freiheit gehört auch die geistige Provokation Dritter.⁶⁹

Aus den vorstehenden Hinweisen ergibt sich eine Problemanzeige im Blick auf die optimistische Einschätzung der Zukunftsfestigkeit des deutschen Religionsrechtssystems. Diese ist nämlich nur dann gegeben, wenn das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung dezidiert nicht so verstanden wird, dass „geschlossene kulturelle Milieus mit geringer Toleranzfähigkeit und ausgeprägtem Kränkungsfetischismus“⁷⁰ durch die Androhung oder Ausübung von physischer Gewalt immer wieder erfolgreich eine Richtlinienkompetenz beanspruchen, was die Legitimität fremdreligiöser und säkularer Lebensäußerungen angeht. In diesem Fall würde gelten: „religio pernicies societatis (saeccularis)“. Für die Verhinderung eines solchen Szenarios ist freilich nicht allein und schon gar nicht in erster Linie die Rechtsprechung zuständig; auch können juristisch informierte Versuche, den Islam *in toto* als grundgesetzwidrig zu er-

⁶⁸ Das Institut für Deutsche und Niederländische Philologie der Freien Universität Berlin hat angesichts dessen im Rahmen einer öffentlichen Vortragsreihe zum Thema „Freiheit der Kunst – Grenzen der Freiheit?“ im Sommersemester 2015 die bemerkenswerte Diskrepanz zwischen verbalen Grundrechtsbekräftigungen einerseits und der gleichzeitigen Praxis faktischer Selbstzensur anhand der Kunstfreiheit thematisiert. Im Programm der Vorlesungsreihe heißt es: „Die Bereitschaft zur Tilgung anstößiger Vokabeln aus literarischen Texten, die Überprüfung von Unterrichtsplänen auf religiöse und politische Unbedenklichkeit oder die ‚Schere im Kopf‘, also die vorwegnehmende Berücksichtigung möglicher Empfindlichkeiten, deuten die allmähliche Erosion des Freiheitsrechts der Kunst an“ (*Freiheit der Kunst – Grenzen der Freiheit? Eine Veranstaltung des Instituts für Deutsche und Niederländische Philologie*; http://www.fu-berlin.de/presse/informationen/fup/2015/fup_15_090-offener-hoersaal-freiheit-der-kunst-grenzen-der-freiheit1/index.html [1. März 2018]).

⁶⁹ Horst Dreier, *Deutschland muss religiöse Zumutungen ertragen*, 27. November 2015, <http://www.sueddeutsche.de/kultur/serie-was-ist-deutsch-deutschland-muss-religiöse-zumutungen-ertragen-1.2755725> (1. März 2018). – Das in höchstem Maße Groteske und Irritierende speziell an den Berliner Vorgängen vom Herbst 2006 besteht, nimmt man Dreiers Votum ernst, darin, dass bereits die Unterstellung der Möglichkeit einer religiös (hier: muslimisch) motivierten Empörung dafür ausgereicht hat, dass der Staat (in Gestalt des damaligen Berliner Innensenators) jene unveräußerlichen Freiheitsrechte *eingeschränkt* hat, die zu schützen eigentlich seine Aufgabe gewesen wäre.

⁷⁰ Dreier, Deutschland.

weisen und aufgrund dessen das Recht auf freie Religionsausübung für Muslime einzuschränken,⁷¹ nicht als zielführend gelten. Die Kultivierung eines den Islam unverkürzt einschließenden religiösen Pluralismus *innerhalb* der durch die säkulare Rahmenordnung gesetzten Rechtsnormen ist vielmehr eine Aufgabe der deutschen Zivilgesellschaft, wobei freilich die Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die konsequente Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols flankiert werden muss.⁷² Ob diese Herausforderung gemeistert werden wird, ist derzeit freilich alles andere als ausgemacht.

3) *politisch-ethischer Hinweis:* Das deutsche Religionsrechtssystem ist grundsätzlich auf eine Kultivierung, nicht auf eine Restringierung des religiös-weltanschaulichen Pluralismus ausgerichtet. Dieser Pluralismus aber muss und soll im Rahmen der säkularen Rechtsordnung organisiert werden, und zwar so, dass die damit naturgemäß verbundenen Konflikte gewaltfrei ausgetragen werden, die Situation des Pluralismus also nicht nur ein Übergangsphänomen darstellt, das lediglich bis zum politischen Sieg einer der Konfliktparteien Bestand hat, sondern als Dauerzustand etabliert bleibt. – Dies freilich setzt ein Mindestmaß an Pluralismusfähigkeit bzw. Pluralismustoleranz auf Seiten letztlich *aller* Träger der unterschiedlichen religiös-weltanschaulichen Positionen voraus. Um dieses Mindestmaß etwas genauer zu bestimmen, ist es hilfreich, die von Rainer Forst unterschiedenen vier Konzeptionen der Toleranz heranzuziehen.⁷³ Davor kommen im vorliegenden Fall die erste und vierte Variante nicht infrage: Die Erlaubnis-Konzeption der Toleranz geht von der – in der deutschen Rechtsordnung ausgeschlossenen – *politischen Dominanz* einer „Religions- und Weltanschauungspartei“ aus; die Wertschätzungs-Konzeption dagegen stuft den für die Ausübung von Toleranz unverzichtbaren Ablehnungsaspekt so stark herunter, dass schwerlich vorstellbar ist, wie es unter diesen Voraussetzungen zu (möglicherweise sogar gewaltsamen) Konflikten kommen sollte. Es bleiben damit die *Koexistenz-Konzeption* und die *Respekt-Konzeption* übrig, die sich darin unterscheiden, dass für erstere die Toleranz lediglich als geeignetes Mittel zur Konfliktvermeidung gilt, während sie sich für letztere aus einer moralisch begründeten Achtung des/der Anderen ergibt.⁷⁴

⁷¹ Vgl. zu dieser Tendenz: Karl Albrecht Schachtschneider, *Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam*, 2. Aufl., Berlin 2011.

⁷² Anders formuliert: Die gesamtgesellschaftliche Aufgabe besteht darin, die vielfach kultivierte Lähmung „durch den Imperativ der politischen Korrektheit“ zu überwinden, damit nicht „die Verteidigung unserer Kultur an die politische Rechte outgesourct wird“ (Carlo Strenger, *Zivilisierte Verachtung. Eine Anleitung zur Verteidigung unserer Freiheit*, Berlin 2015, S. 18).

⁷³ Vgl. Reiner Forst, *Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Frankfurt am Main 2003, S. 30–52, bes. 42 ff.

⁷⁴ Hier nicht zu vertiefen sind Forsts Hinweise zu den zwei Modellen der Respekt-Konzeption, dem Modell formaler Gleichheit und dem Modell qualitativer Gleichheit (vgl. Forst, *Toleranz*, S. 46 f.).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass im Blick auf die dauerhafte Sicherung des Pluralismus in einer multireligiösen Gesellschaft die Zustimmung zur *Koexistenz-Konzeption* der Toleranz im Sinne von Forst als Mindestbedingung gelten muss. Es ist natürlich denkbar, dass eine dauerhaft erfolgreiche Kooperation auf der Basis der Koexistenz-Konzeption der Toleranz schließlich zur partiellen oder gar flächendeckenden Etablierung der *Respekt-Konzeption* führt; für die Stabilität des politischen Gemeinwesens wäre dies zweifellos nützlich. Grundsätzlich aber sollte Toleranz im Sinne der Koexistenz-Konzeption für ein friedliches Pluralitätsmanagement ausreichen. Ihre angemessene handlungspraktische Manifestation findet sie nicht in emphatischen Bekenntnissen zu den in der Verfassung fixierten Normen, sondern in schlichem Rechtsgehorsam gegenüber den für alle Menschen unabhängig von ihrer religiös-weltanschaulichen Orientierung gleichermaßen geltenden (und keineswegs unveränderlichen) gesetzlichen Regelungen der säkularen Rahmenordnung.

Allerdings – und hier setzt die Problemanzeige ein – ist die Bereitschaft zu solchem Rechtsgehorsam, der bereits in Hinweis (2) als Grundlage für eine gemeinwohlkompatible Entfaltung des religiösen Pluralismus charakterisiert wurde, alles andere als selbstverständlich. In Hinweis (1) war der lange Weg Europas zum friedlichen Umgang mit dem Ende der religiösen Homogenität angesprochen worden. Das pragmatische Arrangement mit religiöser Vielfalt hat also in der westeuropäischen Gesellschaftsgeschichte eine lange Tradition. Nun mag man, insbesondere wenn man, wie Thomas Bauer das in luzider Weise getan hat, die Toleranz für Ambiguität zum *cantus firmus* der Geschichte des Islam erhebt,⁷⁵ auch in der Vergangenheit dieser Religion historische Konstellationen identifizieren können, die analoge Traditionen repräsentieren. Aber Tatsache ist ebenso, dass, wie gerade Bauer selbst in seiner Monographie nachdrücklich hervorgehoben hat, die Ambiguitätstoleranz in der islamischen Welt während der letzten 150 Jahre drastisch zurückgegangen ist. Auch wenn es sich dabei um „eine Reaktion auf die westlich-moderne Forderung nach ideologischer Eindeutigkeit“ handeln sollte,⁷⁶ so hat dieser Vorgang doch auch ganz konkrete Folgen für die Kultur des Rechtsgehorsams als der handlungspraktischen Manifestation einer Billigung der Koexistenz-Konzeption der Toleranz in modernen Gesellschaften.

In diesem Zusammenhang ist eine vom Münsteraner Exzellenzcluster „Religion und Politik“ vorgelegte Studie zu erwähnen, welche die Ergebnisse von Befragungen türkischstämmiger Einwanderer (und damit der größten Migrantengruppe in Deutschland) über Integration und Religiosität enthält. Danach ist der Anteil derjenigen, „die Haltungen bekunden, die schwerlich als kom-

⁷⁵ Vgl. Thomas Bauer, *Die Kultur der Ambiguität. Eine andere Geschichte des Islam*, Berlin 2011.

⁷⁶ Bauer, Kultur, S. 191.

patibel mit den Grundprinzipien moderner ‚westlicher‘ Gesellschaften wie der deutschen bezeichnet werden können, [...] unter den Türkeistämmigen teilweise beträchtlich“, wobei sich freilich zeigt, dass problematische „Orientierungen in der zweiten/dritten Generation etwas weniger verbreitet sind“. – Ob diese Tendenz einen nachhaltigen Trend begründen kann, muss angesichts der gegenwärtig absehbaren Folgen der zeitgenössischen Migrationsbewegungen bezweifelt werden. Doch unabhängig davon: Insgesamt stimmten immerhin 47 % aller Befragten der Aussage zu: „Die Befolgung der Gebote meiner Religion ist für mich wichtiger als die Gesetze des Staates, in dem ich lebe“.⁷⁷

An dieser Stelle zeigt sich auch empirisch, was bisher eher theoretisch insinuiert wurde: Die Frage, ob die (in sich zugegebenermaßen äußerst inhomogene) islamische community in Deutschland insgesamt eine solche lebensweltlich effektiv durchschlagende Haltung zur säkularen Rechtsordnung finden kann, die der Gestaltung einer friedlichen multireligiösen Zukunft dienlich ist, kann nicht als definitiv entschieden gelten.⁷⁸ Die – mit dem Religionsrecht des Grundgesetzes zweifellos gegebene – Existenz einer Rechtsordnung, die die Situation eines prinzipiell tolerierten religiösen Pluralismus managen könnte, ist nur die notwendige Bedingung für das Gelingen der multireligiösen Zukunft Deutschlands. Ohne ein gewisses Maß an Pluralismusaffinität, das erst als die hinreichende Bedingung anzusprechen wäre, würde der Rechtsordnung die Durchschlagskraft fehlen. – „Es ist“, so hat bereits Hegel (naturgemäß in einem ganz anderen Kontext) festgestellt, „nur für eine Torheit neuerer Zeit zu achten, [...] zu meinen, mit der alten Religion und ihren Heiligkeiten könne eine ihr entgegengesetzte Staatsverfassung Ruhe und Harmonie in sich haben“.⁷⁹

⁷⁷ *Integration und Religion aus der Sicht von Türkeistämmigen in Deutschland. Repräsentative Erhebung von TNS Emnid im Auftrag des Exzellenzclusters „Religion und Politik“ der Universität Münster*, von Detlef Pollack/Olaf Müller/Gergely Rosta/Anna Dieler (2016); https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/religion_und_politik/aktuelles/2016/06_2016/studie_integration_und_religion_aus_sicht_t_rkeist_mmiger.pdf (1. März 2018), S. 14.

⁷⁸ Ähnlich, wenn auch anders begründet, optiert Eilert Herms: „Es ist erkennbar, dass bestimmte weltanschauliche Traditionen nicht pluralismusfähig sind, d.h. keine eigenen inneren Motive besitzen, andere Positionen überhaupt als politisch gleichberechtigt [...] anzuerkennen. [...] Ich mache z.B. aus meiner Überzeugung keinen Hehl, dass noch nicht erwiesen ist, ob der Islam normalerweise tatsächlich solche pluralismusfähigen Eigenimpulse vorzuweisen hat“ (Eilert Herms, „Die Bedeutung der Weltanschauungen für die ethische Urteilsbildung“, in: Friederike Nüssel [Hg.], *Theologische Ethik der Gegenwart. Ein Überblick über zentrale Ansätze und Themen*, Tübingen 2009, S. 49–71: 70).

⁷⁹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundlehre (1830)*, Gesammelte Werke 20, Hamburg 1992, S. 536,29–537,3. Vgl. dazu: Walter Jaeschke, „Religion und Staat (§ 552 A.)“, in: *Hegels Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften (1830). Ein Kommentar zum Systemgrundriß*, hg. von Hermann Drüe u.a., 3. Aufl., Frankfurt am Main 2016 (Hegels Philosophie. Kommentare zu den Hauptwerken 3), S. 458–466.

V.4

Politics of Second Nature. On the Democratic Dimension of Ethical Life

Thomas Khurana

In §4 of his *Philosophy of Right*, Hegel puts forth a fundamental characterization of the social sphere: When taken in normative terms and thus understood as a system of right, the social sphere of objective spirit can be defined as the “realm of actualized freedom”, the “world of spirit produced from itself as a second nature”.¹ With these dense formulas, Hegel points to three crucial features of the “system of right”: it is (i) defined by the purpose of realizing freedom²; (ii) it finds this realization of freedom in the production of a second nature; and (iii) this production is a form of *self*-production. The idea that the actualization of freedom is the central task of any legitimate social order is, of course, a view so widely held that it fails to distinguish any determinate position. Liberal, libertarian, and republican positions can all be said to defend a version of this view.³ To get a grip on the distinctive nature of Hegel’s account of the social realm, it is thus helpful to focus on the second and the third feature just named: the second natural and the self-constitutive character of the social order. Both of these features address the way in which freedom can only be actualized in terms of what Hegel calls an “ethical life” (*Sittlichkeit*).

¹ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen*, Werke 7, Frankfurt a.M. 1986, Engl. translation: *Elements of the Philosophy of Right*, ed. Allen W. Wood, trans. H. B. Nisbet, Cambridge/New York 1991. In the following, I use the abbreviation RPh.

² According to RPh §4, freedom is the “substance and destiny [*Bestimmung*]” of the will which in turn defines the point of departure of the system of right.

³ Very roughly put, we might say that, in contradistinction to the liberal tradition, Hegel shares with the republican tradition the idea that freedom is not merely the absence of interference, but requires the absence of domination. And in contradistinction to the libertarian view that a maximum of freedom requires a minimum of laws, Hegel shares with the republican tradition the sense that freedom and law are not opposed to but condition one another. It distinguishes him from the dominant understanding of the republican tradition, however, that he thinks a negative conception of freedom remains insufficient. In the following, I will sketch some of the implications of the positive conception that Hegel regards as necessary to make sense of freedom: his conception of ethical life. Regarding the relation of the liberal, the libertarian, and the republican conception of freedom cf. Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford 1997; Quentin Skinner, “A Third Concept of Liberty”, *Proceedings of the British Academy* 117 (2002), pp. 237–68.

The introduction to the *Philosophy of Right* works to articulate why the realization of freedom requires the actualization of ethical life by returning to the idea of a free will and inquiring what it takes for a free will to realize itself. According to Hegel, neither the purely negative freedom to abstract “from every determination in which I find myself or which I have posited myself” (RPh §5A), nor the unimpeded freedom to choose between externally given options (RPh §6, §15), are sufficient to understand the *reality* of freedom, or freedom as something *real*. If the system of right is in fact defined by the task of actualizing freedom, it cannot be exhausted by merely creating the conditions for abstract freedom or arbitrary choice. Where the freedom of abstraction can only find a negative realization, the freedom of arbitrary choice remains limited insofar as it is tethered to the given contents of the will. True freedom lies neither in the freedom of abstraction nor the freedom of choice, but rather in what Hegel calls “self-determination”: the willing of a content that is itself a product of spirit, such that the willing of particular objects involves willing the free will itself. Thus, it is only in bringing forth a *world* of spirit, a “second nature” in which spirit becomes objective, that our freedom is realized. By bringing forth such a world through collective action, it becomes possible for the will to will something determinate and concrete – the objects of this spiritual world – and thereby will the free will itself that manifests itself in this world.⁴

This very general determination of the inner purpose of the social sphere – that it aims at the realization of freedom not through enabling mere abstraction or mere choice, but through the creation of a second nature, originating from spirit itself – gives us a starting point for understanding why Hegel thinks that social normativity cannot be fully realized as abstract right or as morality, but only as “ethical life” (*Sittlichkeit*). In what follows, I would like to investigate the relation between the second natural and the self-constitutive character of this ethical life. On the face of it, these two features can seem to be in tension with one another: In order for ethical life to attain the *realization* of freedom it has to achieve the consistency of second nature – a world of spirit that exists not as a realm of ends that ought to be, but as the objective and given world we actually inhabit. In order for ethical life to embody the reality of *freedom*, on the other hand, we have to be conscious of this second nature as a willed expression of spiritual self-production, and not as simply given. If that is right, then ethical life must become second nature and at the same time allow for a specific, conscious relationship to the very second nature that it has become.

In what follows, I would like to consider the relation of the three major spheres of ethical life that Hegel distinguishes – family, civil society, and the

⁴ All of this is, of course, much too quick. For a more extended elaboration of Hegel’s critique of insufficient conceptions of freedom and his positive account of spiritual self-determination see part II of my *Das Leben der Freiheit. Form und Wirklichkeit der Autonomie*, Berlin 2017.

state – as an articulation of this problem. As I will argue, the dialectic of the second natural and self-constitutive character of ethical life unfolds through the interrelation of these three spheres. Family and civil society are both analyzed by Hegel as ways of taking up and transforming our given nature such that a “world of spirit” can be “produced from itself as a second nature”. Where the family helps bring forth such a second nature by means of “education” (*Erziehung*), civil society does so by means of “cultural formation” (*Bildung*). As we will see in the following sections 4.1 and 4.2, these processes are characterized by Hegel as steps of an actualization of freedom insofar they liberate us from our given nature without suppressing it and bring forth a second nature that gives freedom the consistency of living reality. However, while these processes constitute forms of liberation, they are at the same time forms of social subjection, involving discipline and normalization, the subjection to the will of another, and the adaption to the given necessities of the social world. Therefore, the completion of the process of liberation seems to require a third sphere that allows individuals to relate, collectively and politically, to the second nature thus produced. In order for the second nature of spirit to be a self-constitutive actualization of freedom, ethical life thus requires a specific political dimension that we will turn to in section 4.3. While this political process is only possible on the basis of the republican infrastructures of family and civil society, it at the same time calls these infrastructures into question. Although Hegel himself does not develop this dimension properly, his conception of second nature points towards the desideratum of a politics of second nature. I will close the discussion of this political dimension in section 4.4 by pointing out the general and diagnostic dimensions that such a politics of second nature can help us elaborate.

4.1 The Natural Ethical Life of the Family

Hegel introduces the family as a *natural* form of ethical life (RPh §157). It is natural not only in that it realizes itself mainly on the level of what he calls “feeling”, but also because it develops from a moment of merely natural life (RPh §161), the relation of sexual reproduction. On Hegel’s account, it is the achievement of the family to transform the merely biological species relation – the sexual relation between sexual partners, on the one hand, and the biological relation of parent to offspring, on the other hand – and turn it into a “spiritual” relation (RPh §161). With regard to the enabling functions of the family for ethical life, the education of the children is of utmost importance. Pedagogy is, as Hegel puts it, “the art of making human beings ethical: it considers them as natural and shows them how they can be reborn, and how their original nature can be transformed into a second, spiritual nature so that this spirituality becomes

habitual to them." (RPh §151Z) The perspective of education is thus double: It has to consider the pupils as natural beings and grasp their natural side, and it must also consider them as spiritual beings and produce a spirituality in them that becomes so habitual that it defines their nature more thoroughly than the nature with which the process began. The living nature of the children is transformed through their ethical life in the family such that they develop the requisite capacities and self-relation that will allow them finally to leave the family and become agents in civil society, members of the state, and potential founders of new families. The nuclear family that Hegel describes thus possesses the "bad infinite" structure of founding itself only to dissolve itself, and then start the cycle anew again. Education is therefore not confined to the project of adapting the child to the social life of the family and of enabling it to actively contribute to this natural ethical life; it also aims at enabling the child to leave this first spiritual life behind. Education is thus a process that not only aims at making itself superfluous (in the sense that the fully educated child needs no further education), but a process that aims at being transcended. Education engages the child in a nuclear form of social life in order that it may supersede this form.

This ethical engagement and facilitation has both a positive and a negative articulation: The positive aspect is realized by the fact that the ethical life of the family "is given the form of immediate feeling [*Empfindung*] which is still without opposition" and allows the child to live its first ethical life in "love, trust, and obedience" (RPh §175). In this sense, the child becomes accustomed and attuned to ethical life at the basic level of feeling, and this basic involvement in ethical life makes it possible for further ethical lives to be lived.⁵ There is also a negative aspect to this process: restriction and discipline. These seem indispensable to Hegel for the sake of freeing the child from its immediate natural determination and letting it rise above its merely stubborn self-will. Education therefore is more than mere habituation; it develops the child's capacity for habituation in order that the child learn to take on the *right* habits (or: the "habit of right", as Hegel calls *Sittlichkeit* in his Anthropology⁶). This helps to avoid one aspect of the unfreedom of merely anthropological habits – the fact that such habits can just as well turn out to be bad habits that hinder freedom.⁷ This

⁵ The first engagement in ethical life has an enabling effect for further ethical lives insofar as any ethical life requires a form of trust that finds its first actualization in the family. Cf. Frederick Neuhouser, *Foundations of Hegel's Social Theory*, Cambridge and London 2000, pp. 151 f. Regarding the general importance of trust for Hegel's conception of spirit, see also Robert Brandom, *A Spirit of Trust*, Ms. 2014, Part 5 ("From Irony to Trust"), pp. 86 ff.

⁶ G.W.F. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse (1830): Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes mit den mündlichen Zusätzen*, Werke 10, Frankfurt a.M. 1986; Engl. translation: *Hegel's Philosophy of Mind*, trans. from the 1830 Edition, together with the Zusätze by W. Wallace and A. V. Miller, rev. M. J. Inwood, Oxford/New York 2007, §410Z. In the following, I use the abbreviation ENZ III.

⁷ ENZ III §410Z: "The unfreedom in habit is partly [...] only relative, in so far as it really

progress is made possible, however, only by engaging a different form of unfreedom: In order to avoid the production of bad habits, we do not let the child habituate itself, rather *we* (elders) habituate the child in a directed manner: in other words, we “train” or “discipline” the child.

Now it is obvious that education needs to get past this stage at some point if it shall become a form of liberation. If the formation of habits is something that only happens by means of directed training (*Abrichtung* in the Wittgensteinian sense), then the child will not acquire the capacity for independence, but will remain fundamentally dependent on an other: it will not learn to be with itself in its habits, but rather only to be with the other.⁸ In Hegel’s account it is, paradoxically, an essential part of *discipline* that it produces a form of *resistance* in the pupil: Discipline shall not only liberate the child from its natural determination, it must simultaneously inspire a “wish to grow up” (RPh §174R). As an asymmetrical social relation, this discipline is meant to drive the child out of its current position by provoking a wish for independence. Of course, this does not mean encouraging the child to just arbitrarily posit its independence or to regard itself as already complete; the wish to grow up must rather, on Hegel’s account, motivate the child to internalise the disciplinary norms. The discipline practiced in the family thus produces not only the ethical dispositions of the child, but also its impulse to move beyond both the relation of education and the natural ethical life of the family.

The fact that the end of education and the dissolution of the family is itself qualified as *ethical* might suggest that the child leaves the family at a point where it has become wholly independent of the guidance of its parents, and ethical through and through. We might assume that the process of ethical formation is completed at this point. However, this is not the case. While the person that leaves the family is not in need of *education* any more, this grown-up remains in need of yet another type of cultural formation – *Bildung* – which it is the task of civil society to provide. This cultural formation again involves a process of liberation that ultimately points beyond itself and the restrictive means it employs.⁹

arises only in the case of bad habits, or in so far as a habit is opposed by another purpose; the habit of right in general, of the ethical, has the content of freedom.”

⁸ This is the reason for the fundamental importance of play in education – an importance that Hegel fails to appreciate in his *Philosophy of Right* (cf. RPh §175A).

⁹ Regarding the dialectics of cultural formation in civil society cf. Christoph Menke, “Hegel’s Theory of Liberation”, in: *Symposium* 17:1 (2013), pp. 10–30; Frederick Neuhouser, “Die Idee einer Hegelianischen ‘Wissenschaft’ der Gesellschaft”, in: *Analyse & Kritik* 30 (2008), pp. 355–378, here: 373 ff.

4.2 The Spiritual Animal Kingdom of Civil Society

The processes of education have cultivated the capacities and the self-conscious self-relation that make the now-educated person independent. The first form in which this independence manifests itself is, however, not the positive affirmation of a shared form of life, but rather the abandonment of the natural ethical life in which the educated person was raised: the *transgression* of a shared form of life. The grown-up that leaves the family thus first appears in his particularity: He leaves the natural ethical world of the family and enters the sphere of civil society.¹⁰ This civil society is constituted by a multiplicity of individual persons that relate to each other in their particularity. Civil society thus presents itself at first as a world of difference in which ethical life seems to have been “lost” (RPh §181Z).¹¹ Insofar as civil society is one of the constitutive spheres of modern ethical life, we can assume, however, that this has to be a mere appearance: What seems to be an unethical or a-ethical relation of a multiplicity of *particularities* turns out to be a complex system that ethically transforms the participants of this sphere and instills in them a form of ethical *generality*.

The sphere of civil society stands simultaneously under two principles: on the one hand, the principle of the concrete person, who is his own end “as a totality of needs and a mixture of natural necessity and arbitrariness”; on the other hand, the principle of generality that does not manifest itself directly, but

¹⁰ With regard to the members of civil society and the state, I will use the masculine and not the feminine form, for the sake of not covering up the gender asymmetry that is still part of Hegel’s picture. Although, according to Hegel, son and daughter are both raised to become independent, to leave their original family, and to have a role in founding a new family (RPh §177), their roles in this differ considerably: the sons are to become the “heads” of the new families, the daughters enter them as “wives” (RPh §177). This also implies that they have different roles regarding civil society and the state: Whereas the man “has his actual substantial life in the state, in learning [*Wissenschaft*], etc., and otherwise in work and struggle with the external world and with himself”, the women have their “substantial vocation [*Bestimmung*] in the family” (RPh §166). In Hegel’s account, it is thus only the male children that are to become permanent members of civil society and active citizens of the state. For an attempt to show that we can reject this element of Hegel’s picture without giving up the essential elements of his account, or more precisely, for the idea that it might be in the proper spirit of these essential elements to question this asymmetry, see Neuhauser, Foundations, pp. 275 ff.; Rahel Jaeggi, *Kritik von Lebensformen*, Berlin 2015, pp. 216 ff. Although I will not pursue this specific asymmetry any further, the political dimension that I will discuss in section 4.3 and 4.4 is supposed to show how ethical life might enable us to question the asymmetries that ethical life itself relies on and reproduces.

¹¹ Cf. Hegel’s characterization of the “demise of ethical substance”, the dissolution of the “natural” ethical substance of Greek ethical life, and the emergence of the Roman state of legality: “The universal is splitted into the atoms of absolutely multiple individuals; this spirit, having died, is an *equality* in which *all* count for as much as *each* and where each and all count as *legal persons*.” (G.W.F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Werke 3, Frankfurt a.M. 1986, pp. 354 f.; Engl. translation by Terry Pinkard).

indirectly insofar every particular person can only exist through his relation to other particular beings (RPh §182). This means that the various particular persons can manifest themselves only through one another. By cultivating the particular persons through their mediation and by obliquely producing general dispositions in the particular agents, civil society thereby engages in the work of ethical life. At the same time, civil society fulfills this task not in an explicitly ethical manner, but by means of an unconscious and quasi-natural process. The quasi-natural character is apparent on both sides of the constitutive relation. The particular persons, on the one hand, are not natural in the sense that they are subject to external natural determinations; but they appear as a quasi-natural given in the sense that they present an undivided mixture of natural necessity and arbitrariness, necessity and contingency. The principle of generality, on the other hand, also presents itself in a quasi-natural manner: It is not articulated as a shared order of which the participating agents are conscious as their own, but rather as an interrelation of particular persons that each experiences as an external constraint. The general thus presents itself *as if* a form of natural necessity which remains abstract to the extent that it is present as the merely aggregative effect of particulars.

It is remarkable that Hegel uses the term *Bildung* in order to name what happens when these two quasi-natural poles – the individual in its given particularity, the general in its opaque necessity – work on each other. Contrary to what we might expect, given this term, we are not faced with a transformative process initiated and consciously produced by the individuals themselves. *Bildung* is not what happens when an individual tries to actualize an ideal of his own, but is an involuntary adaptation that happens behind the backs of the particular subjects merely in virtue of their pursuing their individual interests.

On Hegel's account, this formation is brought about mainly by what he calls the “system of needs”. In order to transform particular persons, civil society must make use of their natural needs: it enables the satisfaction of natural needs in such a way that the respective agents depend on one another. Each person can attain his individual goals only by becoming a link in a “chain” (RPh §187). The satisfaction of the particular needs of each individual thus requires that he make the general into the means for his satisfaction. The individuality and the naturalness of the person is restricted and gradually transformed through the need to co-operate with others. This generalization and normalization is not brought about by the individuals themselves, as though they were to consciously and freely step back from their own idiosyncratic features and transform them in light of a general idea. On the contrary, they make themselves general by strictly following their given particular needs and the given necessities of social nature. The degree to which the members of civil society are transformed increases due to the progressive division of labor and the refinement of the satisfaction of needs. Each particular individual is, thus, forced to “fit in with other people”

(RPh §192Z). Ultimately the subject is lured into “the *hard work* of opposing mere subjectivity of conduct, of opposing the immediacy of desire as well as the subjective vanity of feeling [*Empfindung*] and the arbitrariness of caprice” (RPh §187A). Only “through this work” can “the subjective will attain *objectivity*” (RPh §187A). The person becomes general in this process and refines his theoretical and practical skills: he learns to adapt its operations such that they “suit both the nature of the material in question and, in particular, the arbitrary will of others” (RPh §197). Thus, the person develops capacities that are necessary in order to externalize and realize his own will and to realize himself not only as a subject of arbitrary choice but as a properly ethical subject. Even the seemingly excessive and irrational multiplication of needs that takes place in civil society has a formative effect: it lets the particular person transgress the limited circle of needs typical of animals, and mitigate the intensity of drives by their decomposition. Instead of merely blunting needs by the habit of their satisfaction (cf. ENZ III §410), the subject of civil society decomposes and sublimates his needs by means of their multiplication.

All these enabling consequences which Hegel explicitly subsumes under the term “liberation” (RPh §187A) only come about in a state of diremption that opposes the particular nature of the individual and the social nature of their interdependences and lets them work against each other:

Spirit attains its actuality only through internal division, by imposing this limitation and finitude upon itself in [the shape of] natural needs and the continuum [*Zusammenhang*] of this external necessity, and, in the very process of adapting itself to these limitations, by overcoming them and gaining its objective existence [*Dasein*] within them [*dass er sich in sie hineinbildet, sie überwindet und darin sein objektives Dasein gewinnt*]. (RPh §187A)

The way in which civil society makes these liberating effects possible remains both limited and precarious. Civil society takes up the individuals from the side of their natural particularity and enmeshes them in a system of needs. By becoming a part of this system, these individuals are generalized and gain capacities for further liberation and the realization of freedom. However, these changes are brought about only by external necessities. Just like the family, civil society must also produce the need to leave this sphere behind in order for its members to truly appropriate and realize their ethical freedom.¹² Civil society makes liberation dependent on processes that are not directly controllable and

¹² In civil society, this already manifests itself in the moment of corporations: With them, “the ethical returns to civil society as an immanent principle” (RPh §249). It is necessary, as Hegel contends, to “provide ethical man with a universal activity in addition to his private end”, and the corporations allow for precisely such an activity: “We saw earlier that, in providing for himself, the individual in society is also acting for others. But this unconscious necessity is not enough; only in the corporation does it become a knowing and thinking part of ethical life.” (RPh §255Z) To the extent that the corporations of civil society fulfill this function, they let the “sphere of civil society pass over into the state” (RPh §256).

that involve forms of structural violence. For structural reasons, civil society produces excesses and hardships that it cannot rectify by itself;¹³ and it disciplines subjects without announcing itself as a social and hence attributable form of force. In civil society, the merely external necessities of social nature – mere “*Sachzwänge*” – seem to rule. Hence, the ends of ethical life are produced in a way that is inadequate to the very form of ethical life itself. Although I do not want to suggest that civil society literally produces a “wish to grow up” as the family did, there should be some analogous impulse: Civil society confronts us with a strange realm of a naturalized sociality – a spiritual animal kingdom, if you will¹⁴ – that raises the question of how spirit might come into a position to adequately relate to this realm and appropriate it as its own.

Both processes – the education of the family and the formation of civil society – point to the fact that the emergence of ethical life depends on a liberation from our first or given nature. This liberation is not brought about by a simple negation or transgression of this nature, but rather by a complex and long-lasting process of transformation that takes up this nature as its condition and presupposition, its means or mask. In both cases the process of liberation develops by way of a process of socialization. This socialization executes various forms of power over our first nature – through social discipline, normalizing pressure, and a dissimulating cunning of reason. At the same time, it also institutes social hierarchies – between parent and child, and between the particular individual and the general laws of social nature. Liberation from our first nature thus begins as subjection to social power.

4.3 The State and the Question of How We Are to Live

Ethical life produces and reproduces itself through education and cultural formation and hence begins in asymmetrical relations: in the pupil’s subjection to the will and the knowledge of the teacher, and in the individual’s adaptation to the necessities and contingencies of the system of needs. If education is indeed to be understood as an art of *liberation*, it must include the requirement that the

¹³ Regarding the structural problems of civil society to secure not only the ample production of goods, but also their adequate distribution see Neuhouser, *Foundations*, pp. 165 ff. The “rabble” is the emblem of this “deep defect” in the concept of civil society that Hegel himself admits; regarding this emblem cf. Frank Ruda, *Hegel’s Rabble*, London 2011.

¹⁴ Regarding the sense that civil society might be conceived as a spiritual animal kingdom cf. Marx: “Es ist merkwürdig, wie Darwin unter Bestien und Pflanzen seine englische Gesellschaft mit ihrer Teilung der Arbeit, Konkurrenz, Aufschluß neuer Märkte, ‘Erfindungen’ und Malthusschem ‘Kampf ums Dasein’ wiedererkennt. Es ist Hobbes’ bellum omnium contra omnes, und es erinnert an Hegel in der ‘Phänomenologie’, wo die bürgerliche Gesellschaft als ‘geistiges Tierreich’, während bei Darwin das Tierreich als bürgerliche Gesellschaft figuriert.” (Marx an Engels, 18. Juni 1862, in: MEW, Bd. 30, Berlin 1974, p. 249).

pupil exceed the educative relation at some point and grasp himself as an I that can speak for the whole community and take on a position that the parent and teacher first claimed exclusively. And if the formation of civil society is indeed the “absolute transition” to spiritual liberation (RPh §187A), as Hegel claims, it is obvious that it cannot be confined to a mere habituation to objective necessities. Civil society must bring the socially formed individuals to the point where they are able to appropriate this formation: to recognize it as a process we have enacted on and for ourselves and that we can retroactively affirm – or not. Hegel points to what seems needed here in a passage from his *Lectures on the Philosophy of Religion*:

This abrogation, this subjection of itself to what is moral, and the habituation to this so that the moral or spiritual becomes the second nature of the individual, is, above all, the work of education and culture. The thought of this reconstruction of man’s nature must accordingly come into consciousness at this standpoint, because it is the standpoint of self-conscious freedom, and come into it in such a way as to show that this change or conversion is recognized as requisite.¹⁵

On Hegel’s account, the culturally informed individual has to try to appropriate the cultural process after it has run its educative course, because only such a *conscious* appropriation can truly complete the process of liberation. This is, however, a complicated task, given that the process itself first occurred in unconscious form and that, in light of this, the free appropriation of this process is required by beings who are themselves the product of this very process. This raises all kinds of questions: Are we only willing to recognize and appropriate our cultural formation as reasonable because this very formation has made us blind to the vices of our current formation? Can we be sure that the process of cultural formation has indeed worked in the interest of the general will and not just disguised as objective necessity what is merely in the interests of some select few? Is the culturally informed subject that seeks to reappropriate its cultural formation not in danger of ratifying social asymmetries that civil society has produced and instituted behind the backs of the social agents?

What constitutes the proper appropriation of the freedom that has actualized itself as a second nature in ethical life thus cannot take the form of a mere affirmation: To appropriate this second nature means more than just to become aware of and understand what we are. Appropriation rather requires that we revisit the process of our formation, question our genesis and what we have become, and only thereby continue to *make ourselves* into what we are. We beings that have become “free” in a first sense through education and culture must actualize our freedom in a further sense by asking the political question of *how*

¹⁵ G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Religion II*, Werke 17, Frankfurt a.M. 1986, p. 146; Engl. translation: *Lectures on the Philosophy of Religion*, vol. II, ed. Peter Hodgson, Oxford: Clarendon 2007, p. 279.

we want to live. In other words, it is not enough at this point just to consciously affirm: *this is how we are and this is how we live.*¹⁶ Rather we must inquire whether we want to continue to live this way.¹⁷ The social freedom of ethical life depends on the individual not only knowing, willing, and doing what *one* does (“*was man tut*”), but knowing, willing and doing, what *we* do. Ethical life cannot be fully realized, that is, in the form of a Heideggerian “they”, but only in the form of a “we” for which an individual can speak first personally. In order for the social to constitute itself in this way, it does not suffice that a multiplicity of individuals works with and against each other and thereby produces a general and common mode of behavior and a system of institutions in which they convene. The needed type of “we” is rather only accessible through an I making a claim to community and venturing to say what *we* know, will, and do.¹⁸ Only through the arrogation of the first-person plural – that is, an individual trying to state what *we* know, will, and do – and only through the necessary, productive political conflict regarding what it is that *we* know, will, and do, is there ethical life. It is true that ethical life only becomes possible where natural subjects are educated and where educated individuals are culturally informed and thereby liberated from their first nature. But ethical life only becomes actual when these same individuals conceive of the social forms of their liberation politically and thereby continue to liberate themselves in and from these social forms.

If that is true, then the third sphere of ethical life that Hegel calls the “state” would have the function of allowing for such a critical appropriation and questioning of the forms of our life that we acquire in family life and in civil society. It is obvious that Hegel’s official account seems to point in another direc-

¹⁶ Cf. Hegel’s anticipation of Wittgenstein’s bedrock formula “So handle ich eben” in his *Philosophy of Right*: “So sind sie – so leben sie” (RPh §147R).

¹⁷ In pursuing this question, we might wonder whether (i) we can actually endorse the way in which our second nature has taken up and transformed our first nature, as well as question whether (ii) the forms of social domination that were established in the course of the production of this second nature undermine the continued process of liberation. Insofar as we are what we are only through education and formation, we might revisit our sense of our inner nature and ask whether our social existence has either simply suppressed it through discipline and normalization or failed to properly develop it by renaturalizing us as the subjects of interest and the competitive spiritual animals of civil society. And as the independent persons we are thanks to the course of this process we have to face the forms of social domination that have seemed necessary to establish and secure this very independence.

¹⁸ For the form of such claims to community see Stanley Cavell, *The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality, and Tragedy*, New York/Oxford 1979, p. 20: “The philosophical appeal to what we say, and the search for our criteria on the basis of which we say what we say, are claims to community. And the claim to community is always a search for the basis upon which it can or has been established. I have nothing more to go on than my conviction, my sense that I make sense. It may prove to be the case that I am wrong, that my conviction isolates me, from all others, from myself. That will not be the same as a discovery that I am dogmatic or egomaniacal. The wish and search for community are the wish and search for reason.”

tion:¹⁹ the state is usually presented as a form of unification or reconciliation of family and civil society, and as a way of finally reaching a unity of individual self-consciousness and general ethical life, which Hegel sees realized, interestingly enough, in a form of monarchy. But from what I have presented here, it should be obvious that this does not fully capture the task of the third sphere of ethical life. This task is not sufficiently characterized by requiring that the state produce a mediated form of unity that reconciles the natural communal unity of the family and the atomistic diversity of the civil society, as well as represent the identity of individual self-consciousness and ethical life. The third sphere of ethical life has a further, even more challenging task. It requires us to supersede the structural limitations shared by both the family and civil society: their quasi natural character and the fact that they enact liberation through social domination. The political sphere has the task of opening up a space in which we can distance ourselves from and reflect on the quasi-natural forms of life that present in the form of an unshakeable ground in the family and that we confront as an external necessity in civil society. The political sphere must therefore facilitate our becoming aware of the socio-historical character, the contingent decisions, and the asymmetries that underlie our second nature and thereby give us the capacity to question our inner and outer social nature. In order to do so, the political sphere needs to institute a political structure that transforms the hierarchies that characterize family and civil society. As we saw, the family involves an asymmetrical, personal relation between parent and child, and civil society is marked by a power asymmetry between the uncontrollable necessities of the social world and the particularities of the individuals that must adapt. The political sphere of the state can only fulfill its task if it implements neither a structure in which the prince is to his subjects as a parent to his children, nor an order in which the state operates as a merely administrative structure that constitutes an impenetrable world of necessities to which the individual members must conform. Whatever the concrete institutional arrangement that might make this possible, in the abstract it seems evident that a structure is required in which we are subject to the laws only insofar as we are also their authors. In his *Philosophy of Right* Hegel grants that some participatory and democratic elements are needed in the state he describes.²⁰ But it is evident that he does not want to

¹⁹ For the diagnosis that Hegel's doctrine of ethical life ultimately fails to account for its irreducible democratic dimension, see Axel Honneth, *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*, New York 2015, pp. 253 ff., 304 ff.

²⁰ This begins already with the corporations of civil society that require a collective participation of their members (RPh §255); it continues in the participatory role of the estates (RPh §314); and it is especially present in Hegel's account of a sphere of public opinion in which "the will and opinions of the people make themselves known" (RPh §316Z). The importance of the public sphere is connected to the specific character of modern ethical life in which "whatever is to achieve recognition [...] no longer achieves it by force, and only to a small extent through habit and custom, but mainly through insight and reasoned argument."

concede that the state that unifies ethical life has to be essentially democratic. In light of the problematic character of the way in which family and civil society bring ethical life about, however, it seems to me that the state would need to include an emphatically political dimension that is open to every subject of ethical life. The idea that an ethical life realizes itself in the form of a second nature thus points to the need for a *politics of second nature*. Hegel's account of ethical life that highlights the far-reaching importance of republican infrastructures in this sense also directs us to the need for a *democratic* dimension of ethical life.

Even though Hegel's own positive conception of the monarchial state seems unable to fully account for this need, we can find it in some of his critical remarks. Hegel explicitly warns us against the liberal mistake of confusing the "state [...] with civil society" by equating "its determination with the security and protection of property and personal freedom." (RPh §258) The state must do more than merely oversee and regulate the functions of civil society, which is the task of agencies Hegel calls the "administration of justice" (RPh §209 ff.) and "police" (RPh §230 ff.) and conceives as components of civil society itself. According to an insight Hegel attributes to Rousseau, the state's true organizing principle is not administration, but rather "the will" – "a principle which has *thought* not only as its form (as with the social instinct, for example, or divine authority) but also as its content, and which is in fact thinking itself." (RPh §258A) If the will is the principle of the state and if the will is a "mode of thought" (RPh §4Z), it is obvious that its function cannot be just to administer or represent a given social order. It has to *think* the order in such a way that it becomes possible to raise the question whether we actually will it in this form, and it has to will it in such a way that this willing is itself a form of thinking.

To reclaim this political dimension of ethical life does not mean that the state is an agent of ubiquitous politicization that subjects everything to the arbitrary will of a contingent sovereign. A state that allows us to ask whether we can in fact appropriate our second nature as an actualization of our freedom certainly needs to establish and protect lasting structures and institutions that make the articulation of such a collective investigation possible. But it has to take into account that even these structures and institutions stand in the service of a complex purpose that requires us to question them where they seem to undermine our ability to think the social forms of our liberation and to continue to liberate ourselves in and from these forms.

(RPh §316Z) On the participatory elements in Hegel's account cf. also: Albrecht Wellmer, "Freiheitsmodelle in der modernen Welt", in: *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne*, Frankfurt a.M. 1993, p. 26.

4.4 Politics of Second Nature

To conclude, let me point out why I think the idea of a “politics of second nature” is remarkable. The main reason it is worth our attention is not that it gives us a point of departure for a critical reactualization of Hegel’s doctrine of ethical life, by revealing a desideratum that Hegel points to, but does not develop. Rather a politics of second nature is instructive for two systematic reasons, one general and one diagnostic. Generally speaking, this conception underlines the fact that any sufficient account of our practical existence inherently involves a political dimension. In order to understand the basic practical operations of spiritual beings, it is not enough only to determine the capacities these beings need in order to act and be responsible for their actions, or to define the institutions that allow for the acquisition of such capacities. We must also understand the structures that allow these practical beings to freely relate to these institutions and the constituted forms of their second nature. To be a free being means not only to have second natural powers and be in a position to execute them; it is also not exhausted by achieving the status of a free being within a community. One must also be able to relate to one’s own form of being practical in a critical and free way. To be free is thus not just to have certain powers or to be recognized as having a certain status, but involves enjoying the authority to co-determine what such a status entails.²¹

Diagnostically, the concept of a politics of second nature is productive because it provides a better understanding of two paradigms of politicization that are especially important in our contemporary world: forms of critique of liberal strategies of depolitization, on the one hand, and forms of identity politics, on the other hand. To reclaim the necessity of a politics of second nature involves, first, questioning a liberal understanding of politics as wholly exhausted by the careful administration of civil society. To elaborate the form of a politics of second nature reveals, secondly, why the identity politics and struggles for recognition that we have seen in recent decades cannot be dismissed as a form of exaggerated politicization occurring in societies that have lost track of their real problems. Bearing the idea of a politics of second nature in mind allows us to see such struggles as expressing a crucial political dimension of modern ethical life: these struggles are concerned with achieving liberation from forms of social nature in which liberation has itself become coercive. On the one hand, such

²¹ It is often assumed that it distinguishes the republican concept of freedom that it defines freedom not in terms of the actual execution of individual capacities, but rather as a social status: that of the *liber homo* in opposition to the *servus*. It seems plausible that for Hegel, too, freedom is not an individual feature, but a social status. But given the analysis of ethical life that we have retraced, such a status cannot be one that one merely passively receives. In order for the status to be the status of a *free* being, it has to be a status the form and content of which is up to those who recognize each other as having it.

struggles aim for a liberation *from forms of life*, fixed identities to which we were tied by the natural ethical life of the nuclear family, the spiritual animal kingdom of civil society, and their political institutionalization; on the other hand, such movements strive for the liberation *into new forms of life* and new ways of being that have emerged in family life and civil society but have yet to be acknowledged and appropriated as modes of ethical life.²²

Against this background, it should also be clear that a politics of second nature need not be understood in a centralistic or dirigistic sense. The political dimension of ethical life that is given a voice in the democratic institutions of the modern state takes up conflicts and struggles that arise in the other spheres of ethical life. In these struggles, the politically secured rights, claims, and forms are experienced as being in tension with a life we have already begun living – with our family structures and intimate relations, with the forms of co-operation and sharing that have emerged, with the modes of socialization and organization we live in and with the way in which we relate to our bodies and machines, our spaces and worlds. If the political sphere has a specific, even privileged position in ethical life, it is because the communicative cooperation in this sphere is primarily directed at the dissolution of the merely given, the ‘removal of what is taken for granted’.²³ The task of the state is therefore not the institutionalization of a sovereign position that makes ethical life a matter of arbitrary discretion. Its task is rather the “institutionalization of reflexivity” by means of which we can take up and find space for struggles that have already begun in the spheres of ethical life. The state does not rule over ethical life, it elaborates the political dimension of ethical life itself.

²² It is a particularly interesting feature of contemporary identity politics how ambiguously “nature” figures in them. On the one hand, these struggles question the normalizing naturalization with which ethical life marginalizes deviant forms of life; on the other hand, many of these struggles make positive reference to an individual nature that has been misrepresented or disavowed in the conventional forms of socially accepted behavior. A dialectical conception of second nature as the one presented in Hegel can help us understand the ambiguous status of “nature” in these struggles more thoroughly.

²³ Cf. Axel Honneth, *Freedom’s Right*, pp. 331–332: “For the sake of this institutionalized reflexivity, in which communicative interaction only serves to remove what is taken for granted, the political-democratic sphere enjoys a certain priority over the other spheres of action that likewise thrive on ideas of social freedom. In public will-formation, everything that has been withdrawn from discussion due to misdevelopments or political oppression should be made an issue.”

VI. Menschenwürde und Menschenrechte

VI.1

Das Dilemma einer Begründung von Menschenrechten

Kurt Seelmann

Subjektive Rechte, die allen Menschen zustehen, nennen wir Menschenrechte. Wer solche Menschenrechte begründen will, der gerät allerdings in ein Begründungsproblem: Entweder sind diese Rechte in irgendeiner Art „vorstaatlich“, gar „natürlich“ oder vernunftbegründet – also muss sie der Staat anerkennen und sie sind folglich auch in Demokratien „mehrheitsresistent“. Diese Sicht der Dinge führt aber zu einem Konflikt mit dem Prinzip der Volkssouveränität, wonach in einer Demokratie die Mehrheit Recht hat, einfach weil sie die Mehrheit ist. Könnte man dann vielleicht gerade umgekehrt *diese Mehrheitsentscheidung* der Begründung von Menschenrechten zugrunde legen? Menschenrechte würden dann ihre Existenz gerade dem menschlichen Gesetzgeber verdanken und nur ihm allein, sie wären in der Demokratie also aus dem Mehrheitswillen entstanden – und könnten so allerdings jederzeit durch eben diese Mehrheit wieder abgeschafft werden. Das nun verträgt sich aber schwer mit unseren Vorstellungen vom Rechtsstaat und seiner Fundierung durch unverlierbare und seit der Spät-Aufklärung auch unveräußerliche Rechte.

Will man, um diesem Dilemma zu entgehen, die Menschenrechte weder vorstaatlich, also naturrechtlich, noch aus dem Mehrheitswillen, also positivistisch, begründen, so ist man zunächst einmal um die Lösung verlegen. Als Ausweg bietet sich nur auf den ersten Blick eine Art von positiv-rechtlicher sog. „Ewigkeitsgarantie“ an, ein Sich-selbst-auf-Dauer-Stellen des positiven Rechts für einige Fundamentalnormen, wie es das deutsche Grundgesetz für seine Artikel 1 und 20 versucht. Das ist rechtstheoretisch aber wohl eher nur gut gemeint als wirklich gut durchdacht. Mehr als dass aus der Sicht der bisherigen Verfassung eine Revolution stattgefunden hätte, lässt sich an der Nichteinhaltung eines derartigen Versprechens ewiger Geltung nicht festmachen. Eine über einen psychologischen Effekt hinaus reichende Geltungs-Begründung für die Menschenrechte könnte also auch eine auf diese Menschenrechte erstreckte positiv-rechtlich ausgesprochene Ewigkeits-Garantie nicht leisten.

Empfohlen wird angesichts dieser prekären Situation heute nicht selten ein anderer – wie man hofft erfolgversprechender – Ausweg aus dem Dilemma: Man sucht die *Menschenrechte* aus der *Menschenwürde* zu begründen. Dieser Weg über die Menschenwürde stand historisch *nicht* am Anfang der Begründungsversuche für Menschenrechte im späten 18. Jahrhundert. Am Anfang stand viel-

mehr zunächst die Frage nach der *selbständigen* Begründung der Menschenrechte und später erst, im 20. Jahrhundert, kam der Versuch einer Ableitung der Rechte aus der Würde hinzu, beispielhaft in Art. 1 Abs. 2 Grundgesetz, wonach sich das deutsche Volk „darum“, also wegen der Unantastbarkeit der Menschenwürde, zu den Menschenrechten bekenne.

Geht man nun diesen Begründungs-Weg über die Menschenwürde, so könnte sich allerdings herausstellen, dass man zunächst einmal das Begründungsproblem nicht zum Verschwinden bringt, sondern nur verschiebt und dass man nun – angenommen der Ableitungszusammenhang als solcher zwischen Menschenrechten und Menschenwürde lasse sich halten – den Schutz der Menschenwürde begründen muss. Stimmt es vielleicht, dass der Rekurs auf die Menschenwürde zur Begründung der Menschenrechte, wie es Tatjana Hörnle illusionslos formuliert, „lediglich kreisförmig zum selben Problem zurück“¹ führt?

Ich möchte die These aufstellen, dass dies nicht so sein muss. Genau betrachtet, soll hier im Folgenden gezeigt werden, hat sich durch diese Verschiebung der Begründungslast von den Rechten auf die Würde nicht nur der Ort der Begründung, sondern auch die Begründungsstruktur selbst auf grundlegende Weise geändert. Zwar zeigt die Menschenwürde in ihrer Erscheinungsform seit der Mitte des 20. Jahrhunderts eine immer stärkere Annäherung an ein subjektives Recht und hat nicht mehr wie in der Tradition zuvor entweder Differenzen (etwa zum Tier) oder Pflichten (sich der Würde entsprechend zu sich selbst zu verhalten) zum zentralen Gegenstand. Vielmehr begreift man die Menschenwürde heute, eben seit der Mitte des 20. Jahrhunderts, in erster Linie als einen subjektiven Anspruch, als ein Recht auf Achtung der Würde durch den Staat selbst und auf staatlichen Schutz vor Würdeverletzungen durch Dritte. Dennoch ist die Trägerschaft einer Würde, wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird, doch etwas anderes als einfach nur ein Recht. Es ist ein Status, an dem eine Fülle von Rechten hängt und der einer anderen Begründung bedarf und auch fähig ist als die Begründung von Rechten. Der Status der Menschenwürde ist unvermeidlich Resultat eines Aktes der Zuerkennung – aber keiner Zuerkennung kontingenter, etwa kontraktualistischer Art, die auch unterbleiben könnte, und doch ist dieser Status auch eben so wenig in objektiven Werten begründet. Man kann, wie in den folgenden Überlegungen zu demonstrieren sein wird, über die Menschenwürde als Begründung der Menschenrechte das Bestehen eines Dilemmas von Naturrecht und Volkssouveränität in Zweifel ziehen und braucht gleichwohl dadurch noch nicht in einen infiniten Regress von Rechten zu geraten.

¹ Tatjana Hörnle, „Menschenrechte als universelle Rechte?“, in: Kurt Seelmann (Hg.), *Menschenrechte – Begründung – Universalisierbarkeit – Genese, Colloquium Rauricum XV*, Berlin/Boston 2017, S. 23 ff., 30.

1.1 Das Begründungsproblem der Menschenrechte

Die einführend angesprochenen Punkte sind nun im Einzelnen zu betrachten: Beginnen wir mit dem Begründungsproblem der Menschenrechte auf der Basis der heutigen rechtsphilosophischen Debatte.

Wenn man von Menschenrechten spricht, oft mit dem Zusatz, sie seien „angeboren“ oder bestünden „von Natur“, so greift man damit nicht selten ganz traditionelle Naturrechtsmuster auf. Das kann über Intuitionen geschehen, wonach solche allen Menschen zukommenden Rechte schlicht unser natürliches Erbe seien, mit dem wir bereits geboren würden und das unser Menschsein ausmache. Das reicht aber heute auch denjenigen Autoren, die sich der Naturrechtstradition verbunden fühlen, gewöhnlich als Begründung nicht mehr aus. Man kann zu einer naturrechtlichen Begründung der Menschenrechte deshalb auch, wie dies in neuerer Zeit häufiger geschieht, etwas anspruchsvoller auf vertragstheoretische oder diskurstheoretische Zugänge zurückgreifen.

Geht man zur Begründung von Menschenrechten vertragstheoretisch vor, so argumentiert man z.B. damit, dass Menschen in einem hypothetischen Zustand des Nichtwissens über ihre konkrete Situation in der Gesellschaft eine politische Verfassung mit Menschenrechten und Grundfreiheiten auswählen würden – der Weg von John Rawls – oder aber, dass Menschen einen Gewaltverzicht „austauschen“ und so einander Menschenrechte zuerkennen – der Vorschlag von Otfried Höffe. Der Unterschied liegt darin, dass die zwei Aristotelischen Typen von Gerechtigkeit separiert werden und Rawls vertragstheoretisch mit der *austeilenden* Gerechtigkeit, Höffe mit der *ausgleichenden* Gerechtigkeit argumentiert.

Stellt man schließlich mit Jürgen Habermas auf eine diskurstheoretische Begründung von Menschenrechten ab, so fragt man, was Menschen in einer Situation freien und gleichberechtigten Diskutierenkönnens – und orientiert an der Verallgemeinerbarkeit ihrer Vorstellungen – empfehlen würden, und gelangt auf diese Weise wieder zu den Menschenrechten.

Nun gerät aber jede naturrechtliche Begründung von Menschenrechten mit dem Prinzip der Volkssouveränität und damit der Demokratie in eine schwierige Konfliktlage. Woraus, an der Volkssouveränität vorbei, sollen denn die Menschenrechte kommen? Versteckt sich nicht, pragmatisch gesehen, hinter einer naturrechtlichen Argumentation eine Auslagerung von Inhalt und Begründung der Menschenrechte auf die Spezialisten der Rechtsphilosophie? Verteidiger des Prinzips der Volkssouveränität hegen nicht selten diesen Verdacht.² Sollen also Menschenrechts-Fachleute entscheiden und nicht die Repräsentanten des Volkes? Wer aus Gründen der Volkssouveränität all diesen Versuchen einer

² Vgl. dazu Gret Haller, *Menschenrechte ohne Demokratie? Der Weg der Versöhnung von Freiheit und Gleichheit*, Berlin 2012.

überpositiver Verankerung deshalb eher skeptisch gegenübersteht, wird darauf verweisen, dass die Menschenrechte, so oder so, Menschenwerk seien. Genauer seien sie das Werk entweder dazu demokratisch legitimierter menschlicher Gesetzgeber, welche die Menschenrechte in nationalen oder übernationalen Gesetzgebungsprozessen zu positivem Recht gemacht hätten – oder aber menschlicher Theoretiker, sozusagen platonischer Philosophen-Könige im modernen Gewande. Man hat so, würde der Positivist sagen, ohnehin nur die Auswahl unter zwei Arten des Positivismus. In der Überzeugung von der Unvermeidbarkeit der eigenen Position steht übrigens der Naturrechtler dem nicht nach, wenn sich die Entscheidung für ihn als eine zwischen Volkssouveränitäts-Naturrechtlern und Individualrechts-Naturrechtlern stellt und er darauf insistiert, dass auch die Entscheidung für den Positivismus sich nicht positivistisch begründen lässt.

Indessen ist mancher vielleicht versucht zu fragen: Stellt sich das Problem überhaupt noch so grundsätzlich? Oft wird nämlich seitens der Positisten gegenüber den Naturrechtlern beruhigend hinzugefügt, dass heutzutage die Menschenrechte doch allesamt national und international positiviert seien und man deshalb auch ohne Naturrecht nicht in Sorge um die Geltung der Menschenrechte geraten müsse. Der Behauptung von der Unbegründbarkeit des Naturrechts wird also seitens der Positisten noch der Hinweis auf die Überflüssigkeit dieses Naturrechts für Geltung und Wirksamkeit der Menschenrechte hinzugefügt.

Allerdings führt auch diese anti-naturrechtliche Position in Schwierigkeiten: Was würde dann die besondere Bedeutung von Menschenrechten ausmachen, wenn diese in lediglich kontingentem menschlichen Recht beständen? Was spräche dann noch zwingend dagegen, sie für jederzeit mit Mehrheitsentscheid aufhebbar zu halten und auch tatsächlich aufzuheben? Die moderne staatsphilosophische Debatte geht in Teilen schon seit dem 16. Jahrhundert von der Idee unverlierbarer, also vom Staat oder von Dritten nicht anfechtbarer Rechte aus und behauptet darin sogar die Basis des modernen Staates, und seit dem 18. Jahrhundert kommt der Gedanke der Unveräußerlichkeit bestimmter individueller Rechte hinzu, man darf grundlegende Rechte also auch nicht selber aufgeben, darf sich also z.B. nicht einmal mit eigenem Willen in die Sklaverei verkaufen – was schon bei Solon zu lesen ist. Ein solches inzwischen auch weitgehend unseren Alltag bestimmendes Verständnis von Recht geriete als Konzept in eine Schieflage, wären Menschenrechte einfach nur positives Recht wie jedes andere von einem menschlichen Gesetzgeber erlassenes Recht.

Mit naturrechtlichen wie mit rechtspositivistischen Positionen gerät man also bei den Menschenrechten in schwer lösbare Schwierigkeiten. Soll man also vielleicht *beide* Positionen verabschieden? Kann man das überhaupt? Versuche dazu gibt es.

Empfohlen³ wird heute nicht selten, etwa bei Richard Rorty,⁴ sich in einer Art von *Mitleidsethik* auf unsere und des Gesetzgebers Intuitionen zu verlassen und auf „Foundationalism“, wie es kritisch genannt wird, also auf „Begründerei“, so könnte man übersetzen, ganz zu verzichten. Diese Hoffnung auf Menschenrechte aus Mitleid ist aber, um einmal auf dieser praktischen Ebene zu bleiben, politisch, etwa gegenüber menschenrechtskritischen Despoten, erfahrungsgemäß unenergiebig und rechtsphilosophisch, also für die Suche nach Gründen, bleibt diese Hoffnung unbefriedigend.

Auch auf *Bedürfnisse* als universelle anthropologische Gegebenheiten abzustellen und etwa das in allen Kulturen vermutlich übereinstimmende Bedürfnis nach Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit zugrunde zu legen, führt nur sehr bedingt weiter. Denn so wie es den rechtlichen Lebensschutz gibt, gibt es auch immer allerlei – und keineswegs ganz übereinstimmende – rechtfertigende Ausnahmeregeln dazu. Gerade diese Ausnahmen aber sind es, welche die Realität unseres Lebensschutzes bestimmen. Über das grundsätzliche Lebensrecht eines jeden einigt man sich schnell – wann es ausnahmsweise nicht gilt, etwa in der Notwehr oder in bewaffneten Konflikten, ist schon schwerer zu entscheiden und aus der Anthropologie auch viel komplizierter herzuleiten. An der Suche nach einer normativen Begründung führt also doch kein Weg vorbei.

1.2 Rückgriff auf die Menschenwürde?

Könnte nun ein Rückgriff auf die Menschenwürde aus diesem Dilemma helfen?

Fast wie ein Befreiungsschlag musste es angesichts der Begründungsprobleme erscheinen, als man auf Versuche stieß, Menschenrechte in einer Weise zu begründen, die weder rein naturrechtlich noch rein rechtspositivistisch aber dennoch normativ erschien – nämlich indem man die Menschenrechte auf die Menschenwürde als deren Grund und damit eben als deren Begründung zurückführte.

Schon das deutsche Grundgesetz thematisiert diesen später auch international aufgenommenen Zusammenhang von Menschenrechten und Menschenwürde, indem es sich in Art. 1 Abs. 2 zu den Menschenrechten wegen der in Art. 1 Abs. 1 geschützten Menschenwürde, bekennt und damit, verglichen mit der Geschichte der Menschenrechtsdebatte davor, eine ganz neuartige Begründung vorgibt. Allerdings wird diese Ableitung im Grundgesetz, den Üblichkeiten heutiger Gesetzgebung folgend, nicht näher expliziert – obwohl der Zu-

³ Zu diesen Empfehlungen Tatjana Hörnle, Menschenrechte, S. 32 ff.

⁴ Richard Rorty, „Human Rights, Rationality and Sentiments“, in: Stephen Shute/Susan Hurley (Hg.), *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, New York 1993, S. 112, 116.

sammenhang ja alles andere als selbst-explikativ erscheint und etwa in der europäischen Charta der Grundrechte in ihrer Präambel so nicht enthalten ist.

Wo aber *in der Literatur* die Menschenrechte aus der Menschenwürde begründet wurden, geschah dies nicht selten mit einer Begrifflichkeit, die an Hannah Arendt anknüpfte. Menschenwürde sei ein Recht, Rechte zu haben,⁵ oder, noch bündigter mit den auch sehr häufig zitierten Worten von Christoph Enders, ein „Recht auf Rechte“.⁶ Der Zusammenhang lässt sich dann dahingehend formulieren: Man hat (Menschen-)Rechte, weil man ein Recht auf solche Rechte hat. Als Träger von Menschenwürde hat man ein Recht auf einen Status, zu dem das Rechte-Haben, das Rechtssubjekt-Sein, gehört.

Nun ist diese Begründung der Menschenrechte aus der Menschenwürde, bei der letztere als eine Art „Meta-Recht“ verstanden wird, nicht unumstritten – ja eines der Hauptprobleme der neueren Debatte über die Menschenwürde betrifft gerade unterschiedliche Verständnisse von einer Begründung der Menschenrechte durch die Menschenwürde.

Verschaffen wir uns einen kurzen Überblick über die insoweit angebotenen Varianten:⁷ Zum einen werden – aus der Sicht ihrer Gegner reduktionistisch genannte – Theorien angeboten, denen zufolge die Menschenwürde identisch sei mit den Menschenrechten oder aber die Menschenwürde einen Teilbereich der Menschenrechte zu einem Begriff bündele. Zum anderen gibt es Kern-/Schale-Modelle, nach denen ein Kernbereich eines jeden Menschenrechts in den Bereich der Menschenwürde falle. Andere verstehen den Grund, den die Menschenwürde für die Menschenrechte bilde, im Sinne einer ratio essendi, als Ursache, wieder andere als Grund im Sinne einer Rechtfertigung mit Argumenten. Vorgeschlagen wird auch eine „funktionale Grund/Folge-Beziehung“, wonach die Menschenwürde die „Basis“ der Menschenrechte sei, in dem Sinn, dass die Menschenrechte dazu da sind, die Menschenwürde zu schützen.

Welche Art des Begründungsverhältnisses hier vorzugswürdig sein könnte, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden. Die Modelle sollten nur zeigen, dass die Ableitbarkeit der Menschenrechte aus der Menschenwürde inzwischen zu einem weiten Diskussionsfeld geworden ist.

Der Versuch einer solchen Begründung der Menschenrechte aus der Menschenwürde ist, wie schon kurz erwähnt, allerdings relativ neu. Schon an die zwei Jahrhunderte wurde über die Menschenrechte und ihre Herleitung debattiert, bis überhaupt die Menschenwürde zum Gegenstand einer rechtlichen Abwehrposition gemacht wurde. Solange Würde nur, wie in den Würdelehren

⁵ Hannah Arendt, „Es gibt nur ein einziges Menschenrecht“, in: Otfried Höffe u.a. (Hg.), *Praktische Philosophie/Ethik, Reader*, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1981, S. 152 ff., 158.

⁶ Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG*, Tübingen 1997, S. 503.

⁷ Vgl. dazu den Überblick bei Markus Stepanians, „Gleiche Würde, gleiche Rechte“, in: Ralf Stoecker (Hg.), *Menschenwürde. Annäherung an einen Begriff*, Wien 2003, S. 81 ff.

der Renaissance, ein hierarchischer Statusbegriff war, der Menschen von Tieren oder anderen Menschen niedrigeren Rangs unterschied, oder aber ein Pflichtbegriff, der, wie von einigen Autoren des deutschen Idealismus, Menschen auch auf ihre Würde verpflichtete,⁸ gab es keinen Anlass dafür, Menschenrechte und Menschenwürde in eine Nähe zueinander oder gar in ein Verhältnis der Ableitung voneinander zu bringen. Offenbar bedurfte es erst der historischen Erfahrung völliger Rechtlosigkeit bei Menschen, die vordem durchaus gewohnt waren, in der Kategorie subjektiver Rechte zu denken, um ein begriffliches Bedürfnis nach jener Position zu erwecken, die man als „Recht, Rechte zu haben“ kennzeichnen kann.

Damit stellt sich scheinbar nicht mehr die Frage, ob *Menschenrechte* naturrechtlich oder positiv-rechtlich begründet sind, denn die Menschenrechte haben so oder so ihre Begründung in einem Begriff der Menschenwürde: sei es aus einem überpositiven Begriff von Würde oder sei es aus der Verfassung oder einer internationalen Vereinbarung zwischen all den Staaten, welche die Menschenwürde ausdrücklich schützen bzw. sich den Pflichten aus einem internationalen Würdeschutz unterwerfen.

1.3 Begründung des Würdeschutzes

Mit diesem Versuch der Ableitung der Menschenrechte aus der Menschenwürde ist aber die Begründungsproblematik noch nicht gelöst, sondern nur zunächst einmal weitergereicht.

Denn nun, wenn man überhaupt die Begründbarkeit der Menschenrechte aus der Menschenwürde für möglich hält, stellt sich die Folgefrage, wie man denn dann die *Menschenwürde* begründen könne. Letztlich, so scheint es also, hat man mit der besonderen Auszeichnung der Menschenwürde die Begründungsfrage nicht beantwortet, sondern nur verschoben. Nun gilt es, für die *Menschenwürde* jenes Dilemma aufzulösen, das sich bei den *Menschenrechten* gestellt hat, nämlich das zwischen naturrechtlicher und rechtspositivistischer Begründung. Hat die Menschenwürde eine naturrechtliche Begründung oder ist ihr Schutz eine kontingente menschliche Entscheidung? Auch das wird, zunächst ganz parallel zur Situation bei den Menschenrechten, in der Tat seit langem kontrovers diskutiert.

⁸ Zu diesen beiden Begründungsvarianten aus früherer Zeit vgl. einerseits die Beiträge in Rolf Gröschner/Stephan Kirste/Oliver W. Lembcke (Hg.), *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*, Tübingen 2008, sowie andererseits Georg Lohmann, „Menschenwürde als ‚Basis‘ von Menschenrechten“, in: Jan. C. Joerden/Eric Hilgendorf/Felix Thiele (Hg.), *Handbuch Menschenwürde und Medizintechnik*, Berlin 2012, S. 179 ff., 180 f.

Auf der einen Seite steht die seit den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts sogenannte „Mitgifttheorie“, der zufolge der Schutz der Menschenwürde allen Menschen von Natur aus zukommt. Menschenwürde sei etwas Angeborenes und der Begriff verliere gänzlich seine Funktion, wenn er zur Disposition der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft gestellt werde. Eine von Menschen gemachte Norm, ein positives Gesetz, könne keine absolute Schranke für Demütigungen anderer sein – diese Aufgabe erfülle nur eine Menschenwürde, die eine „Mitgift“ aller Menschen und somit von allen Menschen zwingend zu berücksichtigen sei.

Dem stehen häufig „Anerkennungstheorien“ genannte Auffassungen gegenüber, die den Schutz und die Achtung der Menschenwürde als Resultat einer menschlichen Entscheidung einschätzen. Besser würde man vielleicht von „Zuerkennungstheorien“ sprechen, denn darum geht es: Menschenwürde ist danach etwas, was Menschen einander wechselseitig zuerkennen. Genauer: Menschenwürde können wir nach diesen auf die wechselseitige Zuerkennung abststellenden Konzeptionen entweder bei Einzelnen oder Allen respektieren oder auch nicht – und nur wenn wir sie respektieren, „gibt es“ so etwas wie Menschenwürde.

Somit haben wir bei der Menschenwürde zunächst einmal dieselbe Ausgangssituation wie bei den Menschenrechten – es gibt einen Streit zwischen naturrechtlichen und rechtspositivistischen Positionen um die normative Begründung dieser Menschenwürde.

1.4 Wiederholung des Begründungsproblems?

Dennoch, das ist die zu belegende These, wiederholt sich bei der Menschenwürde nicht einfach das Begründungsproblem, das wir von den Menschenrechten kennen.

Denn der bei der Menschenwürde geschützte Status eines Rechts auf Rechte unterscheidet sich doch erheblich von dem des Innehabens einzelner Rechte, und sei es auch vieler solcher einzelner Rechte.

Doch wie begründet sich dann der Würdeschutz? Der Status eines Rechts, Rechte zu haben, ist nichts anderes als der Status der Person – Person verstanden in ihrer rechtlichen Bedeutung als ein wechselseitig anerkannter tauglicher Inhaber von Rechten und Pflichten, also als Rechtssubjekt. Die Erforderlichkeit der Zuweisung dieses Personbegriffs an alle Menschen also ist es, die einer Begründung bedürfte, wenn man die Menschenwürde begründen will.

Eine solche Begründung scheint mir drei Erfordernisse zu haben: Sie hat zum einen *vorkontraktualistisch* zu sein, sie muss zum anderen die *Konstitution* der Person erklären und drittens steht die Personbegründung im Rahmen einer *Normbegründung*.

Die Begründung ist zunächst einmal *vorkontraktualistisch*. Der erwähnte Status der Person oder des Rechtssubjekts ist für das Innehaben einzelner

Rechte bereits vorausgesetzt – so wie er vorausgesetzt ist auch für das Eingehen von Verträgen, und das heißt rechtsphilosophisch auch für den Kontruktualismus, der folglich seinerseits nicht für eine Würdebegründung ausreicht. Die Legitimation der Gesellschaft und einzelner ihrer Aspekte durch eine Überprüfung anhand des Kriteriums, ob man sich auf einen bestimmten Zustand auch als Vertragspartner einigen würde oder hätte einigen können, setzt die Person bereits voraus. Solche kontraktualistischen Positionen mögen – wir haben es bei den Menschenrechten gesehen – dazu dienen, Motive für bestimmte Menschenrechte anzugeben. Was der Kontruktualismus aber nicht vermag, ist das Entstehen von Personen und deren Normgehorsam zu begründen – da der Kontruktualismus immer schon und begrifflich notwendig an fertige Personen anknüpft, die sich als solche auf etwas einigen – denn ohne fertige Rechtssubjekte zu sein könnten sie sich rechtlich nicht einigen. Der Kontruktualismus ist so noch nicht einmal in der Lage, das „*pacta sunt servanda*“ ohne infiniten Regress zu begründen. Denn eben dieses „*pacta sunt servanda*“ gilt selbst nur unter der Voraussetzung des „*pacta sunt servanda*“ und so weiter.⁹

Will man den Personstatus und damit auch die Trägerschaft von Menschenwürde für alle Menschen begründen, so muss man sich deshalb auf einen anderen Begründungsweg einlassen, der vor jedem Kontrakt ansetzt, nämlich am Prozess der Konstitution der Person. Dieser Begründungsweg müsste also die *Konstitution* der Person erklären. Man müsste für diesen Weg der Begründung eine Philosophie der Interaktion zugrunde legen, welche gleichwohl die beschriebenen Nachteile des Kontruktualismus nicht hat. Das Interaktionsmodell müsste hierfür darauf verzichten, fertige Personen von vornherein in eine Rechtsbeziehung zueinander zu setzen und müsste vielmehr den *Prozess* des Rechtssubjekt-Werdens und seine Bedingungen beschreiben. Menschen werden zu Personen dadurch, dass sie einander wechselseitig als freie und an Rechten gleiche Personen anerkennen. Denn die beiden Alternativen sind nicht zielführend: Wer sich vom Anderen unterdrücken lässt, fällt als Sklave aus dem Personstatus heraus – und wer seinerseits den Anderen zum Sklaven machen will, bekommt von diesem Sklaven nur eine sklavische Anerkennung, die ihm ebenfalls keinen Personstatus verschafft. Die einzige Möglichkeit für beide, den Personstatus zu erlangen, besteht also darin, dass sie lernen, einander als frei und in dieser Freiheit als rechtlich gleich anzuerkennen. Es ist, so würde man heute sagen, das Zustandekommen einer Art von reflexivem Überlegungs-Gleichgewicht zwischen anerkannten Prinzipien- und Erfahrungs-Urteilen, das da in einem Lernprozess ablaufen muss.

Die Überlegungen zur Konstitution des Rechtssubjekts greifen aber noch über dieses zunächst vereinfachte Zweiermodell hinaus. Man gelangt durch

⁹ Zu diesen Problemen des Kontruktualismus vgl. Kurt Seelmann/Daniela Demko, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., München 2014, S. 188 ff.

diese Theorie wechselseitiger Anerkennung zugleich zu einer „Theorie doppelter Anerkennung.¹⁰ Damit ist gemeint, dass durch ein und denselben Akt der Anerkennung eine doppelte Wirkung entsteht: Menschen erkennen einander gegenseitig als frei und gleich an und werden dadurch zu Personen, also im Rechtsverkehr zu Rechtssubjekten. Insofern sie einander als Rechtssubjekte anerkennen, anerkennen sie aber auch den hierfür notwendigen institutionellen Rahmen, und das heißt diejenigen *Normen*, die ihnen allen das Leben als Rechtssubjekte erlauben. Derselbe Erfahrungsprozess lässt den Handelnden und sein Gegenüber zu Personen werden und begründet zugleich die Normen und die Notwendigkeit des Normgehorsams insoweit, als dies das Zusammenleben von Rechtssubjekten erfordert.

Frage man auf dieser Basis nach der Begründung von Menschenwürde, diese verstanden als ein Recht auf Rechte, also auf den Status einer Person oder eines Rechtssubjekts, so entgeht man dem Dilemma eines Entscheiden-Müssens zwischen zwei je für sich genommen problematischen Positionen, einer naturrechtlichen und einer rechtspositivistischen Position: Menschenwürde ist ein Status, der durch wechselseitige Anerkennung als frei und mit den Anderen gleich zustande kommt – insofern hat die sog. Anerkennungstheorie der Menschenwürde recht.

Jedoch ist dieses wechselseitige Anerkennen nicht contingent, sodass man in der Rechtsordnung leben und dieses Anerkennen doch zugleich unterlassen könnte, sondern das hier in seinem Voraussetzungen und Folgen beschriebene Anerkennen ist für die Rechtsordnung konstitutiv. Einander als Rechtssubjekte anzuerkennen und gerade durch diesen Akt auch die hierfür erforderlichen Rechtsnormen anzuerkennen, ist Voraussetzung eines Lebens in einer freiheitsbasierten Rechtsgemeinschaft – denn nur durch die Akte des Anerkennens als frei und gleich kommen Rechtssubjekte und Rechtsnormen zustande. Eine rein konsequentialistische Ordnung, die ohne diese Anerkennung und damit auch ohne Respektierung eines unverletzlichen Kernes von personalem Eigenwert alle Rechte unter Nützlichkeitsgesichtspunkten gegeneinander verrechnen würde, deren zentrale Norm sozusagen ein rechtfertigender Notstand ohne Angemessenheitsklausel wäre, würde sich selbst aufheben. In ihr würden die Güter und Pflichten nicht rechtsförmig, sondern interessenorientiert verteilt, und nicht einmal eine Hierarchie der Interessen wäre in ihr zu begründen.

Darin ist deshalb der „Mitgift“-Theorie der Menschenwürde Recht zu geben, dass das Anerkennen *notwendig* ist – notwendig aber nicht schlechthin, sondern notwendig unter der Voraussetzung des Lebens in einer freiheitlichen Rechtsgemeinschaft, das ohne Rechtssubjekte im emphatischen Sinn einander wechselseitig Anerkennender nicht gedacht werden kann.

¹⁰ Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, S. 198 ff. mit weiteren Nachweisen.

1.5 Schluss

Somit kommen wir zurück zur Ausgangsfrage: Wie lassen sich Menschenrechte begründen, ohne dass man in ein nicht auflösbare Dilemma von jeweils schon für sich genommen problematischen naturrechtlichen oder rechtspositivistischen Positionen gerät? Der Lösungsvorschlag besteht darin, dass man die Begründung der Menschenrechte in den Menschenrechten systematisch vorausgesetzten Menschenwürde sucht. Will man dort nicht wieder auf das entsprechende Dilemma stossen, wird man sich auf das reflexive Gleichgewicht einer Anerkennungslehre beschränken müssen.

Schon dieses Maß an Begründung aber ist mehr, als eine schrankenlose Konzeption von Volkssouveränität hinzunehmen bereit sein könnte. Volkssouveränität – wenn diese vereinbar sein soll mit der Herrschaft des *Rechts*, muss also den empirischen Volkswillen notfalls normativ dahingehend einschränken, dass Menschenwürde und folglich Menschenrechte geachtet und geschützt werden.

VI.2

Echo des Naturrechts? Menschenwürde, Menschenrechte und Demokratie

Georg Lohmann

Die Menschenrechte liegen in historisch unterschiedlichen Konzeptionen¹ vor. Gegenwärtig dominant und geltend ist die *internationale Konzeption*, die nach dem 2. Weltkrieg im Rahmen des Völkerrechts deklariert und durch internationale Verträge und teilweise in nationalen Verfassungen institutionalisiert worden ist. In ihr taucht zum ersten Mal der Begriff Würde im Kontext der Menschenrechte auf, zuerst nur als mit den Rechten gleichgestellt erwähnt,² seit den internationalen Menschenrechtspakten von 1966 aber als begründend für die Menschenrechte bestimmt.³ So hatte auch schon das deutsche Grundgesetz 1949 die Beziehung zwischen Würde und Menschenrechten gesehen. Das war in vielerlei Hinsichten eine Neubestimmung von „Menschenwürde“,⁴ im Unterschied zu den beiden bisherigen Arten, von Würde zu sprechen: „Würde“ einmal als sozial-kulturelle, *besondere Würden* (z.B. Amtswürden) *einiger* oder als ethische oder religiöse *allgemeine Würde aller Menschen*.⁵

In welchem Sinne kann oder soll man diese begründende Bestimmung der „neuen“ Menschenwürde für die Menschenrechte verstehen? Die Dokumente sprechen auch von „angeborener“ oder „innwohnender“ Würde, und das lässt vermuten, dass, wie schon in den nationalen Konzeptionen der Menschenrechte, die Frage nach ihrer Begründung, trotz der Skepsis gegenüber dem Naturrecht, quasi naturrechtliche Antworten gefunden hatte. Ist also die „Menschenwürde“

¹ Ich unterscheide *nationale* Konzeptionen (am Ende des 18. Jh.), eine *internationale* (nach 1945) und eine zufordernde *transnationale* (als Antwort auf die Globalisierung), siehe Georg Lohmann, „Different Conceptions and a General Concept of Human Rights“, in: *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, 8, 3 (2015), S. 369–385.

² „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren“, heißt es in der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* (AEMR), Art. 1 von 1948; ähnlich schon in der Präambel der *Charta der Vereinten Nationen* von 1945.

³ In beiden Pakten heißt es in der Präambel: Die Vertragsstaaten vereinbaren „... in der Erkenntnis, daß sich diese Rechte aus der dem Menschen innenwohnenden Würde herleiten“, ... „folgende Artikel“, *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte* (IPbpR) oder *Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (IPwslR).

⁴ Ich spreche im Folgenden von „Menschenwürde“, wenn ich den Würdebegriff der internationalen Konzeption meine.

⁵ Zu diesen unterschiedlichen Würdekonzessionen siehe Georg Lohmann, „Was umfasst die „neue“ Menschenwürde der internationalen Menschenrechtsdokumente?“, in: Daniela Demko/Kurt Seelmann/Paolo Becchi (Hg.), *Würde und Autonomie*, Stuttgart 2015, S. 15–39.

ein postnationales, säkulares (Nachkriegs-)Echo auf die Frage nach einer naturrechtlichen Begründung der Menschenrechte?

In den *nationalen Konzeptionen* der Menschenrechte am Ende des 18. Jahrhunderts wurden die Menschenrechte noch naturrechtlich (oder vernunftrechtlich) begründet, gerieten aber schon damals in Konflikt mit dem Souveränitätsanspruch der revolutionären, politischen Verfassungsgebungen. Eine naturrechtlich konzipierte Auffassung der Menschenrechte schien nach dem 2. Weltkrieg den Vertretern der Vertragsstaaten der *Vereinten Nationen* (UN) nicht mehr allgemein akzeptabel,⁶ und so wurden die Begründungsfragen der Menschenrechte weitgehend ausgeklammert und ihre Deklaration ist wesentlich ein historisch situierter und politisch motivierter, performativer oder konstitutioneller Akt. In ihm erscheint die neue Bezugnahme auf „Würde“ (rückblickend?) als Antwort auf die *Verbrechen gegen die Menschheit*.⁷ Sie war motiviert, das Entsetzen zu überwinden, dass die Weltgemeinschaft angesichts der Barbareien der Weltkriege, der Kolonialmächte und der diktatorischen Verbrechen, insbesondere der Nazi-Diktatur, ergriffen hat.⁸ Und sie ist zunächst ein relativ unscheinbares Element in den politischen Auseinandersetzung um eine neue völkerrechtliche Ordnung, in der ja die Aufnahme der Menschenrechte, und erst recht die Bedeutung von „Menschenwürde“, von Beginn an umstritten war. Im Folgenden wird dieser historisch hoch komplexe Prozess⁹ in mehreren Schritten rückblickend in Hinsicht auf die Rolle der „Menschenwürde“ behandelt. Dazu wird zunächst „Menschenwürde“ von anderen Arten von Würdebegriffen unterschieden (2), dann ihre sublime revolutionäre Rolle im neu geschaffenen internationalen Recht in einigen Hinsichten nachgezeichnet (3). Vor diesem Hintergrund wird die Frage behandelt, ob „Menschenwürde“ als

⁶ Klaus Dicke weist darauf hin, dass die ursprünglich in der Menschenrechtskommission vorgeschlagene Formulierung „all human beings are *by nature* free and equal“ was rejected because in the view of a delegate of China it revealed the language of the French enlightenment and its commitment to natural law. It was subsequently amended into „all human beings are born free and equal“. Klaus Dicke, „The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights“, in: David Kretzmer/Eckart Klein (Hg.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague/London/New York 2002, S. 111–120, Zitat S. 117, *kursiv* G.L.

⁷ Siehe auch Johannes Morsink, „World War Two and the Universal Declaration“, in: *Human Rights Quarterly* 15, 1993, S. 357–405. Jetzt: Arnd Pollmann, „Lernen aus historischem Unrecht? Zur menschenrechtlichen Bedeutung der Erfahrung von Krieg, Gewalt und Entwürdigung“, in: Thomas Gutmann/Sebastian Laukötter/Arnd Pollmann/Ludwig Siep (Hg.): *Genesis und Geltung. Historische Erfahrung und Normenbegründung in Moral und Recht*, Tübingen 2018, S. 43–66.

⁸ Siehe zu dieser These Georg Lohmann, „Menschenwürde als „soziale Imagination“. Über den geschichtlichen Sinn der Deklaration der Menschenrechte und Menschenwürde nach 1945“, in: Nikolaus Knoepffler/Peter Kunzmann/Martin O’Malley, (Hg.), *Facetten der Menschenwürde*, Freiburg/München 2011, S. 54–74.

⁹ Siehe hierzu die vorzügliche Untersuchung von Jan Eckel, *Die Ambivalenz des Guten. Menschenrechte in der internationalen Politik seit den 1940ern*, Göttingen 2014, 2. Aufl. 2015.

Echo des Naturrechts aus dem Begründungsgestrüpp der Menschenrechte zurückklingt (4). Abschließend soll das republikanische Potential von „Menschenwürde“ herausgestellt werden und damit die Bedeutung und die Auswirkungen von „Menschenwürde“ auf Demokratie und Menschenrechte (5).

2.1 Drei Arten „Würde“-Begriffe

Beginnen wir mit einer kurzen Erinnerung daran, was der neue Menschenwürdebegriff mit den bisherigen gemeinsam hat, und worin er sich von ihnen unterscheidet.¹⁰ Alle Würdebegriffe drücken einen vorzuziehenden Wert aus und beziehen sich auf einen Mitgliedstatus innerhalb einer Gemeinschaft. Die vielfältigen sozial-kulturellen *besonderen* Würdekonzeptionen (paradigmatisch: Amtswürden) werden von *einigen* Menschen durch besondere Leistungen erworben oder ihnen auf Grund von Gruppenzugehörigkeiten zugesprochen und verkörpern einen herausgehobenen Rang oder eine bestimmte Ehrkonzeption im Unterschied zu anderen Menschen oder Gruppen. Die ebenso vielfältigen ethischen oder religiösen *allgemeinen* Würdekonzeptionen (von der Stoa bis zu Kant) werden *allen* Menschen auf Grund von bestimmten, hochgewerteten Eigenschaften oder Fähigkeiten, die ihnen von Natur oder als Geschöpf Gottes oder auf Grund ihrer Vernunftfähigkeit zukommen, zugeschrieben oder von ihnen erworben, und sie stellen einen herausgehobenen Status mit Bezug auf nichtmenschliche Wesen, insbesondere Tiere, dar. Für beide Arten von Würdebegriffen gilt: Erstens, sie sind mit Pflichten gegen sich verbunden (der Würdige muss sich seiner Würde gemäß verhalten); zweitens, sie sind alle mit sozialen und politischen Ungleichheiten kompatibel und drittens, sie sind zwar manchmal mit Privilegien, aber nicht mit dem Haben von Rechten verbunden. Diese Würdebegriffe, über die sich naturgemäß noch sehr viel mehr sagen ließe, sind heute im sozialen, kulturellen und politischen Leben natürlich nicht verschwunden, aber sie werden, so könnte man sagen, ergänzt und vielleicht auch überformt durch eine historisch und systematisch neue Art, von Würde zu reden: Würde im Kontext der Menschenrechte.

Die konkreten historischen Motive, einen Würdebegriff in Zusammenhang mit Menschenrechten zu verwenden, sind vielfältig und wahrscheinlich noch nicht umfassend erforscht. Nach dem ersten Weltkrieg und in der Zwischenkriegszeit verwenden einige wenige Autoren „Würde“, um entweder, wie Ernst Troeltsch¹¹, angesichts der Katastrophen des 1. Weltkrieges, in der die über-

¹⁰ Ausführlicher Lohmann, „neue“ Menschenwürde.

¹¹ Hinweise auf Troeltsch, z.B. Ernst Troeltsch, „Die Persönlichkeits- und Gewissensmoral“, in: ders., *Ethik und Geschichtsphilosophie*, jetzt: Weinheim 1995, S. 27–49, bei Hans Joas, *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Frankfurt/M. 2011, und Pollmann, Lernen.

kommenen „natürlichen Normen“ versagt hätten oder wirkungslos geblieben seien, eine normative Neuorientierung zu entwerfen, oder aber sie verwenden, wie Hermann Broch,¹² den Würdebegriff, um mit ihm die Menschenrechte und konkreter einen zu reformierenden Völkerbund auf eine neue Basis zu stellen. In der Gründungsphase der Vereinten Nationen benutzen einige Akteure traditionelle Würdeverständnisse, um nun, historisch neu, die Forderung nach Menschenrechten mit der Forderung nach Anerkennung der Würde jedes Menschen zu verbinden und gewissermaßen zu vertiefen. Jan Eckel weist auf das Auftauchen von (unterschiedlichen) Würdebegriffen hin, etwa (christlich geprägt) in den Äußerungen des amerikanischen Vizepräsidenten Wallace,¹³ in Papieren des „Kreisauer Kreises“, in denen „die Anerkennung der unverletzlichen Würde der menschlichen Person als Grundlage der zu erstrebenden Rechts- und Friedensordnung“¹⁴ bestimmt wird, und etwa in der „Weihnachtsansprache“ 1942 von Pius XII., in der „Würde und Rechte der menschlichen Person“ als erste „Maxime() einer gerechten Ordnung“¹⁵ formuliert werden.¹⁶ Eckel weist auch auf die häufige und überraschend deutliche Verwendung von Würdebegriffen als „wichtiges Ideal“ in antikolonialen Bewegungen hin; Rassismus und koloniale Herrschaft wurden als Verletzungen der Menschenwürde angeklagt.¹⁷ Gemeinsam war diesen und anderen hier verwendeten, der Formulierung nach noch traditionellen, häufig personalen Würdebegriffen die Annahme, dass jedem einzelnen menschlichen Individuum, ohne weitere Bedingung, eine Würde eigen ist, was sich in den Bezeichnungen „angeborene“ oder „innewohnende“ Würde ausdrückte. Insofern verwendeten die Streiter für eine Aufnahme der Menschenrechte in das neukonzipierte Völkerrecht noch (nach der obigen Unterteilung) *ethische allgemeine* Würdebegriffe, die zugleich, wie auch ihr Verständnis der Menschenrechte zeigte, naturrechtlich oder moralisch verstanden wurden. In diesem rein moralischen Verständnis der Menschenrechte und der Menschenwürde stimmten sie freilich auch mit den Gegnern einer rechtlich verbindlichen Aufnahme der Menschenrechte in das Völkerrecht überein. Ziel ih-

¹² Dazu überzeugend Arnd Pollmann, „Heimkehr aus der Sklaverei. Der Schriftsteller Hermann Broch als vergessener Vordenker des völkerrechtlichen Zusammenhangs von Menschenrechten und Menschenwürde“, in: Marten Breuer u.a., (Hg.), *Der Staat im Recht*, Berlin 2013, S. 1235–1252.

¹³ Eckel, Menschenrechte, S. 54.

¹⁴ Ebd., S. 71.

¹⁵ Ebd., S. 77.

¹⁶ Eine umfassende Studie zu dem „Auftauchen“ und den Verwendungen von Würdebegriffen in der Vor- und Gründungsphase der VN und der Formulierungsphase der AEMR steht wohl noch aus, doch gibt es zahlreiche, interessante Einzelstudien, die ich nicht alle nennen kann; siehe z.B.: Charles R. Beitz, „Human Dignity in the Theory of Human Rights: Nothing But a Phrase?“, in: *Philosophy & Public Affairs*, 41, No.3, 2013, S. 259–290; siehe auch die entsprechenden Artikel in Christopher McCrudden (Hg.), *Understanding Human Dignity*, Oxford 2013; weitere Hinweise in Lohmann, „neue“ Menschenwürde.

¹⁷ Eckel, Menschenrechte, S. 267 ff.

rer Kämpfe aber war, was viele Staatenvertreter verhinderten wollten: rechtlich verbindliche Menschenrechte.¹⁸ Erst nachdem die antikolonialen Bewegungen zu einer großen Zahl erfolgreich waren, und die Mehrheitsverhältnisse in der UN-Generalversammlung entsprechend geändert waren, konnten die Menschenrechte durch die *Internationalen Pakte* (1966, 1976 ratifiziert) rechtsverbindlich werden. Damit aber ändert sich auch der Charakter des Würdebegriffs. Er wird nun, was er in der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* schon „an sich“ war, auch explizit: ein rechtlicher Begriff. Und er dient, anders als die ethisch allgemeinen Würdebegriffe, nun zur Begründung für das Haben von Menschenrechten. Wie die Menschenrechte auch, wird nun „Menschenwürde“ jedem individuellen Menschen in der gleichen Weise und nur, weil er kategorisch zu den Menschen zählt, zugeschrieben; „Menschenrechte“ und „Menschenwürde“ sind beide – formal gesehen – individuell, egalitär, universell und kategorisch.¹⁹ Und wie die Menschenrechte auch, ist „Menschenwürde“ nun ein Begriff des Rechts, politisch gesetzt, rechtlich gefasst und hinsichtlich seiner normativen Behauptung moralisch zu begründen. Im Unterschied aber zu den beiden anderen Arten von Würdebegriffen drückt dieser rechtliche Begriff der „Menschenwürde“ erstens die grundsätzliche Wert- und Rechtsgleichheit aller Menschen aus, zweitens ist er nicht mit Pflichten gegen sich verbunden, weil es keine erzwingbaren Rechtspflichten gegen sich geben kann, und drittens ist er mit dem „Haben von Rechten“ verknüpft. Diesen letzten Gesichtspunkt will ich nun etwas verdeutlichen.

2.2 „Menschenwürde“ als Kuckucksei des Völkerrechts

Das in der Gründungscharta der VN neugefasste Völkerrecht und die zunächst völkerrechtlich unverbindliche *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* standen vor dem historisch neuen Problem, die für das traditionelle Völkerrecht konstitutive Anerkennung der nationalen Souveränität der Staaten mit einer Anerkennung der Menschenrechte eines jeden Menschen zu verbinden. Bisher war die Trägerschaft von Rechten an die anerkannte Mitgliedschaft in einer (nationalen) Rechtsgemeinschaft gebunden, traditionell an die jeweilige Staatsbürgerschaft. Jetzt sollten Staaten Menschen, die entweder Staatsbürger anderer Staaten oder gar nicht im Besitz einer Staatsbürgerschaft waren, als Rechtsträger in der gleichen Weise anerkennen wie ihre eigenen Staatsbürger. Das war mit

¹⁸ Siehe dazu ausführlicher, angestoßen durch das Buch von Jan Eckel, Georg Lohmann, „„Menschenrechte“ angesichts ihrer Geschichtlichkeit“, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2016, 64(3), S. 465–479.

¹⁹ Dazu Georg Lohmann, „Was muss man wie bei den „Menschenrechten“ begründen?“, in: Daniela Demko/Gerd Brudermüller/Kurt Seelmann (Hg.), *Menschenrechte. Begründung – Bedeutung – Durchsetzung*, Würzburg 2015, S. 23–43.

der klassischen Souveränitätsvorstellung des westfälischen Völkerrechts nicht vereinbar. Die vorläufige Lösung dieser Widersprüchlichkeit war, dass die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* 1948 zunächst nur eine völkerrechtlich unverbindliche Deklaration war. Und auch in den beiden *Internationalen Pakten* (*über bürgerliche und politische Rechte* und *über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*) zeigt sich der klassische Souveränitätsvorbehalt in der vorgängigen und grundsätzlichen Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts der Völker und in den dann nachgeordneten und nur bedingten völkerrechtlichen Verpflichtungen, die deklarierten Menschenrechte zu achten und zu schützen. Gleichwohl hat diese zunächst umgangene, dann nur bedingt akzeptierte völkerrechtliche Anerkennung der Rechtsträgerschaft jedes Menschen eine „stille Revolution des Völkerrechts“²⁰ ausgelöst, die bis heute wirkt. Die vielfältigen Veränderungsprozesse des internationalen Rechts scheinen einen Umbau des klassischen Völkerrechts in Richtung einer transnationalen Konstitutionalisierung anzustreben – oder aber, durch politischen Rückbau und ökonomische Interessen befördert, zu verhindern.

Was aber ist der normative Grund für diese „stille Revolution“? Anne Peters hat in überzeugenden Arbeiten die wechselvolle Geschichte „subjektiver internationaler Rechte“ und damit die sich wandelnde Stellung des Individuums als „Rechtssubjektivität“ im Völkerrecht nachgezeichnet.²¹ Zwar entwickelt das frühe Naturrecht (von Francisco de Vitoria bis Hugo Grotius) die „Konstruktion eines Rechtssystems auf der Basis von subjektiven Rechten anstelle von objektivem Recht“, doch wird hier „das Völkerrecht nicht deutlich von nationalen Recht getrennt.“²² Diese naturrechtliche Auffassung „erlosch nie ganz“, doch entwickelte die herrschende „rechtspositivistische Methode“ des dann selbstständig gewordenen Völkerrechts im 19. Jahrhundert die auch heute noch vertretene sogenannte „Objektlehre“, nach der das Individuum als Träger von Rechten und Pflichten „nicht Subjekt, sondern (nur) Objekt des Völkerrechts“²³ sein kann. Nach dieser Auffassung sind die Individuen im Völkerrecht „Begünstigte“, und die ihnen bedingt gewährte „Rechtssubjektivität“, mit den entsprechenden Rechten und Pflichten, hängt von den jeweiligen souveränen, nationalen Staatsinteressen ab.

²⁰ Eckart Klein, *Menschenrechte. Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung*, Baden-Baden 1997; siehe auch Eckart Klein, „Artikel 25 des Internationalen Paktes für bürgerliche und politische Rechte und das Verhältnis von Demokratie und Menschenrechten“, in: Falk Bornmüller/Thomas Hoffmann/Arnd Pollmann (Hg.), *Menschenrechte und Demokratie*, Freiburg/München 2013, S. 241–254.

²¹ Zuletzt: Anne Peters, *Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, Tübingen 2014; und Anne Peters, „Das subjektive internationale Recht“, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, neue Folge, Bd. 59, 2011, S. 411–456.

²² Peters, Das subjektive internationale Recht, S. 416 ff.; Peters, Jenseits der Menschenrechte, S. 7 ff.

²³ Peters, Das subjektive internationale Recht, S. 414.

Rechtsdogmatisch ist nun der Begriff der „Völkerrechtssubjektivität“ entscheidend. Lange Zeit vorherrschend ist die „klassische“ Auffassung, nach der nur Staaten volle Völkerrechtssubjektivität haben, weil sie die „Rechtsfähigkeit“ mit der „Rechtserzeugungsfähigkeit“²⁴ verkoppeln können. Peters schlägt vor, und gibt dafür sowohl empirische wie dogmatische Begründungen, den Begriff der Rechtssubjektivität schwächer zu fassen und zunächst die Rechtsträgerschaft begrifflich von Klagebefugnis und Durchsetzbarkeit abzulösen. Mit diesen Einschränkungen gibt es im gegenwärtigen Völkerrecht eine Vielzahl von Fällen, in denen Individuen Träger einfacher Rechte und Pflichten sind, also als Rechtssubjekte anerkannt sind. Aus „klassisch-dogmatischer“ Sicht wird ihnen so eine passive Völkerrechtssubjektivität eingeräumt, aber eben keine Rechtssetzungskompetenz.²⁵ Sie sind nicht „Herren der Verträge“ und erfüllen so nicht die Anforderungen an eine aktive Rechtssubjektivität.

Peters scheint nun eine Kompromisstrategie zu verfolgen: Auf der einen Seite plädiert sie für die dogmatische und wohl auch normative Beibehaltung des schwachen, passiven Begriffs der Rechtssubjektivität, genauer „Völkerrechtsfähigkeit“,²⁶ und auf der anderen Seite zeigt sie auf, dass auf dieser Basis sowohl empirisch durch die komplexen Entwicklungen in den einzelnen Bereichen des Völkerrecht, insbesondere aber durch Völkergewohnheitsrecht, wie auch normativ durch die Menschenrechte sich eine „originäre Völkerrechtspersönlichkeit des Menschen“²⁷ entwickelt hat, in der allen Menschen nun „subjektive internationale Rechte“ zuerkannt werden. Auf der Basis dieser als „Potential“ gedeuteten „Völkerrechtsfähigkeit“ entwickeln sich nun vielfältige Ansätze zu einer „Beteiligung von Individuen an der Normerzeugung auf internationaler Ebene“,²⁸ aber insgesamt bleibt fraglich, ob hier „wirklich Völkerrecht produziert“²⁹ wird, oder ob nicht die Staaten als „gatekeeper“ die jeweils entscheidenden, letzten Entscheidungen treffen. In Konkurrenz zu dieser staatenzentrierten Kompetenz setzen sich die Menschenrechte, insbesondere die Rechte auf Teilnahme an der politischen Willensbildung (Art. 21 *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*; Art. 25 *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*), die eine, wenn auch mediatisierte, teilweise Mitwirkung bei der Rechteerzeugung anstreben. Sie zielen, wenn auch nicht auf eine gleichwertige, so doch funktional äquivalente Kompetenz der „völkerrechtlichen Rechts-

²⁴ Peters, Das subjektive internationale Recht, S. 424; Peters, Jenseits der Menschenrechte, S. 43 f.

²⁵ Peters, Das subjektive internationale Recht, S. 428; Peters, Jenseits der Menschenrechte, S. 44 ff.

²⁶ Peters, Das subjektive internationale Recht, S. 439.

²⁷ Ebd., S. 440; ausführlicher zu dieser Entwicklung der „Völkerrechtspersönlichkeit“ die reichhaltigen Untersuchungen in Peters, Jenseits der Menschenrechte.

²⁸ Peters, Jenseits der Menschenrechte, S. 474 ff.

²⁹ Ebd., S. 477.

setzungsverfahren“.³⁰ Es scheint so, als ob Peters zwar die Wünschbarkeit „internationale(r) individuelle(r) Rechte auf Beteiligung an der Völkerrechtserzeugung“ nicht leugnet, aber weder empirisch noch dogmatisch oder normativ dafür überzeugende Argumente glaubt sehen zu können.

An dieser Stelle setzen die hier skizzierten Überlegungen ein. Warum sollte das Völkerrecht allen menschlichen Individuen eine „Völkerrechtsfähigkeit“ auch im Sinne einer Völkerrechtserzeugungsfähigkeit unabdingbar zusprechen? Die Antwort darauf enthält der erste Satz des Aufsatzes von Anne Peters: „Das subjektive Recht bringt die Würde des Menschen zur Geltung“,³¹ aber Peters umgeht oder vermeidet im Folgenden eine Diskussion des Würdebegriffs im Völkerrecht.³² Anders als Peters sollte man die Bedeutung und Rolle der „neuen“ Menschenwürdekonzeption als normative Antwort auf die obige Frage verstehen. Alle Menschen haben in dem mit der VN-Gründung neu gefassten Völkerrecht „internationale subjektive Rechte“, weil ihnen unabdingbar eine Menschenwürde zugeschrieben worden ist. Der nach 1945 neu gefasste und performativ bestimmte Begriff der Menschenwürde umfasst genau jenes Potential, das dogmatisch von Peters als „Völkerrechtsfähigkeit“ bezeichnet worden ist. Und wie sie bin ich der Meinung, dass „die Völkerrechtsfähigkeit ... der Inhaberschaft von Rechten voraus“³³ liegt, und in einer politisch-praktischen Weise für die Trägerschaft von Rechten „bürgt“.³⁴ Aber anders als Peters glaube ich, dass eine „rechtsphilosophische Begründung“, die sie offen lässt,³⁵ zeigen kann, dass dieses Potential normativ noch viel mehr enthält als nur den Anspruch, in dem obigen schwachen, passiven Sinn Völkerrechtssubjektivität auszuüben. Die in den Menschenrechtsverträgen gesetzte Menschenwürde steht nicht nur für den Anspruch auf gleiche Rechtsfähigkeit (Art. 6 *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*; Art. 16.2 *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*) aller Menschen, sondern auch dafür, dass sie in der gleichen Weise Mitauteure ihrer Rechte sein können (Art. 21 *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*; Art. 25 *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*), mithin letztlich für den Anspruch einer de-

³⁰ Peters, Das subjektive internationale Recht, S. 454; Peters, Jenseits der Menschenrechte, S. 479 ff.

³¹ Peters, Das subjektive internationale Recht, S. 411.

³² In Peters, Jenseits der Menschenrechte, kommt „Menschenwürde“ nur vier Mal vor.

³³ Peters, Das subjektive internationale Recht, S. 439.

³⁴ In diesem Sinne spreche ich davon, dass die Menschenwürde für das Haben von Menschenrechten „bürgt“, s. Georg Lohmann, „Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenwürde. Zum menschenrechtlichen Würdeverständnis nach 1945“, in: *Zeitschrift für Menschenrechte*, (4), 2010 Nr. 1, S. 46–63; Georg Lohmann, „Menschenwürde als „Basis“ von Menschenrechten“, in: Jan C. Joerden/Eric Hilgendorf/Felix Thiele (Hg.), *Menschenwürde und Medizin. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Berlin 2013, S. 179–194.

³⁵ Peters, Das subjektive internationale Recht, vgl. S. 436.

mokratischen „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“³⁶ und einer Rückbindung der Völkerrechtserzeugungskompetenzen an die Wahrnehmung politischer Mitbestimmungsrechte aller Menschen. Dieses Potential sprengt die klassischen Strukturen des Völkerrechts und initiiert, normativ gesehen, jene oben erwähnte „stille Revolution des Völkerrechts“.

So gesehen ist der, wie man aus den neueren historischen Arbeiten vermuten kann (s.o.), in die völkerrechtliche Neugründung der VN und in die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* und ihr folgenden internationalen und regionalen Pakten hineingeschmuggelte Begriff der *Menschenwürde* ein Kuckucksei im Völkerrecht. Wenn ausgebrütet wird, was dort von raffinierten (naturrechtlich gefärbten) Kuckuckseltern in beinahe mit den anderen normativen Werten wie „Freiheit“, „Gleichheit“, „Solidarität“³⁷ gleicher Gestalt dem Völkerrecht ins Nest gelegt worden ist, so wird es, so meine normative Hoffnung, alle anderen konkurrierenden moralischen Werteier und Sprösslinge nach und nach aus dem Nest werfen und schließlich beanspruchen, allein die Rechtserzeugerfunktion und damit die Nachkommenschaft und den Erhalt des Völkerrechts zu bestimmen. Schöne Aussichten im Tierreich des Völkerrechts. Bevor aber diese Fabel Wirklichkeit werden kann, sind noch eine Reihe von Bedenken zu erläutern und Farbtupfer auszuzeichnen.

2.3 „Menschenwürde“ als naturrechtliches Echo

Zunächst kann es so scheinen, und wird auch durch die naturrechtlich klingenden Formulierungen nahegelegt, als ob der Begriff der Menschenwürde nun als Parallelaktion einspringt für die natur- oder vernunftrechtliche Begründungen, die für die nationalen Menschenrechtskonzeptionen des 18. Jahrhunderts charakteristisch waren, den Staatenvertretern für die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* aber nicht mehr möglich erschienen (s.o.). Da, logisch gesehen, das Begründende nicht schon im Begründeten enthalten sein kann, muss man offenbar die in der Präambel formulierte „Erkenntnis“ der Vertragsstaaten der beiden Internationalen Pakte von 1966: „dass sich diese Rechte aus der dem Menschen innenwohnenden Würde herleiten“, so verstehen, dass, statt

³⁶ Diese Programmformel hat insbesondere Jürgen Habermas vorgebracht und in unterschiedlichen Ansätzen konkretisiert, siehe Jürgen Habermas, „Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?“, in: ders., *Der gespaltene Westen*, Frankfurt M. 2004; zuletzt: Jürgen Habermas, *Im Sog der Technokratie*, Frankfurt/M. 2013. Zur Position von Peters siehe Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein (Hg.), *The Constitutionalization of International Law*, (expanded paperback edition with new epilogue), Oxford: Oxford University Press 2011. Siehe auch Georg Lohmann, „Menschenrechte und transnationale Demokratisierungen. Überforderungen oder Erweiterungen der Demokratie?“, in: Michael Reder/Mara-Daria Cojocaru (Hg.), *Zukunft der Demokratie*, Stuttgart 2014, S. 64–77.

³⁷ Besonders deutlich in der *Grundrechtecharta* der EU, Präambel.

auf Annahmen über eine transzendenten „Natur“ oder „Vernunft“ des Menschen zu bauen, nun die Menschenwürde als Begründungsinstanz für die Menschenrechte angesehen wird. Kann diese Begründung, was der Ausdruck „innewohnende Würde“ andeuten oder bedeuten könnte, im naturrechtlichen Sinne verstanden werden? Eine gewissermaßen naturrechtliche Wiederauflage der Begründungsproblematik kann, unabhängig von der politischen Skepsis, aber aus vielerlei Gründen nicht überzeugen.³⁸ Ich will hier nur zwei kurz erwähnen.

Zunächst einmal sind die theoretischen Konzeptionen von subjektiven Rechten (rights) und objektivem Rechtssystem (law) im Rahmen des modernen, positiven Recht zu verstehen, das nicht mehr aus absolut gesetzten, externen Rechtsquellen gespeist werden kann, sondern alles, was im Recht als Recht gilt, als durch „Rechtsakte vorgeschrieben oder zugelassen“³⁹ muss verstehen können. Daraus muss nicht ein kruder Rechtspositivismus⁴⁰ folgen, sondern es scheint mehrere überzeugende Lösungen für die Selbstbindung der Rechtssetzung an objektivierbare, aber nicht (mehr) absolute oder transzendenten Normen zu geben.⁴¹ Akzeptiert man einmal diesen mehr generellen Einwand gegen die Möglichkeit naturrechtlicher Begründungen⁴² im Rahmen der internationalen Menschenrechtskonzeption, so ist nun der Weg frei für das zweite Argument, das ich hier vorbringen möchte.

Der Begriff der „Menschenwürde“ in der internationalen Menschenrechtskonzeption ist ja gerade nicht mehr durch eine spezifische, den Menschen als Menschen auszeichnende und ihn z.B. von den Tieren unterscheidende, natürliche oder kreatürliche Eigenschaft bedingt (wie bei den ethischen allgemeinen Würdebegriffen), sondern ist als ein Potential zu verstehen, das allen Menschen, wenn sie kategorial zu den Menschen zählen, ohne weitere Bedingung zugeschrieben werden muss.⁴³ Die Zuschreibung dieses Potential ist ge-

³⁸ Ausführlicher Georg Lohmann, „Nicht zu viel – nicht zu wenig! Begründungsaufgaben im Rahmen der internationalen Menschenrechtskonzeption“, in: Margit Wasmäier-Sailer/Matthias Hoesch (Hg.), *Die Begründung der Menschenrechte. Kontroversen im Spannungsfeld von positivem Recht, Naturrecht und Vernunftrecht*, Tübingen 2017, S. 183–207.

³⁹ Peters, *Das subjektive internationale Recht*, S. 431.

⁴⁰ Siehe kritisch dazu Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München 1992.

⁴¹ Siehe für die deutsche Diskussion Horst Dreier, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, München 2009.

⁴² Da es so viele unterschiedliche Spielarten von „Naturrecht“ gibt, verstehe ich unter Naturrecht hier die Begründung des Rechts durch rechtsexterne, transzendenten und absolute Wertprämissen, die etwa als von „Natur“ gegeben oder in absoluter Vernunft enthalten angesehen werden.

⁴³ Kritisch zu dieser These der Zuschreibung Peter Schaber, „Sind Menschenrechte zugeschriebene Rechte?“, in: Falk Bornmüller/Thomas Hoffmann/Arnd Pollmann (Hg.), *Menschenrechte und Demokratie*, Freiburg/München 2013, S. 89–100; Schaber verbindet aber Zuschreibung mit „ein Recht auf Zuschreibung“ haben, und versteht das wohl als „natürliches Recht“. Damit aber bleibt seine Argumentation letztlich in naturrechtlichem Fahrwasser und verfehlt m.E. die neue Konstellation der internationalen Menschenrechte.

rade nicht mehr abhängig von irgendwelchen besonderen Eigenschaften des Menschen, aber sie ist natürlich abhängig von der Zuschreibung, die konkret in den Rechtsakten und Rechtsquellen des Völkerrechts vorgenommen wird. Deswegen ist der Einwand natürlich naheliegend, dass damit der Anspruch einer unbedingten, „absoluten“, Geltung nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, und die Anerkennung der Menschenwürde von politisch kontingen- ten Entscheidungen bestimmt sei. Die Vertragsstaaten hätten ja auch anders entscheiden können, etwa indem sie, wie die chinesische Regierung, die Anerkennung von Menschenrechten und implizit auch die Anerkennung der begründenden Funktion der Menschenwürde⁴⁴ von der Erfüllung vorgängiger Bedingungen eines politisch von der KPCh bestimmten Gemeinwohls abhängig machen. Nun muss man hier die in den *Internationalen Pakten* explizit formulierten bedingten Verpflichtungen der Staaten, die sich aus den Menschenrechten ergeben, von der ohne Bedingung erklärten „Erkenntnis, dass sich diese Rechte aus der dem Menschen innewohnenden Würde herleiten“ unterscheiden. Es ist dieser Punkt, der für unsere Überlegungen entscheidend ist. Er ist auf der einen Seite ein Rechtsakt des Völkerrechts und insofern abhängig von Entscheidungen der Vertragsstaaten. Auf der anderen Seite formuliert er eine „Erkenntnis“, und ist insofern nicht von Entscheidungen, sondern von gelingenden und überzeugenden Begründungen abhängig. An dieser Stelle, wie auch sonst bei den Menschenrechten, kann und sollte man einen Pluralismus der Begründungen einräumen, womit ich annehme, dass es mehr als eine erfolgreiche objektive Begründung geben wird. Meines Erachtens läuft die Begründung dieser Erkenntnis nicht mehr über die Supponierung eines absolut gesetzten „inneren Wertes“ des Menschen als Ausdruck seiner Natur, sondern über die Zurückweisung von Argumentationsversuchen, die bestreiten, dass allen Menschen Menschenwürde, d.h. die gleiche prinzipielle Werhaftigkeit und die gleiche Potentialität, Träger von Rechten zu sein, zugeschrieben werden muss. Ich habe an andere Stelle versucht, diese via negationis argumentierende Begründung mit dem Unparteilichkeitsprinzip darzulegen und auszuweisen, und kann hier nur darauf verweisen.⁴⁵

Allerdings ist der Effekt dieser nicht mehr absoluten, aber gleichwohl objektivierbaren Begründbarkeit der „ohne Bedingung“ zugeschriebenen Menschenwürde jedes Menschen, dass diese weder ein „absoluter Wert“, noch aus oder mit ihr „absolute“ Rechte abgeleitet werden können.⁴⁶ Diesen Punkt kann man

⁴⁴ Die VRChina hat immerhin den IPwskR ratifiziert, und damit die Präambel akzeptiert!

⁴⁵ Lohmann, wie begründen; Georg Lohmann, „Kulturelle Besonderung und Universalisierung der Menschenrechte“, in: Gerhard Ernst/Stephan Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, Stuttgart 2010, S. 33–47; Lohmann, Begründungsaufgaben.

⁴⁶ Siehe Lohmann, Begründungsaufgaben.

noch weiter ausführen, weil damit angerissen ist, dass die Menschenrechte und die Menschenwürde keine umfassende und absolute Theorie des Guten implizieren oder beanspruchen können. Sie sind daher nicht, wie in absolut gefassten und in diesem Sinne naturrechtlichen Positionen angenommen wurde, Trümpfe in allen Abwägungssituationen.⁴⁷ Und das hat natürlich Auswirkungen auf ihren politischen Charakter (s.u.).

Insgesamt ist so die „unbedingte“ Anerkennung der Menschenwürde eines jeden Menschen eine „bedingte Unbedingtheit“,⁴⁸ eine politisch gewollte Festlegung auf eine begründbare Erkenntnis. Deshalb verstehe ich den Ausdruck „innwohnend“ („inherent“) nur als quasi naturrechtliches Echo für diese nicht mehr naturrechtlich argumentierende, politische gewollte, rechtlich gefasste und moralisch und normativ begründbare These, dass allen Menschen, ohne weitere Bedingung, eine Menschenwürde als Potential gleicher Rechtsträgerschaft zukommt.

Mit dieser nicht-naturrechtlichen Revision der Weise, wie die Menschenwürde dem Menschen „innwohnt“, ist nun die Basis gelegt, um in einem letzten Schritt das republikanische Potential dieser neu konzipierten Menschenwürde zu explizieren.

2.4 Zum republikanischen Potential der „Menschenwürde“

Wenn die Ausgangslage der normativen Argumentation die Anerkennung der prinzipiell gleichen und universellen Rechtsträgerschaft aller Menschen ist, so muss die Rechtsinhaberschaft sich auch auf alle Rechte erstrecken. Da Menschenrechte nun aber nicht mehr naturrechtlich (im obigen Sinne) vorgegeben werden können oder als immer schon vorhanden verstanden werden können, müssen sie, wie alles Recht, durch Rechtsakte gemacht werden, insbesondere durch die Rechte, die Rechtserzeugungskompetenzen enthalten. Es kann nach dieser normativen Ausgangslage nicht sein, dass einige Menschen diese Rechtserzeugungsrechte besitzen, und die Menschenrechte für sich und andere gewissermaßen paternalistisch setzen, andere aber durch die partielle Ausübung dieser Rechte nur die Begünstigten sind, und dadurch ihnen zwar ihre Menschenrechte gegeben sind, diese aber nicht als prinzipiell⁴⁹ selbstgegeben verstanden

⁴⁷ Näher Georg Lohmann, „Zu den wechselnden Vorrangverhältnissen von Recht und Moral im Kontext der Menschenrechte“, in: Martin Hoffmann/Reinold Schmücker/Héctor Wittwer (Hg.), *Vorrang der Moral?*, 2017, S. 245–257.

⁴⁸ Georg Lohmann, „Die Menschenrechte fordern eine bedingte Unbedingtheit. Eine Replik auf Raymond Geuss“, in: *Zeitschrift für Menschenrechte*, 8, 2014, Nr. 1, S. 160–167.

⁴⁹ Ich sage „prinzipiell“, weil dies „natürlich“ durch Weisen repräsentativer demokratischer Willensbildungen konkretisiert werden muss.

werden können. Es wäre, nach dieser Auffassung von Menschenwürde, eine Verletzung des normativen Gehaltes dieses Potentials.

Die neugesetzte Menschenwürde, als Basis für das Haben von Menschenrechten, verlangt daher im Prinzip, dass alle Menschen nicht bloß als Träger von Menschenrechten anerkannt werden, sondern auch, dass sie als Mitautoren ihrer Rechte müssen tätig werden können und enthält so einen republikanischen Impuls.⁵⁰ Damit erhalten die politischen Menschenrechte eine konstitutive Bedeutung für das Haben der Menschenrechte, und der republikanische Gehalt der Menschenwürde zielt auf eine demokratische Rechtssetzung.⁵¹ Freilich sind damit noch nicht die Bestimmungen festgelegt, in welcher konkreten Form nun diese republikanisch oder demokratisch verstandene Rechtserzeugung ausgeführt werden sollte. Hier ergeben sich eine Reihe von weiteren, offenen Fragen, so in welche Rechtsstatus (Plural)⁵² die Menschen damit anerkannt werden müssen und welche konkreten Formen nationaler und transnationaler Demokratie entwickelt werden müssen, um den normativen Gehalt der „Menschenwürde“ zu verwirklichen. Aber, normativ gesehen, stehen nun alle Rechtssysteme unter dem Anspruch, dass ihre Legitimität diesem Rechtssetzungsverfahren entspricht oder ihm entsprechen könnte. Von daher ist leicht zu sehen, dass die staatenzentrierte Rechtserzeugungspraxis durch Verträge der gegenwärtigen internationalen Menschenrechtskonzeption defizient ist. Und es scheint mir wenig fraglich, dass das Völker gewohnheitsrecht, obwohl es in den Resultaten sehr viel mehr den universellen Ansprüchen der Menschenrechte entspricht, in dieser Hinsicht nicht ebenfalls defizient ist.

Auch aus dieser Perspektive, vom republikanischen Potential der neuen Menschenwürde aus gesehen, hat die gegenwärtige internationale Konzeption der Menschenrechte ein demokratisches Manko. Freilich gibt es angesichts der Verwerfungen und Krisen der vielfältigen Globalisierung noch andere, vielleicht sogar wichtigere Gründe, eine stärkere, nun transnationale und letztlich globale Demokratisierung der pluralen und globalen Rechtssysteme zu fordern. Aber immerhin (!) sind die Forderungen nach einer transnationalen Menschenrechtskonzeption und entsprechenden „Konstitutionalisierungen des Völkerrechts“ durch die normativen, republikanischen Impulse der neu gefassten Menschenwürde mitgefordert.

⁵⁰ Dazu ausführlicher Lohmann, rechtsverbürgende Kraft; Georg Lohmann, „Spannungen zwischen Menschenrechten und Demokratie“, in: Klaus Draken/Jörg Peters (Hg.): *Fachverband Philosophie – Mitteilungen 2016*, Hünxe/Wuppertal 2016, S. 114–130.

⁵¹ Ausführlicher Georg Lohmann, „Demokratie und Menschenrechte, Menschenrechte und Demokratie“, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 19, 2011, S. 145–162.

⁵² Georg Lohmann, „Welchen Status begründet die Menschenwürde?“, in: *RphZ – Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*, 2015/2, S. 170–186.

VI.3

Das Menschenrecht auf Demokratie

Stephan Kirste

In der Philosophiegeschichte schon sehr früh und in der politischen Geschichte seit den großen Revolutionen am Ende des 18. Jahrhunderts wird die Forderung erhoben, daß der Mensch nicht nur diese oder jene Freiheit genießen und rechtlich bestimmten Pflichten unterworfen sein, sondern auch selbst über diese Freiheiten und Pflichten bestimmen können solle. Der Kampf um dieses Recht erfüllte noch das 19. und 20. Jahrhundert und zeigte sich auch wieder im Arabischen Frühling.¹ Als Konsequenz dieser moralischen Forderungen wurden Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, freies, gleiches, unmittelbares und allgemeines Wahlrecht, Justizgrundrechte und das Recht auf eine gute Verwaltung in nationalen Verfassungen anerkannt. Auf supranationaler Ebene werden Teilspekte darauf von der Europäische Union (Art. 11, 12, 39 GrCh, Art. 20 II b AEUV) geschützt. Mit dem Selbstbestimmungsrecht der Völker (Art. 1 II UN-Charta), dem Schutz des Wahlrechts (Art. 21 AEMR) und der kommunikativen (Art. 19 AEMR) und assoziativen Freiheiten (Art. 20 AEMR) hat das Völkerrecht im 20. Jahrhundert diese Forderungen auch universell-rechtlich akzeptiert.² Besonders Art. 25 IPBPR³ enthält die Verpflichtung der Staaten, dem Einzelnen die Teilnahme an Wahlen zu ermöglichen und setzt im Übrigen die kommunikativen und assoziativen Freiheiten unter Einschluss der dafür erforderlichen Informationsfreiheit als Grundlage dieser Wahlen voraus.⁴ Die Millenniumserklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen nimmt an: „Men and women have the right to live their lives and raise their children in dignity, free from hunger and from the fear of violence, oppression or injustice. Democratic and participatory governance based on the will of the

¹ Der Tunesische Jurist Yahd Ben Achour sieht die Demokratie als zum Menschsein gehörig an: „Der Mensch ist dazu geschaffen, Demokrat zu sein“, 2012, S. 13.

² Thomas M. Franck, „The Emerging Right to Democratic Governance“, in: *American Journal of International Law* 86 (1992), S. 57 ff.

³ General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25). CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, Adopted by the Committee at its 1510th meeting (fiftyseventh session) on 12 July 1996, <http://www.refworld.org/docid/453883fc22.html>, letzter Zugriff am 24.07.2016: „Article 25 lies at the core of democratic government based on the consent of the people and in conformity with the principles of the Covenant“.

⁴ Im Kommentar heißt es: „8. Citizens also take part in the conduct of public affairs by exerting influence through public debate and dialogue with their representatives or through their capacity to organize themselves. This participation is supported by ensuring freedom of expression, assembly and association“.

people best assures these rights".⁵ Regionale Menschenrechtserklärungen wie etwa Art. 3, 1. Zusatzprotokoll zur EMRK und Art. 10 EMRK, Art. 26, S. 1 Inter-American Democratic Charter anerkennen, dass „democracy is a way of life based on liberty and enhancement of economic, social, and cultural conditions“. Von einem zusammenfassenden subjektiven Recht des Einzelnen auf Demokratie wird in diesen Erklärungen jedoch nicht gesprochen.

Die Frage nach der Rechtfertigung eines Menschenrechts auf Demokratie ist umstritten. Menschenrechte und Demokratie werden zumeist entgegengesetzt. Auffassungen, die überhaupt ein solches Recht für begründbar ansehen, nehmen entweder ein Vorrangverhältnis der Demokratie gegenüber den Menschenrechten (republikanisches Verständnis), der Menschenrechte gegenüber der Demokratie (liberales Verständnis) oder schließlich eine „Gleichursprünglichkeit von Menschenrechten und Demokratie“ (Diskurstheorie) an.

Demgegenüber soll hier die These vertreten werden, daß ein positives Menschenrecht auf Demokratie dann zu begründen ist, wenn Menschenrechte und Demokratie aus einem *gemeinsamen* Prinzip gerechtfertigt werden können. Dieses gemeinsame Prinzip ist die rechtliche Freiheit. In der Form des positiven Rechts können jedoch Menschenrechte und Demokratie nur dann aus dem Prinzip der rechtlichen Freiheit gerechtfertigt werden, wenn die Rechtsform selbst in der Freiheit begründet ist. An die Stelle der Gleichursprünglichkeit von Menschenrechten und Demokratie tritt dann die Begründung beider aus dem Begriff des Rechts als einer Freiheitsordnung. Entsprechend widme ich mich zunächst der generellen Kritik des Menschenrechts und dann den Vorrangtheorien. Schließlich werde ich meine eigene Konzeption entwickeln. Ich verstehe das Menschenrecht auf Demokratie seinem Inhalt nach als ein Recht der freien und gleichen Partizipation an der Beratung, Entscheidung, Interpretation und Durchsetzung der Rechte, Pflichten und Belange des Gemeinwohls.

3.1 Zur Kritik des Menschenrechts auf Demokratie

3.1.1 Theorie der Menschenrechte als äußere Beschränkungen der Staatsgewalt

Kritiker in der Tradition von *Carl Schmitt* gehen von einem äußerlichen Verhältnis von Demokratie und Menschenrechten aus.⁶ Mit der Französischen Revolution sei das Legitimationssubjekt absoluter Herrschaft ausgetauscht worden. An die Stelle der Begründung der monarchischen Legitimation der Staats-

⁵ Resolution 55/2 der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 8.9.2000, I, 6.

⁶ Dazu auch Heiner Bielefeldt, *Philosophie der Menschenrechte. Grundlage eines weltweiten Freiheitsethos*, Darmstadt 1998, S. 103.

gewalt sei die demokratische getreten. Die Menschenrechte treffen auf beide Formen legitimierter Staatsgewalt als äußerliche Beschränkungen.

Schmitt und diesen Kritikern entgeht jedoch, daß mit dem Austausch des Legitimationssubjekts, des Monarchen durch das Volk, auch ein Austausch des Legitimationsmodus stattgefunden hat. Der absolute Monarch konnte sich auf den Staatszweck und seine historisch ererbte Legitimation als politische Person berufen. In der Demokratie agiert das Volk auch als Aggregat politischer Personen; aber diese Personen machen dabei ihre Rechte als Menschen geltend und nicht nur ihre historisch überkommenen Befugnisse. Demokratie kann sich nicht aus der Vergangenheit legitimieren, sondern besteht in der wiederholten Willensbetätigung im gegenwärtigen Prozeß des Beratens und Entscheidens. Diese freien Entscheidungen des Volkes führen der politischen Herrschaft immer wieder neu legitimierende Kraft zu. Im demokratischen Rechtsstaat gilt also nicht nur der Satz, dass der Staat *um* des Menschen willen und nicht der Mensch *um* des Staates willen da ist;⁷ vielmehr ist der Staat auch nur *durch* den Menschen da. Solange man die Demokratie nur als Modus der Legitimation der ansonsten gleichgebliebenen Staatsgewalt versteht, müssen die Menschenrechte der Demokratie äußerlich bleiben: Sie sind Beschränkungen und auch Ermächtigungsnormen.⁸ Erst wenn die Demokratie als Ausdruck von Menschenrechten verstanden wird, tritt der Mensch auch in der Begründung des Staates in sein Recht ein; dann ist aber das Verhältnis von Menschenrechten und Demokratie kein äußerliches mehr.

3.1.2 Vorstaatliche Menschenrechte und institutionalisierte Demokratie

Daneben werden strukturelle Argumente gegen ein Menschenrecht auf Demokratie vorgebracht. Ernst-Wolfgang Böckenförde versteht Menschenrechte als kategorische Rechte, die dem Menschen kraft seines Menschseins unabhängig von ihrer positivrechtlichen Institutionalisierung zukommen.⁹ Demokratie ist

⁷ So der bekannte Art. 1 des Herrenchiemsee Entwurfs: „(1) Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch *um* des Staates willen“. Coing hatte schon 1950 darauf hingewiesen, daß dies nicht nur die negative und positive Freiheit, sondern auch die aktive Freiheit des Menschen schützt. Diese aktive Gestaltung hat bei ihm zunächst jedoch nur eine private und keine politische Dimension, Helmut Coing, „Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte“, in: Ernst Wolff (Hg.), *Beiträge zur Rechtsforschung*, Berlin und Tübingen 1950, S. 205.

⁸ Ingeborg Maus, „Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie“, in: Hauke Brunkhorst/Wolfgang R. Köhler/Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt am Main 1999, S. 279.

⁹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte?“, in: Stefan v. Gosepath/Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/Main 1998, S. 236.

hingegen gerade eine institutionalisierte Herrschaftsform.¹⁰ Ähnlich spricht auch *Stefan Gosepath* von einem Spannungsverhältnis zwischen Menschenrechten und Demokratie.¹¹ Ein „Menschenrecht auf Demokratie“ würde entweder die Menschenrechte durch die Abhängigkeit von institutionellen Voraussetzungen relativieren oder die Demokratie auflösen, wenn sie ein voraussetzungloses Menschenrecht wäre.

Dem liegt ein instrumentelles Verständnis von Recht und Freiheit zugrunde: Das Recht hat die Aufgabe, die Freiheit zu ermöglichen und zu sichern. „Recht erscheint so als notwendige Form der Freiheit“, auf sie „ausgerichtet“; die freie Mitwirkung an dieser Ordnung ist aber dem Schutz der Freiheit in ihr nachgeordnet.¹² „Das Verhältnis von Freiheit und Recht bleibt“, wie Böckenförde schreibt, „ein bloßes Außenverhältnis“, denn sie selbst wird als „vorstaatlich“ und damit auch vorrechtlich verstanden.¹³ Zwar ist auch Böckenförde der Auffassung: „Das Prinzip der Selbstbestimmung des Einzelnen muss in die Bildung und Ausübung des sog Staatswillens, d.h. der staatlichen Entscheidungsgewalt und Aufgabenerledigung hineingenommen werden“, damit die öffentliche Gewalt dem Einzelnen nicht fremd bleibe. Doch richtet sich diese Forderung nur als objektive Verpflichtung an den Staat und gewährt dem Einzelnen kein subjektives Recht.

Auch andere Autoren sind der Auffassung, daß Demokratie kein subjektives Recht, sondern als ein „organisiertes Verfahren freier Willensbildung unter Gleichen die legitimierende Quelle aller positiven Gesetze, auch der Grund- und Menschenrechte“ sein könne.¹⁴ Es ist dann bloßes Staatsstrukturprinzip, das „Legitimations- oder Verantwortungsprinzip“ staatlicher Herrschaft.¹⁵ Die Menschen- und Grundrechte werden in dieser Perspektive zum „Fundament“

¹⁰ Ebd., S. 237: „Demokratie meint demgegenüber die konkret nachvollziehbare, institutionell und verfahrensmäßig abgesicherte Ausübung von Herrschaft und politische Entscheidungsgewalt durch das Volk, und zwar das empirische, je konkret vorfindliche Volk, nicht ein Volk als transzendentales Subjekt“.

¹¹ „Das Spannungsverhältnis bestünde dabei darin, daß moralisch universalistisch verstandene (Menschen-)Rechte den demokratischen Volkssouverän moralisch binden, die demokratische Volkssouveränität also nicht mehr völlig frei ist, sich ihre je ganz eigenen Gesetze zu geben“, Stefan Gosepath, „Das Verhältnis von Demokratie und Menschenrecht“, in: *Demokratischer Experimentalismus. Politik in der komplexen Gesellschaft*, hg. von Hauke Brunkhorst, Frankfurt/Main, S. 209. Er selbst spricht sich für einen Vorrang der Menschenrechte vor der Demokratie aus.

¹² Ernst-Wolfgang Böckenförde/Christoph Enders, „Freiheit und Recht. Freiheit und Staat“, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt/Main 1991, S. 44.

¹³ Ebd., S. 45.

¹⁴ Hauke Brunkhorst. „Menschenrechte und Souveränität – ein Dilemma?“, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann, *Recht auf Menschenrechte*, S. 173.

¹⁵ Horst Dreier, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Tübingen 2014, S. 161 f.

ment und sozusagen Infrastruktur aller demokratischen Prozesse“.¹⁶ Kommunikations-, Versammlungs-, Vereinigungsfreiheit dienen dann der politischen Ordnung.

Das Recht selbst gerät nicht als aktive Verwirklichung von Freiheit in den Blick. Derartige Kritik am Menschenrecht auf Demokratie stützt sich häufig auf historische Erwägungen.¹⁷ Zunächst scheint der Fokus sowohl in der Philosophie als auch in der politischen Praxis auf den Abwehrrechten gelegen zu haben. *Ernst Tugendhat* weist darauf hin, daß sich die liberalen Menschenrechte zunächst in nichtdemokratischen Staaten entwickelt haben. Es bestehe also kein notwendiger Zusammenhang zwischen der Verwirklichung von Menschenrechten und der Regierungsform der Demokratie.¹⁸ In gut aristotelischer Tradition¹⁹ hatte bereits *Montesquieu* geschrieben, daß die Freiheit darin liege, gemäß den Gesetzen zu handeln und nicht tun zu dürfen, was man wolle. Sie erstrecke sich folglich nicht auch darauf, die Gesetze selbst zu begründen.²⁰ Danach scheint es so zu sein, daß zwar die großen Revolutionen des 18. Jahrhunderts dieses Recht für sich in Anspruch nahmen, es aber nicht zugleich auch kodifizierten. Vielmehr wurden zunächst die Abwehrrechte, dann die Leistungs- und Teilhaberrechte und – jedenfalls in Deutschland – schließlich erst Selbstbestimmungsrechte und Mitwirkungsrechte am politischen Prozeß garantiert.

Wie jedes historische ist aber auch dies kein kategoriales Argument. Weil nach diesen Auffassungen das Freiheitsprinzip Recht und Staat vorgelagert bleibt, hat das Recht nur eine instrumentelle Funktion und wird Demokratie nur als objektives Prinzip verstanden, das an den Staat von außen herangetragen ist. Weil der demokratischen Rechtsstaat jedoch Freiheit nicht nur schützt und fördert, sondern auch ihr Ausdruck ist, muss es nicht bei der Demokratie als ei-

¹⁶ Rüdiger Wahl, „Demokratie“, in: *Ergänzbares Lexikon des Rechts* 5/170 (1990), S. 4.

¹⁷ Hasso Hofmann, „Menschenrechte und Demokratie. Oder: Was man von Chrysipp lernen kann“, in: *Juristenzeitung* 2001, S. 7.

¹⁸ Tugendhat ist der Auffassung, „daß der Liberalismus seinen Ursprung innerhalb autoritärer Ordnungen hatte; es gab daher Liberalismus ohne Demokratie, und es gibt die Idee der Demokratie ohne Liberalismus. Aber die einzige legitime politische Ordnung scheint die einer liberalen Demokratie zu sein, denn nur sie scheint die politische Macht so zu strukturieren, daß die Individuen erstens gemeinsam die Träger der politischen Macht sind und daß sie zweitens einen Spielraum als Individuen behalten“, Ernst Tugendhat, „Die Kontroverse um die Menschenrechte“, in: v. Gosepath/Lohmann, *Philosophie der Menschenrechte*, S. 52.

¹⁹ Aristoteles: *Politik* VI, 2, 1317a 40–b 17, *Politik. Übersetzt und mit erklärenden Anmerkungen versehen von Eugen Rolfs. Mit einer Einleitung von Günther Bien*, 4. Aufl., Hamburg 1981, S. 217.

²⁰ Charles Louis de Secondat de Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, Tübingen 1992, S. 212 f.: „In der Tat scheint das Volk in den Demokratien zu tun, was es will. Aber die politische Freiheit besteht nicht darin, zu tun was man will. In einem Staat..., in der es Gesetze gibt, kann die Freiheit nur darin bestehen, das tun zu können, was man wollen darf, und nicht gezwungen zu sein, zu tun, was man nicht wollen darf.“

nem objektiven Prinzip bleiben, sondern ist die Rekonstruktion von Recht und Demokratie aus der Freiheit nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

3.1.3 Menschenrechte sind deontologisch begründet – Demokratie hingegen pragmatisch oder axiologisch

Zu einem ähnlichen Ergebnis, jedoch mit unterschiedlicher Begründung gelangt *James Griffin* in seiner Monographie „On Human Rights“. Auch er erhebt einen strukturellen Einwand gegenüber einem Menschenrecht auf Demokratie. Menschenrechte könnten aus der Menschenwürde abgeleitet werden; das Demokratieprinzip verfolge jedoch pragmatische Ziele wie die Stabilität des politischen Prozesses.²¹ Entsprechend ergäben sich aus der Menschenwürde die definitiven Ansprüche der Menschenrechte, während Demokratie nur ein objektives Prinzip der Staatsorganisation darstelle.

Die Menschenwürde werde zwar durch die Menschenrechte geschützt. Sie selbst sei aber begründet aus den Werten des Lebens, der Autonomie und der Freiheit des Einzelnen. Nun besteht jedoch keine Notwendigkeit, Menschenwürde in diesem Sinn ausschließlich als einen objektiven Wert und nicht als subjektives Recht zu verstehen. Man mag einwenden, daß sie dafür einen zu vagen Inhalt besitze. Doch kann demgegenüber gezeigt werden, daß inzwischen hinreichende Konzeptionen vorliegen, die ihr einen recht fest umrissenen Inhalt geben. Man kann sie etwa als Selbstzwecklichkeit des Menschen verstehen oder als Freiheitsfähigkeit des Menschen, die den Menschen im Gegensatz zu den Freiheitsrechten auch dann schützt, wenn er von seiner Freiheit keinen Gebrauch machen kann.²² Nimmt man etwa die Konzeption Kants, daß der Mensch als Subjekt und niemals bloß als Objekt zu behandeln sei, dann darf dies nicht nur für die gewährten Freiheiten, also den Inhalt der Menschen- und Grundrechte gelten. Vielmehr ist der Mensch auch bei der Begründung von Freiheit als handelndes Subjekt und nicht bloß als Objekt einer Rechtsgewährung zu behandeln.

Das braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Es reicht zu zeigen, daß die Menschenwürde selbst als Fundament der Menschenrechte im Sinne eines subjektiven Rechts verstanden werden kann. *Friedrich Müller* schreibt etwa:

²¹ James Griffin, *On Human Rights*, Oxford 2011, S. 249: „Human rights grew up to protect what we see as constituting human dignity: the life, autonomy, and liberty of the individual. Democratic institutions grew up in our need for a decision procedure for groups – a procedure that is stable, manages transfer of power well, appropriate to a society whose members are more or less equal in power or worth, reconciles losers in social decisions to the basic structures of the society, and tends to promote the commonweal – that is, order, justice, security, and prosperity“.

²² Vgl. in diesem Sinn Stephan Kirste, „Das Fundament der Menschenrechte“, in: *Der Staat* 2013, S. 119–138.

„Demokratie ist positives Recht eines jeden menschlichen Wesens“²³ und auch Peter Häberle versteht sie als „Prämissen“ der Demokratie.²⁴ Versteht man diese Würde etwa als Selbstzwecklichkeit, dann ist sie nicht nur die Grundlage eines abwehrrechtlichen status negativus, eines leistungs- und teilhaberechtlichen status positivus, sondern auch eines mitwirkungsrechtlichen status activus.²⁵ In diesem Status hat der Einzelne dann das Recht, bei der Entscheidung über seine Rechte als agierendes Subjekt und nicht nur als passives Objekt behandelt zu werden. Dieser Status wäre dann die Grundlage sowohl eines demokratischen Teilhaberechts als auch von Anhörungsrechten in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Je nach dem Verständnis der Menschenwürde als subjektives Recht ist also eine Begründung eines Menschenrechts auf Demokratie möglich.

Auch Samantha Besson versteht Demokratie als einen objektiven Wert. „Es kann kein Recht auf einen Wert geben und Demokratie ist ein solcher Wert.“²⁶ Zwar ist zutreffend, daß sich Werte und Normen der Form nach wechselseitig ausschließen, denn Werte sind Aussagen und Bekenntnisse über das Gute, Normen hingegen Sollensätze, die eine Verpflichtung enthalten.²⁷ Auf der anderen Seite ist es jedoch nicht ausgeschlossen, daß subjektive Rechte Werte in Normen transformieren. Die objektive Dimension der Grundrechte versteht deren Regelungsgegenstand zugleich als einen objektiven Wert, wie etwa im Recht der Meinungsfreiheit die Freiheit der Meinung als einen für ein liberales Gemeinwesen zentralen Wert.²⁸ Daher ist es auch umgekehrt nicht ausgeschlossen, daß das Rechtsgut eines Wertes in die Form eines subjektiven Rechts gegossen wird. Subjektive Rechte können das gleiche Rechtsgut (z.B. Freiheit) schützen, zu dem sich eine Rechtsgemeinschaft als Wert bekennt.

²³ Friedrich Müller, *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung. Elemente einer Verfassungstheorie* 8, Berlin 2003, S. 72.

²⁴ Peter Häberle „Menschenwürde und pluralistische Demokratie – ihr innerer Zusammenhang“, in: ders., *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht. Späte Schriften*, Berlin 2009, S. 87 f., 88: „Sie ist der ‚archimedische Bezugspunkt‘ aller – auch im Verfassungsstaat notwendigen – Herrschaftsableitungen und Legitimationszusammenhänge“. Er kritisiert die Trennung von Staatsform und „Grundfreiheiten“.

²⁵ Wolfgang R. Köhler, „Das Recht auf Menschenrechte“, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann, *Recht auf Menschenrechte*, S. 124: „Die Menschenrechte lassen sich nur durch einen Verweis auf den Status des Menschen als Zweck an sich selbst, das heißt als Person, begründen, der in der Freiheit, Gleichheit und Preislosigkeit des Menschen seinen Ausdruck findet. Die Begründung besteht darin, letztlich daraus ein Recht auf Menschenrechte abzuleiten – und damit auch ein Recht auf Demokratie“.

²⁶ Samantha Besson, „Demokratie als Menschenrecht“, in: Gret Haller/Klaus Günther/Ulfrid Neumann (Hg.), *Menschenrechte und Volkssoveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?*, Frankfurt/Main-New York 2011, S. 78.

²⁷ Stephan Kirste, „Harter und Weicher Rechtspatrialismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik“, in: *Juristenzeitung* 2011, S. 93 f.

²⁸ BVerfG 7, S. 198 ff. (208) – Lüth.

Weder die Unterscheidung von Menschenrechten als kategorischen Normen und Demokratie als einem pragmatischen Grundsatz noch diejenige von subjektiven Menschenrechten und objektiven Prinzip der Demokratie sprechen mithin gegen die Möglichkeit eines Menschenrechts auf Demokratie. Das bedeutet noch nicht, dass es auch positiv begründet ist.

3.2 Zur Begründung des Menschenrechts auf Demokratie

Neben diesen kritischen Stimmen fehlt es aber auch nicht an Begründungen eines solchen Rechts. Sie lassen sich in (1.) instrumentelle Begründungen, die versuchen, einen Vorrang von Menschenrechten oder Demokratie zu rechtfertigen, (2.) Theorien der Gleichursprünglichkeit von Menschenrechten und Demokratie und (3.) intrinsische Theorien des Zusammenhangs zwischen Menschenrechten und Demokratie unterscheiden.

3.2.1 Liberale Theorien: Das instrumentelle Verhältnis des Rechts auf Demokratie zu den Menschenrechten

Verschiedene Autoren rechtfertigen das Recht auf Demokratie instrumentell.²⁹ Danach dient „Demokratie ... der Verwirklichung der Menschenrechte, aber Menschenrechte dienen nicht der Verwirklichung der Demokratie.“³⁰ Besser als andere Institutionen sichere Demokratie die Interessen des Einzelnen, nehmen etwa *John Stuart Mill* und auch *John Rawls* an.³¹ Individuelle Rechte würden durch Demokratie besser geschützt als durch andere Regierungsformen. Rawls wendet sich gegen die Vorstellung der Zentralstellung der politischen Autonomie der Bürger. Gegen die republikanischen Konzeptionen etwa von *Hannah Arendt* gewendet, schreibt er, daß allenfalls im antiken Athen die kollektive politische Autonomie die Zentralstellung im Leben der Menschen gehabt haben möge, die ihr Arendt gebe, nicht jedoch im gegenwärtigen liberalen Staat. Gleichwohl könnten die politischen Freiheiten zu den Grundfreiheiten gezählt werden, wenn auch nur mit instrumentellem Wert zum Schutz und zur Erhaltung anderer Grundfreiheiten.³² Als Menschenrechte versteht Rawls diejenige Klasse von Rechten, „that play a special role in a reasonable Law of Peoples.“ Diese besondere Rolle ist durch die Bedeutung der von ihnen geschützten Rechtsgüter geprägt: „Human rights in the Law of Peoples ... express a special

²⁹ Allen Buchanan etwa nimmt an, daß es ein Recht auf Demokratie zur Verbesserung der Durchsetzung der anderen Menschenrechte geben sollte. Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*. Oxford 2004, S. 142 ff.

³⁰ Köhler, Recht, S. 113.

³¹ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA 1971, § 36.

³² John Rawls, *Gerechtigkeit als Fairness*, Frankfurt/Main 2003, S. 222.

class of urgent rights, such as freedom from slavery and serfdom, liberty (but not equal liberty) of conscience, and security of ethnic groups from mass murder and genocide“.³³ Sie haben drei Aufgaben:

1. Their fulfillment is a necessary condition of the decency of a society’s political institutions and of its legal order (§§ 8–9).
2. Their fulfillment is sufficient to exclude justified and forceful intervention by other peoples, for example, by diplomatic and economic sanctions, or in grave cases by military force.
3. They set a limit to the pluralism among peoples.³⁴

Demokratie habe aber nicht diese Dringlichkeit und dürfe nicht zur Rechtfertigung von Interventionen dienen. Judith Sklar folgend, schließt Rawls: „Human rights are distinct from constitutional rights, or from the rights of liberal democratic citizenship.“³⁵

Im intellektuellen Umkreis von Rawls nimmt auch *Charles Beitz* an, daß ein Menschenrecht auf Demokratie allenfalls instrumentellen Charakter besitze. Im Übrigen sei es durchaus möglich, daß die wesentlichen Interessen des Menschen in anderen Regierungsformen besser befriedigt würden.³⁶ Zum Beleg führt er Studien an, die zeigen sollen, daß der Wohlstand der Bevölkerung und insbesondere die Bekämpfung von Armut in nichtdemokratischen Staaten nicht geringer ist als in demokratischen. Damit wäre dann Demokratie nicht einmal notwendig zur Verwirklichung der Menschenrechte.

Diese Auffassung wirft nun einerseits das Problem des Paternalismus auf;³⁷ andererseits ist auch klar, daß ein fundamentales Interesse von anderen Regierungsformen weniger befriedigt wird, nämlich dasjenige der Freiheit: Wenn die Bürger nur die private Freiheit besitzen, mag diese noch so optimal gewährleistet sein; kann ihnen die politische doch fehlen. Diese können sie nur in einer Demokratie erlangen.

Wie Böckenförde verweist auch Beitz auf die Bedingungen, von denen Demokratie abhängig ist: Neben einer gewachsenen demokratischen Kultur – ein Argument, das vor dem Hintergrund der Weimarer Republik und auch des Arabischen Frühlings nicht ganz von der Hand zu weisen ist³⁸ – ein minimaler sozialer Wohlstand und Bildung.³⁹

³³ Beide Zitate, John Rawls, *Law of the Peoples. The Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge/MA 1999, S. 79.

³⁴ Ebd.

³⁵ Ebd.

³⁶ Charles Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford 2009, S. 176.

³⁷ Kirste, Rechtspaternalismus, S. 805 ff.

³⁸ Beitz, *Human Rights*, S. 180.

³⁹ Ebd., S. 181.

Dies ist jedoch kein schlüssiges Argument gegen ein Menschenrecht auf Demokratie oder für dessen instrumentellen Charakter. Auch die anderen Menschenrechte können von weiteren Bedingungen abhängig sein: Negative Freiheitsrechte können nicht ausgeübt werden, wenn der Einzelne nicht im Besitz der erforderlichen Ressourcen für seine Freiheit ist: Nahrung, Bildung etc. Dies begründet seine positiven Freiheitsrechte. Werden diese ihm jedoch als Almosen gewährt, wird seine aktive Freiheit, selbst für seine Rechte einzutreten, missachtet.⁴⁰ Von diesen wiederum kann er keinen wirklichen Gebrauch machen, d.h. an öffentlichen Angelegenheiten teilhaben oder seine subjektiven Rechte verteidigen, wenn ihm die hierfür erforderlichen Ressourcen fehlen und er sich nicht auf dem freien Markt der Meinungen seine eigene Auffassung bilden und zum Ausdruck bringen kann. Diese Freiheitsrechte bedingen sich mithin wechselseitig. Die Begründung des Zusammenhangs von „Rechtsstaat und Demokratie“ – und Sozialstaat! – kann sich jedoch aus den Dimensionen des einen Freiheitsrechts selbst ergeben. Zugespitzt: In der Weimarer Republik war zwar der Rechtsstaat vorhanden, die Demokratie konnte sich nicht langfristig stabilisieren, weil der Sozialstaat überfordert war; im Arabischen Frühling fehlte auch der Rechtsstaat.⁴¹

Amartya Sen folgt Rawls und Beitz zunächst in der Einschätzung der instrumentellen Funktion und hebt hervor, daß große Hungersnöte in der Geschichte niemals in funktionierenden demokratischen Staaten mit einer freien Presse vorgekommen seien, weil hier die freie Presse und Wahlen eine hinreichende Kontrolle über Selbstbereicherungsabsichten ausübten.⁴² Er geht jedoch über Rawls hinaus, wenn er annimmt, daß politische Freiheit ein Teil der Freiheit überhaupt ist und ein zentraler Teil der Konzeption des Menschen vom guten Leben.⁴³ Hinzu tritt die instrumentelle Funktion, den Menschen mit ihren Angelegenheiten ein öffentliches Gehör zu verschaffen und die Möglichkeit der Politik, aus ihren Fehlern zu lernen – letzteres würde aber nicht notwendig ein Menschenrecht auf Demokratie verlangen.

⁴⁰ BVerfGE 125, 175 – Hartz IV.

⁴¹ Beitz, Human Rights, S. 180.

⁴² Amartya Sen, „Democracy as a Universal Value“, in: *Journal of Democracy* 10 (1999), S. 7f.: „I have discussed elsewhere the remarkable fact that, in the terrible history of famines in the world, no substantial famine has ever occurred in any independent and democratic country with a relatively free press. We cannot find exceptions to this rule, no matter where we look... The policies went uncriticized because there were no opposition parties in parliament, no free press, and no multiparty elections“.

⁴³ Sen, Democracy, S. 3–17, S. 9: „political freedom is a part of human freedom in general, and exercising civil and political rights is a crucial part of good lives of individuals as social beings. Political and social participation has intrinsic value for human life and well-being. To be prevented from participation in the political life of the community is a major deprivation...“.

3.2.2 Republikanische Theorien: Das instrumentelle Verhältnis der Menschenrechte für die Demokratie

Instrumentelle Theorien können auch umgekehrt vertreten, daß die Menschenrechte nur eine unterstützende Bedeutung für die Demokratie besäßen.⁴⁴ Hier würden sich insbesondere republikanische und kommunitaristische Theorien finden. Für diesen, auf Aristoteles, Cicero und den Bürgerhumanismus der Renaissance zurückgehenden Ansatz, verwirklicht der Mensch seine Freiheit in der gemeinsamen politischen Selbstbestimmung der Republik.⁴⁵ Positive Freiheit selbst ist gesellschaftlich begründet und damit notwendig objektive Freiheit.⁴⁶ Dieser anspruchsvollen Selbstregierung dient die Ausbildung der Tugenden des Bürgers und die Ausübung seiner Rechte. Der Prozeß der unmittelbaren politischen Selbstregierung steht so sehr im Zentrum der Freiheitskonzeption von Renaissancehumanisten wie etwa James Harrington, daß selbst die Ausbildung von Freiheitsrechten gegenüber dem Gemeinwesen einen Bruch darstellen würde.⁴⁷

Für Rousseau bilden private und politische Freiheit, Herrschen und Beherrschwerden eine Einheit.⁴⁸ Im gesellschaftlichen Zustand bedeutet Freiheit nicht Unabhängigkeit vom Gesetz, sondern „Gehorsam gegen sein eigenes Gesetz“.⁴⁹ Dies ist notwendig, denn: „Gute soziale Einrichtungen entkleiden den Menschen seiner eigentlichen Natur und geben ihm für seine absolute eine relative Existenz. Sie übertragen sein Ich in die Allgemeinheit, so daß sich der einzelne nicht mehr als Einheit, sondern als Glied des Ganzen fühlt und angesehen wird“.⁵⁰ Rousseau begründet den Vorrang der politischen vor der privaten Selbstbestimmung damit, daß der Mensch in der bürgerlichen Gesellschaft nur

⁴⁴ Pointiert etwa Hans Jörg Sandkühler, *Recht und Staat nach menschlichem Maß*, Weilerswist 2013, S. 585: „Die Demokratie kann scheitern. Sie wird scheitern, wenn nicht die Menschenrechte auf ihrem jeweils entwickeltesten Niveau die Herrschaft des Rechts und den Staat bestimmen.“

⁴⁵ Vgl. hierzu Stephan Kirste, „Menschenwürde und Freiheitsrechte des Status Activus. Renaissancehumanismus und gegenwärtige Verfassungsdiskussion“, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste/Oliver W. Lembcke (Hg.), *Des Menschen Würde: (wieder)entdeckt und er-funden im Humanismus der italienischen Renaissance?* (Politika 1), Tübingen 2008, S. 187 ff. (Auseinandersetzung mit H. Baron); Frank I. Michelman, „The Supreme Court 1985 Term. Forward: Traces of Self-Government“, in: *Harvard Law Review* 100 (1986), S. 38 f. (Berufung auf Pocock).

⁴⁶ Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, S. 42 ff.; Michelman, Supreme Court, S. 75.

⁴⁷ Michelman, Supreme Court, S. 42, 47: „At the heart of the conception, motivating the whole, is the first principle: positive freedom realized as self-government through politics.“

⁴⁸ Jean Jacques Rousseau, *Du contrat social. Vom Gesellschaftsvertrag*. In Zusammenarbeit mit E. Pietzcker übers. u. hg. v. H. Brockard, Stuttgart 2010, III, 13, S. 205.

⁴⁹ Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, S. 16: „... die ungebändigten Naturtriebe machen den Menschen zum Sklaven, der Gehorsam gegen ein eigenes Gesetz macht ihn frei.“

⁵⁰ Jean Jacques Rousseau, *Emile oder Über die Erziehung* (1762), hg./übers. von L. Schmidts, 13. Aufl., Paderborn/München/Wien/Zürich 1991, S. 12.

durch den demokratisch gebildeten Gemeinwillen frei ist.⁵¹ Dieser im Gesellschaftsvertrag artikulierte Wille transformiert komplett die natürliche in die „staatsbürgerliche Freiheit“: „der Gehorsam gegen ein eigenes Gesetz macht ihn frei“.⁵² Fortan sind subjektive Rechte im allgemeinen Willen aufgehoben und richten sich nicht mehr gegen ihn.⁵³ Er ist der Garant der gleichen Freiheit für alle und zugleich ihr Ausdruck. Rousseau versteht diese Partizipation jedoch nicht nur als Recht, sondern auch als Verpflichtung. Wer sich dem Gemeinwillen gegenüber verweigert, kann dazu gezwungen werden: „man wird ihn zwingen, frei zu sein“.⁵⁴ Die Gesellschaft und ihr Recht sind also nicht Institutionen zum Schutz der „vorstaatlichen“ Freiheit; vielmehr sind sie Voraussetzung wirklicher Freiheit. Deshalb sind auch die privaten Rechte der öffentlichen Autonomie untergeordnet.⁵⁵ Auch wenn er zwischen staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten und den natürlichen Rechten als Mensch unterscheidet, gilt in der Demokratie die Person eher als politischer Citoyen denn als Bourgeois und insgesamt gibt es mehr Regierende als Privatleute.⁵⁶ Demokratie wirke erzieherisch auf die Menschen und bringe ihre sozialen Fähigkeiten zur Geltung.⁵⁷ Die Kommunikations- und Assoziationsgrundrechte werden in dieser Perspektive Realisationsbedingungen von Demokratie. Die starken strukturellen (kleine Staaten) und moralischen Voraussetzungen (Tugendhaftigkeit der Bürger) und die Gefahr der Instabilität halten Rousseau nicht davon ab, Demokratie als die Lebensform der Freiheit aller Bürger zu verstehen.

Hannah Arendt steht in dieser Tradition, wenn sie öffentliche oder politische Freiheit als grundlegend und Partizipation an öffentlichen Angelegenheiten als ein öffentliches Glück versteht, das nirgends sonst zu finden ist, auch wenn ru-

⁵¹ Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, IV, 2, S. 237: „Der stetige Wille aller Glieder des Staates ist der Gemeinwille; durch ihn sind sie Staatsbürger und frei“.

⁵² Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, I, 8, S. 45.

⁵³ Joshua Cohen, *Rousseau. A free Community of Equals*, Oxford 2010, S. 146. Cohen versteht das Recht auf Demokratie bei Rousseau als Recht auf Partizipation an der Organisation des Gemeinwillens.

⁵⁴ Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, I, 7, S. 43.

⁵⁵ Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, I, 9, S. 49f.

⁵⁶ Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, III, 15, S. 209: „Ein Staat ist um so besser organisiert, je größer das Interesse für die öffentlichen als für die privaten Angelegenheiten bei den Staatsbürgern ist... Sobald einer von Staatsangelegenheiten sagt: was geht mich das an, muß man damit rechnen, daß der Staat verloren ist“ – zu einer differenzierten Sicht von Citoyen und Bourgeois bei Rousseau, Ino Augsberg, *Der unmögliche Bürger. Bourgeois und Citoyen bei Rousseau*, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste/Oliver W. Umbeck (Hg.) *Person und Rechtsperson*, Tübingen 2015, S. 127–144.

⁵⁷ Cohen nennt diese Position „Kommunitaristisch“ (Rousseau, S. 5, 21); aber sie entspricht doch einer klassischen, auf Aristoteles zurückreichenden republikanischen Tradition. Er selbst lehnt ein Recht auf Demokratie ab, weil er Menschenrechte als Ausfluß von Gerechtigkeit versteht und Demokratie eine instrumentelle Funktion für Gerechtigkeit zumisst, Cohen, S. 226 f.

hige Zeiten immer wieder den Rückzug ins Private begünstigen.⁵⁸ Problematisch an den republikanischen Konzeptionen ist jedoch, daß der Schutz der individuellen Freiheit der kollektiven Freiheit der demokratischen Selbstbestimmung untergeordnet wird und damit die individuellen Kräfte, aus denen sich auch die Demokratie speist, bedroht sind.

3.2.3 Die Gleichursprünglichkeit von Menschenrechten und Demokratie bei Jürgen Habermas

Jürgen Habermas versucht die wechselseitige Instrumentalisierung durch den Gedanken der Gleichursprünglichkeit von Menschenrechten und Demokratie zu vermeiden. Zu diesem Zweck fragt er sich, welche grundlegenden Rechte sich freie und gleiche Bürger bei der Begründung des positiven Rechts im Wege eines rationalen Diskurses zugestehen würden.⁵⁹ Das sind zunächst diejenigen Rechte, die für rationale Diskurse im Rahmen des positiven Rechts erforderlich sind: „Der gesuchte interne Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität besteht dann darin, daß die Menschenrechte die Kommunikationsbedingungen für eine vernünftige politische Willensbildung institutionalisieren.“⁶⁰ In dieser Kommunikation wird die Rechtsform bereits vorausgesetzt. Mit ihr wird auch die Rechtssubjektivität der Rechtspersonen gesetzt. Diese Rechtspersonen haben die Fähigkeit, Träger von liberalen Menschenrechten zu sein. Die eigentlich diskursive Legitimation der Menschenrechte tritt so von außen an die Rechtsform heran. Art und Umfang der liberalen Menschenrechte werden in der Folge von den Diskursanforderungen bestimmt.

Obwohl Habermas das Problem der Instrumentalisierung der liberalen Menschenrechte durch die politische Autonomie durchaus sieht, gelingt es ihm doch nicht, die Ausgestaltung beider im positiven Recht in ein gleichwertiges Verhältnis zu bringen. Der Grund dafür liegt darin, daß er die Rechtsform nicht selbst wiederum aus einem dieser *und* der Volkssouveränität zugrundeliegenden Prinzip rekonstruiert. So wie die Rechtsform bereits vorliegt, ist die Ausgestaltung der konkreten Menschenrechte dem Diskurs unterworfen, der auch die negativen Menschenrechte seinem Regime bestimmt.

Die Menschenrechte konkurrieren nicht mit der Volkssouveränität, sondern sind mit Bedingungen des öffentlichen Diskurses zur Beschränkung der Frei-

⁵⁸ Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, 7. Aufl., München/Zürich 2000, S. 158 ff.

⁵⁹ Jürgen Habermas, *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt/Main 1998, S. 175; Ingeborg Maus, „Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie“, in: Christoph Meske/Francesca Raimondi (Hg.), *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen*, Frankfurt/Main 2011, S. 346.

⁶⁰ Habermas, Postnationale Konstellation, S. 175.

heiten identisch.⁶¹ Die politische sei der privaten Autonomie der Bürger weder über- noch untergeordnet. Entsprechend sichere das System der Rechte die Kommunikationsformen, die für eine politisch autonome Rechtsetzung notwendig sind.⁶² Nur so seien die Subjekte von Rechten zugleich deren Autoren. Nur die diskurstheoretische Begründung könne den notwendigen Zusammenhang von privater und öffentlicher Autonomie beweisen. Auch Sheila Benhabib und Ingeborg Maus⁶³ nehmen zu Recht an, daß die Menschen nur dann Autoren ihrer Rechte sind, wenn sie ihre Rechtsansprüche selbst interpretieren können.⁶⁴

Es reicht jedoch nicht aus, zu sagen, die Autoren sollten zugleich die Adressaten von Rechten sein.⁶⁵ Zu begründen ist auch, welche Eigenschaft Autor und Adressat von Rechten gemeinsam ist und Menschenrechte wie Demokratie begründet. Nicht völlig geklärt ist ferner, ob nicht bei Habermas sämtliche Menschenrechte ihre Begründung nur durch das Diskursprinzip erhalten, so daß ähnlich wie bei Rousseau die negativen Rechte von den aktiven verdrängt werden. Diese Gefahr besteht jedenfalls bei Sheila Benhabib.⁶⁶

„Gleichur sprunglichkeit“ bedeutet in diesem Zusammenhang nur, dass ein Prinzip nicht Vorrang vor dem anderen haben soll. Es bedeutet nicht, dass Menschenrechte und Demokratie *denselben* Ursprung haben. Ihr „intrinsicer Zusammenhang“ bezieht sich auf die gleichwertige Funktion für die rechtliche Institutionalisierung des Diskursprinzips: Das Diskursprinzip bedarf zu seiner Realisierung beider in gleichem Maß. Aus der Instrumentalisierung der Demokratie für die Menschenrechte durch die liberale Konzeption und die Menschenrechte für die Demokratie durch die republikanische wird hier die wechselseitige Instrumentalisierung beider für den Diskurs.

In der Tat müssen zur Transformation der Menschenrechte in das Recht Positivität und Legitimation zusammenkommen. Dies ist jedoch – anders als von Maus und Habermas angenommen – nicht alleine eine Forderung, die aus der „Janusköpfigkeit“ von Menschenrechten und Demokratie bzw. aus deren „internem“ Zusammenhang, sondern aus der von ihnen geschützten Freiheit selbst zu begründen ist. Wenn sie ihrer positiven Dimension Selbstbestimmung meint, so bedeutet die Realisierung der Freiheit nicht nur, dass der Person ein Freiraum zugewiesen werden, sondern auch, dass sie selbst über die Transformation dieser Rechte ins positive Recht mitentscheiden kann. Das andere wäre ein praktischer

⁶¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/Main 1994, S. 469.

⁶² Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 134 f.

⁶³ Maus, Menschenrechte als Ermächtigungsnormen, S. 344.

⁶⁴ Sheila Benhabib, „Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights“, in: *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Vol. 81 (2007), S. 21.

⁶⁵ Benhabib, Universalism, S. 15.

⁶⁶ „Human rights, I will maintain, articulate moral principles protecting the communicative freedom of individuals; while such moral principles are distinct from the legal specification of rights, nevertheless there is a necessary and not merely contingent connection between human rights as moral principles and their legal form“, Benhabib, Universalism, S. 9.

Reduktionismus der Freiheit auf ihre private Seite. Die Freiheit, um die es dabei geht, ist aber die rechtliche Freiheit oder das Recht als Dasein der Freiheit⁶⁷ – nicht nur der negativen sondern auch der positiven und aktiven Freiheit.⁶⁸

Der Preis dafür, dass der Zusammenhang von privater und politischer Autonomie aus den Notwendigkeiten der Diskurstheorie erfolgt, ist die Indienstnahme beider für die Notwendigkeiten des Diskurses. Eine Asymmetrie durch die Instrumentalisierung der politischen Autonomie im Dienst der privaten oder der privaten im Dienst der politischen lässt sich nur vermeiden, wenn beide als Ausdruck eines gemeinsamen Wertes verstanden werden.⁶⁹

3.2.4 Zum intrinsischen Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie

Nur wenige Theorien gehen von einem intrinsischen Zusammenhang von Demokratie und Menschenrechten aus.⁷⁰ Als „intrinsisch“ soll hier ein Ableitungszusammenhang aus einem gemeinsamen Prinzip verstanden werden. Sie begründen diesen Zusammenhang aus einem gemeinsamen Wert oder einem gemeinsamen Interesse. So schreibt etwa *Thomas Frank*, das Recht auf Demokratie diene dazu, dass alle Menschen „assume responsibility for shaping the kind of civil society in which they live and work“.⁷¹ Verantwortlichkeit ist bei ihm das gemeinsame Prinzip.

Stefan Gosepath will Selbstgesetzgebung und Gleichheit in ihrem moralischen Zusammenhang begründen, um ihr Gleichgewicht mit den moralischen Menschenrechten zu erweisen.⁷² Diesen gemeinsamen Punkt sieht Gosepath in der gleichen Achtung.⁷³ Das trifft einen wichtigen Punkt. Es vermag jedoch nicht, den systematischen Zusammenhang des Menschenrechts auf Demokratie mit der Partizipation in allen sonstigen Rechtsbegründungs- und Anwendungs-

⁶⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt/Main 1984, § 30, S. 119.

⁶⁸ Vgl. auch Michelman, Supreme Court, S. 26 f.

⁶⁹ Ausgehend einer Kantisches Interpretation von Menschenwürde und „gleicher solidarischer Freiheit“ meint Bielefeldt, Demokratie ist erforderlich zur Bestimmung und Ausgestaltung der Menschenrechte; diese wiederum seien als Kommunikations- und Assoziationsrechte Bedingungen des demokratischen Willensbildungsprozesses, Heiner Bühfeldt, Philosophie der Menschenrechte, Darmstadt 1998, S. 107 f., Bielefeldt 1998, S. 107 f.

⁷⁰ Stefan Gosepath etwa versucht, „Die Idee der Menschenrechte und Demokratie aus ein und demselben Prinzip der Moral der wechselseitig geschuldeten gleichen Rücksicht und Achtung“ abzuleiten, Gosepath, S. 225, um die „konzeptionelle Lücke zwischen unserem geteilten demokratischen Ideal einer Prozedur, die allen gleiche und adäquate Partizipationsmöglichkeiten einräumt, und dem apriorischen, universalen, moralischen Ideal der Menschenrechte, das aus moralischen Gründen den Gesetzgebern einen Kanon von Grundrechten vorschreibt“.

⁷¹ Franck, Emerging Right, S. 79.

⁷² Gosepath, Demokratie und Menschenrecht, S. 226 f.

⁷³ Ebd., S. 239.

diskursen zu zeigen. Sie sind nicht alle durch das Prinzip der Gleichheit geprägt. Ferner stellt sich die Frage nach dem Bezugspunkt von Gleichheit? Deshalb soll hier mit dem Prinzip der Freiheit angesetzt werden und das Menschenrecht auf Demokratie dann als ein Recht auf gleiche Partizipation an den alle in gleicher Weise betreffenden Angelegenheiten rekonstruiert werden.

Einen solchen inneren Zusammenhang hat schon *Jean-Jacques Rousseau* angenommen. Die ursprünglich egoistische Freiheit der Menschen wird durch die volonté générale in eine gesetzlich geordnete transformiert. Weil er jedoch der menschlichen Freiheit nicht über den Weg traut und den jederzeitigen Rückfall in die von Selbstliebe beeinträchtigte Freiheit befürchtet, wird der Mensch aufgrund des Gesellschaftsvertrages nicht nur als Träger subjektiver Rechte Rechtsperson, sondern darüber hinaus wird auch seine sittlich-moralische Persönlichkeit vergesellschaftet und durch eine politische Religion an den Gemeinwillen gebunden. Damit werden in der Tat die Befürchtungen der Kritiker eines Rechts auf Demokratie bedient: Die Demokratie schluckt die negativen Menschenrechte.⁷⁴ Indem alle Rechte von den demokratischen Teilhabern her verstanden werden, gehen Rousseau diejenigen Kräfte verloren, die auch hinter diesen stehen, sichern dem Einzelnen doch gerade die Menschen- und Grundrechte in ihrer negativen Dimension, dass er in den Grenzen des Rechts moralische Person bleiben kann, ja dass die moralische Person treibende Kraft für sein sowohl privates als auch öffentlich-aktives rechtliches Handeln bleiben kann.

Immanuel Kant schreckt nicht nur vor der Rousseauschen Konsequenz, sondern vor einem Recht auf Demokratie zurück. Dabei wäre die Begründung dieses Rechts in seinem Rechtsbegriff durchaus angelegt. Er versteht das Recht von der äußeren Freiheit her. Damit bleibt die innere Freiheit zur moralischen Vervollkommnung anders als bei Rousseau die Domäne des Einzelnen, notwendig verknüpft mit seiner moralischen Autonomie.⁷⁵ Durch die Abgrenzung der Freiräume der äußeren Handlungen soll lediglich die Möglichkeit des Einzel-

⁷⁴ Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staats-theorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, 2. Aufl., Breslau 1902: „Alle zur Erreichung dieses [der „Wiedererzeugung der zum Unheil der Welt verlorengangenen Freiheit und Gleichheit des Naturzustandes“, S.K.] Ziels führt als einziger logisch denkbare und rechtlich gültiger Weg die Ausstattung des Vereinigungsvertrages mit dem Inhalt einer absoluten Veräußerung alles Individualrechts an die souveräne Gesamtheit ... So ergibt sich trotz aller individualistischen Ausgangs- und Zielpunkte die schrankenlose Despotie des im jedesmaligen Mehrheitswillen erscheinenden Souveräns, dem gegenüber Rousseau nur vermöge einer Reihe von Inkonsistenzen und Sophismen den Begriff unsterbbarer natürlicher Menschenrechte rettet“.

⁷⁵ Wobei diese Autonomie eine Freiheit durch das Sittengesetz ist: Stephan Kirste, „Gruppenrechte als Menschenrechte“, in: Daniela Demko/Gerd Brudermüller/Kurt Seelmann (Hg.), *Menschenrechte: Begründung – Bedeutung – Durchsetzung*, Würzburg 2015, S. 69 ff. zur Unterscheidung von Autonomie als Bestimmung des Gesetzes durch das Selbst und Bestimmung des Selbst durch das Gesetz.

nen zu dieser moralischen Selbstbestimmung geschützt werden. Mit Rousseau sieht er jedoch, dass diese Abgrenzung der Freiräume nicht der Willkür eines Herrschers überlassen bleiben darf und nimmt – wiederum freiheitsbegründet – in den Rechtsbegriff auf, dass die negativen Freiheiten der Bürger durch ein „Allgemeines Gesetz der Freiheit“ bestimmt werden sollten. Die Forderung, Gesetze so zu gewähren, als hätten sie die Bürger über sich selbst beschlossen, bleibt jedoch eine regulative Idee, wie auch der Gesellschaftsvertrag Bedingung der Möglichkeit des vernünftigen Verständnisses des Staates und kein real geschlossener Vertrag ist.⁷⁶ Auch die Abweisung paternalistischen staatlichen Handelns gegenüber dem Einzelnen und dem Volk führt nicht zu einem Argument für die Demokratie, sondern zu einer Beschränkung der Staatsaufgaben, zu denen nicht die Glückseligkeit der Menschen gehören darf.⁷⁷ Sie ist mithin objektives Prinzip und kein subjektives Recht. Die regulative Idee gelangt nicht zu ihrer Institutionalisierung im positiven Recht.⁷⁸ Zudem zeigt das Kriterium der Selbständigkeit der Bürger für die Teilnahme an öffentlichen Angelegenheiten, dass Kant diese Partizipation nicht als ein Recht aller Menschen versteht. Was er jedoch leistet, ist erstens die Rückführung der Rechtsform und der subjektiven Rechte auf das gemeinsame Prinzip der äußeren negativen Freiheit und zweitens die inhaltliche Ausrichtung des Rechts auf die Freiheit. Er schreckt lediglich davor zurück, auch die Regierungsform auf eine Äußerung der Freiheit der Rechtssubjekte zu begründen.

Es käme also darauf an, erstens individuelle Freiheit in eine durch allgemeine Gesetze objektiv zugeteilte Freiheit zu transformieren, dem Einzelnen zweitens jedoch gleiche Freiräume zur Entfaltung seiner individuellen Freiheit zu sichern und drittens beides auch als Ausdruck der Freiheit zu verstehen; anders gesagt: Rousseau und Kant mit Rücksicht auf die Verbindung von Menschenrechten und Demokratie zu vereinigen. Hegels Rechtsphilosophie integriert die beiden ersten Moment, das letztere jedoch nur auf der partikularen Ebene der abstrakten Begründung des Rechts und derjenigen gesellschaftlicher Institutionen, nicht jedoch auf der Ebene des politischen Staates: Freiheit ist für Hegel

⁷⁶ Immanuel Kant, *Zum Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. Eingel. u. hg. von Heiner F. Klemme, Hamburg 1992, B21, S. 60 (Fn.): „Vielmehr ist meine äußere (rechtliche) Freiheit so zu erklären: sie ist die Befugniß, keinen äußeren Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Beistimmung habe geben können.“

⁷⁷ Gemeinspruch, S. 22: „Eine Regierung, die auf dem Prinzip des Wohlwollens gegen das Volk als eines Vaters gegen eine Kinder errichtet wäre, d.i. eine väterliche Regierung ..., wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein sollen, bloß von dem Urteile des Staatsoberhaupts und, daß dieser es auch wolle, bloß von seiner Güte zu erwarten: ist der größte denkbare Despotismus (Verfassung, die alle Freiheit der Untertanen, die alsdann gar keine Rechte haben, aufhebt).“

⁷⁸ Auch heute spricht etwa Michelman vom Recht auf Demokratie als einer regulativen Idee, Frank I. Michelman, „Bedürfen Menschenrechte demokratischer Legitimation?“ in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann, *Recht auf Menschenrechte*, S. 65.

das Beisichselbstsein des Geistes. Dieses „Sein“ ist aber durchaus keine gegebene Tatsache, sondern muss von ihm selbst hergestellt werden. Im Begriff der Selbstbefreiung vereinigt Hegel negative und positive Freiheit⁷⁹ und führt sie von der Freiheit der Handlung zur Freiheit eines Zustands. Bei Hegel entfaltet sich die frei anerkannte Rechtsperson in Bourgeois und Citoyen. Beide haben ihren Platz im Gemeinwesen: – der Bourgeois in der bürgerlichen Gesellschaft, wo er sich kraft seiner individuellen Bedürfnisse und Fähigkeiten entfaltet (R § 190);⁸⁰ der Citoyen im politischen Staat, wo er für das Allgemeine wirkt. Das läuft aber nicht auf eine Trennung von Staat und Gesellschaft hinaus. Die Person will nicht nur in der Privation des Bürgers leben; sie will auch für das Allgemeine wirken. So entwickeln sich in der bürgerlichen Gesellschaft bereits erste sittliche Institutionen, die zwar aus den partikularen Interessen hervorgehen und sie ordnen, eben damit aber auch für das Gemeinwesen insgesamt wirken. Das sind die Korporationen und auch die Gerichte.⁸¹ Doch besteht ein Interesse des Ganzen daran, dass das besondere Interesse, das in verschiedenen gesellschaftlichen Tätigkeiten sich individuell auslebt, nicht nur im Individuum,

⁷⁹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grunde 1830. Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes*. Mit mündlichen Zusätzen. Werke, Bd. 10. hg. von Eva M./Karl Markus Moldenhauer u. K. M. Michel. Frankfurt/Main 1986, S. 38: „Die ganze Entwicklung des Begriffs des Geistes stellt nur das Sichfreimachen des Geistes von allen seinem Begriffe nicht entsprechenden Formen seines Daseins dar; eine Befreiung, welche dadurch zustande kommt, daß diese Formen zu einer dem Begriffe des Geistes vollkommen angemessenen Wirklichkeit umgebildet werden.“

⁸⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, „Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift K. G. v. Griesheim 1824/25“, in: ders., *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831*. Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting, Vierter Band, Stuttgart-Bad Cannstatt 1974, vor § 182, S. 472: „Die Franzosen machen einen Unterschied zwischen bourgeois und citoyen, das erste ist das Verhältniß des Individuums in einer Gemeinde, in Rücksicht der Befriedigung seiner Bedürfnisse; es hat so keine politische Beziehung, diese hat erst der citoyen. Hier betrachten wir nur die Individuen als bourgeois“ und in der Mitschrift von Hotho heißt es bei § 187, S. 580: „Die Bürger sind Privatpersonen, Mitglieder eines Gemeinwesens, das das Besondere zu seinem Zwecke hat, und insofern solches Gemeinwesen auf solchen Zweck beschränkt ist ist der Bürger bourgeois; citoyen als politisches Mitglied des Staates als politischen Staates. In der bürgerlichen Gesellschaft ist der Zweck Privatzweck“.

⁸¹ R-Griesheim, § 251, S. 620 f.: „Die Menschen, sagen sie sich, sind selbsüchtig, das Zweite ist, sie wollen auch für das Allgemeine thätig sein, sich nicht reduziren zu bourgeois, sie wollen auch das Allgemeine durch ihre Einsicht, ihren Willen bethätigen. Solch ein Feld der Wirksamkeit für das Allgemeine, welche sittlich ist, die nicht nur eine vorgeschriebene ist, die aus eigener Einsicht, eigenem Willen hervorgeht, ist den Bürgern eines Staates in der Gemeinde, in der Korporation gegeben... Es ist eine Schwierigkeit wie man mit diesem Triebe für das Allgemeine zu rechte kommen soll, man muß ihm ein Feld anweisen und dieß geschieht in dem Kreise der Corporation. Die Korporation hat zunächst dieselbe Bestimmung, Zweck, wie die Polizei, nämlich das besondere Interesse, welches jedoch nicht wie bei der Polizei nur Gegenstand einer äusseren ordnenden Thätigkeit, sondern Gegenstand einer Thätigkeit ist die auch das Allgemeine will, aber so daß das Individuum selbst Theil an dieser Thätigkeit nimt. Die Corporation macht das Mittelglied zwischen Familie und Staat, und zwar als sittliches Mittelglied aus...“.

sondern auch in Organisationen von Individuen mit gemeinsamen Interessen zum Ausdruck kommt.⁸² Insofern realisieren diese Organisation auch ein Allgemeines und Politisches.

Im konstitutionellen Staat Hegels ruhte die Tätigkeit für das Gemeinwesen noch auf der Basis der monarchischen Souveränität. Hegel anerkennt zwar das Recht des Einzelnen auf seine individuelle Freiheit und sieht auch den Staat als Rechtsstaat auf Freiheit begründet an. Er anerkennt ferner, daß die positive Freiheit sich in Gemeinschaft realisieren und in sozialen Institutionen verwirklichen will. Damit anerkennt er in der Sache einen freiheitsbegründeten status activus. Hegel ist jedoch skeptisch gegenüber der Demokratie (§ 308). In seiner Zeit vertraut er statt dessen korporatistischen Arrangements, die das von gesellschaftlichen Kräften hervorgebrachte partikuläre Wohl aufgreifen, institutionalisieren und für die Sittlichkeit des Ganzen fruchtbar machen sollen. Auch in Gerichtsverfahren wird bei Hegel durchaus nicht über die Köpfe der Menschen hinweg über ihre Rechte entschieden, sondern aufgrund ihrer aktiven Beteiligung im Prozeß. Nur auf der Ebene des allgemeinen Gesetzes korrespondiert der Schutz der Freiheit nicht der Beteiligung aller Bürger an der Entscheidung über diesen Schutz. Hier fürchtet er den „Atomismus der Einzelwillen“, den er in der Französischen Revolution beobachtet zu haben glaubt.⁸³ Hegel vertraut diese Entscheidung lieber den Beamten als einem die partikularen Interessen der Gesellschaft nicht teilenden „Stand des Allgemeinen“ an. Hegel gelingt es also, subjektive negative Freiheit mit positiver Selbstbestimmung in einem partikulären Bereich zu verbinden. Dieses freiheitsbegründete Recht der Partizipation entfaltet er jedoch nicht für die freie Mitwirkung über die allgemeinen politischen Entscheidungen. Wie später auch bei Georg Jellinek ist der republikanische status activus kein Ausdruck der freien Mitwirkung des Einzelnen an der politischen Ordnung, sondern ein Pflichtenstatus. Nur so scheint sichergestellt werden zu können, daß der Staat dem Einzelnen als objektive Natur entgegentritt, die zwar die individuelle Freiheit in sich aufspeichert und sichert aber nicht ihr Geschöpf sein kann.

Soll eine Begründung eines Menschenrechts auf Demokratie gelingen, die weder Menschenrechte durch Demokratie noch umgekehrt Demokratie durch Menschenrechte instrumentalisiert, sondern auf das gemeinsame Prinzip der Freiheit zurückführt, muss sich zeigen lassen, daß die Transformation der

⁸² R-Griesheim, § 251, S. 621 f.: „Der bourgeois ist Mitglied einer Gemeinde, aber sein besonderes Interesse ist sein Gewerbe, der individuelle Zweck ist in seinem Gewerbe enthalten, dieß ist sein innigster Zweck, liegt ihm am nächsten. Dieser Zweck muß nothwendig auch in der Form der Allgemeinheit von den Mitgliedern gewußt und gewollt werden und so enthält die Gemeinde mehrere solche Kreise... das Interesse daß auch die Gewerbe zu Zünften gemacht werden ist dieß, daß die nächsten besonderen Interessen, Zwecke, in einem solchen Zusammenhang gesetzt werden, der sittlich in sich ist.“

⁸³ Hegel, Philosophie des Geistes, S. 791.

menschlichen Freiheit in subjektive Rechte selbst Ausdruck dieser rechtlichen Freiheit ist. Dazu soll die Rechtsform selbst aus Freiheit rekonstruiert und nicht lediglich ex post legitimiert werden.

3.3 Die Rechtsform

3.3.1 Recht als reflexives Normensystem

Die Rechtsform des positiven Rechts wird häufig als diejenige Faktizität verstanden, deren Geltung erst noch durch ein Anderes – sei es Naturrecht, sei es Demokratie oder ihr normativer Sinn – zu rechtfertigen sei. Demgegenüber wird hier die Auffassung vertreten, dass die Form des positiven Rechts keiner solchen externen Rechtfertigung bedarf, sondern bereits begrifflich rekonstruierbar ist. Diese Rekonstruktion erfolgt durch die Freiheit. Dies bedeutet nicht, dass jede konkrete Rechtsordnung überall in der Welt bereits durch Freiheit gerechtfertigt sei. Selbstverständlich gibt es Rechtsordnungen, die ihre Bürger unterdrücken. Diese Rechtsordnungen machen dann vom Potential der Rechtsform keinen Gebrauch und verschieben die Rechtfertigung oder Kritik des insofern defizitären Rechts auf andere Gesellschaftssysteme wie die Moral oder den politischen Protest.

Recht soll hier als Normensystem verstanden werden.⁸⁴ Eine Norm ist dann Recht, wenn ihre Setzung und Durchsetzung normiert ist. Normen sind Sollensätze. Sollenssätze unterscheiden sich von Aussagesätzen dadurch, daß sie das Handeln eines Menschen durch eine Verpflichtung in Gestalt von Geboten, Verboten oder Erlaubnissen regeln. Positiv wird diese Norm durch ihre menschliche Setzung. Ohne diese Setzung gäbe es keine Norm, bei der sich die Frage stelle, ob sie Recht sei. Diese Setzung ist die Faktizität, die das Problem aufwirft, ob sie Recht oder ein Willkürakt, etwa auch ein Befehl ist. Auch ein willkürlicher Befehl hat eine Norm zum Inhalt. Im Unterschied zu einer Rechtsnorm wird diese aber nicht in einem geordneten Verfahren gesetzt. Die Ordnung erhält das Rechtssetzungsverfahren dadurch, daß es selbst normiert ist. Dies geschieht durch verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Regelungen über das Gesetzgebungsverfahren oder auch durch Prozessordnungen für das richterliche Urteilen, die Setzung von Verwaltungsrechtsnormen oder Regelungen über den Abschluss von Verträgen. Verfassungen, Gesetze, Rechtsverordnungen, völker- und privatrechtliche Verträge sind insofern Arten von Rechtsnormen. Die Setzung der Norm ist mithin notwendige Bedingung der Positivität der Norm. Sie ist jedoch nicht auch hinreichende Bedingung für die

⁸⁴ Zum Folgenden Stephan Kirste, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Darmstadt 2010, S. 87 ff.

Rechtsform der Norm. Hierfür ist es erforderlich, dass die Norm in einem normativ geordneten Verfahren gesetzt wird.

Zumeist wird auch die Durchsetzung der Norm oder die generelle Wirksamkeit der Rechtsordnung als notwendige Bedingung des Rechts angesehen. In der Tat unterscheidet es viele Rechtsnormen von moralischen oder Konventionsnormen, dass sie zwangsmäßig durchgesetzt werden können. Doch gilt dies einerseits nicht für alle Rechtsnormen und andererseits gibt es auch andere Sozialordnungen, die mit Sanktionen auf ihre Verletzung reagieren. Viele völkerrechtsliche Normen können nicht zwangsmäßig durchgesetzt werden, obwohl sie in normativ geordneten Verfahren gesetzt wurden und das Verhalten ihrer Adressaten steuern sollen. Auf den Verstoß gegen Konventionen kann durch Kommunikationsabbruch reagiert werden. Vor allem aber gibt es Normdurchsetzungsformen, die nicht rechtlich sind, sondern bloße Gewalt darstellen: Folter zur Normdurchsetzung, Selbstjustiz etc. sind Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung von Normen, die überwiegend nicht als Recht angesehen werden. Was diese von der rechtlichen Durchsetzung von Normen unterscheidet, ist, dass die Durchsetzung von Recht in einem geordneten Verfahren erfolgt. Auch das Normdurchsetzungsverfahren wird im Recht durch Normen geordnet. Hierzu zählen insbesondere die Normen über die Vollstreckung oder über sonstige Gewaltanwendung. Nicht *dass* die Norm durchgesetzt wird, ist notwendige Bedingung für ihren Rechtscharakter, sondern dass sie in einem normierten Verfahren durchgesetzt wird. Notwendige und hinreichende Bedingung dafür, dass eine Norm Recht ist, ist damit, dass ihre Setzung und ihre Durchsetzung, falls diese erfolgen soll, normativ geordnet sind. Recht ist, kurz gesagt: Normierte Norm oder ein reflexives Normensystem. Das unterscheidet es von der Moral, dem Naturrecht oder von einer reinen Zwangsherrschaft.

Entscheidend für die vorliegende Fragestellung ist, dass die Faktizität des Rechts, die in der Setzung und der Durchsetzung liegt, bereits durch die normative Ordnung der Verfahren zur Normentstehung und zur Normdurchsetzung gebrochen ist. Die normative Ordnung der Normsetzungs- und -durchsetzungsverfahren steuert und bewertet die verschiedenen möglichen faktischen Verhaltensweisen zur Normentstehung und -wirkung. Das Recht ist nicht eine Faktizität, die erst noch normativ nach Kriterien, die außerhalb seiner liegen, bewertet werden müsste, um rechtliche Geltung zu erlangen. Die Form des positiven Rechts überwindet vielmehr selbst den Dualismus von Faktizität und Geltung, in dem sie die normativen Kriterien für die Ordnung seiner faktischen Elemente in sich aufnimmt. Das zu dem gerade bestimmten Begriff des Rechts hinzutretende Moment der Geltung des Rechts bezeichnet dann die Konkretisierung der Normierung der Setzung und Durchsetzung durch die Einordnung in eine bestimmte Rechtsordnung. Kurz: Rechtsgeltung ist die Zurechnung einer Rechtsnorm zu einer konkreten Rechtsordnung. Über die moralische oder soziale Geltung des Rechts ist damit noch nichts gesagt.

3.3.2 Das Sicherheits- und das Autonomiemodell des Rechts

Weil die bloße Faktizität der Normsetzung ebensowenig ausreichend ist für das Recht wie die Tatsache der Durchsetzung, ist dieser Rechtsbegriff offen für eine diskursive und wertende Ausgestaltung von Normentstehung und -durchsetzung. Der Rechtsetzer entscheidet im Rahmen der für ihn geltenden Verfahrensnormen, welche moralischen, religiösen, ökonomischen oder sonstigen Merkmale in die rechtlichen Regelungen transformieren will. Er ist hierbei weder an ein Naturrecht noch an Sachzwänge rechtlich gebunden. Diese Entscheidung betrifft auch die Frage, wie komplex die Problemverarbeitungskapazität des Rechts selbst ausgestaltet ist oder wie sehr diese Probleme externalisiert werden. Als Normensystem hat es das Recht mit der Handlungssteuerung zu tun. Anders als Zwang oder unterbewusste Verhaltenssteuerung richten sich Normen jedoch an das freie Handeln. Sie setzen voraus, daß der Normadressat auch anders handeln kann und bestimmen eine der Handlungsalternativen als vorzugswürdig. Sie lassen aber auch Freiheit zu, indem sie rechtlich anerkannte Handlungsmöglichkeiten eröffnen.

Die Probleme dieses Normensystems sind der Inhalt der rechtlichen Verpflichtungen (Gebot, Verbot, Erlaubnis) und die Legitimation dieser Verpflichtung. In der Moral folgt die Regelung des Verhaltens einer Selbstverpflichtung, weil keine äußere, verpflichtende Instanz vorhanden ist, die den einzelnen binden kann. Auch wenn derartige Instanzen mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit auftreten, hängt es doch vom Willen des Handelnden ab, ob er den Verbindlichkeitsanspruch für sein eigenes Handeln akzeptiert. Moral umfaßt Normen, die sich der Einzelne selbst setzt. Demgegenüber hat das Recht die Möglichkeit, durch äußere Zwangsmittel die Verbindlichkeit seiner Normen auch gegen den Willen des Adressaten durchzusetzen (Modell 1: Sicherheitsmodell des Rechts). Damit ist der Normadressat jedoch einer heteronomen Verhaltenssteuerung unterworfen: Das Recht ist dann zwar seiner Form nach legitimiert; es ist jedoch nicht Ausdruck der Freiheit der ihm Unterworfenen, sondern der Freiheit eines anderen. Zwar setzt die Rechtsform der Normdurchsetzung Grenzen und schützt so ein Mindestmaß negativer Freiheit; sie ist jedoch nicht Ausdruck der positiven Freiheit der Normunterworfenen. Wird die Norm von einem autokratischen oder oligarchischen Herrscher gesetzt, kann sie ferner inhaltlich legitimiert sein, wenn sie gerechte Verhältnisse schafft. Möglich ist auch, daß diese Norm wirtschaftlich sinnvolle Ergebnisse erzielt, indem sie das Wohlergehen des Einzelnen oder das Gemeinwohl fördert. Sie genießt insofern eine Output-Legitimität. Dem Einzelnen wird dennoch etwas genommen, was er gegenüber naturrechtlichen oder moralischen Normen besitzt, nämlich die Möglichkeit, selbst darüber zu entscheiden, ob er sie für sein Verhalten als verbindlich anerkennt.⁸⁵

⁸⁵ Arendt, Elemente und Ursprünge, S. 167: Das Verbrechen des Tyrannen „war nicht nur die Verletzung verbriefer Rechte und Gesetze, sondern die Verbannung der Untertanen aus

Auch hier kann das Recht seine Komplexität dadurch steigern, dass es dem Einzelnen die rechtliche Möglichkeit eröffnet, selbst über die Begründung der Verbindlichkeit zu entscheiden. Vertragliche Verpflichtungen sind dann rechtlich legitimiert, wenn die Verpflichtungsadressaten des Vertrages beim Abschluss von ihrer Vertragsautonomie Gebrauch gemacht haben. Allgemeinverbindliche Regelungen sind dann rechtlich gerechtfertigt, wenn sie Ausdruck des Willens der Adressaten dieser Normen sind usw. (Modell 2: Autonomiemodell). Zwischen dem Modell 1 und dem Modell 2 sind wiederum unterschiedliche Varianten möglich. Weil das Recht ein System von Normen bezeichnet, deren Setzung und Durchsetzung normiert ist, kann es durchaus sein, daß die Setzung einer Norm autonom erfolgt (Modell 2), dabei jedoch Bindungen durch eine höherrangige Norm unterworfen ist, über die die Adressaten keine autonome Entscheidung treffen konnten: Ein autokratisches Gesetz beschränkt z.B. die Privatautonomie der Vertragsparteien.

Wenn das Recht diese Probleme des Norminhalt und der Normbegründung nicht selbst normiert, verschiebt es sie in andere Normensysteme und sonstige Verhaltensweisen. Es ist danach unterkomplex zur Bewältigung der mit seiner Form gegebenen Probleme. Eine Rechtsordnung hingegen, die auf jeder Stufe der Normsetzung und Durchsetzung die Adressaten der Norm in die Normbegründung einbezieht, nutzt die Potentiale der Rechtsform für die Bewältigung ihrer Aufgaben. Autokratien, die die Zwangsanwendung von Normen zwar Verfahren unterwerfen, diese Normen jedoch lediglich eigennützig sind und weder der Gerechtigkeit noch dem Gemeinwohl dienen, sind danach unterkomplex, weil sie die Fragen der Normbegründung und der Gerechtigkeit komplett anderen Norm- und Gesellschaftssystemen überlassen. Sie setzen allgemein geteilte Vorstellungen von Gerechtigkeit nicht um und verweisen Kritik in andere soziale Systeme.

3.4 Freiheit und Recht

Wenn sich Normen an Freiheit richten, weil sie die Wahl zwischen Handlungsalternativen regeln und wenn Recht auch die Wahl zwischen Setzungs- und Durchsetzungsalternativen dieser Normen regelt, dann ist Freiheit ein Zentralproblem rechtlicher Regelung.

dem öffentlichen Bereich in die private Sphäre des Haushalts, der Anspruch, daß sich jeder außer ihm selbst nur um seine Privatangelegenheiten kümmern und die Sorge um das Allgemeinwohl ausschließlich ihm und den von ihm ernannten Beratern überlassen solle“.

3.4.1 Freiheit

Seit der Neuzeit ist der Kern der Freiheit die individuelle Selbstbestimmung.⁸⁶ Sie bedeutet negativ die Unabhängigkeit des Selbst von Fremdbestimmung und positiv die Freiheit, sich selbst die Motive seiner Bestimmung geben zu können. Im Denken ist der Mensch frei, wenn Vorstellungen und Begriffe nicht als Dogmen oder Assoziationen fremd auftreten, sondern er sie sich denkend angeeignet, d.h. bewusst macht. Sein Handeln ist frei, wenn die Motive des Handelns seiner Entscheidung, insbesondere seiner Selbstgesetzgebung (Autonomie) entspringen und nicht heteronom aufgegeben sind.⁸⁷ Insofern ist Freiheit dem Menschen nicht gegeben, sondern von ihm selbst hergestellt, indem er das ihm fremd Vorliegende in ein Eigenes transformiert. Er selbst ist dann frei, wenn und insoweit sein Selbst nicht ein Gegebenes, sondern ein von ihm selbst aufgrund freier Motivwahl autonom Gebildetes ist.

Rechtliche Freiheit ist die Möglichkeit, dass der Mensch sich in seinem rechtlichen Handeln durch sich selbst bestimmt und keinem anderen unterworfen ist. Das ist zunächst der Fall, wenn ihm die Normen des Rechts subjektive Rechte gewähren. Ein subjektives Recht ist eine Norm, die dem Adressaten dieses Rechts eine Verpflichtung (Gebot, Verbot) auferlegt und dem Subjekt des Rechts eine Forderung auf die Erfüllung dieser Verpflichtung gewährt.⁸⁸ Die Rechts-theorie des 19. Jahrhunderts hat nach Vorarbeiten der Philosophie zur persona moralis, herausgearbeitet, dass das Subjekt der Rechte nicht einfach als Mensch zu verstehen ist. Vielmehr wird die Person in die Rechtsperson transformiert. Die Person wird als Subjekt von Rechten und Pflichten rechtlich rekonstruiert.⁸⁹ Durch die Zurechnung von Menschenrechten wird der Mensch erst zum Menschenrechtssubjekt. Das hatte die von *Hannah Arendt* kritisierte brutale Folge, dass, solange Verpflichtungsadressat der Menschenrechte der Staat war, der Verlust der Staatsangehörigkeit auch zum Verlust der Menschenrechtssubjektivität

⁸⁶ Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, S. 42; Volker Gerhardt, *Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität*. Stuttgart 1999; Stephan Kirste, „Recht – Selbst – Bestimmung. Neuere Konzepte der Autonomie und ihr Verhältnis zum Recht“, in: Kurt Seelmann/Daniela Demko (Hg.), *Würde und Autonomie*, Stuttgart 2015, S. 65 ff.

⁸⁷ Mit Michelman (Supreme Court, S. 26, 73) im Anschluß an Kant ist dies Selbstregierung. Positive Freiheit ist ein anspruchsvolles Konzept: „Freedom in its fullest sense is self-government, active engagement in a self-directive process that is cognitive as well as volitional, hence (given our social constitutions and situations) public as well as private, political as well as personal“.

⁸⁸ Stephan Kirste,): „§ 204. Die naturrechtliche Idee überstaatlicher Menschenrechte“, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. 10, hg. v. Paul Kirchhof und Josef Isensee, Heidelberg 2012, Rn. 2; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/Main, 1996, S. 171 ff.

⁸⁹ Stephan Kirste, „Die beiden Seiten der Maske – Rechtstheorie und Rechtsethik der Rechtsperson“, in: Stephan Kirste/Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke (Hg.), *Person und Rechtsperson*, Tübingen 2015, S. 345–382.

führte.⁹⁰ Der Staat konnte sich einer menschenrechtlichen Verantwortung mithin dadurch entledigen, daß er dem Einzelnen die Staatsangehörigkeit nahm. Dadurch fiel der Mensch in der Tat aus dem Recht, weil er ohne Rechtssubjektivität ein rechtliches Nullum, ein bloßes rechtliches Ding war. Es bedurfte somit eines Rechts, das dem Staat diese Möglichkeit abschnitt: Ein „Recht auf Rechte“, genauer ein Recht auf Rechtssubjektivität. Diesem Recht kann sich der Staat nicht entziehen, weil es gerade vor diesem Entzug schützen soll. Es sichert den Menschen davor, in irgendeiner Hinsicht von der öffentlichen Gewalt als Objekt behandelt werden zu dürfen. Indem etwa das Völkerrecht in Art. 6 AEMR dieses Recht gewährt, erfüllt es in positivrechtlicher Form diejenige Forderung, die Kant der Menschenwürde zugeschrieben hat. Mit dem Anspruch auf Rechtssubjektivität, wird der Einzelne Zurechnungssubjekt von Rechten. Mit jedem weiteren Recht gestalten die Menschenrechte diese Rechtsperson näher aus. Verstanden als Ausdrucksmöglichkeiten von Freiheit stärken sie die rechtliche Freiheit des Menschen und sein rechtliches Freisein. So ist nicht nur die objektive Rechtsform, sondern auch das subjektive Recht selbst und das Rechtssubjekt, an das es adressiert ist, Ausdruck von Freiheit. Macht es von seiner privaten oder politischen Freiheit Gebrauch, dann realisiert es diejenige Freiheit, die potentiell im modernen Rechtsbegriff und im subjektiven Recht bereits angelegt sind. Anders als Habermas meint, sind somit beide Freiheiten im modernen Recht bereits in der Rechtsform grundgelegt.

3.4.2 Der Schutz der Freiheit durch subjektive Rechte

Subjekte der Menschenrechte sind Individuen wie bei Kommunikations- und Wahlrechten und Gruppen wie beim Selbstbestimmungsrecht.⁹¹ Adressaten der Menschenrechte sind die Staaten und Supranationale Organisationen, also organisierte öffentliche Gewalt.⁹²

Das Subjekt von Rechten ist negativ frei, insoweit dem Adressaten seine Inflichtnahme verboten wird. Insofern ist seine Freiheit als Abwehrrecht geschützt. Zugleich wird seine positive Freiheit gesichert, weil es in dem so geschützten Bereich autonom handeln kann. Die Realisierung dieser Freiheit kann durch Handlungspflichten des Rechtsadressaten gesichert werden. Bliebe es bei diesem Zustand, würde die Freiheit nur wie im Rechtsmodell 1 geschützt: Das

⁹⁰ Hannah Arendt, *The Human Condition*, 2. Aufl., Chigaco 1958, S. 266 ff.

⁹¹ Besson, Demokratie als Menschenrecht, S. 82; ob Gruppenrechte auch als Menschenrechte angesehen werden können, ist freilich sehr umstritten, vgl. hierzu Kirste, Gruppenrechte, S. 45 ff.

⁹² Fraglich ist, ob der Staatsbürger eines Staats sein Menschenrecht auf Demokratie auch gegenüber einem anderen geltend machen kann. Gould (2004, 212) plädiert dafür: „a person is to be regarded as importantly affected if the decision in question impacts the basic freedom, needs, or central interests that are protected by human rights“, vgl. a. Eric Cavallero, „Federalist Global Democracy“, in: *Metaphilosophy* 40 (2009), S. 57.

Subjekt ist frei in bezug auf die Ausübung dieses Rechts, nicht jedoch in bezug auf die Begründung. In den Worten Georg Jellineks: Der status subiectionis, status negativus und der status positivus sind gesichert.⁹³ Auf dieser Stufe hat das Recht in der Tat eine instrumentelle Funktion für die Sicherung der Freiheit.⁹⁴ Darüber hinaus ist der Adressat noch unfrei. Subjekt und Adressat des Rechts sind in ihrer positiven Freiheit beschränkt, wenn und soweit sie nicht an der Begründung des Rechts teilhaben. Soweit wechselseitigen Pflichten betroffen sind, kann das Problem durch den Abschluss eines Vertrages gelöst werden: Subjekt und Adressat des Rechts machen von ihrer positiven Freiheit bei der Begründung des Rechts Gebrauch. Dadurch, daß die Rechtsordnung die Privatautonomie regelt, löst sie mithin das Problem der Legitimation von Verpflichtungen von Einzelpersonen.

Wie steht es nun mit subjektiven Rechten und Pflichten des Einzelnen im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt (sei sie staatlich oder supranational)? Der Form nach sind sie subjektive Rechte wie andere auch. Ihrem Inhalt nach schützen die Rechte des Einzelnen als Abwehrrechte seine negative und positive Freiheit, als Leistungs- und Teilhaberechte seine Freiheitsvoraussetzungen, sofern er sich diese nicht selbst verschaffen kann. Daneben bestehen verschiedene Verpflichtungen des Staates ihm gegenüber in Gestalt von Handlungsgeboten (Steuern zahlen) oder -verboten (andere nicht zu schädigen). Sie schränken seine Freiheit ein, ohne dass er vertraglich an der Begründung dieser Freiheitsbeschränkung beteiligt war. Aber auch hier gilt: Würde die Gewährung dieser Rechte auf dieser Stufe stehen bleiben, wäre seiner positiven Freiheit als Autonomie in bezug auf die Begründung dieser Rechte noch nicht Genüge getan (Sicherheitsmodell).⁹⁵ Sie würden ihm vielmehr paternalistisch zu seinem Vorteil aber ohne seinen Willen gewährt.⁹⁶ Die Begründung von Pflichten und Rechten

⁹³ Winfried Brugger, „Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100. Todestages im Jahr 2011“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 136 (2011), S. 1 ff.; zum problematischen Status subiectionis vgl. Stephan Kirste, „Vom Status Subiectionis zum Recht auf Rechtssubjektivität. Die Status-Lehre Georg Jellineks und der normative Individualismus“, in: Dietmar von der Pfordten/Lorenz Kähler (Hg.), *Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht*, Tübingen 2014, S. 177 ff.

⁹⁴ Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, S. 42. Die Menschenrechtserklärungen „sind zumeist aus dem Streben nach Befreiung von staatlicher Übermacht und die Freiheit mißachten dem Recht entstanden. Doch schon an ihnen zeigt sich, daß zwischen Freiheit und Recht ein notwendiger und begrifflicher Zusammenhang besteht: Freiheit muß, damit sie Bestand und Sicherung erhält, als Recht formuliert und anerkannt werden“.

⁹⁵ Begrifflich ist also Robert Alexy Recht zu geben, daß Autonomie nicht teilbar ist (Robert Alexy, „Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungstaat“, in: Stefan v. Gosepath/Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/Main 1998, S. 261); doch hat der Konstitutionalismus gezeigt, daß die Realisierung beider Aspekte durchaus nicht gleichzeitig erfolgen muß.

⁹⁶ For the concept of paternalism as benevolent action towards another without his will, cf. Kirste 2011, pp. 805 ff.

des Einzelnen, die nicht Äußerung seiner positiven Freiheit sind, ist heteronom. Sie werden dem Einzelnen gegenüber in seinem oder im öffentlichen Interesse gerechtfertigt, nicht aber durch seinen Willen. Die Realisierung der Menschenrechte als positives Recht ist in diesem Umfang möglich, aber sie ist mit Rückicht auf die Freiheit defizitär. Rechte können Menschenrechte auch ohne demokratische Begründung sein. Insofern ist *Frank Michelman* Recht zu geben, daß Demokratie keine notwendige Bedingung der Menschenrechte ist.⁹⁷ Daß der Mensch jedoch nicht an der Begründung der Rechte beteiligt ist, beschränkt den aktiven Aspekt seiner Freiheit und lässt einen Teil ihrer Rechtsform ohne formelle Legitimation.

3.4.3 Die Rechtfertigung des Rechts auf Teilhabe an der Rechtsbegründung

Sollen öffentliche Rechte und Pflichten nicht heteronom gegenüber dem Betroffenen sein, dürfen auch diese nicht nur Freiheit schützen, sondern müssen selbst Ausdruck der Freiheit ihrer Subjekte sein.⁹⁸ Mit den Worten *Robert Alexys*: „Wollte man die Menschenrechte auf die private Autonomie beschränken, gäbe es für den einzelnen nur Selbstbestimmung im Rahmen gänzlich fremdbestimmter Gesetze. Das widerspräche jedoch der Idee der Autonomie.“⁹⁹ Die Autonomie des Einzelnen ist also nur dann geschützt, wenn er an der Begründung der Rechte jedes Einzelnen und an der Verpflichtung aller teilhaben kann.¹⁰⁰ Die Beratung und Entscheidung über die Menschenrechte und die Interpretation ihres Inhalts müssen daher um der Freiheit willen in demokratischen Diskursen getroffen werden.¹⁰¹ Ohne negative Menschenrechte ist das Recht, das sich an Freiheit richtet, in sich widersprüchlich; ohne positive Menschenrechte im status activus ist es unvollständig.¹⁰² Beide sind notwendige und hinreichende Bedingungen für die Rekonstruktion des Rechts aus Freiheit (Autonomiemodell des Rechts). Der status activus rundet den Kreis der Rechtsstatus ab.

Der status activus wird also hier von der Freiheit her begründet. Während Georg Jellinek diesen status noch als Pflichtenstatus der Teilhabe an einer ge-

⁹⁷ Michelman, Demokratische Legitimation, S. 53.

⁹⁸ Benhabib, Universalism, S. 14: „[I]n discourse ethics we ask: Which norms and normative institutional arrangements would be considered valid by all those who would be affected if they were participants in special moral argumentations called discourse?“.

⁹⁹ Alexy, Institutionalisierung, S. 261.

¹⁰⁰ Georg Jellinek, „Die Entstehung der modernen Staatsidee“, in: *Schriften und Reden*, Vol. 2., Berlin 1911, S. 53 f.: „Frei ist derjenige, der niemand unterworfen ist als sich selbst; das ist die zweite weltgeschichtliche Nuance der Freiheitsidee in der neueren Geschichte. Neben den liberalen tritt der demokratische Freiheitsgedanke“.

¹⁰¹ Bielefeldt, Philosophie der Menschenrechte, S. 107 f.

¹⁰² „If the people are viewed not merely as subject to the law but also as authors of the law then the contextualization and interpretation of human rights can be said to result from public and free processes of democratic opinion and will-formation“, Benhabib, Universalism, S. 21.

genüber dem Einzelnen unabhängigen Staatsgewalt konstruierte, muss er im demokratischen Rechtsstaat von der rechtlichen Autonomie des Einzelnen her verstanden werden. Er umfaßt dann die Rechte des Einzelnen zur Partizipation an der Beratung, Begründung, Interpretation und Durchsetzung seiner Rechte und Pflichten und des Gemeinwohls.

Die Begründung aus der Freiheit im status activus ermöglicht zudem, das Recht auf Demokratie als ein Moment innerhalb eines breiteren Rechts auf Partizipation zu verstehen und nicht auf demokratische Wahlen zu reduzieren und damit zu einem illusionären Recht mit tragischen Konsequenzen für die Demokratie selbst werden lassen.¹⁰³ Diese Partizipation vollzieht sich, wann immer Rechtsnormen entstehen – in der Verfassung, im Gesetzgebungsverfahren, in der Verwaltung, im Urteil, im Vertrag. Es kann daher auch sowohl als Privatautonomie, in gesellschaftlichen Assoziationen, in NGOs,¹⁰⁴ in der Selbstverwaltung der Administration oder als demokratische Mitwirkung im Staat verstanden werden. Da der Anlass für diese Dimension die Betroffenheit in der Freiheit ist, sind die Mitwirkungsmöglichkeiten unterschiedlich vom Vertrag, wo ein bestimmender Einfluss vorliegt, über gesellschaftliche Assoziationen und auch NGOs bei denen durchaus asymmetrischer Einfluss je nach Engagement und Betroffenheit legitim sein kann,¹⁰⁵ bis hin zur Partizipation an der alle gleichmäßig treffenden Gesetzgebung, die strikt gleich sein muss.¹⁰⁶

¹⁰³ Richard Burchill, „The Developing International Law of Democracy“, in: *The Modern Law Review* 64 (2001), S. 134 hebt zu recht hervor: „By limiting democracy to a procedure, an understanding of what democracy is or should be becomes limited... An international law of democracy that develops with the needs and interests of individuals in mind will see the necessity of looking beyond elections to ensure the democracy that exist is effective and not illusory“.

¹⁰⁴ Hierzu auch Stephan Kirste, „Politische Partizipation und globale Politik – Zur menschenrechtlichen Begründung eines Rechts auf globale Partizipation“, in: Jürgen von Ungern-Sternberg/Hansjörg von Rainau, *Politische Partizipation. Idee und Wirklichkeit von der Antike bis in die Gegenwart*, Berlin (Colloquia Raurica Bd. 13), S. 309 ff.

¹⁰⁵ Der Einfluss von Organisationen auf politische Entscheidungen muß dabei von der demokratischen Mitbestimmung ihrer Mitglieder abhängig gemacht werden. Nicht demokratisch strukturierte NGOs sind kein Ausdruck der politischen Autonomie ihrer Mitglieder und können durch Expertenwissen allenfalls zur Outputlegitimation von Herrschaft beitragen, nicht aber Herrschaft aus Freiheit legitimieren, vgl. Kirste, Fundament der Menschenrechte, S. 309 ff.

¹⁰⁶ Für diesen Aspekt greift dann auch Dworkins Begründung des Rechts der Demokratie aus der Gleichheit: „Das zweite Recht ist das Recht, als ein Gleicher behandelt zu werden. Dieses Recht betrifft nicht eine gleiche Verteilung eines Gutes oder einer Chance, sondern es ist das Recht, in der politischen Entscheidung darüber, wie diese Güter und Chancen zu verteilen sind, auf gleiche Weise berücksichtigt und geachtet zu werden... Ich schlage vor, daß das Recht, als ein Gleicher behandelt zu werden, unter der liberalen Konzeption der Gleichheit als grundlegend betrachtet werden muß und daß das stärker einschränkende Recht auf Gleichbehandlung nur in ... bestimmten Umständen gilt...“ (Ronald Dworkin, *Bürgerrechte Ernst genommen*, Frankfurt/Main 1984, S. 440).

3.5 Die Begründung des Menschenrechts auf Demokratie aus Freiheit

Freiheit ist schon nach Aristoteles die Grundlage der Demokratie; Freiheitsförderung ihr Ziel.¹⁰⁷ Diese Freiheit ist aber wegen des Wechsels der Partizipation an der Regierung gleich. So wird gleiche Freiheit die Struktur des Rechts auf Demokratie. Andere Formen der Partizipation – Aristoteles nennt sie „oligarchisch“ – mögen nur durch Freiheit geprägt sein; erst die Gleichheit macht diese Partizipation zu einer demokratischen.

Eine Rechtsordnung, die nicht nur den Schutz und die Beschränkung von Freiheit normiert, sondern in der diese Normierung selbst so geordnet ist, dass die Einzelnen daran Anteil haben, begründet Form und Inhalt des Rechts auf jeder Stufe aus der Freiheit: Durch die Normierung von Normsetzung und -durchsetzung bricht bereits die Rechtsform die natürliche Unmittelbarkeit von Interessenbegründung des Rechts und zwangsmäßiger Durchsetzung. So schafft die Rechtsform die Voraussetzung dafür, daß alle Rechtsinhalte nur in normativ reflektierter Weise in das Recht transformiert werden.

Freiheit kann in dieser Form in Gestalt subjektiver Rechte geschützt werden. Im Modell der Sicherheit werden Menschenrechte in den Dimensionen des status subiectionis, status negativus und status positivus geschützt. Freiheit ist jedoch nicht nur ein geschütztes und beschränktes Rechtsgut, vielmehr sind Schutz und Beschränkung dieser Freiheit selbst Ausdruck von Freiheit. Recht war als Norm bestimmt worden, deren Setzung und Durchsetzung durch andere Normen geregelt ist. Konkretisiert eine Rechtsordnung den Rechtsbegriff in der Weise, dass ihre Normen sowohl die Setzung der Normen auf die freie Selbstbestimmung zurückführen als auch die Freiheit bei der Rechtsdurchsetzung berücksichtigen und grenzen zweitens diese Normen die Freiheiten der Bürger gerecht gegeneinander ab und ermöglichen Freiheit dort, wo der Einzelne nicht selbst für diese Freiheit sorgen kann, so realisiert diese Ordnung die im Rechtsbegriff enthaltenen Freiheitspotentiale (Autonomiemodell des Rechts). Indem schon begrifflich die Rechtsform nicht als Faktizität verstanden wird, weil sie die mit ihr zusammenhängenden tatsächlichen Momente normativ bewertet, tritt sie der Freiheit auch nicht von vorneherein als das Fremde, Legitimationsbedürftige, gegenüber, sondern hat das Potential zu einer Freiheitsordnung. Ihr Kern, die Norm, richtet sich notwendig an die Freiheit, zwischen erwünsch-

¹⁰⁷ Aristoteles, Politik, 1317a 40–b8, S. 217: „Voraussetzung der demokratischen Verfassung ist die Freiheit. Das ist ja die gewöhnliche Rede, daß die Bürger bloß in dieser Verfassung Freiheit genießen; denn das sagt man, setze jede Demokratie sich zum Ziele. Ein Stück der Freiheit ist aber damit gegeben, daß man abwechselnd gehorcht und befiehlt. Denn das demokratische Recht besteht darin, daß alle das Gleiche der Zahl nach haben, nicht dem Verdienste nach, und wenn das Recht darin besteht, so ist notwendig die Menge der entscheidende Faktor, und ist notwendig das, was die Mehrheit beschließt, das Endgültige und dieses das Recht; denn man sagt, daß jeder Bürger das Gleiche haben müsse...“.

ten und unerwünschten Handlungsalternativen entscheiden zu können, und mutet dem Einzelnen ggf. zu, sich dieser Freiheit bewusst zu werden. Ihre reflexive Struktur ordnet die Freiheit, zwischen verschiedenen Normalalternativen und Durchsetzungsmöglichkeiten wählen zu können. Zu Recht hebt *Hannah Arendt* hervor, daß mit zunehmender Gestaltung der Gesellschaft durch ihre Bürger die Empfindlichkeit gegenüber einer Fremdbestimmung des von ihnen Geschaffenen wächst.¹⁰⁸ Das Recht kann von diesen Potentialen nur minimalen Gebrauch machen, wenn ein Autokrat ungerechte Normen zwangsmäßig durchsetzt (Sicherheitsmodell). Die Freiheit der Rechtsunterworfenen wird sich dann außerhalb des Rechts und ggf. gegen es durchsetzen. Das Recht kann aber auch alle von ihm Betroffenen selbst über die durch das Recht gewährten Rechte und Pflichten bestimmen lassen und ihre Freiheit auch in der Durchsetzung in Anhörungsverfahren und Vergleichsmöglichkeiten weitestmöglich einbeziehen. Es konkretisiert so seine freiheitlichen Potentiale. Das Recht schützt dann nicht nur die Freiheit und ermöglicht sie, sondern ist selbst ihr Ausdruck. Diese Freiheitsordnung entscheidet dann sogar noch darüber, inwiefern sie die Realisierung der Freiheit selbst regeln oder dem Einzelnen oder anderen Diskursen außerhalb des rechtlichen überlassen will. Sie ist kein Zustand, sondern bleibt über die Freiheit der ihr Zugehörenden in Bewegung.¹⁰⁹

Die Freiheit als negative Selbstbestimmung und als positive Bestimmung auch dieses Selbst drückt sich in den Status der subjektiven Rechte, dem status negativus, dem status positivus und dem status activus aus.¹¹⁰ Die Einheit dieser drei im Begriff der Freiheit äußert sich in der Begründung der reflexiven Form des Rechts und ist die Grundlage für den Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie. Anders als Habermas, der liberale und politische Menschenrechte aus dem Diskursprinzip heraus begründet und sodann an das Recht heranträgt, geht die hier vorgestellte Konzeption davon aus, daß der moderne Begriff des Rechts durch seine reflexive Struktur bereits die Freiheitspotentiale enthält, die von den Menschenrechten subjektivrechtlich aktualisiert und konkretisiert werden. Menschenrechte und Demokratie sind damit in der Freiheit begründet. Weder ist die Demokratie bloß instrumentell für die Sicherung der Freiheit, noch Freiheit, insbesondere kommunikative, bloß Bedingung der Demokratie. Demokratie selbst ist vielmehr Ausdruck der subjektivrechtlich geschützten positiven Freiheit als Autonomie.

¹⁰⁸ Arendt, Elemente und Ursprünge, S. 621 f.: „Je höher entwickelt eine Zivilisation ist, je vollständiger die von ihr geschaffene Welt zur menschlichen Heimat geworden ist, je mehr die Menschen sich in diesem künstlichen Gebilde zu Hause fühlen, desto empfindlicher werden sie gegenüber allem, was sie nicht produziert haben, allem, was auf mysteriöse Weise ihnen bloß gegeben ist.“

¹⁰⁹ Und vermeidet so den zu recht kritisierten Naturalismus, vgl. Christoph Menke, „Einführung“, in: *Die Revolution der Menschenrechte*, Frankfurt/Main 2011, S. 16.

¹¹⁰ Zur Einteilung der Menschenrechte nach diesen drei Status vgl. Stephan Kirste, „Das Fundament der Menschenrechte“, in: *Der Staat* 2013, S. 122 f.

Das Recht auf Demokratie ist das Recht auf Mitwirkung an der Begründung allseitiger Rechte und Pflichten. In die reflexive Struktur des Rechts eingeordnet, ist es nicht nur ein Recht, das von einer paternalistischen Rechtsordnung großzügig gewährt wird, wie *Frank Michelman* sagt,¹¹¹ es realisiert sich vielmehr auch in der Begründung dieser Rechtsordnung selbst. Das von einer nationalen, supranationalen oder internationalen Rechtsordnung gewährte Menschenrecht auf Demokratie ist somit der Schlussstein der Konkretisierung der Freiheitspotentiale der Rechtsform selbst. Er steht dieser Rechtsform nicht gegenüber, sondern realisiert sie. Die autonomen Rechtssubjekte verwirklichen ihre Freiheit in der reflexiven Struktur des Rechts nur dann, wenn auch die Setzung seiner Normen Ausdruck der Freiheit ist. Dieser Schlussstein wurde in vielen Rechtsordnungen des 20. und 21. Jahrhunderts bereits gesetzt – bei einigen wackelt er noch, bei anderen reibt er sich noch mit anderen Bausteinen. Auch in supranationalen und in der Völkerrechtsordnung ist aber sein Platz freigehalten und es geht darum, ihn auch dort einzupassen. Dieser Schlussstein ist freilich kein Grabstein, sondern vielmehr eher ein Mühlstein, der die Natürlichkeit immer neuer Normen zermalmt, sie in Rechtsnormen transformiert und dabei auch sich selbst immer wieder erneuert. Auch hier verbindet das Recht Zukunftsbinding mit der Ermöglichung von Zukunft. Die Anerkennung des Menschenrechts auf Demokratie ist zugleich die Anerkennung des Rechts darauf, die Menschenrechte immer neu zu erklären,¹¹² das Recht des Menschen, sich selbst je neu zu bestimmen im selbstgeschaffenen Reich der Freiheit.

¹¹¹ Michelman, Demokratische Legitimation, S. 56: Der Gedanke wäre, daß Rechte, die eine Person nicht aktiv selbst ausübt und selbst interpretiert, mit Blick auf diese Person nicht eigentlich ‚Rechte‘ sind, sondern eher Gnadenakte von seiten der anderen Handelnden“.

¹¹² Cornelia Vismann, „Menschenrechte: Instanz des Sprechens – Instrument der Politik“, in: Merle, Raimondi, Die Revolution der Menschenrechte, S. 323.

VI.4

Zur Entwicklung einer kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik

Daniela Demko

Der Gedanke, eine Weltrepublik als eine kosmopolitisch-pluralistische Weltrepublik auszuformen, verknüpft mit dem Kosmopolitismus und Pluralismus Begriffselemente, die sich auf den ersten Blick nicht miteinander verbinden lassen, und doch sind es gerade diese Elemente, welche sich in der Ideengeschichte hin zu zeitgenössischen Modellen einer kosmopolitischen Ordnung wiederfinden.¹ Unterschiedliche Bedeutungsaspekte werden mit dem Kosmopolitismus und seinen Bestandteilen – *kosmos* als Weltordnung, Welt oder Ordnung sowie *polites* als Bürger und *polis* als Gemeinschaft, Stadt oder Staat – betont, und immer geht es um die Suche nach den maßgebenden Zuordnungs- und Identifikationspunkten im menschlichen Zusammenleben:² Ist es nach einer Perspektive die mit dem sog. Weltbürgertum angesprochene, alle Menschen umfassende, partikularistische Begrenzungen überschreitende *Menschheit als Einheit*, so heben andere Perspektiven entweder mit dem Begriffsbestandteil *kosmos* die umfassendste, weil *natürliche* Ordnung hervor, die mit der *polis* als der *menschlichen* Ordnung in eine Entsprechung zu bringen ist.³ Oder sie rücken mit dem Aspekt der sog. *Differenz* die Ausrichtung an dem Anderen und Fremden in den Mittelpunkt kosmopolitischen Denkens.⁴ Die Suche nach dem Zuordnungs- und Identifikationsverhältnis des Menschen zu anderen Menschen – sowohl in Hinsicht auf die Menschheit als umfassendsten konzentrischen sozialen Zugehörigkeitskreis als auch in Bezug auf kleinere um das Selbst eines Menschen verlaufende konzentrische soziale Zugehörigkeitskreise, wie Familie, Freunde, Heimatstadt, Heimatland oder Heimatregion – prägt sich

¹ Zur Verknüpfung von Pluralismus und Gerechtigkeit, unter Einbezug etwa von Toleranz und „pluralistische(r) Demokratie“ (S. 96), siehe instruktiv Otfried Höffe, *Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung*, München 2010, S. 94 ff.

² Zu Identitätsbildungen, kollektiven Identitäten und Gemeinsinnorientierungen mit Bezug auf Nationalstaaten und jenseits der Nationalstaaten siehe etwa Michael Zürn, *Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, Frankfurt am Main 1998, S. 361 ff.; Mathias Albert, *Zur Politik der Weltgesellschaft. Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, Weilerswist 2002, S. 103 ff., 192 ff.

³ Siehe dazu näher Benedikt Köhler, *Soziologie des Neuen Kosmopolitismus*, Wiesbaden 2006, S. 22 ff., 24 Fn. 4 mit Bezug auf Toulmin sowie S. 25; Peter Coulmas, *Weltbürger. Geschichte einer Menschheitssiehnuscht*, Reinbek bei Hamburg 1990, S. 16.

⁴ Dazu Köhler, Soziologie, S. 37 ff.; Ulrich Beck, *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Frankfurt am Main 2004, S. 76 ff., 90 ff.; Coulmas, S. 17.

auf zweifache Weise aus:⁵ Zum Ersten geht es um die individuelle Ebene des einzelnen Menschen und hier um seine sich in seinen inneren Einstellungen ausdrückende Beziehung zu anderen Menschen in partikularer und globaler Hinsicht, wie es Gegenstand des sogenannten *individuell-ethischen Kosmopolitismus* ist. Darauf aufbauend fragt der *überindividuell-rechtlich-politische Kosmopolitismus* nach den überindividuellen rechtlich-politischen Strukturen, Normen und Institutionen, die es für den mitmenschlichen Umgang in partikularer und globaler Hinsicht zu schaffen gilt: Hier stellen sich sodann Fragen etwa nach den die Menschenrechte sichernden nationalen, regionalen und/oder globalen Schutzebenen sowie nach geeigneten institutionellen Ausgestaltungsformen einer kosmopolitischen Ordnung.⁶

In welcher Weise sich das Zuordnungs- und Identifikationsverhältnis zu globalen und partikularen Ebenen normativ ausgestalten soll, ist hierbei sowohl für den einzelnen Menschen als auch für die rechtlich-politischen Institutionen immer zugleich in die Suche nach dem zugrunde zu legenden Menschenbild als Gegenstand politischer Anthropologie eingestellt. Bereits in der klassischen politischen Philosophie sind entwickelte Theorien zum Staatsverständnis in mehr oder weniger deutlich ausgesprochene anthropologische Hintergrundannahmen eingebunden, und je nachdem, ob man dem Menschen etwa als *animal sociale*, *animal rationale* oder *animal morale* mehr individualistische oder kollektivistische oder mehr kooperationsbereite oder eigennutzbezogene Merkmale zuweist, gelangt man zu unterschiedlichen Staatsverständnissen in Differenzierung zwischen Konfliktmodellen, denken wir etwa an Hobbes' Verständ-

⁵ Zu dieser Unterscheidung und mit Hinweisen auf weitere anders gewählte Bezeichnungen von Varianten des Kosmopolitismus siehe auch Köhler, Soziologie, S. 24 ff.; Franziska Martinsen, *Verteilung über Grenzen? Gerechtigkeit und Kosmopolitismus*, Frankfurt am Main 2011, S. 200 ff. zu unterschiedlichen kosmopolitischen Ideen unter Bezugnahme auf Pauline Kleingeld und hier zum *moralischen*, *international-föderativen*, *legalen*, *kulturellen*, *Markt-* sowie *romantischen* Kosmopolitismus auf den S. 200 ff. und zu zeitgenössischen moraltheoretischen Kosmopolitismus-Versionen in Gestalt des *Kosmopolitismus als kulturelle Identität* sowie des *Kosmopolitismus als Moral-/als Gerechtigkeitskonzeption* auf den S. 208 ff.; Oliver Eberl, *Demokratie und Frieden. Kants Friedensschrift in den Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden 2008, S. 148; zum Kosmopolitismus zudem Ulfried Reichardt, *Globalisierung. Literaturen und Kulturen des Globalen*, Berlin 2010, S. 217 ff.; Andreas Niederberger/Philipp Schink, „Glossar: Kernbegriffe der Globalisierungsdiskussion“, in: Andreas Niederberger/Philipp Schink (Hg.), *Globalisierung. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart 2011, S. 406 zu den Begriffen „Kosmopolitismus/Kosmopolitanismus“ und der damit verbundenen Unterscheidung zwischen der *ethischen* und der *politisch-rechtlichen* Position; Thomas Pogge, „Kosmopolitanismus und Souveränität“, in: Matthias Lutz-Bachmann/James Bohman (Hg.), *Weltstaat oder Staatenwelt? Für und wider die Idee einer Weltrepublik*, Frankfurt am Main 2002, S. 126 f.; Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München 1999, S. 230 ff., 238 ff. zur Ideengeschichte und zu entwickelten verschiedenen Modellen.

⁶ Zu den beiden Varianten des Kosmopolitismus, dem ethischen und rechtlich-politischen, siehe bereits die Angaben in der vorangehenden Fußnote.

nis vom Menschen als des Menschen Wolf,⁷ oder ein Kooperationsmodell im Sinne von Aristoteles und Locke.⁸ Auch die Suche nach dem Zuordnungs- und Identifikationsverhältnis mit Blick auf eine kosmopolitische Ordnung hat die Frage nach menschlichen Universalien zur Begründung von sowohl individuell-moralischen Haltungen als auch rechtlich-politischen Institutionen an den Anfang zu stellen. Zu beginnen ist daher im Folgenden mit diesen anthropologischen Grundprämissen, um auf deren Grundlage mittels des anschließend zu vertiefenden individuell-ethischen und des überindividuell-rechtlich-politischen Kosmopolitismus die Aufbauelemente einer menschenrechtsbegründeten kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik zu entwickeln.

4.1 Politische Anthropologie zur Legitimation rechtlich-politischer Institutionen

Die politische Anthropologie als eine der besonderen Formen der philosophischen Anthropologie fragt nach der Begründung von politischen Werten, Normen und Institutionen unter Bezugnahme auf ihre universalistische Verwurzelung in der menschlichen Natur.⁹ Ein expliziter oder impliziter Rückgriff auf menschliche Universalien zur Staatslegitimation findet sich bei einer Vielzahl klassischer und zeitgenössischer Philosophen.¹⁰ Denken wir etwa an die von Platon befürwortete Parallelisierung von Seele und Staat zur Begründung eines materiell gerechten, ein gutes Leben sichernden politischen Gemeinwesens, nach der die drei Seelenanteile „Begehr, Wille, Vernunft“ und die entsprechenden menschlichen Tugenden „Besonnenheit, Mut, Weisheit“ den drei Ständen des politischen Gemeinwesens in Gestalt von „Gewerbetreibenden, Wächtern und politischen Herrschern“ parallel zuzuordnen seien.¹¹ War nach Aristoteles der Mensch ein *zoon politikon*, wonach der Drang zur Polis zum Wesen des Menschen als eines sozialen Lebewesens mit Vernunft und Sprache gehört,¹² so lehnte Hobbes den Wesenszug des *zoon politikon* ab: Der Mensch sei ein mit Vernunft und Sprache ausgestattetes *selbstbezogenes* Wesen und zur Beendi-

⁷ Siehe Thomas Hobbes, „Vom Bürger“, in: ders., *Vom Menschen – Vom Bürger, Elemente der Philosophie II/III*, eingel. und hg. von Günter Gawlick, Hamburg 1994, S. 59: „Der Mensch ist ein Wolf für den Menschen“.

⁸ Siehe dazu näher etwa Christoph Horn, *Einführung in die Politische Philosophie*, Darmstadt 2012, S. 31 ff.

⁹ Zur Verbindung von politischer Anthropologie und politischer Philosophie siehe etwa Horn, *Politische Philosophie*, S. 31 ff.: Anthropologie als „Dreh- und Angelpunkt der Politischen Philosophie“ (S. 31).

¹⁰ Zu expliziten und impliziten Anthropologien siehe etwa Dirk Jörke, *Politische Anthropologie. Eine Einführung*, Wiesbaden 2005, S. 11 f.

¹¹ Siehe näher etwa Jörke, *Politische Anthropologie. Eine Einführung*, S. 17 ff.

¹² Siehe näher etwa Jörke, *Politische Anthropologie. Eine Einführung*, S. 20 ff.

gung des Kriegszustandes zwischen den Menschen im Naturzustand sei ein mit absoluter Macht ausgestatteter Staat zu schaffen.¹³ In einer Zwischenstellung zwischen Hobbes und Aristoteles betrachtete Locke für sein liberales, individuelle Rechte schützendes Staatsverständnis den Menschen als ein Wesen mit natürlichem angeborenen Selbsterhaltungstrieb und erworbener Sozialität.¹⁴

Aspekte der individualistischen und sozialen, konflikt- und harmoniebezogenen menschlichen Natur sowie von inhaltsbezogenen Verknüpfungen mit einem zu gewährleistenden *guten Leben* finden sich auch bei zeitgenössischen Philosophen. Martha Nussbaum entwickelt eine an Aristoteles anknüpfende universelle Theorie des *guten Lebens* für alle Menschen zur Verwirklichung ihrer menschlichen Fähigkeiten unter Aufnahme *substanzialer* Elemente: In einem für Erweiterungen offenen Katalog grundlegender Fähigkeiten des Menschen, ohne die ein gutes Leben nicht möglich ist, hebt sie auf einen universellen Substanzbezug ab und leitet daraus die Legitimation des Staates her, der für die Gewährleistung der Befähigung der Menschen zu sorgen hat, ein nach ihren eigenen Vorstellungen gutes Leben zu führen.¹⁵ Unter weitgehendem Verzicht auf einen Substanzbezug formt Otfried Höffe hingegen eine Partial- bzw. Minimalanthropologie aus, in der er in gewählter anthropologischer Zurückhaltung auf die Vor- und Grundbedingungen des Menschseins, auf die unverzichtbaren Bedingungen von Handlungsfähigkeit abstellt.¹⁶ In der von Höffe geprägten „*Ethik plus Anthropologie*“¹⁷ gelangt er zu einer Staatslegitimation mittels der moraltheoretischen Idee des distributiven Vorteils, wonach ein Staat zum Vorteil aller Menschen zur Beendigung der im Naturzustand unvermeidlichen Freiheitskonflikte zwischen Menschen mit ihrer Kooperations- und Konflikt natur beitrage. Im Zusammenhang mit seinem Modell der Weltrepu-

¹³ Siehe näher etwa Jörke, Politische Anthropologie. Eine Einführung, S. 23 ff.

¹⁴ Siehe dazu John Locke, „Über den wahren Ursprung, die Reichweite und den Zweck der staatlichen Regierung“ (1689), 2. Kapitel, §§ 4,6, in: ders., *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, hg. und eingel. von Walter Euchner, Frankfurt a.M. 1977, S. 201 ff.; Jörke, Politische Anthropologie. Eine Einführung, S. 27 ff.

¹⁵ Siehe dazu Martha C. Nussbaum, „Jenseits des Gesellschaftsvertrags. Fähigkeiten und globale Gerechtigkeit“, in: Christoph Broszies/Henning Hahn (Hg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Berlin, 2010, S. 229 ff.; Martha Nussbaum, *Gerechtigkeit oder Das gute Leben*, Frankfurt a.M. 1999, S. 86 ff.; siehe dazu auch Grit Straßenberger, „Mitleid und Gerechtigkeit. Martha Nussbaums anthropologische Begründung von Gerechtigkeitsnormen“, in: *Politische Anthropologie. Geschichte – Gegenwart – Möglichkeiten*, hg. von Dirk Jörke/Bernd Ladwig, Baden-Baden 2009, S. 129 ff.: „Konzeption des guten Lebens, die Vernunft und Emotion verschränkt“ (S. 131); Jörke, *Politische Anthropologie. Eine Einführung*, S. 88 ff.; Horn, Politische Philosophie, S. 36.

¹⁶ Siehe dazu Otfried Höffe, *Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, Weltbürger. Politische Ethik im Zeitalter der Globalisierung*, München 2004, S. 161; Jörke, Politische Anthropologie. Eine Einführung, S. 99 ff.; Horn, Politische Philosophie, S. 35.

¹⁷ Höffe, Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, Weltbürger, S. 161 (Hervorhebung im Original).

blik¹⁸ spricht er von den eine Weltrepublik bestimmenden drei Dimensionen menschlicher Gemeinschaft in Form einer globalen Gewalt-, Kooperations- sowie Not- und Leid- bzw. Schicksalsgemeinschaft,¹⁹ aus denen für die Weltrepublik ein Rechts-, Menschenrechts- und Demokratiegebot auch auf globaler Ebene folge. Der Rückgriff auf die menschliche Vernunft- und Sprachfähigkeit, wie sie sich in zumindest implizit-anthropologischer Weise auch in der Diskursethik von Habermas mit der Vernunft- und Sprachnatur verschränkenden Kommunikationsfähigkeit der Menschen wiederfindet,²⁰ wird nicht zuletzt in Charles Taylors anthropologischem Konzept vom Menschen als *selbstinterpretierendem Tier* aufgegriffen, in welchem Taylor die Reflexions-, Wertungs- und Sprachfähigkeiten des Menschen für deren Verwirklichung in die Bezüge von sozialer Gemeinschaft sowie individuellen und kollektiven Identitäten einstellt.²¹

Ist anthropologischen Konzepten mit Blick auf eine Legitimation rechtlich-politischer Institutionen nun insoweit zuzustimmen, als sie einerseits an die *Individualnatur* des Menschen und hier an seine Freiheit begründende Vernunftnatur²² und andererseits an die *sozialen Einbindungen* in die menschliche

¹⁸ Siehe dazu unter 4.3 die näheren Ausführungen zu Höffes Modell einer subsidiären und föderalen Weltrepublik.

¹⁹ Siehe etwa Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 98: „... drei Dimensionen: ... „globale Gewaltgemeinschaft“ (hinsichtlich Kriegen, organisierter Kriminalität und Umweltschäden), ... „globale Kooperationsgemeinschaft“ (Wirtschaft und Finanzen, Arbeitsmarkt, Tourismus und vor allem auch Bildung, Wissenschaft und Kultur) und ... „globale Schicksalsgemeinschaft“ (hinsichtlich großer Wanderbewegungen, Naturkatastrophen und der Unterentwicklung großer Weltregionen) ...“.

²⁰ Siehe dazu näher Jörke, Politische Anthropologie. Eine Einführung, S. 73 ff.

²¹ Siehe dazu näher Charles Taylor, „Self-Interpreting Animals“, in: ders., *Philosophical Papers* Vol. 1: Human Agency and Language, Cambridge 1985, S. 45 ff.; Jörke, Politische Anthropologie. Eine Einführung, S. 109 ff.

²² Siehe auch die weiteren Ausführungen von Höffe zur Anknüpfung an die Vernunft in der Ideengeschichte, Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, S. 234 ff.: Dort heisst es bezugnehmend auf Demokrit „Dank seiner Vernunft fühle sich der Mensch im Prinzip überall zu Hause“ (S. 234), bezugnehmend auf den Stoiker Arius Didymus „in der schon bei Demokrit anklingenden Teilhabe an der einen Vernunft“ (S. 235), bezugnehmend auf Mark Aurel „(D)e über die gemeinsame Vernunft (*nous*) vermittelte Verwandtschaft alles Menschlichen führt ihn zu einem kosmopolitischen Ideal: zu einer alle Staats- und Völkergrenzen überschreitenden Einheit der Menschheit“ (S. 235, Hervorhebung im Original), bezugnehmend auf Cicero „übernimmt er ... den Gedanken einer allen Menschen gemeinsamen Vernunft“ (S. 237). Zur Anbindung an die menschliche Vernunft, etwa bei Kant, Apel und Habermas, siehe zudem näher Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), Werke, hg. von Wilhelm Weischedel, Bd. VII, Nachdruck Frankfurt a.M. 2011, S. 33 ff., 51; Karl-Otto Apel, „Das Problem der philosophischen Letztbegründung im Lichte einer transzendenten Sprachpragmatik“, in: *Sprache und Erkenntnis, Festschrift für Gerhard Frey zum 60. Geburtstag*, hg. von Bernulf Kanitscheider, Innsbruck 1976, S. 55 ff.; Jürgen Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a.M. 1992, III. 5. („Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft“), S. 100 ff.

Gemeinschaft anknüpfen, so sind diesen aber auch notwendige Ergänzungen an die Seite zu stellen:

Zum Ersten hat der in der Wertphilosophie geführte Werturteilsstreit zwischen Wertobjektivismus und Wertsubjektivismus zutreffend einen notwendig zu beachtenden *integrierenden* Ansatz bei der Betrachtung der menschlichen Natur herauskristallisiert, der auch für das Wertdenken in Philosophie, Recht und politischen Institutionen in Form *zusammenzuführender* rationaler und emotionaler Momente bedeutsam ist.²³ Bezugnahmen auf Verstand, Vernunft, Intellekt und eine rationale Erkenntnis des Menschen einerseits sowie auf eine intuitive Erkenntnis, auf Gefühls- und Willensrelationen eines Menschen andererseits finden sich in jeweils unterschiedlicher Weise bei Vertretern des Wertobjektivismus und -subjektivismus ebenso wieder wie auch im philosophischen Denken etwa von Kant, Hume, Rousseau sowie des Kognitivismus und Nonkognitivismus mit ihren Positionen des Intuitionismus, Emotivismus und Präskriptivismus in der angelsächsischen Metaethik.²⁴ Sichtbar wird: Die Anbindung an die menschliche Vernunftnatur hat mit der mit ihr verbundenen Emotionsnatur einherzugehen und in Betrachtung der *Individualnatur* des Menschen in dieser ihrer *Ganzheit* lässt sich eine aus der *Vernunft- und Emotionsnatur* bestehende *wertstiftende Natur* des Menschen erkennen und für die Wertbegründung von Recht und politischen Institutionen heranziehen.²⁵

Zum Zweiten bleibt mit Blick auf die *Sozialnatur* des Menschen kritisch zu fragen, ob hier gerade auch mit Blick auf die Trennung zwischen Moral und Recht in anthropologisch vorsichtigerer und differenzierterer Formulierung weniger von dem *Sozialen an sich* als „der Natur“ des Menschen gesprochen, sondern vielmehr präzise die verschiedenen *inneren* und *äußeren* Ausprägungen des sozialen Miteinanders unterschieden werden sollte(n):²⁶ Geht es um die aus der Vernunft- und Emotionsnatur des Menschen fließenden *inneren* Bindungen, die ein Mensch zu anderen Menschen aufbaut, etwa in Form von Freundschaften, familiären oder kollegialen Bindungen, so ist dies Teil seiner sich auf seine sozialen Beziehungen erstreckenden Individualnatur, mit der sich der Mensch (über sein Interesse allein an sich selbst hinausgehend) in ein *inneres* Vernunft- und/oder Gefühlszugehörigkeitsverhältnis mit anderen Menschen einbringt. Diesbezüglich lässt sich im Rahmen des individuell-ethischen Kosmopolitismus nach dem Zuordnungs- und Identifikationsverhältnis fragen, das ein Mensch in seinen *inneren*, der Moral zugehörigen Einstellungen

²³ Siehe dazu näher Daniela Demko, *Werte in der Rechtsphilosophie*, ARSP, Bd. 101, Heft 2, 2015, S. 235 ff., 243.

²⁴ Siehe dazu näher Kurt Seelmann/Daniela Demko, *Rechtsphilosophie*, München 2014, S. 180 ff.; Demko, Werte in der Rechtsphilosophie, S. 232 f., 235 ff., 243, 246 ff.

²⁵ Siehe dazu näher Demko, Werte in der Rechtsphilosophie, S. 248 ff.

²⁶ Zum Verhältnis von Recht und Moral siehe u.a. Seelmann/Demko, *Rechtsphilosophie*, S. 83 ff.

zur Menschheit und zu partikularen Gemeinschaften aufbauen sollte. Davon zu differenzieren ist die dem *äußeren* Leben zugehörige Tatsache des sozialen Zusammenlebens mit anderen Menschen, welche die *objektiv-soziale* Kontextualisierung betrifft. Diese hängt zwar eng mit den vernunft- und emotionsgeprägten inneren Einstellungen der Menschen in ihren Verhältnissen zueinander zusammen, jedoch erscheint die Bezeichnung als menschliche „Natur“ insoweit als weniger hilfreich: Betonung finden sollte hier vielmehr, dass es als Teil des überindividuell-rechtlich-politischen Kosmopolitismus eben diese *objektiv-soziale* Kontextualisierung der Menschen ist, die den entscheidenden Bezugspunkt der politischen Anthropologie und politischen Philosophie zur Rechtfertigung von Normen und Institutionen für das gerade dem *äußeren* Leben zugehörende, über bloße innere Einstellungen hinausgehend auch den rechtlich-politischen Bereich eröffnende *mitmenschliche Zusammenleben* in sozialen und dann auch rechtlich-politischen Gemeinschaften darstellt.

Diese Ergänzungen berücksichtigend, sind für die Legitimation rechtlich-politischer Institutionen zwei zu verbindende Anknüpfungspunkte, die Individualnatur des Menschen und seine soziale Kontextualisierung, in ein Bezugsvorhältnis einzustellen: Nach diesem Verhältnis des Aufeinanderbezogenseins sind es auf der Grundlage einer *subjektiv-objektivierenden* Wertbegründung von Recht und politischen Institutionen die Menschen mit ihrer aus Vernunft- und Emotionsnatur bestehenden *wertstiftenden Natur*, welche in einem *intersubjektiven und interkulturellen Diskurs* die von ihnen gemeinsam als richtig befundenen Wertentscheidungen für ihr mitmenschliches Zusammenleben in sozialen und rechtlich-politischen Gemeinschaften treffen,²⁷ etwa zur Gestaltung ihres Zusammenlebens als Identitäts-, Solidaritäts- und Verantwortungsgemeinschaften oder von rechtlich-politischen Strukturen in Form z.B. eines Weltstaats, einer Weltrepublik oder eines Staatenverbundes. Auch die Ausformung des Menschenrechtsschutzes auf nationaler, regionaler und universaler Ebene sowie die Ausgestaltung übernationaler Strafrechtsordnungen – etwa mit Blick auf das sich *universalisierend-vereinheitlichende* Völkerstrafrecht einerseits und das sich unter Aufnahme europaweit geltender strafrechtlicher *Mindeststandards* nur *harmonisierende* Europäische Strafrecht andererseits – ist auf intersubjektiv- und interkulturell-diskursiv vermittelte menschliche Wertentscheidungen, hier etwa zur Frage, welche Regelungsbereiche vereinheitlicht und welche lediglich harmonisiert werden sollen, zurückzuführen.²⁸

²⁷ Siehe auch Matthias Lutz-Bachmann, „Weltstaatlichkeit“ und Menschenrechte nach dem Ende des überlieferten ‚Nationalstaates‘, in: Hauke Brunkhorst u.a. (Hg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt am Main 1999, S. 213: „(E)in global gültiges Weltrecht, das aus dem „vereinigten Willen“ der Weltbürger entspringt ...“ (Hervorhebung Demko).

²⁸ Siehe dazu auch etwa Reichardt, Globalisierung, S. 215 f. mit Bezugnahme auf den Philosophen und Sinologen François Jullien und den „interkulturellen Dialog“ (S. 216); Daniela

4.2 Individuell-ethischer Kosmopolitismus in integrierender und pluralistischer Ausformung

Ausgehend von diesen anthropologischen Grundprämissen gilt es nun, das normative Zuordnungs- und Identifikationsverhältnis in globaler und partikularer Hinsicht und die Frage, wie sich dieses für den Einzelnen und für das durch rechtlich-politische Institutionen gesicherte intersubjektive Zusammenleben auszustalten hat, zu vertiefen. Mit welcher inneren Einstellung sich der Einzelne zur Welt und/oder zu partikularen Gemeinschaften moralisch richtig zu verhalten hat, ist in der philosophischen Ideengeschichte unterschiedlich beurteilt worden und mit zeitgenössischen Ansichten treten im Rahmen des individuell-ethischen Kosmopolitismus neue Lösungsvorschläge hinzu.

Historisch früheste Bezüge des Kosmopolitismus werden, wenn auch nicht unter dieser Bezeichnung sowie unter Philosophiehistorikern im Einzelnen umstritten, mit einem antiken Kosmopolitismus in Verbindung gebracht. Überliefert sind etwa die Worte des Sokrates, sich als Einwohner und Bürger der Welt zu empfinden, oder die des Diogenes von Sinope, der sich als Bürger der Welt (*kosmopolitēs*) bezeichnete.²⁹ Die Zugehörigkeit zur Welt und Menschheit als Ganzes und umfassendste *Einheit* bildete in dieser kosmopolitischen Ausformung den zentralen Zuordnungs- und Identifikationspunkt und im Rahmen des hier ausgeprägten Modells der konzentrischen Zugehörigkeiten des Menschen zu verschiedenen partikularen bis hin zum globalen sozialen Kreis sei es die *Menschheit* als die denkbar größte Gemeinschaft, die den *natürlichen* kosmopolitischen Zustand eines Weltbürgers im Sinne eines Mitbürgers aller Menschen darstelle, während die kleineren partikularen Kreise nur menschlich-begrenzten sozialen Übereinkünften entspringen.³⁰ In einer sich in der Ideengeschichte entwickelnden Kontroverse zwischen universalistischen und partikularistischen Ansichten suchte man auch entweder nach einem Ausschluss- bzw. Exklusivitätsverhältnis oder einem Komplementär- und Vorrang-Nachrangverhältnis zwischen gleichzeitig bestehenden menschlichen Zugehörigkeiten zu

Demko, „Universalisierung, Relativierung, Pluralisierung und Interkulturalisierung bei den Menschenrechten, im Völkerstrafrecht und im Europäischen Strafrecht“, in: Daniela Demko/ Gerd Brudermüller/Kurt Seelmann (Hg.), *Menschenrechte: Begründung – Bedeutung – Durchsetzung*, Würzburg 2015, S. 71 ff., 81 ff.; zur Vereinheitlichung und Harmonisierung siehe auch Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München 2014, S. 451, 555.

²⁹ Dazu Köhler, Soziologie, S. 22 ff., 25; Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, S. 234 ff.; Jürgen Neyer, *Globale Demokratie. Eine zeitgemäße Einführung in die Internationalen Beziehungen*, Baden-Baden 2013, S. 137; über Diogenes von Sinope vgl. auch Diogenes Laërtius, *The lives and opinions of eminent philosophers*. Literally translated by C.G. Yonge, London 1853, S. 240 f.: „The question was put to him what countryman he was, and he replied ‚A Citizen of the world‘ (*kosmopolitēs*)“; Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 96; Martinsen, Verteilung, S. 198.

³⁰ Dazu näher Köhler, Soziologie, S. 26 sowie 29 ff. zu Nussbaum.

verschiedenen partikularen Gemeinschaften und der Menschheitsgemeinschaft:³¹ Zum Beispiel ist in Martha Nussbaums individuell-ethischem kosmopolitischen Modell einer moralischen Verpflichtung des Einzelnen für die gesamte Menschheit der Einzelne zugleich den partikularen sozialen Kreisen seiner durch Zufall bestimmten Geburt und der universellen kosmopolitischen Welt der Ideen und Vernunft zugehörig, aufgrund eines universalen Minimums an weltweit gemeinsamen Werten bleibt er aber bezüglich seiner inneren Einstellungen moralisch mit Vorrang der Menschheit verpflichtet.³² Auch Modelle des Kosmopolitismus der Differenz, etwa von Ulrich Beck, betonen synthesenhaftes Sowohl- als Auch-Denken,³³ wählen aber nicht die Menschheit als umfassendste Einheit zum Ausgangspunkt ihres kosmopolitischen Denkens, sondern die *Anerkennung der Andersheit der Anderen* und die *Differenz* zwischen partikularen und universellen Prinzipien.³⁴

Ist mit dieser Anerkennung der Andersheit der Anderen nun zwar eine wichtige Voraussetzung für ein friedliches Miteinanderleben von sich als frei und gleichberechtigt akzeptierenden Menschen trotz individueller und kollektiver Unterschiede benannt, so stellen sich aber auch hier kritische Fragen: Zum Ersten bleibt mit Blick auf die schon *begrifflich* vorrangige Betonung der Andersheit, der Anderen und der Differenz – anstatt einer (zu bevorzugenden) primären Anbindung an das Moment der Gemeinsamkeit – darauf hinzuweisen, dass dies zumindest missverständlich im Sinne einer *Ab-* und *Ausgrenzung* des Nicht-zu-einem-Gehörenden und daher *abzulehnenden* Fremden verstanden und/oder gedeutet werden könnte bzw. eine solche entsprechende Missverständnis-/Missdeutungsgefahr besteht. Auch wenn diese „Andersheit“ mit dem zweiten Begriffselement der „Anerkennung“ verbunden wird, was die

³¹ Zu sog. starken und schwachen Formen des Kosmopolitismus siehe Köhler, Soziologie, S. 27 f.; siehe zudem Martensen, Verteilung, S. 207 f.; im Zusammenhang mit kollektiven Identitätsbildungen siehe auch Albert, S. 199: „... gleichzeitig ein *Umbau nationalstaatlicher* kollektiver Identitäten *und* ein *Auffalten alternativer* Formen der Konstruktion *großräumiger* kollektiver Identitäten in Gestalt der verschiedenenartigen *transnationalen* Gemeinschaften ...“ (kursive Hervorhebung des gesamten Zitats im Original; die hier vorgenommenen kursiven Hervorhebungen: Demko); Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, S. 335 ff.; mit Bezug auf Gerechtigkeitskonzeptionen siehe Christoph Broszies/Henning Hahn, „Die Kosmopolitismus-Partikularismus-Debatte im Kontext“, in: Christoph Broszies/Henning Hahn (Hg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Berlin 2010, S. 10 ff., 26 ff., 42 ff.

³² Zu Nussbaums Modell siehe u.a. Martha Nussbaum, „Patriotism and Cosmopolitanism“, in: Martha Nussbaum, *For Love of Country?*, Boston 1996, S. 2 ff.; Köhler, Soziologie, S. 29 ff.

³³ Siehe Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, S. 90: „Sowohl-als-Auch-Prinzip“, „Summen- und Synthesebegriff“, zur Unterscheidung von Entweder-Oder-Modellen und Sowohl-als-Auch-Modellen zudem näher Köhler, Soziologie, S. 40.

³⁴ Dazu näher Köhler, Soziologie, S. 37 ff.; Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, S. 76 ff., 90 ff.; dazu im Zusammenhang mit der sozialphilosophischen Richtung des Kommunitarismus siehe Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 100 ff.

Gefahr eines solchen Missverständnisses bzw. einer Missdeutung reduzieren kann, sollten die mit Begriffen (wie hier mit der „Andersheit“ und dem „Anderen“) und mit ihren jeweiligen kontextspezifischen Verwendungen möglicherweise mitschwingenden (Be-)Wertungen und Wirkungen auf Menschen – und hier dann die Gefahren von *Abwertungen* und *Negativbewertungen* des „Anderen“ – nicht unterschätzt werden. Um eine solche Gefahr von *Abwertungen* und *Negativbewertungen* des „Anderen“ wirksam auszuschließen, ist daher in einem auch begrifflich stärkeren Masse klarzustellen und hervorzuheben, dass der Begriff des „Anderen“ *wertneutral* als das schlicht „Unterschiedliche“ zu verstehen und dass der Begriff der „Anerkennung“ mit einer *wertpositiven* Bedeutung im Sinne einer *bejahenden, befürwortenden* respektvollen Akzeptanz zu verbinden ist.³⁵ Zum Zweiten hat sich ein Kosmopolitismus, auch wenn er die Anerkennung des Anderen (und zwar zutreffend) mit in sein Denkmodell einbezieht, spätestens in Konflikten zwischen partikularen und globalen Interessen zu entscheiden, ob er seine letztendlich maßgebende Ausrichtung im Sinne des *primären Ansatz-* bzw. Anfangs- und Bezugspunktes kosmopolitischen Denkens nicht doch in einer (zu bevorzugenden) Anbindung an die universalistische Zugehörigkeitsebene der *Menschheit* unter Bezug auf das alle Menschen *einende Menschsein* sieht.³⁶ Beide Kritikpunkte verweisen zum Dritten auf den Haupteinwand gegen einen zu *einseitig* verstandenen Kosmopolitismus, der den Blick nur oder vorrangig auf die Andersheit lenken würde, ohne das notwendige Gegenüber – nämlich die *Gemeinsamkeit* – hinreichend mit zu beachten.³⁷ In

³⁵ Siehe dazu ähnlich Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 94 in Bezug auf die verschiedenen Ausformungen des Toleranzbegriffes und hier speziell in Bezugnahme auf die „aktive Toleranz“ als ein den Anderen *nicht nur Gewährenlassen*, sondern als ein *Bejahen „aus freien Stücken“* des anderen Lebensrecht, Freiheit und Entfaltungswillen“ (Hervorhebung Demko) in sich auf „Freiheit und Würde jedes Menschen“ gründender Verbindung der „Fähigkeit zur eigenen Andersartigkeit mit der Anerkennung des anderen als gleichwertig“; ähnlich heißt es auch bei Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, S. 77, 90 ff.: „die Betonung des Kontextes und der Relativität der Standpunkte [...], verabsolutiert gedacht und praktiziert, schlägt dies [...] um in die Behauptung der *Unvergleichbarkeit* der Perspektiven, die in prästabilierte Ignoranz mündet“ (S. 77, Hervorhebung Demko), „Kulturelle Unterschiede werden weder in einer Hierarchie der Andersartigkeit geordnet, noch werden sie universalistisch aufgelöst, sondern akzeptiert“ (S. 90).

³⁶ Siehe dazu auch die ideengeschichtlichen Ausführungen zum klassischen Kosmopolitanismus von David Held, *Kosmopolitanismus – Ideal und Wirklichkeit*, Freiburg/München 2013, S. 43 f.: zwar Zugehörigkeit des Menschen zu zwei Welten – der lokalen, durch Zufall bestimmten Welt und der weltweiten menschlichen Gemeinschaft –, aber dennoch vornehmliche Verpflichtung des Menschen gegenüber der weltweiten menschlichen Gemeinschaft.

³⁷ Zutreffend weist auch Beck darauf hin, dass es auch im sog. kosmopolitischen Realismus nicht um ein Entweder-Oder, sondern um ein *Sowohl-als-Auch* von Verschiedenheit und Gleichartigkeit geht, siehe näher Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, S. 90 ff.: „dieses entweder Universalismus oder Relativismus, entweder Verschiedenartigkeit oder Gleichartigkeit usw. als Sackgassen-Debatte der falschen Alternativen“ (S. 90, Hervorhebung Demko), „(R)ealistischer Kosmopolitismus ist *nicht in Opposition* zu, sondern als *Sum-*

einer *integrierenden* Betrachtung sind *Gemeinsames und Unterschiedliches* in den Kosmopolitismus, und zwar den individuell-ethischen wie auch den über-individuell-rechtlich-politischen, in einer pluralistischen Weise einzubeziehen. Dabei hat der primäre und entscheidende *Anfangs- und Bezugspunkt* kosmopolitischen Denkens in dem Moment des auf ein universalistisches Minimum verweisenden *Einenden*, wie es seinen Ausdruck im *Menschsein an sich* und in der *Menschheitsgemeinschaft* als der alle Menschen in diesem ihren Menschsein umfassend zusammenführenden Ordnung findet, zu liegen. Zu verbinden ist das daraus fließende Moment des *Gemeinsamen* sodann anschließend mit den vielfältig möglichen *verschiedenen* Ausgestaltungsformen menschlicher Lebensführungen und Zugehörigkeiten zu unterschiedlichen sozialen Zugehörigkeitskreisen, was auf den Aspekt der *Differenz* von Menschen und Gemeinschaften – verknüpft mit dem Erfordernis der *positiv-befürwortenden* Akzeptanz des Verschiedenen sowie mit dem Erfordernis des Umgehens mit etwaigen Vorrang-Nachrangfragen in Konfliktfällen partikularer und globaler Interessen – verweist.

Diese hier bevorzugte *primäre Anknüpfung* kosmopolitischen Denkens an die *einende und gemeinsame* Ebene des *Menschseins an sich und der Menschheitsgemeinschaft*³⁸ unter zugleich aber zu beachtender *anschließender* Aufnahme auch des Moments der *Differenz* auf der Ausgestaltungsebene menschlicher Lebensführungen und Gemeinschaften erweist sich als relevant sowohl für den individuell-ethischen als auch den überindividuell-rechtlich-politischen Kosmopolitismus.³⁹ Ein solcher *Gemeinsames und Unterschiedliches integri-*

men- und Synthesebegriff von Universalismus, Relativismus, Nationalismus, Ethnizismus zu verstehen und zu entfalten“ (S. 90, Hervorhebung Demko).

³⁸ Zur primären Anknüpfung an die Menschheit aus der Ideengeschichte siehe etwa Köhler, Soziologie, S. 25 f. sowie 29 ff. zu Nussbaum; Kwame Anthony Appiah, *Der Kosmopolit. Philosophie des Weltbürgertums*, München 2007, S. 164: „Das Weltbürgertum [...] beginnt mit dem Menschlichen am Menschen“; zu den drei Elementen kosmopolitischer Positionen – dem Individualismus, dem Universalismus und der Allgemeinheit der Verpflichtung – siehe Thomas Pogge, Kosmopolitanismus und Souveränität, in: Matthias Lutz-Bachmann/James Bohman (Hg.), *Weltstaat oder Weltenstaat*, Frankfurt/M. 2002, S. 125–171, hier S. 126; Pogge, in: Lutz-Bachmann/Bohman (Hg.), *Weltstaat oder Staatenwelt? Für und wider die Idee einer Weltrepublik*, S. 126: letzte moralische Wichtigkeit haben Menschen, und zwar gleichermaßen alle lebenden Menschen sowie in „globale(r) Reichweite“ (S. 126) Menschen für alle anderen Menschen.

³⁹ Zu den vertretenen unterschiedlichen Blickrichtungen, entweder „von unten nach oben“ oder „von oben nach unten“, im Rahmen des überindividuell-rechtlich-politischen Kosmopolitismus siehe etwa einerseits Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 101 f. mit der primären/sekundären Staats- oder Europabürgerschaft und der tertiären Weltbürgerschaft. Dazu zudem Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, S. 334 ff. Eine auch von der Verfasserin bevorzugte Richtung von „oben nach unten“ findet sich andererseits etwa bei Matthias Hoesch/Claus Lüdenbach, „Föderalismus und Subsidiarität in der Weltrepublik“, in: Sebastian Laukötter/Andreas Vieth (Hg.), *Otfried Höffe. Praktische Philosophie im Diskurs*, Heusenstamm nr. Frankfurt 2009, S. 155 ff.

render individuell-ethischer Kosmopolitismus findet hierbei zudem eine *pluralistische* Verankerung: Die *gleichgeordnete* Ebene im Verhältnis *zwischen Menschen* betrifft den Aspekt, welche innere Haltung ein Mensch moralisch zum anderen Menschen, der ihm in Vielem – und hier vor allem in seiner wertstiftenden Natur – gleicht, sich durch jeweilige Besonderheiten aber auch in Vielem von ihm unterscheidet, einnehmen soll. Sind Menschen im Verhältnis zueinander immer zugleich *Gemeinsame* und sich in ihren Besonderheiten *Unterscheidende* und lässt sich beides nicht voneinander trennen,⁴⁰ so geht es hier um das moralische (und dann anschließend auch rechtlich-politisch geschützte) Erfordernis des Zusammenführens beider Aspekte auf der Basis des sie tragenden *Menschseins*, wonach sich ein Mensch im Verhältnis zu anderen Menschen – und trotz aller Unterschiede zwischen ihnen – zu aller erst einmal „als Mensch“ fühlt und sich in diesem seinen *Menschsein* auch mit allen Menschen verbunden fühlt. Ebenso hinsichtlich der *mehrere und unterschiedliche* Ebenen betreffenden Zuordnung eines Menschen zu vielzähligen *menschlichen Gemeinschaften verschiedenster sozialer Zugehörigkeitskreise* auf nationaler, regionaler und globaler Ebene und der damit einhergehenden möglichen *Mehrfachidentifikation* eines Menschen ist das mit dem *Menschsein* untrennbar verbundene *Teil-Sein der Menschheitsgemeinschaft* als universalistisches Minimum an den *Anfang* kosmopolitischen Denkens gesetzt, dem es daran anknüpfend um eine Integrierung von Gemeinsamem und Unterschiedlichem bezüglich der Zugehörigkeiten der Menschen und der Ausformungen der verschiedenen nationalen, regionalen und globalen Zugehörigkeitskreise zu gehen hat. Ein Mensch hat sich hier in seinen inneren Einstellungen in diesem seinen *Menschsein zuallererst* und *vorrangig* als Teil der *Menschheit* als des umfassendsten Zugehörigkeitskreises – und damit als ein Menschheitsmitglied bzw. Weltbürger – zu begreifen und kann sich in einem darauf aufbauenden *anschließenden* Schritt und an die Unterschiede zwischen den Menschen in ihren konkreten Ausgestaltungen ihres *Menschseins* anknüpfend sodann auch *komplementär* weiteren kleineren partikularen (etwa familiären, lokalen, nationalen und regionalen) Kreisen – die ja immer erst aus dem Menschheitskreis hervorgehen und aus diesem heraus von Menschen konstruiert werden – zugehörig fühlen.⁴¹ Diese dem Menschen da-

⁴⁰ Siehe ähnlich Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, S. 92: „[...] die Anderen als verschieden und gleich zu bejahren. Damit wird zugleich die Falschheit der Alternative zwischen hierarchischer Verschiedenartigkeit und universeller Gleichheit aufgedeckt“ (Hervorhebung im Original).

⁴¹ Zwar ebenso an eine dem Menschen mögliche Mehrfachidentifikation im Sinne einer *Mehrfauchbürgerschaft* – und zwar in Gestalt eines *nicht exklusiven*, sondern *komplementären* Weltbürgers – mit einer daraus folgenden entsprechenden komplementären Weltordnung anknüpfend, aber hierbei eine andere Reihenfolge als die Verfasserin wählend, siehe Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 101 f.: in der „neuartig mehrfachen Staatsbürgerschaft“ (S. 101) sei man „(P)rimär [...] Staats- oder Europabürger, und sekundär das andere, folglich in gestufter Weise beides zusammen, und tertiar ist man Weltbürger“ (S. 101 f.); dazu

durch möglichen *Mehrfachidentifikationen*⁴² mit mehreren menschlichen Gemeinschaftsausformungen – sei es schon innerhalb des nationalen sozialen Kreises etwa mit der Familie, dem Freundes- und Kollegenkreis bis hin zum Heimatstaat, sowie über die nationale Ebene hinaus mit einer von ihm als Heimat empfundenen Region der Welt bis hin zu einer mit seinem Menschsein notwendig einhergehenden Identifikation mit der ganzen Menschheits- und Weltgemeinschaft im Sinne echten Menschheits- und Weltbürgertums – und das damit verbundene Gemeinsame und Unterschiedliche in den Zugehörigkeiten der Menschen sind in einen moralischen (und auch hier dann anschließend rechtlich-politisch gesicherten) Schutz einzustellen.

Einen *integrierenden* und sich *pluralistisch* verankernden individuell-ethischen Kosmopolitismus kennzeichnet mithin, dass er (zum Ersten) in moralischer Ausrichtung Gemeinsames *und* Unterschiedliches sowohl im Verhältnis zwischen Menschen als auch in Bezug auf die den Menschen möglichen Mehrfachidentifikationen mit menschlichen Gemeinschaften aufnimmt, dabei (zum Zweiten) das *Menschsein*, das mit diesem Menschsein verbundene *Teil-Sein der Menschheitsgemeinschaft* und das daraus fließende Moment des *Gemeinsamen* als maßgebenden Ausgangs- und Bezugspunkt setzt, zugleich aber (zum Dritten) auch die *positiv-befürwortende* Anerkennung der *Unterschiede* in den Ausgestaltungen des Menschseins hinzunimmt.

4.3 Überindividuell-rechtlich-politischer Kosmopolitismus und die Ausformung einer kosmopolistisch-pluralistischen Weltrepublik

Ein solcher integrierender und pluralistischer individuell-ethischer Kosmopolitismus hat sich, wenn sich Menschen in dieser *umfassenden* Weise auch durch rechtlich-politische Normierungen und Institutionen geschützt sehen wollen, in einem entsprechenden *integrierenden* und *pluralistischen* überindividuell-rechtlich-politischen Kosmopolitismus auszuformen. Unter Rückgriff auf die wertstiftende Natur des Menschen, zu der auch die von einem Menschen gebildeten individuell-sozialen Zugehörigkeitsbindungen gehören, haben sich die Menschen in einem intersubjektiven und interkulturellen Diskurs mit Blick auf ihr dem *äußerer* Leben zugehörendes und damit über die Moral hinausgehend auch den rechtlich-politischen Bereich eröffnendes *mitmenschliches Zusam-*

ebenso Otfried Höffe, „Vision Weltrepublik. Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung“, in: Winfried Brugger u.a. (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2008, S. 395 f.; Höffe, Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, Weltbürger, S. 170 f.: „Weltbürger, aber nicht im exklusiven, sondern komplementären Verständnis“ (S. 170 f.), „komplementäre Weltrechtsordnung“ (S. 171), „Mehrfachbürgerschaft“ (S. 171).

⁴² Siehe auch Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 101: „neuartig mehrfachen Staatsbürgerschaft“.

menleben diejenigen rechtlich-politischen Strukturen zu schaffen, durch welche sich die Menschen in ihrer *Gesamtheit* an Gemeinsamkeiten *und* Unterschieden ihrer menschlichen Lebensführungen und Zugehörigkeiten wirksam geschützt ansehen.⁴³ Mit angesprochen sind hier ein sich auf mehreren Ebenen auszugestaltender *Menschenrechtsschutz* und seine institutionelle rechtlich-politische Einbindung in eine entsprechend zu verfassende *kosmopolitische Ordnung*.

Im Menschsein gründend geht mit Menschenrechten ein universalistisch-normativer Schutzanspruch einher,⁴⁴ doch hat sich dieser nicht im Sinne globaler *Uniformität* unter Auslöschen partikularer Besonderheiten und damit Unterschieden auszuformen. Vielmehr hat der menschenrechtliche Schutzanspruch das Gemeinsame *und* Unterschiedliche menschlicher und zwischenmenschlicher Lebensgestaltungen zu achten und für einen wirksamen Schutz in ein rechtspluralistisches Neben- und eng verflochtenes Miteinander von auf nationaler, regionaler und globaler Ebene verankerten Menschenrechten einschließlich ihres prozessual wirksamen Schutzes einzubinden,⁴⁵ verbunden mit Inhalts-, Reichweite- und Vorrangregelungen unter Berücksichtigung der auf den verschiedenen Ebenen jeweils anderen Hervorhebung von einmal mehr *universalisierenden* und das andere Mal mehr *relativierenden* Elementen.⁴⁶ Ein solcher *integrierender* menschenrechtlicher Schutzanspruch hat sich in pluralistischer Form als eine Universalisierung in einer sich *stufenden kulturellen Partikularisierung* sowie in sich *überlagernden und miteinander verbundenen rechtlichen Regelungs-Kreisen auf nationaler, regionaler und globaler*

⁴³ Siehe dazu auch etwa Reichardt, Globalisierung, S. 211: Globales Denken als *Zusammendenken* von „Einheit und Gemeinsamkeit der Erdbevölkerung sowie deren Vielheit und Unterschiede [...].“

⁴⁴ Siehe auch Peter Koller, „Die Internationalisierung der Menschenrechte und die Grenzen staatlicher Souveränität“, in: Hauke Brunkhorst u.a. (Hg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt am Main 1999, S. 228: „Idee der Menschenrechte trägt deren Anspruch auf universelle Geltung schon dem Begriffe nach in sich“.

⁴⁵ Siehe dazu etwa die Ausführungen von Höffe zur „*Weltjustiz*“ (S. 102, Hervorhebung im Original) in Differenzierung zwischen nationalem und grenzüberschreitendem Weltstrafrecht sowie weltbürgerlicher/kosmopolitischer Weltjustiz, Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 102 f.; zum Verhältnis zwischen Menschenrechten und Demokratie siehe Alexander Somek, „Menschenrechte und Demokratie“, in: Arnd Pollmann/Georg Lohmann (Hg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart 2012, S. 363 ff.; Michael Reder/Mara-Daria Cojocaru, „Zukunft der Demokratie: Ende einer Illusion oder Aufbruch zu neuen Formen? Eine Einführung“, in: Michael Reder/Mara-Daria Cojocaru (Hg.), *Zukunft der Demokratie. Ende einer Illusion oder Aufbruch zu neuen Formen?*, Stuttgart 2014, S. 13 f.; Georg Lohmann, „Menschenrechte und transnationale Demokratisierungen. Überforderungen oder Erweiterungen der Demokratie?“, in: Michael Reder/Mara-Daria Cojocaru (Hg.), *Zukunft der Demokratie. Ende einer Illusion oder Aufbruch zu neuen Formen?*, Stuttgart 2014, S. 64 ff.; Demko, in: Demko/Brudermüller/Seelmann, Menschenrechte, S. 77 ff.

⁴⁶ Zu einem „[...] ,multikulturell(en)[...]“ Verständnis der Menschenrechte bezugnehmend auf Chantal Mouffe siehe Reichardt, Globalisierung, S. 221.

*Ebene auszuprägen.*⁴⁷ Der größte dieser sich der weltweit einheitlichen Geltung der Menschenrechte widmenden rechtlichen Regelungs-Kreise hat hierbei nach einer Universalität im eigentlichen Sinne eines alle Menschen Einenden unter Rückgriff auf ein interkulturell zu bestimmendes universalistisches Minimum zu streben, wie es etwa auch im universal-menschenrechtsschützenden Völkerstrafrecht mit seinen *core crimes* sichtbar ist.⁴⁸ Auf den beiden nächstkleineren Regelungs-Kreisen des regionalen und nationalen Menschenrechtsschutzes ist dem Recht des Besonderen zunehmende Bedeutung zuzumessen, ohne aber das jeweils zugrundeliegende – universale und regionale – Minimum an Menschenrechtsschutz zu unterschreiten.⁴⁹ In einem sich ganzheitlich ausformenden *menschenrechtlichen Stufenbau* mit dem universalistischen Minimum des weltweit einheitlichen Menschenrechtsschutzes als primärem Ausgangs- und Bezugspunkt ist dieses Minimum sodann auf regionaler und nationaler Ebene durch immer mehr hinzukommende menschenrechtliche Schutzaspekte, die sich auf spezifisch regionale und nationale Besonderheiten beziehen, zu verstärken. Zu denken ist hier etwa an die Europäische Menschenrechtskonvention mit ihrem europäischen Mindeststandard an Menschenrechten, welche die konkrete Art und Weise ihrer Umsetzung unter Berücksichtigung der jeweiligen nationalen Spezifika aber den Konventionsstaaten überlässt.⁵⁰

Damit einher geht die Frage, wie die rechtlich-politischen Institutionen zur Sicherung eines solchen integrierenden und pluralistischen Menschenrechtschutzes auszustalten sind und welche Rolle im Zuge der Globalisierung⁵¹ staatliche und überstaatliche Strukturelemente, denken wir an verschiedene Lösungsvorschläge zur Entwicklung eines weltweiten Staatenverbundes, einer darüber hinausgehenden Weltrepublik oder gar eines Weltstaates, spielen sollen. Als Teil des überindividuell-rechtlich-politischen Kosmopolitismus ist es

⁴⁷ Siehe dazu bereits Demko, in: Demko/Brudermüller/Seelmann, Menschenrechte, S. 101 ff., insbesondere S. 102; zum „Aufstieg einer internationalen Ordnung der Menschenrechte“ (S. 33) siehe Seyla Benhabib, „Die philosophischen Grundlagen kosmopolitischer Normen“, in: Seyla Benhabib, *Kosmopolitismus und Demokratie. Eine Debatte*, Frankfurt am Main 2008, S. 33 ff.

⁴⁸ Zur Verbindung kosmopolitischen Denkens mit dem Völkerstrafrecht, hier u.a. auf den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Gründung des Internationalen Strafgerichtshofs bezugnehmend, siehe Neyer, S. 138.

⁴⁹ Siehe zu den Regelungs-Kreisen Demko, in: Demko/Brudermüller/Seelmann, Menschenrechte, S. 101 ff.

⁵⁰ Mit weiteren Nachweisen siehe Demko, in: Demko/Brudermüller/Seelmann, Menschenrechte, S. 96.

⁵¹ Zu Definitionselementen der Globalisierung und des Globalisierungsprozesses mit seiner u.a. „räumliche(n) Neuordnung sozialer Interaktionen als zentrale Folge dieses Prozessbündels“ (S. 11) siehe näher Kai Schwerdt, *Demokratie und Globalisierung. Zur Zukunft der territorial verfassten Demokratie in einer globalisierten Welt*, Marburg 2003, S. 9 ff.; Reichardt, Globalisierung, S. 11 ff. mit Hinweis etwa auf mit der Globalisierung verbundene Veränderungen in Bezug auf „die Bedeutung und Funktion von Grenzen und auch das Verhältnis von Raum und Zeit“ (S. 12).

gerade diese Frage nach der Rolle staatlicher und/oder überstaatlicher Institutionen, die unter anderem in Anknüpfung an das von Kant in seinem *Ewigen Frieden* entwickelte Modell einer universellen Institutionalisierung einer kosmopolitischen Weltordnung zur Ausformung einer Vielzahl an Lösungsvorschlägen führte, die mit Blick auf eine solche an die heutige Zeit angepasste kosmopolitische Weltordnung entweder die Bedeutung mehr der *staatlichen* Ebene oder mehr der *Weltebene* oder mehr der *Verknüpfungen* von staatlichen und überstaatlichen Ebenen betonen. Das kosmopolitische Denken im *Ewigen Frieden* auf ein Rechtsprinzip, ein Weltbürgerrecht beziehend,⁵² setzt Kant dem anarchischen Zustand der Staaten im Naturzustand ein alle Völker der Erde einbeziehendes universalistisches Recht entgegen, ohne sich aber für einen vereinheitlichenden Weltstaat auszusprechen⁵³ und vielmehr wegen der kausalen Interdependenzen zwischen den Staaten und aufgrund dessen, dass die „Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an allen gefühlt wird“⁵⁴ betonend, dass ein Zusammenschluss der Staaten zu einer weltumfassenden Föderation, einem Völkerbund auf vertraglicher Basis, ein Gebot der Vernunft sei.⁵⁵ In gegenwärtig diskutierten Modellen einer kosmopolitischen Ordnung im Sinne eines sog. starken, moderaten und schwachen Kosmopolitismus wird – in einem Gegenüber und „Gegensatz zwischen dem staatlich homogenen Weltreich der (Hyper-)Globalisten auf der einen und dem globalen Ultraminimalstaat auf der anderen Seite“⁵⁶ – die zentrale Rolle der überstaatlichen Institutionen und/oder der Staaten unterschiedlich betont.⁵⁷

⁵² Dazu auch Eberl, Demokratie und Frieden, S. 148, dort auch zu unterschiedlichen Interpretationen von Kant, S. 149 f.

⁵³ Dazu näher sowie zu verschiedenen Interpretationen von Kants Friedensschrift siehe Ingeborg Maus, *Menschenrechte, Demokratie und Frieden. Perspektiven globaler Organisation*, Berlin 2015, S. 62 ff.

⁵⁴ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795), Werke, hg. von Wilhelm Weischedel, Bd. XI, Nachdruck Frankfurt a.M. 2011, S. 216.

⁵⁵ Dazu Kant, Zum ewigen Frieden, S. 211; Neyer, Globale Demokratie, S. 138; Jean-Christophe Merle, „Menschenrechte und Weltstaatlichkeit“, in: Arnd Pollmann/Georg Lohmann (Hg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart, 2012, S. 371 f.; Lorenz Engi, *Politik und das Nichtpolitische. Die Demokratie im Globalisierungszeitalter*, Zürich 2012, S. 72 ff.; siehe zudem Otfried Höffe, „Völkerbund oder Weltrepublik?“, in: Otfried Höffe (Hg.), *Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden*, Berlin, 2011, S. 77 ff.; Reinhard Brandt, „Vom Weltbürgerrecht“, in: Otfried Höffe (Hg.), *Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden*, Berlin, 2011, S. 95 ff.

⁵⁶ Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 98, siehe dort auch die weiterführenden Darstellungen auf den S. 97 ff.

⁵⁷ Zu den verschiedenen sog. starken, schwachen und moderaten Varianten des Kosmopolitismus siehe näher Neyer, Globale Demokratie, S. 138 ff.; zum Begriff der Weltstaatlichkeit und zu damit verbundenen Aspekten näher Merle, in: Pollmann/Lohmann, Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, S. 369 ff.; zu etatistischen Modellen einer internationalen Staatenordnung einerseits und globalistischen Modellen einer internationalen Ordnung – und hier zu individuenbezogenen, institutionellen und staatlichen globalistischen Modellen – andererseits siehe Horn, Politische Philosophie, S. 154 ff.; siehe zudem mit Blick auf Gerechtigkeit

In Modellen des sog. schwachen Kosmopolitismus, denen etwa die von Rawls, von Alasdair MacIntyre und von Thomas Nagel zugeordnet werden, kommt die entscheidende Bedeutung für eine kosmopolitische Ordnung den Staaten zu, u.a. unter Verweis auf moralisch gute Gründe für eine Unterscheidung und Ungleichbehandlung von Gemeinschaften, denen sich Menschen mehr oder weniger nah verbunden und verantwortlich-verpflichtet fühlen.⁵⁸ Das Gegenüber zu diesen staatsfokussierten Modellen sind solche des sog. starken Kosmopolitismus, etwa vertreten von David Held, welcher für eine kosmopolitische Ordnung der Weltebene die zentrale Rolle zuspricht und sich – unter Verwirklichung verschiedener kurz- und langfristiger kosmopolitischer Ziele zur Stärkung einer globalen Legislative, Exekutive und Judikative – für eine Weltstaatlichkeit unter Einschränkung nationaler und regionaler Besonderheiten ausspricht.⁵⁹

Im sog. moderaten Kosmopolitismus geht es nicht um eine zu einseitige, gar verabsolutierende Hervorhebung entweder der Staaten oder der Weltebene, sondern die verschiedenen nationalen, regionalen und globalen Ebenen werden in ihrer wichtigen *Verknüpfung* für eine kosmopolitische Ordnung anerkannt.⁶⁰ Im Modell von Otfried Höffe von der subsidiären und föderalen Weltrepublik,⁶¹ das sich zwischen dem starken und moderaten Kosmopolitismus einordnen lässt, spricht sich Höffe nicht für einen homogenen, staatennegierenden Weltstaat aus,⁶² sondern für eine auf dem *Föderalismus* und der *Subsidiarität* beruhende Weltrepublik, deren Verwirklichung sich als gerechtigkeitsgebotenes

keitskonzeptionen die Zuordnungen zum „Partikularismus“, zum „Kosmopolitismus“ und zur „Weltpolitik und Kritischen Theorie“ in: Christoph Broszies/Henning Hahn (Hg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Berlin 2010, S. 53 ff., 173 ff., 371 ff.

⁵⁸ Siehe dazu mit weiteren Hinweisen Neyer, Globale Demokratie, S. 148 ff.; zu Rawls siehe Merle, in: Pollmann/Lohmann, Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, S. 372 f.; Engi, Politik, S. 83 ff.; mit Bezug auf Gerechtigkeitskonzeptionen siehe die Zuordnung von u.a. Rawls und Thomas Nagel zum *Partikularismus* bei Christoph Broszies/Henning Hahn (Hg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Berlin 2010, S. 42 ff., 53 ff. sowie hier die Beiträge von John Rawls, „Das Völkerrecht“, S. 55 ff. sowie von Thomas Nagel, „Das Problem globaler Gerechtigkeit“, S. 104 ff.

⁵⁹ Siehe im Einzelnen David Held, *Soziale Demokratie im globalen Zeitalter*, Frankfurt am Main 2007 und hier u.a. die S. 150 ff., 163 ff., 175 ff., 247 ff.; Held, *Kosmopolitanismus – Ideal und Wirklichkeit*, Freiburg/München 2013, S. 93 ff.; Neyer, Globale Demokratie, S. 138 ff.; Eberl, Demokratie und Frieden, S. 155 ff.; Chantal Mouffe, *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*, Frankfurt am Main 2007, S. 126 ff. zu den Vorschlägen von Daniele Archibugi und David Held.

⁶⁰ Zum sog. moderaten Kosmopolitismus siehe näher Neyer, Globale Demokratie, S. 142 ff.

⁶¹ Siehe dazu im Einzelnen Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, S. 296 ff., 335 ff.; Höffe, „Vision Weltrepublik. Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung“, in: Winfried Brugger u.a. (Hg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, S. 384 ff.

⁶² Dazu etwa Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 99.

„politisches Ideal“⁶³ und als „realistische Vision“⁶⁴ erweist.⁶⁵ Betont wird eine föderale im Sinne einer ergänzenden Weltrepublik mit einem demokratischen Aufbau von unten, basierend auf den Bürgern, Einzelstaaten und Kontinentalstaaten, zu denen die Weltrepublik nur ergänzend hinzutritt. Zudem hebt Höffe für sein Weltrepublikmodell die große Bedeutung des Subsidiaritätsgrundsatzes mit dem Vorrang der Dezentralisierung und der Einzelstaaten als Primärstaaten hervor und betont mit der damit einhergehenden nur helfenden Funktion der Weltrepublik, dass sich die Weltrepublik dort zurückzuhalten habe, wo bereits wirksame Regelungen, etwa zum Schutz der Menschen- und Bürgerrechte, auf der vorrangigen einzelstaatlichen und kontinentalstaatlichen Ebene getroffen sind.⁶⁶ Habermas hingegen formt in „*begriffliche(r)* Alternative zu einer Weltrepublik“⁶⁷ das dem sog. moderaten Kosmopolitismus zuzuordnende Modell einer politisch verfassten Weltgesellschaft und entwickelt ein globales gestaffeltes Mehrebenensystem, dem „im Ganzen der staatliche Charakter [...] fehlt“⁶⁸: In diesem Mehrebenensystem, bestehend aus „*drei Arenen mit drei Sorten von kollektiven Akteuren*“⁶⁹ spricht Habermas dem Zusammenwirken der obersten su-

⁶³ Ebd., S. 111.

⁶⁴ Ebd., S. 111.

⁶⁵ Siehe dazu etwa Höffe, „Vision Weltrepublik. Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung“, in: Winfried Brugger u.a., Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, S. 388, 395; Höffe, Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, Weltbürger, S. 166; Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 97: „[...] es bedarf einer Weltrechtsordnung mit einer gewissen Weltstaatlichkeit, also einer Weltrepublik [...]“ (Hervorhebung Demko); Neyer, Globale Demokratie, S. 217 ff.; Eberl, Demokratie und Frieden, S. 166 ff.; zu einem Vergleich zwischen Höffe und Rawls siehe Rainer Forst, „Konstruktionen transnationaler Gerechtigkeit. John Rawls‘ *The Law of Peoples* und Otfried Höffes *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* im Vergleich“, in: Stefan Gosepath/Jean-Christophe Merle, *Weltrepublik. Globalisierung und Demokratie*, München 2002, S. 181 ff.

⁶⁶ Siehe etwa Höffe, Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, Weltbürger, S. 166, 169 zum nur helfenden und ergänzenden Rang der Weltrepublik; Merle, in: Pollmann/Lohmann, Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, S. 374 mit Ausführungen u.a. zum Verständnis des Subsidiaritätsprinzips.

⁶⁷ Jürgen Habermas, „Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?“, in: Jürgen Habermas, *Der gespaltene Westen*, Frankfurt am Main 2004, S. 135 (Hervorhebung im Original).

⁶⁸ Habermas, „Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?“, in: Habermas, *Der gespaltene Westen*, S. 134 (Hervorhebung im Original); siehe zudem Jürgen Habermas, „Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft“, in: Winfried Brugger u.a. (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2008, S. 367 ff.; Maus, Menschenrechte, S. 108 ff.: „das Projekt eines kompakten Weltstaats ganz verabschiedet“ (S. 108); Merle, in: Pollmann/Lohmann, Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, S. 373 f.: Verneinung des staatlichen Charakters der Weltorganisation als Nicht-selber-Bestimmen-Können durch die Weltorganisation über ihre politischen Aufgaben im Sinne einer ihr fehlenden Kompetenz-Kompetenz (S. 374).

⁶⁹ Jürgen Habermas, „Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?“, in: Jürgen Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main 2005, S. 334 (Hervorhebung im Original).

pranationalen Weltebene, den transnational-regionalen Ebenen und den staatlichen Ebenen sowie dem Zuweisen bestimmter spezifizierter Funktionsbereiche⁷⁰ zu der jeweils zuständigen Ebene – etwa der Friedenssicherung und der globalen Durchsetzung der Menschenrechte zu der supranationalen Ebene einer reformierten Weltorganisation⁷¹ – ein großes Gewicht zu.⁷²

Knüpft man an die notwendig *integrierende* Einbeziehung des Gemeinsamen und Besonderen unter primärer Anbindung an das Menschsein und Teil-Sein der Menschheitsgemeinschaft an, so erweist sich für die Ausgestaltung einer kosmopolitischen Ordnung, und zwar gerade im Zuge der mit der Globalisierung einhergehenden weltweiten Vernetzungen menschlichen Zusammenlebens, ein *Rückzug* auf ein sich auf *partikulare* Eigenheiten *einschränkendes*, mit der Gefahr von Grenzziehungen und Abschottungen einhergehendes Betrachten des menschlichen Zusammenlebens als nicht geeignet. Vielmehr erweist sich nur ein sich der *Menschheitsgemeinschaft* öffnender Blick, welcher diese Menschheitsgemeinschaft in ihrer weltweiten Gesamtheit *und zugleich* in ihren hinzukommenden partikularen Einteilungen und damit einhergehend in ihren Gemeinsamkeiten *und* Unterschieden erfasst, als geeignet, als Ausgangs- und Bezugspunkt kosmopolitischen Denkens in einer sich globalisierenden Welt fungieren zu können. Die heute bestehenden weltweiten Vernetzungen menschlichen Zusammenlebens unterschiedlichster Art – etwa in Bezug auf Fragen von Wirtschaft, Politik (etwa zu Fragen des Umgangs mit Flüchtlingen), Reisen, Umwelt, Klima, Ernährung, grenzüberschreitender Kriminalität, Krieg, Völkermord und anderen Völkerstraftaten sowie in Bezug auf das diese und weitere Bereiche regelnde Recht⁷³ – lassen sich nicht mit einem partikular-verengten Blick, sondern nur mit einem hier anzulegenden *menschheits- und weltoffenen* Blick erfassen.⁷⁴ Dabei bedeutet diese primär zu wählende Anbindung an die

⁷⁰ Siehe etwa Habermas, „Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?“, in: Habermas, Der gespaltene Westen, S. 134: „genau spezifizierten Funktionen [...].“

⁷¹ Dazu Habermas, „Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?“, in: Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion, S. 346; Habermas, „Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?“, in: Habermas, Der gespaltene Westen, S. 134.

⁷² Siehe dazu im Einzelnen Habermas, „Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft“, in: Brugger u.a., Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, S. 360 ff.; Neyer, Globale Demokratie, S. 142 ff.; Engi, Politik, S. 87 ff.; Eberl, Demokratie und Frieden, S. 175 ff.; Maus, Menschenrechte, S. 108; Merle, in: Pollmann/Lohmann, Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, S. 373 f.; Lohmann, in: Reder/Cojocaru, Zukunft der Demokratie. Ende einer Illusion oder Aufbruch zu neuen Formen?, S. 70 ff.

⁷³ Siehe auch Neyer, Globale Demokratie, S. 23.

⁷⁴ Siehe auch Neyer, Globale Demokratie, S. 26: „Überwindung der nationalstaatlichen Fokussiertheit“; Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 98 f.: „globaler Handlungsbedarf, den die Einzelstaaten allein nicht decken können“ (S. 98).

Menschheits- und Weltebene nicht globale Uniformität unter Vernachlässigung und Auslöschung partikularer Besonderheiten, sondern diese Anbindung an die *Menschheits-* und Weltebene hat sich vielmehr gerade als ein Blick aus der und auf die Menschheits- und Weltperspektive *unter Einschluss* auch der Vielzahl an *partikularen Besonderheiten* auszuprägen und hat hierbei zudem für den jeweils zu regelnden Bereich des menschlichen Zusammenlebens das Verhältnis des Vorrangs, Nachrangs und Gleichgewichts zwischen unterschiedlichen partikularen (etwa nationalen und regionalen) und globalen Interessen zu bestimmen. Bei der Frage, was für rechtlich-politische Strukturen und Institutionen es zur Verwirklichung eines solchen Blickes bedarf, kann weder eine einseitige institutionelle Anbindung an die globale Ebene – etwa in Form eines homogenen Weltstaates, welcher im Sinne eines „(hyper-)globale(n) Weltstaat(s)“⁷⁵ bzw. „Weltzentralstaat(s)“⁷⁶ die Einzelstaaten und regionalen Zwischenstufen „in sich aufsaugt“⁷⁷ und auflöst – noch eine alleinige Anbindung an die nationale Ebene in Form staatlicher Institutionen ausreichend sein. Vielmehr benötigt es eine sich auf *mehreren Ebenen* nationaler, regionaler und globaler Art ausformende und diese *eng miteinander verknüpfende*, und zwar *funktional miteinander verknüpfende* institutionelle Anbindung, welche sicherzustellen hat, dass – im Felde politischer Kräfte mit ihrem Streben einmal mehr in die globale und das andere Mal mehr in die partikulare Richtung – nicht entweder nur einseitig eine globale Sicht unter Vernachlässigung des partikular Besonderen oder nur einseitig eine partikulare Sicht unter Vernachlässigung des global Gemeinsamen eingenommen wird.⁷⁸

Gerade aus diesen Gründen sind es Strukturelemente der Modelle von Höffe und Habermas, an welche für eine hier zu entwickelnde kosmopolitisch-pluralistische Weltrepublik anzuknüpfen ist: Eine Weltrepublik, die sich zum Ersten als eine *kosmopolitisch verfasste* – den *universalistischen Menschheitsblick an den Anfang setzende* – ausprägt und die sich sodann zum Zweiten zur Verwirklichung dieses Menschheitsblicks – welcher Globales und Partikulares und das damit einhergehende Gemeinsame und Unterschiedliche in sich aufnimmt – *pluralistisch* ausgestaltet. In einem solchen auf mehreren und eng miteinander vernetzten Ebenen wirkenden rechtlich-politischen System einer kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik kommt den, wie es schon die historischen Entwicklungen zeigen, sich als besonders handlungswirksam erwiesenen Staaten bereits aus politischen Klugheitsregeln zwar weiterhin eine wichtige Rolle

⁷⁵ Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 99.

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ Ebd.; siehe auch Lutz-Bachmann, in: Brunkhorst u.a., Recht auf Menschenrechte, S. 213.

⁷⁸ Siehe dazu auch Neyer, Globale Demokratie, S. 137; Coulmas, Weltbürger, S. 503: „[...] Souveränitätsverzichte und föderale(r) Lösungen, durch die gefährliche Machtzusammenballungen vermieden werden.“

zu.⁷⁹ Doch sind die Staaten zugleich – und zwar gerade im Zuge der sich mit der Globalisierung stellenden (oben beispielhaft genannten) zunehmenden Herausforderungen weltweit vernetzten menschlichen Zusammenlebens – durch hinzuzunehmende überstaatliche regionale und globale Institutionen zu ergänzen⁸⁰ und sind diese regionalen und globalen Ebenen zudem zukünftig in ihren Bedeutungen, Funktionen und Reichweiten zu stärken, sodass sich auf diese Weise ein gleichberechtigtes Neben- und Miteinander nationaler, regionaler und globaler Ebenen entwickelt. In einem solchen hier vorgeschlagenen komplexen *funktionalen Mehrebenensystem* einer kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik sind es die nationalen, regionalen und globalen institutionellen Anbindungen,⁸¹ die (zum Ersten) auf allen ihren Ebenen dem Erfordernis *demokratischer* Ausgestaltung unter Einschluss von mit der Globalisierung einhergehenden Veränderungen von einer (bisher traditionellen) territorial verfassten Demokratie der Nationalstaaten hin zu einer die nationalstaatlichen Grenzen überschreitenden kosmopolitischen Demokratie zu entsprechen haben,⁸² die (zum Zweiten) in ein *eng vernetztes funktionales Zusammenwirke-*

⁷⁹ Dazu auch Neyer, Globale Demokratie, S. 25; Daniel Thürer, „Citizenship“ und Demokratieprinzip: „Föderative“ Ausgestaltungen im innerstaatlichen, europäischen und globalen Rechtskreis, in: Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner (Hg.), *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main 2000, S. 178; Reder/Cojocaru, in: Reder/Cojocaru, Zukunft der Demokratie, S. 11 f.: demokratisch legitimierter souveräner Staat als „nach wie vor einer der zentralen Akteure im globalen Geschehen, aber er ist mehr und mehr eingebunden in ein komplexes Geflecht wechselseitiger Interaktionen und Verpflichtungen“ (S. 11).

⁸⁰ Siehe auch Neyer, Globale Demokratie, S. 24 f., 136 f. zur „Ergänzungsbedürftigkeit der nationalen Demokratie“ (S. 136) und zu dem Staat als bloß noch einer Teilgrösse innerhalb übergreifender „postdemokratischer Mehrebenensysteme“ (S. 25); zur Frage damit verbundener Einschränkungen der nationalstaatlichen Souveränität siehe etwa Schwerdt, S. 54 ff.; Dennis Bätge u.a., „Grenzen der Begründung und Realisierung einer Weltrepublik“, in: Sebastian Laukötter/Andreas Vieth (Hg.), *Otfried Höffe. Praktische Philosophie im Diskurs*, Heusenstamm nr. Frankfurt 2009, S. 139 ff.; Reichardt, S. 213.

⁸¹ Siehe dazu im Zusammenhang mit dem Modell kosmopolitischer Demokratie etwa Hans Vorländer, *Demokratie. Geschichte, Formen, Theorien*, München 2003, S. 122 f.: Institutionalisierung „(N)etzwerkartige(r) Entscheidungsstrukturen [...] in einer komplexen transnationalen Mehrebenenordnung“ (S. 122), „mehrstufiges Institutionensystem [...], das von der lokalen über die regionale, die nationalstaatliche bis zur supra- und transnationalen Ebene reicht“ (S. 123); Lutz-Bachmann, in: Brunkhorst u.a., Recht auf Menschenrechte, S. 213 ff.: Form der globalen Staatlichkeit als „Form von nach innen gestufter Souveränität [...], die es gestattet, eine Vielzahl von Zuständigkeits-, Kompetenz- und Politikebenen intern zu unterscheiden, neben- und übereinanderzuordnen“ (S. 215).

⁸² Zu den Ausformungen und neuen Herausforderungen „grenzüberschreitender Demokratie“ (S. 17) in einem Mehrebenensystem nationaler, regionaler und globaler Institutionen siehe auch Neyer, Globale Demokratie, S. 17, 136 f., 178 ff., 228 ff., 247 ff.; Hauke Brunkhorst, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt am Main 2002, S. 203: „Ohne Demokratie in, zwischen und jenseits der Staatenwelt gibt es keine globale Solidarität ...“ (Hervorhebung im Original); Maus, Menschenrechte, S. 135 ff., 178 ff.; Höffe, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, S. 99: „gewisses Maß an glo-

neinzustellen sind, und zwar (zum Dritten) unter Beachtung von *Föderalismus und Subsidiarität* – und hier von Vorrang-Nachrangregeln zum *primären und subsidiären Handeln* der jeweiligen Ebene – und unter Beachtung von *gegenseitiger Kontrolle, Unterstützung und Sicherung* zur Aufrechterhaltung des *Gleichgewichts* zwischen den verschiedenen Ebenen.⁸³ Anzulegen ist hierbei für die Zuständigkeits-, Reichweite- und Subsidiaritätsmomente ein *funktional ausgerichteter Ansatz*, welchem die Frage zugrunde zu legen ist, welche der nationalen, regionalen oder globalen Ebenen sich – und zwar immer *in Abhängigkeit von den jeweiligen bzw. bezogen auf die jeweils zu regelnden einzelnen Sachbereiche(n)/-aspekte(n)* und deren Verwirklichung – *als am besten geeignet erweist* und daher *vorrangig* zuständig ist, gefolgt von Fragen nach sich *wechselseitig absichernden Kontroll- und Unterstützungsmassnahmen* zwischen den verschiedenen Ebenen zur auch praktisch wirksamen Gewährleistung der Verwirklichung der zu regelnden Sachbereiche/-aspekte sowie dazu, welche der Ebenen die Verwirklichung der betreffenden Sachbereiche/-aspekte (sekundär bzw. nachrangig) *subsidiär* übernimmt für den eintretenden Fall, dass die *primär* zuständige Ebene deren Verwirklichung nicht erfüllen kann.⁸⁴

Die Entwicklung einer solchen kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik, die entgegen einseitigem (entweder nur globalem oder nur partikularem) Den-

baler Rechtsstaatlichkeit und globaler Demokratie“; zudem die näheren Ausführungen von Schwerdt, Demokratie und Globalisierung, S. 29 ff., 101 ff.; Vorländer, Demokratie, S. 119 ff. und hier u.a. auf den S. 121 ff. zu den drei im Zuge der Globalisierung diskutierten Demokratiemodellen: dem Modell des *globalen Regieren*, dem Modell *globaler Demokratie* und dem Modell *kosmopolitischer Demokratie*; Christoph Gusy, „Demokratiedefizite postnationaler Gemeinschaften unter Berücksichtigung der Europäischen Union“, in: Hauke Brunkhorst/ Matthias Kettner (Hg.), *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main 2000, S. 131 ff.; Thürer, in: Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner (Hg.), *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main 2000, S. 177 ff., 191 f.; Stefan Oeter, „Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer ‚Verfassung der Freiheit‘“, in: Hauke Brunkhorst/ Matthias Kettner (Hg.), *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main 2000, S. 213 ff. unter Bezug auf Kants *Ewigen Frieden*; Reichardt, Globalisierung, S. 213 f.; siehe zudem die Buchbeiträge in Michael Reder/Mara-Daria Cojocaru (Hg.), *Zukunft der Demokratie. Ende einer Illusion oder Aufbruch zu neuen Formen?*, Stuttgart 2014; Peter Niesen, „Demokratie jenseits der Einzelstaaten“, in: Andreas Niederberger/Philipp Schink (Hg.), *Globalisierung. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart 2011, S. 284 ff.

⁸³ Dazu auch die Ausführungen von Brunkhorst zu den Überlappungen und Vernetzungen nationaler, regionaler und globaler Ebenen sowie den „*zielbezogen(en)* und *final(en)*“ (S. 177, Hervorhebung im Original) Kompetenzprogrammierungen im Rahmen der Europäischen Union mit der Frage „*wer kann bestimmte Aufgaben* zur Herstellung des gemeinsamen Markts *jeweils besser erfüllen*, die Gemeinschaft oder ihre Staaten oder Regionen?“ (S. 177, Hervorhebung Demko), siehe im Einzelnen Brunkhorst, Solidarität, S. 175 ff.; Lutz-Bachmann, in: Brunkhorst u.a., Recht auf Menschenrechte, S. 213 ff.

⁸⁴ Siehe beispielsweise im Zusammenhang mit dem Völkerstrafrecht die Ausgestaltung des Komplementaritätsprinzips beim IStGH, vgl. dazu Ambos, Internationales Strafrecht, S. 360 ff.; Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen 2012, S. 116 f.

ken gerade dem *funktionalen Zusammenwirken* nationaler, regionaler und globaler institutioneller Verankerungen maßgebliches Gewicht einräumt, erweist sich für eine rechtlich-politisch gesicherte und den Menschenrechtsschutz einschließende *integrierende* Gewährleistung des die Menschen und menschlichen Gemeinschaften *einenden Gemeinsamen* und zugleich des sie *unterscheidenden Besonderen* als am besten geeignet.

Autorenverzeichnis

Professor David Abraham, Ph.D., M.A.

Professor of Law Emeritus at the University of Miami

Prof. Dr. Andreas Anter

Lehrstuhl für Politische Bildung an der Universität Erfurt

Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE)

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Universität Hannover

Prof. Dr. Jochen Bung

Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg

Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M. EUR.

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Universität Leipzig

Prof. Dr. Horst Dreier

Institut für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Würzburg

Prof. Dr. Andrea M. Esser

Lehrstuhl für Philosophie mit Schwerpunkt Praktische Philosophie an der Universität Jena

Prof. Dr. Helmut Goerlich

Mitglied des Vorstands des Instituts für Grundlagen des Rechts Emeritierter Professor an der Juristenfakultät der Universität Leipzig

Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge)

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Internationales Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre und Rechtsphilosophie an der Universität Heidelberg

Prof. Dr. Matthias Kaufmann

Professor für Ethik an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Jean-François Kervégan

Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne,
Institut Universitaire de France

PD Dr. Thomas Khurana

Lecturer in Philosophy an der University of Essex

Prof. Dr. Stephan Kirste

Fachbereich Sozial- und Wirtschaftswissenschaften an der RW Fakultät
Rechts- und Sozialphilosophie der Universität Salzburg

Dr. Oliver W. Lembcke

Vertretungsprofessur für das Politische System der BRD an der
Universität Jena

Prof. Dr. Rochus Leonhardt

Professur für Systematische Theologie unter besonderer Berücksichtigung
der Ethik an der Theologischen Fakultät der Universität Leipzig

Prof. Dr. Georg Lohmann

Professor (em.) an der Universität Magdeburg im Bereich
für Philosophie (PHI)

Prof. Dr. Wolfgang Schild

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsgeschichte und
Rechtsphilosophie an der Universität Bielefeld

PD Dr. Christian Schmidt

Vertretung der Professur für Praktische Philosophie an der Universität Leipzig

PD Dr. Thomas Schmidt-Lux

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kulturwissenschaften
der Universität Leipzig

Prof. Dr. Dr. h.c. Kurt Seelmann

Em. Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Basel

Prof. Dr. Hannes Siegrist

Professor (em.) am Institut für Kulturwissenschaften der Universität Leipzig

Prof. Dr. Pirmin Stekeler-Weithofer

Professor für Theoretische Philosophie an der Universität Leipzig

Trevor Wedman

Doktorand an der Professur für Theoretische Philosophie der Universität Leipzig

Dr. Marc André Wiegand

Regierungsdirektor beim Bundesministerium des Innern, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht

Prof. Dr. Benno Zabel, B.A.

Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Bonn

Dr. Sabrina Zucca-Soest

Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei der Professur für Politikwissenschaft, insbesondere für das politische System der Bundesrepublik Deutschland der Universität der Bundeswehr, Hamburg

Personenregister

- Abegg 183
Abensour 270
Abraham 95, 289, 290, 292, 294, 296, 298, 300, 302, 517
Adams, A. 164
Adams, J. 25
Adams, S. 26, 29
Adams, W. 23, 164, 205
Adorno 205
Agamben 96, 266, 267, 274
Alasdair 510
Albert 274, 337, 494, 502
Albrecht 202, 419, 434
Alemann 163
Alembert 56
Alexy 12, 459, 486, 488
Althusius 478
Anschiütz 54, 323, 407
Apel 498
Appiah 89, 504
Archibugi 510
Arendt 347, 352, 444, 470, 474, 475, 486, 487, 492
Aristoteles 1, 215, 240, 363, 364, 377, 473, 474, 491, 496, 497
Assmann 416
Aurel 498
Avineri 191, 201, 203
Bacon 320
Bader 161, 163, 164, 175, 180
Badiou 96
Badura 44, 49, 55
Bandelin 109
Barber 68
Barth 402
Bauer 245, 420
Beaud 72
Becchi 201, 202, 350, 450
Beck, S. 274, 325, 326, 328, 330, 332, 334, 336, 338, 340, 342, 517
Beck, U. 494, 502, 503, 505
Beitz 453, 471, 472
Bellamy 24, 357, 362
Benhabib 103, 300, 476, 489, 508
Benno 264, 266, 268, 270, 272, 274, 276, 278, 280, 282, 284, 312, 325, 519
Bentham 113, 137, 251
Berg 147
Berger 144, 152, 328
Bergés 201, 202
Bessette 266
Besson 469
Beyme 24, 174
Bichart 14
Bielefeldt 70, 329, 464, 477
Bielitz 409
Biezen 176
Billig 330, 335
Bingener 313
Bishof-Köhler 351
Blau 25, 29
Blumenberg 14, 178, 367
Blumenstiel 177
Blumenwitz 306
Bobbio 324
Böckenförde 13, 43, 67, 70, 266, 267, 300, 301, 323, 367, 368, 394, 465, 466, 471
Boldt 40, 46, 50, 51, 74, 77
Bonhoeffer 315
Börne 313
Boshammer 327, 329, 330, 332
Bossuet 305
Brandom 269, 275, 425
Brandt 509
Braun 206, 208, 213
Breckman 206
Breuer 71, 72, 73, 453

- Brodowski 279
 Brown 270
 Brugger 488, 506, 510, 511, 512
 Brunhäuser 22, 24, 43, 52, 266
 Brunkhorst 345, 465, 466, 469, 500, 507,
 513, 514, 515
 Bruno 409
 Buchanan 470
 Buck-Morss 204
 Bühfeldt 477
 Bukow 177, 328
 Bulygin 114
 Bung 128, 130, 131, 132, 134, 136, 138,
 140, 273, 517
 Burchill 490
 Burke 52, 172
 Carol 298
 Caspar 330
 Cavallero 487
 Cavell 432
 Celikates 391
 Cesa 192, 199, 202
 Chul-Han 151
 Churchill 414
 Cicero 473, 498
 Clotter 294
 Cohen, H. 113, 114, 116
 Cohen, J. 474
 Cohen, S. 293
 Coing 465
 Colliot-Thélène 73, 267, 270, 395
 Commichau 317, 323
 Constant 110, 111, 116, 268
 Coulmas 494, 513
 Critchley 34
 Crouter 403
 Dahl 165, 391
 Dahrendorf 251
 Daniel 296, 313, 319, 514
 Danwitz 57
 Demel 312
 Demko 350, 447, 448, 450, 454, 478, 486,
 494, 496, 498, 499, 500, 501, 502, 503,
 504, 506, 507, 508, 510, 511, 512, 514,
 515, 516, 517
 Demokrit 498
 Denney 352
 Denninger 130
 Detterbeck 162, 311
 Dewey 95, 100, 102, 103, 108, 109, 165,
 380
 Dicke 451
 Diderot 14, 56
 Didymus 498
 Donald 131, 176
 Drath 46, 50, 53
 Dreier 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46,
 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 67, 73,
 119, 266, 306, 307, 311, 317, 321, 323,
 334, 407, 409, 412, 418, 459, 466, 517
 Duff 278, 280
 Dülmen 283
 Duso 67, 72, 74, 76, 77
 Dussel 89, 90
 Dworkin 85, 490
 Easton 162
 Eberl 495, 509, 510, 511, 512
 Eckel 451, 453, 454
 Eckmann 336
 Enders 444, 466
 Engelbrekt 73
 Engels 205, 245, 387, 430
 Ense 207
 Enzmann 74
 Erikson 351
 Erlach 351
 Esser 95, 96, 98, 100, 102, 104, 106, 108,
 227, 275, 328, 517
 Fach 47, 50, 219, 304, 462
 Fehmel 352
 Feinberg 280, 281
 Ferrata 408
 Feuerbach 208, 283
 Fichte 16, 360
 Filmer 305, 320
 Fink 320
 Fischer 150, 282, 340
 Forst 303, 311, 419, 420, 511
 Foucault 137, 138, 139, 140, 265, 274, 283
 Fourier 225

- Fox 313
Fraenkel 39, 40, 43, 47, 51, 75, 205
Frank, M. 329
Frank, T. 477
Frankenberg 345
Fraser 300, 378
Frederick 30, 425, 426
Freedman 160
Friedrichs 258
Frisch 279
Fromm 351
Fulda 200

Gans 215
Gans, C. 94
Gans, E. 182, 197, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215
Gärditz 265, 266, 273, 281
Gawlick 496
Gehlen 159, 171
Geißler 328
Germann 326, 341
Gerndt 325
Gerry 23
Gethmann 185, 354
Geuss 97, 99, 268, 461
Gierke 478
Goerlich 304, 306, 307, 308, 310, 312, 314, 316, 318, 320, 322, 323, 324, 325, 517
Goldwin 266
Goodin 159, 160
Gosepath 345, 346, 465, 466, 467, 477, 488, 511
Götz 129, 130
Gouge 29, 30
Granach 314
Gräser 205
Grasnick 277
Grawert 38, 203, 347
Griesheim 197, 205, 480, 481
Grigoleit 55
Grimm 42, 55, 146, 257, 265
Groh 68, 72
Gröschner 306, 345, 445, 473, 474, 486
Großheim 69
Grotius 83, 320, 455
Grzeszick 57, 58, 60, 62, 64, 66, 267, 268, 517
Güllner 177
Günther 53, 132, 265, 267, 268, 270, 271, 272, 275, 276, 278, 280, 281, 283, 328, 467, 469

Häberle 48, 469
Habermas 5, 13, 15, 75, 85, 90, 94, 144, 168, 265, 266, 269, 279, 301, 302, 346, 347, 356, 362, 367, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 377, 379, 380, 415, 441, 458, 475, 476, 487, 492, 498, 511, 512, 513
Hachenberg 328
Haller 441, 469
Hamel 281
Hamilton 15, 20, 21, 22, 28, 164, 268
Hammond 28
Härle 398
Harrington 473
Hartmann 200, 202
Hayek 120, 251
Heckel 397, 413, 414
Hegel 4, 5, 72, 99, 100, 113, 115, 118, 119, 121, 122, 124, 125, 126, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 240, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 264, 273, 284, 360, 361, 368, 369, 371, 374, 375, 378, 380, 381, 389, 390, 391, 392, 394, 395, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 477, 479, 480, 481
Heimann 186, 205, 413
Heine 207
Heineccius 83
Heinig 322
Heins 294, 297
Heller 11, 12, 41, 50, 159
Henrich 193, 200, 201
Hermens 25
Herzberg 292, 312
Hesse 306, 312, 322
Heun 38, 45, 46, 49, 52, 306, 308, 309, 318, 334
Hilpold 330

- Hirsch 34, 92, 280
 Hobbes 7, 59, 133, 134, 167, 201, 229, 234,
 236, 237, 238, 240, 241, 245, 248, 320,
 321, 430, 495, 496, 497
 Höffe 441, 444, 494, 495, 497, 498, 501,
 502, 503, 504, 505, 506, 507, 509, 510,
 511, 512, 513, 514
 Hoffmann 190, 200
 Hofmann 37, 39, 42, 43, 46, 50, 52, 53, 55,
 68, 70, 72, 73, 467
 Höhne 176
 Holmes 119
 Hölscher 205
 Holton 23
 Holzhey 115
 Hölzing 320, 346
 Honneth 95, 99, 105, 109, 265, 269, 300,
 367, 374, 375, 377, 378, 379, 380, 384,
 433, 436
 Horn 271, 496, 497, 509
 Hörnle 132, 275, 277, 278, 280, 281, 283,
 325, 341, 440, 443
 Hösle 201, 202
 Hotho 185, 197, 204, 205, 207, 215, 480
 Höver 329
 Hruschka 82, 84
 Huber 306, 325, 334
 Hume 416, 499
 Huster 277, 324, 325
 Ilting 184, 193, 201, 203, 205, 480
 Imboden 57
 Imhof 328, 332
 Ingold 143
 Ipsen 55, 306
 Isensee 13, 38, 43, 49, 52, 55, 67, 266, 486
 Jabloner 312
 Jackson 24, 26, 28, 29, 32
 Jaeckel 307, 316
 Jaeschke 421
 Jahn 279
 Jakobs 265, 275, 276, 280, 283
 Jaspers 35, 70
 Jay 15, 20, 21, 164, 268
 Jefferson 24, 25
 Jellinek 11, 12, 69, 278, 306, 481, 489
 Joas 322, 452
 Joppke 298
 Jörke 496, 497, 498
 Judd 293
 Julius 183, 197, 205
 Jullien 500
 Kälin 327, 341
 Kant 4, 7, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 81, 82, 84,
 86, 93, 95, 99, 100, 104, 105, 106, 107,
 108, 135, 229, 231, 232, 236, 237, 244,
 268, 309, 314, 347, 350, 360, 395, 452,
 478, 479, 486, 487, 498, 499, 509
 Kastner 202
 Katz 162, 174, 175, 177
 Kaufmann 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 92,
 94, 276, 306, 517
 Kellerwessel 346
 Kelly 72, 73, 160, 205
 Kelsen 41, 44, 47, 48, 69, 76, 110, 111, 112,
 113, 114, 115, 116
 Kepplinger 328
 Kern 12, 41, 87, 88, 96, 136, 141, 160, 176,
 203, 213, 229, 240, 306, 354, 357, 370,
 374, 384, 444, 486, 491
 Kersten 55
 Kersting 82, 86
 Kervégan 73, 201, 367, 368, 370, 372, 374,
 376, 378, 380, 518
 Khurana 422, 424, 426, 428, 430, 432, 434,
 436, 518
 Kielmansegg 37, 38, 75
 Kimme 51
 Kimmerle 182
 King 27, 91, 296, 305
 Kinzler 136
 Kirchheimer 172, 173, 174
 Kirchof 333
 Kirste 350, 445, 463, 464, 466, 468, 469,
 470, 472, 473, 474, 476, 478, 480, 482,
 484, 486, 487, 488, 490, 492, 518
 Kischel 333
 Klein, E. 306, 455
 Klein, Hans 52, 54, 55, 327
 Klein, Herbert 83
 Klein, M. 329
 Kleinert 176
 Kleingeld 309, 495
 Kluth 327

- Kobusch 274
Kocka 257
Köhler, B. 494, 501, 502
Köhler, D. 494
Köhler, M. 271
Köhler, W. 469, 495
Koller 507
König 39, 199, 212, 237, 386
Koole 171
Korioth 409
Körner 415
Koselleck 35, 313, 321
Koslowski 202
Kostede 34
Kotzur 316
Koubi 86
Kowalewski 146
Kramer 111, 114
Kraus 191
Krauß 345
Krautberger 258
Krings 55
Krüper 50
Kuhn 151, 178
Kuntze 312
Kuttner 274
Kymlicka 298, 331, 332
- Lagodny 273
Landshut 72, 73, 75
Laski 31
Lefort 388, 389, 391, 395
Leibholz 40, 53, 68, 70, 71, 72, 73, 77
Lembcke 159, 160, 162, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 172, 174, 176, 178, 180, 445, 473, 486, 518
Leo XIII 408
Leonhardt 396, 398, 399, 400, 402, 404, 406, 407, 408, 410, 412, 414, 416, 418, 420, 518
Lepsius 49, 67, 69
Lessenich 352
Lhotta 175
Lienbacher 306, 314
Lincoln 95
Linden 75, 78
Link 305, 409
Linneweber-Lammerskitten 336
- Lipset 173
Locke 7, 59, 83, 136, 234, 242, 245, 251, 305, 414, 496, 497
Lohmann 445, 450, 451, 452, 453, 454, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 465, 467, 488, 507, 509, 510, 511, 512, 518
Lohmar 85
Lombroso 131
Lothar 267, 268
Lotter 275
Louis 60, 215, 317, 467
Lübbe 203, 215, 216
Lübbe-Wolff 203
Luckmann 144, 152
Lüdenbach 504
Lüderssen 275, 279, 280
Luf 360
Luhmann 136, 144, 155, 273, 368, 394
Luskey 29
Luther 91, 398, 399, 400, 401, 406, 409, 517
Lutz-Bachmann 465, 469, 500, 504, 513, 514, 515
- Machiavelli 320, 385
MacIntyre 89, 510
Maclure 316
Madison 15, 20, 21, 25, 164, 165, 166, 268
Maihold 274
Mair 162, 163, 171, 174, 175, 176, 177, 179
Maissen 252
Mandeville 237
Manin 21
Mansbridge 72
Martinsen 495, 501, 502
Marx 33, 34, 54, 205, 207, 240, 241, 242, 243, 245, 251, 387, 388, 392, 393, 430
Matthiessen 26
Maus 107, 266, 465, 475, 476, 509, 511, 512, 514
Mayer 175, 306
McAllister 179
McCormick 24
McGinn 131
McNeil 14
Meckenstock 402, 406
Mendelssohn 314
Merkel 275, 296

- Merle 264, 493, 509, 510, 511, 512
 Meyer, C. 398
 Meyer, H. 37, 67, 68
 Michalowski 298
 Michelet 182, 207, 215, 216, 217, 218, 219,
 220, 221, 222, 223, 224, 225
 Michelman 473, 477, 479, 486, 489, 493
 Michelmann 349
 Michels 74
 Michelsen 78
 Mill 251, 268, 470
 Miller 293, 425
 Mittelstraß 354, 358, 359
 Moldenhauer 185, 204, 480
 Molina 83
 Möllers 77, 266, 267, 268, 269, 270, 279,
 324
 Moog 215
 Morgenstern 171
 Morlok 43, 44, 46, 48, 50, 52, 54, 55, 77,
 267
 Morsink 451
 Morstein 54
 Morus 138
 Moser 182, 215
 Mouffe 73, 87, 161, 507, 510
 Mückl 311
 Muirhead 167, 168
 Müller, D. 259
 Müller, F. 312, 468, 469
 Müller, J.-W. 167
 Müller, O. 421
 Münch 143
 Munro 24
 Müntefering 177
- Nagel 414, 510
 Nancy 96, 168, 180, 300, 378
 Naucke 134
 Neckel 275
 Neuenfels 417
 Neuhauser 425, 426, 427, 430
 Neumann 72, 169, 276, 278, 469
 Newman 139
 Nexø 391
 Neyer 175, 501, 508, 509, 510, 511, 512,
 513, 514
- Niederberger 24, 95, 346, 495, 515
 Niedermayer 176, 177
 Niesen 515
 Niewerth 329
 Nolte 312
 Novelli 205
 Nowak 406
 Nowrot 319
 Nozick 27, 227, 251
 Nussbaum 497, 501, 502, 504
- Oakeshott 160, 161
 Olsen 169
 Onken 178
 Ottersbach 332
 Ottmann 200, 215
- Park 361
 Parzer 151
 Pauen 275
 Paulson 112, 113, 115
 Pawlik 132, 133, 265, 272, 278, 284
 Penßel 312
 Peperzak 191, 201, 202
 Peschel-Gutzeit 326
 Peters 455, 456, 457, 458, 462
 Petersen 192, 200, 201
 Pettit 95, 100, 101, 160, 267, 268, 320, 370,
 383, 384, 385, 387, 391, 393, 422
 Pfleiderer 397
 Pfordten 67, 68, 488
 Piaget 351
 Ping 240
 Pinzani 267
 Pitkin 71, 72, 77, 78
 Platon 1, 208, 236, 237, 238, 241, 376, 496
 Plessner 70
 Pocock 320, 473
 Pogge 495, 504
 Poguntke 163, 176
 Pollmann 451, 452, 453, 507, 509, 510, 511,
 512
 Prittewitz 275, 281
 Pufendorf 83, 85, 86
 Putzke 292, 326
- Quante 190, 201, 207, 274

- Rabus 53
Radbruch 94
Rader 29
Raftter 131
Rainau 490
Rancière 96, 97
Randolph 23
Rasch 277
Ratzinger 301, 302
Rauschning 306
Rautz 328
Rawls 89, 94, 96, 101, 160, 168, 229, 301,
 375, 377, 441, 470, 471, 472, 510, 511
Reckwitz 150
Reder 458, 507, 512, 514, 515
Rehfeld 71
Reichardt 495, 500, 507, 508, 514, 515
Reichel 311
Reicher 151
Reimann 352
Reinach 113
Reinhard 35, 70, 146, 206, 275, 296, 313,
 321, 323, 509
Reybrouck 192
Riedel 192, 206, 208
Rieker 410
Robbers 306, 334
Robinson 30
Rodgers 296
Rogalla 325, 341
Rokkan 173
Roosevelt 124
Rorty 443
Rosa 382, 392
Rosanallon 266
Rose, M. 402
Rose, Richard 179
Rose, Romani 341
Rosenblum 167, 168, 170, 180
Rosenzweig 192
Rössler 345, 346
Rostalski 313
Roth 276
Rothbard 28
Rotteck 32, 33, 51, 52, 54
Rottenburg 88
Rousseau 4, 13, 14, 16, 19, 63, 69, 106, 110,
 111, 113, 116, 117, 122, 126, 134, 135, 136,
 140, 234, 236, 246, 345, 347, 352, 434,
 473, 474, 476, 478, 479, 499
Rox 312
Roxin 130, 132, 140, 274, 276
Ruda 430
Rühl 55
Rupprecht 294
Rüsch 332
Russell 168
Sandel 347, 352
Sandkühler 473
Sartori 179, 180, 241
Savigny 113, 121, 207
Saward 71
Schaber 459
Schachtschneider 419
Schäfer 181
Scharpf 180
Schattschneider 160
Scheliha 398, 399, 402
Scheuner 42, 47
Schewe-Gerigk 294
Schilbach 197
Schild 182, 184, 186, 188, 190, 192, 194, 196,
 198, 200, 202, 204, 206, 208, 210, 212,
 214, 216, 218, 220, 222, 224, 274, 276, 518
Schink 24, 495, 515
Schlaich 397
Schlegel 17, 18, 19
Schleiermacher 402, 403, 404, 405, 406, 407
Schliesky 38, 43, 44, 46, 50, 51, 52, 54, 55
Schmidhäuser 278
Schmidt, C. 382, 384, 386, 388, 390, 392,
 394, 518
Schmidt, M. 45, 327
Schmidt, Thomas 89
Schmidt, Thorsten 55
Schmidt-Aßmann 38
Schmidt-Lux 142, 144, 146, 148, 150, 152,
 154, 518
Schmitt, C. 40, 41, 43, 45, 62, 69, 70, 71, 72,
 73, 74, 113, 114, 116, 136, 367, 408, 464,
 465

- Schmitt, E. 13
 Schmoeckel 265, 274
 Schnädelbach 191, 200, 202, 203
 Schönberger 45
 Schopenhauer 264
 Schrooten 316
 Schulz 319
 Schumpeter 45, 46
 Schünemann 274
 Schwemmer 358
 Searle 118, 122
 Seel 327, 336, 338, 384, 478
 Seelmann 350, 439, 440, 442, 444, 446, 447, 448, 450, 454, 486, 499, 501, 507, 508, 518
 Seitz 325
 Sheplyakova 273
 Shirvani 54
 Siegrist 252, 253, 254, 256, 258, 259, 260, 262, 518
 Siep 190, 200, 361, 451
 Sigusch 328
 Silverman 294
 Simmel 168
 Sintomer 192
 Skinner 268, 384, 391, 422
 Slenczka 399
 Sloterdijk 166, 237
 Smend 70, 71
 Smith 28, 299
 Somek 507
 Somlo 113, 114
 Spinoza 4, 116, 117, 123, 234, 320, 386, 387, 388, 390, 391
 Stadelbauer 328
 Stammer 171
 Starck 334
 Steffani 163
 Steger 85
 Stegmann 398
 Stein 173, 250, 412, 417
 Steinbach 325, 341
 Steinberg 49
 Stekeler-Weithofer 226, 228, 230, 232, 234, 236, 238, 240, 242, 244, 246, 248, 250, 519
 Stepanians 444
 Stern 318
 Sternberger 24
 Stokes 176
 Stöss 166, 169, 176
 Strawson 280, 281
 Streeck 166
 Strenger 419
 Stuckenbergs 273
 Stutz 408
 Sutter 327, 337, 338, 339, 341
 Tajfel 330, 335
 Taylor 202, 203, 316, 347, 369, 498
 Thaa 78, 352
 Thiel 268, 319, 344, 346, 352, 353, 357
 Thoma 41, 45, 48, 407
 Thomasius 87
 Thürer 514, 515
 Tiffany 25
 Tocqueville 26, 31, 32, 123, 205
 Toggenburg 328
 Tomasello 351
 Tomlins 30
 Tönnies 226, 321
 Varnhagen 207
 Vesting 150, 151, 278
 Vieweg 186, 200, 201, 202, 203, 204, 205
 Vinx 112, 114
 Virola 267, 268
 Vismann 493
 Vitoria 455
 Volker 72, 294, 327, 333, 361, 486
 Volkmann 46, 48, 54, 76, 77, 412
 Vollrath 70
 Vos 200
 Wagner 331
 Waldron 331, 332
 Walser 293
 Walter, F. 78
 Walter, H. 275
 Walter, T. 326
 Walwyn 311
 Walzer 298, 299, 376
 Washington 266, 298
 Waszek 207, 216

- Weber, M. 45, 62, 73, 74, 142, 143, 144, 145, 146, 162, 165, 172, 178, 205, 226, 289, 300, 302, 351, 354
Weber, Q. 43
Weber, W. 62
Wedman 110, 112, 114, 116, 118, 120, 122, 124, 126, 519
Weibel 415
Weinmann 252
Weisser-Lohmann 202
Werle 515
Whitman 26, 27, 31
Wiegand, E. 177
Wiegand, M. 11, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34, 36, 266, 267, 268, 519
Wiesendahl 162, 171, 177
Wiethölter 265, 273
Wilfert 266, 273
Willi 335
Williams, B. 275
Williams, R. 311
Winkler 408
Wittgenstein 275, 432
Wittmann 67
Wittreck 305, 312
Wolf, F. 320
Wolf, J.-C. 278
Wolff 201, 465
Zachariae 274
Zakin 26
Zschoch 399
Zucca-Soest 344, 346, 348, 350, 352, 354, 356, 358, 360, 362, 364, 519
Zürcher 280, 302

Sachregister

- Abgeordnete 51–54
Abgeordnetenhaus 224, 225
Absolutismus 2, 59
Abstimmungen 1, 7, 12, 38, 44, 55, 267
Abwahl 1, 2, 228
Abwehrrecht 350, 487
Afrika 261
Allerweltpartei 174
Allgemeinwohl 94, 106, 251, 254, 259, 384
Amerika 31, 204 f., 224, 403
Amtsträger 2, 63, 141, 355, 401
Amtswürden 450 ff.
Amtszeit 26
Anarchismus 27, 94, 227
Andersgläubige 396
Anerkennungsprozess 362
Anerkennungstheorien 446
Anerkennungsverhältnisse 362 f.
Anerkennungswürdigkeit 90, 249
Anordnungsmacht 234, 237
Anthropologie 443, 495 ff.
Antike 16, 39, 68, 216, 240, 248, 254, 346,
 354, 490
Arabisch 472
Arbeit 29 ff., 128, 154, 168, 215 f., 227 ff.,
 242, 306, 430
Arbeitgeber 243, 387
Arbeitnehmer 243, 256
Arbeitsleistung 245
Arbeitsteilung 1, 231, 240 ff.
Aristokratie 2, 19, 30 ff., 197, 212, 243,
 246 ff., 305, 390
Armee 238
Armut 93, 471
Aufklärung 56, 101, 107, 168, 241, 255,
 322, 406, 439
Ausbildung 77, 108, 205, 315, 334, 411, 473
Autarkie 230, 233, 239
Autokratie 485
Autonomie 4, 13, 50, 79, 95–109, 230 ff.,
 245 ff., 255, 261 ff., 274, 308, 338–359,
 363, 372, 378 f., 384, 405, 423, 450, 468,
 470, 477–492
Autorität 13, 40, 166, 169, 206, 234, 388
Bauernklasse 261
Beamte 189, 215, 247
Bedürfnis 187, 204, 376, 387
Befreiung 89, 162, 480, 488
Befreiungskrieg 406
Befriedung 414, 415
Begnadigungsrecht 209, 211, 215
Begriffsanalyse 274, 278
Begriffsbestimmung 330, 345
Begriffsgeschichte 39, 68, 354
Behörde 198
Benachteiligung 101, 339
Berechtigung 14, 91 f., 160, 163, 403
Beruf 121, 162
Besitz 230, 242–261, 372, 386, 454, 472
Besteuerung 314, 384
Bestrafung 146–150, 281
Betrug 29
Bevormundung 221, 404
Bevorzugung 334
Bewachung 189
Bildungselite 330
Bildungssystem 328
Bildungswesen 310 ff., 328
Bioethik 85
Bourgeois 200, 243, 474, 480
Briefwahl 319
Britisch 146, 422
Buddhismus 416
Bundesrepublik 4, 38, 49, 52, 55, 67, 163,
 169, 261, 306, 322, 407, 544
Bundesstaat 26, 217, 223, 306, 318
Bundestag 52 ff., 292, 297 ff.

- Bundesverfassung 21 ff., 61
 Bundesverfassungsgericht 47, 49, 52, 63, 308, 544
 Bürgergesellschaft 252, 257
 Bürgerkrieg 89, 311
 Bürgerrechte 61, 247, 317, 490, 511
 Bürgerschaft 75, 189, 248, 254, 355, 385 f.
 Bürgertum 2, 207, 257
- Charta 317, 335, 444, 450, 463
 China 243, 261 f., 451
 Christen 294, 399
 Christentum 33, 207, 247, 314, 402, 415
 Christus 72, 417
 Citoyen 86, 227, 234, 474, 480
 Civil 28, 124, 294, 297, 298 f., 320, 427–431
 Commitment 7
 Community 143, 278, 313, 417, 474
 Constitution 20, 24, 114, 123, 266, 291, 294, 296, 305
 Court 119, 291, 294, 297, 299, 303, 473, 477, 486
 Crime 137, 139
 Crisis 164, 175, 206
 Critical 112, 161, 164, 168, 180
- Defense 111, 114, 167, 295
 Dekonstruktion 345, 348
 Delegation 135
 Delegitimierung 144
 Demokratiebegriff 12, 24, 31 ff., 69, 109
 Demokratiekritik 35, 234
 Demokratieprinzip 15, 138, 281, 327, 468
 Demokratietheorie 40, 45, 107, 161, 172, 241
 Demokratieverständnis 96–108, 171
 Demokratisierung 59, 62, 137–140, 171, 258, 385, 462, 469
 Demonstration 133
 Despotismus 15, 215, 479
 Dezentralisierung 511
 Diebstahl 246, 271, 272, 384
 Diffamierung 40
 Diktatur 2, 42, 68, 451
 Diskriminierung 92, 333 f., 339 ff.
 Diskursethik 85, 371, 498
 Diskursprinzip 476, 492
 Diskurstheorie 348, 349, 370, 464, 477
- Dynastie 189, 305
 Education 425
 Ehe 84, 305, 390
 Eigeninteresse 163, 178, 236 f., 347, 350, 362
 Eigennutz 170, 236, 362
 Eigentumsrecht 254, 256–262
 Einwilligung 291, 325, 341
 Elite 2, 23, 31, 106, 305
 Emanzipation 261, 313 ff., 328, 414
 England 28, 241, 305, 313, 320
 Enlightenment 277, 403
 Enteignung 257 ff.
 Entfremdung 136, 176, 382 f.
 Enzyklopädie 56, 183–186, 195, 198 f., 204, 228, 354, 358 f., 368, 421, 425, 480
 Epistemologie 376
 Erbe 35, 178, 224, 246 ff., 309, 407, 441
 Erbmonarchie 182–225
 Essentialismus 376
 Ethos 85, 167, 170, 178, 369, 379, 405
 Europa 1, 154, 161, 173, 176, 180, 211, 221, 224, 254, 306 ff., 318, 320, 328, 335, 341, 382, 413, 469
 Exekutive 59, 61–64, 134 f., 246, 510
 Existentialismus 69 f.
 Externalismus 131, 141
- Fanatismus 239
 Faschismus 5, 248
 Feind 41, 69
 Feudalismus 243, 249
 Finanzierung 23
 Finnland 262
 Föderalismus 504, 510
 Folter 274, 483
 Foundation 305
 Framework 179
 Frankreich 3, 11, 13 f., 56, 86, 187, 207, 249, 258, 262, 313
 Freiheitsbegriff 96–104, 347, 352 ff.
 Freiheitsgarantie 268, 310
 Freiheitskonzeption 268, 385, 473
 Freiheitsordnung 464, 491 f.
 Freiheitsrechte 20, 228, 309, 316, 418, 472 f.
 Freiheitsstrafe 279, 285
 Freiheitsverständnis 101 ff., 268

- Freistaat 34
Fremdbestimmung 486, 492
Freund 41, 69, 215
Frieden 15 ff., 89, 105, 135, 268, 320 f., 331, 401, 479, 494 f., 502 ff., 509 ff., 515
Fundament 50, 57, 346, 352 ff., 404, 468, 490 ff.
Fürst 184, 189–192, 203, 209–214, 219

Gebot 82, 340, 413, 484 ff., 509
Gegner 77, 154, 167, 199, 207, 320, 444
Gehorsam 87, 89 f., 106, 355, 399 f., 473 f.
Geist 24, 33, 50, 59 f., 125 f., 164, 186 f., 191, 194 f., 198–210, 214, 218, 222 ff., 234, 313, 317, 321, 347, 360, 375, 384, 398, 467
Geld 29, 227, 230, 356
Gemeinde 34, 254 f., 313 ff., 395, 480 f.
Gemeinwohl 19, 48, 51 ff., 75, 105 f., 237, 271, 306, 319, 345, 350, 356, 362 ff., 389, 392 ff., 484 f.
Gericht 49, 151, 206, 236, 277
Geschichtsphilosophie 15, 250, 452
Geschichtsschreibung 25
Geschichtswissenschaft 205
Geschlecht 259 f., 328, 390
Gesellschaftsmitglieder 33, 101, 284
Gesellschaftsordnung 31
Gesellschaftsschicht 26
Gesellschaftssystem 482
Gesellschaftsvertrag 13 f., 106, 134 ff., 352, 473 f., 479
Gesellschaftswissenschaft 5, 229
Gesetzbuch 121, 225
Gesetzgeber 13, 134 f., 325, 334, 439, 442
Gesetzgebung 16, 23, 44, 50, 60, 76, 82, 99, 107, 189, 203, 207, 218 ff., 223, 256, 267 ff., 273, 359, 443, 482, 490
Gesinnungsethik 250
Gewaltanwendung 149, 153
Gewaltenteilung 2, 21, 57–66, 135 f., 141, 200, 243, 307 ff., 317 f.
Gewaltmonopol 141, 145–155, 246, 269, 399
Gewissen 53, 55, 187 f., 191 d., 195, 203, 321
Gewohnheit 143
Glaube 142, 144, 146, 320, 368, 396, 411, 415
Glaubensfreiheit 410 ff.
Glaubengemeinschaft 410 f.
Gleichbehandlung 310, 329, 333 ff., 339–342, 490
Glück 192, 363 f., 474
Government 83, 113, 160, 163, 170, 179, 266, 299, 305, 383, 422, 473
Großbritannien 2, 178, 258, 262
Grundfreiheit 318, 384, 441, 469 f.
Grundgesetz 12, 37–58, 64, 267, 311, 327, 333 f., 342, 398, 409 ff., 439–443, 450 f.
Grundrecht 49, 153, 397, 413, 417
Güter 3, 83, 242, 256, 448, 490

Haltung 51, 144, 151, 161, 175, 194, 232, 240, 396, 401, 410 ff., 421, 505
Handel 204, 218, 247
Handlungsfähigkeit 53, 67, 76, 129, 180, 497
Handlungsform 134, 232, 237
Harmonie 136, 224 f., 421
Heer 145, 206, 220, 225
Hegemonie 92, 225
Heimat 492, 506
Herkunft 1, 89, 170, 256 f., 311, 315, 339
Herrschartsform 41, 44, 107, 269, 283, 466
Herrschaftsgewalt 40, 59
Hinduismus 416
Homogenität 41 f., 314 ff., 401, 420
Homosexualität 328
Humanismus 322, 445, 473
Humanität 35, 265

Idealismus 4, 73, 200 f., 269, 445
Idealtypus 172
Ideeengeschichte 3, 346, 494 f., 498, 501, 504
Identifikation 31, 506
Identität 38, 41, 43, 69 f., 171, 175, 182, 194 ff., 226, 231 ff., 261, 318, 328 ff., 332–341, 361, 373, 494 f.
Identitätsbildung 332, 335 ff., 341, 342
Ignoranz 416 f., 503
Illusion 161, 241, 268, 507, 510, 512, 515
Immigration 289, 291, 293, 295, 297, 299, 301, 303
Imperativ 84, 139, 231, 419
Independence 168, 170, 180

- Indien 305
- Individualität 102, 186–189, 197, 231, 343, 353, 362, 486
- Infrastruktur 244, 265, 384, 467
- Inhaber 254, 256, 263, 386, 446
- Inklusion 26, 76, 164 f., 170, 173, 392 f., 413
- Instanz 146, 152 f., 386, 484, 493
- Institution 40, 129, 137, 146, 190, 237, 246, 254, 266, 368, 386, 390, 394 f., 403 f.
- Institutionalisierung 46, 253, 257, 262, 354, 383, 395, 465, 479, 488 f., 509
- Instrumentalisierung 175, 332, 475 f., 477
- Integration 48, 70 f., 164, 167, 170, 173 ff., 298, 318, 332, 335, 338, 341, 347, 411–420
- International 13, 161, 164, 168, 180, 262, 298, 458, 463, 470, 490
- Internet 83, 149 ff.
- Interpretation 52, 90, 464, 477, 489 f.
- Intersubjektivität 201, 360, 362
- Intoleranz 415 ff.
- Intuitionismus 250, 499
- Islam 92, 248, 292 ff., 316, 410 ff., 416–421
- Italien 246, 249
- Judentum 206, 292, 313 ff., 402
- Judikative 59, 510
- Junghegelianer 207, 394
- Jurisprudenz 74, 136, 206
- Jurist 72, 369, 463
- Justice 94, 160, 229, 329, 470
- Kaiser 248, 314
- Kalifat 246
- Kapital 234, 242, 256, 262
- Kapitalismus 43, 45, 46, 228, 240, 243, 378
- Kapitalismuskritik 235
- Katholisch 300, 409
- Katholizismus 72, 409
- Kirche 72 f., 215, 221, 248, 322, 395 ff., 402–414
- Kirchengesellschaften 408 f.
- Kirchenpolitik 406
- Kirchenregiment 405 f.
- Kirchenverfassung 405, 410
- Koalition 179, 248
- Kognitivismus 499
- Kollektiv 15, 327 f., 331 f., 336 f., 346, 353, 363
- Kollektivsubjekt 353, 362
- Kolonie 23, 258
- Kommunitarismus 502
- Kompromiss 167 ff., 332
- Konfession 314, 407, 413 f.
- Konflikt 12, 28, 87, 145, 173, 180, 260, 274, 277–281, 311, 326, 339 ff., 388, 419, 439, 451
- Konfliktstrukturen 168, 173, 178
- König 39, 199, 212, 237, 386
- Konsens 42, 55, 83, 168 f., 241, 279, 349, 393
- Konstruktion 7, 17, 25, 60, 85 f., 144, 152, 259, 332, 343, 349, 356, 377, 502
- Kontingenz 170, 233
- Kontinuität 263, 307, 367
- Kontraktualismus 447
- Konvention 253, 318
- Kooperation 105, 229, 235 f., 237 f., 240, 249, 255, 263, 351, 387, 420
- Koordination 1, 159, 165, 200, 370
- Körperschaft 20–23, 38 f., 56, 134, 310, 315, 408
- Korporation 190, 208, 255, 368, 390, 410, 480
- Korruption 255
- Krieg 83, 416, 451, 494, 502 f., 505, 512
- Kriminalität 148, 284, 512
- Krise 67, 78, 151, 171, 175, 179, 259, 265, 270, 279, 319, 321
- Kultur 13, 207, 258, 270, 307, 313, 325–332, 341, 372 f., 379, 402, 417–420, 471, 498
- Kunst 169, 176, 185, 216, 218, 233, 244, 285, 325, 351, 418
- Laizismus 305, 309, 311, 316, 318
- Länder 6, 173, 262, 307, 318
- Landrecht 211, 407 ff.
- Lebensform 109, 241, 364, 377, 474
- Legal 111–115, 191, 293, 295
- Legislation 120
- Legislative 59–64, 134 f., 510

- Legitimation 1, 4, 6, 11, 15 f., 38 ff., 56, 62 ff., 95, 104, 138, 144, 149, 152 f., 161, 180, 273, 280, 320, 323, 334, 340, 372, 464 f., 475 ff., 484, 488 f., 493, 496–500
Legitimationsprinzip 62, 345, 350
Legitimationsprobleme 4, 43, 90, 511 f.
Legitimität 14, 36–42, 50, 68 ff., 78, 88 ff., 103, 142–154, 176, 266, 270 f., 278 f., 307, 367, 372, 399, 418, 462, 484
Leibeigenschaft 83, 249, 258
Leitkultur 292, 301, 303
- Macht 1–7, 13, 20, 31, 53, 56, 60, 62, 90, 95, 109, 118, 135–143, 165–168, 174 f., 186–190, 209, 214, 220, 230, 234–251, 255, 260 ff., 274, 346 f., 356 f., 372, 381, 386 ff., 393, 401, 405, 467, 487, 497
Machtanspruch 63, 169
Machtausübung 101, 246
Machtbegrenzung 14 f.
Machtkontrolle 240 f.
Machtkonzentration 60, 63, 280
Machtmittel 88
Machtposition 88 f.
Machtstruktur 5, 237
Machttheorie 116, 138, 386
Machtverhältnisse 241 ff.
Mandat 52–56, 177, 296
Marxismus 34, 240, 243, 251
Materialismus 249
Maxime 5, 78, 129, 231 f., 401, 411, 453
Mechanismus 191, 331
Medien 150, 151, 177 f., 278, 514 f.
Mehrheitsentscheidung 4, 327, 391
Mehrheitsprinzip 39, 73, 342
Menschenbild 334, 343
Menschenrecht 11 f., 444, 463–493
Menschenrechtskonvention 308, 508
Menschenrechtskonzeption 459, 462
Menschenwürde 12 f., 93, 247, 264, 321 f., 327, 344, 350, 357–364, 437–469, 473, 477, 487
Metaphysik 17 f., 82, 134, 268, 271, 360, 498
Methode 183 f., 195, 200 f., 219, 251, 455
Migration 151
Militär 312
Minderheit 20, 56, 164, 176, 239, 325–343
Minority 298, 331 f.
Mitbestimmung 1, 96, 228 f., 239 ff., 249 ff., 490
Mittelalter 211, 216, 240, 247
Mitwirkung 55, 76, 189, 196, 253, 266, 399, 456, 466, 481, 490, 493
Moderne 4, 35, 150, 154, 162, 178, 181, 227, 241, 253, 265, 279, 316, 321, 340, 351, 367 f., 374, 391, 434
Monarchie 1 f., 7, 17 ff., 31 ff., 60, 77, 187, 189, 191–219, 223, 248, 314, 317, 391
Monismus 376
Monopol 145
Monotheismus 416
Moral 7, 99, 159, 191, 217, 232 ff., 244, 250 f., 320, 370, 451, 460 f., 470, 477, 482 ff., 495, 499, 506
Motivation 55, 276, 355 f., 362 f., 382
Muslim 290–297, 302 f., 411
Mythos 11, 245, 373, 416
- Narrativ 11, 14, 283
Nation 37 ff., 51 ff., 73, 121 f., 151, 172, 217, 223 f., 227, 240, 310, 315 f., 368, 373, 379, 401
Nationalismus 151, 249, 315, 328, 332, 368, 504
Nationalstaat 166, 316, 328, 373
Naturalismus 369, 374, 492, 511 f.
Naturphilosophie 192, 215
Naturrecht 83, 184, 206–210, 217, 220 f., 229, 422, 440 ff., 450, 455, 459, 482 ff.
Naturzustand 13, 82, 202, 497, 509
Neutralität 309, 311, 324, 335, 397, 401, 407, 411 ff.
Neuzeit 14, 57, 87, 165, 216, 243, 247 f., 254, 283, 320, 321, 367, 385, 486
Nordamerika 11–14, 33, 205, 221–224
Norm 53, 115, 231 ff., 244, 271–280, 283, 326, 336, 377, 391, 446–486, 491
Notwehr 140, 443
Nutzen 237, 245, 263, 356 f., 386 ff.
- Obrigkeit 12, 46, 398–401
Offenbarung 86, 404
Öffentlichkeit 72 f., 379
Ökonomie 28, 227 ff., 243, 247, 378
Opposition 63, 170, 177, 216, 503

- Organisation 42, 47, 48, 61, 135 f., 159, 165 f., 171 ff., 180, 183, 186, 188, 194, 198, 233, 237, 242, 253, 267, 341, 387, 388 f., 393, 405, 474, 481, 515
 Organismus 186 f., 190 f., 194 d., 197, 205, 208 ff., 217
 Österreich 178, 212, 262, 306, 312, 314
- Papst 40, 248
 Paradigma 237, 243, 359
 Paradox 102 f., 129, 284, 300 f.
 Paragraph 183, 196, 220, 388, 390
 Parlament 3, 40–64, 259, 319, 386
 Parlamentarismus 13, 41, 53–56, 67, 71, 406
 Parlamentsrecht 39, 43 ff., 50, 55
 Partei 20, 52 ff., 160–179, 222, 260 ff., 315, 394 f.
 Parteidemokratie 5, 161, 166, 170 f., 175 f., 179
 Parteienforschung 161 f., 171
 Parteienrecht 48, 54
 Parteiensystem 54, 162 f., 171, 174, 179
 Parteipolitik 160, 178
 Partikularinteressen 19, 51, 74, 388
 Partizipation 26, 68, 93, 247, 266, 319 f., 323, 362, 464, 474, 477 ff., 481, 490 f.
 Party 122, 159–181, 294
 Paternalismus 385 f., 391, 471
 Patriotismus 20, 369, 389
 Pflicht 81–94, 129–133, 149, 234 ff., 239, 250 ff., 271, 315, 329, 386 ff., 399, 412, 445
 Phänomen 98, 142, 146 f., 359
 Phänomenologie 113, 235, 361, 427, 430
 Pluralismus 41 f., 52, 250, 324, 336, 341, 396 ff., 401–421, 460, 494
 Polizeirecht 129–132
 Populismus 36, 76, 167, 180
 Positivismus 371, 442
 Power 116, 174
 Präsident 3, 210–217, 223, 238
 Praxis 59, 67, 88, 95, 98, 146, 151, 169, 199, 242, 248, 252, 254, 275, 285, 298, 310, 312, 321, 335, 344, 347, 352, 354, 357, 362, 418, 467
 Privateigentum 194, 244, 246, 253, 256, 261 f., 390
 Privatrecht 245
 Produktion 109, 239, 242, 263, 386–389
 Protection 295
 Protestantismus 250, 322, 397, 406–409
 Provinz 406
 Public 205, 453, 471
- Qualifikation 76, 94, 383
 Qualität 58, 324, 336, 351, 359
- Radikal 347, 362
 Rassismus 453
 Rational 355
 Reaktion 17, 35, 152, 237, 395, 420
 Rechtsanwendung 272, 319, 455
 Rechtsauffassung 87, 370 ff.
 Rechtsbegriff 465, 478 f., 484, 487, 491
 Rechtsform 248, 464, 475, 479, 482–493
 Rechtsgemeinschaft 349, 446, 448, 454, 469
 Rechtshegelianer 182, 216
 Rechtslehre 17 f., 81–86, 93, 110–114, 268, 271, 312
 Rechtsnorm 482 f.
 Rechtsordnung 143, 242, 246, 314, 396, 397, 399, 401–421, 448, 482–493
 Rechtsperson 271–276, 478–487
 Rechtsphilosophie 34, 85, 94, 107, 119, 182, 191 ff., 200–208, 217, 231, 235, 360, 387, 394, 441, 447–482, 499, 506, 510 f., 517 f., 544
 Rechtspositivismus 227, 371, 459
 Rechtsprechung 12, 14, 51, 57, 64, 247, 267 ff., 277, 285, 305, 318, 326, 412, 418
 Rechtssicherheit 65, 248, 284
 Rechtsstaat 45, 57, 59, 61, 63–66, 82, 272, 276, 370, 372, 383, 392, 439, 465, 467, 472, 481, 490
 Rechtssubjekt 444, 446
 Rechtssystem 58, 81, 85, 89, 228, 235, 335, 337, 459
 Rechtstheorie 119, 201, 360, 371, 486
 Rechtswissenschaft 5, 73, 113, 206 f., 215, 266, 284, 345
 Reformation 203, 248 f., 311, 317, 321, 397, 401, 407
 Regierung 1, 3, 58, 63, 92, 93, 102, 134 ff., 169 f., 175, 179, 183 f., 188 f., 193, 197 f.,

- 205, 213, 219–222, 228, 238 f., 247 ff.,
270, 385 ff., 392, 404, 460, 479 ff., 497
Regierungsform 1 f., 20 f., 44, 106, 267,
467, 479
Regierungsgewalt 29, 102, 187 ff., 193–
198, 206, 210–220
Regime 91, 93, 137, 139, 254, 381, 475
Reich 17, 237, 245–248, 254, 259, 310,
314 ff., 395, 401 ff.
Reichsverfassung 62 ff., 307, 315, 398, 407,
410
Relativismus 89, 503 f.
Religion 1, 33, 124, 207, 218, 238, 244,
289–315, 325, 329 f., 339 ff., 368 f.,
372 ff., 379, 395–421, 431, 478, 511 f.
Religionsfreiheit 296, 305, 310 ff., 316 ff.,
326, 340, 396 f., 407, 411 ff., 419
Religionsgemeinschaften 52, 307, 310 ff.,
317, 322, 326, 396, 409
Religionsrecht 310, 413, 421
Religionsverfassungsrecht 307, 311, 322,
324
Renaissance 25 ff., 415, 445, 473
Repräsentation 9, 14, 22, 24, 37, 39, 40–56,
67–78, 135, 166, 170 ff., 178 ff., 238, 267,
273, 352, 387
Republikanismus 4 f., 14–19, 35, 95–109,
255 f., 261 f., 268, 307, 319, 344–349–370,
383–395
Ressourcen 168, 177, 236, 239, 263, 472
Revolution 1 f., 13 f., 23, 28, 37, 91, 203,
216 f., 235, 239, 242, 245, 249 ff., 256,
261, 270, 305, 307, 322, 388, 416, 439,
455, 458, 475, 481, 492 f.
Richter 3, 210, 238, 250, 346, 399
Riten 312–316, 340
Ritter 248, 345

Sakralisierung 321 ff.
Säkularisation 367 ff., 372, 394
Säkularisierung 229, 240, 316, 321, 367,
407, 409, 412–415
Schutzbereich 308, 318
Schutzwürdigkeit 330, 338, 340
Schweden 262
Schweiz 2 f., 204, 252 f., 262, 318, 337, 414
Seele 194, 197, 238, 240, 354, 400, 496

Selbstbestimmung 7, 13, 34 f., 41, 64 f., 96–
99, 102–109, 168, 186, 196, 226–251, 272,
344, 350–362, 466, 473, 476, 479, 481,
486, 489, 492
Selbstbewusstsein 190, 195, 361
Selbstgesetzgebung 6, 99, 107, 171, 232,
361, 477, 486
Selbstregierung 171, 221, 224, 347, 355,
473
Selbstverständigung 348, 350, 362
Selbstverwaltung 63, 267, 269
Self-Determination 470
Senat 224, 246, 413
Sicherheit 5, 7, 20, 89, 128–141, 148 f., 186,
189 f., 228 f., 238 ff., 244, 270, 284, 341,
360 f., 384 ff., 398, 417, 491
Sitte 1, 144, 186, 211
Sittengesetz 360, 478
Sittlichkeit 95, 124, 184 f., 191, 202, 210 f.,
249, 367–398, 422 f., 425, 481
Skepsis 332, 450, 459
Society 67, 295, 301 f., 427
Solidarität 347, 458, 514 f.
Souveränität 14, 37 f., 50, 59, 103, 135, 138,
194 f., 209–212, 223, 254, 267, 321, 348 f.,
373, 384, 454, 466, 481, 495, 504, 507,
514
Sozial 45, 483, 518
Sozialethik 397
Sozialismus 2, 45, 240, 248
Sozialphilosophie 143, 202, 271, 345 f.,
375 f., 518
Sozialstaat 251, 289, 472
Sozialwissenschaft 72
Soziologie 72, 74, 150, 168, 171, 226, 229,
251, 328, 332, 351 f., 369, 494 f., 501 f.,
504
Spätaufklärung 13 ff., 35, 407
Staatengemeinschaft 327, 336, 338
Staatlichkeit 11 ff., 16, 24, 33, 44, 59, 64,
143, 145 f., 159, 311, 398, 514
Staatsangehörigkeit 38, 77, 486 f.
Staatsbürger 33, 90, 133, 223, 227, 272,
275, 347 f., 363, 368, 371 ff., 380, 404,
412, 454, 474, 487, 497, 506, 511
Staatsform 2 f., 11 f., 16, 30 ff., 68, 71, 95,
102, 107, 240, 469

- Staatsgewalt 22, 37 ff., 43 f., 50, 59, 62 ff.,
 146, 187–190, 194 f., 198, 206, 211–215,
 267, 464 f., 490
 Staatskirche 307, 407 f.
 Staatskörper 190, 194, 224
 Staatslehre 11 f., 16, 41, 44, 50, 69, 70, 306,
 367, 402, 517
 Staatsmacht 7, 102, 198, 227, 234, 238
 Staatsoberhaupt 192, 212–215, 224 f.
 Staatsphilosophie 13, 42, 59
 Staatsrecht 39, 42, 44, 51, 53, 72, 184, 186,
 196 f., 200–213, 217 f., 223, 306, 322, 469
 Staatssystem 338 f., 342
 Staatstheorie 27, 39, 42, 394, 399, 466
 Staatsverfassung 2, 34, 135, 182, 185, 187,
 218, 225, 234, 421
 Staatsvolk 33, 38, 44, 45, 50, 238
 Staatswissenschaft 184, 201, 217, 229, 477
 Stadtrepubliken 247, 255, 257
 Steuer 23, 242, 256
 Steuerung 135, 235, 236
 Stigmatisierung 328, 332, 341
 Strafe 30, 82, 152, 239, 264–285
 Strafgerechtigkeit 239, 264 f., 278
 Strafgesetzbuch 276, 337, 340
 Strafmonopol 153 ff., 274, 280
 Strafrecht 129–134, 140 f., 266, 273, 276,
 280 ff., 314 f., 325 f., 341, 500 f., 515–518,
 544
 Straftheorien 278–283
 Subjektivität 69, 97 f., 133, 138, 191–196,
 200 ff., 238, 390
 Substanz 184 f., 194, 238

 Technik 24, 240
 Technisierung 128, 258
 Territorial 255
 Terror 111
 Theologie 215, 367, 401 f., 411, 416, 518
 Thronfolge 191 f.
 Toleranz 169, 311, 400, 416, 419 f., 503
 Totalität 187, 194–200, 210–214
 Tradition 13, 58, 83 ff., 91, 170, 211, 214,
 236, 256 f., 268, 305, 311–314, 320, 363,
 375, 391, 394, 396, 409–412, 420, 440,
 464, 467, 474
 Transformation 133, 139, 150, 171, 173,
 404, 476, 481

 Tugend 236, 250, 262, 358
 Türkei 241, 316
 Tyrannie 213

 Ungarn 246
 Ungerechtigkeit 6, 17, 19, 247
 Ungleichheit 29, 30, 32, 228, 240, 260
 Uniformität 138, 316, 507, 513
 Universität 182 ff., 215, 329, 341, 418, 421,
 517 f., 544
 Unrecht 18, 47, 73, 82, 94, 132 f., 264 f.,
 271 f., 278–284, 451
 Unterwerfung 241
 Ursache 382, 393
 USA 3, 33, 92, 147, 164, 173, 180, 241, 262,
 313 f.
 Utopie 240 f., 250

 Verantwortung 34, 128–141, 151, 206, 270,
 275–277, 304, 487
 Verbot 149, 319, 384, 412, 484, 486
 Verbrechen 239, 272, 311, 451, 484, 508
 Verein 182, 207, 215, 410
 Vereinigung 46, 68, 133, 186, 214, 222, 336
 Verfassungsänderung 69, 305, 318
 Verfassungsgeschichte 182, 200, 306, 394,
 466
 Verfassungslehre 40–43, 63, 69–74, 252,
 408
 Verfassungsordnung 38, 45 f., 444
 Verfassungsrecht 11, 67 f., 246, 304, 307,
 310 f., 322, 327, 407
 Verfassungsstaat 4, 11, 38 f., 71, 74 f., 203,
 266, 273, 321, 413, 459, 469
 Verfassungstheorie 58, 67, 324
 Vergesellschaftung 109, 168, 494
 Vermögen 31 f., 83, 106, 216, 252, 255, 256,
 261 f., 350, 354 f., 357, 359, 363, 386, 387
 Verpflichtung 93, 271, 333, 390, 463, 466,
 469, 474, 482, 484, 486, 489, 502 ff.
 Verrechtlichung 107, 378, 379
 Versammlungsfreiheit 49, 463
 Vertrag 34, 84, 227, 479, 490
 Verwaltung 55, 64, 218, 222, 224, 228,
 238 ff., 247 f., 257 f., 270, 319, 393 ff., 463,
 490
 Verwaltungsapparat 393
 Verwaltungsrecht 38, 242, 325, 336, 517

- Vigilantismus 142, 146–155
Völkerrecht 210, 217, 329 f., 453–463, 487, 510
Völkerstrafrecht 500 f., 508, 515
Volksherrschaft 4, 15 f., 20 f., 33, 43 f., 68, 135, 241, 249, 270
Volkspartei 171–174
Volkssouveränität 24, 37–55, 62, 107, 136, 171, 266 f., 306, 319, 350, 439 ff., 449, 466, 469, 475
Volksvertretung 43 f., 46, 50, 52, 55, 220
Volkswille 22, 75, 78, 136, 221
- Waffen 147, 313
Wahl 1 f., 22, 33, 40, 44, 47, 49, 51, 77 f., 93, 159, 174, 176, 179, 189, 192, 214, 220 ff., 224, 228, 332, 354 f., 383 ff., 467, 485
Wähler 21, 46, 48, 49, 53, 56, 69, 77, 173–179, 209, 214
Wählerschaft 77, 173, 174 f., 178
Wählerstimmen 21, 174 f.
Wahlmöglichkeit 338, 341 f.
Wahlpräsident 182–225
Wahlrecht 39, 44, 46, 49, 69, 259, 463
Weltanschauung 173, 339, 409
Weltbürger 494, 497, 505 f., 511, 513
- Weltgeschichte 186, 190, 203, 205, 208, 221, 223, 244, 245, 249, 313
Weltkrieg 11, 94, 173, 258 f., 305, 450, 451 f.
Weltordnung 90, 329, 494, 505, 509
Weltrepublik 494–515
Weltstaat 495, 504, 509 f., 513
Westen 248, 257, 313, 458, 511 f.
Willkür 7, 18, 60, 83, 184, 187, 190 ff., 203, 224, 241, 389, 479
Wirtschaft 28, 74, 108, 142 f., 145, 226 f., 240, 252–258, 263, 351, 498, 512–515
Wissenschaft 184, 195, 200, 207, 217, 222, 229, 244, 312, 320 f., 331, 426 f., 498
Würde 12, 40, 160, 199, 215, 227, 231, 245, 248, 285, 350, 359, 440, 444 f., 450–460, 469, 473, 486, 488, 503
- Zeitalter 59, 72, 150 f., 240, 253, 263, 309, 324, 393, 495, 497 f., 501 f., 504, 510, 511
Zivil 249, 272
Zivilgesellschaft 138, 252, 257, 348, 372, 374, 419
Zivilisation 48, 492
Zwang 82, 84, 220, 235, 272 f., 279, 309, 334, 351, 383 ff., 391, 401, 483 f.