Sozialwissenschaftliches Jahrbuch für Politik, 1 (1969), 235-251

GEORG GEISMANN

Über Antinomien der politischen Ordnung und die „Lösung" der falschen Alternativen

in: Sozialwiss. Jahrbuch für Politik, Bd. 1, München 1969

Pascal: „La multitude qui ne se réduit pas à l'unité est confusion; l'unité qui ne dépend pas de la multitude est tyrannie." In der Antinomie zwischen gesellschaftlicher Vielfalt (und Gegensätzlichkeit) und staatlich-politischer Einheit sind alle übrigen Antinomien der Politik begriffen. Konfusion (Anarchie) oder Tyrannis drohen immer dann, wenn der antinomische Charakter aller Politik übersehen wird oder die Antinomien nicht im dialektischen Sinne aufgehoben, d. h. zu einer (permanent zu vollziehenden) Synthese gebracht, sondern fälschlich als Alternativen verstanden und durch Entscheidung im nicht-dialektischen Sinne aufgehoben, d. h. beseitigt werden.

Die folgenden Überlegungen versuchen, den möglichen Sinn politischer Ordnung und den antinomischen Charakter dieser norm- und zweck-orientierten Realität zu erfassen und von dieser Basis aus den Blick auf einige Probleme und Mißverständnisse zu lenken, die gegenwärtig (noch immer oder erneut) für die Theorie und Praxis der Politik nicht ohne Bedeutung sind. Das Fragmentarische dieses Beitrages wird gerne zugegeben. Mehr als einige z. T. sehr alte Fragen erneut zur Diskussion zu stellen, liegt nicht in seiner Absicht.

Das neuzeitliche Denken über die Notwendigkeit von Recht und Staat setzt ein bei Hobbes mit der Ablehnung jedweder Art von prästabilierter Harmonie im sozialen Bereich: „ . . . the agreement of these creatures (z. B. Bienen oder Ameisen, GG) is Naturall; that of men, is by Covenant only, which is Artificiall."[1]) Als Wesen mit der Fähigkeit, sich selbst Zwecke zu setzen, *können* die Menschen bei der Verfolgung ihrer Interessen miteinander in Kollision

[1]) Thomas Hobbes, Leviathan. Kap. XVII, Everyman's Library, London-New York, 1937, S. 89.

geraten und dann Gewalt anwenden, „for want of other Caution, justly".[2]) Es gibt im „Naturzustand" keine Sicherheits*garantie*. Diesen Gedanken spitzte Kant weiter zu, indem er ihn von jeder anthropologischen Voraussetzung[3]) unabhängig machte: Auch bei idealer Güte und Rechtsgesinnung der Menschen hinge jeder einzelne in einem „Zustand der Rechtlosigkeit" von der Willkür der anderen ab, wäre also unfrei; denn daß jemand gut und rechtlich gesonnen ist, bedeutet höchstens, daß er seinen Willen tatsächlich entsprechend bestimmt, nicht aber, daß er nicht auch anders *kann* und daß nicht außerdem seine Interpretation von „gut" und „gerecht" von der eigenen jederzeit abweichen *kann*.[4]) Wer nicht in dieser Weise von dem guten oder — schlimmer natürlich — bösen Willen des anderen abhängen möchte — und es wäre in der Tat ungereimt, wenn jemand freiwillig unfrei sein möchte —, für den ergibt sich die Notwendigkeit, eine Rechtsordnung zu schaffen, die ihm seine Freiheit gewährleistet. Die Frage ist, wie eine solche Rechtsordnung auszusehen habe.

Häufig ist versucht worden, ein Rechtssystem und die damit jeweils verbundene Herrschaftsordnung auf angeblich vorgegebene und daher hinzunehmende Tatbestände zu gründen. Auf diesem Wege gelangte man stets nur zu historisch zufälligen und insofern willkürlichen Prinzipien, denen mit gleich guten Gründen ähnliche Prinzipien *entgegen*gestellt wurden. Bisher ist es nicht gelungen zu zeigen, warum bestimmte empirische Tatbestände gegenüber anderen empirischen Tatbeständen derart ausgezeichnet sind, daß sie zur Grundlage eines für jedermann akzeptablen politischen Ordnungsprinzips gemacht werden können oder gar sollen. Alle diesbezüglichen Versuche basieren auf einem naturalistischen Fehlschluß. — Speziell die „Theorie" vom „Recht des Stärkeren" liefert nicht einmal im Ansatz eine Antwort auf unsere (normative) Frage; denn sie behauptet nur, Recht sei, was der jeweils Stärkere als solches definiere. Gerade dadurch ist sie aber auch für jede empirische Unterscheidung völlig untauglich, denn sie ist tautologisch:[5]) „... sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause: toute force qui surmonte la première succède à son droit. Sitôt qu'on peut désobéir impunément, on le peut légitimement; et,

[2]) Ebenda, S. 87.

[3]) Die so leicht den „Pessimisten" zum „Leviathan" und den „Optimisten" zum „Anarchismus" führt.

[4]) s. Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 44, Werke, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960 ff., Bd. IV, S. 430.

[5]) Vgl. hierzu das weiter unten zum „Rechtspositivismus" Gesagte.

puisque le plus fort a toujours raison, il ne s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort. Or, qu'est-ce qu'un droit qui périt quand la force cesse? S'il faut obéir par force, on n'a pas besoin d'obéir par devoir; et si l'on n'est plus forcé d'obéir, on n'y est plus obligé. On voit donc que ce mot de droit n'ajoute rien à la force: il ne signifie ici rien du tout."[6])

Wenn nun die Begründung von Recht und damit von Herrschaftsordnung als solcher auf empirische Fakten, also jede Art von Privilegierung immer nur Willkür bedeuten kann, der man sich höchstens unfreiwillig, nämlich aus Ohn-Macht unterwirft,[7]) so ist es erforderlich, bei der Suche nach einem allgemein-verbindlichen Rechtsprinzip von allen empirischen Unterschieden zwischen den Menschen zu abstrahieren und damit zugleich der Existenz dieser Unterschiede Rechnung zu tragen. Mit anderen Worten: Einerseits darf das (gesuchte) Rechtsprinzip auf keinem bestimmten Unterschied basieren; andererseits muß es gerade die Mannigfaltigkeit von empirischen Unterschieden dauerhaft ermöglichen. Der Sinn oder die Funktion des Rechtsprinzips ist nicht Konfliktlösung durch positive Entscheidung (da diese nicht prinzipiell allgemein akzeptabel wäre), sondern Anerkennung des empirischen Faktums der Pluralität von Meinungen und Interessen und dadurch möglicher Konflikte, Anerkennung differierender Meinungen und Interessen als in gleicher Weise „berechtigt". Mangels einer Möglichkeit, Vorrechte aufzuweisen, *setzt* das Recht alle Interessen als gleichberechtigt, oder besser: das Recht *ist* die Setzung der Gleichberechtigung; und was als Vorrecht deklariert wird, erweist sich als Vor-Recht, als vor der Sphäre des Rechts liegend, nämlich in der Sphäre von Willkür und Gewalt.

Der potentielle Konflikt mit der in ihm liegenden Gefährdung der Freiheit ist also Grund der (gesuchten) Rechts- und Herrschafts-

[6]) Rousseau, Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique, Buch I, Kap. 3, Garnier, Paris, 1962, S. 238. Hervorhebung von Rousseau.

[7]) Selbstverständlich stehen diese Überlegungen im Horizont des neuzeitlichen Bewußtseins der individuellen Freiheit. Für den Sklaven, der den Zustand der Sklaverei als naturgegeben ansieht (nicht bloß resigniert als individuelles Unglück hinnimmt), oder für den mittelalterlichen Menschen, der die ständische Hierarchie als gottgewollte Ordnung akzeptierte; — für beide also, für die die jeweilige Ordnung unbezweifelt die „richtige" war, gab es nicht die Notwendigkeit einer weiteren „Begründung" von Herrschaft. Und für den Menschen, den man durch Gehirn-Elektroden zu jeder beliebigen Reaktion bringen kann, gilt das gleiche. Nur das selbstbewußt gewordene, nach freier Selbstbestimmung verlangende Individuum stellt die Frage nach einer besonderen Legitimierung von Herrschaftsordnungen und begnügt sich nicht mehr mit dem Hinweis auf Gegebenheiten.

ordnung (unbeschadet aller sonstigen, an das politische System geknüpften Zielsetzungen[8]); er macht sie sinnvoll und erforderlich; auf ihn ist sie gerichtet, nicht allerdings auf seine grundsätzliche Beseitigung[9]), sondern lediglich auf seine prinzipiell gewaltlose[10]) und in bestimmter Weise geregelte Austragung.

Hier ist natürlich nicht an jedes positive Recht gedacht. Dieses ließe sich generell eher — wie Freud[11]) es einmal kurz und treffend getan hat — als die (weiter nicht charakterisierte) „Macht einer Gemeinschaft" bestimmen. Im vorliegenden Fall dagegen ist ein Recht gemeint, das seinen Machtanspruch vor der Vernunft rechtfertigen, d. h. in Freiheit von jedermann anerkannt werden kann.[12]) Anderenfalls kann es nicht einmal sinnvoll einen Anspruch auf *Verbindlichkeit* erheben; denn es ist sinnlos, von einer Verbindlichkeit, sich einem Zwang zu unterwerfen, zu sprechen.

Das Prinzip jeder Rechtsordnung, die eine Konfliktlösung auf der Basis und mit dem Ziel der Freiheit jedes Individuums[13]) zum Ziele

[8]) Es wird also nicht behauptet, der Staat habe sich etwa jeder Wohlfahrtspflege zu enthalten. Nur darf eine solche Wohlfahrtspflege nicht auf Kosten der Realisierung des (noch näher zu bestimmenden) Rechtsprinzips gehen, sondern muß vielmehr in deren Rahmen und zu deren Unterstützung erfolgen.

[9]) „Weit entfernt, diese *faktischen* Unterschiede aufzuheben, existiert er (der Staat, GG) vielmehr nur unter ihrer Voraussetzung." Karl Marx, Zur Judenfrage, in: Frühe Schriften, Bd. I, Cotta, Stuttgart, 1962, S. 460. Hervorhebung von Marx.

[10]) Das bedeutet: in ihrem Prinzip intendiert diese Rechtsordnung die Vermeidung von Gewalt. Nur zu diesem Zweck, „als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit" (Kant, Metaphysik der Sitten, Einl. in die Rechtslehre, § D, S. 338), wird in ihr Gewalt angedroht und notfalls angewendet; und dieser Zweck ist die einzige (ideelle) Legitimation der staatlichen Gewaltanwendung. Daß die staatliche Gewalt in der Wirklichkeit stets von der beliebigen Willkür einzelner mißbraucht werden kann, bildet ein Hauptproblem aller Politik. Dieses Problem löst man freilich nicht durch die falsche Alternative zwischen normativer Idee und politischer Praxis, indem man entweder alle Politik als „schmutziges Geschäft" diffamiert oder aber die Norm zu einem Hirngespinst erklärt und zur politischen Tagesordnung schreitet.

[11]) Sigmund Freud, Warum Krieg?, in: Das Unbewußte, Schriften zur Psychoanalyse, Fischer, Ffm., 1960, S. 421.

[12]) Deshalb sind auch *alle* sogenannten „vorgegebenen", „absoluten", „unantastbaren" Werte (welchen Inhalts sie auch immer sein mögen) kein möglicher Bestimmungsgrund für das gesuchte Rechtsprinzip, weil sonst jeder, für den andere Werte gelten, seine Freiheit freiwillig aufgeben müßte.

[13]) Gemeint ist die äußere Freiheit, „die Befreiung von dem Motivzwang der gesellschaftlichen Umwelt, mag er nun in dem Terrorismus des Kampfes aller gegen alle oder in den Suggestionen des sozialen Milieus bestehen". (Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, Koehler, Stuttgart, 6. Aufl., 1963, S. 158 f.).

hat, ist von Kant in klassischer Weise formuliert worden: „Das Recht ist ... der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann."[14]) Da manchen gegenwärtigen „Modernen" diese Sprache zu „idealistisch" oder „metaphysisch" erscheint, sei darauf hingewiesen, daß sich der gleiche Sachverhalt auch in der Terminologie etwa der modernen Spieltheorie ausdrücken läßt. Es handelt sich dann um diejenige Rechtsordnung, welche die „größte Menge von Mengen miteinander verträglicher Handlungen zuläßt".[15]) Sie — und nur sie — ist dadurch ausgezeichnet, daß sie von „notwendig möglicher Geltung" ist; d. h. sie *kann notwendig* von jedem Unterworfenen anerkannt werden.[16]) Daß die (praktisch natürlich stets nur unvollkommene) Realisierung einer solchen Rechtsordnung vermutlich auch das beste Mittel der allgemeinen Friedenssicherung darstellt — gegenüber allen Theorien, die (meist mehr implizit als explizit) eine „fatalistische Unterwerfung unter das Tatsächliche"[17]) zu rechtfertigen versuchen oder die (in falsch verstandener Alternative und häufig allzu naher Verwandtschaft zu jenen) ein absolutes und zugleich inhaltliches Naturrecht zu liefern vorgeben[18]) —, sei in diesem Zusammenhang nur nebenbei bemerkt.

[14]) Kant, Metaphysik der Sitten, Einl. in die Rechtslehre, § B, S. 337. Wenn im Folgenden von „dem" Rechtsprinzip die Rede ist, so ist immer das hier formulierte gemeint.
Um mögliche Mißverständnisse zu vermeiden, sei beiläufig angemerkt, daß der Grund der Notwendigkeit *dieses* Prinzips nicht in den natürlichen Bedürfnissen der Menschen liegt; vielmehr ist der einzige Bestimmungsgrund für dieses Prinzip die Freiheit jedes einzelnen, seine Glückseligkeit nach seinen je eigenen Vorstellungen anzustreben. Vgl. hierzu: Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Werke Bd. VI, S. 144; Julius Ebbinghaus, Positivismus — Recht der Menschheit — Naturrecht — Staatsbürgerrecht, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Hersg. W. Maihofer, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962, S. 285 f.; Jürgen v. Kempski, Über den Liberalismus, in: ders., Recht und Politik, Kohlhammer, Stuttgart, 1965, SS. 169, 178.

[15]) J. v. Kempski, Naturrecht und Völkerrecht, in: op. cit., S. 11.

[16]) J. v. Kempski, ebenda, S. 13; ferner: ders., Bemerkungen zum Begriff der Gerechtigkeit, in: op. cit., S. 53. Vgl. S. 237 Fußnote 7.

[17]) Nietzsche, Aus dem Nachlaß der achtziger Jahre, Werke, Bd. III, Hanser, München, 1956, S. 511 (mit kritischen Bemerkungen dazu).

[18]) Vgl. hierzu: Hans Ryffel, Das Problem des Naturrechts heute, in: Naturrecht und Rechtspositivismus? (s. Fußnote 14) S. 494 ff.

Des näheren ist zu der hier skizzierten Rechtsordnung zu sagen:[19])
1. In einem Staat, der diese Rechtsordnung realisiert,[20]) ist jedes Verhalten erlaubt, so lange dadurch nicht die Aufrechterhaltung des Rechtsprinzips selbst bedroht oder (und) der Freiheitsraum anderer verletzt wird. Denn der einzige notwendige Grund für die Zustimmung der Einschränkung der Freiheit, d. h. für die *freiwillige* Unterwerfung eines jeden unter die Rechtsordnung, ist die Sicherung seiner Freiheit durch diese.
2. Alle Mitglieder des Staates sind in gleicher Weise den Zwangsgesetzen dieses Staates (nicht jedoch irgendeinem Menschen!) unterworfen.[21]) Sie sind hinsichtlich der *Möglichkeit* der Einschränkung ihrer Freiheit gleich; nicht nur in dem Sinn, daß über alle (im entsprechenden Fall) nach gleichem Maß geurteilt wird und jeder gegen jeden anderen (im entsprechenden Fall) das gleiche Zwangsrecht hat, sondern auch insofern, als es keinerlei rechtliche Prärogative und Diskriminierungen gibt, d. h. die Staatsgesetzgebung darf niemandem „ein Recht auf Rechte" geben, „von dessen möglichem Erwerb irgendein anderer durch eben diese Gesetzgebung und also rechtlich ausgeschlossen ist."[22]) Denn für niemanden gibt es einen Vernunftgrund, zu *ungleichen* Bedingungen in den Rechtszustand einzutreten. „... nur ein Zustand völliger Rechtsgleichheit (findet) seine Legitimation in sich selber ..., während die Hinnahme von Rechtsungleichheiten an irgendwelchen von außen kommenden Legitimierungen" (z. B. Natur oder Gott) hängt, deren Dauer begrenzt ist."[23])
Es braucht kaum betont zu werden, daß mit dieser Gleichheit nicht jener Zustand gemeint ist, von dem Edmund Burke irgendwo einmal bitter und treffend sagte: „Alles wurde eingeebnet, was das

[19]) Siehe hierzu u. a.: Kant: Metaphysik der Sitten; ders., Über den Gemeinspruch; ders., Zum Ewigen Frieden, Werke, Bd. VI, S. 191 ff.; Karl-Heinz Volkmann-Schluck, Staat und Gesellschaft bei Kant, in: Anwaltsblatt, Heft 9, 1966; Julius Ebbinghaus, Das Kantische System der Rechte des Menschen und Bürgers in seiner geschichtlichen und aktuellen Bedeutung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 50, 1964, S. 23 ff.; Verf., Über den Widerspruch in der Demokratie, in: Zeitschrift für Politik, 15. Jg., 1968, S. 403 ff.

[20]) Für einen solchen Staat wird im Folgenden synonym der Ausdruck „Demokratie" verwendet.

[21]) Der Hinweis darauf, daß die Wirklichkeit des von Menschen gebildeten Staates die Willkür einzelner nicht ausschließt, ist kein Argument gegen den hier aufgestellten Grundsatz, sondern lediglich gegen die Methoden seiner Realisierung. Vgl. auch S. 238 Fußnote 10.

[22]) Julius Ebbinghaus, Das Kantische System, S. 43.

[23]) J. v. Kempski, Gedanken zu einer Strukturtheorie des Rechts, in: op. cit., S. 40.

Haupt erhoben hatte"; denn damals, gemeint ist die jakobinische Phase der Französischen Revolution, wurde die Freiheit vernichtet durch die Entscheidung zugunsten der „Gleichheit" als falscher Alternative. Der Zustand konformer oder gar uniformer Ununterscheidbarkeit, der sich auch und gerade in totalitären Regimen beobachten läßt, kann unmöglich ein von Rechtsordnung und Staat zu realisierendes „Grundrecht" sein. Vielmehr besteht die Idee des Rechts gerade darin, die Freiheit der Willkür jedes einzelnen (und damit die Möglichkeit der Unterscheidbarkeit) zu sichern, indem diese Freiheit lediglich(!) „auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann ... nach einem allgemeinen Gesetze"[24]) eingeschränkt wird. Daß diese Einschränkung nach einem allgemeinen Gesetz erfolgen soll, bedeutet nichts anderes als Gleichheit aller in bezug auf diese Einschränkung[25]) — und auf nichts sonst! Weder ist damit ökonomische Gleichheit gemeint, noch etwa Gleichheit in der Weise der Beteiligung an öffentlichen Funktionen. Die gefährlichen Folgen des „egalitären Mißverständnisses" sind zuerst in aller Klarheit von Tocqueville gesehen und beschrieben worden.[26])

3. Nur wenn das für alle in gleicher Weise geltende Gesetz einem Akt entspringt, in dem alle über alle und so jeder über sich selbst beschließt, ist gesichert, daß es kein Unrecht ist. Denn wer die Garantie seiner Freiheit will, kann das Recht der Entscheidung darüber nicht *prinzipiell* anderen abtreten. Alle müssen ihre Zustimmung geben oder zumindest im Prinzip geben können. Die politische Partizipation muß für alle Bürger — wiederum in prinzipiell

[24]) Kant, Über den Gemeinspruch, S. 144.

[25]) Dem widerspricht übrigens nicht, daß jedes positive Recht eine Vielfalt von teilweise höchst bedeutsamen Unterscheidungen macht und auf sie auch gar nicht verzichten kann. Aber diese Unterscheidungen müssen sich auf die rechtlich zu regelnden Tatbeständen (z. B. das Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis, die Geschäftsfähigkeit, die Rolle im Strafprozeß etc.) beziehen, nicht jedoch auf einzelne Individuen oder Gruppen von Individuen. Das Unrecht der „Nürnberger Gesetze" bestand darin, daß eine vom Willen der Betroffenen gänzlich unabhängige (im Unterschied z. B. zu erwerbbaren Fähigkeiten), unveränderliche (im Unterschied z. B. zum Alter) und zufällige (nicht *jedem* Menschen der *Möglichkeit* nach zukommende) Eigenschaft (die Herkunft von bestimmten Eltern) — bei überdies äußerster Unbestimmtheit und Fragwürdigkeit der angewandten Kriterien — zur Grundlage gesetzlicher Diskriminierung der „Juden" gemacht und damit die Übernahme der verschiedenen vom Gesetz unterschiedenen und geregelten sozialen Rollen dem Belieben der „Juden" prinzipiell entzogen wurde.

[26]) Vgl. hierzu den interessanten Vergleich zwischen Tocqueville und David Riesman bei: Ralf Dahrendorf, Demokratie ohne Freiheit, in: ders., Gesellschaft und Freiheit, Piper, München, 1962, S. 321 ff.

gleicher Weise[27]) — möglich sein. Nicht-Beteiligung am politischen Entscheidungsprozeß muß ausschließlich dem freien Entschluß des einzelnen überlassen bleiben. Die mögliche empirische Bedingtheit eines solchen „freien Entschlusses", etwa durch die „Suggestionen des sozialen Milieus", rechtfertigt eine rechtliche Diskriminierung nicht.

Das oben erwähnte Rechtsprinzip und die auf ihm basierenden Grundsätze der Freiheit, Gleichheit und politischen Mitbestimmung sagen an sich nichts darüber aus, wie eine politische Ordnung in concreto auszusehen habe. Es sind weder Zauberformeln für die Organisation der menschlichen Gesellschaft noch realisierbare Ziele, sondern „lediglich" regulative Prinzipien, Richtmaße, Normen für die Beurteilung einer politischen Ordnung. Einen Hinweis für deren Gestaltung geben sie nur, insofern sie den Maßstab für eine „negative Auslese" liefern, bei der diejenigen Ordnungen als „undemokratisch" ausgewiesen werden, die diese Grundsätze nicht einmal der Tendenz nach realisieren oder sogar im Prinzip überhaupt nicht anerkennen und anstreben.

Was nun die Verwirklichung einer an diesen Grundsätzen orientierten Ordnung betrifft, so ist klar, daß die Willenseinheit aller (Rousseau's „volonté générale") ein unerreichbares Ziel darstellt. Man muß sich daher in praxi mit zweitbesten Lösungen zufrieden geben. Dazu gehören insbesondere der Verzicht auf Einstimmigkeit mit der Anerkennung von Mehrheitsentscheidungen, die für alle bindend sind, und die Delegierung von Entscheidungsbefugnissen durch die Wahl von Vertretern. Diese beiden Verfahrensweisen der Mehrheitsentscheidung und der Repräsentation sind allerdings in besonderem Maße der Gefahr des Mißverständnisses und des Mißbrauchs ausgesetzt, da sie allzu leicht als die Essenz der „Demokratie" verstanden oder ausgegeben werden, während sie ihre Legitimation allein aus der Funktion beziehen, als zweckmäßige Hilfsmittel für eine möglichst weitgehende Verwirklichung der oben genannten Grundsätze zu dienen.[28])

Es mag sein, daß sich bestimmte (von den vielen möglichen) Ausformungen des Majoritäts- und des Repräsentations-Prinzips als

[27]) Daß die Realisierung dieses Prinzips äußerst schwierig und nur annäherungsweise möglich ist, schmälert dessen regulative Bedeutung in keiner Weise.

[28]) Wenn im Folgenden von „Prinzipien" der Majorität und der Repräsentation gesprochen wird, so dürfte deutlich sein, daß sie im Unterschied zu den Prinzipien des Rechts und der Freiheit, Gleichheit und politischen Mitbestimmung nicht deren von aller Erfahrung unabhängigen regulativen und Maßstab-Charakter haben.

eine praktisch notwendige Bedingung für eine bestmögliche Annäherung an das demokratische Ideal nachweisen lassen (ein Nachweis, der übrigens von der empirischen Sozialwissenschaft noch zu bringen wäre). Eine ausreichende Bedingung dafür stellen sie jedenfalls nicht dar. Das bedeutet, daß die Existenz auch der höchstentwickelten Entscheidungs- und Delegations-Methoden und entsprechende verfassungspolitische Sicherungen den demokratischen Charakter des Staates in keiner Weise garantieren. Im Gegenteil lassen sich diese Mittel sehr leicht — weil schwer durchschaubar — auch für „nicht-demokratische" Zwecke verwenden, zumal wenn die Resultate — wie Schumpeter einmal sagte[29]) — mit Öl aus Krügen des achtzehnten Jahrhunderts gesalbt werden.

Die *Entscheidung einer Mehrheit* muß von allen als für alle verbindlich anerkannt werden, weil ohne diesen Konsens die Eine Gemeinschaft in mehrere selbständige Gemeinschaften zerfiele oder sich als entscheidungs- und handlungsfähig erwiese. Man entscheidet sich für die Mehrheit, anstelle der Einstimmigkeit, aus *praktischer* Notwendigkeit. Aber man entscheidet sich auch für die Mehrheit, anstelle der Minderheit, aus *rechtlicher* Notwendigkeit, da sie „das formal geringste Maß an Beschränkung der Autonomie des einzelnen"[30]) bedeutet, dem Ideal der Einstimmigkeit also wenigstens näher ist. Das besagt nicht, daß die Entscheidung der Mehrheit immer „besser" oder der „Wahrheit" näher sein müsse als die Entscheidung der Minderheit. Nur ist das Mehrheitsprinzip keine Methode der Wahrheitsfindung, sondern eine Methode der Entscheidungsfindung. Wer sich einer Mehrheitsentscheidung nur dann unterwerfen will, wenn er sie für „richtig" oder „gut" hält (wenn — wie es zuweilen heißt — die Mehrheit das „richtige Bewußtsein" hat), der verkennt, daß die Kriterien „richtig — falsch", „gut — schlecht" für den Unterwerfungsanspruch der Mehrheitsentscheidung vollkommen irrelevant sind, daß dieser vielmehr umgekehrt aus dem Dissens über diese Kriterien seine Notwendigkeit und seinen Sinn bezieht.

Hier liegt aber auch der Grund für ein anderes Mißverständnis. Das Verfahren der Mehrheitsentscheidung wird häufig als „demokratisches" Prinzip bezeichnet. Gewiß, es ermöglicht oder erleichtert zumindest Entscheidungen durch Verzicht auf Einstimmigkeit und es verhindert oder erschwert zumindest die Tyrannei von

[29]) Joseph A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Francke, Bern, 2. erw. Aufl., 1950, S. 402.

[30]) Hanns Kurz, Volkssouveränität und Volksrepräsentation, Heymanns, Köln etc., 1965, S. 216.

Minderheiten. Aber es garantiert keineswegs den demokratischen, d. h. dem Rechtsprinzip entsprechenden Charakter der Entscheidungen. Auch die Tyrannei von Mehrheiten ist nicht nur eine Möglichkeit, sondern eine historische Realität. Die Verpflichtung, sich der Mehrheitsentscheidung zu unterwerfen, besteht, *nicht weil, sondern wenn* diese Entscheidung zugleich eine demokratische Entscheidung (im Sinne des Rechtsprinzips) ist; das heißt: der Unterwerfungsanspruch der Mehrheit gilt nur unter der Bedingung, unter der (in der Idee, nicht als Faktum) der Sozialvertrag abgeschlossen worden ist, also auf der Basis des Rechtsprinzips. Daß die Mehrheit sich für und nicht gegen eine Sache entschieden hat, ist eine notwendige, nicht aber auch eine ausreichende Bedingung für deren demokratischen Charakter.[31]) Die „Nürnberger Gesetze" wären auch dann nicht demokratische Gesetze geworden, wenn 95 Prozent der deutschen Bevölkerung für sie gestimmt hätten. Die These „vox populi — vox Dei" ist in der Tat ein dem Totalitarismus hoffnungslos preisgegebener Demokratismus.

Es führt zu einer gefährlichen Hypostasierung „des Staates", wenn die Fiktion vom Allgemein-Willen (volonté générale), die ausschließlich dem Verständnis des (regulativen) Rechtsprinzips dient, als Realität genommen oder wenn angesichts der Notwendigkeit, sich mit der Mehrheit zu begnügen, dem Mehrheitswillen die Weihe des „Volkswillens" erteilt wird. Kaum eine Vorstellung ist denn auch so sehr dem demagogischen Mißbrauch ausgesetzt wie die, daß irgend etwas „im Namen des Volkes" geschehe.

Die Forderung, sich mit „seinem Staat" zu identifizieren und ihm gegenüber loyal zu sein, kann sich sinnvoll nicht auf die jeweilige Obrigkeit als solche beziehen, sondern nur auf den von ihr je und je *realisierten* Komplex von demokratischen Grundrechten. Die (stets aufs neue) zu gewährende Loyalität hängt ab von der (stets aufs neue) zu realisierenden demokratischen Substanz. Die Erfordernis, dies (stets aufs neue) zu überprüfen und ins öffentliche Bewußtsein zu bringen, macht (vor allen sonstigen Funktionen) po-

[31]) Wenn kürzlich ein Mannheimer Professor in einer Fernseherklärung für den Akademischen Senat die Idee eines Vetos der 28 Studenten- und Assistenten-Vertreter (bei Einstimmigkeit!) gegenüber etwa 50-60 Professoren mit dem Argument ablehnte, das Mehrheitsprinzip sei ein allgemein anerkanntes demokratisches Prinzip und das Vetorecht verstoße dagegen, so verabsolutierte er das Mehrheitsprinzip und übersah, daß in dem vorgesehenen Vetorecht (wie übrigens auch in allen Bestimmungen über qualifizierte Mehrheiten) lediglich dem Notlösungscharakter des Mehrheitsprinzips Rechnung getragen wird.

litische Opposition und Kritik (in allen [32]) ihren möglichen gewaltlosen[33]) Formen) zu mehr als einem bloßen freiheitlichdemokratischen „Recht", nämlich zu einer staatsbürgerlichen Pflicht und zu einer Funktion, die ebenso wichtig ist wie die klassischen „Gewalten".[34]) Nur so kann die antinomische Spannung zwischen dem normativen Ideal des Allgemein-Willens und der davon stets abweichenden Realität des Willens aller einzelnen ausgehalten und ausgetragen werden in dem nie endenden Versuch, zu einer Einheit in der Mannigfaltigkeit zu gelangen; nur so kann die falsche und für eine demokratische Politik verhängnisvolle Alternative zwischen bedingungsloser Unterwerfung unter das Mehrheitsprinzip und seiner völligen Preisgabe an den Individualwillen, also zwischen seiner Absolutsetzung und seiner Außerkraftsetzung vermieden werden.

Ähnlich wie mit dem Majoritätsprinzip steht es mit dem *Repräsentationsprinzip*. Ein System gewählter Vertreter, insbesondere ein parlamentarisches System, mag eine praktisch notwendige Bedingung für eine demokratische Politik in einem modernen Großstaat sein. Aber auch dieses System ist dafür keine ausreichende Bedingung, und auch die in ihm gefundenen Entscheidungen haben Anspruch auf allgemeine Verbindlichkeit nur, wenn sie nicht gegen die oben formulierten demokratischen Prinzipien verstoßen. Ausdrücke wie „repräsentative Demokratie", „plebiszitäre Demokratie", „Kanzlerdemokratie" etc. sind daher zumindest irreführend, weil sie Unterschiede im Hinblick auf die „Demokratie" suggerieren, während es sich lediglich um unterschiedliche Methoden (Versuche) handelt, die Eine Demokratie (im Sinne des Rechtsprinzips) zu verwirklichen. Die Hypostasierung dieser Hilfsmittel[35]) ist ebenso gefährlich wie ihre Diffamierung aus Unzufriedenheit dar-

[32]) Gegen die außerparlamentarische Opposition kann nur argumentieren, wer übersieht, daß die parlamentarische Opposition zwar ein notwendiges, keineswegs aber auch ein hinreichendes Hilfsmittel zur Realisierung der demokratischen Grundprinzipien darstellt.

[33]) Sofern nicht etwa diese Möglichkeit selbst beseitigt und damit ein „Naturzustand" etabliert wird. Siehe dazu weiter unten.

[34]) Eine der schwerwiegendsten Gefahren, die mit der „Großen Koalition" verbunden sind, liegt in der Beseitigung der Kontrolle durch die Chance des Machtwechsels. Es ist nicht ohne Grund und durchaus ein Zeichen eines in der Bundesrepublik noch nicht ganz verschwundenen „politischen Bewußtseins", daß die „APO" zur Zeit der „Großen Koalition" in Erscheinung trat.

[35]) z. B. bei der Ablehnung konsultativer(!) Volksbefragungen. Siehe hierzu: Adolf Arndt, Geist der Politik, Literarisches Colloquium, Berlin, 1965, S. 245 f.

über, daß sie nicht das Ideal der Demokratie schaffen.[36]) Auch im Hinblick auf das Repräsentationsprinzip haben Verabsolutierung und völlige Ablehnung ihre Quelle in der gleichen falschen Alternative und führen im Prinzip auch zum gleichen Resultat, zur Beseitigung des Zustandes, in dem die individuelle Freiheit gewährleistet ist.[37]) Les extrêmes se touchent.

Wenn hier von Bedingungen für den Anspruch auf Verbindlichkeit und Unterwerfung die Rede war, so taucht natürlich sofort die Frage auf, ob es ein *Recht auf Widerstand* gegen innerhalb der Rechtsordnung getroffene Entscheidungen bzw. deren Durchsetzung gibt, falls jene Bedingungen nicht erfüllt sind. Die Rechtsordnung hat die Funktion, das (einzige angeborene) Recht jedes einzelnen auf individuelle Freiheit zu realisieren. Soll nun mit „Widerstandsrecht" etwas anderes gemeint sein als das Faust-„Recht" der freien Willkür des Naturzustandes — und dann wäre nichts gesagt, da man in jenem Zustand bekanntlich ein „Recht" auf alles und gegen jeden hat —, so müßte es ein Recht sein, das dem einzelnen wie alle konkreten Rechte auf die Einschränkung der Willkür der anderen gerade erst durch die Rechtsordnung gewährt und gesichert und damit allerdings auch justiziabel wird. Dieser Gedanke nun führt sich selbst ad absurdum. Gäbe es ein solches Recht auf Widerstand gegen die oberste Instanz der Rechtsordnung (sei diese nun das Parlament, die Regierung, ein oberster Gerichtshof oder eine Kombination von „Gewalten"), so bedürfte es zur Regelung des Konflikts zwischen der obersten Instanz und dem „widerstehenden" Individuum, also zur Feststellung der „Berechtigung" des Widerstandes, einer noch höheren Instanz, wodurch die „oberste" Instanz keine oberste mehr wäre. Damit verschiebt sich die Lösung des Problems ins Unendliche.[38]) Ein Widerstands-*Recht* ist also nicht einmal denkbar.

Dieser Tatbestand kommt auch im sogenannten *Legalitätsprinzip* zum Ausdruck, demzufolge jede Entscheidung verbindlich ist, die gemäß den im Rechtssystem festgelegten Regeln zustande gekommen ist. Für die Frage des Widerstandsrechts ist es ohne Bedeutung, ob diese Regeln rein formaler Natur sind oder auch mit materiellen Bedingungen verknüpft sind. Wenn etwa das Bundes-

[36]) So z. B. Bakunin; siehe: O. H. v. d. Gablentz, Die politischen Theorien seit der Französischen Revolution, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen, 1957, S. 136.

[37]) Vgl. The Federalist, Nr. 51 (dt. Ausg. Wien 1958).

[38]) Daß es kein Widerstandsrecht gibt, wird denn auch von jedem positiven Recht behauptet, wenn es z. B. erklärt, gegen eine bestimmte Gerichtsentscheidung sei ein Rechtsmittel nicht gegeben.

verfassungsgericht erklärt, ein bestimmtes Verhalten sei verfassungswidrig oder ein bestimmtes Gesetz verstoße nicht gegen die Grundrechtsartikel des Grundgesetzes[39]), dann ist diese Entscheidung „endgültig" in dem Sinn, daß es gegen sie kein (Widerstands-) Recht gibt.[40]) Die oberste Gewalt ist eben die oberste Gewalt, und der gescheiterte Revolutionär wird insofern stets „zu Recht"[41]) verurteilt.

Ist das nun ein Bekenntnis zum totgesagten *„Rechtspositivismus?"*. Ja und nein.

1. Ja, insofern innerhalb des positiven Rechtssystems jede Weigerung, systemkonform getroffene Entscheidungen anzuerkennen (auch wenn sich diese Weigerung auf ein sogenanntes „Naturrecht" beruft!), als „Rechtsbruch", „Widerstand" und im Extremfall „Rebellion" oder „Revolution" erscheinen muß (und tatsächlich auch überall von den Instanzen eben dieses Rechtssystems so behandelt wird) und die Verbindlichkeit „legaler" Entscheidungen dem System erst den Ordnungs-Charakter verleiht. Wer das Postulat dieser Verbindlichkeit prinzipiell zurückweist[42]), lehnt damit das Rechtsprinzip selbst ab, da dieses immer nur als ein durch Zwangsgewalt gesichertes, positives Ordnungsgefüge Wirklichkeit zu werden vermag; „es ist kein rechtliches Verhältnis zwischen Menschen

[39]) Selbst die „Grundrechte" sind insofern nicht unantastbar, als das Volk, der „Souverän", von dem „alle Staatsgewalt ausgeht", auch diese Selbstbeschränkung aufheben kann. (So auch Siegfried Landshut, Der politische Begriff der Repräsentation, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Hrsg. H. D. Ortlieb, Tübingen, 1964, S. 175 ff.). Nur vom Rechtsprinzip her gesehen, dessen unmittelbarer Ausfluß sie sind, ergibt sich ihre „Unantastbarkeit"; — und gleichzeitig auch (ideeller) Grund, Inhalt und Grenze der „Volkssouveränität".

[40]) Julius Ebbinghaus (Das Kantische System, S. 54) hat zurecht darauf hingewiesen, daß die Grundsätze der Freiheit, Gleichheit und Mitgesetzgeberschaft überhaupt kein justiziables Recht sein können und „die Idee einer möglichen Grundrechtsgerichtsbarkeit (sich) als die Folge eines sich selbst überschlagenden juridischen Positivismus (enthülle)."

[41]) Hier ist natürlich lediglich „systemgemäß", „legal" gemeint. — Die hier angeschnittenen Zusammenhänge sind unglücklicherweise seit Jahrhunderten durch eine völlig unzureichende terminologische Unterscheidung konfundiert worden. Es würde vermutlich nicht nur der Diskussion, sondern auch dem allgemeinen Bewußtsein über diese Zusammenhänge (ja vielleicht sogar dem entsprechenden Verhalten) nützen, wenn die Ebenen der Moralität, des Rechtsprinzips (wenn man will: des Vernunft- oder Naturrechts) und des positiven Rechts begrifflich klar voneinander geschieden würden und nicht auf alle der Terminus „Recht" angewendet werden könnte.

[42]) Sei es im Hinblick auf die „Untertanen", sei es im Hinblick auf die gesetzgebende „Obrigkeit"; das erste führt zur Anarchie, das zweite zum „konkreten Ordnungsdenken" à la Carl Schmitt.

möglich, außer in einem gemeinen Wesen und unter positiven Gesetzen."[43]) Recht ist nur als wirklichkeitsgestaltende Ordnung, und Legalität eine notwendige Bedingung für die Realisierung des Rechtsprinzips. Carl Schmitts fataler Irrtum bestand darin, diese notwendige Bedingung deshalb abzulehnen, weil sie nicht zugleich ausreichend ist. Daß die Legalität in der Tat „in einer konsequent funktionalistischen Substanz- und Inhaltlosigkeit bei arithmetischen Mehrheitsvorstellungen"[44]) ausmünden und insofern die Realisierung des Rechtsprinzips gerade gefährden kann, ließ ihn übersehen, daß das von ihm kritisierte politische System des „parlamentarischen Gesetzgebungsstaates" trotz aller Unzulänglichkeiten immer noch weit mehr und bessere rechtsstaatliche Garantien zu liefern imstande ist als der von ihm konzipierte und verteidigte totalitäre Staat, in dem der „gegenstands- und beziehungslose Formalismus und Funktionalismus"[45]) des Legalitätssystems durch einen angeblich plebiszitär gesteuerten und legitimierten, in Wirklichkeit aber jeder Kontrolle und Beschränkung entzogenen Entscheidungsprozeß ersetzt wurde. Das Resultat von Carl Schmitts „Therapie" war genau das, was er als Diagnose und Prognose angeboten hatte.

2. Nein, insofern die positive Rechtsordnung und die in ihr „regelrecht" zustande gekommenen Entscheidungen nicht als sakrosankt angesehen werden. Sie sind kein Wert an sich, ihre Verbindlichkeit ist nur relativ. Das positive Recht im allgemeinen und „legal" getroffene Entscheidungen im besonderen haben nur dann einen vernünftig begründbaren Anspruch[46]) auf Unterwerfung, wenn sie das leisten (gewährleisten oder realisieren), dessentwegen jedermann Grund hat, sich freiwillig zu unterwerfen. „Die *Modalität* der Gesetze (sofern sie auf dem Rechtsprinzip beruhen, GG) ist, daß die Freiheit nicht durch willkürliche Zwangsgesetze, sondern nur die, ohne welche die bürgerliche Vereinigung nicht bestehen kann und die also in dieser schlechthin *notwendig* sind, eingeschränkt werde. Salus rei publicae (die Erhaltung der bloßen gesetzlichen Form einer bürgerlichen Gesellschaft) suprema lex est."[47]) Wird dieser

[43]) Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, in: Ausgew. Werke, Bd. II, Meiner, Leipzig, 1912, S. 152.

[44]) Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, München-Leipzig, 1932, S. 30.

[45]) ebenda, S. 14.

[46]) Hiermit ist selbstverständlich kein „Rechtsanspruch" gemeint, denn ein solcher wird ja überhaupt erst durch das positive Recht möglich gemacht, nämlich „gesetzt".

[47]) Kant, Brief an Heinrich Jung-Stilling, Nach dem 1. 3. 1789, in: Kants Briefe, Insel, Leipzig, 1911, S. 152 f. Hervorhebung von Kant.

Grundsatz verlassen, dann gibt es zwar kein positiv formulierbares und einklagbares Widerstandsrecht, wohl aber einen Widerstandsgrund.[48]) Wird — wie etwa unter Hitler — die Rechtsordnung ihrer fundamentalen Funktion und damit ihrer Zwangsgewalt der Legitimation beraubt, so ist das Resultat ein „Naturzustand", auf den der Begriff „Recht" im Sinne des Rechtsprinzips überhaupt nicht anwendbar ist. In diesem Sinne begeht der Widerstandskämpfer auch kein „Unrecht", wenn er sich selbst das zu sichern versucht, was die Rechtsordnung ihm hätte sichern sollen. „Gebt mir friedlich mein Recht, oder ich überziehe euch mit Krieg!"[49]) Die Frage, ob es eine moralische Berechtigung oder sogar Pflicht zu einem solchen Widerstand gibt, liegt jenseits der hier angestellten, rechtsphilosophischen Überlegungen. Es muß an dieser Stelle genügen, darauf hinzuweisen, daß Rechtssetzung, Rechtsentscheidung und Machtausübung durch Legalität allein sich niemals ausreichend zu legitimieren vermögen.

Die Legalität der Entscheidungen liefert deren Legitimität nur innerhalb des jeweiligen Rechtssystems. Dessen eigene Legitimität kann sich nicht auf Legalität gründen, sondern nur auf die Vereinbarkeit mit dem Rechtsprinzip, wenn nämlich die Rechtsordnung und die in ihr getroffenen Entscheidungen die Bedingung erfüllen, von jedermann notwendig anerkannt werden zu können. Im Hinblick auf die oberste Instanz oder die Obrigkeit als ganzes kann ex definitione die Unterscheidung von „legal" und „illegal" nicht angewendet werden. „La volonté générale" (als deren Ausdruck innerhalb des positiven Rechtssystems ja die jeweilige

[48]) Den Charakter der „Übergesetzlichkeit" und Nichteinklagbarkeit hat übrigens schon der Kronzeuge zugunsten des Widerstandsrechts, John Locke, klar gesehen. Siehe z. B. Two Treatises of Government, Book II, Ch. XIX, § 242, Everyman's Library, London-New York, 1936, S. 241: „Force between either persons who have no known superior on earth, or which permits no appeal to a judge on earth, being properly a state of war, wherein the appeal lies only to Heaven; and in that state the injured party must judge for himself when he will think fit to make use of that appeal and put himself upon it." Wenn die gesamte Rechtsordnung selbst in Frage steht, gibt es keine irdischen Richter mehr, sondern nur noch den Anruf des Himmels oder — untheologisch — die eigene Gewissensentscheidung. Damit ist die Frage des „Widerstandsrechts" auf die Ebene der Ethik gelangt, wo die Möglichkeit einer Beantwortung zu suchen ist. Für die Politik bleibt in diesem Zusammenhang aber wichtig, daß Locke's Antwort zweifellos einen anderen (kritischeren und damit „demokratischeren") Einfluß auf das politische Bewußtsein hatte als etwa Luther's Obrigkeitslehre.

[49]) Fichte, Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die Französische Revolution (1793), 3. Kap.

oberste Instanz fingiert wird) „est toujours droite."[50]) Nur heißt dieses „droite" eben in der Realität nicht unbedingt „Recht" im Sinne des Rechtsprinzips oder „unfehlbar". Derjenige „Positivismus", für den das einzige Merkmal des „Rechts" die Positivität durch staatliche Setzung ist, hat keinerlei Möglichkeit, zwischen einer Rechtsordnung und einer bloßen Machtordnung zu unterscheiden. Die Konsequenz des strikt und ausschließlich system-immanenten (legalistischen) Denkens und der Identifizierung von Legalität und Legitimität ist der unbedingte Gehorsam.[51])

Dieser Weg ist bereits beschritten, wenn Freiheit — ebenfalls system-immanent und dann tautologisch — als das Recht oder die Befugnis verstanden wird, alles zu tun, womit man anderen kein Unrecht tut; wobei das, was Unrecht ist, vom positiven Recht bestimmt wird. Freiheit wird damit zur Erlaubnis, alles zu tun, was erlaubt ist.[52])

Im Sinne des Rechtsprinzips dagegen handelt es sich bei der Freiheit und bei dem aus ihr abgeleiteten Katalog von Grundrechten nicht um etwas, was den Bürgern von der Verfassung oder gar von „dem Staat" zugestanden wird,[53]) auch nicht um die Sicherung eines „staatsfreien" Raumes, sondern um die Grundlage des Staates selbst, um das, was ihn legitimiert und ihm Ziel und Grenze zu-

[50]) Rousseau, Du Contrat Social, Buch II, Kap. 3 S. 252. Kant hat diesen Sachverhalt ebenso lapidar wie folgt formuliert: „der Herrscher im Staat hat gegen den Untertan lauter Rechte und keine (Zwangs-)Pflichten." (Metaphysik der Sitten, S. 438; Klammer von Kant!)

[51]) Siehe z. B. das Urteil des Oberlandesgerichts Kiel vom 26. März 1947 (!): „Jede Staatsgewalt, die sich durchgesetzt hat, ist rechtmäßige Gewalt und zu respektieren." — „Die Amtstätigkeit eines Vollzugsbeamten ist bei pflichtmäßiger Vollstreckung immer rechtmäßig" cit. aus der „Anmerkung der Redaktion" zu: Adolf Arndt, Die Krise des Rechts, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S. 132.

[52]) Man vergleiche Art. 2 I GG: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt ..."

[53]) Das geschieht z. B. in Art. 2 I GG, wenn es heißt: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht ... gegen die verfassungsmäßige Ordnung ... verstößt." Wenn das Bundesverfassungsgericht als „verfassungsmäßige Ordnung" die „Gesamtheit der Normen" bezeichnet, „die formell und materiell der Verfassung gemäß sind" (BVerfGE 6, 32), und den § 175 StGB für eine solche Norm erklärt (BVerfGE 6, 389), dann ist damit die Einschränkung der Freiheit des männlichen Homosexuellen verfassungsmäßig, ja „grundrechtlich" „gerechtfertigt". — Tatsächlich kommt in Art. 2 GG zunächst der *gesamte* Freiheitsspielraum zur Disposition, indem sich die Verfassung gleichsam vorbehält, ihn im einzelnen zu bestimmen. Nirgendwo findet sich ein Hinweis auf ein „Menschenrecht", durch das die Verfassung selbst in ihren konkreten Normierungen gebunden sei. Ein solcher Hinweis wäre freilich nur eine Erklärung gewesen im Sinne der „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" von 1789.

gleich setzt.[54]) Deshalb sind demokratischer Staat und Freiheit der Bürger gleichermaßen gefährdet, wenn die Herrschenden diesen Freiheitsraum zu manipulieren versuchen[55]) oder (und) die Bürger ihn als Freiheit *vom* Staat mißverstehen und dann die Politik den „anderen da oben" überlassen.[56]) Freiheit und Staat sind bedroht, wenn sie als (legal garantierbare) Fakten und Zustände und nicht als Aufgabe, Tat und Wagnis begriffen werden. Das Ergebnis dieses Mißverständnisses sind lauter falsche Alternativen aus der unvermeidbaren Antinomie von Freiheit und Ordnung, Rechtsprinzip und positivem Recht, Notwendigkeit und Unzulänglichkeit der je konkreten Rechtsordnung, Kontrolle und Handlungsfähigkeit politischer Organe, ideellem „Gemeinwohl" und tatsächlicher Interessenrepräsentation, Regeln eines Spiels (das auch ein „Vorspiel zum Schweigen" sein kann) und dessen Inhalten und Einsätzen. Die möglichen Folgen solcher Alternativen hat Pascal mit der Brillanz seiner „Pensées"[57]) formuliert: „La multitude qui ne se réduit pas à l'unité est confusion; l'unité qui ne dépend pas de la multitude est tyrannie."[58])

Heidelberg, den 3. Juli 1969

[54]) Diese Freiheit bestimmte Kant als „die Befugnis, keinen äußeren Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Beistimmung habe geben können." (Zum Ewigen Frieden, S. 204.) Sie ist die Bedingung aller „verfassungsmäßigen Ordnung", — nicht umgekehrt! Und insofern müßte in bezug auf den § 175 StGB erst einmal gezeigt werden, daß ohne ihn die Ordnung von Recht und Staat in Deutschland selbst in Frage stände.

[55]) z. B. bereits durch Einführung und mit Hilfe des „Sittengesetzes" als dritter Freiheitsschranke in Art. 2 I GG.

[56]) „Noch die Weimarer Reichsverfassung sieht säuberlich getrennt auf der einen Seite den Staat, ein öffentliches Gebäude aus Obrigkeiten, die man formal organisieren zu können glaubte, und auf der anderen Seite die Grundrechte als ein ruhiges Gelände privater Schrebergärten, wo jeder seinen Kohl ungestört pflanzen durfte — bis eines Tages der Einsturz des hohlen Staatsgebäudes auch die vorgelagerte Laubenkolonie unter seinen Trümmern begrub." (Adolf Arndt, Geist der Politik, S. 208.)

[57]) Pensées, Garnier, Paris, 1964, Nr. 871, S. 317.

[58]) Am Ende dieser stark abstrakten und formalistischen Gedankengänge drängen sich unabweislich im Hinblick auf die mögliche Vermeidung falscher Alternativen und die eingangs erwähnte „dialektische Aufhebung" der Antinomien eine Reihe von Fragen auf, deren Erörterung jedoch einer späteren Veröffentlichung vorbehalten bleiben muß. Sie seien mit einer paar Stichworten angedeutet: mögliche Inhalte demokratischer Politik; Sinn und Kritik des sogenannten „Gemeinwohls"; Berechtigung und Gefahren von Wohlfahrtspolitik und Fürsorgestaat; Probleme der *materiellen* Sicherung der demokratischen Prinzipien; politisches Bewußtsein, öffentliche Meinung, Kritik; Demokratie als Erziehungs- und Elitenproblem.