

Martin Kriele

Einführung in die Staatslehre

Die geschichtlichen Legitimitäts-
grundlagen des demokratischen
Verfassungsstaates

6., überarbeitete
und erweiterte Auflage

Martin Kriele

Einführung in die Staatslehre

Kohlhammer

Martin Kriele

Einführung in die Staatslehre

Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen
des demokratischen Verfassungsstaates

6., überarbeitete und erweiterte Auflage

Kohlhammer Verlag

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kriele, Martin:

Einführung in die Staatslehre: die geschichtlichen
Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungs-
staates / Martin Kriele – 6., überarb. Aufl. – Stuttgart; Berlin; Köln:
Kohlhammer, 2003

ISBN 3-17-018163-7

1.–10. Tausend März 1975

2. Auflage 1981 (wv studium, Bd. 35)

3., um ein Nachwort erweiterte Auflage 1988 (wv Studium, Bd. 35)

4. Auflage 1990 (wv Studium, Bd. 35)

5. überarbeitete Auflage 1994

6. überarbeitete und um ein Nachwort ergänzte Auflage 2003

Alle Rechte vorbehalten

© 2003 W. Kohlhammer GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist nur mit Zustimmung des Verlags zulässig.

E-Book-Formate:

pdf: ISBN 978-3-17-029573-5

Vorwort zur 6. Auflage

Auf Grund der anhaltenden Nachfrage hat sich der Kohlhammer Verlag freundlicherweise zu einer Neuauflage dieses Buches erboten. Dafür sage ich herzlichen Dank. Dem Westdeutschen Verlag danke ich dafür, dass er sich bereit erklärt hat, die Rechte freizugeben.

Das Werk wurde für die 5. Auflage einer gründlichen Umarbeitung unterzogen, die den veränderten politischen Umständen im Ost-West-Verhältnis und im Europarecht Rechnung trägt und neuere Literatur berücksichtigt. Seither hat sich kein Anlaß zu erneuter Umarbeitung ergeben. Die historischen und philosophischen Erörterungen dieses Buches finden in der einschlägigen Literatur des In- und Auslands breite Bestätigung und Anerkennung. Neben kleineren Bereinigungen in Text und Anmerkungen genügt deshalb, ein »Nachwort 2003« hinzuzufügen, das zu aktuellen Fragen Stellung nimmt und Zukunftsperspektiven zu skizzieren versucht.

Die in diesem Buch anklingenden rechtsphilosophischen Fragen habe ich noch einmal zusammenfassend erörtert in: »Grundprobleme der Rechtsphilosophie«, Wissenschaftliche Paperbacks, LIT Verlag, Münster, Hamburg, London 2003.

Martin Kriele

Aus dem Vorwort zur 5. Auflage

Der Zusammenbruch des Kommunismus in Osteuropa, die deutsche Vereinigung, neue Schritte auf dem Wege zur Europäischen Union und andere Veränderungen der Weltlage haben eine Überarbeitung des Buches unabweisbar gemacht. Dies gab zugleich Gelegenheit, einige wesentliche Gesichtspunkte neu aufzunehmen. Überholtes wurde dafür gestrichen. Ferner wurde der Text durch Umstellungen und sprachliche Klärungen verbessert. Gestrichen oder wesentlich gekürzt wurden aus den bisherigen Auflagen die §§ 17, 20, 25, 77–79 und 83, die an Aktualität und Relevanz verloren haben. Neu hinzugekommen sind die jetzigen §§ 52–57, 84–86 sowie eine Reihe kleinerer Abschnitte. Doch sowohl das Gerüst des Ganzen als auch die meisten Kapitel konnten erhalten bleiben.

Der Leser wird in dem Buch die Spuren der Dramatik und Leidenschaft seiner Entstehungsgeschichte finden. Den Hintergrund bildete die Auseinandersetzung mit jener ideal-marxistisch orientierten Studentengeneration der Jahre nach 1968, die aus dem Nationalsozialismus den Schluß zog: Da sich politisch rechte Positionen mit so überwältigender Evidenz als verheerend erwiesen haben, seien »also« linke – zumindest im Prinzip – ohne weiteres gut. Demgegenüber galt es, die Institutionen des demokratischen Verfassungsstaates einleuchtend zu machen. Das konnte nur durch Vergegenwärtigung ihrer historischen Gründe und Entstehungsbedingungen geschehen.

Zum Werden dieses Buches haben unzählige Seminardiskussionen mit den damals sehr belesenen und intelligent argumentierenden Studenten beigetragen. Diesen möchte ich an dieser Stelle noch einmal Dank sagen. Viele von ihnen haben inzwischen verantwortliche Stellen in unserem Staat oder in den demokratischen Parteien inne. Viele hielten den persönlichen Kontakt zu mir aufrecht und haben mir versichert: Die Argumente, denen sie damals so beharrlich widersprachen, hätten sie langfristig doch überzeugt und mit dem Staat des Grundgesetzes versöhnt. Mag auch die damalige Infragestellung der Demokratie in ihrer Wucht gebrochen sein: Sie warf die Fragen nach Ursprüngen und Gründen des demokratischen Verfassungsstaates auf, und diese Fragen behalten ihre Bedeutung über den Anlaß der konkreten Herausforderung hinaus.

Dieses Buch hat seine Freunde nicht nur im deutschsprachigen Raum gewonnen, sondern auch in einer Reihe von jungen Demokratien Südeuropas, Lateinamerikas und Ostasiens, und hat zur Legitimität und Stabilität des demokratischen Verfassungsstaates beigetragen. Viele Leser in Deutschland und von fernher haben mir Fragen gestellt oder Anregungen gegeben, die der Neuauflage zugute gekommen sind. Ihnen allen sage ich an dieser Stelle nochmals Dank.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 6. Auflage	V
Aus dem Vorwort zur 5. Auflage	VI
§ 1 Einleitung	1

I. Teil Friede: Der Staat

1. Kapitel: Legitimität

§ 2 Souveränität und Legitimität	8
§ 3 Amt, Macht und Recht	10
§ 4 Rechtspositivismus und Legitimität	14
§ 5 Der utilitaristische Individualismus	17
§ 6 »Materiale Rationalität« als Legitimitätsgrundlage	22
§ 7 Auflösung der Normativität in Faktizität	25
§ 8 Praktische Vernunft	27

2. Kapitel: Innere Souveränität und Absolutismus

§ 9 Innerer Friede	32
§ 10 Die »dritte Partei« im konfessionellen Bürgerkrieg	34
§ 11 Risiko: Bürgerkrieg mit Polizeimitteln	38
§ 12 Souveränität des Staates oder eines Souveräns?	41
§ 13 Die Legitimitätsbedingungen der Souveränität	44
§ 14 Der Absolutismus vor der Französischen Revolution	47

3. Kapitel: Äußere Souveränität und der völkerrechtliche Staatsbegriff

§ 15 Souveränität und Geltung des Völkerrechts	50
§ 16 Die Friedensfunktion des Staatsbegriffs	52
§ 17 Typen von Staatsbegriffen	57
§ 18 Staatsgewalt und unterstaatliche Gewalt	60
§ 19 Staatsgewalt und überstaatliche Gewalt	63
§ 20 Das Staatsgebiet	66

Inhaltsverzeichnis

§ 21	Gebietshoheit	68
§ 22	Das Staatsvolk	70
§ 23	Die Nation	73

II. Teil Freiheit: Der Verfassungsstaat

1. Kapitel: Die Wurzeln des Verfassungsstaates im England des 17. Jahrhunderts

§ 24	Die Herausforderung: Absolutismus in England?	76
§ 25	Die Antwort: Rule of Law	79
§ 26	»Pouvoir neutre« oder Bürgerkrieg mit Polizeimitteln?	82
§ 27	Bürgerkrieg für den Frieden	85
§ 28	»Der Mensch ist böse«	87
§ 29	Die Vermutung zugunsten der Vernunft des Rechts	94
§ 30	Ausnahme- und Normalzustand	99

2. Kapitel: Gewaltenteilung und Menschenrechte

§ 31	Im Verfassungsstaat gibt es keinen Souverän	101
§ 32	Rechte oder Toleranzen	106
§ 33	Menschenrechte: angelsächsisches Recht oder naturrechtliche Aufklärung?	109
§ 34	Das Ur-Grundrecht	112
§ 35	Der Ursprung der amerikanischen Verfassungen	116
§ 36	Von den amerikanischen Verfassungen zur französischen Revolution	119

3. Kapitel: Die zwei französischen Revolutionen 1789 und 1792

§ 37	Der »pouvoir constituant« (1788–1791)	123
§ 38	Legitimität kraft Vermutung stillschweigender Zustimmung	127
§ 39	Der Verfassungsstaat (1791)	130
§ 40	Souveränität des Volkes oder des Königs	133
§ 41	Der Zerfall des Verfassungsstaates (1792)	136
§ 42	Parlamentssouveränität (1792–1793)	140
§ 43	Wohlfahrtsdiktatur (1793–1794)	142
§ 44	Angelsächsische und französische Demokratie	147

4. Kapitel: Persönliche und wirtschaftliche Freiheit

§ 45	Verfassungsliberalismus und Wirtschaftsliberalismus	151
§ 46	Wirtschaftsplanung und Planwirtschaft	155
§ 47	Der Besitzindividualismus	157
§ 48	Die Korruption der Marktwirtschaft durch den Besitzindividualismus	160
§ 49	Die Korruption des Verfassungsstaates durch den Besitzindividualismus (am Beispiel der US-Verfassung)	165
§ 50	Die Aushöhlung der Grundrechte	168
§ 51	Die marxistische Antwort auf den Besitzindividualismus	173

III. Teil Gerechtigkeit: Der demokratische Verfassungsstaat

1. Kapitel: Freiheit und Gleichheit

§ 52	Zusammengehörigkeit oder Gegensatz von Freiheit und Gleichheit?	177
§ 53	Menschenwürde	181
§ 54	Andere Gründe für Freiheit und Gleichheit	186
§ 55	Freiheit, Gleichheit und gewaltenteilende Demokratie	188
§ 56	Gleiche bürgerliche und politische Rechte	191
§ 57	Gleichheit in Rechtsprechung, Verwaltung und Gesetzgebung	195
§ 58	Das Allgemeine Gesetz und die soziale Gerechtigkeit	196
§ 59	Allgemeines und gleiches Wahlrecht	200

2. Kapitel: Die naturrechtlichen Grundlagen des Parlamentarismus

§ 60	Gerichtlicher und politischer Prozess	204
§ 61	Parteien und Fraktionen	208
§ 62	Wahrheit durch öffentliche Diskussion?	213
§ 63	Die Infragestellung der praktischen Vernunft	216
§ 64	Ideologie	219
§ 65	Wertrelativismus und Interessenpluralismus	223
§ 66	Der dialektische Diskussionsbegriff	226
§ 67	Fortschritt	229
§ 68	Mehrheit, Öffentlichkeit, Konventionalregeln	232

Inhaltsverzeichnis

3. Kapitel: Das Alternativkonzept: Identität von Herrschenden und Beherrschten

§ 69	»Volksouveränität«	237
§ 70	Identität und Freiheit	242
§ 71	Selbstaufhebung der Identitätsdemokratie	246
§ 72	Warum der Staat nicht absterben kann	249
§ 73	Der demokratische Verfassungsstaat – demokratische Halbheit?	254
§ 74	Repräsentation oder Identität	257
§ 75	Wieviel Identität ist möglich?	259
§ 76	Rätedemokratie	262
§ 77	Das imperative Mandat	265
§ 78	Ursachen für das Scheitern der Räte	267

4. Kapitel: Der demokratische Verfassungsstaat in Deutschland

§ 79	Konservatismus im 19. Jahrhundert	273
§ 80	Bei wem liegt der pouvoir constituant?	279
§ 81	Die Verfassungsrevolution von 1848	282
§ 82	Demütigungen des demokratischen Liberalismus	285
§ 83	Rule of Law und Rechtsstaat	287
§ 84	Die Katastrophe von 1933	289
§ 85	Die Widerstandslosigkeit des deutschen Liberalismus	294
§ 86	Lehren aus dem Nationalsozialismus	297

Nachwort 2003	302
Namenregister	315
Weiterführende Literatur	319

§ 1 Einleitung

1

Die im Grundgesetz verfasste Staatsordnung der Bundesrepublik ist eine Variante des Staatstypus »demokratischer Verfassungsstaat«, der sich im Laufe der Neuzeit, von England, Amerika und der Französischen Revolution ausgehend, über die westliche Welt verbreitet hat. Ein vertieftes Verständnis unseres öffentlichen Rechts setzt eine gewisse Vertrautheit mit diesem Staatstypus, seinen Grundgedanken, seinen Problemen und seiner Geschichte, voraus. Erst aus dieser Vertrautheit gewinnen der Jurist und der an Staat, Politik und öffentlichem Recht Interessierte den Einblick in die Gründe und Zwecke der staatsrechtlichen Institutionen und damit die Fähigkeit zu ihrer wissenschaftlichen Interpretation, Fortbildung und Ergänzung und zur Teilnahme an der Diskussion um Verfassungsreformen. Staatslehre wird deshalb in den juristischen Fakultäten entweder als Einführung in das öffentliche Recht oder als Vertiefung des öffentlichen Rechts gelehrt – je nachdem, ob man es vorzieht, vom Allgemeinen zum Besonderen fortzuschreiten oder induktiv vom Besonderen auf das Allgemeine zurückzugehen.

Der Staat ist ein in seiner Komplexität unerschöpfliches Thema. Er gibt Anlass zu politischen, ideologischen, anthropologischen, ökonomischen, historischen, ideengeschichtlichen, ethischen, phänomenologischen und anderen Fragen. Die Staatslehre ist deshalb eine Wissenschaft, in der heute, im Zeitalter der Spezialisierung, viele Disziplinen zusammenwirken, insbesondere Politologie, Volkswirtschaftslehre, Geschichte und Philosophie in ihren verschiedenen Ausfäucherungen. Die im Bereich der Rechtswissenschaft angesiedelte Staatslehre (oder »Allgemeine« Staatslehre) hat eine doppelte Funktion: Sie ist – als Wissenschaft – der Beitrag, den der Jurist aus seiner Vertrautheit im Umgang mit den Normen und Institutionen des Rechts zu den interdisziplinären Staatswissenschaften zu leisten vermag. Sie ist andererseits – als Lehrfach – die Heraussortierung und Vermittlung der Erkenntnisse der interdisziplinären Staatswissenschaften, die den Juristen besonders angehen.

Ihn geht besonders an, was dem vertieften Verständnis der staatsrechtlichen Institutionen dient. Diesem Zweck dient es in erster Linie, wie schon *Savigny* gelehrt hat, die Institutionen bis zu ihrer **geschichtlichen Wurzel** zurückzuverfolgen. Das gilt für die Institutionen des öffentlichen Rechts noch mehr als für die des Zivilrechts. Man versteht sie am besten aus den historischen Situationen, in denen sie sich durchgesetzt und bewährt haben. Welche Zwecke, Interessen und Mächte standen dahinter? Welchen Übeln oder Gefahren sollten sie abhelfen? Welche Mächte und Interessen stellten sich ihnen entgegen? Gelten die Rechtfertigungsgründe, die sie damals trugen, auch noch unter den heutigen veränderten Umständen? Was wären die Realalternativen? Was lehrt die geschichtliche Erfahrung über Sinn, Bewährung, Stabilität oder Gefährdung dieser Institutionen? Was ergibt sich daraus für ihre Interpretation und eventuell für ihre Reformbedürftigkeit?

Solche und ähnliche Fragen lassen sich nur beantworten, wenn man die einzelnen staatsrechtlichen Institutionen nicht isoliert, sondern als Ausfäucherungen des **Typus »demokratischer Verfassungsstaat«** versteht. So haben z. B. Grundrechte, Parteien oder Wahlen in einem demokratischen Verfassungsstaat mit Gewalten-

teilung und richterlicher Unabhängigkeit eine gänzlich andere Bedeutung als etwa in Systemen des sog. »demokratischen Zentralismus«. Es kommt darauf an, den demokratischen Verfassungsstaat aus seinen Grundgedanken heraus zu verstehen; dann ergeben sich daraus von selbst Gesichtspunkte für die Interpretation seiner einzelnen Institutionen.

Einer »Einführung« in die Staatslehre ist es angemessen, vor allem die Grundgedanken des demokratischen Verfassungsstaates aufzusuchen und die Grundlinien ihrer Entwicklung zu verfolgen. Die **Erinnerung an die Grundgedanken** wachzuhalten ist um so dringender, als Krisen der Weltwirtschaft, die Reduzierung des Lebensstandards, die Verschärfung der Verteilungskämpfe, neuentwickelte Erpressungsmethoden, Polarisierung und Reideologisierung zu Legitimitäterschütterungen des demokratischen Verfassungsstaates führen können. Es wird dann darauf ankommen, sich bewusst zu sein, dass und warum der demokratische Verfassungsstaat trotz seiner Schwächen die wesentlichen **Probleme langfristig besser lösen** kann als jeder andere Staatstypus: weil er nämlich die verhältnismäßig günstigsten Realbedingungen für inneren Frieden, Freiheit und Gerechtigkeit schafft.

Zu sagen: **Friede, Freiheit und Gerechtigkeit** seien die Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, mag auf den ersten Blick abstrakt erscheinen. In der Tat bezeichnen diese Begriffe nur schlagwortartig sehr komplexe Sachverhalte. Sie gewinnen aber Inhalt und Leben aus den konkreten geschichtlichen Situationen des Bürgerkrieges, des Terrors und der Ungerechtigkeiten, die eine Herausforderung an die menschliche Vernunft bedeutet haben und auf die die Entwicklung des demokratischen Verfassungsstaates die Antwort gewesen ist. Der konfessionelle Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts erweckte die Sehnsucht nach innerem **Frieden**. Nur der auf dem Prinzip der Souveränität beruhende moderne **Staat** konnte den Bürgerkrieg beenden. Er brachte aber in seiner absolutistischen Variante zugleich die Gefahr des konfessionellen und geistigen Terrors mit sich und weckte die Sehnsucht nach **Freiheit**, die nur die Bändigung des Staates im Verfassungsstaat stillen konnte. Der **Verfassungsstaat** aber erwies sich in seiner ursprünglichen Gestalt als vereinbar mit Sklaverei, Klassenspaltung und sozialem Elend. Die Sehnsucht nach mehr **Gerechtigkeit** konnte und kann nur durch eine Fortentwicklung zum **demokratischen und sozialen Verfassungsstaat** gestillt werden.

Zur Staatslehre gehören geschichtliche Darlegungen. Aber die Staatslehre ist nicht Verfassungsgeschichte. Sie erörtert ihre Probleme systematisch und blendet historische Rückblicke nur ein. Vor allem aber beschränkt sie sich nicht wie die Verfassungsgeschichte auf den deutschen Raum. Dass die geschichtlichen Rückblicke mehr noch auf die angelsächsische als auf die französische Geschichte eingehen, beruht nicht einfach nur auf einer persönlichen Vorliebe des Verfassers. Der Grund dafür ist vor allem, dass die **rechtliche Bedingtheit** der Staatsmacht, die »rule of law«, die wir der **angelsächsischen Tradition** verdanken, die letztlich entscheidende Grundlage für Freiheit und Demokratie ist. Der **französischen Tradition** verdanken wir in erster Linie die Ideen der **Souveränität** und der **Gleichheit**, die in Verbindung mit der »rule of law« den demokratischen Verfassungsstaat ausmachen, ohne diesen Zusammenhang jedoch Freiheit und Demokratie nicht gewährleisten können. Da die geschichtliche Verbundenheit Deutschlands mit Frankreich stets enger war als mit England und Amerika, sind die angelsächsischen Wurzeln des demokratischen Verfassungsstaates, die eineinhalb Jahrhun-

derte älter sind als die Französische Revolution, in Deutschland weniger bewusst und bedürfen deshalb etwas eingehenderer Darstellung.

2

Der Fortschritt ist nicht abgeschlossen, sondern bedarf der Institutionalisierung eines Systems **globaler Kooperation**, das die äußere Souveränität der Staaten beschränkt. Nur auf diese Weise können die Herausforderungen unserer Zeit bewältigt werden: die Sicherung des Weltfriedens, die Ernährung der Menschheit, die Rettung von Luft und Wasser, eine langfristige Vorratswirtschaft der Ressourcen, die Lösung des Energieproblems, die Infrastrukturprobleme, der Ausgleich der Weltregionen, die allgemeine Teilhabe an Bildung und Kultur, die notwendige Umgewöhnung auf einen bescheideneren und vielleicht nicht mehr wachsenden Lebensstandard.

Die Parole der Französischen Revolution »**Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit**« hat den inneren **Frieden** schon vorausgesetzt. Die Idee des Fortschritts ist insgesamt vierstufig: Friede, Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit. Die Entwicklung seit der Französischen Revolution hat sich auf Freiheit und Gleichheit beschränkt. Das Element der »Brüderlichkeit« (heute sagen wir weniger pathetisch: der Solidarität und Kooperation) wurde lediglich ansatzweise mit der innerstaatlichen Sozialstaatlichkeit in Angriff genommen, aber keineswegs konsequent und global zum Problem gemacht. Nunmehr kann die globale Kooperation und Solidarität schlechterdings zur Überlebensfrage der Menschheit werden. Die Voraussetzung dafür ist, dass **das schon Erreichte** an Friede, Freiheit und Gerechtigkeit zunächst einmal festgehalten wird.

Aber die Gefahr ist groß, dass wir, anstatt auf dieser Grundlage die ungeheuren Probleme, die auf uns zukommen, anzupacken, die Grundlagen selbst in Frage stellen, und zwar als Erstes den inneren Frieden: durch Anheizen der Rechts-Links-Polarisierung, durch rücksichtslose Verteilungskämpfe auf Kosten der Gesamtheit und der nicht organisierbaren Gruppen, durch ideologisch simplifizierende Feindbilder (»das Kapital«, »die Linken« usw.) und durch die Vorstellung, der Sieg über den »Feind« sei die Voraussetzung zur Lösung der komplexen Weltprobleme. Kommt jedoch zu all den drängenden Problemen eine bürgerkriegsähnliche innere Spannung hinzu, so beginnen wir wieder da, wo wir im 16. Jahrhundert begonnen haben: Als Erstes wird der innere Friede erzwungen und mit dem Verlust von Freiheit und Gerechtigkeit bezahlt werden. Welche Seite immer siegt, sie kann sich nur behaupten, wenn sie den **Bürgerkrieg mit Polizeimitteln** weiterführt, also Terror übt. Damit können vielleicht einige Probleme kurzfristig gelöst werden, die Lösung der Gesamtprobleme aber wird erheblich erschwert. Diese Erschwerung hat zwei Gründe. Einmal: In einem Klima von Furcht und Anpassung werden Vernunft und Kreativität erstickt. Zum anderen: Die Probleme sind so komplex, dass Lösungen nur im offenen Prozess freier **Diskussion und Kooperation** gefunden werden können. Deshalb erweisen sich alle Diktatoren ohne Ausnahme nach kurzer Zeit als borniert und rückständig. Freiheit bietet zwar auch keine Gewähr dafür, dass sich die Vernunft durchsetzt, aber sie ist die erste und unerlässliche Voraussetzung dafür. Nur durch ein Optimum an Freiheit und Vernunft kann es zu der globalen Kooperation kommen, die für das Überleben der Menschheit unerlässlich ist.

Ein Grundproblem, das es gegenwärtig zu lösen gilt, ist, Institutionen zu schaffen, die einerseits mächtig genug sind, die Gemeinschaftsinteressen gegenüber den mächtigen gesellschaftlichen Verbänden, z. B. gegenüber multinationalen Konzernen und Gewerkschaften, durchzusetzen, und die andererseits die Verfassungsinstitutionen, die die Freiheit und Demokratie gewährleisten, unangetastet lassen. Alle Diktaturen bewerkstelligen das Gegenteil: Sie zerstören die Freiheit der Schwachen, bleiben aber abhängig von großen partikularen Mächten wie Wirtschaft, Militär, Geheimdiensten oder Partei. Die Staatslehre würde erst abgerundet durch die Erörterung der aktuellen politischen Frage: Was tun, um den **Vorrang der Gemeininteressen vor Partikularinteressen bei Aufrechterhaltung von Freiheit und Menschenwürde** zu gewährleisten? Inwiefern sind unsere nationalen und internationalen Institutionen reformbedürftig? Diese Fragen sind jedoch nicht mehr Gegenstand dieses Buches, das sich vielmehr darauf beschränkt, die geschichtlichen Legitimationsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates in Umrissen darzulegen. Es versteht Staatslehre als Versuch der Aufklärung über die Realbedingungen von Frieden, Freiheit und Gerechtigkeit unter Auswertung der Geschichte des demokratischen Verfassungsstaates.

3

Eine Staatslehre, die versucht, zu den politischen Gründen und Hintergründen des demokratischen Verfassungsstaates durchzudringen, ist weder empirisch-beschreibend noch normativ-postulierend, d. h. sie antwortet weder bloß auf die Frage: »Wie ist der Staat tatsächlich beschaffen?« (soziologische Frage nach der Staatswirklichkeit), noch bloß auf die Frage: »Wie **sollte** der Staat beschaffen sein?« (ethische oder normative Frage nach dem Staatsideal). Vielmehr wird die empirische Frage zwar gestellt, aber jeweils ergänzt erstens um die Frage nach den Gründen: **Warum** ist der Staat so und nicht anders beschaffen, wie ist es zu dem Staat gekommen, welche Kräfte und Überlegungen haben ihn bewirkt? Zweitens wird diese Frage ergänzt um die kritische **Prüfung dieser Gründe**: Sind sie einleuchtend? Sind sie wenigstens für die Zeit ihrer Entstehung überzeugend gewesen? Haben sie angesichts der veränderten Umstände ihre Überzeugungskraft verloren? Welche übersehenen oder ausgelassenen Gesichtspunkte sind ihnen gegenüber geltend zu machen?

Eine solche Fragestellung führt in eine kritische Staatslehre, aber sie vermeidet das Auseinanderreißen von Sein und Sollen. Dadurch wird der konkret-geschichtliche und politische Aspekt gewonnen. Zwar müssen Sein und Sollen logisch unterschieden werden. Auf diese methodische Unterscheidung legte die sog. »positivistische« Schule der Allgemeinen Staatslehre seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und besonders seit *Georg Jellinek* großen Wert. Es kann nämlich logisch keinen Schluss vom Sein auf ein Sollen geben: Daraus, dass etwas ist, folgt nicht unmittelbar, dass etwas sein soll. Diese logische Elementareinsicht glauben die Positivisten nach allen Seiten hin verteidigen zu müssen. Sie soll hier nicht in Frage gestellt werden. Worauf es ankommt, ist, dass sie die **Vermittlung von Sein und Sollen** nicht ausschließen darf. Diese Vermittlung erfolgt durch die **Warum-Frage**: Warum wurde diese und jene Institution geschaffen? Diese Frage richtet sich weder allein auf die empirisch beschreibbaren Ursachen noch auf die damals vorgebrachten Begründungen, sondern auf die wirklichen **Gründe**, die aus dem geschichtlichen Zusammenhang begriffenen Motive. Diese Warum-Frage ist zwar

zunächst eine empirische; man antwortet auf sie mit einem historischen Bericht. Bezieht sich der Bericht auf die Entstehungsgeschichte einer Institution, die uns heute noch angeht, brauchen wir uns aber mit dem Bericht nicht zufriedenzugeben, sondern können zu einer kritischen Prüfung und Diskussion der geschichtlich wirksam gewesenen Gründe übergehen.

Der geschichtliche Bericht gibt der Warum-Frage das Realitätsfundament und macht die Kritik wirklichkeitsbezogen. Trennt man hingegen die soziologisch-empirische und die ethisch-normative Frage, so gerät man bei beiden Fragestellungen in Schwierigkeiten: Bei der soziologisch-empirischen Fragestellung ist entscheidend, was man aus der Fülle der Wirklichkeit bemerkt und als **relevant** hervorhebt; das hängt nicht von empirischen, sondern von normativen Gesichtspunkten ab, von den »**erkenntnisleitenden Interessen**« (*Habermas*¹). Bleibt man konsequent beim empirisch beschreibenden Stil, so legt man sich und dem Leser keine Rechenschaft darüber ab. Beschränkt man sich andererseits auf die ethisch-normative oder postulierende Frage nach dem idealen Staat oder nach der Vollendung der Demokratie usw., so verliert man sich im »abstrakten Sollen« (*Hegel*), im Himmel der Utopien. Die Folge ist dann, dass man das in der Verfassungsgeschichte schon Erreichte als selbstverständlich voraussetzt oder es kaum noch wahrnimmt. Dadurch aber gefährdet man das schon Erreichte; es entsteht der »Verleugnungszwang und Regressionseffekt des Sollensdenkens« (*Odo Marquard*²).

Jede Generation entwickelt ihre eigene Staatslehre. Die Themen und die vorherrschenden Gesichtspunkte ändern sich sowohl mit den jeweiligen politischen Herausforderungen als auch mit dem Stand der erkenntnistheoretischen Methodenlehre und der wissenschaftlichen Arbeitsteilung zwischen den einschlägigen Disziplinen. Die »Staatslehre« ist aus der Lehre von der Politik in ihren beiden Hauptströmungen, dem vor allem auf *Aristoteles* zurückgehenden **Naturrecht** und der vor allem auf *Machiavelli* zurückgehenden **empirischen Staatsklugheitslehre**, hervorgegangen. Beide Strömungen waren im deutschen rationalen Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts (*Pufendorf*, *Thomasius*, *Christian Wolff*) in ihren Fragestellungen noch verschränkt und wurden um die juristische Fragestellung der Staatsrechtslehre ergänzt. *Kant*'s grundsätzliche Kritik an dieser Einheit hat zunächst nur zu größerer methodischer Bewusstheit und Unterscheidung, nicht aber zur Trennung in **juristische, empirische und philosophische** Disziplinen geführt. *Hegel* und seine Schüler bis hin vor allem zu *Lorenz v. Stein* haben den Staat als eine unter verschiedenen Aspekten zu betrachtende Einheit angesehen. Für die politisch engagierten Juristen des Vormärz wie *Albrecht*, *Rotteck*, *Welcker*, *Dahlmann*, *v. Mohl* gehörten politisch-moralische Erörterungen ebenso wie juristische und empirische zur Staatslehre.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ging jedoch die Tendenz von der methodisch bewussten Unterscheidung über die Gliederung der Staatslehre in getrennte juristische, empirische und politische Abschnitte³ zur Trennung in ver-

1 *Habermas*, Erkenntnis und Interesse, 1973.

2 *Marquard*, Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie, 1973, S. 37, 47.

3 *Bluntschli* gliederte seine »Lehre vom modernen Staat« (1875) in drei Bände: I. Allgemeine Staatslehre, II. Allgemeines Staatsrecht, III. Politik. *G. Jellinek* gliederte seine »Allgemeine Staatslehre« (1900) in drei Bücher: I. Einleitende Untersuchungen, II. Allgemeine Soziallehre des Staates, III. Allgemeine Staatsrechtslehre.

schiedene Disziplinen. Schließlich wurden Politik und Ethik als »unwissenschaftlich« und »bloß praxisbezogen« aus der wissenschaftlichen Staatslehre verbannt. Die empirischen Fragestellungen wurden in zahlreichen selbständigen wirtschafts- und finanzwissenschaftlichen, soziologischen, geschichtlichen und anderen Disziplinen behandelt. Auch die Philosophiegeschichte wurde insofern empirisch, als sie die Probleme nicht mehr philosophisch erörterte, sondern nur noch distanziert referierte, was über den Staat und seine Zwecke und Funktionen zu verschiedenen Seiten gelehrt worden ist. Für die rechtswissenschaftliche Staatslehre blieb nicht viel mehr übrig als ein Allgemeiner Teil der Staatsrechtslehre, der Verfassungsgeschichte und Verfassungsvergleichung oder gar, wie bei *Kelsen*, nur mehr eine wissenschaftliche Methodenlehre, deren wesentlicher Inhalt die angebliche Notwendigkeit der Trennung normativer und empirischer Betrachtungsweise war.

Die rechtswissenschaftliche Staatslehre nannte sich »Allgemeine Staatslehre«, weil sie glaubte, politische Fragen und deshalb auch die politischen Legitimitätsprobleme, insbesondere die Probleme des demokratischen Verfassungsstaates vermeiden zu sollen. Sie suchte das »allgemeine« Wesen des Staates oder zumindest des europäischen neuzeitlichen Staates darzustellen.

Zwar hat eine Gegenbewegung alsbald eingesetzt und in *Hermann Heller's* »Staatslehre« (Leiden 1934) einen Höhepunkt erreicht. Aber inzwischen hat die Schrumpfung des Themen- und Problemkatalogs der rechtswissenschaftlichen »Allgemeinen Staatslehre« eine Tradition der Selbstbescheidenheit geschaffen, die zur Folge hatte, dass das Fach »Politische Wissenschaft« in die Lücke stieß und die unerledigte Aufgabe übernahm, die verschiedenen Disziplinen der Staatswissenschaft zu integrieren. Die Politische Wissenschaft vermittelt heute die Tradition sowohl der naturrechtlichen als auch der empirischen Staatswissenschaften und stellt den aktuellen Anschluss an die angelsächsische »political science« und die französische »science politique« her, in denen diese Traditionen stets fortgelebt haben. Sie lehrt Politische Theorie, arbeitet aber auch mit empirisch-soziologischen Methoden und umfasst zudem Fächer, die früher ihren Ort in der rechtswissenschaftlichen Staatslehre hatten wie (vergleichende) Verfassungslehre, Regierungslehre (government) und Verwaltungslehre (public administration) sowie internationale Beziehungen.

Angeichts der Stofffülle, der vielgestaltigen inneren Spezialisierung und des z. T. hohen Standards der heutigen Politischen Wissenschaft erweist sich die Vonselbständigung der Politischen Wissenschaft als Gewinn. Wollte die rechtswissenschaftliche Staatslehre versuchen, anstatt sich von der Politischen Wissenschaft bereichern und befruchten zu lassen, verlorenes Terrain zurückzugewinnen oder mit der Politischen Wissenschaft zu konkurrieren, so würde sie sich zum Dilettantismus verurteilen. Indessen ist der ihr verbliebene Beitrag zu den Staatswissenschaften wichtig genug und vermag Gesichtspunkte beizusteuern, die ohne sie zu kurz kämen: nämlich das vertiefte **Verständnis der staatsrechtlichen Institutionen und ihrer Legitimitätsgrundlagen.**

Zu den üblichen Standardthemen der rechtswissenschaftlichen Staatslehre gehören einige, die in dieser Einführung nicht angesprochen werden, z. B. die Probleme der Bürokratie, der Kirchen, der Staatenverbindungen, des Bundesstaates,

sowie Überblicke über Staats- und Regierungsformen. Eine Einführung soll weder die vorhandenen Lehrbücher noch die Vorlesungen ersetzen, die den gesamten Stoff gleichgewichtig zu verteilen haben und das Verweilen bei den Grundproblemen nicht erlauben. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass der Stoff für die Studenten erst lebendig, fesselnd und gegenwartsbezogen wird, wenn das **Problembewusstsein** gerade **in den Grundfragen** geweckt, die Reflexion angeregt und der unentbehrliche **geschichtliche** Wissensstoff in Erinnerung gerufen worden ist.

Diesem Zweck kann diese Einführung auch dann dienen, wenn ihre Thesen im Einzelnen nicht Zustimmung, sondern Widerspruch finden oder wenn man zu der Meinung kommen sollte, dass andere Fragen und Themen als die hier erörterten vordringlicher wären. Der Antwort auf die Frage, was das jeweils Wichtigste ist, haftet unvermeidlicherweise immer etwas Subjektives an, weil sie von der jeweiligen politischen Gesamtkonstellation, ihren Herausforderungen und Gefahren abhängt – und also auch davon, wie man diese Situation und ihre Chancen und Risiken einschätzt. Entscheidend ist, dass diese Einschätzung so realistisch wie möglich ist. Nachträglich stellt sich immer heraus, welche Betrachtungsweise realistisch war. Aber man muss es möglichst vorher wissen. Dazu kann es zumindest hilfreich sein, sich die hier in den Vordergrund gerückten geschichtlichen Erfahrungen und Grundgedanken zu vergegenwärtigen, die für die Entwicklung des demokratischen Verfassungsstaates **Weichen gestellt** haben.

I. Teil Friede: Der Staat

1. Kapitel: Legitimität

§ 2 Souveränität und Legitimität

Zwei Begriffe bilden den Schlüssel zum Verständnis fast aller Probleme der Staatslehre, die sich auf den neuzeitlichen Staat beziehen: Souveränität und Legitimität. In einer ersten und vorläufigen Kennzeichnung richtet sich die Frage nach der Souveränität auf die Durchsetzungsmacht der Staatsgewalt, die Frage nach der Legitimität auf ihre Rechtfertigung. Beide Fragen hängen auf das engste zusammen, ja bilden gewissermaßen die Außen- und Innenseite desselben Problems. Denn die Durchsetzungsmacht der Staatsgewalt besteht nur so lange, als sie im Großen und Ganzen als gerechtfertigt gilt, mindestens bei den Trägern des Staatsapparates. Ist die Legitimitätsgrundlage der Staatsgewalt erschüttert, so kommt es zu passivem und aktivem Widerstand, zu Rechtsverweigerung, zu Sabotage, schließlich zur Totalpolarisierung und zum Bürgerkrieg, der in die Unterwerfung der einen Partei durch die andere und also in den Terror, in den Bürgerkrieg mit Polizeimitteln, mündet. Die Souveränität des Staates hängt von seiner Legitimität ab, und die Legitimität begründet seine Souveränität. Insofern ist die **Legitimitätsfrage die Innenseite der Souveränitätsfrage**. Was sich von außen als einfache Machtfrage darstellt, ist von innen gesehen ein Komplex von moralischen, psychologischen, anthropologischen, ökonomischen und geschichtlichen Fragen.

Je tiefer man in das Legitimitätsproblem eindringt, desto tiefer versteht man, was den Staat »im Innersten zusammenhält«, was ihn und seine Verfassungsgeschichte bewegt, wie Macht und Recht sich wechselseitig bedingen. Desto zuverlässiger kann man aber auch voraussehen, wovon Stabilität oder Labilität des Staates abhängen, wo die aktuellen Zukunftschancen und Gefährdungen des demokratischen Verfassungsstaates liegen, welche dialektischen Bewegungsgesetze und Automatismen in ihm wirken und welche politischen Bedingungen welche politischen Folgen erwarten lassen. Kurz, mit der Legitimitätsfrage ist die Frage nach den **Souveränitätsbedingungen** aufgeworfen. Um diesen Zusammenhang anschaulich zu machen, ist es unvermeidlich, das staatsphilosophische Legitimitätsproblem wenigstens zu skizzieren.

Die Funktionsbedingung eines Staates ist die Verbindlichkeit seiner Entscheidungen. Worauf beruht sie? Von welchen Voraussetzungen und Bedingungen hängt sie ab? Wie kommt es, dass wir Gesetzen, Richtersprüchen, Verwaltungsakten usw. Folge leisten?

Wenn ein Hoheitsakt unseren subjektiven Wünschen und Interessen entgegenkommt, ergibt sich kein Problem. Auch dann, wenn er ihnen widerstreitet, wenn wir z. B. einen Prozess verloren haben, ist es gleichwohl möglich, dass wir die die Entscheidung tragende Norm grundsätzlich anerkennen, dann nämlich, wenn wir

einsehen, dass die Norm im Allgemeininteresse liegt oder auf einer gerechten Abwägung von Interessen beruht und dass wir ihr, wenn wir als Gesetzgeber über sie zu entscheiden hätten, zustimmen würden. Es gibt also Anerkennung einer Entscheidung aus subjektivem Interesse und aus objektiver Einsicht.

Wie aber, wenn wir ein Gesetz für politisch falsch, für unzumutbar, überholt usw. halten? Es gibt drei Möglichkeiten: 1. Kampf gegen die Verfassung, gegen das »System«, das solche Ungerechtigkeiten zulasse; 2. Nichtbeachtung nur dieses einen Gesetzes bei Verfassungstreue im Übrigen; und 3. Beachtung des Gesetzes, verbunden eventuell mit dem rechtspolitischen Kampf für seine Änderung, gemäß der für das angelsächsische Rechtsbewusstsein prägenden Parole: »**to obey punctually, to censure freely**« – pünktlich gehorchen, frei kritisieren.

Die dritte Möglichkeit ist die normale, die übliche, die uns zuerst beschäftigen soll. Warum befolgen wir »normalerweise« Gesetze, die wir politisch missbilligen? Eine naheliegende Antwort lautet: weil wir dazu gezwungen werden könnten, letztlich mittels **physischer Gewalt**, nämlich mittels Polizei, gerichtlicher Zwangsvollstreckung oder Strafen. Staatstheoretisch gesprochen, weil der Staat souverän genug ist, sich durchzusetzen. Ist also die Situation prinzipiell vergleichbar der Zwangssituation, in die uns ein Räuber mit der Alternative »**Geld oder Leben**« stellt und in der wir ihm daraufhin das Portemonnaie aushändigen? Beruht m.a.W. die Geltung des Gesetzes auf dem Kalkül, dass man das geringere Übel wählt, wenn man der Sanktion aus dem Wege geht? Gegen diese Annahme spricht einiges:

Wenn die Geltung des Gesetzes nur auf der Furcht vor der zu erwartenden Sanktion beruhte, so würde in Situationen, die die Gefahr der Sanktion ausschließen, das missliebige Gesetz niemals beachtet werden, und dies mit gutem Gewissen. Die Ausnutzung der Chance, dass eine Gesetzesverletzung unentdeckt bleibt, kommt gewiss häufig vor, aber es gibt auch andere Möglichkeiten. Man kann sich in solchen Situationen sagen: »Dies ist nun einmal Gesetz«. Oder man missachtet zwar das Gesetz, aber doch mit dem Bewusstsein, etwas Unrichtiges zu tun, das man eigentlich nicht tun sollte. Ein solches Bewusstsein hätte niemand, der sich den Forderungen eines Räubers zu entziehen vermag. Warum dann bei der Verletzung eines missbilligten Gesetzes?

Man kann diese Frage noch schärfer stellen, wenn man nicht von der Gesetzesbefolgung durch den **Bürger**, sondern durch den **Beamten** und **Richter** spricht. Warum vollstreckt der Polizeibeamte einen Verwaltungsakt, den er inhaltlich für falsch hält? Weil das von der zuständigen Stelle angeordnet worden ist und weil es seines Amtes ist, den Anordnungen der zuständigen Stelle Folge zu leisten. Warum aber folgt er den Anordnungen der zuständigen Stelle? Nach der Räubertheorie müsste man ihm das Kalkül unterstellen, dass er seine Stellung gefährden könnte, wenn er solchen Anordnungen nicht Folge leistete. Motiviert ihn wirklich nur dies und nichts sonst? Angenommen, der Beamte, der den vollstreckten Verwaltungsakt erlassen hat, hält ihn inhaltlich ebenfalls für unrichtig. Er hat ihn aber dennoch erlassen, weil das dem Gesetz entspricht. Warum tut er das? Nur, weil er verwaltungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen ist? Gesetzt, die Verwaltungsrichter halten das Gesetz ebenfalls für inhaltlich unrichtig, wenden es aber trotzdem an. Warum? Nur weil ihre Entscheidung sonst von einer höheren Instanz aufgehoben würde? Richter sind im Verfassungsstaat unabhängig, das wäre also für sie nicht schlimm. Immerhin, sie könnten ihre Aufstiegschancen beeinträchtigen. Gesetzt, auch die Richter letzter Instanz halten das Gesetz inhaltlich

für unrichtig. Sie wenden es trotzdem korrekt an. Warum? Sie sind sachlich und persönlich unabhängig, sie sind am Ziel ihrer Karriere, was motiviert sie? Von der Räubertheorie her ist diese Frage kaum zu beantworten. Man müsste schon zu etwas hilflosen Konstruktionen greifen, die aber doch gerade nur das Ungenügende der Räubertheorie sichtbar machen würden. Was sie motiviert, ist die **Geltung des Gesetzes**.

Diese Überlegung will deutlich machen: Die Befolgung und Anwendung des Gesetzes lässt sich aus einer Summe von ichbezogenen Zweckkalkülen nicht hinreichend erklären. Es muss hinzukommen die Vorstellung von der Verpflichtungskraft, der Geltung, der Verbindlichkeit des Rechts. »**Verpflichten**« **bedeutet etwas anderes als »nötigen«**. Die Aufforderung des Räubers: »Geld oder Leben« verpflichtet nicht, sie nötigt nur. Gewiss, der Staat nötigt auch, er zwingt seine Bürger zur Einhaltung der Verpflichtungen, nämlich mittels Zwangsvollstreckung oder Strafen und deren Androhung. Aber Verpflichtung geht nicht in der Nötigung auf; die Nötigung tritt zur Verpflichtung hinzu. Die Verpflichtung, die Rechtsgeltung, ist das Primäre. Der nötigende Beamte selbst (oder der den Nötigenden letzten Endes Nötigende) muss schließlich von der **Verpflichtung** überzeugt sein. Denke man sich die Überzeugung von der Verpflichtungskraft weg, so bliebe ein System der Nötigungen übrig, das keinen Tag überdauern könnte. »Der Gewalt weichen ist ein Akt der Notwendigkeit, nicht des Willens, höchstens ein Akt der Klugheit. Inwiefern sollte daraus eine Pflicht werden?« (Rousseau¹).

Man pflegt zwischen **Geltung** und **Wirksamkeit** des Rechts zu unterscheiden: Recht »gilt« kraft seiner Verbindlichkeit, seiner innerlich akzeptierten Verpflichtungskraft; es ist wirksam, soweit es, empirisch feststellbar, befolgt oder durchgesetzt wird. Wer gegen ein Gesetz verstößt, bezweifelt deswegen nicht ohne weiteres seine Geltung; nur ist das Gelten in diesem Fall nicht wirksam geworden. Der Satz: »Die Souveränität beruht auf Legitimität« lässt sich in einem ersten Schritt durch den Satz verdeutlichen: »Die Wirksamkeit des Rechts beruht auf seiner Geltung.«

§ 3 Amt, Macht und Recht

Beruht aber nicht auch, anders herum, die Geltung des Rechts auf seiner Wirksamkeit? Kann Recht als verpflichtend anerkannt werden, wenn nicht eine Zwangsgewalt dahintersteht, die es durchsetzt, nachdem es vom Inhaber der gesetzgebenden Gewalt als verpflichtend angeordnet oder anerkannt worden ist? Anders gewendet: Souveränität beruht auf Rechtsgeltung. Beruht aber nicht auch die Rechtsgeltung auf Souveränität?

Man kann sich die Zusammenhänge am besten am Begriff der **Autorität** anschaulich machen, der gewissermaßen den Schnittpunkt der Begriffe Souveränität und Rechtsgeltung bildet. Der Legitimität der Staatsordnung im Ganzen entspricht die Autorität der jeweiligen Inhaber der Staatsgewalt. Autorität hat m.a.W. der Amtsinhaber in einer legitimen Ordnung. In diesem Sinne sprechen wir von **Amtsautorität** und unterscheiden sie von **persönlicher Autorität**. Persön-

1 Rousseau, Le Contrat Social, I 3.

liche Autorität beruht auf eindrucksvollen Eigenschaften einer Person: auf ihrem Wissen, ihrer Erfahrung, ihrem Charakter, einer ihrer Willenskraft entspringenden Strahlkraft oder dergleichen. Dass jemand ein Amt innehat, kann seiner persönlichen Autorität zugute kommen, wenn man nämlich vermuten kann, dass er das Amt seiner Leistung und seinen Qualitäten verdankt. Die Amtsautorität ist von der persönlichen Autorität aber grundsätzlich unterschieden. Sie haftet am Amt, nicht an der Person, die das Amt verwaltet. Man braucht einen Richter persönlich in keiner Hinsicht eindrucksvoll finden; seine Entscheidung ist ein Richterspruch, nach ihm verfahren die betroffenen Bürger und Behörden. Wenn sich die Teilnehmer einer Gerichtsverhandlung erheben, während er den Gerichtssaal betritt, so gilt die **Ehrerbietung dem Amt, nicht der Person**. Persönliche Autorität wird häufig hinzukommen, und man wird für repräsentative Ämter Persönlichkeiten auswählen, die persönliche Autorität genießen. Dass aber trotzdem Amtsautorität und persönliche Autorität strikt unterschieden werden müssen, zeigt sich dort, wo der Amtsinhaber persönliche Autorität nicht genießt: Auch dort bleibt immer noch seine Amtsautorität übrig, die bewirkt, dass die Geste der Ehrerbietung ihm gegenüber erfolgt und dass seine Anordnungen befolgt werden.

Die Unterscheidung zwischen persönlicher Autorität und Amtsautorität ist in der Allgemeinen Staatslehre häufig nicht gemacht worden. Die Unterscheidung ist aber wichtig, weil uns der Begriff der Amtsautorität etwas Wesentliches für das Verständnis der Legitimität des Verfassungsstaates lehren kann. Amtsautorität vermittelt nämlich Macht und Recht. Amtsautorität hat, wer ein Amt hat, und das entscheidet sich nach den Organisations- und Kompetenznormen des Staates, also nach dem Recht. **Die Autorität folgt also aus dem Recht**. Die treffendste Definition der Amtsautorität finden wir bei *MacIver*; dort heißt es:

»Unter Autorität verstehen wir das – in welcher Gesellschaftsordnung auch immer – zugestandene Recht, das Handeln anderer zu bestimmen, bei gewissen Problemen zu entscheiden und Auseinandersetzungen beizulegen oder, allgemeiner, anderen Führer und Lenker zu sein... Die Betonung liegt in erster Linie auf ›Recht‹, nicht auf ›Macht‹.«²

Wer Amtsautorität besitzt, kann Staatsgewalt ausüben: Seine amtlichen Entscheidungen werden von Polizei und Gerichtsvollzieher, wenn nötig, vollstreckt.

So ergibt sich für uns also folgende Kette: **Die Staatsgewalt folgt aus der Amtsautorität, die Autorität folgt aus dem Recht, mittelbar also folgt die Gewalt aus dem Recht**.

Diese Einsicht, so evident sie ist, überrascht dennoch; denn nach den traditionellen Vorstellungen kontinentaleuropäischer Staatslehre verhält es sich umgekehrt. Recht kann nur entstehen und durchgesetzt werden, wenn man Autorität und Staatsgewalt voraussetzt. Man hat darüber gestritten, ob **Gewalt** oder **Autorität** das Primäre ist, das Verhältnis von **potestas** und **auctoritas** und der Primat von beiden beherrschte die Diskussion und beherrscht sie zum Teil noch heute.³ Soviel aber schien doch sicher, dass der Gewalt oder Autorität im modernen Staat – welcher von beiden immer – der Primat noch vor dem Recht zukommen müsse. Denn besteht das Recht weder als altüberlieferte noch als göttliche oder natürliche Ordnung, sondern als positive, gesetzte Ordnung, kann die Staatsgewalt also

2 *MacIver*, Regierung im Kräftefeld der Gesellschaft, S. 76.

3 Vgl. z. B. das Kapitel von *Herbert Krüger* über Autorität: Allgemeine Staatslehre, S. 840 ff.

über das Recht verfügen, so ist der Staat die Quelle des Rechts und nicht das Recht die Quelle des Staates. Auch dies ist evident und unbestreitbar.

Wir haben es also mit einer typisch dialektischen Gegenüberstellung zu tun. **Die Macht folgt aus dem Recht, und: Das Recht folgt aus der Macht.** Beide Sätze, die sich auszuschließen scheinen, sind dennoch beide richtig. Staatliche Organe entscheiden darüber, was Recht ist, aber sie entscheiden darüber kraft rechtlicher Kompetenzzuweisung. Auch die Organisationsnormen, die über die Kompetenzzuweisung entscheiden, können geändert werden, aber auch nur von den dafür zuständigen Organen und in dem dafür vorgesehenen Verfahren.

Beide Sätze werden bestritten. Der Satz: »Das Recht folgt aus der Macht« wird von »anarchistischen« Theoretikern bestritten, die das Ideal der Herrschaftsfreiheit nicht nur tendenziell anstreben, sondern die postulieren, nur die Vernunft schaffe Recht, und die ein autonomes Widerstandsrecht gegen jede Art von Staatsgewalt für sich in Anspruch nehmen. Sie sind freilich seltene Ausnahmen, und es handelt sich im Allgemeinen auch nur um theoretische Erwägungen ohne praktisch-politische Bedeutung.

Der andere Satz: »Die Macht folgt aus dem Recht« wurde freilich häufiger bestritten, nämlich überall da, wo sich die Machthaber von den Kompetenznormen der Verfassung unabhängig machten und die Verfassung entweder durchbrachen oder suspendierten. Der klassische Beispielfall dafür ist *Karl I. Stuart*, der aus theoretischem Doktrinarismus seinem Vater, *Jakob I.*, folgend, die zu seiner Zeit modische **absolutistische Souveränitätsdoktrin** in die Tat umsetzen wollte. In dem im England seiner Zeit herrschenden Verfassungsrecht sah er lediglich hemmende Schranken seiner Macht. Er verkannte, dass das Verfassungsrecht seine Macht nicht nur beschränkte, sondern auch begründete: Es wies dem König sehr weitgehende Kompetenzen und Prärogativen zu. Indem *Karl I.* das Recht für unmaßgeblich erklärte und es durch die Souveränitätsdoktrin ersetzen wollte, zerstörte er das Fundament seiner Macht. Er hatte den Theoretikern geglaubt, die ihn gelehrt hatten, der Satz: »**Lex facit Regem**«⁴ sei falsch oder überholt, richtig müsse er heißen: »**Rex facit legem**«.⁵ Er ließ sich durch die Tatsache bestimmen, dass dieser letztere Satz seine Berechtigung hatte. Sein Denken war zu starr und undialektisch, als dass er hätte einsehen können, dass trotzdem der gegenteilige Satz: »**Lex facit Regem**« ebenfalls wahr sein könnte. So schuf er eine Konfrontation, die in den Bürgerkrieg und schließlich in seine Verurteilung und Hinrichtung mündete. Kurzum, er verkannte erstens, dass seine königliche Autorität Amtsauctorität war, und zweitens, dass die Amtsauctorität im Recht wurzelt.

Der Begriff der Amtsauctorität vermittelt uns zugleich einen Einblick in den Unterschied von **Verfassungsstaat und Diktatur**. Dieser Unterschied besteht nämlich keineswegs etwa darin, dass die Autorität des Diktators nicht auf dem Recht beruhte. Vielmehr ist auch die Autorität des Diktators Amtsauctorität. Denn auch die Diktatur ist auf einen Rest von **Legitimität wenigstens innerhalb des Staatsapparates**, der die übrigen Bürger zum Gehorsam nötigt, angewiesen. Die Diktatur muss wenigstens bei Polizei und Militär als gerechtfertigt gelten, andernfalls kann sie nicht funktionieren (Deshalb hatte Hitler großen Wert darauf gelegt, auf legale Weise an die Macht zu kommen. Deshalb auch versuchen sowohl faschisti-

4 Das Recht erschafft den König.

5 Der König erschafft das Recht.

sche wie kommunistische Revolutionäre nach ihrer Machtergreifung, ihre Herrschaft so schnell wie möglich durch ein ihren Machtbedürfnissen angepasstes Staatsrecht zu legitimieren.). Denn niemand kann eine Diktatur auf die Gewalt seiner eigenen Fäuste gründen. Mögen 98 Prozent der Bevölkerung dem Diktator mit Hass und Misstrauen gegenüberstehen: Es kommt für ihn darauf an, dass die zwei Prozent, die die Staatsämter innehaben und über das Monopol des legalen Waffengebrauchs verfügen, ihn als ihren kompetenten Herrscher ansehen. Er ist angewiesen auf Beamte, Militär, Polizei, Geheimpolizei usw. In den Augen dieser zwei Prozent aber muss er »auctoritas« besitzen, das heißt, in ihren Augen muss er die Kompetenz haben, verbindlich zu entscheiden. Wenn auch sie an sein Herrschaftsrecht nicht mehr glauben, wenn schließlich selbst seine eigenen Leibwächter sein Herrschaftsrecht anzweifeln, dann ist es um seine Macht geschehen.

Was die **Diktatur** vom Verfassungsstaat unterscheidet, ist vielmehr die Schrumpfung der »auctoritas« auf die Träger des Zwangsapparates und einen beschränkten Kreis von Bürgern. Den übrigen Bürgern tritt der Machtapparat weitgehend nur als »potestas«, als Nötigungsinstrument, gegenüber: Das vom Diktator neu geschaffene Recht hat, jedenfalls soweit es von der im Volk lebendigen Sittlichkeit abweicht, für sie Wirksamkeit ohne Geltung. Seine Wirksamkeit beruht nur auf Furcht vor der Zwangsgewalt, nicht auf innerer Anerkennung seiner Verbindlichkeit.

Deshalb kann es in Diktaturen unmöglich geistige Freiheit geben. Selbst wenn die Diktatoren eine Zeit lang Kritik dulden, handelt es sich immer nur um eine Toleranz, die jederzeit rücknehmbar ist und zurückgenommen wird, sobald die öffentliche Diskussion die Legitimitätsgrundlagen des Herrschaftsanspruchs in Frage zu stellen beginnt. Urteilsfähigkeit ist geeignet, **Zweifel am Herrschaftsrecht des Diktators** auch innerhalb des Zwangsapparates zu wecken. Deshalb müssen die Träger des Apparates gegen Gedanken abgeschirmt bleiben, die solche Zweifel auslösen könnten. Eine gewisse intellektuelle und moralische Borniertheit bei allen Amtsinhabern ist Bedingung für das Funktionieren der diktatorischen Herrschaft. Deshalb kann ein diktatorischer Staat seine Grenzen auch nicht dem freizügigen Fluss von Meinungen und Informationen öffnen: Der Informationsfluss wird von den Herrschenden nicht nur aus Beschränktheit als bedrohlich empfunden; er ist für sie objektiv bedrohlich, sobald er dazu führen kann, dass ihr Recht zu herrschen, und also ihre Autorität, in Frage gestellt wird.

Diktaturen und Verfassungsstaat unterscheiden sich also nicht in der Frage, ob die Autorität auf rechtlicher Kompetenz beruht. Das ist bei beiden Typen das Gleiche. Sie unterscheidet sich darin, ob nur die Träger des **Staatsapparates** oder auch die dem Staatsapparat unterworfenen **Bürger** die Legitimität der Kompetenz anerkennen. In der idealtypischen Diktatur gibt es Autorität im Extremfall nur bei denen, die die Anordnungen gegenüber den Gewaltunterworfenen letztlich zu vollziehen haben, die sie mit körperlicher Gewalt in die Gefängnisse, Lager und Irrenanstalten schleppen und dort beaufsichtigen. Im Verfassungsstaat hingegen genießen nicht nur die oberen Organe des Staates bei den unteren Autorität, sondern alle Organe genießen bei den gewaltunterworfenen Bürgern Autorität. Der demokratische Verfassungsstaat verfolgt die Tendenz, den Kreis derer, die die Legitimität der Staatsgewalt anerkennen, soweit wie möglich auszudehnen, nicht durch geistige Manipulationen und Umerziehung, sondern durch die materiale Rationalität, die aus sich heraus überzeugend wirkt und deshalb zur **allgemeinen Anerkennung der rechtlichen Kompetenzen** führt.

§ 4 Rechtspositivismus und Legitimität

Die Diktatur ist ein Grenzfall. Wo es Freiheit gibt, ist das Recht wirksam, weil es als geltend anerkannt ist. Man befolgt auch ein inhaltlich für unrichtig gehaltenes Gesetz, und zwar einfach deshalb, weil es geltendes Recht ist. Diese Antwort ist freilich auch nur vorläufig und in mancher Hinsicht unbefriedigend. Zunächst: Es sind Situationen denkbar, in denen man sich zum **Widerstand** entschließt, sei es zum Widerstand gegen einzelne Gesetze und Anordnungen, sei es zur Revolution gegen die Ordnung im Ganzen. Auch in solchen Situationen weiß man, dass man sich gegen das geltende Recht auflehnt, dass man positive Rechtspflichten außer Acht lässt. Man handelt dann bewusst im Hinblick auf **übergeordnete Gründe**. Die positive Rechtspflicht kann für sich allein unser Handeln nicht bestimmen, wenn wir der Meinung sind, dass eine höherrangige moralische Pflicht der Befolgung der Rechtspflicht entgegensteht. Wir befolgen eine Rechtspflicht so lange wir nicht einen überwiegenden moralischen Grund zur Gehorsamsverweigerung haben. Daraus folgt umgekehrt: **Die Befolgung der Rechtspflicht hat einen moralischen Grund**. Worin besteht dieser Grund? Wir fühlen uns, wie gesagt, durch ein Gesetz normalerweise auch dann verpflichtet, wenn wir es ausdrücklich missbilligen.

Die Lösung dieses Dilemmas setzt voraus, dass wir zwischen der moralischen Billigung einzelner Gesetze und der **moralischen Billigung der Rechtsordnung im Großen und Ganzen** unterscheiden. Wenn wir die Rechtsordnung im Großen und Ganzen moralisch billigen, so können wir einzelne Ungerechtigkeiten in Kauf nehmen und müssen das sogar tun. Erst wenn diese Ungerechtigkeiten überhand nehmen und so unerträglich werden, dass die offene Auflehnung und damit das Risiko von Bürgerkrieg und Terror als ein Übel erscheinen, das kleiner ist als das Übel des weiteren Ertragens der »Ordnung«, erst dann also, wenn wir die Rechtsordnung auch im Großen und Ganzen nicht mehr billigen können, verlieren ihre Vorschriften für uns ihre Verbindlichkeit.

Das Recht verpflichtet also nicht aus sich selbst heraus. **Verbindlichkeit ist immer moralische Verbindlichkeit**. Es gibt aber, so paradox das klingt, moralische Gründe dafür, ein Gesetz zu befolgen, das wir aus moralischen Gründen missbilligen. Die Frage nach der Legitimität ist also die Frage nach den moralischen Gründen, auf denen die Rechtspflicht ruht.

Der These, dass die Verpflichtungskraft des Rechts letztlich moralische Gründe hat und durch diese relativiert wird, widersprechen die »**Rechtspositivisten**«. Ihr Grundgedanke ist, dass das »positive Recht« aus sich selbst heraus verpflichtet, dass man Rechtspflicht und moralische Pflicht strikt trennen müsse, dass sich im Extremfall die Rechtspflicht zum Gehorsam und die moralische Pflicht zum Widerstand unvermittelt gegenüberstünden.⁶ Indes wird hier der Begriff der Pflicht sinnentleert und tautologisch. Er besagt dann nichts weiter als »rechtliche Anordnung« oder »gesetzlich normierte Verhaltensweise«. Wenn man das Wort »Rechtspflicht« in diesem Sinne braucht, dann stellt sich die Frage so: Ist die Rechtspflicht verpflichtend? Das ist ein etwas sonderbarer Sprachgebrauch, der

⁶ So z. B. *Herbert Hart*, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 1971 *Harvard Law Review*, 593, 670 (1958); vgl. auch *The Concept of Law*, S. 203 ff. Ebenso *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 123.

anzeigt, dass sich der Rechtspositivismus von dem Sachproblem der Legitimität selbst abgeschnitten hat. Das Sachproblem selbst lässt sich hingegen nicht aus der Welt schaffen, es ist unentrinnbar. Die Frage, ob das Recht verpflichtet, ist also letztlich immer eine moralische Frage. Das ergibt sich auch gerade daraus, dass sich nach der positivistischen Definition **Rechtspflicht und Moralpflicht widersprechen** können. Bei einem solchen Widerspruch muss man darüber entscheiden, ob man der Rechtspflicht oder der Moralpflicht den Vorzug gibt, und das ist keine rechtliche, sondern eine moralische Frage.

Hans Welzel hat die These vertreten, es gebe »Rechtspflichten nur als sittliche Pflichten«. ⁷ *Hans Kelsen*, der konsequenteste Verfechter des Rechtspositivismus, wehrt sich dagegen mit dem Argument, dann könne »jedes rechtsunterworfenen Subjekt die Geltung des Rechts für sich mit der Begründung aufheben, dass die ihm vom Recht auferlegte Pflicht nicht sittlich sei«. ⁸ Das, meint *Kelsen*, sei die »Aufhebung des Rechtspositivismus«. Er scheint nicht bemerkt zu haben, dass er mit diesem Argument moralisch argumentiert und damit die angegriffene These in Wirklichkeit bestätigt. *Kelsen* scheint es offensichtlich für bedenklich und gefährlich zu halten, wenn jedes rechtsunterworfenen Subjekt die Geltung des Rechts für sich aufheben könnte. Das hätte in der Tat weitreichende Konsequenzen und könnte schließlich zu Anarchie, Bürgerkrieg und Terror führen. Deshalb ist es sicherlich besser, wenn man im Allgemeinen die Geltung des Rechts respektiert. Dies aber ist eine **moralische Begründung für die Verpflichtungskraft der Rechtspflicht**. Nicht anders ist die These gemeint, dass die Verbindlichkeit des Rechts eine moralische Frage ist.

Deutlicher noch wird das in jenen Grenzsituationen, in denen man Widerstand und Bürgerkrieg vorzieht, in denen man sich durch das Recht also nicht mehr verpflichtet fühlt. Gewiss, vom Standpunkt des Rechtspositivismus aus gesehen begründet das positive Recht auch dann noch »Rechtspflichten«. Aber vom Standpunkt der Revolutionäre aus stellt es sich dann nur noch als reiner Nötigungsversuch dar. Wer sich an Widerstand und Revolution nicht beteiligt, wer die bestehende Rechtsordnung nach wie vor akzeptiert, der betrachtet sie als verbindlich und vollzieht möglicherweise die rechtlichen Sanktionen. **Aber was bedeutet die Behauptung einer Verbindlichkeit gegenüber jemand, der diese Verbindlichkeit nicht anerkennt?** Für ihn handelt es sich nicht mehr um Pflichtenkollision, sondern um eine **Machtfrage**: Es geht darum, ob der Widerstand sich tatsächlich zu behaupten und durchzusetzen vermag. Kann er das nicht, so werden die staatlichen Sanktionen als unverschuldete Leiden ertragen, kann er es, so wird die terroristische »Ordnung« beseitigt, ohne dass der Revolutionär die Pflichtwidrigkeit seines Tuns anerkennen würde.

Diese Überlegung darf nicht zu dem Schluss verleiten, dass es Pflichten nur als **autonome**, nicht als von außen auferlegte **Pflichten** geben könne. Das wäre eine extreme Konsequenz nach der anderen Seite hin. Dem steht zweierlei entgegen: einmal die Tatsache, dass alle Rechtspflichten von außen auferlegt sind, letztlich auch in der Demokratie, zum anderen die Tatsache, dass sie auch als von außen auferlegte im Zweifel als verbindlich anerkannt werden. Das heißt, es bedarf im Allgemeinen nicht einer besonderen moralischen Überlegung und Entscheidung

⁷ *Welzel*, Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für Hans Niedermeyer, S. 293.

⁸ *Kelsen*, Was ist juristischer Positivismus?, Juristenzeitung 1965, S. 466, 468, Fn. 22 a.

für die Anerkennung der Verbindlichkeit des Rechts, sondern nur allenfalls einer moralischen Überlegung und Entscheidung **gegen** die Verbindlichkeit. **Wenn nicht ganz besondere Gegengründe vorliegen**, wird die heteronome Rechtsordnung als rechtsverbindlich anerkannt. Wenn aber solche Gegengründe vorliegen, entscheidet das autonome Gewissen über die Verbindlichkeit. Zugespitzt kann man sagen: **Auch über die Verpflichtungskraft heteronomer Normen wird in letzter Instanz autonom entschieden**. Diese moralische Autonomie ist unentrinnbar; die Versuche positivistischer Rechtstheoretiker, ihr zu entrinnen, sind logisch unmöglich und führen sich selbst ad absurdum. Und diese Unentrinnbarkeit wird schließlich durch die Geschichte bestätigt, die ja immer wieder die vulkanischen Ausbrüche von Staatsstreich und Revolution, von Widerstand und Bürgerkrieg gekannt hat.

Man muss also zwar unterscheiden zwischen **Recht und Moral**, zwischen dem Recht, das ist, und dem Recht, das sein sollte, zwischen Recht und gerechtem Recht, zwischen Rechtspflicht und Moralpflicht, zwischen positivem Recht und Naturrecht, zwischen geltendem Recht und wünschenswertem Recht usw. Man muss **unterscheiden**, aber man darf **nicht trennen**. Wenn wir ein Gesetz, das wir für ungerecht halten, dennoch als verbindlich anerkennen, so hat auch diese Anerkennung moralische Gründe. Wenn z. B. ein katholischer Richter Ehescheidungen grundsätzlich für unmoralisch hält, dennoch aber die bestehenden Ehegesetze als Richter anwendet, weil er sie rechtlich für verbindlich hält, so handelt er aus moralischen Gründen: Er erkennt z. B. an, dass er in einer konfessionell und weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft seine religiöse Überzeugung, obwohl er tief von ihr durchdrungen ist, als Jurist zurückstellen muss, weil er nur so dazu beitragen kann, dass die verschiedenen Konfessionen und Moralen in einem friedlichen und geordneten Gemeinwesen zusammen leben können. Das ist weder zynisch noch Verleugnung der moralischen Überzeugung, sondern die Relativierung dieser moralischen Überzeugung durch andere moralische Überlegungen.

Dass das Legitimitätsproblem ein moralisches Problem ist, bestätigt der Rechtspositivismus mittelbar dadurch, dass er das Legitimitätsproblem aus der Rechtstheorie verweist und es nur noch als moralisches Problem gelten lassen will. *Hans Kelsen* leitet die Rechtspflicht aus dem hierarchischen **Stufenbau** des Rechts ab.⁹ Zum Beispiel: Warum verpflichtet ein Verwaltungsakt? Weil er aufgrund einer Rechtsverordnung erlassen worden ist. Warum verpflichtet die Rechtsverordnung? Weil sie in verfassungsmäßiger Weise aufgrund eines Gesetzes erlassen worden ist. Warum verpflichtet dieses Gesetz? Weil es in verfassungsmäßiger Weise zustande gekommen ist. Warum verpflichtet die Verfassung? Weil man eine hypothetische **Grundnorm** voraussetzen muss, die lautet: Der Verfassung ist zu gehorchen. Warum verpflichtet diese Grundnorm? Diese Frage weist *Kelsen* ab; sie sei keine rechtstheoretische Frage mehr. Die **Grundnorm** sei **eine hypothetische Voraussetzung der Rechtsordnung**, das juristische Denken lasse sich immer nur bis auf diese Grundnorm zurückführen. Mit dieser Antwort kann man einverstanden sein. Das bedeutet dann aber nur das Zugeständnis, dass die Frage: »Warum verpflichtet die Grundnorm?« keine Rechtsfrage ist. Es bedeutet

⁹ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 196 ff.

aber nicht, dass man die Frage fallenlassen könnte: Sie bleibt bestehen, und wenn sie keine Rechtsfrage ist, dann ist sie eben eine moralische Frage. Quod erat demonstrandum.¹⁰

§ 5 Der utilitaristische Individualismus

Legitimität, Geltung einer Ordnung, bedeutet also die **innere Anerkennung** dieser Ordnung. Lässt sich die Anerkennung der Berechtigung auf der Grundlage des utilitaristischen Individualismus herstellen? Diese Frage enthält das für die Zukunft jedes Staates heute entscheidende ethische Fundamentalproblem.

Unter utilitaristischem Individualismus verstehen wir sowohl eine individuelle Haltung als auch eine Tradition der politischen Doktrin. Die **individuelle Haltung** ist geprägt vom individuellen Eigennutz, insbesondere vom Interesse an materiellem Gewinn, an Bewahrung und Vermehrung des Eigentums. Das Eigeninteresse erscheint wichtiger als die Interessen anderer und der Gemeinschaft. Der utilitaristische Individualist unterwirft sich den Gesetzen des Staates und den Konventionalregeln der Gesellschaft, weil und soweit das **für ihn nützlicher** ist als die Auflehnung; er zahlt Steuern, soweit es ihm nicht gelingt, sich seinen Steuerpflichten zu entziehen, er beteiligt sich am politischen Leben, um den Kräften zum Sieg zu verhelfen, die seinen individuellen Interessen am förderlichsten sind, und er wählt ohne Rücksicht auf politische Gesamtzusammenhänge die Partei, von der er sich die besten Chancen für sein Einkommen verspricht. Er mag politische Meinungen haben, aber sie stimmen wie durch eine wunderliche Fügung im außen- und innenpolitischen, sozialpolitischen, kulturpolitischen, finanzpolitischen Bereich usw. mit der Ansicht der Partei oder Organisation überein, bei der er sein individuelles Interesse am besten aufgehoben weiß. Der utilitaristische Individualist ist ein Typus, den es zu beschreiben, nicht moralisch zu beurteilen gilt. Er mag im familiären, kirchlichen, sozialen Bereich und sogar in politischen Teilbereichen ein ethisches Engagement und auch sonst achtenswerte Züge haben. Was hier interessiert, ist lediglich das Defizit an staatsbürgerlicher Identifikation.

Die **politische** Doktrin des utilitaristischen Individualismus ist geprägt von dem Versuch, die staatsbürgerliche Identifikation auf der Grundlage der individualistischen Haltung herzustellen, und zwar durch die Vergegenwärtigung der **wohlkalkulierten Eigeninteressen**. Es bedürfe, so sagt diese Doktrin, keines anderen Ethos und keiner anderen Legitimations- und Verpflichtungskraft des Staates und seines Rechts, als nur des genügend **langfristigen und fehlerfreien Kalküls** des individuellen Interesses. Diese Doktrin ist ein Thema mit Variationen: Es gibt sie, von Vorläufern unter den griechischen Sophisten über *Hobbes*, *Locke*, die Utilitaristen bis hin zu den syndikalistischen Konflikttheoretikern, die den Staatsbürger dazu erziehen wollen, seine Gruppeninteressen zu erkennen und auf Kosten anderer durchzusetzen.

Der utilitaristische Individualismus ist in der **Marktwirtschaft** nicht nur anerkannt, sondern er ist geradezu ihr Motor: Wer wirtschaftet, soll sich vom Profit-

¹⁰ Was zu beweisen war.

interesse leiten lassen, weil er sich eben dadurch den Marktgesetzen einfügt und so mittelbar am besten zur wirtschaftlichen Wohlfahrt beiträgt. Das wirtschaftliche Leben ist deshalb von einem geistig-ethischen Klima geprägt, das die Tendenz in sich trägt, sich auf andere Lebensbereiche, insbesondere auf **das politische Leben auszudehnen**. Diese Tendenz wird dann übermächtig, wenn man die Grundlage aller Freiheit in der Wirtschaftsfreiheit und nicht in den rechtlichen Institutionen des Verfassungsstaates erblickt.

Als politische Haltung und politische Doktrin kann jedoch der utilitaristische Individualismus den Verfassungsstaat nicht legitimieren. Denn die Legitimität des neuzeitlichen Staates beruht auf einer materialen Rationalität, die im Zweckkalkül nicht aufgeht. Man kann sich auf einfache Weise klarmachen, warum der utilitaristische Individualismus diese Legitimität nicht ersetzen, sondern nur zersetzen kann.

Die Berücksichtigung fremder Interessen und die Anerkennung von Normen, die dem Einzelnen Lasten zugunsten fremder Interessen auferlegen, ist zwar auch auf der Basis des utilitaristischen Individualismus nicht ausgeschlossen. Diese Anerkennung setzt jedoch voraus, dass sie sich bei langfristiger wohlberechneter Kalkulation den Eigeninteressen als nützlich erweist. Sie ist dann nützlich, wenn mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass **sich die Interessenlage umkehrt**. Das ist dann denkbar, wenn man sich selbst in der Rolle wiederfinden kann, in der momentan der andere ist. Zum Beispiel: Die zivilrechtlichen Regeln des Kauf- oder Mietrechts werden vom Verkäufer oder Vermieter deshalb anerkannt, weil er selbst in die Lage eines Mieters oder Käufers kommen kann und weil die Bedingungen, die für ihn jetzt günstig sind, dann ungünstig sein würden und umgekehrt. Oder: Die staatsrechtlichen Regeln über die Rechte der Opposition oder der Minderheit werden von der Mehrheit deshalb anerkannt, weil sie selbst in die Rolle der Opposition oder der Minderheit geraten kann. Oder: Die strafprozessualen Grundregeln werden auch von demjenigen anerkannt, der noch nie in ein Strafverfahren verwickelt war und der dem Angeklagten alles Üble wünscht, denn er kann wie jedermann in die Rolle eines unschuldig Verdächtigten geraten und hat deshalb ein Eigeninteresse an der generellen Geltung eines rechtlich geregelten Prozessverfahrens. Solche und ähnliche Überlegungen können in der Tat viele Regeln des Staates und auch des Verfassungsstaates legitimieren. In der Rechtsphilosophie pflegt man davon zu sprechen, dass die mögliche »Reziprozität« (Gegenseitigkeit) das Recht legitimiere. Aber es fragt sich, ob das richtig ist; denn dieses **Kalkül aus dem langfristigen Eigeninteresse ist nur für einen Teil des geltenden Rechts schlüssig**.

Es gibt viele Rechtsregeln, die Rücksicht auf Menschen in Situationen abverlangen, in die man selbst nicht geraten kann oder mit denen man jedenfalls **verständlicherweise nicht zu rechnen** braucht: Man wird nicht zum Schwarzen, zum Juden, zum Zigeuner, zum Buddhisten, zum Homosexuellen, zum Künstler, zum Intellektuellen usw., wenn man es nicht ist. Regeln des **Minderheitenschutzes** können durch die mögliche Reziprozität nur legitimiert werden, wenn man damit rechnen muss, dass die Minderheiten zur Macht gelangen könnten. Von einem gewissen Grad der zahlenmäßigen Schwäche der Minderheiten an braucht man diese Möglichkeit nicht einzukalkulieren. Und selbst wenn diese Gefahr ausnahmsweise doch bestehen sollte, so führt auch das nicht notwendigerweise zur Anerkennung der Regeln des Minderheitenschutzes, sondern kann im Gegenteil in die Versuchung führen, die Minderheit durch Rechtlosstellung oder Vernich-

tung ungefährlich zu machen. Die Regeln des Minderheitenschutzes müssen also eine andere Legitimitätsgrundlage haben, die der utilitaristische Individualist allerdings nicht nachzuvollziehen imstande ist.

Was diese Regeln legitimiert, ist die **Meinung über das, was recht und unrecht** ist. Die Überzeugung, dass es z. B. unrecht ist, Juden zu verfolgen, ist unabhängig von dem langfristigen Kalkül des Eigeninteresses und beruht nicht etwa auf einer gegenseitigen Absprache des Inhalts: Wir verfolgen keine Juden, dafür verfolgen diese uns auch nicht. Sie beruht vielmehr auf der **Anerkennung der Menschenwürde** des Juden als Menschen und seiner prinzipiellen Gleichberechtigung. Ebenso wenig beruht das Eintreten für das Lebensrecht der Kinder vor und nach der Geburt auf einem Kalkül der Gegenseitigkeit: Denn die Getöteten würden niemals Gelegenheit haben, uns Gleiches mit Gleichem heimzuzahlen. Konsequente Verfechter der Rechtsbegründung durch gegenseitig kalkuliertes Eigeninteresse stehen deshalb dem prinzipiellen Lebensrecht verständnislos gegenüber. So meint z. B. *Peter Singer*, »dass sich die Gründe gegen das Töten von Personen nicht auf neugeborene Säuglinge anwenden lassen (...), weil niemand (...) sich von einer Politik bedroht fühlen könnte, die Neugeborenen weniger Schutz gewährt als Erwachsenen. In dieser Hinsicht hatte *Bentham* recht, der den Kindermord als etwas beschrieb, was seiner Natur nach selbst der ängstlichsten Phantasia nicht die geringste Beunruhigung verschaffen kann.«¹¹

Es wird an späterer Stelle am Beispiel *Bodin's* näher auf den **Unterschied zwischen politischer Ethik und Individualethik** einzugehen sein. Die politische Ethik ist an einer **Interessenordnung »von unten nach oben«** orientiert: Zuerst sind die Fundamente, die Voraussetzungen, unter denen es »höhere« Interessenentfaltung und -befriedigung überhaupt erst geben kann, zu gewährleisten. Aufgabe der Politik ist es nicht, die »höheren Werte« vorzuziehen, also z. B. im konfessionellen Bürgerkrieg der katholischen Sache zum Sieg zu verhelfen, sondern die Fundamente, Frieden und Toleranz, zu sichern. Dieser politischen Ethik korrespondierte, wenn auch nicht theoretisch ausgeführt, so doch häufig praktisch gelebt, eine gewissermaßen **umgekehrte Individualethik**, die zum Verzicht, zur Askese oder auch zum Opfer des eigenen Lebens, also des fundamentalsten Eigeninteresses, im Dienste anderer bereit machte. Diese Ethik besteht im Eintreten für das Recht eines jeden Menschen, und zwar gerade auch des Schwächeren, ja des Schwächsten, von dem eine Gegenleistung nicht zu erwarten, von dem allerdings auch nichts zu befürchten ist (vgl. auch u. §§ 10, 53, 65).

Der utilitaristische Individualismus hat für diese Unterscheidung zwischen politischer und individueller Ethik keinen Sinn, er hebt sie auf. Er geht vom Individualinteresse aus, dessen Rationalität in der Berechnung der realen Befriedigungsbedingungen »von unten nach oben« steht, und mündet in eine politische Ethik, die durch die langfristigen Realbedingungen der individuellen Interessenbefriedigung begründet wird. Man meint: Nichts könne mich verpflichten, was meinem individuellen Interesse, jedenfalls meinem wohlberechneten und langfristigen Interesse nicht entspreche oder ihm gar zuwiderlaufe. Warum lässt sich der Verfas-

11 *P. Singer*, *Praktische Ethik*, 1984, S. 170.