

Homogenität oder Demokratie als „einigendes Band“? Zur Diskussion der „Voraussetzungen des Rechtsstaats“ bei Böckenförde und Habermas

Tim Reiß

Inhaltsübersicht

- I. Humanismus gegen Böckenförde
- II. Deutungen des Böckenförde-Dilemmas
- III. Habermas' Antwort: Rechtsstaat *und* Demokratie
- IV. Wiederkehr des Problems
- V. „Ethos der Gesetzlichkeit“

I. Humanismus gegen Böckenförde

Es gehört zu den Merkwürdigkeiten der deutschen rechtsphilosophischen Diskussion, daß das sogenannte Böckenförde-Diktum – „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“ – meist als ein Argument verstanden wurde, das in erster Linie gegen eine zu strikte Auslegung des liberalen Neutralitätsprinzips gerichtet ist. Der Hinweis auf die „Voraussetzungen“ auch des Rechtsstaats wurde vor allem aus konservativer Sicht so verstanden, daß er eine teilweise Ermäßigung des Neutralitätsgrundsatzes zugunsten von (christlicher) Kirche und Religion rechtfertigen sollte. Diese Diskussionslage erklärt, warum verschiedene humanistische Verbände im Vorfeld einer Präsentation ihrer rechtspolitischen Forderungen eine wissenschaftliche Tagung konzipiert hatten, die sich ausdrücklich die „Zurückweisung“ des Böckenförde-Diktums zum Ziel gesetzt hatte. Diese Tagung unter dem Titel „Säkularisation und Freiheitsgarantien des Staates. Humanismus und ‚Böckenförde-Diktum‘“ wurde gemeinsam von der Akademie der Politischen Bildung der Friedrich-Ebert-Stiftung, der Humanistischen

Akademie Deutschland und der Humanistischen Akademie Berlin veranstaltet und fand am 17./18. November 2007 in Berlin statt.¹ Ich möchte im folgenden einzelne Beiträge dieser Tagung, auf die ich zurückkommen werde, als Anlaß für eine *systematische* Diskussion des Böckenförde-Diktums nutzen.

So bezeichnete Horst Groschopp in seiner Einführung zur Tagung das Böckenförde-Diktum als ein „Hindernis“ für die Durchsetzung der rechtspolitischen Forderungen der humanistischen Verbände. Diese würden nicht einfach Gleichberechtigung mit den Kirchen einfordern, sondern für eine „Revision“ desjenigen Staatsverständnisses eintreten, das dem Böckenförde-Diktum und dem angeblich aus ihm folgenden positiven Bezug des Staates auf Religion und Kirchen zugrunde läge.

Eine solche Auslegung des Böckenförde-Diktums, wie sie, mit entgegengesetzter Bewertung, Religionsbefürwortern wie humanistischen Kritikern zugrunde liegt, ist allerdings zunächst einmal alles andere als selbstverständlich. Denn der Kontext, in dem der zitierte wirkungsmächtige Satz bei Böckenförde steht, ist folgender:

Wieweit können staatlich geeinte Völker allein aus der Gewährleistung der Freiheit des einzelnen leben, ohne ein enigendes Band, das dieser Freiheit vorausliegt?

Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um

¹ Das Protokoll der Tagung soll als Heft 22 der Zeitschrift „humanismus aktuell. Hefte für Kultur und Weltanschauung“ erscheinen.

der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots, zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.²

Das aber ist eigentlich zunächst und vor allem als Beschreibung eines *Dilemmas* zu verstehen. Denn es ist zu erkennen, daß Böckenförde die liberale Deutung des Neutralitätsanspruchs des liberalen, „freiheitlichen“ Staates *übernimmt*, und zwar sowohl in der historischen wie der systematischen Bedeutung der These. Der neuzeitliche Staat ist, so die *historische* These, entstanden, als die „konfessionellen Bürgerkriege[.]“ der Reformationszeit durch Aufgabe des religiös-weltanschaulichen „Totalitätsanspruch[s]“ überwunden wurden. Und der „freiheitliche“ Staat darf, das ist die *normative, systematische* Konsequenz der historischen These, in solch einen „Totalitätsanspruch“ nicht zurückfallen; das heißt, er darf nicht versuchen, ein bestimmtes „einigendes Band“ und damit die „Homogenität der Gesellschaft“ „mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots“ durchzusetzen, denn das würde bedeuten, „seine Freiheitlichkeit aufzugeben“. Der „freiheitliche“ Staat ist also auch nach Böckenförde zur Neutralität verpflichtet, die sich bei ihm als eine Konsequenz „aus der Gewährleistung der Freiheit des einzelnen“ ableitet. Zugleich sieht Böckenförde aber, *im Gegensatz* zur Hauptrichtung der politischen Philosophie des Liberalismus, den liberalen Staat dadurch in ein *Dilemma* – wie es an anderer Stelle

heißt: in eine „prekäre[.] Situation“³ – geraten. Das Dilemma soll dabei darin bestehen, daß dieses Neutralitätsgebot nichts an der Tatsache ändere, daß *auch* der liberale Staat auf die „moralische Substanz des einzelnen“, die „Homogenität der Gesellschaft“ und auf „innere Regulierungskräfte“ angewiesen sei, die unmittelbar zu fördern jedoch dem Neutralitätsgebot widerspreche. Das nennt Böckenförde auch das „Problem der neuen Integration“ (S. 111f.). Das heißt: Das Interessante an Böckenfördes Deutung liegt, wenn man sie so versteht, wie gerade vorgeschlagen, darin, daß sie nicht einfach in konservativ-restaurativer Absicht Religion und Sittlichkeit *gegen* den modernen „freiheitlichen“ Staat ausspielt, sondern fragt, auf welchen „Voraussetzungen“ auch der *in seinem normativen Anspruch akzeptierte* „freiheitliche“ Staat beruht. Dabei kann man diese Beschreibung Böckenfördes so verstehen, daß in ihr ein ganz grundsätzliches Problem der modernen politischen Ordnung zum Ausdruck kommt. Dieses grundsätzliche Problem kann man dabei auf der allgemeinen Ebene so beschreiben, daß der moderne Staat radikale individuelle Freiheiten gewährt, aber darauf angewiesen ist, daß diese Freiheiten nicht zu extensiv in Anspruch genommen werden, weil eine zu starke Inanspruchnahme dieser Freiheiten dasjenige Mindestmaß an sozialer Integration gefährden würde, das Voraussetzung der Selbsterhaltung der freiheitsgewährenden Institutionen ist. Hierbei handelt es sich um ein so fundamentales Problem, daß es auch in einer Theorie des demokratischen Rechtsstaats wieder auftaucht, die sich als Gegenentwurf zu den Grundannahmen verstehen läßt, die Böckenfördes Beschreibung zugrunde liegen. Die Schwierigkeit an Böckenfördes *spezieller* Fassung dieses allgemeinen Problems liegt aber darin, daß er es auf sehr problematische und widersprüchliche Weise vereinheitlicht.

² Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1992, S. 92-114 (S. 111, 112f.); Hervorhebungen im Original. Im folgenden mit Seitenangaben im Text zitiert.

³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1992, S. 115-142 (S. 141).

Ich möchte zunächst zeigen, inwiefern es bei Böckenförde mehrere, eigentlich ganz verschiedene Bestimmungen des voraussetzenden „einigenden Bandes“ gibt, nämlich als „Sittlichkeit“, als christliche Religion, und, in der Tradition Carl Schmitts, als „Homogenität“ (II). Diese Bestimmungen treffen sich jedoch darin, daß sie das „einigende Band“ als etwas dem Rechtsstaat *Äußerliches* beschreiben: Das ist zumindest die Kritik, die dem Gegenentwurf eines „internen Zusammenhangs“ von Rechtsstaat und Demokratie bei Habermas zugrunde liegt. Dessen Theorie des *demokratischen Rechtsstaats* soll zeigen, daß Böckenfördes Problem der „neuen Integration“ *nicht* mehr besteht, wenn das „einigende Band“ im „demokratischen Prozeß“ ausgemacht wird (III). Obwohl Habermas überzeugend zeigen kann, weshalb die Beschreibungen des Problems durch Böckenförde (und Schmitt) auf einer zutiefst problematischen Bestimmung von „Demokratie“ beruhen, kommt jedoch, gegen sein Selbstverständnis, auch in seiner eigenen Theorie das allgemeine Problem, das dem Böckenförde-Diktum zugrunde liegt, in einer neuen Form zum Ausdruck (IV). Ich möchte dann zeigen, daß sich eine Kritik an Habermas aus der Perspektive zweier ganz unterschiedlicher Lesarten des Böckenförde-Problems formulieren läßt, und abschließend Böckenfördes neuesten Lösungsvorschlag, den Begriff eines „Ethos der Gesetzlichkeit“, ansprechen (V).

II. Deutungen des Böckenförde-Dilemmas

Es gibt bei Böckenförde zwei große, miteinander konkurrierende Selbstdeutungen, auf welche Weise die „Voraussetzungen“ des „freiheitlichen“ Staats näher zu bestimmen sind – ohne daß es bei Böckenförde selbst thematisiert würde, daß es sich hierbei um ganz verschiedene Bestimmungen handelt. Zum einen ist es eine, durch Joachim Ritter vermittelte, hegelianische Deutung dieser „Voraussetzungen“. Diese kann wiederum in zwei Richtungen unter-

teilt werden, die jeweils einen anderen Schwerpunkt setzen: Einmal werden die „Voraussetzungen“ sehr allgemein als „Sittlichkeit“ bestimmt (vgl. S. 111), ein Begriff, der in dieser (rechtshegelianischen) Tradition vor allem einen polemischen Sinn gegen Konzepte des „abstrakten“ moralischen Universalismus hat. Zum anderen ist es die kulturprotestantische These eines engen Zusammenhangs von modernem säkularem Staat und christlicher Religion: Danach lasse sich an der Zentralstellung der Glaubensfreiheit im modernen Staat ablesen,

wie der Staat gerade in seiner, gegenüber den Kirchen sich als eigenständig konstituierenden Allgemeinheit, seinerseits religiöse Inhalte des Christentums verwirklicht hat.⁴

Die andere große Deutungslinie bei Böckenförde bestimmt jedoch die „Voraussetzungen“ auch des „freiheitlichen“ Staats als „Homogenität“ (S. 112). Zwar ist auch in der Deutung der „Voraussetzungen“ als „Sittlichkeit“ und „Christentum“ ein bestimmtes Maß an kultureller Homogenität impliziert – diese Auslegung verschiebt den Akzent aber dahingehend, daß „Homogenität“ *als solche* zu den „Voraussetzungen“ gehöre. Eine solche Deutung hat offensichtlich die politische Theorie Carl Schmitts zum Bezugspunkt.⁵ Explizit heißt

⁴ Böckenförde (Fn. 3), S. 126, Fn. 17; vgl. Joachim Ritter, Hegel und die Reformation (1968), in: ders., *Metaphysik und Politik*, erweiterte Neuausgabe, 2003, S. 310-317 (S. 314). Eine solche Deutung einer „normativen Konsonanz“ (so jüngst Kielmansegg) zwischen modernem Staat und christlicher Religion ist tatsächlich in letzter Zeit im Kontext der eher polemisch geführten Debatten um das Verhältnis von Islam und säkularem Staat wieder nachdrücklicher vertreten worden. Vor diesem Hintergrund erscheint die Kritik sehr überzeugend, die der Theologe Hartmut Kreß auf der Tagung gegen ein solches Verständnis vorbrachte, daß nach einer solchen Lesart das dem Böckenförde-Diktum zugrundeliegende Staatsverständnis in besonderer Weise für Exklusionen anfällig sei.

⁵ Zur Verbindung zwischen Schmitt, Böckenförde und Ritters „Collegium Philosophicum“ vgl. Dirk van Laak, Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Gei-

es an anderer Stelle mit ausdrücklicher Herleitung dieser These von Schmitt bei Böckenförde:

Wenn man den Begriff des Staates vom Begriff des Politischen her bestimmt, dann sieht man [...], daß das eine stete Leistung ist, die staatliche Friedenseinheit mit Gewaltmonopol [...] Man sieht auch, daß das bestimmte Voraussetzungen hat, eine solche Einheit nicht möglich ist mit Menschen, die sich völlig fremd sind, wo eine *relative Homogenität* fehlt als Grundlage für Zusammengehörigkeit (Freundschaft), und dies als *seinsmäßige Gegebenheit*.⁶

Ich kann an dieser Stelle den philosophischen und politischen Hintergrund der Homogenitätstheorie sowie ihre mehr als problematischen Implikationen nicht näher diskutieren. Eine der größten Schwierigkeiten und Unklarheiten der Homogenitätstheorie besteht jedoch darin, daß, anders als Böckenfördes vereindeutigende Auslegung suggeriert, durchaus unklar ist, ob die vorausgesetzte Homogenität als einfach *vorhanden* oder als in irgendeinem Sinne *hergestellt* verstanden werden muß. Böckenförde versteht Homogenität als „seinsmäßige Gegebenheit“ und schließt sich damit an die deutsche konservative Tradition an, die in besonderer Weise von romantisch-organologischen Vorstellungen geprägt ist. In diesem Kontext hat der Begriff der *vorpolitischen* Voraussetzungen einen starken Sinn. Die Deutlichkeit dieser Lesart der Theorie der Homogenität-als-Voraussetzung ist jedoch um den Preis einer Vereindeutigung erkaufte. Denn bei Schmitt selbst ist die Antwort auf die Frage, inwiefern „substantielle Gleichheit“ als Bedingung staatlicher Einheit etwas einfach Gegebenes ist, alles andere als eindeutig.⁷ Mit guten Gründen kann man Schmitt

so verstehen, daß politische Einheit nicht einfach vorhanden ist, sondern, wie ein Interpret formuliert, „organisiert werden muß“.⁸ Über alle Lager der Schmitt-Rezeption hinweg herrscht deshalb Einigkeit, daß an diesem Punkt eine „Tautologie“⁹, ein „nicht lösbare[r] Widerspruch“¹⁰ bzw. eine „innere Zwiespältigkeit“¹¹ der Theorie des Politischen offensichtlich wird: Staatliche Herrschaft setzt politische Einheit voraus, diese selbst aber ist schon nach dem Modell des Staats – und damit nach dem Modell hergestellter Homogenität – gedacht.

Exemplarisch wurde nun auf der Tagung deutlich, daß es zwei grundsätzlich verschiedene Weisen gibt, mit der Theorie der Homogenität-als-Voraussetzung umzugehen. Für die erste Reaktionsweise stand der Theologe Hartmut Kreß: Dessen „Zurückweisung“ des Böckenförde-Diktums bestand zu großen Teilen darin, gegen die Homogenitätstheorie die schöne Welt des „Pluralismus“ und der „Dissense“ zu beschwören. Die Homogenitätstheorie sei a-liberal und „vormodern“ und Homogenität selbst angesichts des modernen Pluralismus eine „Fiktion“. Eine solche erbauliche Kritik übersieht aber, daß diese „Fiktion“ durchaus soziale Realität ist. Darauf machte der Philosoph und Präsident der „Humanistischen Akademie Deutschland“ Frieder Otto Wolf aufmerksam, der in seinem Vortrag zeigte, wie sich die Homogenitätstheorie ideologiekritisch wenden läßt,

dabei ist aber „[m]aßgebend“ vor allem auch der „bewußte[.] Wille zu dieser Gemeinsamkeit“; vgl. *Carl Schmitt, Verfassungslehre* (1928), 6. Auflage 1983, S. 231.

stesgeschichte der frühen Bundesrepublik, 1993, S. 192ff.

⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Diskussionsbeitrag, in: Helmut Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, 1988, S. 301-318 (S. 302); meine Hervorhebungen.

⁷ Zum Beispiel beruht die „substantielle Gleichheit“ nach der Beschreibung in der *Verfassungslehre* auf „gemeinsame[n] geschichtliche[n] Schicksale[n], Traditionen und Erinnerungen“,

⁸ Hasso Hofmann, Diskussionsbeitrag, in: Quaritsch (Fn. 6), S. 304.

⁹ Armin Steil, *Die imaginäre Revolte. Untersuchungen zur faschistischen Ideologie und ihrer theoretischen Vorbereitung bei Georges Sorel, Carl Schmitt und Ernst Jünger*, 1984, S. 65.

¹⁰ Günter Maschke, *Im Irrgarten Carl Schmitts*, in: Karl Corino (Hrsg.), *Intellektuelle im Bann des Nationalsozialismus*, 1980, S. 204-241 (S. 229).

¹¹ Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 2. Auflage 1992, S. 141, vgl. S. 134.

wenn man eben den romantisierenden Glauben an ihre „seinsmäßige Gegebenheit“ nicht teilt: Die Homogenitätstheorie läßt sich dann, wie Wolf sagte, als „Lupe“ benutzen, um Herrschaftsverhältnisse aufzudecken. Denn tatsächlich kann man schon bei Schmitt selbst nachlesen, daß Herstellung von Homogenität die Reduktion von Heterogenität bedeutet, entweder durch „Assimilierung“ oder „Unterdrückung“.¹² Konservativ-romantische Theorien, die Homogenität als „Gegebenheit“ begreifen, sind deshalb aus konzeptuellen Gründen unsensibel gegenüber den Leidenserfahrungen, die mit der Herstellung von Homogenität verbunden sind. Begreift man aber Homogenität als durch Unterdrückung von Heterogenität hergestellt, dann besitzt der Nachweis von Homogenitätsstrukturen die kritische Kraft, „heteronome“ (Wolf) Herrschaftsverhältnisse aufzuweisen. Dies bezeichne die, so Wolf, „reale Ambivalenz“ des modernen Staates: neben der normativen Regelung des Zusammenlebens aus Autonomie auch ein Ort heteronomer Herrschaft zu sein. Solange aber der Staat Instrument von Herrschaft ist, braucht er eine heteronome Begründung; darin liege, so Wolf, der Wahrheitsgehalt von Böckenfördes Theorie.

Als die Beschreibung einer politischen Ordnung, in der es eben dies, heteronome Herrschaft, nicht geben soll, in der die „normative Selbsterneuerung aus Autonomie“ (Wolf) vollendet ist, läßt sich nun Habermas' Ideal des demokratischen Rechtsstaats verstehen. Diese Theorie ist nicht nur ein Gegenentwurf zu der Homogenitätstheorie, sondern generell zu der grundsätzlichen Vorstellung, die der Dilemma-Beschreibung bei Böckenförde zugrunde liegt, daß sich nämlich das Problem der „Integration“ in einem „freiheitlichen“ Staat unabhängig davon stellt, ob es sich um eine demokratisch verfaßte Ordnung handle. Die Vorstellung der Notwendigkeit einer „heteronomen“ Integration der Rechtsgemeinschaft (durch Rekurs auf Religion, Homogenität, usw.) übersieht

danach den untrennbaren Zusammenhang der Idee der Rechtsstaatlichkeit mit der Idee demokratischer Selbstregierung. Im Laufe der Diskussion wird dabei deutlich, inwiefern Habermas' Theorie damit vor allem auch ein Gegenentwurf zur Theorie der Demokratie bei Carl Schmitt ist.

III. Habermas' Antwort: Rechtsstaat und Demokratie

Habermas hat die Böckenförde-Deutung jüngst, in der breit rezipierten Diskussion mit Kardinal Ratzinger, explizit zurückgewiesen. Und zwar verfährt Habermas dort so, daß er die Deutung Böckenfördes *doppelt zurückweist*: Es gibt, so Habermas gegen Böckenförde, im demokratischen Rechtsstaat „kein Geltungsdefizit, das durch ‚Sittlichkeit‘ ausgefüllt werden müsste“,¹³ und es gibt auch *kein Motivationsdefizit* bei den Bürgern: Zwar ist

[d]er Staatsbürgerstatus [...] gewissermaßen in eine Zivilgesellschaft eingebettet [...] Aber daraus folgt noch nicht, dass der liberale Staat unfähig ist, seine motivationalen Voraussetzungen aus eigenen säkularen Beständen zu reproduzieren. (NR, 110).

Der Grund dafür, daß Böckenförde fälschlicherweise glaubt, daß der liberale Staat dazu *nicht* in der Lage ist, liegt nach Habermas darin, daß er einer einseitigen Beschreibung der liberalen Theorie folgt. Denn, so Habermas:

Nur ein Rechtsstaat ohne Demokratie [...] würde auf Böckenfördes Frage eine negative Antwort suggerieren. (NR, 110).

Nach Habermas beruht das Böckenförde-Dilemma auf einer Beschreibung unserer politischen Grundstruktur, die einseitig auf deren rechtsstaatlichen Bestandteil fixiert ist. Dagegen will Habermas zeigen, daß sich die Institutionen des Rechtsstaats als Ausdruck eines für die Moderne schlechthin fundamentalen normativen Grund-

¹² Schmitt (Fn. 7), S. 232.

¹³ Jürgen Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze, 2005 (im folgenden im Text mit der Sigle NR zitiert), S. 109; meine Hervorhebung.

werts verstehen lassen, als dessen Ausdruck sich *gleichermaßen* auch die Idee einer Praxis demokratischer Selbstregierung verstehen läßt. Dieser Grundwert heißt „Autonomie“. Das ist die genaue Gegenthese zur Theorie der Carl-Schmitt-Schule, nach der Rechtsstaatlichkeit ein System der *Beschränkung* des politischen Formprinzips bedeutet – sei dieses demokratisch oder nicht. Nach Schmitt bezeichnet Rechtsstaatlichkeit einen *Modus* der staatlichen Gewaltausübung – nämlich als sich selbst beschränkend, zum Beispiel und vor allem durch die unbedingte Achtung der Grundrechte –, der sich aber *indifferent* gegenüber der Frage verhält, ob es sich etwa um eine Monarchie oder Demokratie handelt.¹⁴ Nach Habermas jedoch ist in der Idee der Demokratie die Rechtsstaatlichkeit als *Modus* ihrer Ausübung *notwendig* impliziert.

Die allgemeine These von Habermas besagt dabei, daß Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, das Prinzip der Menschenrechte und das der Volkssouveränität, oder, wie er es häufig ausdrückt: „private und öffentliche Autonomie“ *gleichursprünglich* sind – d.h., daß keines der beiden Prinzipien auf das andere zurückgeführt werden kann –, und daß sie sich *wechselseitig voraussetzen* – d. h., daß es keines der beiden Prinzipien ohne das andere geben kann. Zum ersten Teil der These: Daß die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Volkssouverä-

nität gleichursprünglich sind, besagt zunächst, daß zwischen ihnen *kein hierarchisches* Verhältnis besteht. Das wendet sich sowohl gegen eine bei Liberalen beliebte Deutung, wonach das Recht auf Beteiligung an Strukturen demokratischer Selbstregierung einfach *ein Element der Klasse von Grundrechten* ist, die der Rechtsstaat jedem einzelnen garantieren muß, als auch gegen die umgekehrte Deutung, wonach Rechtsstaatlichkeit einfach ein *Instrument* der Ausübung von Volkssouveränität ist.

Um das besser zu verstehen, ist es jetzt hilfreich, sich den zweiten Teil der These zu verdeutlichen, der besagt, daß sich beide Prinzipien – Rechtsstaatlichkeit und Volkssouveränität – *wechselseitig voraussetzen*. Und um diesen zweiten Teil der grundlegenden These besser zu verstehen, ist es hilfreich, nochmals einen Schritt zurückzugehen. Daß sich beide Prinzipien – Rechtsstaatlichkeit und Volkssouveränität – wechselseitig voraussetzen, ist nämlich darin begründet, daß sich beide gleichermaßen durch die „Aufspaltung der Autonomie“ ergeben, die durch die „Positivität des Rechts“ bedingt ist. Was soll das bedeuten?

Zunächst ist es eine grundlegende Überzeugung von Habermas, daß *Autonomie* der absolut grundlegende normative Bezugspunkt in modernen Gesellschaften ist.¹⁵ Nach dem Zerfall traditioneller integrativer Sittlichkeit differenzieren sich in modernen Gesellschaften verschiedene Normensysteme – Moral und Recht – gegeneinander aus, die dabei jedoch beide, wenn auch in unterschiedener Art und Weise, als Ausdruck des einen zentralen Werts der Autonomie begriffen werden können. Der zentrale Wert der Autonomie wird durch das allgemeine *Diskursprinzip* ausgedrückt, das sich posttraditionell in *Moralprinzip* und *Demokratieprinzip* ausdifferenziert. Die entscheidende Pointe der Theorie von Haber-

¹⁴ Eine solche Beschreibung ist in der politischen Philosophie weit verbreitet: Der „Liberalismus wendet sich zwar gegen die absolutistische Monarchie, aber er tritt als politische Position erst voll auf die Bühne, wenn man die historische Erfahrung macht, daß die parlamentarisch ausgeübte Volkssouveränität genauso repressiv sein kann wie der Absolutismus.“ So *Raymond Geuss*, Das Unbehagen am Liberalismus, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 49 (2001), H. 4, S. 499-516 (S. 504). Vgl. fast gleichlautend: *Schmitt* (Fn. 7), S. 150, S. 200ff. Für eine Kritik an der Vorstellung einer Kontinuität des „Staatswillens“ jenseits seiner Verfassung und damit an der Idee einer Differenz zwischen Staat und Staatsform vgl. *Hauke Brunkhorst*, Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus. Parlamentarismus zwischen Untertanenrepräsentation und Volkssouveränität, in: *Leviathan* 31 (2003), S. 362-381.

¹⁵ Vgl. zum folgenden *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992), 1998 (im folgenden im Text mit der Sigle FG zitiert), S. 124ff., 135ff.

mas liegt nun in der zusätzlichen Annahme, daß das Demokratieprinzip *in Verbindung mit der Rechtsform* zu einer „Aufspaltung der Autonomie“ (FG, 665; Hervorhebung im Original) führt, und zwar einerseits in die *öffentliche Autonomie* von Bürgern in ihrer Rolle als „Autoren“ des Rechts (vgl. FG, 156), die sich in der Praxis *demokratischer Selbstregierung* ausdrückt, und andererseits in die *private Autonomie* der Bürger in ihrer Rolle als „Adressaten“ des Rechts, die sich in der Gewährleistung von *Grund- und Menschenrechten* ausdrückt.

Der erste tragende Pfeiler und wichtigste Schachzug der Theorie liegt deshalb in der These, daß das *Demokratieprinzip* mit der *Rechtsform* untrennbar verbunden ist, „das Demokratieprinzip“ ist die „Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform.“ (FG, 154) Daraus aber folgt, daß kollektive Autonomie als demokratische Selbstregierung *gar nicht anders als rechtsförmig* ausgeübt werden kann – dazu gleich noch mehr. Der zweite tragende Pfeiler besteht nun in dem weiteren Argument, daß *die Rechtsform als solche schon die Grundrechte impliziert*: „Ohne eine Gewährleistung privater Autonomie kann es so etwas wie positives Recht überhaupt nicht geben.“ (FG 670, vgl. 151) Es gibt nach Habermas „kein Recht überhaupt ohne einklagbare subjektive Handlungsfreiheiten, die die private Autonomie einzelner Rechtspersonen gewährleisten“.16 Wir haben jetzt also als zentrale Argumente:

- (1) Demokratische Selbstregierung, d.h. Volkssouveränität, kann überhaupt nur mit Hilfe des positiven Rechts ausgeübt werden.
- (2) Es gibt kein positives Recht ohne Anerkennung der Grundrechte.

Und daraus ergibt sich dann:

- (3) Volkssouveränität kann gar nicht ohne Anerkennung der Grundrechte ausgeübt werden.

Und damit hätten wir das Argument von Habermas nachgezeichnet, weshalb es eine Demokratie ohne Rechtsstaat – d. h. ohne institutionalisierte Sicherung von Grundrechten – nicht geben kann. Und das versteht Habermas – insbesondere gegen die liberale Deutung – so, daß die Achtung der Grundrechte keine der Ausübung der demokratischen Souveränität *äußerliche Schranke* sein kann. Denn wenn (1) und (2) zutreffen, dann sind die Grundrechte „notwendige Bedingungen, die die Ausübung politischer Autonomie erst *ermöglichen*; als ermöglichende Bedingungen können sie die Souveränität des Gesetzgebers, obwohl sie diesem nicht zur Disposition stehen, nicht *einschränken*. Ermöglichende Bedingungen erlegen dem, was sie konstituieren, keine Beschränkungen auf.“ (FG, 162; Hervorhebungen im Original)

Der Fehler der liberalen Theorie (und der konservativen Kritik) liegt nach der Deutung von Habermas vielmehr darin, daß sie die Grund- und Menschenrechte als positiviert Form eigentlich vorpolitischer, *moralischer Rechte* denkt, die deshalb in ein *Konkurrenzverhältnis* zur Ausübung demokratischer Autonomie geraten können.¹⁷ Nach Habermas sind aber die Grund- bzw. Menschenrechte nicht positiviert moralische Rechte. Die private Autonomie, aus der sich die Grundrechte ableiten lassen, und die öffentliche Autonomie sind beide *gleichermaßen* Ausdruck des *Demokratieprinzips*, das sich aus der *Verschränkung des Diskursprinzips mit der Rechtsform* ergibt (vgl. FG, 151ff, 665ff.). Der demokratischen „Selbstbestimmungspraxis der Bürger ist nichts vorgegeben außer dem Diskursprinzip [...] auf der einen und dem Rechtsmedium auf der anderen Seite.“ (FG, 162) Also nochmals: Im ausdrücklichen Gegensatz zur liberalen Deutung sind die Grund- oder Menschenrechte der demokratischen Selbstbestimmung *nicht* als moralische Rechte vorgegeben; aber die demokratische Selbstbestimmung *muß* sich des Rechtsme-

¹⁶ Jürgen Habermas, Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, S. 65-94 (S. 93).

¹⁷ Vgl. für eine solche Beschreibung John Rawls, Politischer Liberalismus, 1998, S. 240; vgl. Schmitt (Fn. 7), S. 163f.

diums bedienen, und die „Einrichtung des Rechtskodes als solchen [impliziert] bereits Freiheitsrechte, die den Status von Rechtspersonen erzeugen und deren Integrität gewährleisten.“ (FG, 162) Wenn also die Thesen (1) und (2) zutreffen, dann ist tatsächlich gezeigt, daß der Begriff demokratischer Selbstregierung den Begriff des Rechtsstaats voraussetzt.¹⁸

Ich möchte die weitere Begründung für die These (2), warum es kein Recht ohne Grundrechte geben kann hier nicht näher diskutieren. Wichtiger für die weitere Diskussion ist aber das Argument (1), das besagt, daß es keine demokratische Selbstregierung geben kann, die nicht durch das Rechtsmedium vermittelt ist. Ich glaube, daß an dieser Stelle eine der *entscheidenden Differenzen* zu einer Theorie wie derjenigen von Schmitt liegt. Es ist eine tiefe philosophische Differenz im Verständnis dessen, was Volkssouveränität und demokratische Selbstregierung überhaupt bedeuten, welche die unzähligen Differenzen an der Oberfläche der Theorien hervorbringt. Denn Volkssouveränität so zu verstehen, daß sie notwendig rechtsförmig – und das impliziert nach Habermas: unter Gewährleistung subjektiver Rechte – ausgeübt werden muß, setzt ein *bestimmtes Verständnis* von Volkssouveränität voraus (vgl. dazu auch FG, 364ff.). Der Kern des Arguments besteht darin, daß Habermas die Ausübung von Volkssouveränität nicht, wie Schmitt, als die Ausübung der kollektiven Autonomie einer durch vorausliegende substantielle Gleichheit bestimmten politischen Einheit versteht, sondern als kollektive Selbstbestimmungspraxis einer politischen Einheit, die sich durch Prozesse diskursiver Meinungs- und Willensbildung erst als solche hervorbringt. Wenn man Volkssouveränität auf diese Weise versteht, daß sie also intern auf den Begriff der Öffentlich-

keit und des demokratischen Diskurses verweist, dann hat die Ausübung von Volkssouveränität, wie Habermas sagt, „Kommunikationsvoraussetzungen“.¹⁹ Und diese Kommunikationsvoraussetzungen müssen, so der nächste Schritt, *institutionalisiert* werden – und das wiederum funktioniert *nur mit Hilfe des Rechtskodes*. Man kann sich das so verdeutlichen, daß man sagt, daß bei Habermas letztlich die demokratische Autonomie nicht einer homogenen, ethisch-kulturell integrierten Gemeinschaft zukommt, sondern dem Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung selbst.²⁰ Nicht ein mythisch-vorpolitisches Großsubjekt, die *Öffentlichkeit* ist der Souverän: „Das ‚Selbst‘ der sich selbst organisierenden Rechtsgemeinschaft verschwindet in den subjektlosen Kommunikationsformen [...] Damit wird die Intuition, die sich mit der Idee der Volkssouveränität verbindet, nicht dementiert, jedoch intersubjektiv gedeutet.“ (FG, 365)²¹ Der Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung kann aber nur funktionieren, wenn die Bedingungen institutionalisiert werden, die jedem Bürger die *Teilnahme* an diesem Prozeß ermöglichen. Und das wiederum setzt die Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten voraus.

Zusammengefaßt: Eine Erläuterung der These

- (1) Volkssouveränität kann überhaupt nur durch positives Recht ausgeübt werden.

besagt also:

- (a) Volkssouveränität muß als diskursive Meinungs- und Willensbildung im Me-

¹⁸ Um Mißverständnissen vorzubeugen ist der Hinweis wichtig, daß es hier um *begriffliche* Zusammenhänge geht und nicht um empirische Beschreibungen. Natürlich würde auch Habermas beispielsweise nicht bestreiten, daß es Staaten gibt, in denen es positives Recht, aber nicht in vollem Umfang Grundrechte gibt.

¹⁹ Jürgen Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1999, S. 293-305 (S. 301ff.).

²⁰ Vgl. Hauke Brunkhorst, Vom Vorrang der Volkssouveränität. Demokratie durch Differenz, in: Christoph Menke/Martin Seel (Hrsg.), Zur Verteidigung der Vernunft gegen ihre Liebhaber und Verächter, 1993, S. 268-284 (S. 273).

²¹ Vgl. dazu Rainer Forst, Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus, 1994, S. 191ff.

dium demokratischer Öffentlichkeit verstanden werden.

- (b) Die Voraussetzungen diskursiver Meinungs- und Willensbildung müssen institutionalisiert werden.
- (c) Die Institutionalisierung diskursiver Meinungs- und Willensbildung funktioniert nur mit Hilfe des Rechtskodes.

Wenn wir uns erinnern, daß die andere These besagt hatte,

- (2) Es gibt kein positives Recht ohne Anerkennung der Grundrechte.

dann können wir jetzt als Schlußfolgerung festhalten:

- (3) „Die Substanz der Menschenrechte steckt [...] in den formalen Bedingungen für die rechtliche Institutionalisierung jener Art diskursiver Meinungs- und Willensbildung, in der die Souveränität des Volkes rechtliche Gestalt annimmt.“ (FG, 135)

Wie gezeigt, hängt also die Schlußfolgerung (3) wesentlich mit dem Verständnis von Volkssouveränität zusammen, das in (a) vorausgesetzt wird. Letztlich rührt der Umstand, daß Habermas einen internen Zusammenhang und Schmitt ein Spannungs- bzw. Widerspruchsverhältnis von Demokratie und Menschenrechten behauptet, daher, daß beide bereits ein *völlig anderes Verständnis* davon haben, was Volkssouveränität bzw. demokratische Selbstregierung bedeuten. Und Habermas hat mit seinem Verständnis demokratischer Selbstregierung als Praxis demokratischer Öffentlichkeit einen Begriff von Demokratie, der bereits *intern* auf die Notwendigkeit der Institutionalisierung von Grund- und Menschenrechten Bezug nimmt, weil die Idee der Öffentlichkeit auf die Gewährleistung der Bedingungen der individuellen Teilnahme verweist. Die Bedingungen der Teilnahme jedes Bürgers zu sichern, bedeutet aber danach vor allem auch, den Bürger *als einzelnen*, also in seiner Verschiedenheit zu schützen. Demokratische Selbstregierung ist in diesem Verständnis die Selbstregierung von Bürgern, die sich in ihrer individuellen Besonderheit respektieren.

Durch die Rechtsförmigkeit wird die Heterogenität der Bürger geschützt. Das ist eine genau gegensätzliche Bestimmung zu derjenigen Schmitts, wonach sich der politische Begriff der Volkssouveränität auf eine homogene Einheit bezieht, deren Homogenität wiederum, weil durch Mechanismen der Abgrenzung und Unterscheidung konstituiert, untrennbar mit ihrer Partikularität verbunden ist. In diesem Kontext stellt sich in bezug auf Habermas' Bestimmung dann aber die, hier jedoch nur anzudeutende Frage, ob nicht in eine solche Bestimmung des Begriffs demokratischer Selbstregierung, aus welchem sich die Rechtsförmigkeit als Modus ihrer Ausübung als notwendige Implikation ergeben soll, bereits Gehalte des moralischen Universalismus eingegangen sind, die dann eben in Gestalt der Rechtsförmigkeit wieder zutage treten. Zwar gesteht Habermas zu, daß die Positivität des Rechts in Verbindung mit der notwendigen Partialität jedes Gewaltmonopols dazu zwingt, Rechte zu institutionalisieren, welche die „Differenzierung zwischen Mitgliedern und Nicht-Mitgliedern“ ermöglichen (FG, 158). Aus dem Öffentlichkeitsprinzip scheint sich andererseits aber die Forderung zu ergeben, daß *jede* Stimme gehört werden soll. In der Interpretation Wellmers heißt es demgemäß explizit, daß das Öffentlichkeitsprinzip auch eine „unmittelbar *moralische* [Bedeutung]“ hat, woraus sich dann der „begriffliche und normative Zusammenhang“ von „Bürger- und Menschenrechten“ erklärt.²²

Zusammengefaßt: Weil die demokratische Praxis der Selbstregierung bei Habermas von vornherein so bestimmt ist, daß sie durch die Rechtsförmigkeit ihrer Aus-

²² Vgl. Albrecht Wellmer, Bedingungen einer demokratischen Kultur. Zur Debatte zwischen ‚Liberalen‘ und ‚Kommunitaristen‘ (1992), in: ders., Endspiele: Die unversöhnliche Moderne. Essays und Vorträge, 2. Aufl. 1999, S. 54-80 (S. 63, 72); Hervorhebung im Original. Wellmer unterscheidet dabei zwei Begriffe von Öffentlichkeit: als Institution und als Diskurs im engeren Sinne. Vgl. dazu ebd., S. 63; Wellmer, Menschenrechte und Demokratie, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.): Philosophie der Menschenrechte, 1999, S. 265-291 (S. 278f.).

übung die Heterogenität der Bürger schützt, muß dieses Schutzmoment, als deren institutioneller Ausdruck sich der Rechtsstaat verstehen läßt, anders als bei Schmitt nicht äußerlich und zusätzlich hinzutreten.²³ Und das heißt umgekehrt: Böckenfördes Problem einer „heteronomen“ Integration der Adressaten von Rechtsnormen in einem „freiheitlichen“ Staat stellt sich deshalb bei Habermas *nicht*, weil diese durch ihre Doppelrolle als Adressaten *und Autoren* der Rechtsnormen schon integriert sind. Der „demokratische Prozess“ ist das „einigende Band“ (vgl. NR, 110), das die Bürger eines Rechtsstaats miteinander verbindet.

IV. Wiederkehr des Problems

Ich habe versucht zu zeigen, daß nach Habermas' Theorie das Böckenförde-Dilemma alles andere als zwingend ist, weil es auf einem zutiefst problematischen Verständnis dessen beruht, was Volkssouveränität und demokratische Selbstregierung bedeuten. Wie ich jetzt zeigen möchte, tritt aber auch in der Demokratietheorie von Habermas ein in gewisser Weise ähnliches Dilemma auf. Das verweist darauf, daß dem Böckenförde-Dilemma ein allgemeineres Problem zugrunde liegt, das sich auch in anderer Art und Weise artikulieren läßt.

Das zentrale Argument bei Habermas hatte besagt, daß die demokratische Selbstbestimmungspraxis nur mit Hilfe des Rechtsmediums ausgeübt werden kann, und das heißt eben, daß auch und insbesondere die Möglichkeiten zur Teilnahme

am demokratischen Diskurs *rechtlich* garantiert werden müssen. Wenn aber die demokratischen Partizipationsmöglichkeiten als subjektive Rechte institutionalisiert werden müssen,²⁴ dann heißt das, daß, wie bei anderen Rechten auch, die *Art und Weise* ihres Gebrauchs freigestellt sein muß. Denn das moderne Recht ist unter anderem dadurch gekennzeichnet, daß es – im Gegensatz etwa zur Moral – die Motive seiner Achtung freistellt. Es ist gerade eine der spezifischen Leistungen des modernen Rechtssystems, daß es, indem es seinen Adressaten freistellt, sich auf Klugheitsüberlegungen zu beschränken, motivational entlastend wirkt (vgl. FG, 135ff.). Das heißt: Es liegt im Wesen des modernen, ausdifferenzierten Rechts, daß es die Möglichkeit freistellt, von ihm bloß strategischen Gebrauch zu machen. Das Problem entsteht nun eben dadurch, daß *auch* demokratische Partizipationsrechte einerseits durch ihre bloße Form schon diese Möglichkeit *freistellen müssen*, das Funktionieren der demokratischen Selbstregierungspraxis aber gleichwohl darauf *angewiesen* ist, daß die Mehrheit der Bürger einen anderen als bloß strategischen, nämlich *gemeinwohlorientierten* Gebrauch von ihren Partizipationsrechten macht. In Habermas' eigener Darstellung:

Das demokratische Rechtssetzungsverfahren ist darauf angelegt, daß die Staatsbürger von ihren Kommunikations- und Teilhaberechten *auch* einen gemeinwohlorientierten Gebrauch machen, der politisch zwar angesonnen, aber rechtlich nicht erzwungen werden kann. Wie alle subjektiven Rechte räumen auch die politischen Bürgerrechte lediglich Sphären der Willkürfreiheit ein und machen einzig legales Verhalten zur Pflicht. Ungeachtet dieser Struktur können sie aber die Legitimationsquellen der diskursiven Meinungs- und Willensbildung nur erschließen, wenn die Bürger ihre kommunikativen Freiheiten nicht ausschließlich *wie* subjektive Handlungsfreiheiten für die Verfolgung eigener Interessen, sondern für Zwecke des

²³ Aus Platzgründen verzichte ich hier völlig darauf, das Argument für den umgekehrten Zusammenhang – die Angewiesenheit des Rechtsstaats auf demokratische Strukturen – detailliert nachzuzeichnen. Der Kern des Arguments besteht darin, daß der „Rechtskode“ als solcher eigentlich nur das rein formale „allgemeine[.] Freiheitsrecht[.]“ erzeugt, die Grundrechte deshalb „*ungesättigt* [bleiben]“ und darauf angewiesen sind, daß sie „*interpretiert und ausgestaltet* werden“ (FG, 159; Hervorhebungen im Original). Die Institutionalisierung der Grundrechte erfordert deshalb die Institutionalisierung eines interpretativen Diskurses.

²⁴ Ich werde den bei Habermas behaupteten Zusammenhang zwischen dem modernen Recht überhaupt und der Form subjektiver Rechte hier nicht weiter diskutieren, vgl. dazu etwa FG, 151.

„öffentlichen Vernunftgebrauchs“ als kommunikative Freiheiten nutzen. (FG, 678; Hervorhebungen im Original)

Die demokratische Selbstbestimmungspraxis hat also zur *Voraussetzung*, daß von den notwendig in der Form subjektiver Rechte institutionalisierten Partizipationsrechten *auch* ein gemeinwohlorientierter Gebrauch gemacht wird, was aber gleichwohl *nicht erzwungen* werden darf, weil das mit der Rechtsform unvereinbar wäre: „Eine Rechtspflicht etwa zur aktiven Wahrnehmung demokratischer Rechte hat etwas Totalitäres.“ (FG, 641)²⁵ Das Recht kann aufgrund seiner Form zu einem gemeinwohlorientierten, nicht bloß strategischen Gebrauch bloß „*ansinnen*“, aber nicht verpflichten (FG, 165; Hervorhebung im Original; vgl. NR, 110).

Daß der Staat eine bestimmte Umgangsweise mit den demokratischen Teilhabeberechtigten nicht erzwingen kann, soll ja nicht nur besagen, daß er es *faktisch* nicht kann. Es geht hier vor allem um die *normative* These, die besagen soll, daß die Nicht-Erzwingbarkeit einer bestimmten Umgangsweise mit Rechten eine *normative* Implikation der freiheitsermöglichenden Gestalt des modernen Rechts ist. Denn subjektive Rechte bringen, in hegelianischer Begrifflichkeit, immer auch das „Recht zur Entzweiung“ und das „Recht der Beson-

derheit“ zum Ausdruck.²⁶ Subjektive Rechte sollen das Individuum auch vor der Zwangs- und Überintegration in die Gesellschaft schützen. Die Garantie der privaten Autonomie durch subjektive Rechte ist, in den Worten von Habermas, zugleich auch die „Befreiung von den Verpflichtungen kommunikativer Freiheit“ (FG, 152): „Deshalb läßt sich die private Autonomie eines Rechtssubjekts wesentlich als die negative Freiheit verstehen, sich aus dem öffentlichen Raum [...] zurückzuziehen. Die private Autonomie reicht so weit, wie das Rechtssubjekt *nicht* Rede und Antwort stehen, für seine Handlungspläne *keine* öffentlich akzeptablen Gründe angeben muß. Subjektive Handlungsfreiheiten berechtigen zum *Ausstieg* aus dem kommunikativen Handeln“ (FG, 153; Hervorhebungen im Original). Sich auf ein Recht zu einer Handlung zu berufen heißt danach, von der Pflicht der Rechtfertigung durch akzeptable Gründe dispensiert zu sein. In diesem Sinne sind subjektive Rechte immer auch Rechte zum Ausstieg aus jedem Diskurs. Zugleich hatten wir aber die Überzeugung Habermas' angeführt, daß auch die Rechte zur Teilnahme am öffentlichen Diskurs die Form subjektiver Rechte haben müssen. Und das heißt, daß paradoxerweise *die Rechte zur Teilnahme immer auch Rechte zum Ausstieg* sind. Das ist die neue Form, in der das Dilemma wiederkehrt: Der Rechtsstaat ist auf eine funktionierende Praxis demokratischer Selbstbestimmung angewiesen, die wiederum zur Voraussetzung hat, daß die Bürger in einer bestimmten Art und Weise (nämlich „gemeinwohlorientiert“) von ihren Partizipationsrechten Gebrauch machen, ohne daß diese bestimmte Art und Weise des Gebrauchs vom Staat erzwungen werden könnte (vgl. FG, 152f.) – wenn er nicht seinen „freiheitlichen“ Charakter aufgeben wollte. Die gelingende Ausübung demokratischer Autonomie bleibt deshalb „angewiesen auf das *Entgegenkommen* eines konsonanten Hintergrundes von rechtlich nicht erzwingbaren Motiven und Gesin-

²⁵ Vgl. NR, 283: „Eine Rechtspflicht zur Solidarität wäre ein hölzernes Eisen.“ – Hier zeigt sich erneut der direkte Gegensatz zu Schmitt (Fn. 7), S. 254: „Das Wahl- und Stimmrecht ist nicht ein Recht in dem Sinne, daß es zur freien Verfügung des einzelnen stände [...], sondern eine öffentliche Funktion und konsequenterweise ebenso sehr eine Wahl- und Stimmpflicht, weil es nicht von dem einzelnen als Privatmann, sondern als Staatsbürger [...] ausgeübt wird. Doch haben die meisten demokratischen Staaten in ihren Wahlgesetzen die Konsequenz der Wahl- und Stimmpflicht nicht durchgeführt.“ (Hervorhebung im Original) Nach Schmitt haben demokratische Partizipationsrechte also *nicht* die Form subjektiver Rechte. Das verweist auf die tiefe Differenz zwischen Schmitt und Habermas in bezug auf die Beschreibung der Form des modernen Rechts.

²⁶ Vgl. dazu Wellmer, Bedingungen einer demokratischen Kultur (Fn. 22), S. 69.

nungen eines am Gemeinwohl orientierten Bürgers.“ (FG, 641; Hervorhebung im Original) Der demokratische Rechtsstaat ist danach darauf angewiesen, daß sich durch entsprechende Sozialisations- und Bildungsprozesse bei seinen Bürgern Motivationsstrukturen und Bewußtseinsformen herausgebildet haben, auf die er selbst als liberaler Staat mit administrativen Mitteln und rechtlichem Zwang keinen Einfluß nehmen darf.

Die zentrale These Böckenfördes hatte gelautet: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“²⁷ Nach Habermas erhält diese Beschreibung einen „unverfänglichen Sinn“ (NR, 116), wenn wir sie dahingehend verstehen, daß der freiheitliche Staat die politische Kultur einer demokratischen Gesellschaft zur Voraussetzung hat, die bei den Bürgern Motivationsstrukturen hervorzubringen in der Lage ist, die dazu führen, daß diese von ihren Partizipationsrechten *auch* gemeinwohlorientierten Gebrauch machen. Die *entscheidende Differenz* in dieser Beschreibung zu Böckenfördes eigener Deutung des Dilemmas liegt, wie jetzt deutlich wird, darin, daß Böckenförde die rechtlich nicht erzwingbaren Voraussetzungen in „der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft“²⁸ ausmacht und Habermas in den „freiheitlichen Traditionen“ und den „Assoziationsverhältnissen einer liberalen politischen Kultur“ (FG, 165), und das heißt vor allem: in den „rechtlich nicht erzwingbaren Strukturen einer lebendigen *Zivilgesellschaft* und einer nicht vermachteten politischen *Öffentlichkeit*“ (FG, 678; meine Hervorhebungen).

V. „Ethos der Gesetzlichkeit“

Ich habe zu Anfang darauf verwiesen, daß Böckenfördes Beschreibung häufig als ein Argument benutzt wird, das vor allem einen positiven Bezug des modernen Staates

auf christliche Kirchen und Religion begründen soll, und daß sich hieraus erklärt, warum die Tagung der humanistischen Verbände sich die „Zurückweisung“ des Böckenförde-Diktums zum Ziel gesetzt hatte. So sah beispielsweise der Theologe Hartmut Krefß in Hermann Lübbes Beschreibung eines Legitimationsdefizits des säkularen Staates, das durch den Gottesbezug der Verfassung kompensiert werden müsse, die Ideen Böckenfördes weiterwirken. In diesem Zusammenhang war jedoch Frieder Otto Wolfs historische Verortung des Böckenförde-Diktums äußerst aufschlußreich. Dieses sei nicht zufällig im Jahr 1967 formuliert worden – am Ende der ökonomischen „Rekonstruktionsperiode“ und damit auch zu einem Zeitpunkt, an dem das Nachkriegsmodell der Integration über Wirtschaftswachstum und Sozialpolitik brüchig geworden sei. Wolf verwies aber darauf, daß tatsächlich in der Ideologiegeschichte der Bundesrepublik der Böckenförde-Weg *nicht* eingeschlagen wurde. Das tatsächliche Mittel ideologischer Integration sei gar nicht die restaurative Rückkehr zu christlicher Gemeinsamkeit gewesen, sondern die „generalisierte Sachzwangthese“ des Neoliberalismus, die wesentlich auf Thesen Friedrich August von Hayeks zurückgeht. Nach dessen Überzeugung sei eine politische Gestaltung der evolutionär gewachsenen Wirtschaftsordnung gar nicht möglich, und jeder Versuch einer solchen politischen Gestaltung müßte deshalb totalitäre Konsequenzen haben.

Nun liegt eine Form dieser Sachzwangs-ideologie ja auch der Modernetheorie von Habermas und dessen Naturalisierung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung zu einem „Stück normfreier Sozialität“²⁹ zugrunde. Das hat in bezug auf die im letzten Abschnitt angeführte Neudeutung des Böckenförde-Problems bei Habermas interessante Konsequenzen. Das Problem hatte in Habermas' Beschreibung gelautet, daß zwischen der Form demokratischer Parti-

²⁷ Böckenförde (Fn. 2), S. 112.

²⁸ Ebenda.

²⁹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, 1981, S. 256.

zipationsrechte als subjektiver Rechte und der Notwendigkeit, daß zumindest im allgemeinen von ihnen „gemeinwohlorientiert“ Gebrauch gemacht wird, ein Spannungsverhältnis besteht. Nun ist die erste Beschreibung – daß auch Partizipationsrechte die Form subjektiver Rechte haben, oder ganz allgemein: daß die demokratische Selbstregierung rechtsförmig ausgeübt werden muß – Ausdruck einer normativen Überzeugung. Die zweite Hälfte des Spannungsverhältnisses – daß der „gemeinwohlorientierte“ Gebrauch dieser Rechte vom Bestehen einer „politischen Kultur“ abhängt – beschreibt danach eher ein empirisches Problem. Denn das, was die „politische Kultur“ bedroht – die Gefahr einer „entgleisende[n] Modernisierung“ (NR, 111), die Habermas heute in der Entgrenzung des ökonomischen Paradigmas und im „Naturalismus“ als einer Ideologie szientistischer Selbstobjektivierung ausmacht³⁰ – sind ausdrücklich „externe Gründe“ (NR, 111). Daß „Märkte [...] zunehmend Steuerungsfunktionen in Lebensbereichen [übernehmen], die bisher normativ [...] zusammengehalten worden sind“, beschreibt danach eine Bedrohung der Demokratie *von außen*. (NR, 112)

Auf diese Problematik kann ich hier nicht weiter eingehen. Ich möchte zum Schluß ein weiteres Problem ansprechen, das die Rezeptionsgeschichte wieder mit der systematischen Diskussion verbindet: Es ist nämlich interessant, daß diesem Hinweis, daß der Böckenförde-Weg nicht gegangen wurde, eine bestimmte Lesart des Böckenförde-Theorems zugrunde liegt. Ich habe darauf hingewiesen, daß die Tagung der humanistischen Verbände insgesamt eine Deutung des Böckenförde-Diktums unterstellte, nach der dieses vor allem einen starken positiven Bezug des Staates auf die christliche Religion begründen soll. Die Tagung war deshalb insgesamt auf die Zurückweisung dieses unterstellten positiven Bezugs ausgerichtet. Zu diesem Konzept

gehörte auch der Vortrag des Religions- und Altertumswissenschaftlers Hubert Cancik, der zu Recht darauf verwies, daß es sich bei den Diskussionen um die Herkunft der Begriffe „Freiheit“ und „Menschenwürde“ primär nicht um theoretische Debatten, sondern um Deutungskämpfe handelt, in denen der Streit um den „Anspruch auf Erbschaft“ ausgetragen wird. Cancik griff in diese Begriffskämpfe dann selbst im Sinne der Veranstalter ein mit der These, daß „Freiheit“ und „Menschenwürde“ überhaupt keine säkularisierten Begriffe christlicher Herkunft darstellten, sondern vielmehr die Wiedergewinnung „antiker Substanz“ bedeuteten. Grundsätzlich bleibt jedoch zu fragen, ob die antichristliche Polemik tatsächlich den systematischen Gehalt des Böckenförde-Problems trifft. So verwies Rosemarie Will, Landesverfassungsrichterin in Brandenburg und Vorsitzende der „Humanistischen Union“, darauf, daß in bezug auf den Glauben an die Unverzichtbarkeit der christlichen Grundlage von Verfassung und Rechtsstaat etwa Paul Kirchhoff Böckenförde bei weitem übertrifft.

Nun läßt sich Böckenförde tatsächlich aber nicht nur in diesem auf der Tagung unterstellten restaurativen Sinn auslegen. Um das zu verdeutlichen, möchte ich zum Schluß zwei ganz verschiedene Formen der Kritik an der Theorie von Habermas vorstellen, die sich beide gleichermaßen auf die konservative Schmitt-Tradition berufen, ihm jedoch jeweils etwas Gegenteiliges vorwerfen. Ich möchte diese beiden Kritikrichtungen im folgenden idealtypisch rekonstruieren und dann dafür argumentieren, daß sich Böckenfördes Position eigentlich nur auf die zweite Richtung dieser Kritik beziehen läßt.

Die erste Kritik an Habermas, die ich oben bereits angedeutet habe, lautet, daß Habermas gewissermaßen *zu liberal* ist. Aus dieser Perspektive läßt sich hinterfragen, inwiefern Habermas überhaupt einen spezifisch *politischen* Begriff demokratischer Selbstregierung bzw. kollektiver Autono-

³⁰ Vgl. zum „Naturalismus“ NR, 7ff, 147f., 254, 266; zur Entgrenzung von Marktmechanismen NR 112, 247.

mie besitzt.³¹ Das berührt die oben angesprochene Frage, ob nicht in seine Bestimmung von Demokratie mit seiner Fassung des Inklusionsprinzips vorab schon diejenigen moralisch-universalistischen Gehalte eingehen, die dann in Form der Rechtsförmigkeit wieder herausgezaubert werden. Das begründet nach dieser Deutung den Verdacht, daß in Habermas' Gesamtheorie mit ihrer Zentrierung auf den moralischen Universalismus unter der Hand doch die private Autonomie übermäßig privilegiert wird. Daran anschließend läßt sich fragen, ob sich tatsächlich alle Institutionen des demokratischen Rechtsstaats als Ausdruck *eines* zentralen modernen Werts, nämlich der „Autonomie“ verstehen lassen, der sich erst auf zweiter Ebene in private und kollektive Autonomie aufspaltet. Dagegen lassen sich Beschreibungen halten, die unsere modernen Wertvorstellungen durch eine Mehrzahl konfligierender Werte bestimmt sehen.³²

Es ist aufschlußreich, daß jedoch eine andere Form der Kritik an Habermas' Theorie in der deutschen Diskussion wesentlich prominenter vertreten wurde, die ihm gewissermaßen das Gegenteil vorwirft – daß er letztlich *zu wenig liberal* ist. In die Deutungstradition, aus der sich eine solche Kritik formulieren läßt, hat sich nicht zuletzt vor kurzem Böckenförde selbst durch Überlegungen zum Verhältnis von Staat und Religion wieder eingereiht. Nach dieser Hobbesianisch inspirierten Richtung der politischen Philosophie ist es nämlich eher das „Ansinnen“ der „Gemeinwohlorientierung“, das unter dem Verdacht anti-liberaler Implikationen, nämlich von Ge-

sinnungs- oder Gewissenszwang, steht. So stellt etwa Lübke Habermas' Theorie wie überhaupt jeden Versuch der inhaltlichen Rechtfertigung der Rechtsordnung unter Totalitarismusverdacht. In der Tradition des nach eigener Auskunft „Münsterschen Links-Schmittianismus“³³ ist vielmehr das „Dezisionsprinzip“, der Verzicht auf den Anspruch vernünftiger bzw. moralischer Rechtfertigung, „das Grundprinzip antitotalitärer Liberalität. [...] Hingegen wäre ein politischer Zwang, der als Legitimationsprinzip nichts als den Zwang zwingender Argumente für sich in Anspruch nähme, mit dem Ende der Freiheit identisch, die Legitimität dieses Zwangs öffentlich zu bestreiten.“³⁴ Die Idee einer „freistehenden“ (Rawls) Rechtfertigung und, ganz grundsätzlich, das von Habermas übernommene „liberale Legitimitätsprinzip“ (Rawls), wonach „der liberale Staat [...] seine Bürger nur mit Pflichten konfrontieren [darf], die diese *aus Einsicht* nachvollziehen können“,³⁵ sind gar nicht so liberal, weil sie angeblich nicht mehr in der gleichen Weise einen Spielraum zur Dissidenz lassen. Nur die Abtrennung von jedem Wahrheitsanspruch garantiert danach, daß die Ansprüche der staatlichen Ordnung nicht in Konkurrenz zu den Wahrheitsansprüchen der Religionen und ethischen Konzeptionen treten.³⁶ Ohne darauf im

³¹ Eine solche Kritik, ebenfalls unter ausdrücklicher Berufung auf Schmitt, formuliert heute auch *Chantal Mouffe*, *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*, 2007.

³² Hier ist etwa an die Diskussion der Begriffe „negativer“ und „positiver“ Freiheit und zum Verhältnis von individueller und politischer Freiheit zu denken. Vgl. *Isaiah Berlin*, *Zwei Freiheitsbegriffe* (1958), in: ders., *Freiheit. Vier Versuche*, 1995, S. 197-256; *Albrecht Wellmer*, „Freiheitsmodelle in der modernen Welt“ (1989), in: ders., *Endspiele* (Fn. 22), S. 15-53.

³³ *Hermann Lübke*, *Carl Schmitt liberal rezipiert*, in: *Quaritsch* (Fn. 6), S. 427-440 (S. 428).

³⁴ *Lübke*, ebenda, S. 434f.

³⁵ NR, S. 152; vgl. *Rawls* (Fn. 17), S. 223, 317. – Auf die Differenzen zwischen Habermas und Rawls kann ich hier nicht eingehen.

³⁶ Inwiefern diese Kritik die Konzeptionen von Rawls und Habermas tatsächlich trifft, möchte ich hier nicht weiter diskutieren. Es gibt aber viele Züge, die sich bei beiden so verstehen lassen, daß mit ihrer Hilfe einer solchen Kritik vorgebeugt werden soll: Bei Rawls ist das die „Modul“-Vorstellung und vor allem das Bestehen darauf, daß der Anspruch der „politischen Konzeption“ auf Vernünftigkeit kein Anspruch auf Wahrheit ist, der zu demjenigen „umfassender Konzeptionen“ in Konkurrenz stehen könnte (vgl. oben Fn. 17, S. 243; zum Unterschied von „vernünftig“ und „wahr“ vgl. auch *Forst* (Fn. 21), S. 71, 152ff.). Bei Habermas ist das vor allem die Trennung zwischen *moralischer*

einzelnen einzugehen, ist es doch wichtig zu sehen, daß in dieser Tradition eines Hobbesianischen Rechtsliberalismus die Stärke des Staates letztlich nicht *in sich* wertvoll ist, sondern in ihrer die *private Freiheit* der Bürger sichernden Funktion. Das ist eine ganz entscheidende Verschiebung des Problems gegenüber der ersten Kritik. Wenn man das Böckenförde-Dilemma in diesem Sinn versteht, dann ist die „Homogenität“ und politische Einheit nämlich letztlich funktional bezogen auf die Freiheit der Individuen.

In seinen aktuellen Überlegungen zum Verhältnis von Staat und Religion stellt auch Böckenförde jeden Versuch einer eigenständigen Begründung der Rechtsordnung unter den Verdacht des „Wertordnungsfundamentalismus“.³⁷ Die Delegation von Begründungsleistungen an subsidiäre Institutionen wie die Kirchen hat danach einen antitotalitären Sinn. Das aber läßt wieder die Frage aufkommen, wie „im Zeichen allgemeiner Pluralisierung“ und „zunehmender und eher heterogener Vielfalt“ der Kultur die „Stabilisierung einer offenen säkularen Freiheitsordnung“ zu leisten ist³⁸ – also die Frage nach der Selbststabilisierung einer Ordnung, die extensive individuelle Freiheiten gewährt. Übersetzt sich Böckenförde dieses Problem zunächst wieder in die Frage nach dem nötigen „Maß an vor-rechtlicher Gemeinsamkeit und tragendem Ethos“, die wieder mit dem Begriff „relative Homogenität“ beantwortet werden soll,³⁹ so verschiebt sich seine Antwort im Laufe des Textes, sobald er die Kritik am „Wertordnungsfundamentalismus“ formuliert, ganz entscheidend. Sie lautet nun: „Anstelle von ausgreifenden Wertbekenntnissen wird Gesetzesloyalität zur Grundlage des allgemeinen Zusammenle-

bens.“⁴⁰ Das nennt er das gemeinsame „Ethos der Gesetzlichkeit“ (ebd.). Dieser, wie ich glaube, paradoxe Begriff ist aber ein Spiegelbild der ganzen Problematik. Denn ein solcher Begriff ist eigentlich nur eine Neubeschreibung des Problems, auf das er antworten soll. Ein „Ethos der Gesetzlichkeit“ ist entweder, wenn es integrierende Kraft haben soll, *mehr* als ein bloßes Ethos der *Gesetzlichkeit*, oder, wenn es tatsächlich bloße Gesetzesloyalität beschreiben soll, *kein* gehaltvolles *Ethos* mehr. Wenn dieser Begriff einen Sinn haben soll, dann müßte er vielmehr eine Art Ethos zweiter Stufe beschreiben: Eine gemeinsam geteilte, reflektierte Umgangsweise mit dem Zustand, daß es ein gemeinsam geteiltes Ethos nicht mehr gibt.

Rechtfertigung und den davon unberührten privaten *ethischen* Identitäten.

³⁷ Böckenförde, *Der säkularisierte Staat. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert*, in: ders., *dass.*, 2007, S. 11-41 (S. 30).

³⁸ Ebenda, S. 31, 33, 35.

³⁹ Ebenda, S. 24f.

⁴⁰ Ebenda, S. 36.