

# Erhard Denninger

## Der Einzelne und das allgemeine Gesetz

### I.

Vom Rechtsstaat ist hier die Rede, von der Demokratie und von dem, was beide zu einem freiheitlichen Gemeinwesen zusammenfügt: von dem »allgemeinen«, »für alle geltenden« GESETZ.<sup>1</sup> Im Deutschland des Jahres 1995 scheint die große Rechtsunsicherheit ausgebrochen zu sein: *Unsicher*, ungewiß ist, so scheint es, die Grenze geworden, die das Gesetz zwischen strafbarem und nicht strafbarem Verhalten ziehen soll. Sitzblockaden vor einem Munitionsdepot sind nicht als Nötigung strafbar,<sup>2</sup> aber wie steht es mit den wütenden LKW-Fahrern, die eine Fernverkehrsstraße tagelang blockieren? Ein Auto-Aufkleber mit dem Tucholsky-Zitat »Soldaten sind Mörder« stellt u. U. keine strafbare Beleidigung dar, sondern nur einen Ausdruck pazifistischer Grundgesinnung.<sup>3</sup> *Unsicher* in ihrem Rechtsdurchsetzungswillen – auch dieser gehört zur Grundausrüstung des Rechtsstaats! – zeigen sich Ausländerbehörden angesichts des von einigen hundert, meist evangelischen Pfarrern und Gemeinden in Anspruch genommenen und zugunsten von rechtskräftig ausreisepflichtigen Asylbewerbern praktizierten »Kirchenasyls«. *Unsicher* und zwiespältig hinsichtlich der Lagebeurteilung und der zu ergreifenden Maßnahmen reagiert die Hannover'sche Polizei auf die von »Punkern« und »autonomen« Szene-Gruppen angekündigten und als solche inszenierten »Chaos-Tage«. Derlei Unsicherheit einer Polizeipraxis ist allein sicher kein Grund, den Chaos-Tagen im Rahmen unserer Fragestellung besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Das Bild ändert sich, wenn man feststellen muß, daß das Fehlverhalten der Polizei nichts anderes ist als der Reflex fundamental unterschiedlicher Einschätzungen verantwortlicher Politiker. Während die einen die Straßenbarrikaden, Brandsätze und Pflastersteine schlicht als »Straßenterror« behandelt und mit allen polizeilichen und strafrechtlichen Mitteln bekämpft wissen wollen, versuchen andere Landtagsabgeordnete, ein solches Jugend-Treffen mit bundesweitem Echo, über den Horizont der »öffentlichen Sicherheit« hinaus, als ein »kulturelles und Milieu-Ereignis« zu begreifen.<sup>4</sup> Was für die einen Anlaß ist, nach bayerischem oder sächsischem Vorbild die Ausdehnung des polizeilichen »Unterbindungsgewahrsams«<sup>5</sup> (also das vorbeugende Einsperren eines, der möglicherweise

<sup>1</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 GG einerseits, Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG andererseits. Vgl. auch W. Bock, *Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung*, Tübingen 1995.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschuß vom 10. 1. 1995, NJW 1995, 1141 ff.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschuß der 3 Kammer des Ersten Senats vom 25. 8. 1994, Az.: 1 BvR 1423/92.

<sup>4</sup> Vgl. MdL Jordan lt. Bericht der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 8. 8. 1995, S. 1.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 17, 20 Bayerisches Polizeiaufgabengesetz vom 14. 9. 1990; § 22 Sachsisches Polizeigesetz vom 15. 8. 1994; kritisch dazu E. Denninger, Normbestimmtheit und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Sachsischen Polizeigesetz?, *Leipziger Juristische Vorträge* Nr. 10, 1995; ferner: M. Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit*, 1992, S. 386 f., 387: »Die Gefangensetzung ist in diesem Fall nichts anderes als ein Akt der Tyrannie.«

sonst zum Straftäter werden könnte!) auf die Dauer von zwei Wochen zu fordern, ist für die anderen Anlaß, in Zusammenarbeit mit Sozialarbeitern ein Konzept für künftige »Chaos-Tage« auszuarbeiten, nach welchem den als an sich friedlich eingeschätzten Punkern »öffentlicher Raum« in der Stadt gewährt werden solle, wo sie sich ungestört sollen entfalten können. Unsicherheit im politischen und rechtlichen Umgang mit Minderheiten, alten wie »neuen«<sup>6</sup>, überall.

Ihren vorläufigen Höhepunkt erreicht diese allgemeine Verunsicherung mit dem Beschuß des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Mai 1995,<sup>7</sup> welcher Kreuze und Kruzi fixe aus den Klassenzimmern bayerischer Volksschulen verbannt. Der Vorgang mit allen dazu bekannt gewordenen Reaktionen wiegt aus mehreren Gründen schwer:

1. unter dem Aspekt der Gewaltenteilung. Er demonstriert, was nicht neu ist, die Macht des höchsten Gerichts, das sogar den Gesetzgeber »in seine Schranken« zu verweisen vermag. Aber hier liegt zugleich das Problem. Wer bestimmt diese Schranken? Die Verfassung, antwortet das Verfassungsgesetz, die acht Richterinnen und Richter eines Senats, erwidernd die Parlamentarier, oder, kritischer noch: die fünf Richter der Senatsmehrheit, die in einem von allerlei Proporzücksichten geprägt, parteipolitisch austarierten Do-ut-des-V erfahren in ihr Amt gekommen sind. Die Fülle ihrer Macht charakterisiert zugleich deren Grenzen. Sie werden durch die Funktion des Gerichts als einer letzten, endgültigen *Streitbefriedigungs-* und damit *Rechts sicherheitsinstanz* bestimmt: Verfehlt das Gericht diese seine Aufgabe der endgültig-gültigen Streitbefriedigung, so wird seine Entscheidung nicht mehr als Rechtsentscheidung, die Rechtssicherheit schafft, *akzeptiert*, sondern nur noch als bloßer »Machtspruch« kommentiert. So ist seine Macht insoweit schon dahin. Dies zeigen, und das ist in dieser Schärfe neu, der Kruzifix-Beschluß und zahlreiche Politiker-Kommentare dazu.

An dieser Stelle erscheint, gewissermaßen in Parenthese, eine Anmerkung zur *Publizitätsfunktion* des höchsten Gerichts am Platz. Gerade wegen seiner Rolle als letzentscheidende »Schiedsinstanz« in einem pluralistischen Gemeinwesen wäre es verderblich, wenn das Gericht seine Praxis an der Maxime des »Fiat iustitia pereat mundus!« orientieren wollte.<sup>8</sup> Dies darf andererseits nicht als Ermunterung verstanden werden, verfassungsrechtliche Konflikte in politische bargaining-Prozesse aufzulösen. Der »informale Rechtsstaat« hat im Karlsruher Glaspalast mit seiner symbolischen Transparenz nichts zu suchen. Wohl aber ist daran zu erinnern, daß das Gericht die Reaktionen einer mit den Einzelheiten des Falles nicht vertrauten Öffentlichkeit, die gewissermaßen nur die spektakuläre Schlagzeile aufnehmen kann und will, besser einzuschätzen und seinesfalls antizipativ informierend darauf einzugehen lernt. Das Gericht muß sich aktiver als bisher darauf einstellen, daß seine Entscheidungen unmittelbare Wirkungen im politischen Raum entfalten, und das heißt auch: daß sie kritisiert oder als politische Waffe benutzt werden, bevor sie überhaupt (sorgfältig) gelesen worden sind. Oft wird ein einzelnes normatives Element der Entscheidung aus seinem Zusammenhang gerissen, vergröbert und unzulässig verallgemeinert. So hat das Gericht z.B. niemals verkündet, man dürfe Soldaten jederzeit ungestraft als Mörder bezeichnen, sondern es hat dem inkriminierten Zitat in einem individuell bestimmten Kontext eine mögliche fundamental-

<sup>6</sup> Der Terminus »Neue Minderheiten« wird gebraucht von H. Schulze-Fielitz, in: Th. Fleiner-Gerster (Hrsg.), *Die multikulturelle und multiethnische Gesellschaft*, PIFF, Fribourg 1995, S. 139.

<sup>7</sup> I BvR 1087/91, EuGRZ 1995, 359. Im gleichen Sinne wie jetzt das BVerfG hatte das Schweizerische Bundesgericht bereits am 26. 9. 1990 entschieden, vgl. EuGRZ 1991, 89 ff.

<sup>8</sup> D. Grimm, *Entscheidungsfolgen als Rechtsgrunde: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts*, in: G. Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgrunde*, 1995, S. 139 ff., weist die Folgenberücksichtigung als seit langem gefestigten Bestandteil der Grundrechtsjudikatur des BVerfG nach.

pazifistische Interpretation gegeben und das für die Sache zuständige Strafgericht dazu angehalten, den Grundsatz »*In dubio pro reo*« zu beachten. Es geht nicht darum, daß das Bundesverfassungsgericht wegen der angeblichen Mehrdeutigkeit seiner Urteile eine Art authentischer Interpretation derselben geben sollte, sondern zu fordern ist eine um äußerste Klarheit bemühte, für jeden nicht »böswilligen« Bürger nachvollziehbare Präsentation der Argumente, welche der Institution die lebensnotwendige Akzeptanz sichert. So sollten die Sondervoten nicht als esoterische Fortsetzung der senatsinternen Diskussion für die Richterkollegen geschrieben werden, sondern zur Verdeutlichung der unüberbrückbaren Dissenspunkte für jedermann.<sup>9</sup> Ohnehin bleibt es dann Aufgabe der Wissenschaft, sowohl die dogmatische Feinkommentierung als auch die Einbettung der punktuellen Verfassungsinterpretation durch das Gericht in den gesamten Kontext der rechtlichen und gesellschaftswissenschaftlichen Theoriediskussion zu leisten. Zu dem letzteren soll das Folgende beitragen.

z. Der zweite Gesichtspunkt, der dem Kruzifix-Beschluß und seiner Rezeption exemplarische Bedeutung verleiht, geht weit über das immer spannungsvolle Verhältnis Verfassungsgerichtsbarkeit – Gesetzgeber hinaus. Man erfaßt ihn, wenn man das Gericht nicht als Schiedsinstanz, als »Austräginstanz«,<sup>10</sup> sondern emphatisch als »Hüter der Grundrechte, besonders der Minderheit«, begreift<sup>11</sup> und demgegenüber den Gesetzgeber als Instrument des politischen Mehrheitswillens, der mit dem Anspruch auftritt, Ausdruck der »*volonté générale*« zu sein. Vernachlässigt man einmal, daß die vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärte Norm (§ 13 Abs 1, S. 3) der Bayerischen Volksschulordnung vom 21. 6. 1983 nicht selbst vom Parlament erlassen, sondern im Wege der Rechtsverordnung ergangen war, dann kann man einen großen Teil der Urteilkritik als Ausdruck des *Erschreckens*, ja des *Entsetzens* der (bisher meist schweigenden) Mehrheit darüber begreifen, daß sie einer Minderheit, hier durch ein einziges Elternpaar mit schulpflichtigen Kindern verkörpert, weichen soll. Wird hier nicht das Grundprinzip demokratischer Entscheidungsfindung pervertiert? Bereitet hier nicht ein »Urteil der Intoleranz«, wie es der Bayerische Ministerpräsident Stoiber genannt hat,<sup>12</sup> der »Intoleranz einer kleinen Minderheit« den Boden gegenüber einer ganz großen Mehrheit, die ihren Willen nicht nur gesetzlich, sondern sogar in der Landesverfassung deutlich kundgetan hatte? Art. 135 BayVerf sieht die Unterrichtung und Erziehung der Schüler »nach den Grundsätzen der christlichen Bekenntnisse vor«. Wiegt dieser Verstoß, so die Kritiker, gegen das demokratische Mehrheitsprinzip nicht um so schwerer, als es hier, mit Hilfe des Gerichts, einer »winzigen Minderheit«, einer einzigen Familie, gelungen ist, der überwältigenden Mehrheit der Bevölkerung des Landes eine Verhaltensweise aufzuzwingen, die ihren grundlegenden Überzeugungen widerspricht? Liegt dieser Fall der Durchsetzung »negativer« Glaubensfreiheit weniger Einzelner deshalb nicht wesentlich anders als der Streit um die optimale Lebensschutzregelung durch eine Abtreibungsgesetzgebung, die 1992 mit beträchtlicher parteienübergreifender Mehrheit<sup>13</sup> beschlossen, dann jedoch von einer ebenfalls beträchtlichen parlamentarischen Minderheit vor dem Verfassungsgericht erfolgreich angefochten worden war?

<sup>9</sup> Als Beispiel für die hier kritisierte Praxis kann das abweichende Votum der Richterin Graßhof zu der Cannabis-Entscheidung des BVerfG angesehen werden: BVerfGE 90, 145, 199 ff.

<sup>10</sup> Vgl. etwa Art. XI der Deutschen Bundesakte vom 8. 6. 1815 und die dazu ergangene Austragal-Ordnung vom 16. 6. 1817.

<sup>11</sup> In diesem Sinne jungst auch G. Frankenberg, *Lowen unter dem Thron*, Frankfurter Rundschau vom 20. 9. 1995, Nr. 219: »Minderheitenschutz ist der vornehmste und unbequeme Beruf von Verfassungsrichterinnen und -richtern.«

<sup>12</sup> Vgl. DER SPIEGEL Nr. 33/1995, S. 33 f.

<sup>13</sup> Das Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992 wurde in namentlicher Abstimmung mit 357 Ja-Stimmen gegen 284 Nein-Stimmen bei 16 Enthaltungen beschlossen. Vgl. BVerfGE 88, 203, 223.

Diese und ähnliche Einwände offenbaren ein elementares Unverständnis hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Rechtsstaat und Demokratie, zwischen dem individuellen Menschenrechts- und Grundrechtsstatus des Einzelnen und der Funktion des nach Mehrheitsregeln zustandegekommenen allgemeinen Gesetzes:

- a) Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsschutzes – das Grundgesetz spricht vom »Wesensgehalt« eines Grundrechtes, Art. 19 Abs. 2 – ist keine Frage der Quantität (der Schutzsuchenden). Die Verletzung in einem einzigen Fall wiegt, normativ gesehen, genauso schwer wie massenhafte Verstöße. Dieser Kernbereich eines Grundrechts ist einer Entscheidung nach Majoritätsregeln genauso unzugänglich wie Fragen der wissenschaftlichen Wahrheit, über die auch nicht abgestimmt werden kann.<sup>14</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in beiden Urteilen zur Schwangerschaftsunterbrechung<sup>15</sup> diesen Gedanken der Nichtquantifizierbarkeit in den Mittelpunkt seiner Argumentation gerückt, indem es fordert, das Leben des Ungeborenen müsse in jedem konkreten Einzelfall und nicht nur statistisch geschützt werden. Entsprechendes gilt für die Religions- und Glaubensfreiheit in ihrem Kernbereich: Über Glaubens- und Gewissensfragen, also über »den rechten Glauben« und seine Inhalte, kann es keinen Mehrheitsentscheid geben. Greift eine staatliche Maßnahme, und sei es aufgrund eines Gesetzes, in den absolut geschützten Kernbereich der Rechte auch nur eines einzigen Bürgers ein, so muß sie *insoweit* weichen. Insoweit kommt die vom Grundgesetz – im Vergleich zur Weimarer Reichsverfassung – verstärkte Geltingskraft der Grundrechte zum Tragen, die gemäß Art. 1 Abs. 3 GG nicht nur Verwaltung und Rechtsprechung, sondern auch den Gesetzgeber als »unmittelbar geltendes Recht« binden. Eine zweite, ganz andere Frage ist, auf welche Weise der Grundrechtsverletzung abzuheften ist.
- b) Jenseits der absolut zu schützenden Kernzone eines Grundrechts öffnet sich ein breites Spektrum möglicher Konflikte zwischen verschiedenen Grundrechten und Grundrechtsträgern, aber auch zwischen Grundrechten einerseits und verfassungsrechtlich (nur objektivrechtlich) geschützten Gemeinwohlgütern andererseits. In allen Fällen ist es in erster Linie Sache des Gesetzgebers, für einen Ausgleich der widerstreitenden Werte und Interessen nach dem Grundsatz der »praktischen Konsolidanz« (K. Hesse)<sup>16</sup> zu sorgen. Hinsichtlich des Ausgleichs in Religions- und Weltanschauungskonflikten gilt das an alle Bürger gerichtete Toleranzgebot und das an den Staat adressierte *Neutralitätsgebot*. Dies wird auch übereinstimmend und nahezu wortgleich sowohl von der Mehrheit wie von der überstimmen Minderheit (5 : 3) der Richter des umstrittenen Kruzifix-Beschlusses so festgestellt.<sup>17</sup> Wie ist es dann aber möglich, daß beide Teile dennoch zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen gelangen?

Die Differenz in der Interpretation und Anwendung des Toleranzgebotes bezeichnet genau den Punkt, welcher dem Beschuß das größte sowohl grundrechts- wie demokratietheoretische Interesse verschafft. Man übertreibt nicht mit der Feststellung, daß die Divergenz im Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts, ausbuchstabiert an der Spannung zwischen positiver und negativer Glaubensfreiheit, zwei grundsätzlich verschiedene Demokratieverständnisse sichtbar werden läßt, welche man in der Terminologie der aktuellen Theoriediskussion als »liberal« bzw. als »kommunitaristisch« bezeichnen kann. Natürlich findet sich in der Entscheidung darüber kein

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 35, 79, 148 ff., 151, abweichende Meinung des Richters H. Simon und der Richterin W. Rupp-v. Brunneck zum Hochschulgesetz-Urteil.

<sup>15</sup> BVerfGE 39, 1, 58 ff.; 88, 203, LS 2, 252.

<sup>16</sup> K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995, Rdnr. 317 ff.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG, EuGRZ 1995, 365 re. Sp. und 367.

Wort, und einige der Richterinnen oder Richter mögen sich durch meine nunmehr »metajuristisch« ansetzende Kritik überinterpretiert oder einfach ganz mißverstanden fühlen. Darauf kommt es hier nicht an; entscheidend ist, was die verlautbarten Texte der Mehrheits- und der abweichenden Minderheitsargumentation hergeben.

Die Minderheitsmeinung, die wir hier einmal für den kommunikaristischen Standpunkt in Anspruch nehmen dürfen, geht von einer das ganze Gemeinwesen beherrschenden homogenen religiösen Grundüberzeugung aus, auf die auch die Landesverfassung Bezug nimmt, indem sie Unterrichtung und Erziehung der Kinder nach den Grundsätzen der christlichen Bekenntnisse vorschreibt. (Inwieweit diese Annahme auch nur für Bayern faktisch zutrifft, spielt keine Rolle.)

Auf der Basis gleichartiger Überzeugungen einer großen, unangefochtenen Mehrheit läßt sich eine stabile Rechtsordnung aufbauen.<sup>18</sup> Das »allgemeine Gesetz« ist das, von wenigen Ausnahmen abgesehen, allgemein *akzeptierte* Gesetz. Die richterlichen Urteile, die sich in seinem Rahmen bewegen, dürfen (fast) allgemeiner Zustimmung sicher sein. Auch in ein solches Rechtssystem läßt sich ein *Toleranzprogramm* einbauen, jedoch in folgender Weise: Die Mehrheit »toleriert« die Minderheit(en), indem sie deren Existenz duldet und ihnen ein Minimum an Rechten zuerkennt. Keineswegs bedeutet diese Duldung durch die Mehrheit, daß den Minderheiten die volle Gleichberechtigung eingeräumt wird. Die Minderheit wird als *Ausnahme* behandelt, die zwar sprichwörtlich die Regel bestätigt, rechtlich aber in der Weise, daß die »Regel«, also der Mehrheitskonsens, um so unverbrüchlicher durchgesetzt wird. »Toleranz« bedeutet auf dieser – ich würde sagen: – Entwicklungsstufe des demokratischen Bewußtseins, daß die geduldete Minderheit es hinzunehmen hat, daß die Mehrheit sich voll, auch mit Unterstützung des Staates, entfalten kann, während sie selbst ein zwar rechtlich gesichertes, aber doch ein »Außenseiterdasein« fristen muß. Charakteristisch und folgenreich ist die Behandlung des abweichenden Minderheitsverhaltens als »Ausnahmeherrscheinung«, mit der die Rechtsordnung »irgendwie« fertig werden muß. Dadurch wird es von vornherein als das »Abnorme«, als von der Norm Abweichende, ja die Norm Negierende stigmatisiert und, wo nicht sogleich ins Unrecht gesetzt (wie bei den nach ordnungsgemäßer Beratung den Schwangerschaftsabbruch verlangenden Frauen<sup>19</sup>), so doch in die Grau- und Randzone rechtlicher Minderwertigkeit abgedrängt.

Unter diesem Aspekt von Regel und Ausnahme wäre die Geschichte von Minderheiten in der Bundesrepublik in den letzten 40 Jahren neu zu schreiben, die Geschichte der Kriegsdienstverweigerer beispielsweise, trotz und wegen der Freistellungsgarantie des Art. 4 Abs. 3 GG. Oder die Geschichte der Homosexuellen oder der Transsexuellen und anderer Gruppen. Die Geschichte der Kriegsdienstverweigerer oder, »positiv« gesagt: der Zivildienstleistenden – freilich gerade nicht die Geschichte der »Totalverweigerer« (also der auch den Ersatzdienst verweigernden Pazifisten) – zeigt aber auch, daß eine Gesellschaft und ihr Recht zu allmählichen kollektiven Lernprozessen in der Lage sind. Zum einen mußte allein schon das Anschwellen der Verweigererzahlen in den 70er Jahren auf etliche Zehntausende jährlich<sup>20</sup> die Tiefe der Kluft zwischen »Normalität« und »Abnormalität« immer fragwürdiger werden lassen; zum anderen veränderte die zehntausendfach bewiesene

<sup>18</sup> Unter Hinweis auf Rousseau (s. u.) fordert Carl Schmitt für die Stabilität der Demokratie ein möglichst hohes Maß an »substanzielles(r) Gleichartigkeit des Volkes«, vgl. Verfassungslehre, 1928, S. 214 f.

<sup>19</sup> BVerfGE 88, 203, 273, 279: Die Folge der Rechtswidrigkeit bekommt die Frau nicht als Strafe, wohl aber »in den übrigen Bereichen der Rechtsordnung« zu spüren.

<sup>20</sup> Nach zeitweiligem Absinken sind die Verweigererzahlen jetzt wieder im Ansteigen begriffen: 1994 wurden ca. 125 000 Verweigerer festgestellt, im 1. Halbjahr 1995 bereits über 85 000, vgl. Das Parlament, 45. Jg. Nr. 36/37, S. 1.

gesellschaftliche Nützlichkeit, ja zum Teil Unersetbarkeit der Dienstleistungen der Verweigerer im Alten- und Krankenpflegesystem des überforderten Sozialstaats die Akzeptanz und das Verständnis für die Kriegsdienstverweigerer mindestens (aber nicht nur) bei den Nutznießern der Dienstleistungen. Freilich, so weit sind wir noch nicht, daß der Zivildienst den gleichen Karrierefördereffekt hätte, wie, zu Kaiser Wilhelms Zeiten, auf die Standardfrage: »Wo haben Sie gedient?« die Antwort: »Im 1. Gardekürassierregiment!«

Auf der Gegenseite darf man nicht übersehen, daß erst die Geltendmachung der »Ausnahme« die Verteidiger der »Regel«, also die Mehrheit dazu veranlaßt, die Regel sowohl genauer zu definieren als auch zu »begründen«. Erst die massenhafte Kriegsdienstverweigerung und die daraus folgende gerichtliche Auseinandersetzung haben die demokratische Ideologie der allgemeinen Wehrpflicht und, unter dem Gedanken der Lastengerechtigkeit, auch des Ersatzdienstes hervorgebracht.<sup>21</sup> Auch insofern bestätigt die Ausnahme die Regel, als jene diese bekräftigt, indem sie sie zur Begründung provoziert. Die hier als »kommunitaristisch« bezeichnete Denkweise ist also im allgemeinen wenig geneigt, einen Ausgleich der konträren Standpunkte auf der Linie gegenseitigen Nachgebens zu suchen, die Toleranz auch durch die Rücknahme eigener vorgeschobener Positionen auf einen gemeinsamen Nenner mit der Minderheit zu üben. Im Beispiel des Kruzifix-Beschlusses »lässt« die Senatsminderheit das Problem des Konflikts zwischen positiver und negativer Religionsfreiheit dement sprechend auch nicht dadurch, daß sie den staatlichen Raum, hier das Klassenzimmer, »religiös neutralisiert« und dadurch die Verletzung der religiösen Gefühle nichtchristlicher Schüler aus der Welt schafft, sondern indem sie aus zwei zwar teilweise Zustimmungswürdigen, aber inhaltsarmen »Grundsätzen« in theologisch, erziehungspsychologisch und norminterpretatorisch fragwürdiger Weise folgt, die Schüler der nichtchristlichen Minderheit seien zur Duldung des Kreuzes im Klassenzimmer verpflichtet.<sup>22</sup> Die beiden Grundsätze lauten: 1. Die negative Religionsfreiheit ist kein »Obergrundrecht«, das die positiven Äußerungen der Religionsfreiheit verdrängt. Abstrakt gesehen ist dies sicher richtig, die Richter berücksichtigen aber nicht, daß es hier um die Unterlassung eines grundrechtsverletzenden Eingriffs seitens des Staates geht. 2. Der zweite Grundsatz: »Das Recht der Religionsfreiheit ist kein Recht zur Verhinderung von Religion« ist, abstrakt gesehen, ebenfalls richtig. Aber hier fehlt der Zusatz, daß das Grundrecht der Religionsfreiheit auch nicht das Recht gibt, die eigene Religion jederzeit und an beliebigem Ort »auf Kosten«, d. h. unter Verletzung der Religionsfreiheit anderer auszuüben. Theologisch fragwürdig ist die Minderheitsmeinung im Senat, weil sie die Bedeutung des Kreuzes in der Schule zu minimieren versucht, nämlich bloß als ein Sinnbild »für die Vermittlung der Werte der christlich geprägten abendländischen Kultur« in der Schule. Psychologisch und interpretationstheoretisch fragwürdig ist der anmaßende Versuch der Richter, die Symbolbedeutung für die nichtchristlichen Schüler autoritativ und damit das »Gewicht« ihrer »psychischen Beeinträchtigung und mentalen Belastung« zu bestimmen. Kreuze, so heißt es, hingen in Bayern ohnehin überall, in Krankenhäusern wie in Gaststätten, Privathäusern und an öffentlichen Wegen. Die Kreuze in der Schule blieben mithin »im Rahmen des Üblichen«. Das Problem ist aber gerade, ob das »Übliche« in der Schule ohne weiteres den Rahmen bestimmen darf. Die Argumentation der Richterminderheit ist typisch für die einer im übrigen überwältigenden Mehrheit gegenüber einer winzigen, deshalb anscheinend nicht ins Gewicht fallenden Minderheit. Doch die Sprache ist manchmal klüger als ihre Sprecher. Die

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 69, 1, 22; 48, 127, 161 f.

<sup>22</sup> BVerfG EuGRZ 1995, 359, Abw. Meinung 368.

Rede von der »überwältigenden Mehrheit« soll nicht nur eine quantitative Größe bezeichnen; sie enthält auch einen argumentativen Appell, sie soll von der Richtigkeit des Mehrheitsstandpunktes überzeugen. Die Sprache verrät zugleich auch die »Überwältigung« der Minderheit durch die Mehrheit; sie gibt Kunde von der Gewalt, mit der die Mehrheit sich durchsetzen will. Der »Rahmen des Üblichen« ist sozusagen das Sprachrohr der »schweigenden Mehrheit«, die zugleich die überwältigende ist; sie schweigt und lässt »das Übliche« für sie sprechen.

Die Richtermehrheit, deren Votum die Entscheidung trägt, nimmt demgegenüber den Charakter des Grundrechts als Minderheitenschutzrecht ernst. Der Staat, der die Glaubensfreiheit umfassend gewährleistet, verpflichtet sich damit selbst zu religiös-weltanschaulicher Neutralität.<sup>23</sup> Das Grundgesetz selbst hat diesen Gedanken jedoch nur unvollkommen umgesetzt, wenn es z. B. den (christlichen) Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach vorschreibt (Art. 7 Abs. 3 Satz 1) und die Einrichtung privater Ersatz-Volksschulen als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschulen zuläßt (Art. 7 Abs. 5). Den Landesgesetzgebern ist die Einführung weiterer religiöser Elemente wie das morgendliche (freiwillige) Schulgebet unbenommen. Die Richter der Senatsmehrheit erkennen dies alles an, versuchen aber, den *liberalen* Grundansatz wieder deutlich zu machen. Staatliche Pflichtschule darf im religiös-weltanschaulichen Bereich ihre Aufgabe nicht »missionarisch auffassen« und »keine Verbindlichkeit für christliche Glaubensinhalte beanspruchen«. Nur das »unerlässliche Minimum an Zwangselementen«<sup>24</sup> dürfe den Kindern, die selbst oder deren Eltern keine christliche Erziehung wünschen, zugemutet werden. Der Zwang, die eigene abweichende Religionsauffassung offenbaren zu müssen, indem das Kind dem Schulgebet der Mitschüler fernbleibt, halte sich in diesem Rahmen<sup>25</sup>, der Zwang hingegen, »unter dem Kreuz lernen zu müssen«, der nicht einmal eine Offenlegung der »Andersheit« erfordert, sprengt ihn. Begriffliche Kriterien für den rationalen Nachvollzug so feiner Grenzen bietet das Gericht allerdings nicht an.

Das Fehlen rational allgemein vermittelbarer und einleuchtender Kriterien für die Gewichtung der Mehrheits- bzw. Minderheitsinteressen, für das Maß des »unerlässlichen Minimums« an Zwang, welches der jeweiligen Minderheit zuzumuten ist, wird man in zahlreichen ähnlichen Fällen beobachten – gleichgültig, ob es sich um die Befreiung mohammedanisch-türkischer Schülerinnen vom koedukativen Sportunterricht<sup>26</sup>, um die Durchsetzung des Schächtungsverbotes<sup>27</sup> oder um die Gewährung von »Kirchenasyl«<sup>28</sup> für abzuschiebende Asylbewerber oder aber um die Mehrfachbestrafung der sogenannten Totalverweigerer handelt.

Dabei fällt den staatlichen Instanzen die Entscheidung auf der Ebene der Verwaltung wie auf der der Justiz relativ am leichtesten dann, wenn die Verweigerung des Gesetzesgehorsams auf einer singulären, individuell klar bestimmten Gewissensentscheidung beruht, wenn somit wirklich die *Ausnahme* auftritt, an der die Regel zugleich scheitert und sich bestätigt. Hier gibt der Staat nach, z. B. mit seinem Strafanspruch<sup>29</sup>, und es geht dann nur noch um die zweitrangige Frage, ob und welche Ausgleichslast dem »Gewissenstäter« auferlegt werden darf.

<sup>23</sup> BVerfG EuGRZ 1995, 359, 365 li. Sp. Zum Neutralitätsprinzip vgl. K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, 1972.

<sup>24</sup> BVerfG EuGRZ 1995, 359, 365, re. Sp., ebenso schon BVerfGE 41, 29, 51 (1975!).

<sup>25</sup> Schulgebeitsbeschluß vom 16. 10. 1979, BVerfGE 52, 223.

<sup>26</sup> BVerwGE 94, 82.

<sup>27</sup> Zum Problem: T. Kuhl/P. Unruh, Tierschutz und Religionsfreiheit am Beispiel des Schachtens, DÖV 1991, 94 ff. mit Rechtsprechungsnachweisen.

Ferner F. Hufen, Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsrechts und der Rechtsphilosophie, in: StWissStPraxis 3 (1992), 455 ff., 463, dort weitere Beispiele.

<sup>28</sup> Vgl. H. F. Lisken, »Kirchenasyl« gegen Abschiebung?, POLIZEI-heute 1995, 168 ff.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 32, 98 (Gesundbeter).

Das wahre Ausmaß des Problems, seine verfassungstheoretische Dimension, rückt erst in den Blick, wenn die »Abweichler« nicht (mehr) als singuläre Ausnahmerscheinungen »verkraftet« werden können, sondern als eine minoritäre Gruppe wahr- und ernstgenommen werden müssen.<sup>30</sup> Eine Verschärfung der ungelösten Fragen ergibt sich, wenn eine Mehrzahl gegeneinander konkurrierender Minderheitengruppen – man denke an PKK-Kurden gegen islamisch-fundamentalistische Türken – das »für alle geltende Gesetz« aus unterschiedlichen Motiven in Frage stellen, wenn, mit anderen Worten, der Multikulturalismus der Gesellschaft die Anomie-Tendenzen zum Dauerproblem werden lässt. Der liberale Rückzug auf den kleinsten gemeinsamen Nenner allgemein geteilter Wertüberzeugungen, den das Bundesverfassungsgericht hier noch erfolgreich vorzuführen vermag, reicht dann nicht mehr aus, wenn es darum geht, religiös, ideologisch oder politisch bedingte latente Bürgerkriegsfronten *von den Ursachen her abzubauen*.

## II.

Die hier bewußt in ihren negativen Entwicklungsperspektiven gezeichnete Situation führt zu der Frage nach möglichen Alternativen zum bisherigen Verfahren. Dieses kann als eine nachträgliche Ad-hoc-Korrektur des demokratischen Prozesses durch eine den Grundrechtsstaat zur Geltung bringende Gerichtsinstanz mit besonderer Machtfülle gekennzeichnet werden. Hier werden verschiedene Denkansätze interessant, die alle in dem Versuch übereinstimmen, den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie<sup>31</sup> neu und chancenreich im Hinblick auf die erforderlichen Problemlösungen zu bestimmen.

Lassen Sie mich an einen Klassiker anknüpfen: Niemand hat in der Frühphase der über dreihundertjährigen Tradition der modernen Staatstheorie den legitimierenden Zusammenhang zwischen individueller Freiheitssicherung – wir würden heute vom Prinzip des materiellen Rechtsstaats sprechen – und der Teilhabe am Prozeß demokratischer Willensbildung schärfer durchdacht als *J. J. Rousseau*. Die Qualität eines Staates, unabhängig von seiner monarchischen, aristokratischen oder demokratischen Regierungsform, als *Republik*<sup>32</sup> steht und fällt mit der Rückführung aller seiner Hoheitsakte auf *la loi*, auf das *Gesetz*. Dabei dürfen wir »Republik« mit »freiheitlicher Bürgerstaat«, näherungsweise sogar mit »Civil society« wiedergeben. Den Begriff des Gesetzes kennen wir aus der rule of law, also der Rechtsstaatskonstitution der amerikanischen Unabhängigkeitsbewegung zur Begründung der Gewaltentrennung: »... to end it may be a government of laws, and not of men,«<sup>33</sup> also als Absage an jegliche persönliche Willkürherrschaft. So wichtig dieses Moment auch ist, so genügt es doch nicht, dem Gesetz die Qualität als Instrument der Freiheitssicherung und damit seine Legitimität zu verbürgen. Dies leistet, so die Theorie des Genfers, das Gesetz nur und insofern, als es im strengen Sinne seinen Begriff erfüllt. Dieser ist durch eine *doppelte Allgemeinheit* gekennzeichnet. Der Wille der Urheber des Gesetzes muß ebenso »allgemein« (»gesamt«) sein wie sein Gegenstand, die

<sup>30</sup> Eine differenzierte Phänomenologie der Minderheiten bietet: A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino 1993.

<sup>31</sup> So explizit J. Habermas: Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: U. K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung 1994*, S. 83 ff.

<sup>32</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Buch II, Kap. 6, Fn. 1: Sogar eine Monarchie (Regierungsform) kann eine Republik (Volk als Souverän) sein.

<sup>33</sup> Verf. von Massachusetts, vom 2. 3. 1780, sect. XXX.

Regelungsmaterie.<sup>34</sup> Nur wenn *alle* über etwas abstimmen, was inhaltlich *alle angeht*, verdient das Ergebnis den Namen »Gesetz«. Nur dann bleibt die Freiheit jedes Einzelnen gewahrt.

Die volonté générale, deren Ausdruck das Gesetz ist, wie Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789<sup>35</sup> fast mit den Worten Rousseaus bekräftigt<sup>36</sup>, kommt also nicht durch Mehrheitsbeschlüsse irgendwelcher Repräsentativorgane zustande, sondern nur durch einen Akt in strenger Identität: »Mais quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même«.<sup>37</sup> Normgeber und Normadressaten müssen identisch sein, nur dann ist auch die Regelungsmaterie universell, nur dann liegt ein Gesetz vor, hinsichtlich dessen sich die Frage erübrigkt, ob es »gerecht« sei oder nicht.<sup>38</sup> Über die tiefe Kluft zwischen seinem theoretischen Identitäts-Rigorismus und der historischen Wirklichkeit (wir fügen hinzu: bis auf unsere Tage) ist Rousseau sich völlig im klaren. Wenn man die Dinge genau betrachtet, meint er, wird man wenige Nationen (Staaten) finden, die »Gesetze« haben.<sup>39</sup>

Die Allgemeinheit des Gesetzes nach Subjekt und Gegenstand als Kriterium seiner Gerechtigkeit und Legitimität begegnet uns wieder bei Immanuel Kant, dem eigentlichen Begründer der deutschen Rechtsstaatstheorie. Gesetzgeber ist für ihn freilich der Monarch, aber der »Probierstein der Rechtmäßigkeit eines jeden öffentlichen Gesetzes« ist der gedachte hypothetische Wille des gesamten Volkes.<sup>40</sup> Was bei Rousseau voluntaristisch als »universalité de la volonté« konstruiert wird, erscheint bei Kant in vernunftidealischer Argumentation. Das Gesetz muß für alle gleich gelten, weil alle dem gleichen Prinzip der Sittlichkeit und den Regeln einer für alle gleichen Vernunft unterworfen sind.

Obschon so gut wie nirgendwo im strengen Rousseau'schen Sinne verwirklicht, beherrscht das *Allgemeinheitspostulat* die Verfassungstheorie wie die Verfassunggebung bis heute. Das Grundgesetz von 1949 fordert für Grundrechteinschränkungen ein »allgemein geltendes« Gesetz und wiederholt im übrigen die Errungenschaft der Französischen Revolution, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind.<sup>41</sup> Sehr zu Recht hat Hasso Hofmann demgegenüber hervorgehoben, daß diese wohlklingende Formel »wirklich sinnvoll« nur sein kann, solange das Gesetz »im wesentlichen noch als Ausdruck einer kraft Sachlogik oder Sittlichkeit allgemeingültigen Regelhaftigkeit angesehen wird«.<sup>42</sup> Die Gleichheit »vor dem Gesetz« als rechtsstaatlich gleiche, willkürfreie Gesetzesanwendung auf alle, die es angeht, beginnt nämlich leerzulauen in dem Maße, in dem die Gesetze als solche »ungleich«, nicht mehr generell, sondern nur noch »speziell« für immer stärker individualisierte Sachverhalte gemacht werden. Die hiermit angesprochene Problematik der später sogenannten

<sup>34</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, II, 6: »la loi réunissant l'universalité de la volonté et celle de l'objet ...« IV, 2: Die Burger wollen immer die volonté générale (aber sie können sich über ihren Inhalt tau-schen)

<sup>35</sup> Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789/1791, Art. 6, S. 1–3: Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens. Alle Burger haben das Recht, persönlich oder durch ihre Vertreter an seiner For-mung mitzuwirken. Es soll für alle gleich sein, mag es beschützen, mag es bestrafen.

<sup>36</sup> *Du contrat social*, III, 15: »La loi n'étant que la déclaration de la volonté générale ...\*

<sup>37</sup> *Du contrat social*, II, 6.

<sup>38</sup> Ebenda.

<sup>39</sup> *Du contrat social*, III, 15.

<sup>40</sup> I. Kant, *Über den Gemeinspruch ...*, II, Folgerung, Werke Band VI, 1964, S. 153; I. Maus, *Zur Aufklä- rung der Demokratietheorie*, 1992, bes. S. 191 ff., 203 ff.

<sup>41</sup> Art. 19 Abs 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. S. dagegen z. B. Art. 4 S. 1 Schweiz. Verf.: Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich.

<sup>42</sup> H. Hofmann, *Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes*, in: C. Starck (Hrsg.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen 1987, S. 9 ff., 28.

»Maßnahmengesetze«<sup>43</sup> hat, längst vor unserem Zeitalter des Multikulturalismus, Hermann Heller 1927 in seinem berühmten Referat über den »Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung« aufgegriffen und konsequent dahin entschieden, »mit der Unmöglichkeit der Durchlegalisierung aller Staatstätigkeit in persönlicher und sachlicher Beziehung« müsse »übrigens auch das Postulat der Allgemeingültigkeit des Gesetzes fallen«.<sup>44</sup> Allerdings versucht Heller, die Allgemeinheit des Gesetzes auf der Seite der Urheberschaft insofern zu »retten«, als er nur die, »aber auch alle von der Volkslegislative gesetzten obersten Rechtsnormen« als Gesetz anerkennt.<sup>45</sup>

### III.

Die immer öfter zu beobachtenden Anomie-Tendenzen, die ich zu Beginn skizziert habe, sind nur zum geringsten Teil Ausdruck der Lust am praktizierten Regelverstoß, vielleicht Ausdruck der gruppengebundenen Identitätssuche in der Negation der widerstandslosen Anpassung an eine als Zwang empfundene durchregulierte und verwaltete Welt.<sup>46</sup> Für die Hannoveraner »Chaos-Tage« mag dies zutreffen, und Jugendpsychologen und Sozialarbeiter werden sich ebenso professionell wie oft erfolglos dieses und ähnlicher Phänomene annehmen. Für die religiös, kulturell und ethnisch motivierten, gruppenbezogen auftretenden Verweigerungen des Gesetzesgehorsams kann die Lösung nur in einer Neuordnung der Beziehung dieser Bürger – zuweilen werden sie als »Mitbürger« abqualifiziert – zum Gesetz liegen. Wir müssen erkennen, daß der hoheitliche Befehl, der ihnen als »Gesetz« gegenübertritt – und der freilich vom Parlament in aller Form rechtens beschlossen worden ist – in ihren Augen, nach ihren religiös-ethisch-kulturellen Maßstäben, weder als volonté générale noch als Ausdruck einer allgemeinen sittlichen Vernunft erscheint, sondern als Oktroi einer ihnen fremden Gewalt. Die Gesetze, die sie erfahren, sind »universell« weder hinsichtlich der Willen, von denen sie ausgehen, noch hinsichtlich des geregelten Gegenstandes. Sie sind Ausdruck einer »überwältigenden Mehrheit«, nicht einer sinnvermittelnden Allgemeinheit und nicht einmal der Beginn eines Dialogs.

In dieser scheinbar ausweglosen Situation erscheint es erlaubt, Rat bei einigen Sozialphilosophen zu suchen, die gegenwärtig zu den angeschensten Diagnostikern zählen. Es ist kein Zufall, daß wir auf die in den USA und in Kanada seit langem geführte Kommunitarismus-Liberalismus-Diskussion rekurrieren (müssen), haben sich doch dort die Probleme des Multikulturalismus früher und in ganz anderer Schärfe gestellt als hierzulande. Hier wie dort findet die sachlich freilich alte Feststellung Michael Walzer's Zustimmung, die heutige demokratische Staatsform biete nicht vielen Menschen die Möglichkeit, sich im Sinne Rousseau's selbstzubestimmen. »Staatsbürger sind Zuschauer, die wählen«, variiert Walzer einen alten Schumpeter'schen Gedanken.<sup>47</sup> Wie steht es dann aber erst, so müssen wir die Frage

<sup>43</sup> E. Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 221 ff.

<sup>44</sup> H. Heller, VVDStRL 1928, Heft 4, 98 ff., 117.

<sup>45</sup> Heller (Fn. 44), 118. Inwieweit das BVerfG mit seiner Rspr. zum Maßnahmengesetz auf dieser Linie steht, vgl. BVerfGE 25, 371 (ex Rheinstahl), soll hier nicht untersucht werden. Jedenfalls wird Art. 19 Abs. 1 sehr restriktiv interpretiert und ist deshalb praktisch wirkungslos. S. Denninger, AK-GG, Art. 19 I, Rdnr. 6.

<sup>46</sup> Andere Teilespekte des komplexen Gesamtproblems beleuchtet: W. Heitmeyer, Rechtsextremistische Orientierungen bei Jugendlichen, 4. Aufl. 1992.

<sup>47</sup> M. Walzer, Was heißt zivile Gesellschaft? in: B. van den Brink/W. van Reijen (Hrsg.), Burgergesellschaft,

zuspielen, mit der Selbstbestimmung der vielen Millionen »Zuschauer«, die nicht einmal wählen dürfen? Es ist Walzer zu danken, daß er – wie früher schon *Hannah Arendt*<sup>48</sup> – die fundamentale Bedeutung des Rechtes, »Mitglied« zu sein, im Staate also die Staatsbürgerschaft besitzen zu dürfen, immer wieder betont hat.<sup>49</sup> Unter allen anderen wirklichen und möglichen Mitgliedschaften genießt die Staatsbürgerschaft einen »gewissen praktischen Vorrang«, weil der Staat ein entscheidendes Kampfmittel geworden sei, um das gemeinsame Leben zu gestalten. Will man nicht dem permanenten Bürgerkrieg verfallen, kann diese Gestaltung nur im Medium des Rechts erfolgen. Jede Art von Mirgestaltung setzt daher den Status als Rechtsperson, als gleichberechtigter »Rechtsgenosse«, als Mitglied der Rechtsgemeinschaft, als Staatsbürger voraus.

Das Recht und die faktische Möglichkeit der politischen Mitsprache sind die, fast möchte man sagen: selbstverständlichen Voraussetzungen auch in den Theoriekonzepten jener beiden Autoren, die bei aller gegenseitigen Kritik zu erstaunlichen Parallelen in den Folgerungen gelangen: *Ronald Dworkin* und *Jürgen Habermas*. Dworkin geht – wie der Kruzifixbeschuß des Bundesverfassungsgerichts – von dem Spannungsverhältnis zwischen demokratischem Mehrheitsentscheid und der die Menschenrechte der Minderheit schützenden gerichtlichen Normenkontrolle aus. Aber in einer, in Dworkin's Terminologie, »gemeinschaftlichen« und nicht bloß »statistischen« Konzeption von Demokratie erweisen sich scheinbar demokratiebeschränkende Individualrechte in Wahrheit als »demokratieermöglichend«. M. a. W.: Die »gemeinschaftliche Demokratie«, welche Minderheiten zu integrieren vermag, setzt die Gewährleistung des Rechtsstaates voraus.<sup>50</sup> Umgekehrt hat Jürgen Habermas seine These einmal salopp auf die Formel gebracht: »Kein Rechtsstaat ohne radikale Demokratie.«<sup>51</sup> Aber dies ist im Sinne *wechselseitiger Bedingtheit* zu verstehen: Die Idee der Volkssouveränität und die Idee der Menschenrechte oder: öffentliche und private Autonomie der Bürger verwirklichen sich miteinander und durcheinander.<sup>52</sup> Die bei beiden Autoren grundlegende Erkenntnis über das, juristisch gesagt, funktionale Synallagma von Demokratieprinzip und Menschenrechtsstatus hilft in unserem Zusammenhang allerdings nicht weiter als zur Überwindung der, in Walzer's Worten, »gebräuchlichsten Form von Despotismus in der menschlichen Geschichte«<sup>53</sup>, nämlich der Herrschaft von Staatsbürgern über Nichtstaatsbürger, von Mitgliedern einer Gemeinschaft über in ihr lebende Fremde. Eine ganze Reihe zusätzlicher Voraussetzungen muß erfüllt sein, wenn die Koexistenz religiösen-ethnisch-kulturell verschiedener Gruppen in einer demokratischen Rechtsgemeinschaft nach beiden Richtungen hin gelingen soll: a) in Richtung auf die Erhaltung einer von der Mehrheit abweichenden Gruppenidentität und b) in Richtung auf die Hervorbringung und Fortbildung einer integrierenden, von allen Gruppen anerkannten Rechtsordnung. Die erste fordert ein Maß wünschbarer *Vielfalt*, die zweite ein Maß notwendiger *Einheit*. Weder für das eine noch für das andere läßt sich abstrakt-apriorisch, ohne Rücksicht auf die konkrete historische Situation eine nähere Bestimmung treffen. Vielmehr muß man sehen, daß wir uns mit dieser doppel-

Recht und Demokratie, 1995, S. 44, 65; J. A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern 1946, bes. S. 427 ff.

<sup>48</sup> H. Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 1962, S. 438; s. auch E. Denninger, Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, S. 82.

<sup>49</sup> Walzer (Fn. 47), S. 65; ferner: Sphären der Gerechtigkeit 1992, S. 65 ff., 107.

<sup>50</sup> R. Dworkin, Gleichheit, Demokratie und die Verfassung: Wir, das Volk, und die Richter, in: U. K. Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 171 ff.

<sup>51</sup> J. Habermas, Die Normalität einer Berliner Republik, 1995, S. 79.

<sup>52</sup> J. Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 83 ff., 90 ff.

<sup>53</sup> Walzer, Sphären der Gerechtigkeit, 1992, S. 107.

seitigen Frage im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen Liberalen und Kommunitaristen bewegen; so daß selbst die vollständige Kenntnis der konkreten Situation nicht zu einem allgemein akzeptierten Maßstab verhelfen würde. Immer wird es einige geben, die Schutz und Förderung der Autonomie und Identität minoritärer Gruppen als vorrangig betrachten, während andere ein höheres Maß von Integration, Assimilation und Anpassung fordern. Viel hängt hier von dem religiöskulturellen Selbstbewußtsein der Minderheit und von ihrer Fähigkeit zum Dialog mit der umgebenden Mehrheitskultur ab. Für die vielhundertjährige Identitätsbewahrung der jüdischen Kultur in der Diaspora hat *Amos Funkenstein* jüngst überzeugend gezeigt, daß die schlichte Entgegensetzung von Assimilation und »Selbstbehauptung« oder »Selbstverwirklichung« das Phänomen nicht adäquat zu beschreiben vermag, daß vielmehr die beiden polaren Tendenzen Teile eines dialektischen Prozesses sind.<sup>54</sup> Und von einer ganz anderen Fragestellung aus, nämlich im Hinblick auf einen für die Reform des amerikanischen Erziehungswesens folgenreichen wertenden Kulturenvergleich kommt *Charles Taylor* zu einer ähnlichen Feststellung: »Zwischen der unechten homogenisierenden Forderung nach Anerkennung einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit einerseits und der Selbsteinmauerung in ethnozentrischen Maßstäben andererseits muß es noch etwas anderes geben.«<sup>55</sup>

Ohne falsche Hoffnung also auf einen »Stein der Weisen«, den es hier nicht geben kann, finden wir bei den sozialphilosophischen Experten einige richtungsweisende Hinweise, die dem mit dem multikulturellen Pluralismus konfrontierten Gesetzgeber von Nutzen sein mögen. Von den drei Prinzipien, nämlich der Partizipation, der gleichen Rücksichtnahme auf die Interessen aller Mitglieder und der Selbständigkeit ihres moralischen Urteils, welche R. Dworkin als Existenzbedingungen der gemeinschaftlichen Demokratie formuliert<sup>56</sup>, stärken die beiden letzten, das Prinzip der Rücksichtnahme und das der Selbständigkeit, die Tendenz zur Wahrung der Gruppenidentität. Demgegenüber wirkt das Prinzip der Partizipation in Richtung auf Integration der Rechtsordnung, nicht nur unmittelbar durch gleiche Teilhabe an der Selektion der normsetzenden Repräsentanten, sondern auch mittelbar durch Erzeugung eines Bewußtseins verpflichtender Zughörigkeit (Dworkin spricht sogar von der »integrierten kollektiven Verantwortung einer Gruppe«, welche der Einzelne mitzutragen habe.<sup>57</sup>)

Einen besonders fruchtbaren, für die Gesetzgebung im Kultur-, Erziehungs- und Bildungsbereich hilfreichen Gedanken bringt J. Habermas in die Diskussion ein, indem er die *Entkoppelung* der *ethischen* Integration von Gruppen und Subkulturen von der Ebene der abstrakten, »alle Staatsbürger gleichmäßig erfassenden politischen Integration« fordert.<sup>58</sup> Damit gibt er einerseits der gruppenbezogenen Identitätsbildung und -wahrung Raum, hält aber andererseits am Universalismus der Rechtsprinzipien fest, die allerdings ihrerseits in einer gemeinsamen politischen Kultur »sozusagen verfassungspatriotisch eingebettet sein« müssen. Die Trennung der beiden Integrationsebenen wird in der Rechtspraxis erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten begegnen. Doch kann der Gesetzgeber das Konzept als Direktive verstehen, in Fragen der Kultur, der Religion, der schulischen Erziehung und überhaupt der Entwicklung ethischer Vorstellungen mit allgemeinen, homogenisierenden

<sup>54</sup> A. Funkenstein, The Dialectics of Assimilation, in: *Jewish Social Studies*, I, Nr. 2, 1995, 1 ff. Den Hinweis verdanke ich Ora Limor, Jerusalem.

<sup>55</sup> C. Taylor, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 2. Aufl. 1993, S. 70.

<sup>56</sup> Dworkin (Fn. 50), S. 171 ff., 191 ff.

<sup>57</sup> Ebd. S. 197.

<sup>58</sup> Habermas in: Taylor (Fn. 55), S. 177 ff., 179.

Regelungen Zurückhaltung zu üben. Er soll sich um eine »Politik der Differenz«<sup>59</sup>, der wechselseitigen Anerkennung des jeweils Besonderen, Anderen bemühen. Eine hegemoniale Mehrheitskultur, welche sich kraft der Majoritätsregel in den staatlichen Institutionen »häuslich einrichtet«, würde schon die Chance gleichberechtigter Anerkennung der Minderheit(en) zunichte machen.

Gelingt es auf diese Weise, der »Selbststeinmauerung in ethnozentrischen Maßstäben«<sup>60</sup> (oder, im Jargon der US-Debatte: dem Bildungskanon der »toten weißen Männer«, von Platon bis John Dewey) zu entgehen, so gilt es gleichzeitig, der Selbstauslieferung an militante intolerante Fundamentalismen vorzubeugen. Eines der wichtigsten Ergebnisse der in Europa jahrhundertelang bis zur Erschöpfung und bis zur besseren Einsicht geführten Glaubenskriege, eine der unersetzlichen Errungenschaften der Aufklärung ist das Erlernen der Fähigkeit zur Toleranz, d. h. der Fähigkeit, *absolute* subjektive Glaubensgewißheit mit ihrer *Relativierung* in der Anerkennung einer anderen, fremden Glaubensgewißheit zu verbinden.<sup>61</sup> Längst nicht alle religiösen Bewegungen der Erde haben dieses Stadium der Religiosität, exemplarisch von Lessing's Nathan verkörpert, schon erreicht. Es zeugt von Stärke, nicht von Schwäche der eigenen Glaubensgewißheit, wenn man den Glaubensfremden voll akzeptieren kann. Aber diese Haltung kann situativ zu einer Hilf- oder Wehrlosigkeit gegenüber militanten Aktionen fundamentalistischer Fanatiker führen, die nicht bereit sind, die Spielregeln demokratischer Verfahren einzuhalten. Das für alle geltende allgemeine Gesetz schützt in seiner rechtsstaatlichen Funktion auch die Fundamentalisten, die irgendeinen elitären Gottes- oder Einparteienstaat anstelle der pluralistischen Demokratie errichten wollen. Voraussetzung ist, daß sie das innerstaatliche Gewaltverbot, die Strafgesetze und die Rechtsordnung im allgemeinen respektieren. Die liberale rechtsstaatliche Demokratie begibt sich insoweit bewußt in eine nicht ungefährliche Asymmetrie: Sie leistet mehr, als sie von den Begünstigten im Gegenzug zu erwarten hat. Denn diese vergelten Rechtssicherheit mit Illoyalität, im Extremfall Toleranz mit Gewalt. Man kann die Probe aufs Exempel machen, indem man die Frage stellt, ob eine gedeihliche pluralistische Demokratie aus lauter Mitgliedern denkbar ist, die vor-aufklärerisch-intolerant, eben »fundamentalistisch« eingestellt sind.<sup>62</sup> Die Antwort lautet: Nein. Diese Bürger wären unfähig, einander in ihrer *Andersheit* anzuerkennen, unfähig, einander *solidarisch* zu begegnen.<sup>63</sup> Blutiger Bürgerkrieg wäre unausweichlich.

Um einen (Rechts-)Staat hervorzubringen, meinte *Kant*, genügte auch ein Volk von Teufeln, wenn sie nur Verstand haben.<sup>64</sup> Für eine multikulturelle, gemeinschaftliche Demokratie reicht das nicht aus. Es genügt nicht, eine beliebige Menge von Menschen auf einem begrenzten Territorium mit formal gleichem Gesetzgebungsrecht zusammenzubringen, um eine demokratische Rechtsgemeinschaft zu erzeugen. Schon *A. de Tocqueville* hatte, am Beispiel Amerikas, entdeckt, daß eine individualistische egalitäre Demokratie der Basis in zahllosen kleinen und kleinsten Vereinigungen bedarf und daß es gilt, die »Kunst der Vergesellschaftung«, »l'art de s'associer« zu üben und zu entwickeln, soll die Demokratie überleben.<sup>65</sup> Ohne den großen Franzosen zu zitieren, spricht *M. Walzer* heute von der »Kunst des Verbindens« als

<sup>59</sup> Taylor (Fn. 55), S. 29; *Walzer*, Zivile Gesellschaft und amerikanische Demokratie, 1992, S. 228 ff.

<sup>60</sup> Taylor (Fn. 55), S. 70.

<sup>61</sup> Vgl. H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. Tübingen 1929.

<sup>62</sup> F. Hufen (Fn. 27), 455 ff., geht hier sehr weit.

<sup>63</sup> Zu Begriff und Funktion von »Solidarität« vgl. E. Denninger, Verfassungsrecht und Solidarität, KritV 1995, 7 ff.

<sup>64</sup> I. Kant, Zum ewigen Frieden, II. Abschnitt, 1. Zusatz, Werke, Band VI, Darmstadt 1964, S. 224.

<sup>65</sup> A. de Tocqueville, De la Démocratie en Amérique, 2. Band, 2. Teil, Kap. 5 am Ende, 13. Aufl. Paris 1850, S. 124 f.

einer entscheidenden Voraussetzung der Demokratie.<sup>66</sup> Sein »critical associationism« geht von einer Wechselwirkung zwischen demokratischem Staat und ziviler Gesellschaft aus. Diese »Civil Society«, aus der »Kunst des Sichvereinigens« erwachsen, ist unsere Chance, unsere ständige Aufgabe. Aber das ist ein anderes »weites Feld«.

66 Walzer, in: van den Brink/van Reijen (Fn. 47), S. 44 ff., 55.