

Olaf Köppe

Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft

Ambivalenzen der Verfassungstheorie Ernst-Wolfgang
Böckenfördes

Ernst Wolfgang Böckenförde hat mit seiner Verfassungstheorie die ausgeführteste Konzeption einer am Grundgesetz orientierten Staatsrechtslehre vorgelegt. Seine theoretische Position wird kritisch rekonstruiert. Leitender Gesichtspunkt ist, ihre gedankliche Verankerung in der Hegelschen Rechtsphilosophie zu problematisieren und die Ambivalenzen seines Demokratie- und Rechtsstaatsbegriffs in den Blick zu rücken.

Die Red.

In Ernst-Wolfgang Böckenfördes staatsrechtlichem Denken, dessen archimedischer Punkt ein staatsphilosophisch hergeleiteter, rechtlich gebundener »starker Staat« ist, lassen sich Neu- und Reformulierungen staatsrechtlicher Kategorien erkennen, deren Ursprünge in der konstitutionellen Monarchie und in Theorien, die von konservativen Staatsrechtlern in der Weimarer Republik vertreten wurden, liegen. Das Hauptproblem, mit dem viele solcher Theorien konfrontiert wurden und werden, kann folgendermaßen skizziert werden: Mit der Bindung aller staatlichen Gewalt an eine demokratische Verfassung, die man nicht nur desavouierend, sondern auch positiv als einen dilatorischen Formelkompromiß begreifen kann, fallen überkommene Eigenbereiche des Staatlichen weg.

1. Staatsphilosophische und staatstheoretische Begründung des Rechtsstaates

Das Begriffspaar »*Staat und Gesellschaft*«, dem die Differenzierung in eine vorstaatlich gedachte gesellschaftliche Sphäre und eine politische Sphäre des Staates immanent ist, verweist auf den Einfluß Hegels in Böckenfördes Staatstheorie. Der historische Prozeß der Herausbildung des modernen Staates wird von Böckenförde als ein »Vorgang der Konzentrierung und Zentralisierung der Herrschaftsbefugnisse« gedeutet. Das Auseinandertreten der überkommenen politischen Feudalgemeinschaft in die Momente (politischer) Staat und (unpolitische) Gesellschaft kann so als eine »Verselbständigung des Staates als einheitliche Herrschaftsorganisation und das dadurch entstehende Gegenübertreten von Staat und Gesellschaft«¹ gefaßt wer-

¹ Böckenförde, E.-W., Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, Opladen 1973, S. 15.

den. Von daher ist es die Zentralisierung der Herrschaftsgewalt, die letztendlich jenen Staat schuf, »der die Individuen und Gesellschaft in die bürgerliche Freiheit«² setzte. Nicht in konkreten politischen Auseinandersetzungen vollzieht sich die Etablierung der Menschenrechte, sondern »der Staat« gibt in den Augen von Böckenförde seinen Bürgern die individuelle Freiheit. Insofern ist es auch nur konsequent, wenn Böckenförde schreibt, daß die »letzte Stufe der Verselbständigung (...) damit erreicht [wurde], daß der Staat selbst als Organisation begriffen wurde; als ein in sich stehender Wirkungszusammenhang (...), der zwar vom Herrscher gelenkt wird, wobei aber die Person des Herrschers – *Monarch oder Demos* – auswechselbar wird. Der Staat steht in sich als eigene Institution.«³

Die Gegenwartsanalyse des demokratischen Staates erfolgt hier durch einen selektiven Rückgriff auf Kategorien der Staatsphilosophie Hegels. Denn die von Hegel begriffene Entzweiigungsstruktur der Moderne wird von Böckenförde staatsrechtlich gewendet:

Der moderne Staat sichert die individuelle und gesellschaftliche Freiheit, zu der auch die Erwerbsfreiheit gehört. Damit steht der die individuelle Freiheit gewährende Staat einer Subjektivität gegenüber, deren individuelle Interessen dazu freigesetzt sind, »sich selbstbezogen zu entfalten.«⁴ Diese entbundene Subjektivität ist es aber, die dazu führt, daß *aus sich heraus* diese Einstellungen nicht mehr auf »ein Allgemeines, auf Bewahrung und Verwirklichung ethisch-sittlicher Substanz gerichtet«⁵ seien. Dadurch, daß nun – im Sinne Hegels – »jeder Zweck sei«, übt Böckenförde eine Kritik an der diesbezüglichen Vernunft; einer Vernunft, die Hegel noch mit der *Form* der Allgemeinheit in Beziehung gesetzt sah: So heißt es im Zusatz zum § 182: »Aber der besondere Zweck gibt sich durch die Beziehung auf andere die Form der Allgemeinheit und befriedigt sich, indem er sogleich das Wohl des anderen mit befriedigt.«⁶

Für Hegel stellt diese Form der Allgemeinheit im »System der Bedürfnisse«, trotz des von Hegel erkannten antagonistischen Charakters der bürgerlichen Ökonomie, noch eine bewußtlose Allgemeinheit dar. Durch die Rezeption der englischen Nationalökonomien versicherte sich Hegel eines Moments an Vernünftigkeit der Selbstbezüglichkeit der Subjektivität, die er in der von ihm begriffenen Produktionsweise aufzufinden meinte, obwohl die von jenen verabsolutierte prästabile ökonomische Harmonie von Hegel demaskiert wurde. Indem freilich Hegel die bürgerliche Ökonomie mit dem Prinzip der Subjektivität und den aus ihr resultierenden subjektiven Freiheiten in eine unauflösliche Verbindung brachte, war das antagonistische Moment, das »zum Übermaße der Armut« (§ 245) und zur Kolonisation (§ 248) hinaustreibt, keineswegs verschwunden, sondern allenfalls aufgeschoben. Die Sicherung des Privateigentums liegt bei Hegel in einer spezifischen Verbindung von Freiheit, Willen und Privateigentum, so daß Formen von Gemeineigentum für kollektivistisch und mit dem Prinzip der Subjektivität für unvereinbar erachtet werden können.⁷

Da also der *Not- und Verstandesstaat* – die bürgerliche Gesellschaft – im Bereich des Sittlichen auch Hegel zufolge keineswegs eine sittliche Allgemeinheit erreicht, tritt in der Rezeption Böckenfördes angesichts des staatlich regulierten Kapitalismus die

2 Ebd., S. 18.

3 Ebd., S. 13 f., Herv. v. Verf.

4 Böckenförde, E.-W., *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978, S. 35.

5 Ebd.

6 Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Werke 7, Frankfurt a. M. 1989 (1986), § 182 Zusatz, S. 340.

7 Vgl. ders. (Fn. 6), § 46, S. 107 ff.

noch von Hegel angenommene formelle Allgemeinheit der bürgerlichen Ökonomie in den Hintergrund, während ein selbstbezügliches Subjekt hervortritt, dessen entbundene Subjektivität und Zweckrationalität seine Aufgabe in der staatlichen Gewähr der Freiheit hat. Wenn also eine »Gesellschaft, deren Ordnung auf die Entfaltungsmöglichkeit individueller und gruppenmäßiger Interessen einschließlich der Erwerbsinteressen angelegt ist und sie verbürgt (...) aus sich heraus nicht zugleich selbstregulativ«⁸ ist, hat der Staat die Aufgabe, diese Allgemeinheit gegenüber der Gesellschaft und den Interessengruppierungen in der Gesellschaft durchzusetzen.

Somit besteht der Staat, der organisatorisch gegenüber der Gesellschaft *verselbstständigt* ist, »als politische Entscheidungsfreiheit und Herrschaftsorganisation für die Gesellschaft oder, wenn man will über ihr.«⁹ In dieser Konzeption des über der Gesellschaft stehenden Staates – der rote Faden durch Böckenfördes Staats- und Verfassungstheorie – lassen sich die Ursachen des höchst ambivalenten Charakters seiner Position auffinden, die durch eine spezifische Rezeption des Begriffs des Politischen von Carl Schmitt noch verstärkt werden.

Ausdrücklich weist Böckenförde darauf hin, daß er den Staat nicht als Subsystem wie die Systemtheorie verstanden wissen will, sondern ihn als den anderen Subsystemen gegenübergestellt betrachtet. Ohne explizit auf die ältere Staatslehre zu rekurrieren, ermöglicht die funktional gerechtfertigte *Verselbstständigung politischer Herrschaft*, den Staat als substanzhaften *pouvoir neutre*, wie ihn die ältere Staatslehre noch kannte, erneut innerhalb des staatsrechtlichen Diskurses ins Spiel zu bringen. In der Unterscheidung zwischen einer *politischen* Sphäre des Staates und einer vom Staat gewährleisteten und zu gewährleistenden *unpolitischen* Sphäre der Gesellschaft als Sphäre der Besonderheit – der Subjektivität – liegt die als Gewinn begriffene Entzweiungsstruktur der Moderne, die mit ihrer Trennung in Bürger und Citoyen als konstitutives Moment der Gewähr individueller Freiheit begriffen wird. Änderungen innerhalb dieser von Hegel herausgearbeiteten und von seiner Philosophie nicht ablösbaren Struktur können innerhalb des kategorialen Rahmens, in dem sich die Böckenfördeschen Ordnungsvorstellungen bewegen, problemlos als Gefährdung individueller Freiheit bezeichnet werden. Staatsphilosophisch begründet, werden hier die Weichen für eine Verfassungsinterpretation gestellt, die die Verfassung als *rechtsstaatliches Verteilungsprinzip*, das die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft verfassungstheoretisch faßt, begriffen wissen will.

1.1. Der Begriff des Politischen bei Ernst-Wolfgang Böckenförde

Bereits Hegel wich aufgrund der Selbstbezüglichkeit der Subjektivität von einer *kontraktualistischen Staatsbegründung* ab. Ebenso ist dem staats-theoretischen Denken Böckenfördes eine kontraktualistische Begründung des modernen Staates nicht immanent. Nichtsdestoweniger stellt sich auch für ihn die Frage nach dem Zusammenhalt der Gesellschaft, von der letztlich auch die Existenz des Staates abhängt: Indem der moderne Staat und das Vernunftrecht das Individuum aus seinen geschichtlichen Ordnungen gelöst haben, stellt sich die Frage nach einem vorausliegenden integrativen Moment. Denn daß die »emanzipierten einzelnen zu einer neuen Gemeinsamkeit und Homogenität zusammenfinden, sollte der Staat nicht innerer Auflösung

⁸ Böckenförde, E.-W., *Qualität des Lebens – Aufgabe und Verantwortung des Staates?*, in: *Lebensqualität*, Hrsg.: Nordrhein-Westfälische Landeszentrale für politische Bildung, Köln 1974, S. 166 ff. (S. 176).

⁹ Böckenförde (Fn. 1), S. 27, Herv. i. O.

anheim fallen«¹⁰, stellt eine seiner zentralen, seinem Denken zugrunde liegenden Argumentationsfiguren dar. Hier spiegelt sich die spezifische Konstitutionsproblematik der Moderne wider, die sich nur aus sich selbst, »aus den von ihr selbst hervorgebrachten Entzweigungen stabilisieren muß«¹¹, da ihr der Rekurs auf einen Traditionsbestand in der gesellschaftlichen und kulturellen Moderne zunehmend verunmöglicht wird. Diese Problematik spiegelt sich auch in einem Satz wider, auf den Bockenförde selbst mehrmals verweist und der von Zeit zu Zeit bei Autoren unterschiedlichster Provenienz auftaucht: »Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er um seiner selbst willen eingegangen ist.«¹² Im Bewußtsein, daß »kein Weg über die Schwelle von 1789« zurückführt, wird eine den Staat maßgeblich gewährende homogenitätsverbürgende Kraft für prekär erachtet, da sie durch den »Individualismus der Menschenrechte«¹³ gefährdet werden kann. Die Einbindung der Subjekte in eine Sozialordnung wird durch die Subjektivität selbst als gefährdet begriffen.

Der geistesgeschichtliche Hintergrund, vor dem sich Bockenförde bewegt, ist nicht nur der von Hegels Staatsphilosophie. Bei ihm zeigt sich eine spezifische Art und Weise der Rezeption des »Begriff des Politischen« von Carl Schmitt. So ist für Bockenförde das »Politische kein abgegrenzter Sachbereich, sondern bezeichnet den Intensitätsgrad einer Assoziation oder Dissoziation im Verhältnis von Menschen bzw. Menschengruppen zueinander. Gegenstand des Politischen kann, je nach geschichtlichen Situationen und gegebenen Verhältnissen in einer Gesellschaft, jede Sachfrage und jeder Sachbereich werden (...). Das Politische ist, ebenso wie das Gemeinwohl, potentiell allumfassend, und es ist darüber hinaus in der konkreten Entscheidungssituation eine unteilbare Einheit.«¹⁴ Carl Schmitts »Begriff des Politischen« findet an dieser Stelle ausdrücklich Erwähnung, aus dem Bockenförde vor allem den Begriff der politischen Einheit, den Intensitätsgrad der Assoziation oder der Dissoziation sowie die potentielle Ubiquität des Politischen herausliest.

Auf das Wesen des Politischen, so Bockenförde, wurde von Carl Schmitt erst im Vorwort der Neuausgabe des »Begriff des Politischen« von 1963 ausdrücklich hingewiesen: »daß nämlich der Staat die politische Einheit des Volkes sei.«¹⁵ Tenor dieser Argumentation ist, daß weniger auf die Kategorien Freund und Feind, die Carl Schmitt als »seinsmäßige Sachlichkeit«, als existentielle Kategorien verabsolutiert, abgestellt wird, sondern daß »der Staat eine in sich befriedete Einheit und eben deswegen die das Politische umgreifende politische Einheit«¹⁶ zu sein habe. Einen instruktiven Hinweis auf Bockenfördes Lesart des »Politischen« gibt folgende Bemerkung:

»Die als Kriterium des Politischen von Carl Schmitt entwickelte Unterscheidung von Freund und Feind ist bis heute immer wieder als normative Theorie des Politischen mißverstanden worden (...). Es geht bei der Freund-Feind-Theorie um nicht mehr und nicht weniger als den phänomenologisch-empirischen Aufweis des Kriteriums des Politischen, nämlich, daß es politischen Spannungen und Auseinandersetzungen

¹⁰ Bockenförde, E.-W., Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zu Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a. M. 1992 (1991), S. 92 ff. (S. 112).

¹¹ Habermas, Jürgen, Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen, Frankfurt a. M. 1993 (1988), S. 26.

¹² Bockenförde, E.-W. (Fn. 10), S. 92 ff. (S. 112), Herv. i. O.

¹³ Ebd., S. 112.

¹⁴ Bockenförde, E.-W., Kirchliches Naturrecht und politisches Handeln, in: Bockle, Franz/Bockenförde, E.-W. (Hrsg.), Naturrecht in der Kritik, Mainz 1971, S. 96 ff. (S. 105).

¹⁵ Bockenförde, E.-W., Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts (1988), in: ders. (Fn. 10), S. 344 ff. (S. 346).

¹⁶ Ebd.

eigentümlich ist, einen Intensitätsgrad annehmen zu können, der die Gruppierung der beteiligten Menschen (Gruppen) nach Freund und Feind und damit die Bereitschaft, gegeneinander auch mit Waffengewalt zu kämpfen, einschließt (...). Das Kennzeichen und die enorme politische Leistung des Staates als politische Einheit ist es, daß es ihm gelingt, alle Auseinandersetzungen und Konflikte zwischen Menschen und Menschengruppen in seinem Inneren unterhalb der Eskalation zu einem äußersten Gegensatz, d. h. dem Freund-Feind-Verhältnis, festzuhalten und sich damit als Friedenseinheit darzustellen.«¹⁷

Der Staat hat also für die Konflikt-Latenz Sorge zu tragen, bei gleichzeitiger Berücksichtigung – oder auch Bereitschaft – zum Äußersten. Wird das Äußerste, das sich in der Ausnahmelage manifestiert, nicht berücksichtigt, gibt der Staat das Politische – eben das Freund-Feind-Verhältnis – auf. Denn schließlich ist dem Staat eigentümlich, daß er eben die politische Einheit ist, die »souverän in dem Sinne (ist), daß die Entscheidung über den maßgebenden Fall, auch wenn das der Ausnahmefall ist, begriffsnotwendig immer bei ihr stehen muß.«¹⁸ Dessen ist sich Böckenförde bewußt, wenn er darauf hinweist, daß auch im handlungsfähigen Staat das Politische nicht verschwunden ist, sondern als die »Möglichkeit eskalierender Freund-Feind-Gruppierungen, auch im Staat stets gegenwärtig ist, selbst wenn es in der Normallage nicht sichtbar hervortritt.«¹⁹ Daß souverän derjenige ist, der über den Ausnahmezustand entscheidet, gehört somit auch zu Böckenfördes politischer Grammatik, dies aber freilich in rechtsstaatlichen Formen. So ist sein Aufsatz »Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen«²⁰ eine Kritik an den sog. Antiterrorgesetzen, da sie Böckenförde zufolge rechtsstaatlich zweifelhaft seien. Stattdessen sei eine rechtsstaatlich akzeptable Lösung der Unterscheidung von Normallage und Ausnahmelage zu entwickeln und in die Verfassung zu integrieren.

1.2. Zur politischen Funktion des Begriffs des Politischen

Der »Begriff des Politischen« eignet sich ebenso wie die Unterscheidung von »Staat und Gesellschaft« dazu, eine Verselbständigung politischer Herrschaft theoretisch zu untermauern: Denn indem sich durch die Trennung von Normallage und Ausnahmelage die politische Einheit als *Subjekt* ins Spiel bringt, ermöglicht diese Kontrastierung stets, den Blick vom *Träger* der Souveränität, dem Volk, abzuwenden. Damit ist der »Begriff des Politischen« eine Argumentationsfigur, die eine Rechtfertigung der *Verselbständigung politischer Herrschaft* begriffsnotwendig impliziert.

Um die Konflikt-Latenz aufrechtzuerhalten und die Intensität der Dissoziation aufgrund des »Individualismus der Menschenrechte« nicht zu groß werden zu lassen, bedarf es Böckenförde zufolge eines »einigenden Bandes, einer homogenitätsverbürgenden Kraft, die dieser Freiheit vorausliegt und den Staat als politische Einheit

¹⁷ Bockenforde, E.-W. (Fn. 4), S. 13 (Anm. 7).

¹⁸ Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen*. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. 3. Auflage der Ausgabe von 1963, Berlin 1991, S. 39.

¹⁹ Bockenforde, E.-W. (Fn. 15), S. 344 ff. (S. 348).

²⁰ Vgl.: Bockenforde, E.-W., *Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen*, in: NJW 1978, S. 1881 ff. Bockenforde kritisiert hier vor allem die Übertragung der strafrechtlichen Formulierung »ubergesetzlicher Notstand« auf den Bereich der Eingriffsbefugnisse staatlicher Organe.

erhält.«²¹ Die gewährleistete rechtsstaatliche Freiheit bedarf somit »innerer Regulierungskräfte (...), der Rechtsstaat [baut also darauf auf, O. K.], daß diese Regulierung sich *von selbst* herstellt aus der moralischen Substanz der einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft.«²² Die homogenitätsverbürgende Kraft, auf die es Böckenförde ankommt, stellt bei ihm wohl nicht nur zwischen den vereinzelt Individuen etwas Gemeinsames, etwas *intersubjektiv Verbindliches* dar, auf das sich diese beziehen können, sondern sie soll gerade der staatlich sanktionierten Gewalt ermöglichen, auf einen Fundus eingeübter, tradierter Verhaltensweisen und Motivationen zurückgreifen zu können, um den in einer politischen Demokratie sich reproduzierenden Bedarf an Legitimation wenigstens durch eine »Grundlast« zu sichern. Gewisse Parallelen mit der Systemtheorie lassen sich hier erkennen, da auch die Systemtheorie Geltungsprobleme in Verhaltensprobleme überführt. Eine vorausgesetzte Homogenität ermöglicht somit, ein gewisses Maß an Anerkennungswürdigkeit der jeweiligen politischen Ordnung zu unterstellen und ein Prekärwerden dieser Anerkennung mit dem Verlust oder mit der Auflösung der homogenitätsverbürgenden Kraft erklären zu können. Diese vorausgesetzte Homogenität bedarf freilich einer Substanz in der materiellen Realität, auf die sie sich beziehen kann, um wirklich zu sein. Böckenfördes Kritik an der Auffassung, den Begriff der »Ehe« nach Art. 6 GG festzulegen,²³ legt es nahe, daß hier auf einen bestimmten *Modus der Sozialintegration* abgestellt wird, dem homogenitätsverbürgende Fähigkeiten zugesprochen werden.

Eine daraus resultierende Frage ist auch die nach dem Verhältnis von Religion und Staat. Die Erwägung, ob nicht »auch der säkularisierte weltliche Staat letztlich aus jenen inneren Antrieben und Bindungskräften leben muß, die der religiöse Glaube seiner Bürger vermittelt«²⁴, bis hin zu Fragen, bei denen es um die »Bindung an einen vorausliegenden, unverfügbaren Inhalt«²⁵ geht, weisen einerseits auf destruktiv erkannte Momente der Moderne hin, versichern sich aber andererseits eines mehr oder weniger religiös fundierten Traditionsbestands, obwohl konzediert wird, daß der Staat die Religion nicht mehr als Grundlage – als *unbedingte* Hintergrundgewißheit – hat. Die empirische Problematik aber, die posttraditionale Gesellschaften eigen ist, wird damit ausgeblendet: eben daß der normative Geltungsanspruch, dem diese Gewißheiten inne wohnen, wie diese Gewißheiten selbst, ihren apriorischen Anspruch des Unbedingten *verloren haben* und *begründungspflichtig* geworden sind.

2. Staatstheoretische Begründung des Staates und des Rechtsstaates

So sehr Böckenförde die individuelle Freiheit durch den Staat gewährleistet sehen will, seien die Institutionen des Staates jedoch anders geformt: aus der moralischen Substanz der einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft.²⁶ Hier zeigt sich ein *staatlicher Institutionalismus*, der mit der individuellen Freiheit in ein Konkurrenzverhältnis tritt. Da mit der individuellen Freiheit auch immer »(Erwerbs-)Freiheit«²⁷ gemeint ist, besitzt der staatliche Institutionalismus aufgrund des hervorgehobenen,

21 Bockenförde, E.-W., Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1969, S. 53 ff. (S. 105).

22 Ebd., S. 53 ff. (S. 75).

23 Vgl. Bockenförde, E.-W., Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion bei Hegel (1982), in: ders. (Fn. 10), S. 115 ff. (S. 141).

24 Bockenförde (Fn. 10), S. 92 ff. (S. 113).

25 Ebd.

26 Vgl. Bockenförde (Fn. 21), S. 53 ff. (S. 75).

27 Ebd., S. 67.

nicht selbstregulativen Charakters der gegensätzlichen gesellschaftlichen Interessen die Aufgabe, als Anwalt der gemeinsamen Interessen, zwecks Wahrung gesellschaftlicher und individueller Freiheit, tätig zu werden. Insofern wird hier im staatsrechtlichen Bereich die Aufgabe des Staates benannt, zugunsten individueller Freiheit sozial ausgleichend tätig zu werden. Böckenfördes staatsphilosophische Kategorien ermöglichen freilich, die verfassungsrechtliche Problematik des *sozialen und demokratischen Rechtsstaates* des Bonner Grundgesetzes zu entschärfen und den Wohlfahrtsstaat genetisch aus der *Negativität* – der Beschränktheit – des Rechtsstaates heraus zu erklären.²⁸

So darf »Staat« bei Böckenförde keineswegs mit dem »Rechtsstaat« identifiziert werden, denn sein umfassender Staatsbegriff ergibt sich aus der Beschränktheit des Rechtsstaates. Zwar wird der Entwurf des Rechtsstaates in den vernunftrechtlichen Theorien historisch verortet, und vor allem wird Immanuel Kants Philosophie die vernunftrechtliche Begründung des Rechtsstaates zugestanden; jedoch will Böckenförde den »Rechtsstaat« lediglich in seiner »klassischen« Erscheinungsform verstanden wissen: »Indem die staatlich zu schaffende Voraussetzung dieser Selbsterfüllung [gemeint ist die Selbsterfüllung der individuellen Subjektivität als Sinn staatlich-öffentlicher Ordnung, O. K.] in der Gewährleistung von Freiheit und Eigentum (nicht etwa in der sozialen Gleichheit) gesehen werden, wird der bürgerliche (erwerbs- und besitzbezogene) Charakter der rechtsstaatlichen Ordnung konstituiert.«²⁹ Ausdrücklich wird darauf verwiesen, daß bei Hegel der sittliche Staat »keinen rechtsstaatlichen Ort«³⁰ besitzt, sondern bei Hegel der Rechtsstaat das ist, was mit der bürgerlichen Gesellschaft – dem Not- und Verstandesstaat – gleichgesetzt werden kann. So lassen sich hier genau jene Argumentationsmuster aufzeigen, eine Sphäre von Staatlichkeit zu erzeugen, die außer- oder oberhalb der *lex scripta* steht und doch zugleich den Anspruch erhebt, rechtlich bedeutsam zu sein.³¹

Daß die eher staatsphilosophisch aufzufassende Schrift »Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit« bereits im Titel den Anspruch enthält, Interpretamente für eine Verfassungstheorie bereitzustellen, ist offensichtlich. Da die Ausdifferenzierung in eine politische Sphäre des Staates und in eine unpolitische Sphäre der Gesellschaft zutreffend als Gewinn für die individuelle Freiheit begriffen wurde, wird die Entzweigungsstruktur der Moderne in ihrer konkret-geschichtlichen Erscheinungsform akzeptiert, so daß Änderungen in dieser Struktur an den Rand des Totalitären gerückt werden können, was anhand des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips verdeutlicht werden soll.

²⁸ Hier nimmt Lorenz von Stein eine vermittelnde Position ein. In Böckenfördes Aufsatz »Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat« (1963) steht hier die Aufgabe und die Legitimation des Staates aus seiner sozialgewahrenden Verwaltung im Vordergrund. In: ders. (Fn. 10).

²⁹ Böckenförde (Fn. 21), S. 53 ff. (S. 57).

³⁰ Ebd.

³¹ Vgl. ebd., S. 76: »Wird daher der Rechtsstaat nicht (nur) als ein Teil, sondern als das Ganze staatlicher Ordnung genommen, so entsteht ein introvertiertes rechtsstaatliches Denken.« (Das »Ganze« staatlicher Ordnung des Bonner Grundgesetzes ist aber der soziale und demokratische Rechtsstaat. Anm. O. K.).

3. Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip als verfassungsgemäße Grundrechtsinterpretation

Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip gewährleistet den Zusammenhang zwischen dem staatsphilosophischen und staatsrechtlichen Gehalt der Argumentationsfiguren Ernst-Wolfgang Böckenfördes mit seiner Grundrechtsinterpretation. Ermöglicht wird dadurch, den Grundrechten ein bestimmtes Staatsverständnis zu unterstellen.

Die in einigen Bemerkungen Böckenfördes geäußerte Kritik an der Verfassung ist, daß sie lediglich den »bloßen Verstandesstaat« ermöglichen würde. Nicht nur, daß diese Formulierung weitreichende Folgen zeitigt, da hier mit »Verstandesstaat« die bürgerliche Gesellschaft gemeint ist: Die auf staatsphilosophischer Ebene bereits vorgedachte, sich in den Kategorien »Staat und Gesellschaft« niederschlagende vernunftrechtliche Begründung subjektiver Freiheit erscheint so auch auf der Ebene der Verfassungsinterpretation. Indem durch die staatsphilosophischen und staatsrechtlichen Interpretamente die Entscheidung zugunsten der individuellen Freiheit als (Erwerbs-) Freiheit gefallen ist, braucht sich Böckenförde auf verfassungstheoretischer Ebene der Auseinandersetzung zwischen »Rechtsstaat« und »Sozialstaat«, bis hin zur verfassungsmäßig legalen Möglichkeit der Transformation der gegenwärtigen Struktur des sozio-ökonomischen Systems in eine Gesellschaft mit wirtschaftsdemokratischem Antlitz, nicht zu stellen.

Substantiell positivierte Prinzipien, die den Verstandesstaat transzendieren und Anknüpfungspunkte für einen sittlichen Gehalt offenbaren würden, seien lediglich die Artikel 6 (Ehe) und 1 (Menschenwürde) des Grundgesetzes. Artikel 1 des Grundgesetzes wird von Böckenförde dabei nicht als ein Verfassungsrechtssatz aufgefaßt, sondern als eine Präambel, die »die Grundrechte meta-positiv verankert.«³²

Die Verfassung wird explizit als eine »ausgrenzend-konstituierende Rahmenordnung«³³ begriffen, während verfassungstheoretischen Positionen, die die Verfassung als »rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens«³⁴ verstanden wissen wollen, eine Absage erteilt wird. Dabei mag der Topos »ausgrenzend-konstituierende Rahmenordnung« für den in Böckenfördes staatsrechtliche Positionen und Begriffe nicht eingeweihten Leser sicherlich Verständnisprobleme zur Folge haben; zielt doch diese Formulierung auf das *rechtsstaatliche Verteilungsprinzip* ab. Mit dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip ist Ernst Forsthoff zufolge »in der Verfassungslehre die Abschiebung individueller Freiheit und staatlichen, hoheitlichen Handelns gemeint. Anders ausgedrückt: der Umfang der staatlichen Befugnisse und ihres Rechts, in die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter Freiheit und Eigentum einzugreifen.«³⁵ Böckenförde wies darauf hin, daß das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip als das staats- und verfassungsrechtliche Korrelat der Entzweiungsstruktur begriffen werden muß, dessen vernunftrechtlicher Ursprung bereits von Carl Schmitt herausgearbeitet worden sei.³⁶

32 Bockenforde, E.-W., Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik (1990), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1992 (1991), S. 159 ff. (S. 160).

33 Bockenforde, E.-W., Nachwort. Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt (1980), in: ders., Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Berlin 1981, (1958), S. 375 ff. (S. 402).

34 Ebd.

35 Forsthoff, E., Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: Epirhosis, Festgabe für Carl Schmitt, Band I, Berlin 1968, S. 185 ff. (S. 186).

36 Vgl. Bockenforde (Fn. 1), S. 18.

Eine bemerkenswerte Erweiterung des auf Carl Schmitt und Ernst Forsthoff zurückzuführenden rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips läßt sich in Böckenfördes verfassungstheoretischen Positionen aufzeigen. War es Carl Schmitts und Ernst Forsthoffs »Verdienst«, das soziale Element aus der Verfassung zu verbannen, so ist Böckenförde um eine – wenn auch vorsichtige – Restituierung des sozialen Elements auf Verfassungsebene bemüht. Eine Fortentwicklung der eigenen Positionen läßt sich dabei aufzeigen: Während 1969 »Sozialstaat« und »Rechtsstaat« auf Verfassungsebene noch für unvereinbar erklärt wurden, zeigt sich seit Beginn der siebziger Jahre die Bereitschaft, ihn auf Verfassungsebene als »dem Rechtsstaat nebengeordnet«³⁷ anzuerkennen.

Bei der – unterstellten – Entscheidung des Grundgesetzes für das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip sei, so Böckenförde, das Grundgesetz nicht stehengeblieben. Es hat »die relative Blindheit gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit aufgenommen und durch Festlegung des Sozialstaatsauftrags als eines verbindlichen, dem Rechtsstaat nebengeordneten Verfassungsprinzip einer positiven Lösung zugeführt.«³⁸ Mit dem Sozialstaatsauftrag bekommt der Staat einen Rechtstitel zur »Intervention in die freien gesellschaftlichen Abläufe«³⁹, so daß gefolgert werden kann, daß der Sozialstaatsauftrag sich als ein Rechtstitel erweist, »um die grundrechtliche Freiheit des einen nicht nur mit der gleichen Freiheit des anderen, sondern auch mit den Realisierungsmöglichkeiten kompatibel zu halten.«⁴⁰

Hingegen bleibt der archimedische Punkt auch hier das Ausgrenzungsverhältnis des Bürgers gegenüber dem Staat. Andere verfassungstheoretische Positionen weisen ja gerade darauf hin, daß das Wesen der Sozialstaatlichkeit gerade darin besteht, daß nunmehr die Sozialordnung für den Staat eine Gegebenheit sein würde, der er sich in letzter Konsequenz auch grundrechtsdogmatisch zu stellen habe.⁴¹

So klingt es denn bei Böckenförde auch eher nach einer dogmatischen Setzung, wenn er am überkommenen Ausgliederungsverhältnis festhält: »Eine Erweiterung des einzelgrundrechtlichen Freiheitsrechts zu grundrechtlichen Teilhabe- und Leistungsansprüchen kann dem Sozialstaatsauftrag hingegen nicht entnommen werden.«⁴² Dies gelte auch für das demokratische Prinzip, welches lediglich *begrenzend* auf die aus dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip resultierende Gewährleistung individueller Freiheit und der daraus resultierenden Machtausübung wirke.

Insofern durch diese verfassungsdogmatische Setzung soziale Teilhaberechte ausgeschlossen werden, wird einer möglichen Inhalts- und Verhältnisbestimmung der einzelnen Grundrechte und ihres Normenbereichs aus staatstheoretisch und staatsphilosophisch vorformulierten Einwänden aus dem Wege gegangen. Die Erfüllung

37 Ebd., S. 144.

38 Ebd., S. 144.

39 Ebd.

40 Ebd., S. 144 f.

41 Vgl. Abendroth, W., Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Forsthoff, E. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays, Darmstadt 1968, S. 114 ff. (S. 119). Abendroth folgert, daß in einer »demokratisch organisierten Ordnung (...) sie [die Sozialordnung, O. K.] infolgedessen dem unmittelbar demokratisch bestimmten Staatsorgan, also dem Gesetzgeber« (ebd.) unterworfen wird. Vgl. auch: Hesse, Konrad, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes (1962), in: Häberle, P./Hollerbach, A. (Hrsg.), Konrad Hesse. Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, S. 94 ff. (S. 100).

42 Böckenförde, E.-W., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (1974), in: ders. (Fn. 32), S. 115 ff. (S. 145).

des Sozialstaatsauftrags wird im Herbeiführen eines Rechtszustandes gesehen, in dem die Gesellschaftsmitglieder dergestalt aneinandergebunden werden, daß im Fall einer Interessenkollision jeder etwas zu verlieren hätte.⁴³

3.2. Die staatsrechtliche Einkästelung der Grundrechte

Da mit dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip in der Verfassungslehre die Abschiebung individueller Freiheit und staatlichen, hoheitlichen Handelns gemeint ist, erweckt eine dergestalt begriffene »ausgrenzend-konkretisierende Rahmenordnung« einen äußerst liberalen Eindruck; kann doch behauptet werden, daß die »Freiheit des einzelnen rechtlich gesehen prinzipiell unbegrenzt, die Befugnis des Staates zu Eingriffen hingegen prinzipiell begrenzt ist.«⁴⁴

Allerdings ergeben sich aufgrund der Anerkennung der wohlfahrtsstaatlich verstandenen Sozialstaatlichkeit auf Verfassungsebene Widersprüchlichkeiten in Böckenfördes Argumentation: Indem auf das rechtsstaatliche Moment der Verfassung insistiert wird, wird zwar gewährleistet, daß sich die politische Macht nur *rechtsformig* entfalten kann, jedoch wird mit einem kurzschlüssigen Zusammenhang von Staatsgewalt und Freiheitsrechten die spezifische Stellung des politischen Systems im gesamtgesellschaftlichen Produktionsprozeß – nämlich Garant einer bestimmten Sozialordnung zu sein – nicht reflektiert, so daß die gesellschaftlichen Machtverhältnisse aus dem grundrechtstheoretischen Ansatz ausgeblendet werden. Indem die Verfassung, beziehungsweise die Grundrechte, mit dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip identifiziert werden, wird in sie das Verhältnis Bürger versus Staat eingeschrieben.

Mit der angenommenen Entscheidung der Verfassung zugunsten des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips fallen andere grundrechtstheoretische Ansätze unter ein Verdikt und können mühelos als »anarchisch anmutender Methodenpluralismus«⁴⁵ desavouiert werden. Das staatsphilosophische Korrelat des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips ist die altliberale Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Indem behauptet wird, daß die durch das Verteilungsprinzip verbürgten Freiheitsrechte den Rechtsadressaten selber zur Inhaltsbestimmung freigegeben sind, werden grundrechtstheoretische Positionen, die auf gesamtgesellschaftliche Demokratisierung zielende Inhaltsbestimmungen einzelner Grundrechte unternehmen, an den Rand des Totalitären gerückt.⁴⁶

Da bei Böckenförde die Verfassung unter dem *Monopol des Politischen* steht und keineswegs auf das »Gemeinwesen« ausgedehnt werden darf, steht die »ausgrenzend-konkretisierende Rahmenordnung«, die ihrem Selbstverständnis nach die einzig mögliche Form individueller Freiheitsgewähr ermöglicht, einem Verfassungsver-

43 Zustimmend wird von Bockenforde Hans J. Wolff zitiert: Für den sozialen Rechtsstaat gelte es, »einen materiellen Rechtszustand herbeizuführen und zu erhalten, in dem die Vermögensinteressen aller Mitglieder des Gemeinwesens mit denen unbestimmter anderer insoweit als kollidierend verstanden werden, als deren lebenswichtige Ziele auf dem Spiele stehen.« (Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, München/Berlin 1961, S. 44, zitiert nach: Bockenforde (Fn. 28), S. 170 ff. (S. 201, Anm. 97).

44 Bockenforde (Fn. 42), S. 115 ff. (S. 121). Untrennbar gehört dazu eine Kritik an jeglicher Inhaltsbestimmung der grundrechtlichen Freiheit. Ein Zitat von Carl Schmitt aus seinem Aufsatz »Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung« soll dies bekräftigen: »Was Freiheit ist, kann nämlich in letzter Instanz nur derjenige entscheiden, der frei sein soll. Sonst ist es nach allen menschlichen Erfahrungen mit der Freiheit schnell zu Ende« (vgl. Bockenforde, ebd., S. 120, Anm. 15).

45 Bockenforde, E.-W., *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft* (1983), in: ders. (Fn. 32), S. 11 f. (S. 28).

46 Vgl. Böckenforde (Fn. 42), S. 115 ff. (S. 127 f.).

ständnis entgegen, das nicht nur das vertikale Verhältnis zwischen Staat und Bürgern thematisiert, sondern auch die Horizontalwirkung der Grundrechte berücksichtigt wissen will.⁴⁷

55

4. Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsinterpretation: Absage an die Horizontalwirkung der Grundrechte und Fundierung des intervenierenden Wohlfahrtsstaates

Mit dem Verteilungsprinzip wird zwar ein rechtlich gesicherter Bereich gesellschaftlicher Autonomie verbürgt. Damit ist eine Funktionenreduzierung des modernen Staates verbunden. Jedoch entzieht sich der Ausgrenzungscharakter der Grundrechte mit einer als staatsfrei gedachten Sphäre auf *grundrechtstheoretischer Ebene* der Problematik sozialer Macht. Indem die Grundrechte zu subjektiven Freiheitsrechten einer staatsfreien Sphäre werden, »bedeutet Freiheit notwendigerweise die Inkaufnahme sozialer Ungleichheit.«⁴⁸

Die wohlfahrtsstaatliche Komponente, die bei Böckenförde vor allem in der Formulierung, daß die *soziale Ungleichheit nicht in Unfreiheit* umschlagen dürfe,⁴⁹ in Erscheinung tritt, muß in seinem auf subjektive Freiheit zielenden Konzept mitgedacht werden: Auf *grundrechtstheoretischer Ebene* ist es offenbar der *allgemeine Gleichheitssatz*, aus dem sich für den Gesetzgeber ein *Gerechtigkeitsauftrag* ergibt. Ein Maß an Rechtsetzungsgleichheit wird damit zugestanden,⁵⁰ woraus sich »drittwirkungsähnliche Effekte«⁵¹ ergeben könnten; wohl aber nur bei grober legislativer Untätigkeit.

Es muß aber noch darauf hingewiesen werden, daß sich diese Rechtsetzungsgleichheit aus einem im Art. 3 I GG herausgelesenen *Gerechtigkeitsauftrag* und nicht aus einem auf grundrechtsdogmatischer Ebene angewandten *Demokratieprinzip*, bzw. des Rechtsgrundsatzes des *sozialen und demokratischen Rechtsstaates*, ergibt. Der verteilende und gewährende Staat bekommt im rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip die Rolle zugestanden, die sich aus einer anderen verfassungstheoretischen Perspektive bereits aus der Struktur der Verfassung selbst ergeben könnte – nicht im Sinne eines jurisdiktionsstaatlichen Vollzugs, sondern auch und gerade in der auf grundrechtstheoretischer Ebene möglichen Thematisierung sozialer Macht, die bei Böckenförde aus dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip heraus als soziale Herrschaft legitimiert ist. Festgehalten wird an einem, eine bestimmte ökonomische Ordnung aufrechterhaltenden, rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip als der einzig verfassungsmäßigen Interpretation. Es ist diese, den Privateigentümern konzedierte Privilegienposition einschließlich ihrer gesellschaftlichen Folgen, die fortwährend

47 Vgl. beispielsweise: Denninger, Erhard, I. Die Grundrechte. Art. 1, Abs. 2, 3, in: Wassermann, R. (Gesamtausgabe), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1. Art. 1–37, 2. Aufl., Neuwied/Frankfurt a. M. 1989, S. 228 ff. (S. 233, Rn 9): »Aus dem zwischen Abs. 1, 2 und 3 bestehenden normlogischen Konkretisierungszusammenhang (...) ergibt sich, daß der Menschenrechtsschutz sich (innerstaatlich) über den Schutz der (»nachfolgenden«) Grundrechte und dieser sich wiederum primär über den Schutz des Anspruchssystems der einfachgesetzlichen Rechtsordnung verwirklicht. Dies bedeutet eine mittelbare Horizontalwirkung (Drittwirkung) der Menschenrechte, ebenso und in dem Umfang wie sie für die Grundrechte zu bejahen ist.«

48 Böckenförde, E.-W., Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht (1975), in: ders. (Fn. 32), S. 264 ff. (S. 266).

49 Vgl. ebd., S. 267.

50 Vgl. Böckenförde, E.-W., Aussprache, in: VVDStRL 47, Berlin 1989, S. 95.

51 Müller, Friedrich, Thesen zur Grundrechtsdogmatik (1968), in: ders., Rechtsstaatliche Form demokratischer Politik. Beiträge zu Öffentlichem Recht, Methodik, Rechts- und Staatstheorie. Berlin 1977, S. 48 ff. (S. 60).

ein Eingreifen des »starken Staates« in die »freien gesellschaftlichen Abläufe« erzwingt, soll die »soziale Ungleichheit nicht in soziale Unfreiheit« umschlagen. Grenzen des Gestaltungsspielraums des demokratischen Gesetzgebers ergeben sich Böckenförde zufolge aus Art. 4 und 6 Abs. 2–4 GG und die die wirtschaftliche Ordnung betreffenden Art. 9, 12, 14 GG:

»An ihnen findet demokratischer politischer Gestaltungswille, ungeachtet einer demokratischen Legitimation, Maß und Grenze. Das gilt jedenfalls so lange, als Grundrechte und grundrechtsgleiche Gewährleistungen primär oder jedenfalls auch, wie rechtsstaatlich geboten, als ausgrenzende Abwehrrechte gegenüber Zugriffen der Staatsgewalt aufgefaßt und angewendet werden.«⁵²

4.1. Grundrechtsjudikatur und Sozialordnung

In puncto Gewissensfreiheit ist die liberal-rechtsstaatliche Position Ernst-Wolfgang Böckenfördes konsistent. Ob Gesinnungsprüfungen jeder Art abgelehnt werden, ob das aus dem Nationalsozialismus herrührende Beamtenrecht kritisiert wird; durchgehend zeigt sich Böckenfördes konsequent liberal-rechtsstaatliche Einstellung bezüglich der Wahrung dieses subjektiven Freiheitsrechts.⁵³

Ob das Konstrukt des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips auf das Bonner Grundgesetz uneingeschränkt übertragen werden kann, darf hingegen bezweifelt werden:

So wäre zu untersuchen, ob mit dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip der Normativität der *demokratischen* Verfassung hinreichend entsprochen wird. Zwar stellen die Grundrechte zweifellos primär Abwehrrechte dar: Ihnen jedoch global einen »ausgrenzenden« Charakter zu unterstellen, dürfte bereits durch den Inhaltsbestimmungsvorbehalt⁵⁴ des Art. 14 Abs. 1 und der Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG in Frage gestellt werden. Schon Otto Kirchheimer folgerte in bezug auf den Art. 153 WRV, daß der altliberale Eigentumsbegriff durch den Eigentumsbegriff der WRV abgeschafft wurde.⁵⁵ Carl Schmitt indes behauptete, daß die »Institutionsgarantie des Art. 153 Abs. 1 (...) streng auf den Sacheigentumsbegriff des bürgerlichen Rechts beschränkt«⁵⁶ bleibt. Während Schmitt den Eigentumsbegriff des Art. 153 Abs. 1 WRV mit dem Eigentumsbegriff des § 903 BGB identifizierte, deutete Kirchheimer auf eine entscheidende *Akzentverschiebung* des Eigentumsbegriffs in der Weimarer Reichsverfassung hin: Es handelt sich nicht darum, den Eigentumsbegriff mit einer sozialen Eigentumsauffassung zu konfrontieren, da sich diese gegen den Begriff des Eigentums selber stellt, sondern: »Glaubt man aber, daß dem Eigentum selbst eine soziale Pflicht, eine soziale Auffassung *immanent* sei, so steht dies im Widerspruch zum juristischen Charakter der Eigentumsinstitution. Ihr Absolutheitscharakter

⁵² Böckenförde, E.-W., *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), in: ders. (Fn. 32), S. 289 ff. (S. 372).

⁵³ Dabei eignet sich die Gewissensfreiheit zur Verdeutlichung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips, da er – obwohl Art. 4 GG keine Eingriffsermächtigung wie noch der Art. 135 WRV kennt – das Verhältnis zwischen Bürger und Staat verdeutlicht. Um die Grenzen des Normbereichs von Art. 4 GG zu bestimmen, entwickelt Böckenförde in seinem Aufsatz »Das Grundrecht der Gewissensfreiheit« (VVDStRL 28) allerdings keine grundrechts- oder verfassungsimmanente, sondern staatstheoretische Grenzen. Insofern bedient er sich, trotz des evident liberal-rechtsstaatlichen Charakters seines Aufsatzes, seines *staatlichen Institutionalismus*.

⁵⁴ Vgl. Müller (Fn. 51), S. 48 ff. (S. 53); Müller unterscheidet drei Gesetzesvorbehalte: Inhaltsbestimmungs-, Regelungs- und Eingriffsvorbehalte sind in den einzelnen Grundrechten enthalten und benannt.

⁵⁵ Vgl. Kirchheimer, Otto, *Die Grenzen der Enteignung. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Enteignungsinstituts und zur Auslegung des Art. 153 der Weimarer Verfassung* (1930), in: ders., *Funktionen des Staates und der Verfassung. 10 Analysen*. Frankfurt a. M. 1972, S. 223 ff. (S. 259 ff.).

⁵⁶ Schmitt, Carl, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien* (1931), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin 1985 (1958), S. 140 ff. (S. 163).

wird auch dadurch nicht berührt, aufgezeigt wird aber dort, daß die Verfassung die liberale Eigentumsauffassung nicht mehr beibehält. Diese Verschiebung des Wertakzents ist das Entscheidende.«⁵⁷

Um bei der Wirtschaftsordnung zu bleiben, soll hier noch auf den Art. 12 GG und den in diesem Kontext bei Böckenförde nicht erwähnten, aber zum Abschnitt Wirtschaftsordnung gehörenden Artikel 15 GG eingegangen werden. Art. 12 GG wird von Böckenförde so gefaßt, daß, wenn aus ihm ein mögliches Recht auf Arbeit gefolgert wird, dies eine »staatliche Berufswahllenkung und Arbeitsplatzverwaltung und damit eine wesentliche Einschränkung des Grundrechts aus Art. 12 I GG«⁵⁸ zur Folge hätte. Hieraus würde sich zweifelsfrei eine wesentliche Einschränkung der Berufsfreiheit ergeben. Diese Argumentation scheint sich an dem Art. 15 der Verfassung der DDR von 1949 zu orientieren. Dort heißt es u. a.: »Das Recht auf Arbeit wird verbürgt. Der Staat sichert durch Wirtschaftslenkung jedem Bürger Arbeit und Lebensunterhalt.« Eine staatliche Berufswahllenkung der Verwaltung des autoritären Regimes war die Folge des in Art. 15 der ersten Verfassung der DDR verbürgten Rechts auf Arbeit. Doch bedarf es nicht allein des Rechts auf Arbeit, um den bloß ausgrenzenden Charakter dieses Grundrechts in Frage stellen zu können. Ausdrücklich wird im Art. 12 Abs. 1 GG, einem Staatsbürgerrecht, hervorgehoben, daß »durch oder auf Grund eines Gesetzes« die Berufsausübung *geregelt* werden kann. Der positivierte Gesetzesvorbehalt ist hier ein *Regelungsvorbehalt*. Die Berufswahlfreiheit kann auch durch das ökonomische Korrektiv von Angebot und Nachfrage in eine prekäre Situation gelangen, aufgrund der sich »aus der Berufsfreiheit des Art. 12 GG ein Anspruch des arbeitslosen Bürgers auf Teilnahme an der Arbeitsvermittlung (nicht auf einen bestimmten Arbeitsplatz), vielleicht auch auf eine Umschulung herleiten lassen«⁵⁹ könnte.

4.2 Die Crux mit Art. 15 GG

Zwar hält Böckenförde in seinen Schriften die Option für eine mögliche Vergesellschaftung offen, doch zeigt sich, daß seine begrifflichen Instrumentarien die Problematik der sich aus ökonomischer Macht ergebenden sozialen Macht nicht fassen können: Denn der Gebrauch des Art. 15 GG stellt die Funktionenreduzierung des Staates, die »am Anfang gesellschaftlicher Freiheit«⁶⁰ steht, in Frage. So wird »die Frage der Übernahme maßgeblicher Großindustrien in staatliche Hand (...) nicht (mehr) eine Frage des Prinzips, sondern der Zweckmäßigkeit, einer Zweckmäßigkeit, deren Realisierung Art. 15 GG offenhält; die mit dem liberalen Zeitalter begonnene Trennung von staatlicher Macht und Wirtschaftsmacht ist dann an ihr Ende gekommen.«⁶¹

Indem als *Verstaatlichung* begriffen wird, was dem Normtext des Art. 15 GG zufolge *Vergesellschaftung* ist, wird die Intention des Art. 15 GG durch sein vorformuliertes Verhältnis von Staat und Gesellschaft verzerrt wahrgenommen. In der Aktivierung

57 Kirchheimer (Fn. 55), S. 263. Herv. v. Verf. Dies ist auch für die Enteignung relevant, da mit Art. 153 Abs. 1 WRV der absolute und generelle Eigentumsbegriff aufgehoben wurde und die Enteignung als Normierung des individuellen Eigentumsbegriffs keine tragende Rolle mehr besitzt (vgl. ebd., S. 263 f.). Die Enteignung kann so nicht mehr als Bestätigung eines bestimmten Eigentumsbegriffs dienen.

58 Böckenförde (Fn. 21), S. 53 ff. (S. 69).

59 Schneider, H. P., Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Peters, Joachim (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie. Frankfurt a. M. 1979, S. 11 ff. (S. 33).

60 Böckenförde, E.-W., Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (1972), in: ders. (Fn. 32), S. 209 (S. 243).

61 Ebd.

des Art. 15 GG wird eine Reduzierung gesellschaftlicher Freiheit gesehen.⁶² Hier verstellen seine Kategorien den Blick dafür, daß Vergesellschaftung privater Macht für die gesellschaftliche Freiheit nicht als Verlust, sondern durchaus als Gewinn begriffen werden kann.⁶³ In Böckenfördes Konzeption tritt die soziale Macht, die als Ausfluß individueller und gesellschaftlicher Freiheit erscheint, mit dem Zeitpunkt der Verstaatlichung der gesellschaftlichen Freiheit gegenüber: Hingegen müßte die entscheidende Frage darauf abzielen, inwieweit soziale Macht nicht nur die Staatsgewalt in ihren Aufgaben (soziale Sicherheit, etc.) gefährden kann, sondern die gesellschaftliche und individuelle Freiheit in einer Demokratie beschränkt, statt sie zu erweitern. So wird Art. 15 GG lediglich als Option zum Abwehren ökonomischer Macht begriffen, nicht aber auch positiv, als ein Moment einer gestalterischen »Wirtschaftsverfassungs-Entscheidung (. . .) zu Gunsten bisher an der Eigentumsherrschaft unbeteiligter sozialer Gruppen«⁶⁴. Ungleich verteilte ökonomische Macht, private Verfügungsmacht über Produktionsmittel, kann mittels Vergesellschaftung durch den demokratisch gewählten Gesetzgeber gesamtgesellschaftlicher Kontrolle zugeführt werden und dient somit gesellschaftlicher und individueller Selbstbestimmung und damit staatsbürgerlicher Autonomie. Böckenförde ist aufgrund seiner Kategorien gezwungen, den Weg zur Vergesellschaftung begriffsnotwendig zu vermeiden, da eine Vergesellschaftung das Problem gesellschaftlicher Macht nicht löst, sondern entweder auf »partielle Kollektive« verlagern würde oder die die Entzweigungsstruktur gewährleistende Funktionenreduzierung des Staates aufheben würde.⁶⁵ Die Crux an Böckenfördes Argumentation in Bezug auf Art. 15 GG ist ja gerade, daß der Art. 15 GG das leisten kann, was sich in letzter Konsequenz hinter einem von ihm gern zitierten Satz Lorenz von Steins verbirgt: »Die Freiheit ist eine wirkliche erst in dem, der die Bedingung derselben, die materiellen Güter als die Voraussetzung der Selbstbestimmung, besitzt.«⁶⁶ Den Hinweis, daß dieser Satz Lorenz von Steins auf das Bürgertum bezogen ist und letztendlich zur »wirklichen Freiheit« ein für das Bürgertum bestimmendes Charakteristikum mitgedacht werden muß – eben die Verfügungsmacht über Produktionsmittel –, unternimmt Böckenförde allerdings nicht.⁶⁷

5. Zur Rolle der Demokratie im Denken Ernst-Wolfgang Böckenfördes

Da dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip das demokratische Moment nicht inhärent ist, muß sich eine Staatstheorie, die die altliberale Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aufrechterhalten will, dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip stellen.

Ernst-Wolfgang Böckenförde insistiert darauf, daß dem Rechtsstaatsprinzip das Demokratieprinzip nicht immanent ist, so daß in seinen Kategorien eine tendenzielle

⁶² Vgl. ebd.

⁶³ Eine neuere Position, die sich mit der Thematik der Vergesellschaftung beschäftigt, ist z. B. die von Ekkehart Stein, *Demokratisierung der Marktwirtschaft*, Baden-Baden 1995.

⁶⁴ Ipsen, Hans Peter, *Enteignung und Sozialisierung. Leitsätze des Berichterstatters*, in: *VVDStRL* 10, Berlin 1952, S. 73 ff. (S. 122). Leitsatz Nr. 12.

⁶⁵ Böckenförde (Fn. 1), S. 37.

⁶⁶ Stein, Lorenz von, zitiert nach: Böckenförde, E.-W., *Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht* (1975), in: ders. (Fn. 28), S. 264 ff. (S. 265).

⁶⁷ Vgl. dazu: Stein, Lorenz von, *Geschichte der sozialen Bewegungen in Frankreich*, Band III. Nachdruck der Ausgabe von Salomon 1921, Hildesheim 1959, S. 104. Da Böckenförde diesen Satz auf alle Staatsbürger bezogen wissen will, zeigt sich hier seine staatsrechtlich fundierte Option zum unverteilenden Wohlfahrtsstaat.

Unvereinbarkeit von Volkssouveränität und Menschenrechten fortwährend reproduziert wird. Wird aber konzediert, daß die Volkssouveränität die eigentliche Wurzel der modernen Demokratie ist, da mit ihr der Anspruch für alle Mitglieder des Volkes proklamiert wird, Bürger und Citoyen zugleich sein zu können, um die Ausübung der politischen Herrschaft mit zu beeinflussen, kann die Volkssouveränität untrennbar von den Menschenrechten her begriffen werden (und umgekehrt). Trennt man diese Momente, wird de facto das Prinzip der Volkssouveränität seines emanzipatorischen Anteils entkleidet, denn die Möglichkeit, Einschränkungen von Menschenrechten zu unternehmen – was Gesetze tun –, wird auf eine mehr oder weniger privilegierte Gruppe beschränkt. Dieses zerbrechlichen Zusammenhangs von Volkssouveränität und Menschenrechten war sich auch Immanuel Kant bewußt, der von Böckenförde als (vernunftrechtlicher) Begründer des Rechtsstaates bezeichnet wird.⁶⁸

Zwar stellt für Kant das Zulassungskriterium zur bürgerlichen Gesellschaft die »bürgerliche Selbständigkeit« – also weder als Lohnarbeiter noch in anderen unmittelbaren personalen Abhängigkeitsverhältnissen zu stehen – dar: Begreift man aber die befremdlich wirkende Frage Kants, ob der Barbier oder der Perückenmacher nun in den Genuß der »bürgerlichen Selbständigkeit« kommen sollte oder nicht, als eine Frage, die sich erst aufgrund der erkannten eingeschränkten Selbstbestimmung derjenigen, die nicht der »bürgerlichen Selbständigkeit« zuzurechnen sind, stellt, zeigt sich, daß Kant mit der Doppelfunktion, die mit dem Wort Freiheit bezeichnet wird – nämlich einerseits Begründung staatsbürgerlicher, andererseits Begründung privater Freiheit zu sein –, vertraut war. Böckenförde zufolge ist das Demokratieprinzip egalitär und dient vor allem dazu, die sich aus dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip ergebende soziale Macht zu begrenzen. Damit relativiert Böckenförde die konservativ-liberale Funktion dieses private Herrschaft sichernden Verteilungsprinzips.

5.1. *Verfassung, politische Einheit und Demokratie*

Aufschluß über den in seinem Sinne vor allem auf Gleichheit basierenden Demokratiebegriff gibt sein Sondervotum zum Parteispendenurteil des Zweiten Senats vom 14. Juli 1986: In diesem Urteil erklärt die Senatsmehrheit, daß ein Gesetz, das juristischen sowie natürlichen Personen die steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden bis 100 000 DM gestattet, verfassungskonform sei. Böckenfördes Kritik an der Senatsmehrheit entzündet sich vor allem daran, daß juristischen Personen zugestanden wird, daß sie die Spenden (bis zu 100 000 DM) steuerlich absetzen können, obwohl die Demokratie vom Bürger aus gedacht werden müsse, da es der Demokratie um die gleiche Teilhabe an der politischen Willensbildung gehe und somit nur natürliche Personen in den Genuß der steuerlichen Abzugsfähigkeit kommen dürften. Auch sei die Grenze der steuerlichen Abzugsfähigkeit mit 100 000 DM zu hoch angesetzt, so daß sich Verzerrungen innerhalb des Prozesses der demokratischen Willensbildung ergeben würden, da sich dieser Prozeß nicht nur auf die Wahl selbst, sondern auch auf die politische Willensbildung im Vorfeld beziehen müsse. Insofern sei die Höhe der steuerlich abzugsfähigen Summe auch für natürliche Personen mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar.⁶⁹

⁶⁸ Vgl. Böckenförde (Fn. 21), S. 53 ff.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 73, 40 ff. (Senatsmehrheit) und BVerfGE 73, 103 ff. (Sondervotum des Richters Böckenförde).

Böckenförde konstatiert: »Der Prozeß demokratischer politischer Willensbildung, wie ihn das Grundgesetz vorsieht, hat seinen Ausgangspunkt in den *Bürgern*, die gemeinsam die Einheit des Volkes bilden (...), und ihrem Recht auf gleiche Teilhabe an der politischen Willensbildung (...). Die politischen Parteien sind Mittler des Bürgerwillens auf den Staat hin und von den Bürgern her zu denken. Sie wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit (...), sind aber nicht eigenständige Träger der politischen Willensbildung, die sich dafür bei den Bürgern nur legitimieren.«⁷⁰

Das Sondervotum zum Parteispendenurteil verweist auf Böckenfördes Interpretation des Demokratieprinzips: Er versucht zu zeigen, daß es gerade im Interesse einer – letztlich strikt egalitär gedeuteten – Demokratie liegen müsse, dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip wiederum Grenzen zu setzen. Während die *materielle Umverteilung* zur Vermeidung zu starker sozialer Ungleichheit aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Aufgabe des Staates, subjektive Freiheit zu schützen, begründet wird, wird mit der aus dem Demokratieprinzip begründeten Grenzziehung vor allem eine andere Intention verfolgt: Nicht der Eingriff in die (Erwerbs-)Freiheit soll dadurch ermöglicht werden, sondern ungleiche – de facto meist *organisierte* – Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft sollen zugunsten der *politischen Partizipation* minimiert werden. D. h., daß der von Böckenförde verwendete Demokratiebegriff aufgrund des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips zwar nicht die soziale Demokratie ermöglichen soll: Jedoch soll der Partizipationsprozeß innerhalb des Rahmens der *politischen Demokratie* gewährleistet werden.

5.2. *Demokratie als politische Form des bürgerlichen Rechtsstaates: Stationen der Entwicklung des Demokratiebegriffs im Werk Böckenfördes*

Obwohl sich in Böckenfördes Konzeption Rechtsstaat und Demokratie nicht notwendig bedingen, sondern der Rechtsstaat *Inhalt* und *Umfang* staatlicher Herrschaft festlegt und die Demokratie ein mögliches *politisches Formprinzip* des bürgerlichen Rechtsstaates darstellt, versucht er, das Demokratieprinzip in einen konstruktiven Zusammenhang zu stellen. Böckenförde ist sich bewußt, daß der »sittliche Staat« als Antithese zu einem demokratischen Staat aufgefaßt werden kann.⁷¹ In den demokratietheoretischen Argumentationsfiguren soll nun einer relativen Verselbständigung politischer Herrschaft und sozialer Macht begegnet werden. Auch erwächst aus dem Demokratieprinzip die Möglichkeit, bestimmte subjektive Freiheitsrechte zu begrenzen, aber nur, wenn die Demokratie durch die Betätigung Schaden zu nehmen droht: »Im Rahmen der rechtsstaatlich-ausgrenzenden Freiheitsgewährleistung wird das Demokratieprinzip allerdings relevant. Es stellt als tragendes Verfassungsprinzip eine immanente Schranke grundrechtlicher Freiheitsbetätigung und Freiheitsausdehnung dar. Damit läßt sich wirklichen Gefahren, die der Demokratie aus grundrechtlicher Freiheitsbetätigung und Machtausdehnung drohen können, hinreichend begegnen.«⁷²

Im Vergleich zu Carl Schmitt läßt sich eine weitere Eigenart von Böckenfördes staats- und verfassungsrechtlicher Konstruktion hervorheben, die auf grundrechtsdogmatischer Ebene auch Folgen für die Grundrechtsjudikatur hat. Wie Schmitt

70 BVerfGE 73, 103 (112) Herv. i. O.

71 Vgl. Böckenförde (Fn. 4), S. 38.

72 Ders. (Fn. 42), S. 115 ff. (S. 145).

kennt Böckenförde demokratische Staatsbürgerrechte, die auf Gleichheit gerichtet sind: Subjektive Freiheitsrechte, wie sie zum Kernbestand des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips gehören und *vorstaatlich* gedacht sind, gehören dabei zur Freiheit *vom* Staat, während politische Freiheitsrechte der Freiheit *im* Staat zugerechnet werden. Auch die politischen Freiheitsrechte können in dieser Konzeption als Grundrechte bezeichnet werden, obwohl sich aus der relativen Trennung von Rechtsstaat und Demokratie Grundrechte unterschiedlichen Gehalts ergeben. Während Schmitt noch folgerte, daß den »Dualismus der Bestandteile einer modernen rechtsstaatlichen Verfassung (...) hier ein Dualismus der Grundrechte«⁷³ entspricht, kann konstatiert werden, daß sich Böckenförde der Problematik des »Dualismus der Grundrechte« bewußt ist und ihn auf seine Weise einer Lösung zuzuführen sucht. Während die Trennung in ein politisches Formprinzip (Demokratie) und ein den Inhalt und Umfang staatlicher Herrschaft festlegendes Verteilungsprinzip auf eine dualistische Struktur seines Ansatzes verweist, wird im »Kernbereich« eine Überschneidung dieser beiden Prinzipien gesehen. »In diesem Kernbereich allerdings, wo die Form notwendig über das »Formale« hinausgeht, wenn sie nicht ein Zwangssystem sein will, berühren sich beide: Wahlgleichheit, Vereins- und Versammlungsfreiheit, persönliche und politische Meinungsfreiheit einschließlich der Pressefreiheit sind von der Demokratie nicht zu trennen und bilden als die »demokratischen Grundrechte« die innere Grenze jeden Mehrheitswillens, einerlei, ob sie von Verfassungen wegen geschützt sind oder nicht.«⁷⁴ In der Verfassung enumeriert sind dies Böckenförde zufolge die Art. 38 I, 33 II, 5 I, 8 I, 9 GG. Zu den demokratischen Rechten wird damit auch das politische Kommunikationsrecht (Art. 5 Abs. 1 GG) gezählt. Interessant ist, daß Schmitt Art. 118 WRV (Recht auf Meinungsäußerung) – in der WRV ein Staatsbürgerrecht – noch zu den subjektiven, also individualistischen Freiheitsrechten zählte, deren Kriterium er nicht in der Staatsbürgerschaft sah, sondern einfach folgerte, daß dieses Staatsbürgerrecht auch ein Menschenrecht sein könnte⁷⁵. Bei der Interpretation dieser auch politischen Freiheitsrechte wäre darauf zu achten, daß sie zwar liberale und demokratische Grundrechte seien, doch sucht Böckenförde, die Struktur dieser Rechte als Abwehrrechte zu erhalten und auf Gleichheit gerichtete Teilhaberechte zu vermeiden: »Sie haben in dieser doppelten Eigenschaft nicht einen je unterschiedlichen Gewährleistungsinhalt, sondern sind als Freiheitsgrundrechte einheitliche Grundrechte, die aus ihrem Gewährleistungsinhalt heraus eine doppelte Wirkung entfalten«⁷⁶. Die doppelte Wirkung dieser Freiheitsgrundrechte wird in dem Schutz kommunikativer Freiheiten gesehen *und* der »Freisetzung offener politischer Meinungs- und Willensbildung von unten nach oben, d. h. von den einzelnen und aus der Gesellschaft heraus auf die staatliche politische Entscheidungsgewalt hin.«⁷⁷ Für die Meinungsfreiheit stellt dies zweifelsfrei – verglichen mit Carl Schmitt – eine bedeutsame Erweiterung der Freiheitsgrundrechte dar, da das Politische dieser Freiheitsgrundrechte produktiv hervorgehoben wird und nicht dazu benutzt wird, unter dem Vorwand der politischen Einheit und des nunmehr politischen Charakters des individualistischen Freiheitsrechts, diese Kommunikationsgarantie zu begrenzen. Einer möglichen Ausweitung der Demokratie wird entgegengehalten, daß Freiheit dann auf demokratische Mit-

73 Schmitt, Carl, Verfassungslehre, Berlin 1993 (1928), S. 168.

74 Böckenförde, E.-W., Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche (1957), in: ders., Schriften zu Staat – Gesellschaft – Kirche Band 1. Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933. Kirche und demokratisches Ethos. Freiburg/Basel/Wien 1988, S. 21 ff. (S. 27).

75 Vgl. Schmitt, Carl, Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: ders. (Fn. 36), S. 181 ff. (S. 207 f., einschl. Anm. 71, S. 208).

76 Böckenförde, E.-W., Demokratie als Verfassungsprinzip (1987), in: ders. (Fn. 32), S. 289 ff. (S. 324).

77 Ebd.

wirkungsfreiheit reduziert wäre:⁷⁸ »Freiheit besteht dann nurmehr als Mitwirkungsfreiheit *im* demokratischen Entscheidungsprozeß, nicht mehr als Freiheit auch *gegenüber* dem demokratischen Entscheidungsprozeß und kollektiver Bestimmungsgewalt. Das Ergebnis ist die totale Demokratie, in der der einzelne voll und ganz Glied des demokratischen Kollektivs ist.«⁷⁹

Während von Böckenförde hier noch eine Position vertreten wird, die eine konsequent durchgeführte Demokratie an den Rand des Totalitären rückt, verändert sich seine Position zwischen 1973 bis 1987 zugunsten einer Erweiterung seines Demokratiebegriffs:

1973 – zeitlich noch in der Nähe der Studentenunruhen – heißt es: »Alle können über alle alles beschließen«⁸⁰. Somit wird die demokratische Mitwirkungsfreiheit in eine Nähe zur identitären Demokratie gestellt, da die politische Freiheit nur von der *Gleichheit* hergeleitet wird und nicht in Verbindung mit individueller Freiheit gebracht wird. Hingegen läßt sich 1987 – vielleicht die Bilder zahlreicher friedlicher Massendemonstrationen gegen Aufrüstung und Atomkraft im Kopf – ein differenzierteres Bild aufzeigen: In der ersten Stufe stellen die auf individueller Freiheit basierenden demokratischen Mitwirkungsrechte als demokratische Grundrechte (Art. 5 I, 8 und 9 GG) *subjektive Freiheitsrechte* dar, die erst in der zweiten, durch die allen Bürgern zukommende Mitwirkungsfreiheit zur »kollektiv-autonomen Freiheit des Volkes insgesamt«⁸¹ werden.

Hier wird versucht, eine kurzschlüssige Ineinsetzung von erweiterter Demokratie mit dem Totalitarismus zu vermeiden, obwohl diese theoretische Fundierung als Möglichkeit in Böckenfördes staatsphilosophischem Denken vorzufinden ist. Ausdrücklich wird nun auch die »individualistisch-liberale Wurzel und Komponente der modernen Demokratie«⁸² hervorgehoben, die aus dem Gedanken der Selbstgesetzgebung resultiert.⁸³

78 Vgl. Böckenförde (Fn. 1).

79 Ebd. Herv. i. O.

80 Ebd.

81 Ders. (Fn. 76), S. 289 ff. (S. 324). Die demokratischen Grundrechte als liberale und demokratische Grundrechte treten hier ausdrücklich als »rechtliches Fundament« der demokratischen Mitwirkungsfreiheit und des offenen politischen Prozesses hervor (vgl. ebd., S. 323, S. 325).

82 Ebd., S. 289 (S. 322). »Die geltende Ordnung wird, dem neuzeitlichen Autonomiedenken entsprechend, von denjenigen erzeugt, die ihr unterworfen sind« (Ebd.). Hier verweist Böckenförde in Anm. 60 auf Kelsens Aufsätze »Vom Wesen und Wert der Demokratie« und »Demokratie und Sozialismus«.

83 Es sollte allerdings darauf verwiesen werden, daß letztlich der Demos zur »Schicksalsgemeinschaft« wird. Dabei ist es auch diese »Schicksalsgemeinschaft«, die der ausländischen Wohnbevölkerung, trotz des von Böckenförde wahrgenommenen demokratietheoretischen Problems, kein Wahlrecht zugestehen kann.