

## Die legitime Gesellschaft und ihr Staat zwischen Nachgiebigkeit und Härte\*

*Martin Hochhuth\*\**

### I. Einleitung

Wer in ein fremdes Land reist, öffne Augen und Ohren, nicht den Mund. Ich bin aber eingeladen, um den Mund zu öffnen: Wie müssen Staat und Gesellschaft sich einmal hart, einmal nachgiebig, verhalten, damit möglichst wenig Repression und polizeiliche Prävention (möglichst wenig Unterdrückung und Vorbeugung) nötig werden? Und wie steht es in den mittleren, unteren und untersten Schichten mit positiver und negativer Freiheit, wenn der Staat ihnen Leistungen abverlangt? Etwa in dem Kampf gegen „extreme“ Armut, dem *Elena Pribytkovas* rechtsphilosophische Werkstatt sich widmet?

#### 1. Dialektiken der Freiheit

Die übermäßig harten Zugriffe der brasilianischen Polizei in den letzten Monaten sollten der Sicherheit des Staates dienen. Der sichere Staat ist aber in aufgeklärten Zeiten nur noch der legitime. Aber auch der legitime Staat muss oft um seine Sicherheit oder um den Erhalt seiner Legitimität kämpfen. Über die Fronten in diesem Kampf, die nicht verwechselt werden dürfen, möchte ich mit Ihnen diskutieren. Ein Anlass sind zwar die erwähnten brasilianischen Demonstrationen und Konflikte. Aber meine Beispiele beziehen sich ausschließlich auf Rechtsordnungen, die ich kenne. Und wenn wir über die Beseitigung von Armut sprechen, dann müssen wir die Arbeits- und Lebensbedingungen der Industriewelt betrachten, die die Reichtümer hervorbringt, die wir verteilen wollen.

#### 2. Chinesen, Ägypter und zwei Franzosen

Es gibt noch einen Anlass, über den Staat und die Dialektiken der Freiheit von neuem nachzudenken. Es ist der Kommentar der Volksrepublik China zum Militärputsch in Ägypten. Sie alle haben in den Nachrichten verfolgt, wie das ägyptische Militär den erst im Juni 2012 demokratisch gewählten Staatspräsidenten *Mursi* schon nach einem Jahr, im Juli 2013, wieder abgesetzt hat. Wenn wir über die legitime Gesellschaft und ihren

---

\* Kurzfassung eines Vortrages an der Brasilianischen Bundesrichterakademie in Porto Alegre am 6.8.2013 und der Deutschen Hochschule für Polizei in Münster am 27.11.2013; erweitert um aus dem Englischen rückübersetzte Bemerkungen aus dem Armutsworkshop auf der IVR-Tagung an der Universität von Belo Horizonte am 22.7.2013.

\*\* Universität Freiburg, E-Mail: hochhuth@jura.uni-freiburg.de

Staat nachdenken, dann ist wichtig, wie die größte Diktatur der Erde, d.h. wie China ihn kommentiert hat. Die chinesische Staatspartei verkündete der Welt, man sehe nun, dass die Demokratie, die das Abendland immer überall fordere, kein Allheilmittel sei. Die Diktatoren in Peking waren befriedigt. Und auch der US-amerikanische Außenminister *John Kerry* hat den Staatsstreich in Schutz genommen. Freiheit und Demokratie sind überall bedroht. Ein englisches Sprichwort sagt: „Freiheit stirbt zollweise“ (d.h. zentimeterweise). Die ganze Welt weiß heute, durch die Entlarvungen *Edward Snowdens*, dass die USA und Großbritannien möglichst viele Menschen auf der Welt möglichst lückenlos zu überwachen versuchen. Die Europäische Union wird von einer extrem mächtigen Verwaltung beherrscht, die die Staatsbürger nicht gewählt haben, und die sie auch nicht abwählen können und die eine Politik betreibt, die fast niemand will, die aber einer Gruppe von hervorragend vernetzten Finanzinstitutionen in Europa und weltweit dient. Wir hatten im November 2011 auch bereits den Fall, dass auf europäischen Druck (und durch die Irritation der deutschen Repräsentanten) eine Volksabstimmung in einem europäischen Land, die bereits geplant war, wieder abgesagt wurde. Und zwar ausgerechnet in Griechenland, im Mutterland der Demokratie. Demokratie und Freiheit verschwinden hier, wie sie auch in China von Anfang an immer unterdrückt waren, im Interesse von angeblichem wirtschaftlichem Funktionieren und angeblicher Sicherheit.

In der Staatsphilosophie ist es ein altes Muster, im Interesse der Sicherheit den Verzicht auf die Freiheit zu fordern. Sein berühmtester Vertreter ist der britische Denker *Thomas Hobbes*. Die Verbindung von Sicherheit mit wirtschaftlichem Erblühen und allgemeinem Wohlstand bei völliger Unterdrückung von Kritik und d.h. auch der Menschenrechte haben sodann *Napoleon I.* und sein Neffe *Napoleon III.* in Frankreich betrieben. Man nennt diese Spielart Bonapartismus.

### 3. Der Wechsel der Legitimität des Staates

Die Legitimität des Staates hat in der Moderne gewechselt. Ursprünglich hatte seine Legitimität auf Mythen beruht. Heute kann sie nur noch, wie ich an anderer Stelle zu zeigen versucht habe, und hier nur kurz resümieren werde, auf einer Utopie beruhen.<sup>1</sup> Diese Utopie ist, dass jeder, der guten Willens ist und sich bemüht – der sich durch Mitarbeit an der freien und guten Entfaltung der anderen bemüht, — sich auch selbst in diesem Staat entfalten kann. Jeder hat eine faire Chance; ja er bekommt erforderlichenfalls (etwa nach Straffälligkeit) sogar mehrere Chancen: Das ist die Legitimität des modernen Staates. Nur wo sie besteht, wird *Hegels* Behauptung wahr, der moderne Staat habe „diese ungeheure Stärke und Tiefe“.<sup>2</sup> Als *Hegel* im preußischen Staat diese Behauptung aufstellte, traf sie noch nicht zu. Heute aber, endlich, trifft sie in vielen Gemeinwesen zu und kann potenziell in jedem Gemeinwesen, d.h. in jedem Staat zutreffen.

Der Staat muss gleichwohl sanft sein und offen, kritikfähig, denn er ist nicht um seiner selbst willen da. Er ist nur ein Werkzeug, ein Mittel zum Zweck. Mittel zu dem soeben oben genannten Zweck, zur Entfaltung der einzelnen Menschen, die ihn bilden. Er

---

<sup>1</sup> *Hochhuth*, Verteidigung der Demokratie gegen ein irregeleitetes Finanzwesen, in: *Hochhuth*, Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen. Die Privatisierung existenzieller Infrastrukturen, 2012, 271 ff.

<sup>2</sup> § 260 von *Hegels* Rechtsphilosophie beginnt mit dem Satz: „Der Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheit“ (in der Werkausgabe Glockner, Bd. 7, 337). Grund dieses hohen Anspruches ist: Das Subjektive werde im Objektiven, dem Staat, erhalten und vollendet (ibid., 338).

ist auch kein Mittel für andere Werkzeuge, etwa für den Glauben oder die Wirtschaft, etwa zum Zweck des abstrakten Geldverdienens. Wenn er die Wirtschaft befreit, befeuert und unterstützt, so nur um der Entfaltung der Individuen willen, nicht um der Wirtschaft selbst willen. Unter anderem deshalb muss er zugleich hart und fest gegen Missbräuche sein. Korruption und Kriminalität hat er auch und gerade dann zu bekämpfen, wenn sie sich mit der legalen Wirtschaft verfilzen; wenn sie etwa großen Unternehmen tatsächlich dienen. Darauf kommt es nicht an. Es kommt auf Freiheit und Fairness i. S. v. Gerechtigkeit an.

#### 4. Der Gang der Darstellung

In einem ersten Schritt werde ich etwas über den Kampf des modernen, demokratischen und freiheitlichen Staates um seine Sicherheit sagen (II.). Es geht um die wehrhafte Demokratie. Später (unter III. und IV.) wird gezeigt, wie der Staat um seine Legitimität ringt und wie er seine Legitimität mitunter gerade dadurch erhöht, dass er auf Sicherheit zu verzichten scheint. Denn die eigentliche Stärke des freiheitlichen Staates liegt gerade darin, unter der Kritik und Gegnerschaft die ihn trifft, jederzeit und sorgfältig zu unterscheiden. Vieles, was als Angriff auf den Staat oder seine Gesellschaft erscheinen kann, ist in Wahrheit ein Anliegen, das er positiv in sich aufnehmen, dem er sich widmen und hingeben muss. *Hegels* Utopie war, dass der Einzelne sich mit seinen Werten und seiner Verwirklichung im Staat aufgehoben, erhöht und bewahrt wüsste.<sup>3</sup>

Es soll gezeigt werden, dass genau durch diese selbstkritische Offenheit in der Hochmoderne erstmals das alte Versprechen einer legitimen Staatsbegründung wahr wird. Aber es werden auch Probleme angesprochen.

Im Hinblick auf die Bekämpfung der Armut mit Mitteln des Rechts werde ich eine Veränderung des modernen Staates benennen müssen: Die Notwendigkeit von Paternalismus, also eine teilweise Rücknahme der negativen Freiheiten, wenn in einer superreichen Gesellschaft der Lebensstandard der alleruntersten Schichten angehoben werden, und trotzdem Gerechtigkeit gegen die unteren Mittelschichten geübt werden soll.

## II. Die Freiheit hat Grenzen, und das nicht nur in der „wehrhaften Demokratie“

Obwohl Demokratie, Liberalität und Rechtsstaatlichkeit allesamt Offenheit, Beweglichkeit, Kritikfähigkeit und Veränderlichkeit bedeuten, können diese sozusagen „nachgiebigen“ Eigenschaften des heute weltweit angesehenen und besonders legitimen Staatsmodells nicht absolut gesetzt werden.

Die Idee der „wehrhaften Demokratie“ beispielsweise bedeutet, dass die freiheitlichen Prinzipien der Grundrechte, der allgemeinen Liberalität und dass sogar die Demokratie selbst gerade um der Freiheit willen, also um ihrer eigenen Erhaltung willen, Grenzen haben.

Im deutschen Grundgesetz von 1949, der Reaktion auf den Hitlerismus, sind mehrere Vorschriften Ausdruck dieses Prinzips. Die antifaschistische Gesellschaft und ihr Staat wollten und wollen ihren Feinden gegenüber nicht wehrlos sein. So galt und gilt schon das gesamte Grundgesetz von vornherein nicht für Nazis und militaristische Bestrebun-

<sup>3</sup> Vgl. die in der vorigen Fn. angeführten Zitate aus seiner „Rechtsphilosophie“.

gen wie ein eigens dafür eingefügter Verfassungsartikel (Art. 139 GG) bestimmt. Verfassungswidrige Parteien und Vereine können darüber hinaus aufgelöst und verboten, Grundrechte können verwirkt werden. Freiheitsrechte sind durch den Schutz der Verfassung vielfach beschränkt. (Vgl. nur Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG: „die Freiheit der [wissenschaftlichen] Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.“)

Die Zwiespältigkeit solcher Vorschriften<sup>4</sup> ist oft bemerkt worden. Ich vermute, dass hier, in der Sicherung der Freiheit gegen ihre Feinde, eine echte Aporie steckt. Aporien nennt man solche Probleme, die nicht reinlich aufgelöst werden können und die man deshalb notgedrungen „irgendwie“ handhaben, bei denen man sich „durchwursteln“ muss.

Mir scheint der Grundsatz der wehrhaften Demokratie eine brauchbare Lösung. Und diese Konstruktion der „wehrhaften Demokratie“ ist eine insgesamt doch weniger dramatische Schmälerung der Demokratie und anderer Freiheiten, als sie zunächst scheinen mag. Das wird klar, wenn man sie der Verfassungsgeschichte einordnet. Denn die Geschichte der modernen Verfassungen ist nur eine kurze Spanne von noch nicht einmal 360 Jahren. Sie beginnt nicht schon mit der Neuzeit, sondern erst, sei es 1647/1653 mit dem Agreement of the People und dem Instrument of Government *Cromwells*, sei es 1776 mit der Virginia Bill of Rights<sup>5</sup> oder 1787<sup>6</sup> mit der Verfassung der USA. Diese junge, mit der Englischen und Amerikanischen Revolution erst kürzlich begonnene Geschichte ist auch eine Geschichte der sich immer höher steigenden Ansprüche auf Starrheit und Unabänderlichkeit dieses Dokuments – der Verfassung – selbst. Schon kurz nachdem in der Spätaufklärung die ersten Verfassungskodifikationen aufkamen,<sup>7</sup> beginnt nämlich die Behauptung des Vorranges der Verfassung vor anderen Gesetzen und gesellschaftlichen Willens-Manifestationen: Schon 1803 führt der US-amerikanische Supreme Court in der Sache *Marbury versus Madison* die Judicial Review ein.

Auch die Änderungsfestigkeit von Verfassungen tritt als Anspruch in gewisser Weise bereits 1814 mit der Charte Constitutionnelle in Frankreich auf, die der erlassende König *Ludwig XVIII.* für sich und seine Nachfolger seinen Untertanen „auf ewige Zeiten... zugestanden, übergeben und bewilligt“ hat,<sup>8</sup> juristisch eindeutig, nämlich ausdrücklich

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995/1999, Rn. 691 ff., 709 ff.

<sup>5</sup> Sowohl die beiden englischen Dokumente als auch die US-amerikanischen finden sich bei *Gosewinkel/Masing*, Die Verfassungen in Europa 1789–1949. Eine wissenschaftliche Textedition, 2006, 100 f., 102 f., 134 f., 146 ff.; auch die zahlreichen – insbesondere englischen – Verfassungsdokumente, die zwischen jenen im Text erwähnten Meilensteinen erkämpft wurden, sind dort abgedruckt.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 146 ff.

<sup>7</sup> Kodifikation bedeutet den – wenigstens tendenziellen – Anspruch auf Systematik und Vollständigkeit. Neben der Virginia Bill of Rights und der Verfassung der USA von 1787 sind hier deshalb vor allem die ab 1791 entstehenden Verfassungen Frankreichs und Polens zu nennen. Vgl. dazu zunächst die Auflistung bei *Gosewinkel/Masing*, Die Verfassungen in Europa 1789–1949, 2006, 161. Die drei revolutionären französischen Verfassungen vom 3. September 1791, vom 24. Juni 1793 und vom 22. August 1795 finden sich auf den nachfolgenden Seiten jenes nützlichen Bandes.

<sup>8</sup> So im Schlusssatz der Präambel jenes für eine Verfassung relativ kurzlebigen Dokuments (*Gosewinkel/Masing*, Die Verfassungen in Europa 1789–1949, 2006, 281 ff.): Bekanntlich kehrte schon im Folgejahr *Napoleon* noch einmal, wenn auch nur für die Hundert Tage zurück, und auch er erließ sogleich neue Verfassungsvorschriften (*ibid.*, 288 ff.). Danach galt die Charte Constitutionnelle zwar wieder, ab 1830 durch *Louis Philippe* verändert, aber eben doch nur bis zur Februarrevolution, 1848.

noch im selben Jahr in der norwegischen Verfassung.<sup>9</sup> Im mittleren und späteren 19. Jahrhundert wird sie dann überhaupt beinahe Gemeingut<sup>10</sup> und auch heute ist sie – hinsichtlich einzelner als besonders wichtig empfundener Verfassungsgehalte – in zahlreichen Verfassungsstaaten entweder ausdrücklich verankert, wie etwa im deutschen Grundgesetz oder der türkischen Verfassung, oder sie ist zwar nicht ausdrücklich verankert, wohl aber stillschweigend eindeutig durch unerreichbar hohe Quoren für Änderungen. Man kann die um der Freiheit willen autoritäre Idee der wehrhaften Verfassung („militant democracy“) ebenfalls als ein Element der Änderungsfestigkeit, der Anspruchssteigerung der Verfassung sehen. Das beseitigt ihre logisch-prinzipielle Begründungsbedürftigkeit zwar nicht. Begrenzungen von Freiheit bleiben fragwürdig, selbst dann, wenn sie der Freiheit dienen. Aber eine Fragwürdigkeit, die sich einer solchen Fülle anderer Fragwürdigkeiten nur anschließt, ist in einem pragmatischen Fach wie dem Recht leichter hinzunehmen.

Doch diese Kampfbereitschaft einer modernen Republik ist gar nicht der Grund, dass ich heute zu Ihnen spreche!

### III. Wo eine starke Republik „schwach“ erscheinen muss

Der Grund meines Vortrages ist vielmehr das Gegenteil jener Kampfbereitschaft. Um dieses Gegenteil geht es jetzt. Dieses Kapitel heißt „wo eine starke Republik ‚schwach‘ erscheinen muss“: Die Idee kam angesichts der Nachrichten aus Brasilien, wo aufstand-sähnliche Demonstrationen nicht nur mit Gewalt beantwortet wurden, sondern auch durch – wie mir schien – vernünftige Reformvorschläge. Einer dieser Reformvorschläge der Präsidentin handelte von einem Plebiszit. Auch in anderen Vorschlägen schien mir ein eindeutiges Nachgeben gegenüber den Demonstranten und Protestanten zu stecken.

#### 1. Der alte Systemzustand als Schlangenhaut

Dass eine starke Republik „schwach“ erscheinen müsse, ist aber nur eine Kurzformel. Ich will damit sagen: Der freiheitliche Staat ist stark gerade durch seine prinzipielle selbst- und gesellschaftssystemkritische Nachgiebigkeit gegenüber jedweder materiell legitimen Opposition. Auch gegenüber einer Opposition, die die Verfahrensregeln des Opponierens verletzt, die also weder zum Parlament gehört noch bei ihren Demonstrationen die Regeln einhält, die die allgemeine Ordnung eigentlich erfordert. Die eigentliche Stärke des freiheitlichen Staates ist es also gerade, gegenüber einigen

---

<sup>9</sup> 17.5.1814 Norwegen: ausdrückliches Verbot der Wesensänderung der Verfassung; ebenfalls bei *Gosewinkel/Masing*, *Die Verfassungen in Europa 1789–1949*, 2006.

<sup>10</sup> Vgl. dazu beispielsweise auch schon *Lassalle*, *Über Verfassungswesen*. Ein Vortrag gehalten in einem Berliner Bürger-Bezirks-Verein, in: *Lassalles Gesammelten Reden und Schriften*, hrsg. und eingeleitet von Eduard Bernstein, vollständige Ausgabe in zwölf Bänden, Bd. 2: *Die Verfassungsreden/ Das Arbeiterprogramm und die anschließenden Verteidigungsreden*, 1919, 25 ff.; dieser erste von seinen Vorträgen über Verfassungswesen wurde bereits 1862 gehalten, und *Lassalle* erwähnt darin nebenbei die Möglichkeit der Unabänderlichkeit von Verfassungen wie eine Selbstverständlichkeit. Das sei betont, weil man manchmal lesen muss, ausgerechnet (der um drei Generationen jüngere) *Carl Schmitt* sei der Vater der Ewigkeitsklauseln.

seiner vermeintlichen Gegner „schwach“ zu erscheinen, indem er sie nicht maßregelt oder ausschließt, sondern ihre vernünftigen Anliegen aufnimmt.

Die soeben, im vorigen Kapitel, dargestellte wehrhafte, also starke Republik darf somit diese ihre Stärke und Wehrhaftigkeit nicht übertreiben. Vor allem darf sie sie nicht in der falschen Richtung einsetzen. Unter ihren Kritikern, Verächtern, Gegnern und Feinden muss sie stets sorgfältig unterscheiden. Was einer Regierungspartei, einzelnen Polizisten oder ganzen Behörden, einzelnen Fernsehsendern oder sogar der gesamten Medien-Mehrheit als staatsfeindlich oder freiheitsfeindlich erscheinen kann, ist in Wirklichkeit mitunter gerade nur ein Stachel, den Staat zu verbessern. Die Republik muss oft „schwach“ erscheinen, damit sie, als selbstkritisches System, sich weiterhin verbessert. Das ist die Anwendung eines Gedankens des Soziologen *Niklas Luhmann*, der auch in Brasilien viele Bewunderer hat und der von der „Ausdifferenzierung“ eines Systems spricht. Es ist aber auch ein Gedanke der zur linken Hegelschule gehört, also zu der Gruppe von an *Hegel* anschließenden Denkern, die seine Theorie von der Entfaltung des „objektiven Geistes“ für teilweise „auf dem Kopf stehend“ empfanden und sie deshalb „auf die Füße stellen“ wollten.

Diese Nachgiebigkeit des Staates, die ich propagiere, ist jedoch nur eine scheinbare. Der scharfsinnige *Kelsen* setzt den Staat mit der Rechtsordnung gleich. Meine These ist, dass die Gesellschaft, die sich zu einem Staat verfasst hat, wenn sie berechtigten Oppositionsbestrebungen nachgibt, zu ihrem „Eigentlichen“ vordringt, indem sie die alte, falsche Auffassung von ihrer Verfassungs- oder auch nur Rechtsordnung preisgibt. Sie streift sie ab, wie eine Schlangenhaut.<sup>11</sup> Und dieses Abstreifen beschädigt sie nicht, es verbessert sie, indem sie sich ihrer neuen, der richtigen Verfassung weiter annähert.

## 2. Hemmungen der Schlagkraft des Systems, die es stabilisierten

Man kann in der Entwicklung zahlreicher freiheitlicher Staaten belegen, wie Angriffe auf das wirkliche oder vermeintliche „System“ oder auf das wirkliche oder vermeintliche „Ganze“ früher oder später in dieses Ganze des Systems als funktionale Teile sinnvoll eingebaut wurden. Diese Angriffe können Gerichtsverfahren, es können aber auch Aufstände und sogar Bürgerkriege sein, wie der Krieg *Oliver Cromwells*, der die Macht der britischen Monarchie brach und dem wir – die ganze demokratische und republikanische Welt – darum die Rettung und endgültige Durchsetzung der von den Stuartkönigen bedrohten Gewaltenteilung verdanken.

### a) Verhältnismäßigkeit

Beispiel eines harmloseren „Angriffs“ ist die „Karriere“, die der Grundsatz der „Verhältnismäßigkeit“ im öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland genommen hat. Er stammt eigentlich aus dem preußischen Polizeiverwaltungsrecht und hatte nur einen höchst eingeschränkten Umfang der Anwendung: Er sollte die Ermessensausübung des intellektuell möglicherweise überforderten Schutzmannes strukturieren: Eignet sich die Maßnahme, die du erwägst, zum gesetzlichen Ziel? Gibt es kein milderes Mittel? Und falls es, drittens, in der Tat kein milderes Mittel zur Erreichung des gesetzlichen Zweckes geben sollte, ist dann die Maßnahme, die du erwägst, nicht vielleicht

---

<sup>11</sup> Das Bild von der Schlangenhaut für diese Vorgänge findet sich schon in *Hochhuth*, Relativitätstheorie des öffentlichen Rechts, 2000, 88 (Anm. 162). Ebenso bringt jene Dissertationsschrift, wenn auch in anderen Worten, die Grundüberlegungen dieses und auch des nächsten Kapitels.

trotzdem übertrieben? Hier, und nur hier, auf der dritten Stufe der Prüfung war eine Proportionalitätsüberlegung erlaubt und sogar geboten. Hier, und nur hier war abzuwägen.

Sie wissen vermutlich alle, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung, und vor allem ihre dritte Stufe, von Deutschland ausgehend über Europa einen Siegeszug in die Richterstuben des ganzen Erdballs gemacht hat. Auch der EuGH tut heute nichts lieber als sich mit Hilfe der „Proportionalität“ in jede Form von europäischer oder auch mitgliedstaatlicher Gesetzgebung, Verwaltung oder Rechtsprechung einzumischen, gleichgültig ob sie in seine Kompetenz fällt oder nicht. Er setzt damit aber nur den jahrzehntelangen Brauch der deutschen Gerichte fort:

Als das Bundesverfassungsgericht in den 1950er Jahren,<sup>12</sup> und dann 1967 ausdrücklich und offen sogar das Amtsgericht Tiergarten<sup>13</sup> begannen, auch gesetzgeberische Entscheidungen an der Verhältnismäßigkeit zu messen, hatten sie die Mehrheit der Juristenschaft gegen sich. (Und wenn man heute sieht, was der EuGH aber auch zahlreiche innerstaatliche Gerichte an Demokratie und Gewaltenteilung beschädigen, indem sie überall mit Hilfe der „Verhältnismäßigkeit“ ihr eigenes richterliches Ermessen an die Stelle des gesetzgeberischen oder auch des Verwaltungsermessens setzen, so versteht man, dass jene Kritik des Bundesgerichtshofes, der Oberlandesgerichte und auch der juristischen Literatur nicht unberechtigt war. Sie war also nicht nur konservativ-autoritäres Ressentiment.) Doch nun kommt die Dialektik: Denn alle jene konkreten jeweiligen Einzelfälle, in denen vereinzelt Gerichte nach und nach die starre Trennung der Gewalten mit Hilfe der Verhältnismäßigkeit aufweichten, rechtfertigten, jeder für sich, die Aufweichung.<sup>14</sup> Das gesetzliche oder Verwaltungs-System wäre in ihnen tatsächlich zu starr gewesen. Es musste sich ausdifferenzieren. In all diesen Fällen gab der Gesetzgeber denn auch alsbald nach und fügte die Einsichten der Rechtsprechung der objektiven Ordnung ein. Es waren allesamt Verletzungen eines subjektiven Rechts um einer objektiven Norm, oder um einer objektiven Struktur, um eines Prinzips willen gewesen. Das Prinzip der Nachgiebigkeit, das in der Verhältnismäßigkeit dritter Stufe steckt, wurde dadurch zur Positivierungsquelle. Es zerstörte das System also – im Rückblick gesehen – nicht. Im Gegenteil. Es verbesserte es. Mit *Hegel* gesprochen: das System kam, gerade durch den Widerspruch und Widerstand, zu sich selbst.

## b) Grundrechte

Es lässt sich anhand der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland zeigen, dass auch in den Grundrechten, wie auch etwa in der Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG, ein Element der intern „eingebauten Opposition“ steckt. Alle echten Grundrechte sind, wie ein zu recht verrufener Staatsrechtler scharfsinnig bemerkt hat, „abso-

<sup>12</sup> Z.B. BVerfGE 7, 377 ff. („Apothekenurteil“).

<sup>13</sup> Das AG Berlin-Tiergarten, NJW 1968, 61 ff., weist ausführlich auf die Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung des BVerfG hin und stützt seine Abweichung vom Gesetz auf Zweifel an der Eignung (Leitsatz a, ausdrücklich gegen BGHSt 20, 143) und an der Angemessenheit (zweiter Leitsatz, gegen OLG Köln) der Nebenstrafe. Vgl. zu dieser Entscheidung und zum Ganzen ausführlich *Hochhuth*, Relativitätstheorie des öffentlichen Rechts, 2000, 96 f.

<sup>14</sup> Das gilt zumindest für diejenigen publizierten Fälle, in denen die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeit den Ausschlag gab.

lute Grundrechte“.<sup>15</sup> Damit kommen sie aber dem Gesetzesvollzug durch die rechtsstaatliche Verwaltung immer wieder möglicherweise in die Quere. Dies führt aber gerade nicht zu seiner Zerstörung, wie sowohl die autoritäre Seite mit *Thomas Hobbes* und *Carl Schmitt*, als auch die antiautoritäre Seite mit dem Anarchisten *Max Stirner* an der Spitze, prinzipiell angenommen haben. Im Gegenteil. Er differenziert sich aus, er verbessert sich. Der objektiv-rechtliche Satz und der subjektiv-rechtlich begründete Gegensatz heben sich in einer Versöhnung auf höherer Ebene auf. Genau das ist hegelische Dialektik.

### c) Gewaltenteilung, Opposition, Untersuchungsausschüsse

Auch im Staatsorganisationsrecht ließe sich zeigen, dass gerade die Nachgiebigkeit Systeme stabiler macht. Zwei der langlebigsten und nach außen stärksten Gemeinwesen, die Schweiz und Großbritannien, haben weit überdurchschnittlich demokratische Strukturen. Diese Strukturen sind aber gegen erbitterten Widerstand der Obrigkeit erkämpft worden.

## IV. Der Urkonflikt

### 1. Facetten des Grundproblems

Um das staatsphilosophisch einzuordnen, muss man sich einige Facetten des Grundproblems neu klarmachen. Erstens, dass sowohl der Staat als auch die Verfassung Begriffe sind, Konzepte, menschengemachte geistige Strukturen. Begriffe sind aber normalerweise dazu da, etwas zu „begreifen“, etwas geistig, intellektuell einzufassen. *Adornos* Utopie war, dass der Begriff sich dem von ihm zu Begreifenden anschmiegt, anstatt es sich gleichzumachen. In diesem „sich Gleichmachen“ steckt etwas Autoritäres. Es klingt nach der Truppe, die das eroberte Land „dem Erdboden gleichmacht“. *Adorno* fühlte, dass in jedem Begriff etwas Normatives steckt und also etwas Unterdrückerisches. Er wünschte sich, dass die geistige Struktur das Lebendige nicht dominiere. Auch wenn das utopisch klingt: Die Idee des demokratischen Verfassungsstaates ist es gerade, ein solcher „Adorno-Begriff“ zu sein.<sup>16</sup>

Aber geht das überhaupt? – Nun taucht das zweite prinzipielle Problem auf: Die Ordnung und der Staat sind solchem Anschmiegen gerade entgegengesetzt. Ordnung und Recht sind ja kontrafaktisch gemeint. Sie sollen nicht sich selbst den Wandlungen der Welt anpassen, sondern, nach ihrer Ur-Idee, sollen sie im Gegenteil das Recht aufrechterhalten und durchsetzen, gerade auch dort, wo die Realität dem widerstrebt. Das muss immer wieder zu Reibungen führen.

Und noch ein dritter Grund-Gegensatz: Der erfahrene Richter weiß und es lässt sich an zahlreichen Stellen der Rechtsordnung leicht zeigen, dass keine ihrer Garantien, keine ihrer Schranken, so präzise sie auch formuliert sein mögen, absolut gilt, wenn die

<sup>15</sup> Die Einsicht, dass die Grundrechte als absolute gedacht werden müssen, geht wohl auf den Anarchisten *Max Stirner* zurück, den u.a. *Carl Schmitt* immer wieder aufgenommen hat, vgl. seine Verfassungslehre, 166. – Ich schlage vor, diese Aporie, der auch der liberalste Staat nicht entgehen kann, durch den Unterschied zwischen formeller und materieller Totalitätsforderung hinauszuschieben. Das löst das Problem weitgehend, d.h. grundsätzlich und für fast alle Fälle (vgl. erneut *Hochhuth*, Relativitätstheorie des öffentlichen Rechts, 2000, 53 mit Fn. 88).

<sup>16</sup> Das soll jene „Relativitätstheorie des Öffentlichen Rechts“ zeigen.

Richterbank es anders möchte. Der Zugriff des Staates ist darum potenziell immer total. Schon *Thomas Hobbes* hat hierüber, bis heute unwiderlegt, Bescheid gewusst. Umgekehrt drohen (im aufwühlenden, existenziellen Einzelfall) ihrerseits die liberalen und aufweichenden Prinzipien selbst noch die notwendige minimalste Entscheidungsstruktur, Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit und damit auch die Verwirklichung des demokratischen Volkswillens zu verhindern. Das Existentielle ist unkonstitutionalisierbar und das Individualrecht ist darum potenziell immer anarchisch.

Wir sehen folglich an beiden Enden der Konstruktion, „oben“, an der gedachten Pyramidenspitze (beim Staat) wie „unten“ beim Rechtsunterworfenen, tendenziell absolute Prinzipien gegeneinander fechten. Dadurch ist die objektive Struktur potenziell immer bedrohlich für das Subjektive. Sie droht immer, als ein Werkzeug, das sich funktional verselbständigen muss, ihren eigenen Systemzweck zu beschädigen. Ihr Systemzweck aber sind die Individuen und ihre Rechte und Freiheiten.

## 2. Folgerung: Prinzipielle Darlegungslast des Staates

Deshalb ist so entschieden die prinzipielle Liberalität (oder die „Nachgiebigkeit des Staates“) festzuhalten. Stets muss die objektive Struktur darlegen, dass ein Eingriff notwendig ist. Sie trägt prinzipiell die Darlegungslast. Nun ist dieses Prinzip der freiheitlichen Darlegungslast in den modernen abendländischen und amerikanischen Verfassungen zwar sehr unterschiedlich ausgeprägt. Ich vermute aber, dass man es überall nachweisen kann, wenn man die entscheidenden Fälle analysiert. Nur dieses Prinzip entspricht auch der Konstruktion, die für die Staatsbegründung heute die einzig legitime sein kann, dem Denken vom realen gleichen individuellen Einzelnen her.

Heute muss abwegig erscheinen, was jahrtausendlang als Staatsbegründung herhielt: Dass der Einzelne seine gesamten Entscheidungsbefugnisse allein dafür schon an den Staat bedingungslos abzutreten habe, dass dieser ihm – hoffentlich – wenigstens das nackte Leben, und vielleicht sogar noch einen gewissen bescheidenen Zustand der Sicherheit und Bequemlichkeit gewähren werde. Diese Konstruktion des *Hobbes* kann heute niemanden mehr überzeugen, weil wir aus Erfahrung wissen, dass Sicherheit, Wohlstand und Freiheit für alle Menschen des Erdballs bei vernünftiger Konstruktion der Staaten und der übrigen Verhältnisse – insbesondere der Wirtschaft – möglich wären. Konstruiert man die objektiven Strukturen aber vom Einzelnen her, so müssen sie sich ständig rechtfertigen.

Das ist der Grund, dass uns die wehrhafte Demokratie unbehaglich stimmt, auch wenn es wohl nicht anders geht, und dass wir das staatliche Gesetz angesichts jeder existenziell bedrohten oder verletzten subjektiven Rechtsposition in Frage zu stellen bereit sind. Die Freiheit des Einzelnen ist immer das Primäre. Das bedeutet die prinzipielle Infragestellung und Fragwürdigkeit einer jeden objektiven Struktur.

## 3. Der Streit um die Definition der Freiheitsrechte und die Angst vor Anarchie

Im Streit um die Definition der Freiheitsrechte, der stets von neuem aufbricht, haben sich ebenfalls die Systeme bewährt, die, wie dasjenige des Grundgesetzes oder der Menschenrechtskonvention, äußerst liberal der Selbstbestimmung des Freiheitsträgers weiten Raum geben. Gleichwohl zeigt sich auch hier, dass die „objektive“ Struktur, also in der Regel der Staat, doch letztlich immer das Heft in der Hand behalten muss. Der

liberale Staat tut das nur in einer Weise, die man kaum bemerkt. Aufgeben darf es jedoch nicht.<sup>17</sup>

## V. Freie Entfaltung, materielle Gerechtigkeit und staatlicher Zwang

Es ging vorhin, oben, im zweiten Kapitel, darum, zu zeigen, dass Schwäche gerade die Stärke des Staates sein kann. Wir mussten andererseits aber soeben (bei „3“) auch betonen, dass der Staat das Heft nie völlig aus der Hand geben kann. Das gilt für die erwähnten klassischen Probleme wie Gewissensfreiheit, Toleranz im Politischen usw.

Das gilt aber noch an einer weiteren Stelle, im Ökonomischen. Auch hier, bei Geld und Wirtschaft, müssen die Gesellschaft und ihr Staat ständig sorgfältig wählen, wo Veränderbarkeit und Nachgiebigkeit (gegenüber den Entwicklungen dieses Subsystems) oder wo stattdessen Härte und bedingungslose Strenge geboten sind: Seit dem Scheitern des autoritären Staatssozialismus in der Sowjetunion und ihren Satellitenstaaten ist fast unstrittig, dass autonome Entscheidungen und subsidiäre Organisation allen an der Wirtschaft Beteiligten am besten dienen. (Am besten wohl die totale Subsidiarität, und das bedeutet: die radikale Freiheit des Individuums.) „Du sollst dem Ochsen, der da drischt, nicht das Maul verbinden.“ Das bedeutet, der, der sich tüchtig in nützlicher Weise entfaltet, muss auch reich werden können. Es bedeutet aber nicht, dass Staat und Gesellschaft sich der Eigendynamik des Geldes unterwerfen dürften.<sup>18</sup>

Vielmehr sind Weichheit, Nachgiebigkeit, Schwäche „tödlich“ gegenüber der Herrschaft des Geldes, wie sie sich in der Banken- und Finanzkrise, die nun schon seit 2007 andauert, gezeigt hat. Aber sie sind auch „tödlich“ für den Staat, wenn er sie gegenüber Lobbyisten und Einflussgruppen walten lässt. Warum diese starken Worte? Da der Staat auf die Gerechtigkeit verpflichtet ist, denn nur so bleibt er legitim, muss er auch für Gerechtigkeit sorgen. Er muss lückenlos und hart dafür sorgen, weil er nur so seinen Anspruch auf Gehorsam und Loyalität begründen kann. Der Staat ist von der Unterdrückungs- zur Ermöglichungs-Institution geworden,<sup>19</sup> er löst endlich seinen alten Anspruch ein, ein Mittel des einzelnen zur Freiheit zu sein. Das muss er aber wirklich auch tun. Die Führungskreise brauchten den Mut, gegen die Lobbys zu streiten. Stattdessen wird so getan, als ob man, wenn man die Missbräuche abstellte und nur zu diesem Zweck regulierend eingriffe, man damit die Geldwirtschaft überhaupt erdrossle. Die Bankenlobby redet wie *Max Stirner*, und der Staat lässt in einem Bereich, in dem es die Realwirtschaft bedroht, tatsächlich Anarchie zu, das Recht des Stärkeren, Rücksichtsloseren. Hier hat der Staat nun das Heft aus der Hand gegeben, aber er gefährdet sich dadurch.

Denn nur solange der Staat ein solcher Staat bleibt, in dem der Einzelne sich prinzipiell so wiederfinden kann, wie es in jenem oben wiedergegebenen Hegelzitat klingt,

<sup>17</sup> Das Burka-Urteil der Großen Kammer des EGMR (1.7.2014 – 43835/11 [SAS/Frankreich] = NJW 2014, 2925 ff.) ist ein typisches neueres Beispiel für diesen alten Konflikt, den einerseits klassisch *Isensee*, *Wer definiert die Freiheitsrechte?*, 1980, beschreibt, andererseits *Hochhuth*, *Der Staat der Freiheit*, in: *Evangelische Aspekte*, Themenheft „Toleranz“, 23/2 (2013), 17 ff.

<sup>18</sup> Obige Überlegungen werden in *meinem* Essay „Die sichtbare Hand der Demokratie“, *Agora* 42 (6/2009), 48 ff. ausführlich hergeleitet.

<sup>19</sup> Vgl. dazu *Hochhuth*, *Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen. Die Privatisierung existenzieller Infrastrukturen*, 2012, 271 ff.

etwa der deutsche Staat von 1919 bis 1932 und von 1949 bis in die 1980er, 1990er Jahre, und einige andere Staaten, in denen *Colin Crouch* den „demokratischen Augenblick“ zu Recht als verwirklicht angesehen hat, nur so lange übt der Staat berechtigterweise auch gegenüber den wirtschaftlich und oder politisch Schwächsten oder auch nur schlechter gestellten Menschen seinen Zwang aus. Damit aber sind wir beim Armutsthema.

## **VI. Paternalismus als Preis für die Freiheit von Armut in superreichen Gesellschaften**

### **1. Neue technikgeschichtliche Lage verändert klassische Fragen**

Bei der Armutsbekämpfung vermengen sich alte mit – durch den technischen Fortschritt - neu aufgeworfenen Fragen und tiefe Skepsis gegen all die Lösungswege, die bereits durchdacht oder sogar ausprobiert worden sind; hinzu tritt das Gefühl – wahrscheinlich aus christlichen Wurzeln –, dass es mit den Geldfragen im Allgemeinen und mit dem Wohlfahrtsstaat im Besonderen so nicht weitergehen kann.

Zunächst eine zentrale Unterscheidung: In Südamerika existiert eine von *Elena Pribytkova* angesprochene extreme Armut, wie sie nicht mehr in vielen europäischen Staaten vorkommt. Mein Hauptblickpunkt sind aber diese europäischen Gesellschaften. Was ich allerdings mit Ihnen diskutieren möchte, könnte auch für die amerikanischen Staaten nützlich sein und ebenso für die sehr armen Staaten auf anderen Erdteilen. Die unteren Schichten der arbeitenden Klasse, um die es geht, gibt es überall. Ich möchte sie vor der Ausbeutung von oben *und* von unten schützen.

#### **a) Denken ohne Geländer**

Philosophieren heißt radikales Fragen, wie *Karl Jaspers* es ausgedrückt hat. Das bedeutet fragen ohne Furcht und Strategie. Ohne Furcht, weder vor der Utopie noch vor der Paideia. Ohne die Angst, dass wir zuletzt bei den Anarchisten und Libertären wie *Max Stirner*, oder, andererseits bei *Platon* oder *Rousseau* und den Erziehungsstaaten mit ihren diktatorischen Zügen landen könnten. Es gilt, Arbeit und Entfremdung, Subjekt und Objekt in einer hegelianischen (und etwas heideggerischen) Weise neu zu denken. Und ebenso Armut, Elend, Freiheit, Selbstbestimmung und Würde, und die Unterscheidung – die für die Freiheit so wichtige Trennung – von Staat und Gesellschaft.

Wie *Elena Pribytkova* gönnt wohl jedermann jedem einen würdigen Lebensstandard. Und ich wäre optimistisch, dass die Armut auf die Dauer weltweit ausgerottet werden könnte, wenn genügend intelligente Ideen verwirklicht würden, und die menschengemachten Umwelt-Probleme uns nicht vorher stoppen. Aber ich möchte hier die unterschiedlichen Lasten zeigen, die die ökonomisch schwächeren Mitglieder der reichen und hochtechnisierten modernen Gesellschaft tragen.

#### **b) Umsetzung jedoch nur in den Grenzen der traditionellen Freiheitssicherungen**

Während aber bei der Analyse, die dieses Kapitel versucht, nichts fest- und alles in Frage stehen soll, muss die Umsetzung sanft und behutsam sein: Es gilt, auf alle Rücksicht nehmen, die es betrifft. Ihre Interessen müssen fair einbezogen werden. Wir müssen eine zentrale Einsicht des Nominalismus beherzigen: Dass das wirkliche und individuelle menschliche Wesen auf einer völlig anderen Ebene steht als Regeln, Statistiken, Kriterien, Definitionen und andere Ideen. Der konkreten Person aber dienen

Rechtsstaatsprinzip, Grundrechte, Sozialstaatlichkeit, der Unterschied zwischen Rechts- und Moralbegriffen – und andere heilig zu haltende Rechtstraditionen.

### c) Eine bescheidene Erwartung

Diese Behutsamkeit mag sogar – wenn auch melancholisch – bei einer Situationsethik stehenbleiben, einer „morale provisoire“ die sich nur durchwurstelt, bloß Einzelheiten verbessert, nur mit einem Gefühl für die Richtung des Ganzen. – Doch es gibt Klarheit über die allgemeine Richtung.

## 2. Verschiedene Debatten, die verknüpft werden sollten

Wenn wir alle von extremer Armut befreien wollen, dann müssen wir ein halbes Dutzend Spezial-Debatten miteinander verknüpfen, die heute zu wenig voneinander wissen. Zunächst müssen wir Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie und Moralphilosophie enger zusammenbringen. Die andere Gruppe von Diskussionen sind die beiden Paternalismusdebatten in Recht und Moral und die Entfremdungsdebatte.

## 3. Wichtigkeit der negativen Freiheit

In *Kants* Philosophie finden wir die Unterscheidung zwischen „Freiheit im positiven Verstande“ und „Freiheit im negativen Verstande“. Eine der großen, vielleicht die größte Errungenschaft der Moderne ist der freiheitliche Staat, die liberale Ordnung, die sich darauf beschränkt, Grenzen zwischen den Freiheitssphären, den Räumen der negativen Freiheiten ihrer Einwohner zu ziehen. Der Staat mischt sich in diese Sphären nicht ein. Bewusst verbietet er sich die Frage, ob seine Rechtsunterworfenen in ihren Freiheitsräumen ihre höchsten Fähigkeiten wertvoll entfalten, oder ob sie faul und stumpfsinnig im Missbrauch erlaubter Drogen wie Alkohol und Fernsehen verkommen.

Die Hauptfunktion der Freiheitsrechte, den Staat draußen zu halten, die allgemeine Garantie der „negativen Freiheit“ soll unberührt bleiben. Ich würde sie niemals kritisieren.<sup>20</sup> Um aber einige unserer Probleme anpacken zu können müssen wir diesen Begriff schärfer abgrenzen und über Ausnahmen nachdenken.

## 4. Das Konkurrenzdreieck

### a) Weshalb die „negative“ Freiheit nicht absolut sein kann

Die negative Freiheit kann nicht absolut sein. Der Grund dafür, dass sie Ausnahmen hinnehmen muss, ist das Dreieck des Staates und der Freiheiten.

### b) Staat und Individuum als zweipoliges System

In vielen Fällen, zum Beispiel wenn die Polizei jemanden festnimmt, oder wenn Menschen in einem Boot die Küstenwache um Hilfe oder Asyl ersuchen, sehen wir nur zwei Pole: Einerseits einen Menschen mit oder ohne den betreffenden Freiheits- oder Teilhabeanspruch – und andererseits der Staat. Dieses einfache zweipolige System nützt um zu verstehen und zu diskutieren, was wir mit Freiheiten meinen und verteidigen.

---

<sup>20</sup> Im Gegenteil habe ich in „Lückenloser Freiheitsschutz und die Widersprüche des Art. 2 Abs. 1 GG“, JZ 2002, 743 ff. die negative Freiheit sogar verteidigt.

gen. Und viele dieser Positionen – zum Beispiel das Recht, in der Wohnung oder auf dem Grundstück, in Ruhe gelassen zu werden, oder das Recht, sich friedlich und unbewaffnet zu versammeln und Kritik zu äußern – scheinen so selbstverständlich, dass wir sie für natürlich halten. Und auch ihre Grenzen sind wir geneigt für natürliche zu halten.

Deswegen neigen in der Rechtsliteratur, aber auch in allen Arten von Medien empörte Autoren zu empörten Artikeln wann immer Gerichte oder Parlamentsgesetze den Bereich oder „Schutzumfang“ eines Rechts ausweiten oder wenn sie ein neues erfinden, indem sie (mehr oder weniger wissenschaftlich und seriös) Verfassungen, Verträge oder Traditionen interpretieren.<sup>21</sup> Sehr oft haben diese Kritiker Recht, weil der Text oder die Tradition die betreffende Erweiterung nicht wirklich hergeben. Aber noch öfter ist die Empörung undurchdacht und naiv.<sup>22</sup> Denn diese Autoren vergessen, was pessimistische Denker wie *Thomas Hobbes* klar genug gemacht haben:

### c) Das verborgene Dreieck erscheint plötzlich in Gericht oder Parlament

Im oben geschilderten zweipoligen Konflikt zwischen dem Einzelnen und dem Staat gibt es oft noch eine dritte Partei. Und bevor die neue Entscheidung fiel, bevor das neue Gesetz erlassen war, stand jener dritten Partei mehr zu, als jetzt. Der Staat, der die andere Seite nun großzügiger bedenkt, hatte jene dritte Partei bis dahin besser beschützt. Aber jene frühere Berechtigung war weder ein Natur- noch ein Gottesgeschenk gewesen. Der potentielle Konflikt war immer dagewesen, nur stumm auf Zeit. Jede Entfaltung, jedes Tun der einen Seite kann möglicherweise die Sphäre der anderen vermindern. Wird der Konflikt sichtbar, muss der Staat ihn entscheiden.

Da der Wohlfahrtsstaat extrem teuer ist, werden wir viel Geld sparen, wenn wir Kriterien für diese Entscheidungen finden. Es ist für Juristen und Philosophen wichtig, nicht an die natürliche Harmonie solcher Sphären zu glauben. Es gibt keine Harmonie. Das Normale ist das Konkurrenzdreieck: Oben, an der Spitze sehen wir den Staat als die Verkörperung und den Anwender des Rechts, die Basis besteht aus all den Personen, die um möglichst große Anteile an Lebens-, Wirtschafts-, und anderen Gütern konkurrieren.

### d) Obleich das Dreieck der Konkurrenz unvermeidlich ist, gilt es, die negative Freiheit zu verteidigen

Dieser Untertitel ist eine zentrale These: Obleich das Konkurrenzdreieck unvermeidlich ist, müssen wir die negative Freiheit beibehalten. Viele Autoren, von *Peter Häberle* bis *Kyrill Alexander Schwarz*, versuchen das negative Verständnis von Grundrechten aufzugeben. Das scheint mir falsch. Wir brauchen die negative Freiheit. Aber wir müssen lernen, die konkurrierenden Sphären gegeneinander abzuwägen. Die modernen Verfassungen können als Systeme angesehen werden, die wichtigere und weniger wichtige Prinzipien, wichtigere und weniger wichtige Werte garantieren. Systeme sind wie Mobiles. Und ihre Auslegung hilft uns, wie auch die Auslegung produktiver Schriftsteller, Kriterien zu finden. Wir können daher nicht blindlings „in dubio pro libertate“ entscheiden. Wir müssen immer zuerst schauen, ob nicht jemand konkurriert.

<sup>21</sup> S. die Debatte um den sogenannten „Schutzstaat“, z.B. *Hesse*, Der Schutz-Staat geht um, JZ 1991, 744 ff. oder die abweichende Meinung des Bundesverfassungsrichters *Masing* in: BVerfGE 121, 317 (381 ff.), der „die Gefahr paternalistischer Bevormundung“ sieht.

<sup>22</sup> So etwa *Carl Schmitts* Polemik gegen „Die Tyrannei der Werte“.

In der Theorie muss sich zwar viel ändern, wenn wir die dreipolige Wirklichkeit anerkennen. Aber das führt weder zum autoritären Polizeistaat, noch zur marxistischen Diktatur. Es gilt nur, die wirklichen Entscheidungen sichtbar zu machen; so werden sie rationaler.

## 5. Die erzwungene Solidarität der Batteriehühner

### a) Die Gefahr des Despotismus

Die klassischen Freiheitsrechte sind Staatsabwehrrechte, negative Freiheiten. Wir brauchen allerdings auch „positive Freiheit“. Jedoch scheint es nach verbreiteter Meinung mit den Fundamenten der freiheitlichen Philosophie unvereinbar zu sein, erwachsene und geistig gesunde Menschen zu drängen oder gar zu zwingen, ihre Potenziale zu entfalten. *Kant* nennt es zu recht „despotisch“, „Bürger als Kinder zu behandeln“.<sup>23</sup>

Aber in vielen Staaten und Gesellschaften wird soziale Unterstützung nicht unter allen Umständen gewährt. Sogar in der sehr freiheitlichen Bundesrepublik Deutschland ist ein System von Druck eingeführt worden, dass diejenigen, die ihre Stelle verloren haben, drängen soll, unter mehr oder weniger allen Umständen eine neue Arbeit zu finden.<sup>24</sup> Aber wie weit, und mit welchen Mitteln darf der liberale Staat hier drängen?

### b) Das Dilemma

Die Wohlfahrtsstaaten garantieren das Existenzminimum. Die deutsche Debatte spricht, wie das deutsche Gesetz und wie *Elena Pribytkova* in der Einladung zu diesem Workshop, über einen „würdigen“ Level.<sup>25</sup>

Aber was, wenn jemand, den die Solidarität anderer über der Armutsgrenze hält, der Arbeit ausweicht? Kann der Staat ihn zwingen, die Fertigkeiten und Gewohnheiten zu erwerben, die er für eine Arbeit bräuchte, und die ihm bislang fehlen? – Und wenn dieser Zwang unerlaubt sein sollte: Kann der Staat die andere Seite zwingen? Kann er die arbeitende Mehrheit zwingen, für die Faulheit gesunder Erwachsener zu bezahlen?

Das sind schwierige Fragen, weil der Lebensstandard auf eine Höhe gestiegen ist, von der man vor fünfzig Jahren noch nicht einmal hätte träumen können. Eine Quelle dieser Reichtümer ist zwar die immer perfektere Automation, sind also die Maschinen. Aber andere Quellen sind die Arbeitsteilung und die Entfesselung der Produktivkräfte des Menschen. All dies wird in Geld gemessen und bezahlt. Und da der Lebensstandard so hoch geworden ist, ist es kostspielig Hunderttausende auf einem würdigen Niveau zu finanzieren; zumindest auf einem Niveau, das in den extrem reichen Ländern als würdig angesehen wird, über die ich spreche.

<sup>23</sup> *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten* (1797), hrsg. von Karl Vorländer, 1954, 140. Ob der Vorwurf des Despotismus allerdings für jede, wie *Kant* schreibt „väterliche“ Regierung (regimen paterna) gelten muss, und ob, selbst wenn man das zugesteht, auch für einzelne paternalistische Maßnahmen in einem ansonsten liberalen System ausnahmslos das Verdikt so streng ausfallen muss, ist zweifelhaft; s. dazu sogleich. Unzweifelhaft ist indessen, dass hier ein schmaler Grat vorliegt, und Despotismus immer droht; unzweifelhaft ist auch, dass im System des Grundgesetzes solche Maßnahmen prinzipiell die Ausnahme bleiben müssen.

<sup>24</sup> Vgl. etwa die §§ 1 und 2 des SGB II und zahlreiche weitere Vorschriften dieses Gesetzes.

<sup>25</sup> § 1 Abs. 1 SGB II lautet: „Die Grundsicherung für Arbeitsuchende soll es Leistungsberechtigten ermöglichen, ein Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht.“

### c) Entfremdung

Selbstverständlich ist es fair, das dafür notwendige Geld von denjenigen unter den Wohlhabenden zu nehmen, die im Wesentlichen nichts anderes tun, als glücklich ihre Gaben und Kräfte zu entfalten und auszuleben, und es denen zu geben, die das System gegen ihren Willen ausgespieen hat. Was aber ist mit denen, die zwischen diesen beiden Sphären ihren Lebenskampf führen?

#### aa) Im Joch der schnellgetakteten Industriewelt

Trotz des fantastischen Wohlstandes ihrer Gesellschaften führen viele Mitglieder der arbeitenden Mehrheit keine einfachen Leben. Sie sind nicht radikal frei in dem negativen, in dem wirklich liberalen, zu Ende gedachten Sinne. Sie müssen sich in vielen Hinsichten disziplinieren um ihren, nicht immer hohen und bequemen, Lebensstandard zu erkämpfen und zu erhalten. Von außen werden sie zwar in keiner Weise unterdrückt. Aber es gibt das, was wir als Entfremdung ansehen können; und oft „unterdrücken“ sie sich selbst, um die Industrie und die Infrastrukturen am Laufen zu halten. (Theoretiker von *Rousseau*, *Marx* und *Freud* bis zu *Reich*, *Marcuse* und *Adorno* waren sich dessen bewusst.)

Gewiss kann extreme Armut niemals hingenommen werden, solange Geld vorhanden ist um ihr abzuhelpen. Aber was ist „extrem“? – Sobald die existenzielle Armut überwunden ist, müssen wir uns die Arbeitsbedingungen der Arbeitswelt ansehen, aus der der größte Anteil des Geldes stammt. Wen zwingen wir, zu bezahlen? Nicht nur Ärzte, erfolgreiche Unternehmer, Abgeordnete, fest angestellte Journalisten oder Lebenszeitprofessoren bezahlen jene Solidarität, sondern auch Menschen die, mit einem schmerzenden Rücken oder arthritischen Knien die Böden und Toiletten putzen. Es ist schwierig, sein Potenzial auf solch einer Arbeitsstelle zu entwickeln und zu entfalten. Viele könnten ihre Arbeitsumstände als entfremdet ansehen. Viele werden es so fühlen, ohne das begrifflich analysieren und auszusprechen zu können; was nicht ihr Fehler ist.

#### bb) Das Svarez-Rawls-Prinzip

Schon im achtzehnten Jahrhundert argumentierte *Carl Gottlieb Svarez*, der Vater des preußischen „Allgemeinen Landrechts“ von 1794, dass eine jede Beschränkung der natürlichen Freiheit irgend eines Individuums nur dann gerechtfertigt werden könne, wenn der Schaden, der durch diese Beschränkung vermieden würde, bei weitem größer wäre, als die Beschränkung. Solange der positive Effekt nicht offensichtlich größer sei als der Eingriff, müsse die „natürliche Freiheit“ unberührt bleiben. Und im selben Text fordert *Svarez* auch, mehr als 180 Jahre vor *John Rawls*, dass jede Beschränkung die jemandem zugemutet werde, zum möglichen Vorteil auch dieser Person sein müsse.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> *Svarez*, Vorträge über Recht und Staat, hrsg. v. Conrad und Kleinheyder, 1960, 39 f.: „Die Einschränkung der Freiheit, die durch das Polizeigesetz geschieht, muß so beschaffen sein, daß sie dem Eingeschränkten selbst zum Vorteil gereichen könne ...“

## 6. Die Rückkehr des Paternalismus zur Entfaltung der positiven Freiheit

### a) Ausnutzung der Solidarität

Wenn er Menschen, die unter entfremdeten und übermäßig einschränkenden Bedingungen arbeiten (und infolgedessen auch unter solchen Bedingungen leben) zur Solidarität zwingt, muss der Staat genau hinsehen. In Deutschland beispielsweise kann jedermann Nahrung und einen geheizten Schlafplatz bekommen. Viele Obdachlose (und einige andere Nutznießer des Wohlfahrtssystems) in jenen allerreichsten Gesellschaften leiden nicht nur unter Armut, sondern auch unter anderen Formen des Elends, wie zum Beispiel des Missbrauchs von Drogen, besonders von Alkohol. Der Faktor Alkohol oder eine Depression machen es schwerer oder möglicherweise sogar unmöglich, sich aus der Armut emporzuarbeiten. Jeder Sozialarbeiter, jeder street worker weiß das.

Die Schwierigkeit, die ich diskutieren will, erscheint, sobald nur eine der beiden folgenden Bedingungen auftritt:

(1) Der Unterschied in den Lebensstandards zwischen denen die geben, und denen die empfangen, ist klein. (Und wir sollten, wenn wir den Lebensstandard der gebenden Seite einschätzen, die Arbeitsbedingungen, die Entfremdung und die Forderungen der Disziplin mit einrechnen.)

Oder (2): Der Bedarf, für den bezahlt werden muss, ist die Folge eigener Entscheidungen des Empfängers.<sup>27</sup> Beispiele sind, dass der Empfänger geraucht hat und nun an Krebs leidet, oder dass er trinkt oder seine Ausbildung oder Arbeitsstelle aufgegeben hat (anstatt vom System gegen seinen Willen ausgespioniert worden zu sein, s. oben).

Die These ist differenziert: Der Staat muss, wieder und wieder, jedermann eine Chance anbieten, sich hochzukämpfen und Wohlstand zu erringen. Aber da der Lebensstandard und folglich die Kosten so gewaltig angestiegen sind, kann der Staat auf paternalistische Eingriffe bei den Hilfebedürftigen nicht verzichten. Einige der allerreichsten Gesellschaften können also nur entweder zu diesem höchst problematischen „neuen Paternalismus“ übergehen, und die, die Geld empfangen, im Interesse der eigenen Gesundheit aber möglicherweise auch der Entfaltung eigener Fähigkeiten, disziplinieren, oder aber sie müssen einen Teil der anderen Seite, einen großen Teil der zahlenden Mehrheit, ungerecht behandeln.

### b) Wie Sitzgurte und Helme

Diese problematische Wahl liegt teilweise analog zu den Freiheitsbeschränkungen, die seit Jahrzehnten diskutiert werden: Helmpflicht auf dem Motorrad und Gurtpflicht im Auto, und das Verbot oder die Beschränkung des Alkoholtrinkens, bevor man fährt. Neben anderen Argumenten wirkt hier auch das Verbot, Solidarität auszunutzen: Der Staat bezahlt für Infrastrukturen im und um den Straßenverkehr herum – von Leitplanken bis zu Krankenwagen – die die Folgen gefährlichen Verhaltens und oft sogar schwerer Unfälle abmildern (oder sogar verhindern). Folglich hat er das Recht, zu versuchen, diese Strukturen vor vermeidbarer Belastung zu bewahren. Und dieses Recht ist eine Pflicht gegenüber denjenigen, die mitunter belastenden Bedingungen erwirtschaftetem Geld für jene Strukturen bezahlen.

---

<sup>27</sup> Schlink, Der Preis der Freiheit, in: Dreier (Hrsg.), Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag, 2005, 9 ff.

### c) Schlussfolgerung

Hier kehrt die Frage nach positiver oder negativer Freiheit wieder: Es scheint leichter und gerechter sehr arme Leute dazu zu drängen, sich nicht mit Drogen zu ruinieren, als relativ arme Leute dazu zu zwingen, für die Folgen der Selbsterstörung anderer zu bezahlen.

## 7. Die totale technische Gesellschaft regiert, verteilt, beschränkt

Offensichtlich beschränkt solcher Paternalismus die negative Freiheit erheblich. Aber möglicherweise ebenso schwer wiegt der in vielen Leben allgegenwärtige, wenn auch vielleicht nicht so „offensichtliche“ Despotismus der schnell getakteten, fordernden Industrie- und Arbeitsgesellschaft deren Staat zwar liberal konstruiert ist, aber vor gesellschaftlicher Fremdbestimmung in der Regel nicht schützt.

### a) Freiheit verlieren und verteilen

In diesem Dilemma scheint es, dass *Heidegger*, als er „die Technik“ zum Subjekt der Epoche erklärte, zwar übertrieb, aber nicht vollständig unrecht hatte. Wir dürfen diesem Autor zwar auf keinen Fall folgen, wenn es um Fragen der Freiheit geht. Aber wir verstehen, dass er, wie *Adorno* und viele andere, bezweifelte, dass es wirklich noch so viel Freiheit gebe, wie man wünschen könnte und wie man manchmal auch zu fühlen meint. Jene Forderung an Hilfeempfänger, an sich zu arbeiten, darf nur dann mit weltanschaulicher Schärfe kritisiert werden, wenn auch der schwächere, belastetere Teil der Leistungspflichtigen mehr Schutz vor der Despotie<sup>28</sup> der Technik bekommt.

### b) Großes Geld und kleines Geld

Die Gesellschaft insgesamt muss gerecht sein, oder die gesamte Gesellschaft ist ungerecht. Deswegen muss am Ende dieses Abschnitts erneut eine Fußnote über die Finanzkrise stehen. Milliarden und Abermilliarden wurden bezahlt, um Banken zu retten, die, nach den Regeln des Kapitalismus hätten verschwinden müssen. Der Staat darf aber nicht „unten“, restriktiv sein, wenn er so viel Missbrauch „oben“ in der Gesellschaft duldet. Die Gerechtigkeit ist für das Ganze von Staat und Gesellschaft nicht weniger wichtig und bedeutsam als das Geldsystem. Es ist zu ungerecht, wenn die Sicherheit und die Gewinne der Finanzinstitutionen dadurch finanziert werden, dass man die Inflation verstärkt. Denn die Inflation trifft vor allem die sogenannten „kleinen Leute“, die keine Immobilien und Kunstsammlungen sondern nur Rentenansprüche haben. Aber es delegitimiert den Staat auch.

Es wurde oben gesagt, dass, wer den „Batteriehühnern“ der Industriegesellschaft Abgaben auferlegt, es besonders rechtfertigen muss, und das wurde schmerzlicher Weise auch für Fälle gesagt, in denen die Abgaben an besonders hilfebedürftige Arme, etwa Wohnungslose fließen. Selbst dann, daran ist festzuhalten, muss zwar im Prinzip jeder Pfennig wohl erwogen, jede Belastung der Zweitschwächsten geprüft werden. Aber viel extremer gilt dieser Vorbehalt, wenn das Bankensystem gestützt werden soll. Der Zwang zum Mittun wird dem unteren Teil der arbeitenden Schicht nur so lange zu recht auferlegt, wie das gesamte System fair ist. Der Staat darf nur zwingen, weil und soweit er jedermanns Agent ist. Sonst nicht.

---

<sup>28</sup> Zu diesem starken Wort *Kants* vgl. schon oben, bei und in Fn. 23.

## VII. Delegitimierung durch Verwechslung von Zwecken und Mitteln (der „Werkzeuge“ Staat und Geld)

Die Bankenkrise und die Reaktion auf sie haben offenbart, dass dem politischen System die Legitimität zunehmend wieder abhandenkommt, die mit der Volldemokratisierung und dem Sozialstaat für einige Zeit erreicht war: Es wurde ein um sich selbst kreisender Casino-Kapitalismus gerettet. Seine Risiken, die sich verwirklicht hatten, wurden den Sparern und Spekulanten, den Bankinhabern und Aktionären abgenommen und dem Staat – d.h. den Steuerzahlern – überbürdet. Die Gewinne bleiben aber weiterhin privat. Hierin lag Weichheit gegenüber einem anderen, nicht legitimierten System, nämlich der Geldwirtschaft. Hier delegitimiert sich der Staat.

Wir haben also zu unterscheiden: Im obigen ersten Fall, bei der Dialektik der wehrhaften Demokratie kämpft der Staat prinzipiell gegen den richtigen Gegner. Im zweiten Kapitel sahen wir, dass zu viel Härte schaden kann: Der Staat muss seinen Kritikern vielmehr sanft gegenüberreten, ihr Anliegen aufnehmen. An der dritten Front hingegen, an der einem irreführten Finanzwesen hilflose Kanzlerinnen und andere Regierungschefs gegenüberstehen, verhält es sich anders. Der Staat gibt dem Feind wehrlos nach, dem gelungen ist, seinen eigenen Zusammenbruch mit der Angst vor einem Zusammenbruch der Wirtschaftsgesellschaft zu verknüpfen. Das beeinflusst auch den zuletzt besprochenen Problembereich:

### 1. Moralische und politische Folgen der Delegitimierung

Wenn der Staat sich delegitimiert, dann delegitimiert sich die Rechtsordnung insgesamt. Da die Staatsbegründung nur vom Einzelnen her überzeugen kann, wäre nicht einzusehen, warum der Einzelne sich an eine Rechtsordnung halten sollte, die keine Legitimität mehr hätte, weil sie nicht mehr der gleichen fairen Gerechtigkeit für alle diene, sondern mehr den gerissenen Egoisten. Die oben beschriebene Subventionierung eines irreführten Finanzwesens ohne ernsthafte Änderungsabsicht führt den Staat auf diesen verheerenden Weg. Die quietistische Abwendung vom Staat wird unter den Folgen dann noch eine der harmloseren sein. Weniger harmlos ist, dass dann auch Korruption und andere Formen der Kriminalität zunehmen könnten, weil die Rechtsordnung, die sie verbietet, insgesamt an moralischem Anspruch einbüßt.

### 2. Seitenblick auf die Trennung von Recht und Moral, Staat und Gesellschaft

Korruption, Steuerbetrug und andere Kriminalität sind moralisches „Aussteigen“. Das Recht ist bekanntlich das „ethische Minimum“. Zur Freiheitlichkeit der Gesellschaft gehört zwar die Trennung von Recht und Moral. Das darf aber nie vergessen machen, dass das Recht, nämlich der Rechtsgehorsam letztlich von der Moral, nämlich von der ethischen Einstellung des einzelnen Staatsbürgers abhängt. Hier scheint mir die entscheidende Gefahr zu lauern, in die die Nachgiebigkeit der Politiker und Medien gegenüber den Finanzinstitutionen den freiheitlichen demokratischen Staat der Hochmoderne gebracht hat. Nur wenn der Staat nachhaltig für Gerechtigkeit sorgt, kann er legitim überleben.

In jenen Kampfbeschreibungen der wehrhaften Demokratie im ersten Kapitel, beim Umgang des Staates mit nützlicher Kritik im zweiten Kapitel, und auch bei der Verantwortlichkeit des Staates für Wirtschaft, Wohlstand und individuelle ökonomische Chancen in den späteren Kapiteln ist die Aufgabe klar geworden, das „Eigentliche“ des

Staates von dem zu unterscheiden was ihm nur akzidentiell ist. Das schwierige Austarieren von sozialem Schutz und individueller Freiheit gehört zu seinen zentralen Aufgaben. Er kann sie jedoch im Kleinen nicht mit dem Anspruch auf Gehorsam erfüllen, wenn er ihr im Großen, wenn er der wirksamen Regulierung des Finanzwesens weiter ausweicht.