

ÜBER VERFASSUNGEN (1974*)

Friedrich Müller**

ZUSAMMENFASSUNG:

DIESER ARTIKEL STELLT DIE VERFASSUNG ALS DIALEKTISCHES MITTEL DER KONTROLLE UEBER DIE GESELLSCHAFT DAR - GEEIGNET, DIE GRENZEN DER LEGITIMITÄT AUFRECHT ZU ERHALTEN, INNERHALB DERER SICH DIE KONFLIKTE ZWISCHEN STAAT UND MAECHTIGEN GRUPPEN ABSPIELEN MUESSEN. SOBALD DIESE GRUNDLEGENDE DIALEKTISCHE SPANNUNG ZWISCHEN FREIHEIT UND ZWANG EINMAL VERSCHWUNDEN IST, UNTERHOEHLT DIES DIE NORMATIVE KRAFT EINER VERFASSUNG:

STICHWOERTER:

FREIHEIT, ZWANG, VERFASSUNG, SOZIALE KONTROLLE

I

Eine Verfassung ist nicht "Organisation der Freiheit". Das sagt die Ideologie¹ des Staatstypus, zu dem die Bundesrepublik Deutschland gehört. In der Sicht Hegels soll ein verfaßter Staat die Organisation des *Begriffs* der Freiheit sein, also die Synthese aus Freiheit und Zwang. Er organisiert dann *den* Zustand, in dem es für das absolute Wissen unzureichend, für das korrekte Bewusstsein falsch und – gegenüber dem Tun der Gewaltanwender – für die geforderte richtige Einstellung verboten ist, noch nach Freiheit und Unfreiheit als bloßen Antithesen, als handgreiflichen Widersprüchen zu fragen. Noch verbotener ist es, sie gegenüber dem Staat als Konfliktpositionen zu praktizieren.

* Friedrich Müller. Jahrgang 1938. Studium in Erlangen-Nürnberg und Freiburg im Breisgau. Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung 1962 und 1967. Promotion zum Dr. iur. 1964 in Freiburg i.Br. Habilitation ebd. 1968. *Venia legendi* für Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Kirchenrecht, Rechts- und Staatsphilosophie, Rechtstheorie. 1968 bis 1971 Privat- und Universitätsdozent in Freiburg i.Br. Seit 1971 Lehrstuhl an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg. 1973 bis 1975 Leiter der Fachgruppe Öffentliches Recht. Ab 1975 und ab 1979 Dekan der Juristischen Fakultät. Seit 1989 freier Forscher und wissenschaftlicher Publizist. Internationale Lehr- und Forschungstätigkeit, vor allem in Südafrika und Brasilien. Zugleich Lyriker, Prosaist, Übersetzer und Cineast.

II

In einer Verfassung und ihrem Staat sind Zwang und Freiheit nicht gleichgeordnete Größen, als solche zur Synthese gebracht. Eine Verfassung begründet das Zwangspotential des Apparats als legitimes, organisiertes Verfahren und als Werkzeug seiner Gewalt.

Freiheit als *gleichwertige* Antithese ist eine Täuschung. Die liberale Ideologie seit der Aufklärung geht noch weiter, indem sie die Freiheit der Individuen gar als Thesis setzt. Damit die Potentiale an Freiheit so vieler Individuen verträglich koexistieren, ist ihnen – so sah es nicht nur Kant – organisierter Zwang als notwendiges Gegengewicht, als wohlthätige Antithese entgegensetzen. Diese vorbeugende Beruhigung vermischt Regel und Ausnahme. Sie geht vom behaglich konformen Spießbürger aus, der sein Gärtchen pflegt und mit der Obrigkeit keinen Streit hat. Sie verweist, als auf das eigentlich Ganze, auf dessen Lücken: die Breschen im System der Gewalt. Dabei sind die sogenannten Freiräume im Recht durchaus keine rechtsfreien Räume. Sie sind durch staatliches Recht gewährt als von Staatsgewalt jedenfalls zur Zeit relativ freie Bezirke, unter dem Vorbehalt eines „Mißbrauchs“ der Freiheit und mit sonstigen Grenzen, deren Definitionsmonopol ohnehin beim Staatsapparat liegt.

III

Wie kann es dazu kommen? Was bringt einen monarchischen Machthaber dazu oder was die machthabenden gesellschaftlichen Gruppen (constituent groups), einzelne Flecken ihrer flächendeckenden Gewalt zugunsten Privater „frei“zuräumen?

Verfassungsrecht ist Recht. Recht ist die Hure der Machtverhältnisse (so wie die Huren zu deren menschlichen Opfern zählen). Die jeweiligen Normen drücken die jeweiligen Möglichkeiten von Herrschaft, ihrer direkten und mittelbaren, ihrer formalisierten und informellen Gestalten aus: der Herrschaft in jeder Sphäre, der wirtschaftlichen, sozialen, politischen und persönlichen. Damit sie als Herrschaft in der Zeit andauern kann, gehören zu ihr auch Arrangement und Zurückweichen, Kompromiß und Zusammenwirken; sie kleben an ihr so hartnäckig wie der Leibhaftige am lieben Gott.

Wo die Schwachen vom Recht ein Stück weit geschützt werden, waren sie nicht ganz schwach. Dort haben sie die Starken dazu genötigt, damit diese ihr *Recht des Stärkeren*² ohne allzu lästige Störungen fortführen konnten. Wo Macht durch Recht auf solche Art beschränkt, wo durch Vorschriften die Lage der Ausgebeuteten etwas verbessert wird, dort west nicht eine *dem Recht* inwohnende Kraft gerechten Ausgleichs. Dort wird, einmal mehr, die unbegrenzte Verwendbarkeit des Rechts, sogar im Dienst der (nicht zu schwachen) Schwächeren, augenfällig.

Die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte seit ihren altständischen Vorformen, wie der Magna Charta von 1215, und ihren ziemlich seltsamen Garantien von Religionsfreiheit und –gleichheit im alten Deutschen Reich (wie in der Pax Augustana oder im Westfälischen Frieden) bis zu den nordamerikanischen Erklärungen ab 1776 und zur Menschen- und Bürgerrechtsdeklaration der Französischen Nationalversammlung vom 26. August 1789 ist eine Geschichte widerwilliger Verbürgungen, der Abstriche und Rückfälle, der Unehrlichkeit und Schikanen. Sie ist ein nicht erstaunendes Beispiel für die Unfreiwilligkeit, mit der von verschiedenen geformten Staatsapparaten Freiräume abgegeben werden: nicht als Gaben aus Güte oder Einsicht, sondern als Reparationsleistungen nach verlorenen Schlachten. Das in gewissem Sinn am Anfang reformatorischer Religionsfreiheit stehende Recht konfessioneller Minderheiten, ins Exil zu gehen (*ius emigrationis*), ist von den Staatsgewalten zynisch als das exekutiert worden, was der Transfer kleiner Portionen von Freiheit auf die Entscheidungsbefugnis Privater der Sache nach, allen liberalen Erklärungen zum Trotz, war und ist.

Andere Exempel bieten die von ständischen, dann von konstitutionellen Parlamenten gegen die Monarchie stückweise durchgesetzten Mitwirkungsrechte, zunächst nur im Budget; oder die Vorkehrungen zum Schutz von Minderheiten innerhalb und außerhalb der Parlamente; oder die historisch erst spät abgetrotzten Möglichkeiten, sich gegen Hoheitsakte gerichtlich zu schützen. All diese von Staatsgewalt relativ freien Bereiche mußten erkämpft werden und nochmals erkämpft werden, nie gegen Rückfälle und Rücknahmen gesichert.

Es ist unnötig hinzuzufügen, daß sich das nicht geändert hat. Der 26. August 1789 ist ein Endpunkt nur der Vorgeschichte, nicht einer Geschichte der Bedrohung der Menschen- und Bürgerrechte. Auch unter dem Grundgesetz sind für Vertreter und Akteure der Staatsgewalt, besonders der vollziehenden, die Grundrechte nicht positiv verstandene, von den Berechtigten in eigener Verantwortung auszufüllende Freiheiten der Mitwirkung am Leben der Verfassung. Sie sind Restposten, weiße Flecken, an den Rändern staatlicher Hoheitsgewalt zugestanden (weil nun einmal in der Verfassungsurkunde vertextet).

Eine herrschende Rechtspraxis kennzeichnet den gesellschaftlichen Zustand, in dem sie sich als herrschende halten kann, in dem sie gebraucht wird. Praktisch sind die Grundrechte definiert durch Subtraktion dessen, was der damit zum Bourgeois degradierte Bürger *nicht* darf. Die reale Geltungsqualität der Garantien, ihre normative Fähigkeit, menschliche Praxis in der Gesellschaft anzuregen, durchzusetzen, hängt von Methodik, Dogmatik und Rechtspolitik der Grundrechte ab. Und diese stützen sich auf die *sozialen Garantien* des Systems, an denen jede, auch die

grundrechtsfreundliche Haltung, ihre Grenze findet: auf die öffentlich verfassten und die lieber verschwiegenen Machtzentren, auf den Grad der Mediatisierung des Volkes, der Verhärtung des oligarchischen Parteien- und Verbändestaats, auf Manipulation der öffentlichen durch die veröffentlichte Meinung, auf notorische Ungleichheit vor Gesetz und Justiz, in der allzu oft die eine Klasse über die andere zu Gericht sitzt. Sie gründen nicht zuletzt auf der sozialökonomischen Ungleichheit in den Sach- und Normbereichen der Grundrechte selbst, die eine gleiche Chance der formal Berechtigten, ihre Grundrechte wirksam auszuüben, oft Illusion sein und zur Ideologie verkommen lässt. Am schamlosesten ist die durch Staatsgewalt getätigte Ungleichbehandlung formal gleicher Grundrechtsträger auf gut abgeschirmten, nur in Ausnahmefällen indiskret beleuchteten Gebieten wie dem Steuerrecht, der Strafverfolgung oder den korruptionseigenen Bereichen der Inneren Verwaltung. Das Formalisieren und Entleeren des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes) zum Willkürverbot ohne Konturen, ohne viel normative Kraft, ist ein zusammenfassendes Symptom.

Denn auf die Frage, wie es zum Einräumen partieller Gegenrechte gegen die Gewalt des Staats überhaupt kommen kann, muß die Gegenfrage gestellt werden, auf die Verfassungspraxis noch immer hinausgelaufen ist: *Wer* soll diese Rechte zugeschrieben bekommen, *wer* von ihnen profitieren dürfen? Die altständischen Freiheitspositionen und Mitwirkungschancen kamen den Ständen, nicht dem Volk zugute. Die Funktion des späteren Verfassungsstaats der Moderne war es, die technische Übersichtlichkeit, die Betriebsförmigkeit zu bieten, die für die bürgerliche Geld- und Verkehrsgesellschaft nötig war. Politisch befreiende Wirkung kam, soweit der absolutistische Staatsapparat schrittweise zurückgedrängt wurde, *sozial garantiert* nur dem Bürgertum und also der *richtigen* Klasse zu, weil sie es war, die sie erkämpfte. Daß die Grund- und Menschenrechte in der Folge auch auf solche Schichten der Bevölkerung ausgedehnt wurden, denen sie nicht zugedacht waren, gehört in eine Dialektik des Verfassungsstaats, die den Wert der hier notierten Beobachtung nicht in Frage stellt.

Ein Gesetzeswerk ist festgeschriebener Interessenkampf, eine Verfassung eingefrorener Bürgerkrieg. Freiheits- und Mitwirkungsgarantien konnten und können im Text der Urkunde formal abgestuft, nach selektiv Merkmalen (wie Rasse, Konfession, Steueraufkommen) verteilt werden. Oder sie werden zwar formal gleichheitlich gewährt, aber in der beruhigenden Erwartung, vor dem Hintergrund grober sozialer Ungleichheit von sehr verschiedenem Wert zu sein: für die einen besonders profitabel, für den Rest ohne große praktische Bedeutung. So meinen die nicht zufällig vom Eigentum abgeleiteten bürgerlichen Freiheitsrechte in den Texten John Lockes für die Gesellschaft seiner (und späterer) Zeit den etablierten Besitzenden, den unbeschwerten Käufer fremder Arbeitskraft mit wirtschaftlichem und

politischem Einfluß – und nicht die Massen verelendeter Opfer einer gewaltsamen Landvertreibung durch die adligen Komplizen der Besitzbürger. Bei solchen Vorteilen für den Schein der Legitimität des neuen Verfassungssystems, bei so starken sozialen Garantien für seinen Bestand im Dienst der Wenigen erschien es den führenden Gruppen lange Zeit für ihre nachfeudalen Vorrechte wenig riskant, liberale Institutionen und individuelle Freiheitsrechte zu proklamieren.

IV

Eine Verfassung ist Organisation der Gewalt. Wie kann sie Gewalt verfassen? Die *Normbereiche* ihrer Regeln betreffen wesentliche Ausschnitte der Gesellschaft. Und die *Normtexte* ihrer Vorschriften umschreiben durch Aussprechen oder Aussparen, in bewußter Thematisierung oder vielsagendem Schweigen die Demarkation eines Waffenstillstands, den Umriß einer Auffanglinie. Diese Linie besteht aus dem denkbar fragilsten Material, aus Sprache. Sie setzt in der Verfassungsurkunde durch beschwörende und legitimierende, durch organisierende, freistellende und anordnende Textgruppen jene riesige Umwälzanlage aus befehlenden und rechtfertigenden Texten in Gang die wir Rechtsordnung nennen. Genau betrachtet, *ist* diese Apparatur schon jeweils in Gang; eine neue Verfassung kann nur versuchen, ihren knirschenden Lauf zu beeinflussen.

Verfassungen sind oft hochherzige Dokumente; in der Erdschwere des Tatsächlichen bewegen sie wenig vom historischen Fleck. Ob die Normtexte der Verfassung zu Verfassungsrecht werden, hängt von der spezifischen Dichte der realen gesellschaftlichen Verfaßtheit ab.

Recht ist *Mittel* von Herrschaft. Da spezifisch geformt, ist es zugleich Instrument einer (formalen) *Begrenzung* der Ziele und Verfahren von Herrschaft. Insoweit diese inhaltlich und prozedural als *Recht*, also in dessen besonderen Formen auftritt, aufzutreten politisch genötigt worden ist, sieht sie sich auch schon spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen (geschriebenes Recht, systematische Kodifikation, ältere und jüngere Regeln, Rolle des Prozeßrechts für das materielle, verfassungspolitische Revision geltender Normen, erschwerte Änderbarkeit von Verfassungsurkunden, Erfahrung unabschließbarer Differenzen über Bedeutung, Interpretation von Normtexten).

Formalisierung des Rechts spielt sich *in Sprache* ab. Damit setzt sie Herrschaft einer verstärkten Kommunikation aus; öffnet sie in Richtung auf die Sprechenden, auf die Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung und die Chance einer (sprachlichen) Kritik dieser Rechtfertigung.

In der faktischen Verfaßtheit der Gesellschaft können Widersprüche aufbrechen, gelegentlich als feine Haarrisse auf die Wirkung von Verfassungstexten zurückgehend, die ein Stück weit die Möglichkeit für

verändernde Verfassungsgeltung freisetzen. Aber die Verfassungen schicken sich auch darein, sich bei der Manipulation von Widersprüchen selbst zu manipulieren. Das steht auf einem anderen Blatt als auf dem ihrer Urkunde.

V

Bis zu deren sprachlicher Auffanglinie ist offene Gewaltpraxis des *Staates*, ist erst recht die ständig im etablierten Untergrund wirkende, in den Institutionen steckende und arbeitende Gewalt berechtigt. Das heißt, sie gibt sich mit Erfolg so aus. Als unrecht erscheint sie nur dann, wenn die Verfassung im ganzen nicht mehr *gilt*; beziehungsweise, bei noch *geltender* Verfassung, nur jenseits bestimmter Punkte der Linie (etwa „Machtmißbrauch“, „Kompetenzüberschreitung“, „Staatsstreich“, „Recht zum Widerstand“).

Die durch Normtexte formulierte Grenze ist, für den Staatsapparat und *gegen* die ihm oder einander entgegengesetzten Gruppen der Gesellschaft, die Auffanglinie für die *Legitimität* von Gewalt. Solche Gewalt kann latent bleiben oder aktuell werden. Der Staatsapparat ist in jedem Fall Subjekt; gesellschaftliche Gruppen und einzelne sind sowohl untergeordnete Objekte staatlicher als auch vorgeblich gleichgeordneter Adressaten gesellschaftlicher Gewaltpraxis.

Die Verfassung verteilt Legitimität *in doppelter Richtung*. Gesellschaftliche Gewalt gegen den Staatsapparat wird, abgesehen von dem kaum redlich verfaßbaren Recht auf Widerstand, nicht anerkannt. In anderen Bereichen – Wirtschaft, Arbeit, Erziehung, Medizin und sonstiges – wird Gewalt in ungeheurem Ausmaß für Rechtens erklärt; beziehungsweise wird sie von der Verfassung, und solange die Betroffenen nichts anderes erzwingen, auch von der Gesetzgebung nicht zum Thema gemacht, in ihrem status quo belassen. Bestehende gesellschaftliche Gewaltzustände werden somit durch eine bürgerliche Verfassung sei es offen bestätigt, sei es durch Aussparen verfestigt, sei es bei entsprechend großem Gegendruck eingeschränkt. Die Gewalt der Privateigentümer, der Unternehmer gegen die Arbeitsabhängigen, der Erwachsenen gegen die Kinder, des leitenden Medizinpersonals gegen Anstaltsinsassen und andere Felder sozialer Macht bieten reichlich Beispiele. Andere Gewalt, wie die der Konzerne, Kirchen, Banken und Verbände, wird allenfalls am Rand begrenzt, soweit sie das System nicht belastet, sonst aber bestätigt. Nicht nur der Text einer Verfassung, auch ihr Schweigen verrät sich in der Nuance.

Was aber sagt es über Art und Grad des Funktionierens einer Verfassung, wenn sie zunehmend als politische Waffe verwendet wird, wenn es für die Konfliktgruppen – außer jeweils ihnen selbst – im Ergebnis nur noch „Verfassungsfeinde“ gibt? So war die Lage nicht erst gegen Ende der Republik

von Weimar, so ist die Tendenz nach einem Vierteljahrhundert Bonner Grundgesetz. Werden die Begriffe einer Konstitution oder aus ihnen abgeleitete Floskeln Kampfbegriffe, beginnt eine Verfassung allseits vor allem als Schlaginstrument geschätzt zu werden, dann ist ihre Geltungskraft im Sinken.

Gelten in diesem Sinn gründet auf Anerkennung: auf jener der ganzen Verfassung, nicht auf der ihrer Instrumentalisierbarkeit durch die Situationsjurisprudenz der interessierten Kreise. Geltung beruht auf der Respektierung durch die Entscheidenden selbst und, genau darum, in der Folge auch durch die von Entscheidungen Betroffenen. Verwenden die Entscheidenden, und vor allem sie haben diese Wahl, die Verfassung nicht länger als den Rechtsfrieden *gleichheitlich* stützende Norm, sondern als von Fall zu Fall so oder auch anders handhabbares Arsenal an Angriffs- und Verteidigungsformeln, dann wurde ihre Verbindlichkeit schon verraten. Den Betroffenen ist das auf längere Sicht noch nie verborgen geblieben. In demselben Maß wird die im Normalfall als anerkannt geltende Norm zur nur noch zu erzwingenden, wird eine Ordnung prinzipiell legitimer Gewalt zur Gewaltordnung.

¹ Ihr folgte ich mit dieser Wendung, die liberale gegen eine autoritäre Ausgabe des bürgerlichen Verfassungsstaats verteidigend, noch bei der Kritik an H. Krügers „Allgemeiner Staatslehre“, in Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 1967, S. 541 ff., 543f. [Anm. des Hrsg.: *das.* auch in: Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik, 1977, S. 221 ff., 223 f.]

² “Nun, was ist das für ein Recht, das vergeht, wenn die Macht aufhört? ... Man sieht also, daß dies Wort Recht nichts zu dem Wort Gewalt hinzufügt; es bedeutet hier überhaupt nichts“; Rousseau, Du Contrat Social I 3.

ABSTRACT

The article presents the constitution as a dialectic instrument of social control, Able to rule on the limits of legitimacy in which the conflicts between the state and pressure groups might take place. Such fundamental dialectic unrest between freedom and coercion, once vanished, would undermine the normative force of a constitution.

KEYWORDS

Freedom. Coercion. Constitution. Social Control.