

# Rechtsstaat und Demokratie

(Antinomie und Synthese)

von

**Werner Kägi**

Das Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie ist ein Zentralproblem der modernen staatsrechtlichen Entwicklung.

Immer wieder haben Staatsdenker den engen inneren Zusammenhang der beiden großen Postulate klar erkannt und um die Begründung der Synthese gerungen. Es hat Zeiten gegeben, wo diesem Anliegen die Evidenz des Selbstverständlichen eignete. In der klassischen Zeit der „konstitutionellen“ Demokratie war man sich jedenfalls noch einig, daß die beiden Prinzipien auf das gleiche letzte Ziel — die „freie Gemeinschaft freier Menschen“ — ausgerichtet waren und daß bei allen gelegentlichen Antagonismen doch eine harmonische Verbindung von Rechtsstaat und Demokratie die eigentliche Leitidee der Verfassungspolitik darstelle.

Aber häufiger waren die anderen Zeiten, die vor allem das Gegensätzliche sehen wollen und betonen. Sind Epochen der Evolution der Verbindung günstig, so liegt es in der Tendenz dynamischer oder gar revolutionärer Epochen, mehr die Antithesen zu sehen. So ist im Staatsdenken der letzten Jahrzehnte die Antinomie von Rechtsstaat und Demokratie neu aufgebrochen, ja zum Teil förmlich aufgerissen worden.

Unsere Zeit strebt zwar nach allem, was geschehen ist, wieder mehr zur Synthese von Rechtsstaat und Demokratie zurück. Die unlösbare Zusammengehörigkeit, ja recht eigentlich Schicksalsgemeinschaft der beiden Ideen, ist in der großen Katastrophe mit neuer Klarheit erfaßt worden. Aber die alte Problematik bleibt und in

vielen verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Fragen der Gegenwart stoßen wir immer wieder auf die Antinomie.

Wir möchten im Folgenden versuchen, einen Beitrag zur grundsätzlichen Klärung der Problematik zu leisten. Warum ist die notwendige Synthese auch im Rechtsdenken immer wieder bedroht? Und — von der Diagnose zur Therapie übergehend — welches sind die notwendigen geistigen Voraussetzungen für die Festigung der Synthese des demokratischen Rechtsstaates?

Der Kern der Problematik liegt in einer ganz bestimmten Auffassung von der Demokratie, die wir die „dezisionistisch-totalitäre“ nennen möchten<sup>1</sup>. Die Überwindung dieses Mißverständnisses ist eine Schicksalsfrage der Demokratie wie des Rechtsstaates. Dieses Umdenken, das wohl nur in einer langen pädagogischen Arbeit schließlich im politischen Leben zur Auswirkung kommen kann, muß jedenfalls mit einer Neubesinnung im Rechtsdenken beginnen. Dies aber bedeutet mehr als eine bloße Revision der Begriffe; es ist die weit schwierigere Aufgabe, einen gefährlichen Mythos abzubauen. Wir können diese Aufgabe nicht mehr als „metajuristische“ abweisen und wir dürfen auch nicht bei der bloßen Aporetik stehen bleiben.

### I. Die dezisionistisch-totalitäre Auffassung der Demokratie

Was wir hier als „dezisionistisch-totalitäre Auffassung“ der Demokratie bezeichnen, ist nicht die Lehre eines bestimmten Autors<sup>2</sup> oder einer bestimmten Schule, wohl aber ein Versuch, einige dominierende Tendenzen, die — offen oder verdeckt — das „demokratische“ Denken, insbesondere auch die „demokratische“ Verfassungstheorie, weithin bestimmen, in einer „Gesamtkonzeption“ zusammenzufassen. Dieser Vorstellungskomplex „Demokratie“ stellt eine eigenartige Mischung rationaler und mythischer Elemente dar.

Das Kriterium dieser Auffassung von „Demokratie“ liegt nicht in einem Inhalt, sondern in der Art der obersten Entscheidung („Dezision“). Diese Vereinfachung führt schließlich folgerichtig zu der Identifikations-Reihe: „Demokratie“ = „Volkssouveränität“ = „Volkswille“ = „Wille der Mehrheit der stimmfähigen Bürger“ =

<sup>1</sup> Wir verwenden im Folgenden auch den Begriff „Demokratismus“ zur Kennzeichnung eben dieser Auffassung.

<sup>2</sup> Bei einzelnen Denkern lassen sich immerhin mehrere Momente dieses Denkens nachweisen, wie z. B. bei Rousseau und namentlich bei Sieyès.

„Wille der Mehrheit der an der Entscheidung teilnehmenden stimmfähigen Bürger“.

Diese demokratische Entscheidungsgewalt aber ist durch folgende Momente charakterisiert:

1. Die demokratische Mehrheit ist die oberste („soveräne“) Instanz des Staates<sup>3</sup>. Das heißt — im dezisionistischen Verständnis — weit mehr als „oberste Zuständigkeit“ oder „oberste Rechtsautorität“ oder „verfassungsgebende Gewalt“ (*pouvoir constituant*). Es ist die oberste politische Entscheidungsinstanz schlechthin. „Demokratisch“ ist eine Staatsform dann, wenn die letzte Entscheidung bei der Mehrheit des „Volkes“ liegt. Die „demokratische“ Legitimität basiert nicht auf irgendwelchen Inhalten (Normen, Werten, Traditionen), sondern sie ist formal-dynamischer Natur, d. h. durch die Art der letzten Entscheidung bestimmt.

2. Die demokratische Mehrheit entscheidet absolut. Sie ist nicht nur die oberste Instanz, sondern sie steht als solche auch über dem Recht. Schon Rousseau hat, von seiner Souveränitätsauffassung aus, die absolute Entscheidungsgewalt des Volkes sehr nachdrücklich betont; der „*corps du peuple*“, dessen Souveränität als „*un pouvoir absolu sur tous les siens*“ definiert wird, könne nicht durch ein verpflichtendes Grundgesetz, ja nicht einmal durch den „*contrat social*“ gebunden werden. „*La limiter (sc. l'autorité suprême), c'est la détruire!*“ Es wäre absurd, wenn sich der Volkswille solche „Ketten für die Zukunft“ anlegen würde<sup>4</sup>. Zwar hat auch Rousseau noch gewisse Schranken dieses Absolutismus anerkannt<sup>5</sup>, aber die Betonung des „absoluten, heiligen und unverletzlichen“ Charakters der Souveränität ist doch im *Contrat social* so stark und dominierend, daß die Folgezeit die konstitutionellen Einschränkungen zumeist übersehen hat. Rousseau hat den verabsolutierten Souveränitätsbe-

<sup>3</sup> Wir sehen hier von der völkerrechtlichen und bundesstaatlichen Problematik ab. Zum Verhältnis von Demokratie und Föderalismus vgl. *W. Kägi*, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus in „Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht“ (Zürich 1948), S. 53 ff. und die dort zit. Literatur.

<sup>4</sup> C. s. I/7, II/1, II/4, III/16.

<sup>5</sup> Einmal die Schranke, die seine optimistische Erwartung in die *volonté générale* hineinlegte (vgl. insbes. etwa II/3), der Glaube an die Wirksamkeit der „*loi de raison*“ usw.; sodann aber die Schranke, die darin liegt, daß das *pouvoir souverain* — „*tout absolu, tout sacré, tout inviolable qu'il est*“ — nur allgemeine, nicht konkrete Beschlüsse fassen darf (vgl. insbes. II/4, II/6, III/1; dazu auch Anmerkung 52 unten). Auch kann die Anrufung der Souveränität nicht von den völkerrechtlichen Verpflichtungen entbinden (I/7).

griff des Hobbes vom Monarchen auf das Volk übertragen. Es ist eine der folgenschwersten Tatsachen der Geschichte der Demokratie und des Rechtsstaates, daß der einflußreichste Theoretiker der modernen Demokratie nicht in der rechtsstaatlichen, sondern in der absolutistischen Tradition des abendländischen Staatsdenkens steht<sup>6</sup>. Das harte Wort von Benjamin Constant, das den *Contrat social* Rousseaus als „le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme“ bezeichnet<sup>7</sup>, hat diesen Sachverhalt im Auge; was der liberalen Epoche als Übertreibung erscheinen mochte, hat im Zeitalter des Neo-Absolutismus seine Bestätigung gefunden.

Aber erst das zwanzigste Jahrhundert hat die volle Verabsolutierung der demokratischen Mehrheitsentscheidung gebracht. Der Positivismus hat durch die Leugnung aller vor- und überstaatlichen Rechtsnormen die oberste Entscheidungsgewalt freigesetzt. Die demokratische Mehrheit als Souverän steht über dem Recht; Recht ist das — und folgerichtigerweise nur das —, was sie befiehlt. Auch die übrigen Attribute der absoluten Gewalt werden dem demokratischen Souverän vindiziert: Er ist nicht verantwortlich, nicht überprüfbar, unwiderstehlich. Das Korrelat der Verabsolutierung der Volkssouveränität ist die völlige Negation des *ius resistendi*<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Daß im Denken Rousseaus auch wichtige rechtsstaatliche Elemente nachgewiesen werden können, soll damit nicht bestritten werden. Vgl. dazu insbesondere *Hans Nef*, J. J. Rousseau und die Idee des Rechtsstaates, in „Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte“, Bd. 5, S. 167 ff. Aber die absolutistische (radikaldemokratische) Tendenz ist trotz allem dominierend, insbesondere im *Contrat social*, durch den Rousseau im Staatsdenken vor allem gewirkt hat. Vgl. auch *Bertrand Russel*, Philosophie des Abendlandes (1950), S. 580.

<sup>7</sup> *Oeuvres Politiques*, Ed. Louandre (Paris 1874), S. 5 ff., 271. *Constant* verneigt sich vor der Größe Rousseaus und bezweifelt auch seine Liebe zur Freiheit keineswegs. Und doch ist das im Text zitierte harte Verdikt keine leichtfertige beiläufige Äußerung, sondern sie findet sich in einem Kapitel, das sich ausführlich mit der falschen Verabsolutierung der Volkssouveränität (zu der sich Constant eindeutig bekennt) auseinandersetzt. Das „principe éternel“, das im Rechtsdenken gefestigt und verteidigt werden muß, lautet: „Aucune autorité sur la terre n'est illimitée, ni celle du peuple, ni celle des hommes qui se disent ses représentants, ni celle des rois, à quelque titre qu'ils règnent, ni celle de la loi, qui, n'étant que l'expression de la volonté du peuple ou du prince, suivant la forme du gouvernement, doit être circonscrite dans les mêmes bornes que l'autorité dont elle émane“ (S. 9).

<sup>8</sup> Vom Boden eines positivistischen demokratischen Staatsdenkens aus ergibt sich eine doppelte Negation des Widerstandsrechtes: Einmal die positivistische These, die, voraussetzungsgemäß, jedes vor- und überstaatliche Recht ablehnen muß; sodann aber die demokratische These, die jeden Widerstand

Die letzte Steigerung im Prozeß der Verabsolutierung der demokratischen Entscheidungsgewalt brachte aber erst das dezisionistische Denken. Während ein gemäßigter Positivismus immer noch gewisse (rechtliche und sittliche) Normen, Formen und Spielregeln als (selbstverständliche) Schranken auch des demokratischen Souveräns voraussetzte, wird im dezisionistischen Denken die souveräne Entscheidung mit letzter Folgerichtigkeit verabsolutiert. Die radikale Normfeindlichkeit dieses Denkens — sein Absolutismus — äußert sich aber nicht nur in der Behauptung der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der souveränen Gewalt, sondern auch in der eigenartigen Verkehrung der Bestimmung des Trägers der Souveränität: „Souverän ist, wer im Ausnahmezustand entscheidet“<sup>9</sup>. Nicht nur entfällt hier jedes normative Element in der Bestimmung der souveränen Gewalt, sondern die Entscheidung gegen die positiven Normen des normalen Rechtes wird geradezu zum Kriterium der Souveränität erhoben<sup>10</sup>.

Was diese Verabsolutierung bedeutet, wird im Zusammenhang mit der Behandlung der weiteren Attribute der demokratischen Gewalt deutlicher werden.

3. Die demokratische Mehrheit ist allzuständig. Die neuere Literatur spricht sehr häufig vom demokratischen „Absolutismus“ oder von der „absoluten“ Demokratie<sup>11</sup>. Man meint damit etwas, das mit der unter Ziff. 2 behandelten Verabsolutierung der Entscheidungsgewalt zwar eng zusammenhängt und doch davon unterschieden werden muß. Der Neo-Absolutismus unserer Zeit spricht der Staatsgewalt nicht nur absoluten, sondern auch umfassenden („totalen“) Charakter zu.

Auch diese Entwicklung ist ideologisch sehr grundlegend von

---

gegen das Volk (bzw. die Volksmehrheit) a priori als illegal und illegitim verneint. — Nach *Rousseau* aufersteht das *ius resistendi* des Volkes dann, wenn die Regierung die Souveränität, die dem Volke zukommt, usurpiert. Die Bürger treten dann wieder in ihre „*liberté naturelle*“ ein (III/10, vgl. auch I/6).

<sup>9</sup> *Carl Schmitt*, Politische Theologie, 2. Aufl. (1934), S. 11 ff.

<sup>10</sup> Diese dezisionistische Auffassung bedeutet eigentlich a priori die Leugnung der Volkssouveränität, denn im Ausnahmezustand wird gerade nicht das Volk entscheiden.

<sup>11</sup> Vgl. *W. Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung, insbesondere S. 152 ff. und die dort zit. Literatur. Aus der seitherigen Literatur vgl. etwa *Bertrand de Jouvenel*, *Du pouvoir* (Paris 1945), insbesondere 353 ff., 379 ff.; *J. L. Talmon*, *The Origins of Totalitarian Democracy* (London 1952); und *Reinhold Niebuhr*, *The Children of Light and the Children of Darkness* (1945).

*Rousseau* her bestimmt worden. Das große Anliegen des „citoyen de Genève“ ist zwar zweifelsohne die Freiheit gewesen. Sie war das hohe Ziel des Contrat social: den Einzelnen und seine Güter zu schützen und zwar so, daß er auch im politischen Verband nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie zuvor. Aber die Grundvoraussetzung, um zu diesem „corps politique“ zu kommen, ist die „aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté“; alle Klauseln des Gesellschaftsvertrages lassen sich auf diese eine zurückführen. Diese „aliénation totale“ aber ist für *Rousseau* unbedenklich, weil diese Bedingung für alle gleich ist, weshalb auch keiner ein Interesse hat, sie für die andern irgendwie belastend zu machen; gerade diese „aliénation sans réserve“, die den einzelnen unter die „suprême direction de la volonté générale“ stellt, macht die Vereinigung erst so vollkommen als möglich<sup>12</sup>.

Dieser Gedanke der „aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté“, der bei *Rousseau* durch eine Reihe von optimistischen Erwartungen verharmlost wird, ist in primitiverer Form in die Ideologie des massiven Demokratismus übergegangen: die Idee der allumfassenden („totalen“) Zuständigkeit des Volkes. Die oberste Zuständigkeit ist nicht nur absolut in dem eben dargelegten Sinne, sondern auch unbeschränkt und unbeschränkbar.

Die positivistische Rechtstheorie hat diesen Gedanken in die Dogmatik des demokratischen Staatsrechtes übernommen in der These von der „juristischen Allmacht“ („formale Omnipotenz“, „potentielle Totalität“)<sup>13</sup>. Im liberalen Zeitalter war es gleichsam ein Dogma ohne praktische Folgerungen und insofern harmlos. Die liberalen Theoretiker dementierten ethisch-politisch, was ihnen juristisch — als Abschluß des Systems — von ihren positivistischen Voraussetzungen her unausweichlich schien.

Aber das Dogma von der „formalen Omnipotenz“ ist doch zu starker Auswirkung gelangt in einer Zeit, wo den Grundwerten des Rechtes nicht mehr die selbstverständliche Geltung eines „bloc

<sup>12</sup> C. s. I/6. Diese „totalitäre“ Formel hat ihr großes Vorbild in *Hobbes*, De cive V/7.

<sup>13</sup> *Anschütz*, Verwaltungsarchiv, Bd. V, S. 14: „Der Staat ist — rechtlich — allmächtig“; *Georg Meyer/Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 7. Aufl., S. 29; *Richard Thoma*, Handbuch des deutschen Staatsrechtes, Bd. 2 (1932), S. 141; *Giacometti*, Staatsrecht der Schweiz. Kantone (1941), S. 164.

des idées incontestables“ (Maurice Hauriou) zukam. Der Ausweitung der staatlichen Zuständigkeit standen nun keine rechtlichen Hindernisse mehr entgegen; der Wille der Mehrheit macht jeden Entscheid eo ipso rechtmäßig.

Erst die Verbindung des absolutistischen mit dem totalitären Gedanken hat zu jener Allmachtsvorstellung geführt, welche das demokratische Denken des 20. Jahrhunderts in so verhängnisvoller Weise radikalisiert und verfälscht hat<sup>14</sup>.

4. Die demokratische Mehrheit ist an keine Form gebunden. Diese Formfeindlichkeit ist allem Absolutismus wesenseigen. Eine frühe Apologie, um nicht zu sagen Apotheose der völligen Ungebundenheit des demokratischen Souveräns, die stark auf die Theorie des Staatsrechts und auf die Verfassungspolitik eingewirkt hat, ist die Lehre des *Abbé Sieyès*<sup>15</sup>. Zwar anerkennt er die Bindung der „pouvoirs constitués“ an die Verfassungsgesetze<sup>16</sup>, lehnt aber jede solche Bindung des Souveräns selbst, der Nation, radikal ab. Die Nationen sind in ihrer bindungslosen Freiheit und Unabhängigkeit von jeder Form wie Individuen im Naturzustand<sup>17</sup>. „De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les

<sup>14</sup> Es ist unhaltbar, Rousseau einfach als „Anhänger“ des totalen Staates zu bezeichnen. Wir erinnern nochmals an die Schranken, die er anerkannt wissen wollte (vgl. oben Anmerkung 5 und 6). In der Staatspraxis des Totalstaates des 20. Jahrhunderts würde er zweifelsohne eine Verletzung des „pacte social“ sehen, die den Einzelnen wieder in seine „premiers droits“, in seine „liberté naturelle“ zurückkehren läßt (I/6 al. 5). Trotzdem aber ist Rousseau zu einem Wegbereiter des totalitären Staates geworden. Vgl. die in Anmerkung 11 zit. Werke von *Bertrand de Jouvenel* und *Talmon*.

<sup>15</sup> Vgl. vor allem *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* Über Sieyès und seine Lehren neben der älteren Arbeit von *Egon Zweig*, *Die Lehre vom pouvoir constituant* (1909), nun insbesondere *Paul Bastid*, *Sieyès et sa pensée* (1939).

<sup>16</sup> *Sieyès* selbst hat in seiner Rede vor der Convention vom 2. Thermidor des Jahres III diese Unterscheidung von „pouvoir constituant“ und „pouvoirs constitués“ als epochemachende Errungenschaft der Politik und der Wissenschaft gefeiert und sie — was historisch angesichts der nordamerikanischen Verfassungsgeschichte allerdings nicht haltbar ist! — als französische Entdeckung beansprucht. Vgl. *Esmein/Néard*, *Éléments de Droit constitutionnel*, Bd. I, S. 613, Anmerkung 42.

<sup>17</sup> Es gibt kaum ein Dokument, das für die moderne Wende zum Voluntarismus und Dezisionismus so aufschlußreich ist wie diese berühmte Kampfschrift der Großen Revolution. Einige Ansätze finden sich schon bei *Rousseau*, genauer: beim *Rousseau des Contrat social* (1762); der spätere *Rousseau* hat den früheren Radikalismus doch zum Teil gemäßigt. Vgl. vor allem seine *Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Réformation projetée* en Avril 1772.

formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême... Ne craignons point de le répéter: Une nation est indépendante de toute forme; et, de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif<sup>18</sup>. Diese gleiche souveräne Freiheit von aller Form vindiziert Sieyès aber auch für die verfassunggebende Nationalversammlung; auch in der Umschreibung ihrer Souveränität kehren noch einmal jene Formeln wieder, die jede normative Ordnung ablehnen. „Ils (sc. les représentants) sont indépendants comme elle (sc. la Nation). Il leur suffit de vouloir comme veulent des individus dans l'état de nature; de quelque manière qu'ils soient députés, qu'ils s'assemblent ou qu'ils délibèrent, pourvu qu'on ne puisse pas ignorer (et comment la Nation qui les commet l'ignorerait-elle?) qu'ils agissent en vertu d'une commission extraordinaire des peuples, leur volonté commune vaudra celle de la nation en elle même“<sup>19</sup>.

Die Nation, beziehungsweise ihre Repräsentation, die Assemblée Nationale, ist das „unnormierbar Normierende“. Die völlige Bindungslosigkeit und Formlosigkeit wird als letzte Steigerung der Souveränität empfunden. Die Thesen von Sieyès erscheinen wie eine frühe Vorwegnahme dezisionistischer Gedankengänge des 20. Jahrhunderts. Die weitverbreitete Norm- und Formfeindlichkeit des demokratischen Denkens hat ideengeschichtlich hier eine ihrer wichtigsten Wurzeln.

Die frühe Saat ist erst im 20. Jahrhundert voll aufgegangen. Das, was man in den meisten Staaten als „Krise der Legalität“ oder noch grundsätzlicher als „Krise des Gesetzes“ diagnostiziert hat<sup>20</sup>, ist ein ernstes Symptom eines Prozesses, in dem das „demokratische“ Prinzip — in seinem dezisionistischen Mißverständnis! — sich gegen das rechtsstaatliche Prinzip wendet<sup>21</sup>.

5. Die demokratische Mehrheit läßt sich nicht repräsentieren. Rousseau hat auch mit dieser Lehre, die für ihn ein grundlegendes

<sup>18</sup> Qu'est-ce que le Tiers Etat? S. 115 f.

<sup>19</sup> A. a. O., S. 119 f.

<sup>20</sup> Vgl. die Nachweise bei W. Kägei, *Verfassung als rechtliche Grundordnung*, S. 9 ff., 27 ff., 30 ff.; für die neuere Literatur vgl. *Hans Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, in dieser Festschrift S. 59 ff.

<sup>21</sup> Die Entwicklung kann besonders klar am Beispiel des Gesetzesbegriffes — die Entartung des rechtsstaatlichen zum politischen Gesetzesbegriff — verfolgt werden. Vgl. Kägei, *Verfassung als rechtliche Grundordnung*, S. 169 ff.



Dogma war, stark auf die demokratische Ideologie der Folgezeit eingewirkt. Die Souveränität, die für ihn nichts anderes war als die Ausübung der „volonté générale“, kann nicht veräußert oder übertragen werden; und der Souverän kann nur durch sich selbst vertreten werden. „La volonté générale ne se représente point“<sup>22</sup>.

Damit aber wäre die praktische Verwirklichung der Demokratie auf kleine und kleinste Gemeinwesen begrenzt, da nur hier die unmittelbare Präsenz des Souveräns — in der Form einer umfassenden Volksversammlung (Landsgemeinde) — möglich ist<sup>23</sup>. Das Bestreben, die Demokratie auch in größeren Gemeinwesen zu verwirklichen, hat denn auch unausweichlich repräsentativen Gestaltungen gerufen. Das liberale Zeitalter war eine hohe Zeit für die Idee der Repräsentation: vor allem das Parlament als Repräsentation des Volkes. Diese Idee aber war eng und zwingend verbunden mit konstitutionell-rechtsstaatlichen Ideen.

Immer wieder hat aber das demokratische Prinzip gegenüber solcher Relativierung und Mäßigung seine Rechte geltend gemacht. Dies geschah entweder so, daß eine der drei Gewalten — in aller Regel das Parlament — als die „eigentlich“ demokratische den absoluten Vorrang beanspruchte und so anstelle des Gleichgewichts eines koordinierten Gewaltensystems eine ausgeprägte Hierarchie der Gewalten setzte<sup>24</sup>; oder aber der Wille der demokratischen Mehrheit behauptete über alle Repräsentationen wie überhaupt über alle verfassungsmäßigen Organzuständigkeiten hinweg sein absolutes Recht. Der massiv-absolutistische Demokratismus des 20. Jahrhunderts ist nicht vom Gedanken der Repräsentation, sondern der Identität beherrscht, das heißt die Repräsentanten haben nicht die feste Stellung verfassungsmäßiger Kompetenzträ-

<sup>22</sup> C. s. II/1, III/13, III/15. Rousseaus Contrat social war auch in dieser Hinsicht das „Evangelium des konsequenten Radikalismus“ (Otto Gierke).

<sup>23</sup> Ein Zusammenhang, den Rousseau selbst noch sehr klar gesehen hat: C. s. III/4, III/12, 13, III/15 a. E. und indes. auch Gouvernement de Pologne, Kap. 5 (unter der Überschrift „Vice radical“!). Vgl. dazu auch H. Weilenmann, Pax Helvetica (Die Demokratie der kleinen Gruppen), 1951, S. 280 ff.; Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Bd. II, S. 254.

<sup>24</sup> Vgl. schweizerische Bundesverfassung, Art. 71. Dazu Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 172 ff.; K. von Orelli, Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung und seine Wandlungen, insbesondere im schweiz. Bund (ZüDiss. 1947), S. 62 ff., 68 ff.; Kurt Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde (Berner Diss. 1949), S. 31 ff., 315 ff. Für das franz. Recht vgl. Carré de Malberg, La loi, expression de la volonté générale (Paris 1931), S. 16 ff.

ger, sondern lediglich die labile Position eines Beauftragten, eines „agent“ im Sinne Rousseaus<sup>25</sup>. Ein wichtiger Grundzug in der Entwicklung zu dem, was man mit dem Schlagwort der „Massendemokratie“ bezeichnet, ist jedenfalls auch diese repräsentationsfeindliche Tendenz des modernen Demokratismus.

6. Die Gewalt der demokratischen Mehrheit ist unteilbar. Dieser demokratische Monismus geht auf die Lehre von der Unteilbarkeit der souveränen Gewalt zurück. Bereits von *Bodin* formuliert, von *Hobbes* neu erhärtet, hat *Rousseau* dieses Dogma in das demokratische Staatsdenken eingefügt<sup>26</sup>. Die Auswirkungen dieser monistischen Tendenz gingen nach zwei Richtungen:

Einmal die Ablehnung der Gewaltenteilung als organisatorisches Grundprinzip für die Ordnung der obersten Staatsgewalten. Das Dogma von der Unteilbarkeit der Souveränität war eines der großen Hindernisse in der Entwicklung der rechtsstaatlichen (konstitutionellen) Doktrin<sup>27</sup>. Die Verneinung jeder Gewaltenteilung, welche die monarchischen Staatsrechtsdenker vom Boden der Fürstensouveränität aus erhoben hatten, hat Rousseau dann vom Boden der Volkssouveränität her mit nicht geringerer Schärfe ausgesprochen. Im 2. Kapitel des 2. Buches des *Contrat social* wird unter dem Titel „Que la souveraineté est indivisible“ die Gewaltenteilungslehre mit beißender Ironie abgelehnt. Was Rousseau hier vorträgt, ist keine Auseinandersetzung mit der Gewaltenteilungslehre, sondern lediglich eine Erhärtung des Dogmas von der Unteilbarkeit der Souveränität. An kaum einer anderen Stelle seines Werkes tritt sein Monismus mit solcher Unerbittlichkeit an den Tag. Das große Anliegen des Postulates der Gewaltenteilung wird nicht einmal geprüft. Die Ablehnung steht für Rousseau a priori fest. Die „souveraineté partagée“ ist eine *contradictio in adiecto*; die Gewaltenteilung macht aus dem Souverän ein „être fantastique“<sup>28</sup>.

Etwas von diesem rechtsstaatsfeindlichen Gewaltenmonismus hat stark in der Geschichte nachgewirkt. Für ein dezisionistisches Verständnis der Demokratie müssen auch die Schranken der Gewaltenteilung vor der absoluten und ungeteilten Gewalt

<sup>25</sup> Vgl. insbesondere C. s. III/1.; *Carré de Malberg*, a. a. O., S. 29 ff., 43 ff., 175 ff.; *Emile Giraud*, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif* (1938), S. 83 ff.

<sup>26</sup> *Gierke*, *Althusius*, 3. Aufl., S. 151 ff., 176 ff., 201 ff., 285 ff.

<sup>27</sup> *Gierke*, *Genossenschaftsrecht*, Bd. IV, S. 466 ff.

<sup>28</sup> C. s. II/1.

des Volkes zurücktreten. Auch jene grundlegende Unterscheidung zwischen „conventions générales“ und „actes particuliers“, die Rousseau streng gewahrt wissen wollte<sup>29</sup> — insofern anerkannte auch er eine Gewaltenteilung, ja sogar eine Beschränkung der Souveränität des Volkes —, ist im radikaldemokratischen Denken<sup>30</sup> stark verblaßt oder überhaupt entfallen<sup>31</sup>. Für den voluntaristischen Dezisionismus kann auch diese Norm keinen Bestand mehr haben: die „souveräne“ Gewalt kann sowohl generell-abstrakt wie individuell-konkret statuieren<sup>32</sup>. In der letzten Steigerung aber führt diese Normfeindlichkeit zur Entartungsform der Sic volo-sic iubeo-Demokratie<sup>33</sup>.

Die gewaltenmonistische Tendenz des Demokratismus aber ist noch nach einer anderen Richtung zu machtvoller Auswirkung gelangt: in der Gegenbewegung gegen den Föderalismus. Auch das Mißtrauen des modernen Demokratismus gegenüber der „föderativen Gewaltenteilung“, ja gegenüber jeder Form des Pluralismus, ist gleichsam kongenital. *Rousseau* war zwar zwischenstaatlich ein Vertreter der Föderationsidee<sup>34</sup>; aber innerstaatlich hat er jede Form des Pluralismus als Gefährdung der Demokratie unerbittlich abgelehnt. Dieses monistische — unitarisch-zentralistische — Denken hat der französischen Revolutionsideologie das Gepräge gegeben. Die „république une et indivisible“ wurde zum großen Postulat der staatsrechtlichen Entwicklung. „Vereinheitlichung“ wurde weithin gleichbedeutend mit „Fortschritt“ und der Einheitsstaat wurde zur Normalform des Staates erhoben.

Auch im Demokratismus des 20. Jahrhunderts finden wir diese monistische Tendenz sehr ausgeprägt, ja in mehrfacher Hinsicht sogar noch verstärkt. Ein egalitaristisches Mißverständnis der Gleich-

<sup>29</sup> C. s. II/4. Vgl. auch oben, Anm. 5 und unten Anm. 52.

<sup>30</sup> Das Wort „radikaldemokratisch“ wird hier nicht in dem (in der Schweiz üblichen) parteipolitischen Sinne verwendet, sondern zur Bezeichnung der dezisionistischen totalitären Tendenzen. Vgl. Anm. 1.

<sup>31</sup> Ein relativistischer Positivismus hat auch diesen Gegensatz relativiert und das Postulat der generell-abstrakten Natur des Gesetzes als „bürgerliches Naturrecht“ nachzuweisen (und abzuwerten!) versucht. Vgl. *Kägi*, Verfassung als rechtliche Grundordnung, S. 30 ff., 169 ff.

<sup>32</sup> a. a. O., S. 173 f. Vgl. dazu auch unten Anm. 51, 64, 65.

<sup>33</sup> a. a. O., S. 165.

<sup>34</sup> C. s. III/15 a. E., insbes. auch Anm. 2 daselbst. Vgl. dazu *J. L. Windenberger*, La République confédérative des Petits Etats (Paris 1900); *Jacob ter Meulen*, Der Gedanke der internationalen Organisation in seiner Entwicklung, Bd. I, S. 92 f., 253 ff.

heit hat die Abneigung gegenüber der Vielgestaltigkeit und das Mißtrauen gegenüber jeder Form von Autonomie gesteigert. Nivellierung und Konformismus aber entziehen dem Föderalismus den Boden. Mit dem Abbau der föderativen Struktur (mit Einschluß der Gemeindeautonomie) aber fällt auch eine wichtige Gewähr des Rechtsstaates dahin<sup>35</sup>; mit der Beseitigung der föderativen Gewaltenteilung entfällt ein wichtiges Gegengewicht der demokratischen Tendenz zum Gewaltenmonismus.

7. Die demokratische Mehrheit entscheidet gerecht. Der Anspruch auf höchste, absolute Entscheidung sucht sich immer auch noch so zu rechtfertigen, daß der Träger dieser souveränen Entscheidungsgewalt zugleich als Träger der Gerechtigkeit erscheint. Wenn die Lehre von der Fürstensouveränität den Fürsten über das positive Recht stellte („*princeps legibus solutus*“, „*quod principi placuit, legis habet vigorem*“, „*error principis facit ius*“), so wurde dies stets auch damit begründet, daß die oberste Entscheidung auch inhaltlich die gerechte ist: „*omnia iura habet princeps in pectore suo*“<sup>36</sup>. Die Idee der Volkssouveränität hat dann im Kampf gegen die Fürstensouveränität den Anspruch des Volkes auf das Zuhöchstsein ebenfalls mit einer inhaltlichen Begründung stützen müssen: Ausdruck der Gerechtigkeit ist nicht mehr der Wille des Monarchen, sondern der Wille des Volkes. Dem „*Gottesgnadentum des Fürsten*“ wird gleichsam das „*Gottesgnadentum des Volkes*“ entgegengestellt<sup>37</sup>.

*Rousseau* hat diese Gerechtigkeit der *volonté générale* zugeschrieben<sup>38</sup>. Ein massiveres demokratisches Denken der Folgezeit hat dies dann kurzweg auf die Mehrheit übertragen. Die normfeindliche Tendenz dieses demokratischen Dezisionismus aber wird oft noch dadurch idealisiert, daß man die unmittelbare und freie Verwirklichung der Gerechtigkeit durch die konkrete Entscheidung des Volkes als das Vollkommenere der bloß mittelbaren, die über

<sup>35</sup> Vgl. W. Kägi, *Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus*, a. a. O., S. 59 ff., 65 ff. Für die Zusammenhänge zwischen Rechtsstaat und Gemeindeautonomie vgl. nun insbes. *Max Imboden* in dieser Festgabe, S. 89 ff.

<sup>36</sup> O. Gierke, *Althusius*, S. 266 f. (mit der Berichtigung auf S. 365).

<sup>37</sup> H. Kelsen, *Wesen und Wert der Demokratie*, S. 99 f.

<sup>38</sup> C. s. II/3. *Rousseau* sah die *volonté générale* von der *volonté de tous* und von den *associations partielles* her gefährdet.

das Gesetz (im Sinne einer generell-abstrakten Norm) geht, gegenüberstellt<sup>39</sup>.

8. *Vox populi — vox Dei!* Selten wird diese blasphemische Formel heute noch angerufen und doch drängt sie sich hier, wenn wir die aufgewiesenen Tendenzen zusammenfassen, geradezu auf. Das sind nicht mehr Aussagen über eine begrenzte und begrenzende menschliche Ordnung, sondern das ist der Prozeß der Deifikation, der Vergötzung. Die Eigenschaften, die hier für die oberste Entscheidungsgewalt — für die Mehrheit — beansprucht werden, sind die „Eigenschaften Gottes“. Auf Schritt und Tritt stoßen wir denn auch auf säkularisierte theologische Begriffe. „Demokratie“ wird zur allumfassenden, totalen Ordnung. Der „demokratischen“ Entscheidungsgewalt wird eine Allmacht zugeschrieben, die an den theologischen Allmachts-Begriff erinnert<sup>40</sup>. „Demokra-

<sup>39</sup> Immer wieder setzt sich das Rechtsdenken mit der Unvollkommenheit des Gesetzes, die mit seiner generell-abstrakten Natur gegeben ist, auseinander. Immer wieder wird dabei auch erkannt, daß die freie Entscheidung („Dezision“) in dem Sinne der gesetzesgebundenen Entscheidung überlegen ist, als sie das Recht auf den konkreten Fall zuschneiden, das heißt viel stärker individualisieren kann als die gesetzesanwendende Entscheidung. Schon einzelne mittelalterliche Denker haben den Rex als „lex animata“, welche stets der einmalig-konkreten Situation gerecht zu werden vermag, der (notwendigerweise starren) „lex inanimata“ gegenübergestellt. Vgl. z. B. *Engelbert von Volkersdorf*, zit. bei *Otto Gierke*, *Althusius*, S. 267, Anm. 5.

Dieses Problem muß ein lebendiges Rechtsdenken immer wieder neu beschäftigen. Die Illusion aber droht dort, wo man den Übergang zum Dezisionismus postuliert. Wo man vom gesetzlichen Recht zur Methode der freien Entscheidung im Sinne des Dezisionismus übergeht, wird das Ergebnis nicht jener Aufschwung zur gerechten Entscheidung sein, sondern das Absinken in eine Praxis der regellosen Willkür. Man vergleiche etwa die Apologien des Dezisionismus zu Beginn des „Dritten Reiches“ mit der Rechtswirklichkeit, die sich dann in der Folge daraus ergeben hat.

Der „Normativismus“ schneidet gegenüber dem „Dezisionismus“ in der Regel deshalb so schlecht ab, weil man die ungerechte Entscheidung auf Grund eines mangelhaften Gesetzes mit dem Ideal der freien Entscheidung, die im direkten Griff das Gerechte verwirklicht, konfrontiert.

Auch im demokratischen Denken findet sich diese Idealisierung des freien Volksentscheides, der die Gerechtigkeit direkt verwirklicht. Vgl. dazu *Kägi*, *Verfassung als rechtliche Grundordnung*, S. 18 ff., 94 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *Boutmy*, *Annales des Sciences politiques* 1902, S. 418 (zit. bei *Carl Schmitt*, *Polit. Theologie*, 2. Aufl., 1934, S. 60): „Rousseau applique au souverain l'idée que les philosophes se font de Dieu: il peut tout ce qu'il veut; mais il ne peut vouloir le mal.“ — In einem gewissen Sinne erscheint diese „Allmacht“ der politischen Entscheidungsgewalt sogar noch gesteigert gegenüber dem Allmachtsbegriff der Theologie. Eine Allmacht (*omnipotentia*) als „*potentia absoluta*“ (oder: „*potentia inordinata*“) ist dem Neuen Testament unbekannt. Vgl. dazu

tismus“ aber wird recht eigentlich zum Religionsersatz, zur „politischen Religion“<sup>41</sup>.

\*

Was wir im Vorstehenden als dezisionistisch-totalitäre Auffassung der Demokratie aufgewiesen haben, wird zwar von keinem Theoretiker des Demokratismus als geschlossenes System vertreten. Auch wenn man die einzelnen Tendenzen bejaht, so scheut man sich oft doch, sie in die klare, kompromißlose Form der dogmatischen Aussage zu bringen, und selbst dann, wenn man alle diese Dogmen, die wir oben entwickelt haben, einzeln bejaht, schreckt man doch davor zurück, sie insgesamt offen zu vertreten, denn im System dieser Dogmen wird das Ungeheuerliche dieses Anspruchs — der „demokratische Leviathan“! — vollends deutlich.

Aber die Vorstellungen der Allmacht, der Unwiderstehlichkeit, der Allzuständigkeit des Volkes (bzw. der Mehrheit) sind lebendig und ihre motivierende Kraft ist deshalb nicht geringer, weil diesem Demokratismus eine geschlossene Dogmatik fehlt. Im vulgär-

---

*Emil Brunner*, Die christliche Lehre von Gott (Dogmatik, Bd. I) S. 265 ff., 316 ff.; *Karl Barth*, Kirchliche Dogmatik, Bd. II/1 (1940) S. 587 ff. — Die moderne Vorstellung einer „unendlichen Potentialität“ — einer Allmacht, die auch die Freiheit zur Willkür in sich schließt — hat entscheidend beigetragen zur Entfesselung der revolutionären Dynamik unseres Jahrhunderts.

<sup>41</sup> Vgl. dazu *Erich Voegelin*, Die politischen Religionen (1939), S. 12 ff. „Daß die Staatsgewalt ursprünglich oder absolut sei, ist nicht mehr ein Urteil des den Staat Erkennenden, sondern das Dogma eines Gläubigen. Die Existenz des Menschen verliert in seinem Erlebnis an Realität, der Staat zieht sie an sich und wird zum wahrhaft Realen“ (S. 14). *Alexandre Vinet*, Philosophie morale et sociale, Bd. II, S. 103, 135; Litt. française au XIX<sup>e</sup> siècle, Bd. I. S. 437; *G. Ferrero*, Pouvoir (Les génies invisibles de la Cité), S. 51 ff. „La volonté générale est un absolu de caractère religieux“ (S. 52); *Bertrand de Jouvenel*, Du Pouvoir (1945), S. 52 ff., 58 ff.

Ein entscheidender Faktor in diesem Prozeß der Verabsolutierung der Demokratie war der Nationalismus, die Verbindung des nationalen Prinzips mit dem politischen Prinzip der Demokratie. Vgl. dazu insbes. *Heinz O. Ziegler*, Die moderne Nation (1931) S. 7 ff. (die „neue und unvergleichliche Allmacht des national legitimierten Staates“), 70 ff., 233 ff.; *H. Kohn*, Die Idee des Nationalismus (1950), S. 21 ff., 257 ff.

Ein weiterer wichtiger Faktor in der Steigerung der Allmacht war sodann die Demokratie als Hebelarm zur Lösung der sozialen Frage, und zwar wiederum eine dezisionistisch verstandene Demokratie, die im Wege des Volksentscheides (d. h. des Mehrheitsentscheides) — wenn nötig über alle Formen und Normen hinweg (Sieyès!) — das Gerechte unmittelbar verwirklicht. Ein einflußreicher Repräsentant dieser Tendenzen war *Harald Laski*. Vgl. vor allem seine *Reflections on the Revolution of our time* (1943).

demokratischen Denken — welches das Wesen der Demokratie auf die primitive Formel der „Herrschaft der 51 Prozent“ reduziert — brechen sie zuweilen elementar durch, in der revolutionären Aktion alle rechtsstaatlichen Schranken mißachtend. Aber auch in der Verfassungspraxis der konsolidierten rechtsstaatlichen Demokratien tritt uns diese Spannung als Kern der Verfassungsproblematik immer wieder entgegen.

## II. Die „Demokratie“ als Widersacher des Rechtsstaates

„Les institutions humaines sont de leur nature si imparfaites qu'il suffit presque toujours, pour les détruire, de tirer de leur principe toutes les conséquences“ (Alexis de Tocqueville). Diese Erfahrungsweisheit ist, gerade im Blick auf die Demokratie, immer wieder neu bestätigt worden. Im Folgenden soll gezeigt werden, wie die extreme Durchführung des Prinzips der Demokratie diese zwangsläufig rechtsstaatsfeindlich werden läßt. Anhand einiger Beispiele aus der Verfassungspraxis der direkten Demokratie soll zunächst gezeigt werden, wie im einzelnen Fall sehr oft der „Rechtsstaat“ gegenüber der „Demokratie“<sup>42</sup> — die „Norm“ gegenüber der „Dezision“ — zurücktreten muß (a.); sodann aber soll den prinzipiellen Auswirkungen dieses dezisionistischen Denkens auf die Verfassungstheorie nachgegangen werden (b.).

a. Es ist auch nach positivistischer Auffassung grundsätzlich anerkannt, daß das Volk in allen Fällen, wo es nicht als verfassungsgebende Gewalt (*pouvoir constituant*) auftritt, lediglich eine verfassungsmäßige Zuständigkeit ausübt. Das ist dort besonders deutlich, wo das „Volk“ — wie in der bundesstaatlichen Ordnung — nur ein Faktor („Teilorgan“) der verfassungsgebenden Gewalt ist<sup>43</sup>. Aber es ist auch in jenen Verfassungen grundsätzlich nicht anders, wo das „Volk“ als „Einzelorgan“ sowohl Verfassungsgesetzgeber als auch gewöhnlicher Gesetzgeber ist, sich in diesen beiden Funktionen aber juristisch nur sehr wenig — z. B. durch relativ unbedeutende Abweichungen im Ver-

<sup>42</sup> Wir werden zu zeigen versuchen, daß die Antinomie, die man gewöhnlich mit diesen Begriffen andeutet, eigentlich nur eine Antinomie zwischen dem Rechtsstaat und einer dezisionistisch verstandenen (mißverstandenen!) Demokratie ist.

<sup>43</sup> *Fleiner/Giacometti*, Bundesstaatsrecht, S. 701 f.

fahren — unterscheidet<sup>44</sup>. Ebenfalls in Ausübung einer verfassungsmäßigen Zuständigkeit handelt das „Volk“ als Träger des „Volksinitiativrechtes“.

Diese verfassungsmäßigen Zuständigkeiten werden nun aber immer wieder in Frage gestellt durch Entscheidungen bzw. Begehren, die der gesetzlichen Ordnung widersprechen, die aber als „Volks“-Entscheide und „Volks“-Begehren den Vorrang gegenüber dem Normativen, zumal gegenüber allen „bloßen“ Verfahrensvorschriften, beanspruchen. Das „Volk“ handelt hier nicht in Ausübung einer verfassungsmäßigen Zuständigkeit, sondern erscheint als eine Gewalt, die über der Verfassung und dem Recht steht — *legibus solutus*. Die Akte des „Volkes“ gelten, selbst wenn sie Verfassungsnormen widersprechen. Die rechtsstaatliche Hierarchie der Normen, insbesondere die Hierarchie der Zuständigkeiten, muß vor dem „Volkswillen“ zurücktreten, der so gleichsam auf jeder Stufe mit dem Anspruch der verfassungsgebenden Gewalt auftritt. Die Logik des Rechtsstaates muß der Logik der Demokratie — einer dezisionistisch verstandenen Demokratie — weichen. „De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême... Et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle...“! Die rechtsstaatliche Hierarchie: „Volk“ als verfassungsgebende Gewalt — „Volk“ als verfassungsändernde Gewalt — „Volk“ als Teilorgan der verfassungsändernden Gewalt — „Volk“ als gesetzgebende Gewalt verblaßt vor dem Entscheid des „Volkes“, der nicht kraft irgendeiner Kompetenznorm, sondern unmittelbar kraft seiner „demokratischen“ Legitimierung Geltung beansprucht. Das „Volk“ handelt in jeder Form gleichsam als Souverän („apokryphe Souveränitätsakte“)<sup>45</sup>.

Auch in den Demokratien, wo das rechtsstaatlich-konstitutionelle Element im Verfassungsleben sich im allgemeinen als wirksam erweist, wird doch im Konfliktfall sehr oft dem demokratischen Prinzip der Vorrang eingeräumt<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Vgl. z. B. die Verfassung des Kt. Zürich, Art. 65; *Giacometti*, Staatsrecht der schweizerischen Kantone (1941), S. 464.

<sup>45</sup> *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928), S. 108.

<sup>46</sup> Noch häufiger ist allerdings der andere Konfliktfall: daß anstelle des nach Verfassung eigentlich zuständigen Volkes ein anderes Staatsorgan handelt (Mißbrauch des Notrechtes bzw. der Dringlichkeitsklausel, Umgehung des Volksent-



Die Mißachtung der rechtsstaatlich wesentlichen Unterscheidung zwischen der Zuständigkeit des Volkes als verfassungsändernder Gewalt und der Zuständigkeit des Volkes als einfachem Gesetzgeber erfolgt dort, wo das Volk in dieser letzteren Zuständigkeit tatsächlich die Verfassung ändert<sup>47</sup>. Für ein dezisionistisches Denken wiegt der Formmangel wenig angesichts der Tatsache, daß eben doch das Volk beschlossen hat. Diesem Denken fehlt auch das Sensorium für die rechtsstaatliche Anomalie eines Gesetzgebungsverfahrens, bei dem in der Volksabstimmung gleichzeitig über ein Gesetz und die als Grundlage dienende Verfassungsnorm entschieden wird<sup>48</sup>.

Die Antinomie von Demokratie und Rechtsstaat bricht auch dort auf, wo von Fall zu Fall — ohne verfassungsmäßige Ermächtigung<sup>49</sup> — Entscheidungen, die nach Verfassung in die Zuständigkeit des Parlamentes (oder der Regierung) fallen, dem Volk übertragen werden. Für ein dezisionistisches Denken ist eine solche Delegation nach oben a priori positiv zu werten, da es die Entscheidung ja der eigentlich legitimen Instanz überträgt. Für ein konsequent rechtsstaatliches Denken dagegen ist auch diese Verschiebung der Kompetenzen verfassungswidrig<sup>50</sup>. Und zwar wird diese Verfassungswidrigkeit nicht etwa durch den demokratischen Geist geheilt. Auch diese Delegation nach oben hat Teil an der

scheides). Vgl. dazu *Giacometti*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der Schweiz. Eidgenossenschaft (mit dem Untertitel „Das autoritäre Bundesstaatsrecht“), in der Festgabe für Fritz Fleiner zum 70. Geburtstag (1937), S. 45 ff.; derselbe: Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft (1945). Vom Rechtsstaat aus gesehen handelt es sich um die gleiche Erscheinung, da in beiden Fällen die angemäße „Dezision“ anstelle der verfassungsmäßigen Zuständigkeit tritt.

<sup>47</sup> In der schweizerischen Bundesverfassung ist dieses Verfahren insofern legitimiert, als die Überprüfung der rechtssetzenden Akte des Bundesgesetzgebers durch ausdrückliche Verfassungsnorm ausgeschlossen wird (BV Art. 113, Abs. 3). Diese Norm präzisiert den Vorrang der Bundesversammlung gegenüber dem Bundesgericht im System der Gewaltenteilung; aber gleichzeitig wird damit auch der Vorrang des (dezisionistisch-)demokratischen gegenüber dem rechtsstaatlichen Prinzip verankert (Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit!).

<sup>48</sup> Dieses Verfahren hat sich in der Schweiz, auf kantonalem Boden, da und dort leider ziemlich eingelebt. Es ist Ausdruck des Verblässens der Idee der Verfassung — ihrer Grundlegenden Bedeutung! — und wirkt seinerseits wieder in der Richtung der Abwertung. Was sich unter Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten empfehlen mag, ist unter grundsätzlich rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich.

<sup>49</sup> Vgl. z. B. Zürcher Kantonsverfassung Art. 30 Abs. 2 Ziff. 3.

<sup>50</sup> Wir gehen immer von dem Fall aus, wo eine ermächtigende Verfassungsnorm fehlt. Vgl. *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 756, Anmerkung 16.

rechtsstaatlichen Problematik aller Delegation von verfassungsmäßigen Kompetenzen. Der kritische Punkt solcher Delegationen aber ist das Moment der Verantwortlichkeit, an dem die Demokratie in gleicher Weise interessiert ist wie der Rechtsstaat. In vielen Fällen erfolgt die Übertragung der Entscheidung einer Frage an das Volk entgegen der verfassungsmäßigen Zuständigkeitsordnung nicht oder nicht eindeutig in demokratischer Absicht, sondern weil die verfassungsmäßig zuständige Instanz die Verantwortung, die sie nach der Verfassung tragen soll, nicht selbst tragen will.

Was so als normale Praxis eindeutig abzulehnen ist, kann als Ausnahme — als echte Ausnahme — unter Umständen gerechtfertigt sein<sup>51</sup>, z. B. für eine Entscheidung, die für ein Volk von schicksalsbestimmender Bedeutung ist. So könnte eine außenpolitische Entscheidung, z. B. der Beitritt zu einer völkerrechtlichen Staatenverbindung politischen Charakters (wie z. B. zu den Vereinigten Nationen) zwar zunächst eindeutig in die (abschließende) Kompetenz des Parlamentes oder der Regierung fallen, weil ein Volksentscheid in der betreffenden Verfassung überhaupt nicht oder jedenfalls nicht für diese Materie vorgesehen ist. Diese Entscheidung mag in einer rein formalen Analyse als Setzung eines individuell-konkreten Aktes im Gegensatz zu allen generell-abstrakten Akten erscheinen; einen solchen Akt dem Volksentscheid zu unterstellen aber wäre von hier aus eine willkürliche Ausnahme. Eine verbreitete Anschauung, die sich vor allem auch auf *Rousseau* berufen kann, will diese Grenze absolut gewahrt wissen: die „volonté générale“ kann legitimerweise nur über „conventions générales“ entscheiden; wo es sich dagegen um einen „objet particulier“ handelt, ist die souveräne Gewalt — trotz ihrer „Allmacht“ und „Heiligkeit“ — nicht mehr kompetent<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Kein Denker hat tiefer und leidenschaftlicher über dieses Problem der „Ausnahme vom Allgemeinen“ nachgedacht als *Soeren Kierkegaard*. Vgl. insbesondere *Furcht und Zittern*, S. 51 ff., 202 ff. *Carl Schmitt* war in seinen besseren Tagen durch dieses Problem bewegt. Vgl. *Politische Theologie*, S. 11 ff.

<sup>52</sup> C. s. II/4: „Ainsi, de même qu'une volonté générale à son tour change de nature, ayant un objet particulier, et ne peut, comme générale, prononcer ni sur un homme ni sur un fait.“ „On voit par là que le pouvoir souverain, tout absolu, tout sacré, tout inviolable qu'il est, ne passe ni ne peut passer les bornes des conventions générales... parce qu'alors, l'affaire devenant particulière, son pouvoir n'est plus compétent.“ II/6: „J'ai déjà dit qu'il n'y avait point de volonté générale sur un objet particulier...“ „L'objet des lois est toujours général.“ III/1 und passim.

So sehr wir an der generell-abstrakten Natur des Gesetzes im Rechtsstaat festhalten und darin ein wesentliches Kriterium für eine grundsätzliche Ausscheidung der Kompetenzen im System der Gewaltenteilung<sup>53</sup> wie in der Gestaltung der direkten Demokratie erblicken, so kann uns dieses Kriterium doch nicht als absolute Richtnorm für die Gestaltung der Verfassungsordnung der direkten Demokratie dienen. Zur „organischen Gewaltenkonfusion“ (Jakob Dubs), die unsere Verfassung kennzeichnet, gehört doch gerade auch dies, daß weder die Legislative (Bundesversammlung bzw. Kantonsrat oder Großer Rat) noch das Volk auf den Bereich der generell-abstrakten Normen begrenzt sind. Maßgebend für eine sinnvolle Verteilung kann nicht allein jene formale Natur der in Frage stehenden Kompetenzen sein, sondern es muß überdies ihr Gewicht in Betracht gezogen werden. Es ist der Sinn und Anspruch der direkten Demokratie, daß das Volk über die wichtigsten Akte des Staatslebens entscheidet. Der Kreis dieser „wichtigsten Akte“ aber läßt sich nicht a priori und allgemeingültig mit Hilfe jenes formalen Kriteriums bestimmen, sondern nur im Wege der Wertung: die für das Staatsleben grundlegenden Entscheidungen sollen dem Souverän direkt zukommen. Dazu gehört neben der Setzung der grundlegenden generell-abstrakten Normen auch die Setzung der grundlegenden individuell-konkreten Normen. Der Umfang dieser direkten Entscheidung des Souveräns bestimmt sich nach den positivrechtlichen Zuständigkeitsnormen. Sie wird in der kleinräumigen Demokratie, wo die persönliche Urteilsbildung leichter möglich ist, weiter gehen können als in der weiträumigen Demokratie. Die Setzung generell-abstrakter Normen durch das Volk umfaßt heute in den meisten Demokratien die Verfassungsgesetze, in einzelnen auch die gewöhnlichen Gesetze, ja in der Demokratie der Gemeinde da und dort überhaupt alle Erlasse gesetzgeberischer Natur; die Setzung individuell-konkreter Normen durch das Volk zeigt eine ähnliche Ausweitung vom Bund über die Kantone zu den Gemeinden, die sich da und dort wenigstens formal jener „Identität von Regierenden und Regierten“<sup>54</sup> annähert, die vielfach als demokratisches Ideal hingestellt wird.

Das verfassungsrechtliche Problem stellt sich also dort, wo ein

---

<sup>53</sup> Zwischen der Legislative einerseits und der Exekutive und Justiz andererseits.

<sup>54</sup> Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 234 ff.

demokratischer Staat eine Entscheidung von schicksalsbestimmender Bedeutung zu treffen hat, ohne daß die Verfassung ausdrücklich die Zuständigkeit des Volkes für diese Entscheidung oder auch nur für analoge (individuell-konkrete) Entscheidungen vorsehen würde. Wir haben früher als Beispiel die Entscheidung über den Beitritt zu einer völkerrechtlichen Staatenverbindung politischen Charakters gewählt. Abzulehnen ist eine Verfassungsauslegung, welche von der demokratischen Staatsform direkt auf die Zuständigkeit des Volkes schließen will (dezisionistische Auffassung); aber die entgegengesetzte These, die eine Zuständigkeit des Volkes überhaupt ablehnt, sofern sie sich nicht ausdrücklich aus dem Verfassungstext ergibt, ist nicht dadurch, daß sie sich an den Wortlaut der Verfassungsurkunde klammert, schon rechtsstaatlich. Die richtige Auslegung wird vielmehr versuchen, vom Sinnganzen der Verfassung aus zu bestimmen, ob eine Entscheidung von so grundlegender Bedeutung vorliegt, daß sie trotz Fehlens einer ausdrücklichen Zuständigkeitsnorm doch vom Volk — als Verfassungsgesetzgeber — getroffen werden muß<sup>55</sup>. Daß die Lösung hier nicht im Wege einfacher Subsumtion gefunden werden kann, ist kein Einwand<sup>56</sup>. Für eine materiale Rechtstheorie ist der Unterschied zwischen einer Entscheidung über den Beitritt zu einer politischen Staatenverbindung, der für die politische Existenz von schicksalshafter Bedeutung werden kann, und einem Verwaltungsakt, so grundlegend, daß die unterschiedliche Behandlung sich grundsätzlich begründen läßt; demgegenüber ist die Gemeinsamkeit als individuell-konkrete Akte, auf die eine formalistisch orientierte Theorie das entscheidende Gewicht legt, lediglich von sekundärer Bedeutung. —

Das dezisionistische Denken bedroht vor allem auch das richtige Verständnis der Volksinitiative als verfassungsrechtliches Insti-

---

<sup>55</sup> Vgl. den Beitritt der Schweiz zum Völkerbund. *Salis/Burckhardt*, Bundesrecht, Bd. I, Nr. 185, insbesondere S. 389, 391 ff.; Bd. II, Nr. 579. BV Art. 89 Abs. 4 (Staatsvertragsreferendum) war zur Zeit der Volksabstimmung über den Beitritt der Schweiz zum Völkerbund (16. Mai 1920) noch nicht geltendes Recht, aber die Initiative war immerhin schon seit einigen Jahren pendent. *Burckhardt*, Komm., S. 704, 713 f.

<sup>56</sup> Es handelt sich um eine grundlegende Entscheidung, an die der Verfassungsgesetzgeber bei der Ordnung der Kompetenzen nicht gedacht hat. Nicht eine opportunistische, sondern eine grundsätzliche Erwägung führt zu der angedeuteten Lösung.

tut. Die Volksinitiative ist ein „Antrag aus dem Volk an das Volk“<sup>57</sup>. Es ist nicht dem Ermessen der staatlichen Behörden anheimgestellt, einem solchen Begehren stattzugeben oder nicht; sie sind grundsätzlich verpflichtet, es an das Volk weiterzuleiten<sup>58</sup>. Haben aber die staatlichen Behörden nicht doch ein Prüfungsrecht gegenüber solchen Volksinitiativen und wie weit reicht es? Hier scheiden sich die Meinungen und zwar lassen sich, jedenfalls soweit sie grundsätzlich begründet sind, sehr deutlich die rechtsstaatliche und dezisionistische Position unterscheiden. Das dezisionistische Denken will das Prüfungsrecht auf das rein Formale begrenzen; so weit ein inhaltliches Prüfungsrecht nach einzelnen Seiten in der Verfassung ausdrücklich vorgesehen ist, muß es streng auf diese spezielle Kompetenz beschränkt werden<sup>59</sup>. Das Volk soll frei und ohne jede „Zensur“ über Volksbegehren entscheiden können; der Volksentscheid schafft das Recht. Das dezisionistische Denken führt in mehrfacher Hinsicht zu einer Abwertung, um nicht zu sagen Annihilierung des Normativen. Einmal wird den Revisionsvorschriften der Rechtscharakter abgesprochen<sup>60</sup>. Sodann aber wird behauptet, daß ein Volksinitiativbegehren nicht aus „bloß formellen“ Gründen abgelehnt werden dürfe; der „Volkswille“ müsse unter allen Umständen respektiert werden. Die Formvorschriften werden als „bloße Ordnungsvorschriften“ beiseitegeschoben<sup>61</sup>. Endlich lehnt das dezisionistische Denken auch inhaltliche Schranken der Revision ab, und zwar nicht nur für die Totalrevision, sondern auch für die Partialrevision. Im Wege eines Partialrevisionsbegehrens kann darnach jede Änderung verlangt werden; selbst eine Beschränkung der verfassungsändernden Gewalt in dem Sinne, daß die Abänderung grundlegender Prinzipien jedenfalls nicht im Wege einer bloßen Partialrevision erfolgen darf, wird abgelehnt. Sogar das

<sup>57</sup> *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 398.

<sup>58</sup> Das unterscheidet die Volksinitiativbegehren im Sinne von BV 89 und 120/121 grundlegend von den bloßen Petitionen auf Grund von BV 57.

<sup>59</sup> Z. B. BV Art. 121 Abs. 3. Dazu die berechtigte Kritik von *Z. Giacometti* in *Fleiner/Giacometti*, Bundesstaatsrecht, S. 733 ff.; derselbe in *SJZ*, Bd. 32, S. 93 ff.

<sup>60</sup> Bei einzelnen Theoretikern wird dies allerdings rein logisch begründet, vgl. vor allem etwa *W. Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 213 ff. Dazu *Z. Giacometti*, Bundesstaatsrecht, S. 701 ff.

<sup>61</sup> Vgl. die Kritik am Opportunismus in der Behandlung der Partialrevision bei *Z. Giacometti*, Bundesstaatsrecht, S. 720 ff. „Das demokratische Prinzip wird hier von der Praxis über die Bundesverfassung gestellt“ (S. 734 ff.; vgl. auch Anmerkung 85 daselbst).

rechtsstaatliche Erfordernis der generell-abstrakten Norm bildet keine Schranke; der Volkswille kann auch individuell-konkret statuieren und zwar nicht nur dort, wo es um Entscheidungen von schicksalsbestimmender Bedeutung geht, sondern auch dort, wo es sich um gewöhnliche Verwaltungsakte oder Urteile handelt<sup>62</sup>. Die rechtsstaatliche Forderung, wonach die konkrete Entscheidung nur „auf Grund eines Gesetzes“ und nicht „durch Gesetz“<sup>63</sup> erfolgen darf, habe für den Verfassungsgesetzgeber keine verbindliche Kraft. Es ist die Vorstellung, daß der Verfassungsgesetzgeber — auch in der Zuständigkeit der verfassungsändernden Gewalt — alles kann, sogar rechtskräftige Urteile und Verwaltungsakte abändern oder widerrufen<sup>64</sup>. Selbst die *lex individualis* in der Form der *lex pro re nata* oder der „bill of attainder“ kann — voraussetzungsgemäß — nicht als verfassungswidrig stigmatisiert werden. „De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême...!“ Die Volksinitiative aber degeneriert auf diesem Wege aus einer sinnvollen Institution der Volksgesetzgebung zu einem gefährlichen Instrument der politischen Agitation und Demagogie<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Als Beispiel aus neuester Zeit die erste der beiden Rheinau-Initiativen („Volksinitiative zum Schutze der Stromlandschaft Rheinfall/Rheinau“), BBl. Nr. 12 vom 26. März 1953, S. 673 ff. Dazu *Peter Liver* in der NZZ vom 1. Mai 1953, Nr. 1009 (auch als Sonderdruck der Zeitschrift „Der schweizerische Energie-Konsument“). „Ihrem Inhalt nach ist sie (sc. die erste Rheinau-Initiative) ein Urteil“; derselbe im „Bund“ vom 30. Juli 1953 Nr. 349.

<sup>63</sup> Diese Zusammenhänge hat der Carl Schmitt der Weimarer Zeit noch mit großer Klarheit aufgewiesen. Vgl. *Verfassungslehre* (1928), S. 152 f.; derselbe: *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung* (1926), S. 5 ff.

<sup>64</sup> Vgl. *W. Kägi*, *Verfassung als rechtliche Grundordnung*, S. 156 ff., 164 ff.

<sup>65</sup> „Das Begehren (der 1. Rheinau-Initiative) ist ein Aufruf zu einem Akt der Volksjustiz und gar nicht eine Verfassungsinitiative.“ *Peter Liver*, a. a. O.

Ein Indiz für die Wende zum dezisionistischen Denken ist auch der Umstand, daß die Zahl der Unterschriften für die Beurteilung der Initiativbegehren und ihre rechtliche Behandlung offensichtlich eine große Rolle spielt. Vgl. vor allem die Diskussion um die sogenannte „Kriseninitiative“ von 1935!

Das dezisionistisch-demokratische Denken betont immer wieder, daß die „Rechte des Volkes“ respektiert werden müssen. Die Wahrung — die eiferstichtige Wahrung — der „Rechte des Volkes“ muß in der Tat ein dauerndes Anliegen des demokratischen Verfassungsstaates sein. Aber gegenüber einem offensichtlich verfassungswidrigen Initiativbegehren ist doch in erster Linie das Grundgesetz zu schützen. Gegenüber der politisch wirksamen Behauptung, man müsse (selbst in einem verfassungswidrigen Initiativbegehren) den „Volks-

b. Das dezisionistische Rechtsdenken hat auch zu einer folgenreichen Entleerung des Verfassungsbegriffs in der Staatsrechtstheorie geführt. Es lassen sich in diesem Prozeß sehr deutlich einige Stadien aufweisen, obgleich die einzelnen Perioden nicht scharf umgrenzt werden können und in den einzelnen Staaten auch nicht parallel verlaufen sind<sup>66</sup>.

„Verfassung“ war in den Anfängen des modernen Verfassungsstaates noch eine normative Ordnung, in der gewisse Grundnormen als vor- und überstaatliche Rechte auch der obersten Entscheidungsgewalt (*pouvoir constituant*) entrückt waren<sup>67</sup>. Auch die verfassungsgebende Gewalt war also eine rechtlich begrenzte Zuständigkeit. Für dieses Verfassungsdenken bestand auch noch eine klare Hierarchie der grundlegenden Normen, indem die organisatorischen Normen den (vor- und überstaatlichen) Grundrechten nachgeordnet waren.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts kam es in der „klassischen“ Verfassungstheorie zur Ausbildung und Anerkennung des Dogmas von der „juristischen Allmacht“ des obersten staatlichen Gesetzgebers<sup>68</sup>. Positivistische und demokratische Gedanken haben sich in diesem Denken verbunden und gesteigert; die Leugnung vor- und überstaatlicher Rechte ist das Korrelat des demokratischen Allmachtsgedankens. Die Grundrechte sind grundsätzlich in gleicher Weise verfassungsmäßige Rechte wie die organisatorischen Bestimmungen der Verfassung; alles Verfassungsrecht ist durch den Verfassungsgesetzgeber gesetztes Recht, „einerlei Recht“, von gleicher Geltungskraft, ohne Rücksicht auf den Inhalt.

Die Logik des positivistisch-dezisionistischen Gedankens aber drängte weiter. Das Volk — als Verfassungsgesetz-

---

willen“ respektieren, müssen immerhin zwei Einwände erhoben werden: Einmal ist der Wille der Initianten nicht einfach mit dem „Volkswillen“ zu identifizieren und sodann muß in erster Linie doch jener Volkswille respektiert werden, der im Verfassungsgesetz seinen verbindlichen Niederschlag gefunden hat.

<sup>66</sup> Vgl. W. Kägi, Verfassung als rechtliche Grundordnung, S. 94 ff., 157 ff.

<sup>67</sup> Rechtstechnisch kam dieser vor- und überstaatliche Charakter darin zum Ausdruck, daß man die Grundrechtsverbürgungen gar nicht in die geschriebene Verfassung aufnahm (so anfänglich in den USA; aber schon die ersten 10 *amendments* vom 25. September 1789/15. Dezember 1791 haben diese Eingliederung dann gebracht) oder aber, um ihren Vorrang auch rein äußerlich zu unterstreichen, sie dem übrigen Verfassungstext voranstellte (so noch die französische Verfassung vom 3. September 1791).

<sup>68</sup> Vgl. oben Anmerkung 13.

geber und schließlich in jeder Form — entscheidet souverän über das Recht; die „Grundrechte“, die im Kampf gegen den monarchischen Absolutismus ihren Sinn hatten, sind gegenüber dem demokratischen Verfassungsgesetzgeber und Gesetzgeber eigentlich nicht mehr gerechtfertigt<sup>69</sup>. Ausgangspunkt für dieses Rechtsdenken ist nicht mehr die Norm, sondern die Deziision; das Korrelat der Relativierung der Grundrechte aber war die Verabsolutierung der Entscheidungsgewalt. Das Vordringen dieses demokratischen Deziisionismus aber spiegelt sich in der Verfassungstheorie in der fortschreitenden Entleerung des Verfassungsbegriffs; die deziisionistische Tendenz trifft sich zunächst mit der formalistischen, aber sie wendet sich schließlich — im Geiste jener Radikalität, die schon das Denken Sieyès' geprägt hat — auch gegen diese<sup>70</sup>.

Ein wichtiger Schritt im Prozeß der Entleerung des Verfassungsbegriffs war die Beschränkung auf die organisatorischen Normen. In der Definition der Verfassung als der grundlegenden Organisation des Staates glaubte man den weitesten Consensus zu finden; wurde „Organisation“ anfänglich noch — ausgesprochen oder unausgesprochen — mit „gewaltenteiliger Organisation“ identifiziert, so fiel schließlich auch diese rechtsstaatliche Qualifikation dem Streben nach Allgemeingültigkeit des Verfassungsbegriffs zum Opfer. „Organisation“ in diesem wertneutralen Sinne ist dann irgendeine (in keiner Weise qualifizierte) Organisation; eine „Verfassung“ in diesem Sinne hat jeder Staat, die Polis zur Zeit Solons so gut wie der holländische Staat der Gegenwart, die israelitische Theokratie so gut wie das säkularisierte Frankreich des 20. Jahrhunderts, der Zwergstaat San Marino so gut wie die Weltmacht USA, die totalitäre Sowjetunion so gut wie die rechtsstaatlich-föderalistische Schweiz.

Das Streben nach Formalisierung aber hat noch weitergeführt. Es ist nicht nötig, daß die „Verfassung“ die ganze Organisation normiert; dies kann auch durch Normen der untern Stufen, insbesondere der gewöhnlichen Gesetzgebung, geschehen. Rechtslogisch zwingend aber sei ein Minimalinhalt der Verfassung: „Nur eines kann sie der Gesetzgebung nicht zu bestimmen überlassen: das ist die gesetzgebende Gewalt, die Zuständigkeit und das Verfah-

<sup>69</sup> Vgl. vor allem die klassische Begründung bei *Rousseau*, C. s. I/6.

<sup>70</sup> Vgl. *W. Kägi*, Verfassung als rechtliche Grundordnung, S. 152 ff.



ren, die man einhalten muß, um ein gültiges Gesetz zu machen<sup>71</sup>. Der Normenkomplex, der das Organ und Verfahren der Gesetzgebung bestimmt, ist darnach der rechtslogische Kern der Verfassung, die „Verfassung im absoluten materiellen Sinne“<sup>72</sup>.

Aber auch diese formale Bestimmung ist keineswegs voraussetzungslos und in diesem Sinne allgemeingültig; sie beruht vielmehr auf rechtsstaatlichen Voraussetzungen, auf einem Minimum an rechtsstaatlichen Werten: die generell-abstrakte Natur des Gesetzes und ein geordnetes Gesetzgebungsverfahren. Ein dezisionistisches Rechtsdenken aber muß sowohl die Forderung der generell-abstrakten Natur der Rechtsnormen wie die Forderung eines „geordneten Gesetzgebungsverfahrens“ ablehnen; das Volk kann auch individuell-konkret und frei von jeder Form- und Verfassungsvorschrift statuieren.

Die Allgemeingültigkeit dieses Verfassungsbegriffes wird um den Preis der völligen inhaltlichen Entleerung erkaufte. In der radikalen Durchführung aber wird die Sinnlosigkeit dieses Unterfangens deutlich.

Es wäre nun allerdings unhaltbar, diese Formalisierung des Verfassungsbegriffes kurzweg für die große Krise des Staatsrechtes im 20. Jahrhundert verantwortlich zu machen; sie ist ebenso sehr Symptom wie Ursache. Diese Feststellung will den Vorwurf, wonach ein relativistisch-positivistisches Rechtsdenken an der Schwächung und Zersetzung des Rechtsstaates mitschuldig geworden ist, zwar differenzieren, aber keineswegs beseitigen. Ein Rechtsdenken, das keine absoluten Normen (absolute Werte) des Rechtsstaates mehr kennt und anerkennt, muß ihm sowohl die Kraft des Widerstandes wie der Werbung nehmen. Auch der Relativismus ist eine Metaphysik; seine Lehren wirken unvermeidlich auf das Ethos und die Praxis einer Rechtsgemeinschaft ein.

Die große Aufgabe, die sich heute imperativ stellt, ist eine Verfassungstheorie auf rechtsstaatlicher Grundlage. Es geht nicht mehr um jenes Sollen ohne Richtung, um jene Ordnung ohne Inhalt (oder für jeden denkbaren Inhalt), um jene Verfassung ohne Grundwerte. Ein sinnvolles System des Verfassungsrechtes ist

<sup>71</sup> *Walther Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft (1927), S. 207 (und dort zitierte Literatur); Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1 f.*

<sup>72</sup> *Z. Giacometti, a. a. O., S. 2.*

nur möglich auf der Basis der Grundwerte des Rechtsstaates<sup>73</sup>; „Allgemeingültigkeit“ kann sinnvollerweise nur in diesem Rahmen angestrebt werden<sup>74</sup>. Nur in diesem Rahmen auch kann der Volkswille Recht setzen.

Die Theorie des Verfassungsrechtes kann durch die Art wie sie das Rechtssystem konstruiert und insbesondere auch durch ihren Verfassungsbegriff sehr stark auf das Denken einer Rechtsgemeinschaft einwirken. Aber eine umfassendere Erneuerung des rechtsstaatlichen Denkens ist von einigen weiteren Voraussetzungen abhängig, von denen im Folgenden die Rede sein soll.

### III. Von den Grundbedingungen des demokratischen Rechtsstaates

Die Relativierung des Rechtsstaates ist eine entscheidende Ursache der Verabsolutierung der Demokratie. Vielerlei Faktoren haben in dem verhängnisvollen Absinken in den demokratischen Dezisionismus zusammengewirkt.

Das Rechtsstaatsideal ist der Formalisierung, Technisierung und Relativierung verfallen. Man hat geglaubt, dem Ideal in der Formalisierung die Allgemeingültigkeit zu geben. Das Abstrahieren von den materialen Gehalten war in dieser Sicht gleichbedeutend mit Steigerung der Objektivität<sup>75</sup>. Man versuchte, die Rechtsstaatsidee von der sie tragenden Metaphysik, vom zugehörigen Menschenbild und Ethos abzulösen. Das machtvoll nachwirkende „geschichtliche Vorurteil zu Gunsten der Form“ (Nicolai Hartmann)<sup>76</sup> ist eines der

<sup>73</sup> Daß auch die „Grundnorm“ der „reinen Rechtslehre“ nicht voraussetzungslos ist, hat auch Kelsen selbst gelegentlich zugegeben; aber sie bedeute nur ein „Minimum an Naturrecht“ (!). Vgl. *Josef L. Kunz*, Was ist die „reine Rechtslehre“? in: „Forum der Rechtsphilosophie“ (1950), S. 29.

<sup>74</sup> Die große Rechtskrise hat dieser Erkenntnis den Weg geebnet und zu einer Wiedergeburt des Naturrechtes geführt. Aber auch jene Rechtsdenker, die das Naturrecht ablehnen, anerkennen, daß eine Rückkehr zum Positivismus ausgeschlossen ist, da es „ewige Wahrheiten (auf dem ontologischen und sachlogischen Felde) gibt, die kein Gesetzgeber der Welt abändern kann“. *H. Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (1951), S. 7 f., 160 ff., 196 ff.

<sup>75</sup> Vgl. *H. Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? in dieser Festschrift, S. 143 ff.

<sup>76</sup> Über dieses „uralte, bis auf Aristoteles zurückgehende Vorurteil der traditionellen Metaphysik zu Gunsten der reinen Form“ vgl. *N. Hartmann*, Ethik, S. 97 ff. Diese Neigung findet sich bei Plotin wie in der Universalienlehre der Scholastik, bei Descartes wie bei Leibniz; sie beherrscht aber vor allem die Erkenntnistheorie wie überhaupt die Philosophie von Kant. „Das gilt für die Kategorien wie für die Anschauung, für die Schemata wie für die Grundsätze, für Ideen, Imperative und Postulate.“ — *Hans Kelsen* hat in seinem Zürcher Vortrag vom 29. Mai 1953 erneut jenen Formalismus verteidigt, unter Berufung auf Hermann

Motive. Die „Form“ — die „reine Form“ — erscheint als das Klare, Bestimmte, Faßbare, Objektive; der „Inhalt“ dagegen als das Unklare, Unbestimmte, Nichtfaßbare, Subjektive. Das „Inhaltliche“ ist zudem das Zeitgebundene und Standortgebundene; die Formalisierung aber soll die Rechtsstaatsidee befreien von allen jenen „subjektiven“ Elementen, von allem, was sich einer „kritischen“ Betrachtung als bloße Objektivation des „bürgerlichen“ oder „bourgeoisen“ Geistes erweist<sup>77</sup>. Es ist durchaus folgerichtig, wenn am Ende dieses Weges die „Erkenntnis“ steht, daß „jeder Staat ein Rechtsstaat“ ist<sup>78</sup>.

Diese Formalisierung und Relativierung der Rechtsstaatsidee hat ihr die Kraft geraubt. Die Loslösung der Form von allem Inhaltlichen, von den Grundwerten des Rechtsstaates, war wie ein Losreißen vom Lebensstrom. Der Rechtsstaat wird aus einer Ordnungsidee zur bloßen Technik.

Diese Entleerung aber führte zur Ohnmacht des „Rechtsstaates“ gegenüber der „Demokratie“. Die „bloße Form“ wird jedem Willen gefügig. Das rechtsstaatliche Prinzip verliert seine ordnende und hemmende Kraft gegenüber dem „demokratischen“ Prinzip. In der Synthese der „rechtsstaatlichen Demokratie“ verschlingt das Substantiv schließlich das Adjektiv<sup>79</sup>. Wir haben dieses Abgleiten in die dezisionistische Demokratie oben im einzelnen aufgezeigt.

Ist dieser Prozeß irreversibel? Oder ist auch hier eine Wende möglich? Diese Frage stellen heißt die Schicksalsfrage des Abendlandes stellen. Ohne sich prophetische Gaben anzumaßen, darf man doch jene pseudowissenschaftlichen Diagnosen ablehnen, die den Niedergang als unvermeidlich sehen wollen. An-

---

Cohen (Logik der reinen Erkenntnis): „Nur das Formale ist sachlich; je formaler eine Methode, desto sachlicher kann sie werden.“ Vgl. nun in dieser Festschrift S. 160. Von der großen Arbeit der neueren Philosophie wird auch hier keine Notiz genommen.

<sup>77</sup> So der Ideologieverdacht, der sich durch das ganze Werk von *Kelsen* hindurchzieht (gemäß seiner „antiideologischen Tendenz“ hindurchziehen muß). Über Sinn und Grenzen der Ideologieforschung vgl. *Hans Barth*, Wahrheit und Ideologie (1945), insbesondere auch S. 285 ff. und Anmerkung 23 (S. 394 f.) über Carl Schmitt und Hans Kelsen; derselbe in *Fluten und Dämme* (1943), S. 243 ff.

<sup>78</sup> *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 90 ff., 44; Reine Rechtslehre, S. 115 ff., 126 ff.

<sup>79</sup> *Alexandre Vinet* hat dies von der „démocratie chrétienne“ vorausgesagt: „dans une pareille alliance des mots, le substantif dévore son adjectif“; Litt. française au XIX<sup>e</sup> siècle, Bd. I, 437.

derseits aber erlaubt die heutige Situation auch kein Ausweichen in einen leichten Optimismus. Es fehlt unserer Zeit weithin jener feste Consensus über die Grundwerte des Rechtes, ohne die rechtsstaatliche Ordnung nicht möglich ist. Die Normativität wird auch durch die mangelnde Normalität, durch die gesteigerte Dynamik in Frage gestellt. Das grundsätzliche, gesetzmäßige Denken ist durch den Opportunismus bedroht, der sich nicht mehr vor den Normen, aber umso williger vor den Tatsachen — den Tatsachen der Macht! — verbeugt<sup>80</sup>. Hinzu kommt eine Erfahrung, die schon Alexis de Tocqueville klar formuliert hat: „Une idée fausse, mais claire et précise, aura toujours plus de puissance dans le monde qu'une idée vraie, mais complexe“<sup>81</sup>. Die Tendenzen der modernen Massendemokratie haben diese Disposition noch verstärkt. Eine Analyse der rechtlichen und kulturellen Situation erlaubt es also nicht, auf einen leichten Sieg des Rechtsstaates zu hoffen.

Aber die Notwendigkeit des Kampfes um den Rechtsstaat, seine Festigung und Fortbildung, wird dadurch nur umso klarer. Vor allem ist der untrennbare Zusammenhang von Demokratie und Rechtsstaat in den letzten Jahrzehnten wieder deutlicher erkannt worden. Die Demokratie ist nur als rechtsstaatliche sinnvoll. Die Verwirklichung dieser Synthese von Demokratie und Rechtsstaat ist von vielerlei Faktoren — „realen“ und „idealen“ — abhängig; eine entscheidende Voraussetzung ist jedenfalls die klare gedankliche Erfassung. Hier aber hat das Rechtsdenken einen wichtigen Beitrag zu leisten: die Überwindung jener Dogmen des dezisionistischen Demokratismus, die wir oben (I) aufgewiesen haben.

#### a. *Die demokratische Mehrheit entscheidet nicht absolut*

Eine wichtige Voraussetzung für die Überwindung des demokratischen Absolutismus ist die Überwindung dieses absolutistischen Dogmas. Im Kampf gegen den monarchischen Absolutismus war es wohl eine Notwendigkeit, daß die Demokratie ihr Prinzip ebenfalls als absolut behauptete. Dieser Absolutismus, den Rousseau von Hobbes übernommen hat, ist ein wichtiger Faktor in der dezisionistischen Entartung des demokratischen Denkens.

<sup>80</sup> Vgl. Verfassung als rechtliche Grundordnung, S. 18 ff.

<sup>81</sup> De la Démocratie en Amérique, Bd. I, S. 277.

Auch die Demokratie bedarf einer Ordnung der Zuständigkeiten mit der verfassungsgebenden Gewalt (*pouvoir constituant*) des Volkes als oberster Instanz. Aber es besteht keinerlei logische Nötigung, dieser obersten Instanz auch absolute, das heißt schrankenlose Entscheidungsgewalt zuzuschreiben. Die Vorstellung, daß die oberste Instanz — eine menschliche Instanz — rechtlich alles tun darf, daß es für sie keine begrenzende Rechtsnorm und schließlich überhaupt keine begrenzenden Normen mehr gibt, muß unausweichlich zu einer Relativierung des Rechtsstaates führen. Die politischen Auswirkungen dieses Dogmas der Schrankenlosigkeit des „*pouvoir constituant*“ lassen sich in der Komplexität gesellschaftlich-politischer Zusammenhänge nicht im einzelnen nachweisen; aber daß diese These von der Schrankenlosigkeit des obersten staatlichen Normsetzers sehr entscheidend auf die Enthemmung des Machtstrebens und die Dynamisierung des politischen Willens eingewirkt hat, läßt sich indessen kaum bestreiten. Das normative Vakuum, welches das positivistische Dogma für den Bereich der obersten Gewalt behauptet, hat dem Machtwillen nicht nur die Freiheit, sondern auch noch das gute Gewissen gegeben: Alles, was er gebietet, ist *eo ipso* Recht! In der Behauptung der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der obersten Instanz kapituliert das Ethos vor der Logik des geschlossenen Systems<sup>82</sup>.

Grundlegend für die Erneuerung des rechtsstaatlichen Denkens ist daher die Überwindung dieses absolutistischen Dogmas. Auch das Volk als Verfassungsgesetzgeber ist nicht das „un-normierbar Normierende“, das Schrankenlose, der souveräne Demiurg. Die Schrankenlosigkeit der obersten staatlichen Instanz ergibt sich nicht als logische Notwendigkeit zum Abschluß des Rechtssystems, sondern das ist — bewußt oder unbewußt — eine metaphysische These, ein Dogma, ein Axiom. Und unsere kritische These ist es nun, daß dieses Axiom — historisch und logisch — zum absolutistischen und nicht zum rechtsstaatlichen Denken gehört<sup>83</sup>. Es ist ein Fremdkörper im System des rechtsstaatlichen Denkens. Auch die oberste Instanz ist an die Grundwerte des Rechtsstaates

---

<sup>82</sup> Vor der unmenschlichen Logik des geschlossenen Systems! Vielleicht werden kommende Generationen im Rückblick gerade dieses Dogma als eines der größten Kuriosa unseres Zeitalters ansehen.

<sup>83</sup> Vgl. W. Kägi, Probleme des Rechtsstaates, in „Universitas“, Bd. II (1947), S. 909 ff.

gebunden, das heißt normativ beschränkt. Dem absolutistischen Axiom des unbeschränkten *pouvoir constituant* wird also das rechtsstaatliche Axiom einer durch materiale Grundnormen begrenzten obersten Rechtsautorität gegenübergestellt. Auch das Volk als Verfassungsgesetzgeber übt demgemäß eine Zuständigkeit aus<sup>84</sup>.

Wie man jene begrenzenden Normen bezeichnen will — ob als „Rechtsgrundsätze“, „Grundnormen“, „Naturrecht“, „ewige Normen“ — ist nebensächlich. Auch haben wir uns hier nicht mit der Frage zu befassen, wie dieses normative Fundament wiederhergestellt, erneuert und gefestigt werden kann<sup>85</sup>. Aber das kann gezeigt werden, daß hier eine wirklich entscheidende Voraussetzung für die Zukunft des Rechtsstaates liegt. Die Synthese des demokratischen Rechtsstaates wird nur dann möglich sein, wenn das dezisionistische Denken wieder durch ein normativ-rechtsstaatliches abgelöst wird. Grundlage und Ausgangspunkt dieses normativ-rechtsstaatlichen Denkens aber ist ein System absoluter, materialer Grundnormen des Rechtsstaates.

#### *b. Die demokratische Mehrheit ist nicht allzuständig*

Die Behauptung der absoluten Entscheidungsgewalt der obersten Instanz in der positivistischen Dogmatik ist eng verbunden mit der These von der „juristischen Allmacht“. Wo keine vor- und überstaatliche Norm anerkannt wird, kann es auch inhaltlich keine Begrenzung der Zuständigkeit geben<sup>86</sup>. Die „Allzuständigkeit“ ist für das positivistische Denken das logisch notwendige Korrelat zum „Zuhöchstsein“<sup>87</sup>.

War diese Auffassung von der „potentiellen Totalität“ der obersten Entscheidungsgewalt in einem liberalen Zeitalter, dem die Begrenzung des Staates noch eine Selbstverständlichkeit war, unbedenklich, weil praktisch bedeutungslos, so hat ein vom Totalitarismus bedrohtes Zeitalter allen Grund, erneut über dieses Dogma nachzu-

<sup>84</sup> Die Anerkennung dieser Begrenzung wird ein wichtiges Indiz für die Überwindung der menschlichen Hybris im Politischen sein.

<sup>85</sup> Was man gewöhnlich als „Rechtskrise“ oder als „Staatskrise“ bezeichnet, ist in der Regel nur ein Symptom einer tiefgehenden Krise der Kultur, des Menschen, des Glaubens. Daher ist auch die Wiederherstellung und Fortbildung des Rechtsstaates primär eine pädagogische Aufgabe.

<sup>86</sup> Wir sehen auch hier von der völkerrechtlichen Begrenzung ab.

<sup>87</sup> Das Dogma von der „Allzuständigkeit“ ist die Verlegenheit eines Denkens, das keine vor- und überstaatlichen Normen mehr kennt.

denken. Das Dogma von der „potentiellen Totalität“ des Staates ist weder rechtslogisch — als Abschluß des Systems — notwendig, noch ist es rechtsethisch sinnvoll. Es hat in einem System des demokratisch-rechtsstaatlichen Staatsrechtes keinen Platz<sup>88</sup>. Auch die Entscheidungsgewalt der obersten Instanz — des Verfassungsgesetzgebers — ist rechtsstaatlich eine Zuständigkeit.

Immer klarer ist in den letzten Jahrzehnten die Begrenzung des Staates als eine der großen Aufgaben unserer Zeit erkannt worden. Ein wichtiger Beitrag dazu aber ist die Revision einiger Dogmen, die aus dem absolutistischen Arsenal übernommen worden sind<sup>89</sup>.

### *c. Auch die demokratische Mehrheit ist an die Rechtsformen gebunden*

Das dezisionistische Denken ist immer irgendwie norm- und formfeindlich. Alles Normative erscheint von jener Position aus als das Statische, das die „schöpferische Dynamik“ hemmt; alle Form aber erscheint als Begrenzung, als Bändigung und Mäßigung des Elementaren. Die „Akklamation“ ist nach jener Ansicht die elementare, unverfälschte Form demokratischer Willensäußerung<sup>90</sup>; alle verfassungsmäßige, rechtsstaatliche Ordnung, insbesondere auch die geheime Wahl und Abstimmung, welche die Freiheit der Stimmgebung gewährleisten soll, dagegen wird als „Rationalisierung“, als „Privatisierung“ oder gar als „Verfälschung“ der Demokratie qualifiziert. Es gibt auch eine demokratische Version der „Revolution in Permanenz“.

In der Neubesinnung auf die Grundbedingungen demokratischer Ordnung sind auch die Gefahren des normfeindlichen Dezisionismus und die Illusionen der formfeindlichen Dynamik wieder klarer erkannt worden. Der Rechtsstaat erscheint nun nicht mehr als „bloße Formfrage“ oder gar als „Verfälschung“ der Demokratie, sondern als ihre *conditio sine qua non*: Demokratie kann überhaupt nur bestehen als rechtsstaatliche. Die rechtsstaatliche Ordnung bewirkt nicht nur die notwendige Verstetigung de-

<sup>88</sup> Es ist offensichtlich sinnlos, in einem System, das auf „absoluten Normen“ („ewigen Normen“, „absoluten Werten“) aufbaut, gleichzeitig eine Allzuständigkeit der obersten Entscheidungsgewalt anzunehmen.

<sup>89</sup> Vgl. die in Anmerkung 83 erwähnte Arbeit.

<sup>90</sup> So *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 243 ff.

mokratischer Herrschaft, sondern es ist auch die einzige Methode, welche Gewähr dafür bietet, daß die Bildung des bestimmenden Mehrheitswillens grundsätzlich vom einzelnen her erfolgt, oder doch vom einzelnen her erfolgen kann. Demokratie kann sinnvoller Weise nicht heißen, daß sich die Mehrheit irgendwie bildet, sondern so, daß die persönliche Urteilsfähigkeit und die persönliche Verantwortung zu höchstmöglicher Auswirkung kommen können. Die Methode der demokratischen Willensermittlung kann daher gerade nicht die Akklamation sein — und mag sie sich auch mit elementarer Wucht äußern! —, sondern das rechtsstaatlich-geordnete Verfahren. Es sichert, soweit die Ordnung des Rechtes dies überhaupt vermag, die personale Struktur demokratischer Ordnung, vor allem durch die Gewährleistung der Grundrechte der menschlichen Person und des Bürgers<sup>91</sup>.

Eine Grundvoraussetzung für die Überwindung des normfeindlichen demokratischen Dezisionismus ist die Erneuerung und Festigung des Sinnes für das Gesetz und das Grundgesetz, für Legalität und Verfassungsmäßigkeit. Demokratie ist nur möglich in einem Volke, in dem die Ehrfurcht vor dem Recht oder umfassender: die Ehrfurcht vor dem Nomos lebendig ist<sup>92</sup>.

#### d. Die Demokratie kann nur als gewaltenteilige bestehen

Zu den Dogmen des Demokratismus gehört neben der Absolutheit und der Allzuständigkeit der Gewaltenmonismus des Volkes. Auch der demokratische Gewaltenmonismus aber muß — nach einem unerbittlichen Gesetz — zum Mißbrauch führen. Der demokratische Rechtsstaat ist nur möglich auf der Grundlage der Gewaltenteilung.

Um dem demokratischen Rechtsstaat den Boden zu bereiten, muß aber nicht nur dem Gewaltenmonismus die Gewaltenteilung entge-

<sup>91</sup> Vgl. insbesondere Z. *Giacometti*, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, S. 162 ff.; über die grundlegende Bedeutung der Form für die demokratische Willensbildung vgl. derselbe: *Echte und unechte Volksbefragung*, in der Festgabe für Erwin Ruck (1952), S. 47 ff.

<sup>92</sup> Diese Zusammenhänge hat mehr als ein Volk erlebt und erlitten, aber eines hat diese Erfahrung durch seine Dichter und Denker der Menschheit als einzigartiges Vermächtnis tradiert. Wir verweisen neben dem alten Meisterwerk von *Jacob Burckhardt*, *Griechische Kulturgeschichte*, Bd. I, Staat und Religion, vor allem auf das hervorragende Werk von *Werner Jäger*, *Paideia, die Formung des griechischen Menschen*, Bd. I 1936, Bd. II 1944 und Bd. III 1947; und *A. Verdross*, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie* (1948).



gengestellt, sondern dieses letztere Postulat, aus seiner dogmatischen Erstarrung und Einengung befreit, in seinem umfassenden Anspruch gesehen werden. „Gewaltenteilung“ bedeutet nicht nur die klassische Dreiteilung der Funktionen; so wie sich die für Recht und Freiheit gefährlichen Machtkonzentrationen an den verschiedensten Punkten von Staat und Gesellschaft ergeben können, so muß auch die Abwehr durch Gewaltenteilungen der verschiedensten Art erfolgen. In der Antithese zum Gewaltenmonismus des Totalstaates wird die umfassende Bedeutung der mannigfaltigen Gewaltenteilungen in jeder freien Rechtsgemeinschaft deutlich: die Gewaltenteilung zwischen Staat und Kirche, zwischen den politischen Parteien, zwischen Staatswirtschaft und Privatwirtschaft (bzw. den Zwischengebilden, Mischformen), sodann die Gewaltenteilung der Antitrustgesetzgebung, insbesondere aber die verschiedenen Formen der „föderativen Gewaltenteilung“ (bundesstaatliche Gewaltenteilung; Gewaltenteilung zwischen Staat und Gemeinde usw.) usw.<sup>93</sup>.

#### *e. Die Entscheidung der Mehrheit ist nicht eo ipso gerecht*

Die optimistische Erwartung, welche die aufsteigende Demokratie begleitete, daß das Volk für das Gerechte entscheiden werde, wurde in der Ideologie des Demokratismus zum ausgesprochenen oder unausgesprochenen Dogma, daß die Entscheidung des Volkes (das heißt der Volksmehrheit) immer gerecht sei. Für ein radikalmonistisches Denken ist es nur folgerichtig, daß die oberste, absolute, allzuständige Entscheidungsgewalt des Volkes auch die gerechte ist.

Auch dieses Dogma hat bedenkliche Auswirkungen auf das demokratische Rechtsdenken und die demokratische Politik. Der Entscheidung der Mehrheit ist unfehlbar, denn der Mehrheitswille ist gerecht. Wo diese Überzeugung herrschend wird, erhält die Demokratie etwas Unmenschlich-Abgeschlossenes und Gewalttätiges. Sie wird zur „société close“ im Sinne von Bergson<sup>94</sup>. Der demokratische Rechtsstaat aber ist nur als „société ouverte“

<sup>93</sup> Vgl. ZSR n. F. Bd. 71/1, S. 226 f.; *Andreas Brunner*, Rechtsstaat gegen Totalstaat (ZüDiss 1948), 1. Halbband, S. 260 ff.

<sup>94</sup> Das Korrelat der Geschlossenheit nach innen ist die Abgeschlossenheit nach außen: der solipsistische Nationalismus und das Autarkiestreben auch in den Demokratien! Vgl. *Heinz O. Ziegler*, Die moderne Nation, S. 90 ff., 233 ff.

möglich. Zur Überwindung jener falschen Geschlossenheit aber gehört nicht nur die Preisgabe der Dogmen von der Schrankenlosigkeit und Allzuständigkeit, sondern auch jenes Anspruches, a priori die Stimme der Gerechtigkeit zu sein. In der „société ouverte“ bleibt die Frage der Gerechtigkeit offen auch gegenüber dem Willen der Mehrheit. Auch der Entscheid der Mehrheit kann ungerecht sein. Nur wo dieser absolute Anspruch der Gerechtigkeit in einem Volk lebendig ist, bleibt auch der Kampf um die Gerechtigkeit offen. Nur solange in einer Rechtsgemeinschaft die Idee dominiert, daß die Gerechtigkeit die Entscheidung bestimmt und nicht umgekehrt, wird die Mehrheit verantwortlich, gemäßigt, menschlich bleiben.

Die demokratische Mehrheitsentscheidung ist nicht an sich gerecht, so wenig wie die Demokratie eo ipso schon ein Rechtsstaat ist. Und doch darf man sagen, daß die Demokratie eine besondere Berufung zum Rechtsstaat hat und eine besondere Möglichkeit für die Verwirklichung der Gerechtigkeit bietet.

#### f. Demokratie als menschliche Ordnung

Wir haben als größte Gefahr für die Demokratie ihre falsche Vergötzung erkannt, jene Auffassung, die sie zur Ersatzreligion erhebt. Sie droht zu jenem unheimlich Umgreifenden, Totalen zu werden. Die „Potenzierung der Gesamtheit“ aber muß zwangsläufig zur „Depotenzierung der Personalität“ (Nicolai Hartmann) führen. Wo dieses Fundament der freien Person entfällt, wird die Teilhabe des Individuums am Ganzen zu einer politischen „participation mystique“<sup>95</sup>.

Die Demokratie muß aus dieser falschen pseudoreligiösen Verabsolutierung zurückgeholt werden. Ihr hohes Ziel ist die „freie Gemeinschaft freier Menschen“. Das Große, was sie über alle anderen

<sup>95</sup> Vgl. dazu E. Voegelin, Die politischen Religionen, S. 48 ff. (über die Entwicklung der politischen Gemeinschaft zur „vollständig geschlossenen partikulären Ekklesia“; der totale Staat als „innerweltliche Form der unio mystica“; vgl. auch E. Cassirer, Vom Mythos des Staates (1949), insbesondere auch S. 360 ff. Cassirer weist ebenfalls auf jene letzte Steigerung der Mythen im totalitären Denken des 20. Jahrhunderts hin. „Hegel konnte den Staat preisen und glorifizieren, er konnte ihn sogar vergöttern. Es gibt jedoch einen klaren und unmißverständlichen Unterschied zwischen seiner Idealisierung der Macht des Staates und jener Art von Vergötzung, die das Charakteristikum unserer modernen totalitären Systeme ist.“ (S. 359 f.)

Staatsformen erhebt, beruht darin, daß sie den einzelnen Bürger ernst nimmt als Mitverantwortlichen für das Gemeinwesen. Diese Mitentscheidung und Mitverantwortung wird aber nicht dadurch verwirklicht, daß die Demokratie zum Allumfassenden, Totalen, Absoluten erhoben wird, sondern durch ein Regime der Begrenzung, der „modération“, der rechtlichen Ordnung. Der Rechtsstaat ist die Ordnung, in der ein politisch reifes Volk seine Begrenzung anerkennt<sup>96</sup>.

Allzulange hat man die Antinomie von Demokratie und Rechtsstaat betont. Ein dezisionistisches Denken hat sie übersteigert und versucht, den Dualismus auf den Monismus der Entscheidungsgewalt des Volkes (bzw. der jeweiligen Mehrheit des Volkes) zurückzuführen (vergl. oben unter I.). Die große Aufgabe unserer Zeit ist die Synthese von Rechtsstaat und Demokratie<sup>97</sup>. Die Vergangenheit hat sie versucht in der Form der rechtsstaatlichen Demokratie. Es ist mehr als eine Nuance, wenn wir demgegenüber als Richtnorm für das Rechtsdenken den demokratischen Rechtsstaat postulieren. Der Rechtsstaat wird oft nur als modifizierendes Moment der Demokratie gesehen; dem entspricht es dann, daß in allen Konflikten das Adjektiv gegenüber dem Hauptwort zurücktreten muß. Das Postulat des demokratischen Rechtsstaates legt demgegenüber den Akzent auf den Rechtsstaat, der aber ein demokratischer sein soll.

Es mag scheinen, daß mit diesem Postulat ein sehr fernes Ziel visiert wird. Wir wissen um die Schwierigkeiten, um die Macht alter Dogmen und Denkgewohnheiten; wir wissen vor allem auch um die Macht des dezisionistischen Denkens<sup>98</sup>. Aber ist dieses Postulat nicht

---

<sup>96</sup> Vgl. ZSR n. F. Bd. 71/I (1952), S. 173 ff.

<sup>97</sup> Das große Ziel ist hier wie dort die „freie Gemeinschaft freier Menschen“; das rechtsstaatliche und demokratische Ideal treffen sich auch in der Gemeinsamkeit des bestimmenden Menschenbildes. Diese Tatsache muß dem Rechtsdenken doch immer wieder ein Hinweis sein, daß es nicht bei der Antinomie stehen bleiben darf.

<sup>98</sup> Schon Rousseau hat deutlich erkannt, wie schwierig es für die rechtsstaatliche „Herrschaft der Gesetze“ ist, sich gegenüber dem menschlichen Willen zu behaupten. „Mettre la loi au-dessus de l'homme est un problème politique que je compare à celui de la quadrature du cercle en géométrie. Résolvez bien ce problème, et le gouvernement fondé sur cette solution sera bon et sans abus. Mais jusque-là soyez sûrs qu'ou vous croirez faire régner les lois ce seront les hommes qui régneront“ (Considérations sur le Gouvernement de Pologne, 1. Kap.). — H. Welzel beschließt sein Werk über Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (1951) mit dem

einfach die Folgerung, die sich in der Auseinandersetzung mit der abgründigen Rechtskrise und der fortdauernden Drohung des Totalitarismus aufdrängt? Und können wir im Alltag die kleinen Schritte im Kampf um den Rechtsstaat sicher tun, wenn uns nicht das große Ziel klar vor Augen steht?

Satz: „Diese Überwindung des Positivismus in uns wird nicht leicht sein.“ Über die unheimliche Macht der modernen politischen Mythen vgl. *E. Cassirer*, a. a. O., S. 360 ff. „Von allen menschlichen Götzen sind die politischen, die *idola fori*, die gefährlichsten und dauerhaftesten“ (S. 385).

# **DEMOKRATIE UND RECHTSSTAAT**

**FESTGABE ZUM 60. GEBURTSTAG VON**

**ZACCARIA GIACOMETTI**

**(26. SEPTEMBER 1953)**



**POLYGRAPHISCHER VERLAG A.G. ZÜRICH**

Alle Rechte vorbehalten

Zürich 1953

Buchdruckerei Effingerhof A.G., Brugg