

DIE DEMOKRATIETHEORETISCHE UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN ABSTIMMBAREM UND NICHT-ABSTIMMBAREM ALS TRANSFORMATION DER NATURRECHTLICHEN UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN IUS POSITIVUM UND IUS NATURALE?

CHRISTOPH SCHEFOLD
Alemania Federal

Eine Konzeption, derzufolge die “Demokratie” heute die Transformation des “Naturrechts” darstellen soll¹, veranlaßt mich dazu, zwei Thesen zu formulieren und anschließend kritisch zu betrachten: 1. Die naturrechtliche Unterscheidung zwischen *ius positivum* und *ius naturale* ist in die zwischen Abstimmbarem und Nicht-Abstimmbarem zu transformieren. 2. In einer Theorie der Demokratie als ‘Aufhebung’ des Naturrechts ist das für die Demokratie Unverzichtbare das Nicht-Abstimmbare, alles übrige hingegen das Abstimmbare.

Mit der zweiten These wird von der bloßen Unterscheidung zwischen “Abstimmbarem” und “Nicht-Abstimmbarem” als Beurteilungskategorien zu einer Aufteilung des Abstimmbaren und des Nicht-Abstimmbaren auf zwei Bereiche übergegangen. Das erinnert an den methodischen Fehler, der im Falle der Unterscheidung zwischen *ius positivum* und *ius naturale* zur Fehlvorstellung eines Nebeneinander von “positivem Recht” und “Naturrecht” als zwei “Rechten” (d.h. Rechtsordnungen), und damit zu der ewig wiederkehrenden Scheinproblem-Version des Themas “Naturrecht und Positivismus” geführt hat. Es ist im übrigen nicht einzusehen, wieso der Bereich des für die Demokratie Unverzichtbaren mit der Sphäre des Nicht-Abstimmbaren identisch sein, d.h. wieso es nicht auch außerhalb seiner “Nicht-Abstimmbares” geben können soll. Andererseits ist ebensowenig einzusehen, wieso in ihm nicht auch Abstimmbares gegeben sein dürfte. Selbst wenn das für die Demokratie Unverzichtbare ein an sich Unbedingtes

¹ Vgl. dazu meinen ersten Kongreßbeitrag in diesem Band auf S. ff. sowie *W. Fikentscher*, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübingen 1977, 274, 389, 392, 637. *Fikentscher* spricht allerdings von “Abstimmungsfähigem” und “Nicht-Abstimmungsfähigem”.

wäre, *müßte* is nicht als ein Nicht-Abstimmbares, und erst recht nicht als das einzige Nicht-Abstimmbare betrachtet werden. Dessen Zuordnung allein zu ihm überzeugt also nicht.

Zum selben Ergebnis führen Überlegungen, mit denen ich zunächst nur davon ausgehe, daß jedenfalls dann von einem Abstimmbaren gesprochen werden kann, wenn es sich um einen Fall von *ius positivum* handelt. Die Lösung der existentiellen Probleme, die uns von den Lebensverhältnissen her bedrängen, darf selbstverständlich nicht etwa bloß “im wesentlichen” und “im allgemeinen”, sondern muß in der nötigen Bestimmtheit erfolgen. Was im Bezug auf die existentiellen Probleme als solche an *ius naturale* ‘erkannt’ wurde, ist deshalb in aller Regel zu Problemlösungen weiterzubestimmen, welche *auch* *ius positivum* bedeuten, *insofern* aber durch Selektion aus äquivalenten Problemlösungs-Spielarten vermittelt sind. Daß es sich *auch* um eine *ius positivum*-Determination handelt, genügt jedoch für die Annahme eines “Abstimmbaren”. Zumindest über ihre beliebigen Lösungsspielarten werden also die existentiellen Probleme, die im wesentlichen solche von *ius naturale* sind, zu “abstimmbaren”. Zumindest von daher erscheint jene zweite These als problematisch.

Sie geht offenbar in zweifacher Hinsicht zu weit. Indem sie das für die Demokratie Unverzichtbare überhaupt als das Nicht-Abstimmbare behauptet, geht sie darüber hinweg, daß es keineswegs *in schlechthin jeder Hinsicht* nur “Nicht-Abstimmbares” zu bedeuten braucht. Indem sie alles übrige zum Abstimmbaren erklärt, übersieht sie, daß das für die Demokratie Nicht-Unverzichtbare keineswegs *in schlechthin jeder Hinsicht* sich in “Abstimmbarem” zu erschöpfen braucht. Existentielle Probleme, deren Lösungen im wesentlichen material richtig sein, d.h. *ius naturale* bedeuten müssen, finden sich zweifellos nicht etwa nur im Bereich des für die Demokratie Unverzichtbaren. Innerhalb dieses Bereichs aber gibt es ohne Zweifel nicht etwa nur “reine” natürlich-rechtliche oder Richtigkeits-Probleme.

Die zweite These verbietet sich jedoch auch noch aus einem weiteren, hinsichtlich der Demokratie selbst entscheidenden Grunde. Insofern diese nicht etwa bloß vom Mehrheitsprinzip, sondern zugleich und vor allem vom Vernunftprinzip der Volkssouveränität her zu denken ist, muß doch wohl nicht zuletzt auch das für sie Unverzichtbare als der Abstimmung zugänglich gelten. Man kann dies Unverzichtbare jedenfalls nicht im Prinzip der Abstimmung des Volkes entziehen und es zu einem neuen und letzten “Naturrecht” verselbständigen, ohne auch schon das Volk im Prinzip als vermutlich unvernünftig zu unterstellen. Die zweite These ist also nicht nur deshalb fragwürdig, weil sie jenes Unverzichtbare als ein (angeblich) in *keiner*

Hinsicht "Abstimmbares" aus der Sphäre demokratischen Abstimmens herausnimmt, es also seiner demokratischen *Ausgestaltung auch zu ius positivum* entzieht; sie ist vielmehr überdies darum äußerst problematisch, weil sie jenes Unverzichtbare im Prinzip als "Nicht-Abstimmbares" behauptet, also jene Sphäre um die zentralen Richtigkeitsprobleme beschneidet. Mit einem unverkürzten Verständnis des Rechtlichen und des Politischen ist sie unvereinbar.

Jene erste These, derzufolge die Unterscheidung zwischen *ius positivum* und *ius naturale* in die zwischen "Abstimmbarem" und "Nicht-Abstimmbarem" zu transponieren ist, erscheint zunächst nur in einer Hinsicht als bedenklich. Völlig unproblematisch ist es gewiß, daß über die Selektion von *ius positivum* aus mehreren, gleichermaßen an sich möglichen Alternativen *entschieden* werden muß, also auch abgestimmt werden kann. Für Selektionsprobleme, deren Lösungen als *ius positivum* beurteilt werden konnten und können, kommt auch die Beurteilungskategorie des "Abstimmbaren" in Betracht. Als bedenklich erscheint es hingegen, die Beurteilungskategorie des "Nicht-Abstimmbaren" die Nachfolge der Kategorie *ius naturale* antreten zu lassen. Letztere ist nämlich für die *Totalität* alles dessen gedacht, was von der normativen Natur der Sache eines Lebensverhältnisses her an material Richtigem 'erkannt' werden kann. Die Kategorie des "Nicht-Abstimmbaren" paßt dagegen anscheinend nur für ein *Minimum* an *ius naturale*. Nur im Falle derjenigen richtigen Problemlösungen, welche wegen ihrer fundamentalen Bedeutung unter keinen Umständen wieder aufgegeben werden sollten, drängt es sich geradezu auf, sie sogar im Prinzip jeder weiteren Abstimmung zu entziehen, um sie nur ja nicht der Gefahr von Abstimmungen mit unrichtigem Ergebnis auszusetzen.

Alles, was zwar zu jener Totalität, nicht aber zu jenem Minimum an *ius naturale* gehört, müßte als "Abstimmbares" betrachtet werden, wenn es nicht mehr als *ius naturale* beurteilt werden dürfte. Dann aber würde womöglich eine Entscheidung gegen die betreffende Problemlösung als gleichfalls "vertretbar" angesehen. Das Mißverständnis läge also nahe, alle nicht jenem Minimum zugehörigen Probleme *seien* nur solche von *ius positivum*. Zumindest wäre die Gefahr gegeben, all diese Probleme nicht nur als solche eines "Abstimmbaren", sondern zugleich als solche von *ius positivum* zu *behandeln*.

Jene erste These erscheint jedoch bei genauerer Betrachtung in etwas anderer Perspektive insgesamt, d.h. auch schon hinsichtlich des "Abstimmbaren" als verkehrt. Man kann es nicht die Nachfolge von "*ius positivum*" antreten lassen. Die Form der Abstimmung kann nämlich auch gewählt werden, um eine (im Sinne von *ius naturale*.)

material richtige Problemlösung ausdrücklich zu bekräftigen und für jedermann verbindlich zu machen. Diese *Form* ist also im Prinzip immer wählbar; sie ist für die *Totalität* alles dessen möglich, was als *ius positivum* oder auch als *ius naturale* beurteilt werden konnte. Im Falle von Lösungen eines existentiellen Problems, die als richtige 'erkennbar' sind, *soll* allerdings das *Resultat* der Abstimmung ihnen entsprechen. d.h. selber so etwas wie eine richtige 'Erkenntnis'-Entscheidung bedeuten.

Grundsätzlich immer kann aber auch die Form der Nicht-Abstimmbarkeit in Betracht gezogen werden. Man wird diese Form zwar in erster Linie wählen, um Unaufgebares oder zumindest material Richtiges von zentraler Bedeutung zu bekräftigen und zu sichern. An sich kann man sie aber auch festlegen, um das Resultat einer Selektion aus an sich Beliebigem ein für allemal durchzusetzen. Das ist schon deshalb nicht zu bestreiten, weil material Richtiges nie in Reinkultur, sondern immer nur zusammen mit Momenten von *ius positivum* in der nötigen Bestimmtheit als ein Nicht-Abstimmbares positiviert werden kann. Auch die Form der Nicht-Abstimmbarkeit ist mithin an sich für die *Totalität* alles dessen möglich, was an *ius naturale* oder auch an *ius positivum* denkbar ist; man kann allein schon darum das "Nicht-Abstimmbare" nicht die Nachfolge des "Natürlich-Rechtlichen" (d.h. *an sich* oder 'objektiv' material Richtigen) antreten lassen.

Bei genauerer Betrachtung wird schließlich klar, daß die beiden, mit jener ersten These genannten Unterscheidungen ganz Verschiedenes betreffen. Die Unterscheidung zwischen "Abstimmbarem" und "Nicht-Abstimmbarem" bezieht sich auf die Frage der *Form der Durchsetzung* einer Problemlösung, d.h. sie bezieht sich nicht wie die Unterscheidung zwischen *ius positivum* und *ius naturale* auf die Frage des *Inhalts der Problemlösung* selbst. Entscheidend dafür, ob etwas durch Abstimmung (!) oder Anordnung als ein Nicht-Abstimmungsfähiges absolutgesetzt werden soll, ist der Gesichtspunkt der *Rechtssicherheit*; unter diesem Gesichtspunkt sind die *realen* Verhältnisse zu beurteilen. Maßgebend für die Frage, ob es sich um *ius naturale* oder um *ius positivum* handeln wird, ist hingegen der Gesichtspunkt der materialen *Richtigkeit*, oder genauer: der einer im Lichte der Grundprinzipien des Rechts zu 'erkennenden', normativen 'Natur der Sache'; in seinem Sinne sind *gedachte* Sachverhalte bzw. Fälle zu beurteilen. Kritische Beurteilungen hinsichtlich der beiden Unterscheidungen beziehen sich also auch auf verschiedene Leitideen und auf verschiedene Modi des Gegebenseins der Verhältnisse.

Wenn ein Sachverhalt als abstimmbar beurteilt und gesetzt wurde, kann dann in jeder Abstimmung über ihn nach Gutdünken entschie-

den werden, falls es sich bei ihm um die Situation von *ius positivum* handelt. Ganz anders verhält es sich dagegen, falls er eine normative Sachnatur aufweist und insofern eine dieser entsprechende, richtige Problemlösung erfordert. In der Abstimmung *soll* es dann jeweils zu einer der richtigen Lösung entsprechenden ‘Erkenntnis’-Entscheidung kommen. Denn eines ist sicher: Die Mehrheit *kann* nicht eine objektiv richtige Problemlösung in eine unrichtige verwandeln –und sie *soll* sich nicht für Verkehrtes, nicht für eine “Lösung” *ohne rechtliche Qualität* entscheiden.

Zusammenfassend möchte ich feststellen, daß die Unterscheidung von *ius positivum* und *ius naturale* nicht durch die zwischen “Abstimmbarem” ersetzt werden kann.

Mit einer Verneinung der ersten wie auch der zweiten These sowie der in ihrem Sinne vertretenen Auffassungen ist jedoch ohne weiteres der Gedanke einer Abstimmung vereinbar, in der sich die Gesamtheit der Staatsbürger oder eine qualifizierte Mehrheit dafür entscheidet, konstitutive Werte oder “Leitideen” der rechts– und sozialstaatlichen Demokratie selbst als unaufgebbare Grundwahrheiten zu betrachten und sie in der Verfassung für absolut, ja sogar für nicht-abstimmungsfähig zu erklären. Das Postulat einer entsprechenden Absolutsetzung ist aber nicht etwa im Sinne der rechtspositivistischen Ansicht zu interpretieren, die betreffenden Werte selbst seien sogar ihrer Rechtsqualität nach allererst durch Setzung *als* “Grundwahrheiten” zu *Konstituieren*. Es kann vielmehr nur besagen, jenen Werten sei, weil sie *im wesentlichen* Grundwahrheiten der rechts– und sozialstaatlichen Demokratie *sind*, ein für allemal die *positivrechtliche* Geltung unantastbarer Verfassungsbestimmungen zuzuerkennen. Im Sinne von *ius positivum* läßt sich hingegen die positivierte *Form* der Nicht-Abstimmbarkeit verstehen, insofern eine Positivierung dieser Form nicht von der Natur der Sache her als das allein Richtige ‘erkennbar’ ist.