

Rechtspolitisches Forum

Legal Policy Forum

1

Udo Di Fabio

Der juristische Begriff des Politischen

2. Auflage

Institut für Rechtspolitik
an der Universität Trier



Rechtspolitisches Forum

1

Der juristische Begriff des Politischen

von

Dr. Dr. Udo Di Fabio

Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.

2. Auflage

Institut für Rechtspolitik
an der Universität Trier



Impressum

Herausgegeben von Prof. Dr. Gerhard Robbers und Prof. Dr. Thomas Raab
unter Mitarbeit von Ira Das, Angelika Günzel, Stephanie Lühl,
Timo Rosenkranz, Stefan Schulz u. a.

Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier · D-54286 Trier
Telefon: +49 (0)651 201-3443 · Telefax: +49 (0)651 201-3857
E-Mail: sekretariat@irp.uni-trier.de · Internet: www.irp.uni-trier.de

Die Redaktion übernimmt für unverlangt eingesandte Manuskripte keine
Haftung und schickt diese nicht zurück.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die
Meinung des Herausgebers oder der Mitarbeiter des Instituts wieder.

2. Auflage

© Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2013
ISSN 1616-8828

Udo Di Fabio, geboren 1954, wurde 1987 in der Rechtswissenschaft sowie 1990 in der Sozialwissenschaft promoviert. Nach der Habilitation 1993 lehrte er als Professor für Öffentliches Recht an den Universitäten Münster, Trier und München. Von 1999 bis 2011 war er Richter des Bundesverfassungsgerichts (Zweiter Senat). Seit 2003 ist er Professor für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Der Beitrag ist der um Literaturhinweise ergänzte Abdruck des Festvortrages, den der Verfasser am 29. November 2000 im Rahmen der offiziellen Eröffnung des Instituts für Rechtspolitik an der Universität Trier gehalten hat

Inhaltsverzeichnis

I. Das Bild des Rechts von der politischen Welt	9
II. Carl Schmitt und sein politischer Begriff des Politischen..	14
III. Der Bedarf nach einem Politikbegriff im Recht	17
IV. Staat und Weltgesellschaft.....	22
V. Öffentliche Gewalt, Demokratie und Recht.....	25

I. Das Bild des Rechts von der politischen Welt

Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Mir wird heute Abend die große Ehre zu Teil, den Festvortrag zur Eröffnung des Instituts für Rechtspolitik halten zu dürfen. Dieses Institut steht in enger Verbindung und somit in der inzwischen schon großen Tradition der Gesellschaft für Rechtspolitik, begründet von Staatsminister a.D. Dr. *Otto Theisen*, zugleich politischer Gründungsvater der Trierer Juristenfakultät.

Ich hoffe, Ihre Erwartung nicht allzu sehr zu enttäuschen, wenn ich trotz dieses Anlasses nichts zur Rechtspolitik sagen werde, weder im Allgemeinen noch gar zu aktuellen Tagesfragen. Denn: Nicht die praktisch einleuchtende Verschmelzung beider Begriffe – Recht und Politik – ist mein Thema, sondern die Möglichkeit zu ihrer klaren Unterscheidung.

Recht und Politik sind zwei Welten, nebeneinander stehend, mitunter zum Verwechseln ähnlich. Das neuzeitliche Denken hat sie mit einer großen Kraftanstrengung geschieden, ohne das Band zwischen ihnen zu zerreißen. Seit *Machiavelli* hören wir die düstere Botschaft, dass der Kampf um die Macht nicht dem Recht dient, sondern sich des Rechts wie allem anderen bedient¹. Der Richter dagegen hat zwar die Macht, den Fall zu entscheiden, doch wenigstens fürchtet er mehr als den Vorwurf, sein Urteil sei kruder Machtspruch.

¹ Um Herrschaft zu behaupten, muss der Herrscher die Seelenstärke haben, sich nach den Winden des Glücks und dem Wechsel der Verhältnisse zu richten und vom Guten so lange nicht abzugehen, als es möglich ist, aber im Notfall auch zu verstehen, Böses zu tun. *Niccolo Machiavelli*, Der Fürst, XVIII. Kapitel, Vom Worthalten der Herrscher.

Recht und Politik blicken als zwei Welten aufeinander, mit verschiedenen Augen und auf jeweils für sie verschiedene Gegenstände.

- Das Rechtssystem findet sein Zentrum im Entscheid über das geltende Recht, getragen von einer begründeten Ableitung aus dem, was politisch vorentschieden. Der Richter erkennt das Recht, bei aller Freiheit hat er aber weder das erste Wort der Setzung noch das letzte der Durchsetzung. Gerichtsurteile können ihre Beachtung, ob mit apodiktischem Tenor oder filigranem Argument, nicht selbst erzwingen. Ihr erstes und das letzte Wort scheint deshalb der Politik mit ihrer Amtsmacht und ihrem Erzwingungsstab überantwortet.
- Im politischen Zentrum steht ebenfalls die kollektiv verbindliche Entscheidung, sie aber ist inhaltlich unabgeleitet, autokratisch – ein Erst-Entscheid. Wer derart ungeschützt, wie die politische Herrschaft, anderen seinen Willen aufzwingt, sucht, nachdem die Religion dafür ihren Wert verloren, das Recht als Verbündeten, wünscht das Recht zu erkannt zu bekommen, Recht zu setzen.

In der Institution des Staates², zumal des Verfassungsstaates, wurde das Verhältnis von Politik und Recht kultiviert; dies ist die Essenz, für *Hans Kelsen* sogar die Mission³ des Staates. Politik fand im Staat und auf ihn bezogen statt, aus dem Staat heraus wächst das Gesetz, staatliche Verwaltungsstellen vollziehen es, staatliche Gerichte sprechen Recht nach seiner Maßgabe. Unter dem Schutz des Staates als mächtiger Institution war es für den Juristen entbehrlich, unter Politik etwas

² *Udo Di Fabio*, Der Staat als Institution, in: Festschrift für Walter Leisner, 1999, S. 225 ff.

³ *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 115.

anderes zu verstehen als ein vor- oder außerrechtliches Faktum, dem man zwar bei allen Interpretationsfreiheiten ausgeliefert war, das sich aber in seiner unabgeleiteten Dezision außerhalb des eigenen Entscheidungs- und Verantwortungshorizonts verbarg. In der Form des geschlossenen Staates wurde die Politik Rechtsperson, und damit ein vertrauter Geselle, nicht länger mehr unberechenbarer Leviathan, kein Abgrund der Beliebigkeit. In der alten und mitunter noch virulenten Juristenattitüde gegen das ungeordnete Stimmengewirr der politischen Parteien schwingt immer noch die Angst vor diesem Abgrund mit. Art. 21 des Grundgesetzes hat indes auch den Parteien ein juristisches Kleid übergestreift und sie mit allerlei Rechts- und Offenbarungspflichten bis hin zu der ultima ratio des Parteiverbots dem Zugriff der Richter ausgesetzt.

Das *ius publicum* hüllt eben alles Politische in Rechtsgewänder. Das ganze Begriffsarsenal des Staatsrechts dient diesem Zweck: Wenn die Rede ist vom Gesetzgeber, seinem Willen und seiner Gestaltungsfreiheit, von der Exekutive, ihrer Rechtsbindung und ihrer Einschätzungsprärogative, von den Parteien als Mittler zwischen Gesellschaft und Staat, als ordnungsunterworfenen Akteuren der politischen Willensbildung.

Doch unmittelbar von Politik reden wir als Juristen ungern, allenfalls wenn uns der politische Gesetzgeber durch die Verwendung dieses Wortes in Gesetzestexten dazu nötigt: Im Fall von politisch Verfolgten⁴ oder bei der politischen Betätigung

⁴ Art. 16a GG, vgl. auch § 241a Abs. 1 StGB: Wer einen anderen durch eine Anzeige oder eine Verdächtigung der Gefahr aussetzt, aus politischen Gründen verfolgt zu werden und hierbei im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen durch Gewalt- oder Willkürmaßnahmen Schaden an Leib oder Leben zu erleiden, der Freiheit beraubt oder in seiner beruflichen oder wirtschaftlichen Stellung empfindlich beeinträchtigt zu werden, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

des Beamten⁵, der Zivildienstleistenden⁶ oder derjenigen von Ausländern, im Strafrecht bei der politischen Verdächtigung nach § 241a StGB oder im Versammlungsgesetz, das es in seinem § 3 Abs. 1 verbietet, Uniformen als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung zu tragen. Derlei Begriffsverbindungen sind auslegungsfähig, wie beispielsweise die Frage, ob politische Verfolgung im Sinne des Art. 16a GG mit staatlicher Verfolgung im Herkunftsland identisch sein muss. Der Rechtsanwender bewegt sich dabei auf vertrautem Terrain, er benötigt dafür keinen allgemeinen, über oder außerhalb des positiven Rechts stehenden Begriff des Politischen. Im Völkerrecht ist allerdings bereits eine wahre Inflation des Begriffs „politisch“ beklagt worden⁷; dies dürfte vor allem damit zusammenhängen, dass dieser Begriff in Rechtsdokumenten zugleich Reservate markiert, die für das Recht versperrt sind, Vorbehalte demnach⁸, ohne die das internationale Recht nicht wachsen könnte.

Kann es oder sollte es darüber hinaus einen *allgemeinen*, von derlei besonderen Kontexten unabhängigen Begriff des Politischen geben, einen, der der juristischen Arbeit von Nutzen oder gar für sie notwendig sein könnte? Ein solche Frage stellen, heißt für die meisten, sie schon a limine zu verneinen; andere werden sogar vor den Gefahren eines solchen Unterfangens warnen. Immerhin handelt es sich um eine Art Grenz-

⁵ § 53 BBG: Der Beamte hat bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergeben.

⁶ § 29 Abs. 1 S. 1 ZDG: Der Dienstleistende darf sich im Dienst nicht zugunsten oder zuungunsten einer politischen Richtung betätigen.

⁷ *Juliane Kokott*, Der Begriff „politisch“ im Normzusammenhang nationalen und internationalen Rechts, *ZaöRV* Heft 51 (1991), 603 (605).

⁸ Es geht häufig um eine souveränitätsschützende Verwendung des Begriffs „politisch“, dazu näher: *Juliane Kokott*, *ZaöRV* Heft 51 (1991), 603 (641).

Überschreitung, indes zumeist nicht um eine vom Recht in die Politik, sondern in die Wissenschaft, die die Seinsfrage stellt, was Politik *ist*. Antworten auf die normative Frage, was Politik sein *darf*, welche Wege ihr eröffnet, welche ihr verschlossen sind, wurden im Verfassungsstaat den Verfassungsgerichten übertragen. Aber auch derlei Gerichte, selbst wenn sie Verfassungsorgane sind, sollten besser nicht ungeschützt über konkrete Politik unter dieser Begrifflichkeit reden.

II. Carl Schmitt und sein politischer Begriff des Politischen

Wenn Juristen gleichwohl beginnen, sich in systematischer Absicht einen Begriff des Politischen zu machen, erscheint unweigerlich der Name *Carl Schmitt*, und zwar als Menetekel. Mit seinem berühmten Essay hat der opportunistische Meister im Vorausnahmen des politisch Kommenden schon im Jahr 1927 und überarbeitet noch einmal 1932 die Klinge gegen den ungeliebten Weimarer Verfassungsstaat geführt⁹. *Schmitt* sah Bedarf für einen allgemeinen Begriff des Politischen, wenn der bestehende Staat als solcher nicht mehr unproblematisch vorausgesetzt werden könne, wenn Staat und Politik nicht länger als identisch anzusehen seien, etwa dann, wenn Staat und Gesellschaft sich gegenseitig durchdrängten¹⁰. Ohne an dieser Stelle auch nur vage Auskunft zu geben, warum in einem solchen Fall Juristen sich einen Begriff des Politischen machen sollten, entwickelt *Schmitt* mit der Geste der Aufdeckung¹¹ sein berühmtes Freund-Feind-Schema. Danach erkennt man politisches Handeln an seiner besonderen Differenzierung nach Freund und Feind bei dem Versuch, Herrschaft über Menschen auszuüben. Doch *Schmitt* wäre kein Jurist, wenn er über diese sozialwissenschaftliche Beobachtung hinaus nicht noch ein Element der Normativierung hinzugefügt hätte. Er sieht eine Gefahr des Identitäts- und Freiheitsverlustes politischer Gemeinschaften, wenn sie sich nach religiösen, technischen oder ökonomischen Leitunterscheidungen hin organisierten und sich nicht mehr maßgeblich über den politischen Selbstgestaltungsakt ins Werk setzten. Je deutlicher dagegen die Lagerbildung nach dem Freund-Feind-

⁹ *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 1932.

¹⁰ *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 23 f.

¹¹ So ausdrücklich: *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 26.

Schema, desto idealtypischer finde in diesem Sinne Politik zu sich selbst. So ist zu lesen: „Ein politisch existierendes Volk kann also nicht darauf verzichten, gegebenenfalls Freund und Feind durch eigene Bestimmung auf eigene Gefahr zu unterscheiden“¹².

Mit einer solchen normativen Grundaussage werden die Weichen gleich zweifach falsch gestellt. Zum einen wird das Volk zwar scheinbar in den Mittelpunkt gerückt, aber so homogenisiert, dass die Anwendung des Freund-Feind-Schemas nicht als inneres Organisationsprinzip des politischen Wettkampfs in den Blick kommt¹³, sondern der Konflikt zwischen Völkern. Zum anderen entsteht im Zusammenhang der Ausführungen ein tückischer Steigerungszusammenhang. Je klarer, je kraftvoller das selbstgewählte Feindbild, desto politischer, desto selbstbewusster, desto freier das Volk. Und weil zum Begriff des Feindes – so *Schmitt* – die „Eventualität des Kampfes“¹⁴, der Krieg gehöre, wird das zum Krieg bereite Volk das wahrhaft freie Volk. Eine politische Gruppe oder ein ganzes Volk ohne die Fähigkeit, sich Feinde durch gewillkürte Setzung zu schaffen, verliere dagegen über kurz oder lang die politische Existenz.

Man sieht auf der historischen Landkarte des 20. Jahrhunderts sofort, dass damit die liberale Demokratie, der Verfassungsstaat mit seinen Einrichtungen zur Überwindung von Antagonismen und Feindschaft in ein Zwielicht gerückt wird – diffus im Erscheinungsbild, von schwächlicher Konstitution -, während die totalitären Entgleisungen nach links und rechts mit ihren paranoiden „Klassen- und Rassenfeindschaften“¹⁵ in dieser Optik als kraftvolle Originale politischer Selbstsetzung

¹² *Carl Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, S. 51.

¹³ *Juliane Kokott*, *ZaöRV* Heft 51 (1991), 603 (636 ff.).

¹⁴ *Carl Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, S. 33.

¹⁵ *Carl Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, Vorwort 1963.

scheinen¹⁶. Die *Schmitt*-Kritik hat aus dieser Erkenntnis heraus unter Berufung auf *Rudolf Smend*¹⁷ ganz im Gegenteil Politik als Bemühen um Integration gekennzeichnet.

Der Begriff des Politischen bei *Carl Schmitt* hatte insofern kein geringeres Ziel, als das liberale Verfassungsrecht mit seinen Garantien für Freiheit und Eigentum zu diskreditieren. Irgend-eine konstruktive Leistung für das Recht ist mit seiner Begriffsanalyse nicht beabsichtigt. *Schmitts* Begriff des Politischen ist kein juristischer, bei näherem Hinsehen auch kein wissenschaftlicher, sondern ein politischer Begriff – ein Kunstgriff, der mit der Evidenz einer heimlich normativ zugerichteten Empirie operiert. Aus einem mit Zwecken und Richtungen aufgeladenen Seinsbefund wird das Sollen, werden Rechtsaussagen abgeleitet. Mit einem solchen Begriff des Politischen sollte das positive Recht geistig umgriffen, es von der Metaebene eines ins Normative gewendeten Seins angreifbar werden.

Die gleichwohl scharfsichtig erkannte Differenz des Schemas von Freund und Feind ist in gewisser Weise eine gültige Beschreibung politischer Logik, doch sie ist bei *Carl Schmitt* losgelöst von dem Wettbewerb zwischen Regierung und Opposition im fairen Kampf der Parteien und auf das homogene Volk bezogen, ins Kriegerische verzerrt und soll mit dieser letzten Konsequenz dem Rechtsdenken wenn nicht vorausliegen, so doch eine Richtung geben. Das so politisierte Recht wird in Opposition zum „liberalen“ Recht mit seiner Affinität für die Freiheit des Wirtschaftens und die Sachgesetzmäßigkeiten des Ökonomischen gerückt¹⁸.

¹⁶ Was ausdrücklich dem kommunistischen Russland bescheinigt wird, *Carl Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, S. 79.

¹⁷ *Rudolf Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1968, S. 119 ff.

¹⁸ *Carl Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, S. 71 f.

III. Der Bedarf nach einem Politikbegriff im Recht

Was also kann nach der Diskreditierung der soeben dargestellten Vorgehensweise heute Anlass und Ziel sein, den Begriff des Politischen erneut aus dem Blickwinkel des Rechts zu thematisieren? In einem Vorwort zu seinem Essay hat *Carl Schmitt* 1963 versucht, die Spuren seines Angriffs auf den Verfassungsstaat zu verwischen und die damalige Untersuchung damit zu rechtfertigen, dass der Staat aufgehört habe, Modell der politischen Einheit zu sein. Zur selben Zeit, als die damaligen Nachwuchswissenschaftler des neuen, der Freiheit verpflichteten Verfassungsrechts ihre Antrittsvorlesungen über den offenen Staat hielten¹⁹, konstatierte *Schmitt*, die Epoche der Staatlichkeit gehe unwiderruflich zu Ende²⁰. Wenn dem so ist – und einiges spricht jedenfalls für einen tief greifenden Bedeutungswandel des Staates – dann besteht womöglich Bedarf nach einem Begriff des Politischen für die besonderen Zwecke rechtlichen Entscheidens, weswegen schon einfache Definitionsimporte aus den Sozialwissenschaften ausscheiden.

Doch warum entsteht überhaupt ein solcher Bedarf? Die Antwort ist einfach und beunruhigend zugleich. Politische Herrschaft, öffentliche Gewalt verlässt in immer größerem Ausmaß die durch das klassische Verfassungsverständnis vorgezeichneten Bahnen innerhalb des fest gefügt geglaubten Staates. Damit einher geht eine allmähliche tektonische Verschiebung in den Fundamenten unserer Rechtsordnung. Wenn Politik und Verfassungsstaat nicht mehr ganz zur Deckung zu brin-

¹⁹ *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.

²⁰ *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 10.

gen sind, darf das Recht nicht uneingeschränkt auf seine eingefahrenen Kontrollmechanismen vertrauen.

- Was beispielsweise wird der Gesetzesvorbehalt noch leisten können, wenn man weiß, dass das Parlament mehr und mehr dasjenige zu rezipieren und umzusetzen hat, was in Konsensgesprächen mit Verbandsvertretern und in der immer mächtiger werdenden internationalen Kooperation der Regierungen vereinbart wurde?
- Wie soll der verfassungsrechtliche Sozialstaatsauftrag in einer ernsthaften Weise erfüllbar bleiben, wenn die Nationen und Regionen sich tatsächlich einem Standortwettbewerb aussetzen und immer stärker den Imperativen der wirtschaftlichen Funktionslogik gehorchen?
- Wie soll die Idee des Rechtsstaates sich behaupten, wenn eine korporative und grenzüberschreitende Vernetzung potenter Wirtschaftsakteure mit Hilfe von politischen Amtsinhabern Grundentscheidungen für die Gesellschaft trifft, die nur in Teilbereichen gerichtlicher Kontrolle offen stehen?
- Wie soll die Grundrechtsbindung öffentlicher Gewalt wirksam greifen, wenn öffentliche Aufgaben Privaten übertragen und Kontrolle in einer nicht exakt bestimmbar Weise von politisch Handelnden ausgeübt wird?
- Welche Entwicklungsrichtung nehmen die Grundsätze des Berufsbeamtentums und der gesetzesgebundenen Verwaltung, wenn den Beamten in Controlling-Systemen immer stärker eine betriebswirtschaftliche Handlungsweise nahe gelegt und ihre Unabhängigkeit durch die Übertra-

gung von Leitungsfunktion auf Zeit womöglich herausgefordert wird?

- Wie soll das Demokratieprinzip seine Wirksamkeit entfalten, wenn über mehrere Ebenen hinweg verschachtelte Entscheidungen fallen, Verantwortung dafür nicht sicher zurechenbar ist, wenn wegen der Komplexität politischen Entscheidens es wieder mehr um Symbolik, um die Harmonie der Mitte und um mediengerechte personale Selbstdarstellung geht, ohne dass scharfe programmatische Differenzen zwischen den Parteien noch eine klare Wahl zuließen?

Wenn das klassische Staats- und Verfassungsrecht sich nicht auf diese neue Realität des zur Gesellschaft und zur Übernationalität hin offenen Staates einstellt, verliert es nicht nur den Anschluss, es verliert auch die Möglichkeit, die verfassungsrechtlichen Bindungen und Sicherungen, auf die die Bürger vertrauen, angemessen und systematisch zur Geltung zu bringen. Um dieser Pflicht zur Wahrung von Kontinuität im raschen Wandel der politischen Praxis genügen zu können, braucht gerade das öffentliche Recht einen Begriff dessen, was zu kontrollieren die Aufgabe ist. Hier liegt der Grund, warum wir uns in eine Situation versetzt finden, die in mancherlei Hinsicht an die Entstehungszeit moderner Staatlichkeit erinnert.

Wird politische Gewalt grundlegend neu organisiert, dürfen Juristen ausnahmsweise nicht auf das Hergebrachte vertrauen, sondern müssen ganz gegen ihre Gewohnheit eine gewisse Kreativität entfalten. Es waren in der Vergangenheit zwar weniger die Juristen, sondern die der Politik nahe stehenden Gelehrten wie *Jean Bodin*, *Thomas Hobbes* oder *John Locke*, die mit ihren philosophischen und theoretischen Konzepten den neuzeitlichen Verfassungsstaat vorgedacht, abgeleitet

und auf den Begriff gebracht haben; heute jedoch bedarf es schon einer gewissen juristischen Professionalität, allein um die Formen politischer Herrschaft im dichten Geflecht nationaler und supranationaler Rechtsvorschriften zu identifizieren.

Für Juristen schien lange Zeit derlei staatsrechtliche Weite des Horizonts entbehrlich oder sogar störend; und zwar je mehr sich das moderne Recht unter dem Schuttschirm des Nationalstaates ausdifferenzierte und dabei eine kaum jemals zuvor gekannte Autonomie errang. Es wurde wichtiger, die sprudelnden Quellen des positiven Rechts zu ordnen, methodisch auszulegen und eine auf die Herstellung von Konsistenz verpflichtete Dogmatik zu pflegen. Doch die Rationalitätsgewähr der großen Kodifikationen²¹ und eines professionellen juristischen Verwaltungsapparates schwinden, der Schutz durch die Institution des Staates wird brüchig.

Es ist deshalb an der Zeit, wieder mehr den Blick auf die Grundlagen des Rechts, auf den tieferen Sinn von Rechtsgrundsätzen und auf die hergebrachten juristischen Konstruktionen der Wirklichkeit zu lenken, nicht zuletzt um die Möglichkeit einer eigenständigen juristischen Methode zu erhalten. Auch das Recht muss, wie die Wirtschaft, die Politik und die Wissenschaft, mehr von seiner Umwelt aufnehmen, seine Grenzen weniger undurchdringlich gestalten, gerade um die eigene Identität zu behaupten. Es ist eine der systemtheoretischen Grundeinsichten, dass im Entwicklungsprozess der Neuzeit zunächst die Evolutionsgewinne durch Abschließung bestimmter Rationalitätssphären ermöglicht wurden, das eigenständige Wirtschaften unter reiner Renditebetrachtung, die rücksichtslose Forschung um der intersubjektiv überprüf-
baren Wahrheit willen, die Politik als Handlungssystem zur

²¹ *Winfried Hassemer*, Rechtssystem und Kodifikation, in: Arthur Kaufmann/ders. (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 1989, S. 212 ff.

Erringung, Verteidigung und Steigerung von Macht. Die Setzung selbstbewusster Differenzen, eine davon war die Nation, die in die Einheit der Christenheit gesetzt wurde, schuf interdependente Zusammenhänge, gerichtet auf die Steigerung aller Leistungen in die Gesellschaft. Fortschritt im Sinne mehr Wohlstand, mehr Erkenntnis, mehr Gestaltungsmacht, größere Gerechtigkeit ist der immer weiter antreibende Motor der Neuzeit.

IV. Staat und Weltgesellschaft

Doch wir alle wissen um die Grenzen dieses historisch einmaligen Aufbruchs. Die von *Horkheimer* und *Adorno* im 20. Jahrhundert der Katastrophen und der Katharsis pessimistisch behauptete negative Dialektik der Aufklärung, die im Massenbetrug ende²², hat jedenfalls die politischen Gestaltungsansprüche nach einem letzten Versuch, den demokratischen Wohlfahrtsstaat zu schaffen, erlahmen lassen. Auch die Wissenschaft wird auf ihre Grenzen verwiesen, ihr wird – wie durch *Hans Jonas* angemahnt²³ – Verantwortung abverlangt, zunächst aus einer moralischen Perspektive, heute im Zeichen der Weltwirtschaftsgesellschaft rät man ihr zum ökonomischen Schulterschluss. Und scheint nicht auch die Politik ihre Unabhängigkeit einzubüßen: sie, die gestützt auf die Formel der Souveränität und mit ihrem selbstbewussten Gewaltmonopol angetreten war? Politik erscheint heute nicht mehr als der große Integrationswurf, sondern als das Lavieren zwischen den Zwängen aller anderen Funktionssysteme der Gesellschaft. Politiker buhlen im Wettbewerb der Standorte²⁴ um die Gunst der Wirtschaftskapitäne, stehen unter Kuratel der launischen öffentlichen Medien, müssen mit der Überraschung von Gerichtsentscheidungen leben, werden durch neue wissenschaftliche und technische Möglichkeiten und Risiken mehr getrieben als nur herausgefordert – man denke nur die Möglichkeiten der Biotechnologie oder an die Risiken der BSE-Seuche.

²² *Max Horkheimer/Theodor W. Adorno*, Dialektik der Aufklärung, 1971, S. 108 ff.

²³ *Hans Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 1989.

²⁴ Gesprochen wird auch von einem Wettbewerb zwischen Ländern, die durch ihre Politiker vertreten werden, also ein Art gewählter Sprecher sind: *Lüder Gerken*, Der Wettbewerb der Staaten, 1999, S. 7 f.

Die Politik ihrerseits schafft ebensolche Zumutungen für andere. Alle Funktionssysteme kommen mit ihrem Versuch, eigene Leistung zu steigern, zunehmend in das Gehege der anderen. Die verschiedenen Funktionssysteme der Gesellschaft – Wirtschaft, Wissenschaft, Recht und Politik – werden in ihrer Selbstbezogenheit erkannt und kritisiert, sie passen sich an durch stärkere Öffnung und ein höheres Maß an Selbstreflektion: Nachdenken darüber, wie man ohne Störungen des eigenen Tuns in einer komplexer und fordernder werdenden sozialen Welt bestehen kann. Insofern rücken die großen Funktionssysteme enger aneinander, ohne ihre Autonomie aufgeben zu wollen. Zwei Faktoren sind dabei für unser Thema wichtig:

- Die Wirtschaft geht evolutionär in Führung, weil ihre Sprache und ihr Code besonders leicht anschlussfähig und besonders eng an menschliche Bedürfnisse gekoppelt sind. Damit ist ein weltweit vernetzter Kommunikationszusammenhang am leichtesten herstellbar; Globalisierung ist das Programm einer Weltwirtschaftsgesellschaft.
- Folgerichtig verliert schon dadurch der Staat als besondere Organisation zwischen Politik und Recht die Überhöhung als Einheitsrepräsentant der Gesellschaft. Gesellschaft lässt sich nicht mehr territorial abgeschlossen denken, weil wir in die Epoche der Weltgesellschaft eingetreten sind, ohne dass ein Weltstaat in Sicht, praktisch denkbar oder auch nur wünschenswert wäre.

Vom Staat dürfen wir also nicht mehr mythisch überhöht reden, wir dürfen uns auch nicht mehr wie *Thomas Hobbes* ein Wesen denken, das stärker als alle Menschen gottgleich uns entgegentritt, schließlich dürfte inzwischen auch *Hegels* Vorstellung vom sittlichen Staat bei vielen um ihre Plausibilität gebracht worden sein. Bereits der Singular der Begriffsbildung

ist brüchig. Aus dem Staat ist ein System offener, miteinander kooperierender und konkurrierender Staaten geworden. Und selbst dieses pluralisierte Bild ist noch zu einfach. Denn die öffentliche Gewalt differenziert sich mehr und mehr, schlägt organisatorische Brücken in die Gesellschaft. Die Rede vom Staat ist hier und da als Sammelbegriff dafür zwar noch gebräuchlich, aber es beginnt sich das amerikanische Denken in Teilfunktionen des Staates durchzusetzen: Government and Agencies²⁵.

²⁵ Zur Verselbständigung und Ausgliederung der Agencies aus dem traditionellen Gewaltenteilungsschema: *Oliver Lepsius*, Verwaltungsrecht unter Common Law, 1997, S. 193 ff.

V. Öffentliche Gewalt, Demokratie und Recht

Wenn öffentliche Gewalt also weiter rechtsförmlich, demokratisch legitimiert und freiheitsschonend ausgeübt werden soll, bedarf es einer Begrifflichkeit, die nicht allein dem traditionellen Staatsdenken verhaftet bleibt. Sie muss ihren Sinn und ihre Richtung in der tragenden Idee des Verfassungsrechts suchen. Das Verfassungsrecht hat ein angebbares Ziel. Es will die öffentliche Gewalt in bestimmter Weise rechtlich binden. Die Verfassung will zum einen die politische Gemeinschaft, will den Staat als Ausdruck gemeinsamen Handelns der Bürger und damit als Institution kollektiver Freiheitsbetätigung gewährleisten. Zum anderen wird die Freiheit des einzelnen als Gegengewicht gesetzt, mit Menschen- und Grundrechten. Zwischen der kollektiven und der individuellen Freiheit werden die Organisationsgebote platziert, allen voran das Demokratiegebot.

Demokratie mildert das Besondere politischer Herrschaft, das Gewaltmonopol. Der Kern des Politischen ist die Macht oder mit *Max Weber*: „Alle politischen Gebilde sind Gewaltgebilde“²⁶. Es geht um die Macht über Menschen, sie zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen mit überlegenen Mitteln zu zwingen, sozialtechnisch am besten ohne physischen Zwang, der allerdings als Deckungsmittel im Hintergrund bereitstehen muss²⁷. Politik als selbständiges System der Gesellschaft etabliert sich erst mit der Behauptung bestimmter Akteure, sie allein dürften Gewalt anwenden und um des Landfriedens willen kein anderer. Ist dieser befriedende und herrschaftssichernde Gedanke anerkannt, folgt der Anspruch,

²⁶ *Max Weber*, Politische Gemeinschaften und Wirtschaft, in: ders., Soziologie, Universalgeschichtliche Analysen, Politik, 1973, S. 80.

²⁷ Die Ausübung von Zwang annulliert sogar im Vorgang der Aktualisierung die Macht: *Niklas Luhmann*, Macht, 1975, S. 61.

verbindlich und allein über das Schicksal anderer zu entscheiden, ohne in jedem Einzelfall ihre Zustimmung einholen zu müssen. Diese uns heute immerhin noch selbstverständliche Rolle des Staates mit seinem System der Ämter ist angesichts der zunächst parzellierten und zwischen Gott und Welt, zwischen Familie und Stand intermediären Herrschaftsverhältnisse in hohem Maße unwahrscheinlich gewesen²⁸. Denn während Modernisierung im Programm der Neuzeit immer stärker auf Individualisierung und Inkludierung drängte – grundsätzlich alle sollten am wirtschaftlichen Geschehen teilnehmen, alle sollten die Bibel lesen und über sie nachdenken, alle sollten sich an der Suche nach Wahrheit und dem Guten beteiligen dürfen bis hin zur Forderung, alle Menschen seien Verfassungsinterpreten²⁹ – war es bei dem Anspruch, Gewalt auszuüben genau gegenläufig. Hier sollten alle mit Ausnahme des Staates in seinen wechselnden Verkörperungen in der Person des Monarchen, des Parlaments, der Regierung, von der erlaubten Gewaltausübung ausgeschlossen sein³⁰. Nur wenige Reservate blieben etwa für Ehrenhändel, im Notwehrrecht und im Züchtigungsrecht der Erzieher erhalten, die allesamt, wie wir wissen, bis heute unter dem Druck des Gewaltmonopols verkleinert worden sind oder immer noch zurückgedrängt werden³¹.

Die Idee des Gewaltmonopols ist der Grund, warum der Staat solange mit Politik in eins gesetzt wurde. Er war und ist die Organisation zur legalen, zur anerkannten Gewaltausübung, nur in seinem Rechtsformenkreis ist hoheitliches Handeln zu-

²⁸ Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, S. 37 f.

²⁹ Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978.

³⁰ Udo Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, 1998, S. 25 ff.

³¹ Es könnte von eigenem Reiz sein, darüber nachzudenken, ob es einen Zusammenhang gibt zwischen der immer entschiedeneren Monopolisierung öffentlicher Gewalt und dem spontanen Ausbrechen von unerlaubter Gewalt im Staat und außerhalb seiner.

gelassen, nur hier dürfen einseitig kollektiv verbindliche Erstentscheidungen getroffen und notfalls mit Zwang durchgesetzt werden. Eine politische Partei ist deshalb nur insofern politisch, als sie auf den Zugang zu diesem Gewaltmonopol ausgerichtet ist, die Teilhabe daran erstrebt. Insofern ist die Verteilung von Parteiämtern im Gegensatz zu Staatsämtern im Grunde nur politisch affiziert; je weiter eine Partei etwa wegen ihrer parlamentarischen Bedeutungslosigkeit von der Teilhabe an politischer Macht entfernt ist, desto folkloristischer, desto unpolitischer wirken ihre Parteiämter.

Jedoch kreist das politische System nicht nur um Ämterzugang, sondern auch um Einfluss auf das Verfahren kollektiv verbindlicher Entscheidungsfindung. Hier findet die Demokratie und die öffentliche Meinung, aber auch die wirtschaftliche Lobbyistentätigkeit ihre unmittelbare Berührung zum politischen Geschäft, ist insofern sogar Teil des politischen Handlungssystems.

Die Entwicklung der politischen Organisationsformen kann als Ausdehnungsbewegung und zugleich umgekehrt auch als ein Hineindrängen anderer Handlungssphären in den Bereich des Politischen verstanden werden. Der Lobbyist drängt sich aus wirtschaftlichem Interesse in das politische System, wird ein Stück weit dessen Bestandteil. Auch Juristen können insofern lobbyistisch tätig sein – dies eigentlich ist dann Rechtspolitik, ein Kampf für die Belange eines konsistenten und anerkannten Rechtssystems, ebenso wie Kirchen, Jugendhilfeeinrichtungen oder Gewerkschaften für ihre Sache streiten.

Die Politik dagegen richtet sich zwar auf den Staat, dehnt ihn aber zugleich aus und lebt zum Teil neben ihm. Politik ist immer auf der Suche nach Themen, die positive Resonanz in der öffentlichen Meinung, in den Massenmedien erzeugen, damit ein günstiges Klima für die jeweils nächste Wahl und damit für das Maß der Teilhabe an politischer Macht entsteht; so wird

auch der Staat aus dieser Perspektive als Instrument des jeweiligen Themas gesehen. Der Staat ist kein Heiligtum, nicht Vorgegebenes mehr, man disponiert über ihn, nutzt ihn, formt ihn. Es handelt sich um eine der Paradoxien der Gegenwart, dass der Staat von der Politik lange Zeit mit einem „postliberalen Universalitätsanspruch“³² in immer weitere Bereiche der Gesellschaft hineingetrieben wurde und wird, während man ihn zugleich wegen Überforderung dieser Institution verschlankt, vernetzt und ihn teilweise kommerzialisiert.

Wir erkennen heute, dass die Öffnung und Ausdehnung staatlicher Organisationsformen sowohl in den Binnenbereich der jeweils nationalen Gesellschaften wie in die Überstaatlichkeit und ins Weltgesellschaftliche hinein die Idee des Verfassungsstaates in beträchtliche Schwierigkeiten bringen. Mit dieser Einrichtung wollten Demokraten und Juristen die Ausübung des politischen Gewaltmonopols in eine feste Ordnung gießen, um der Freiheit und der Vernunft willen. Heute leidet diese Ordnung unter Konturverlusten als Preis der Ausdehnung und unter Unübersichtlichkeiten als Folge einer kooperierenden Integration der Träger öffentlicher Gewalt. Wenn bestimmte Leitideen wie individuelle und gemeinsame Freiheit, Vorkehrungen zur Herstellung von Machtbalance, das Zusammenwirken politischer und rechtlicher Rationalitätssphären auch in Zukunft praktisch wirksam bleiben sollen, muss das Verfassungsrecht deshalb nach einem angepassten Bild der öffentlichen Gewalt unter Einschluss der fortbestehenden Institution des Staates suchen.

Was wir indes als Juristen suchen wollen und sollen, hängt von Rechtsprämissen ab. Öffentliche Monopolgewalt muss so organisiert sein, dass die grundlegenden Gebote der Verfassungsstaatlichkeit sie erreichen und lenken können. Deshalb schauen wir etwa auf dasjenige, was demokratisch legitimiert

³² Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, S. 315.

sein muss, und das immer noch das Flussbett für den Strom der lebendigen Demokratie ist. Dafür bleibt auch der Staat im Singular unentbehrlich, nur er vermag für ein spezielles Territorium das Gewaltmonopol zu behaupten, Schutz und Ordnung als Voraussetzung jeder Freiheit zu gewährleisten.

Diese Einsicht führt zu einem juristischen Bild von Politik, das nach wie vor den Staat in den Mittelpunkt rückt, aber ihn nicht mehr – und auch nicht mehr im Großen und Ganzen – als deckungsgleich mit Politik versteht. Angemessen dürfte eine Vorstellung von Zentrum und sich ausdehnender Peripherie sein. Die offenen und sich verbindenden Staaten bleiben Richtungsgeber und Resonanzboden demokratischer Öffentlichkeiten, sie bleiben letzter Legitimationsgegenstand kollektiv verbindlichen Entscheidens und insofern behaupten sie ihre Souveränität.

Aber so unentbehrlich sie als Knotenpunkte eines Netzes sind und wohl auch bleiben, so entsteht doch zwischen ihnen ein feinmaschiges Gewebe mit selbsttragenden Eigenschaften. Es ist an der Zeit, Politik wieder als den Ort zu identifizieren, an dem Einzelne über alle Herrschaft ausüben mit der Behauptung, nicht nur dazu legitimiert zu sein, sondern auch, damit Gemeinwohl gefördert werde, und zwar in jeder auch nicht-staatlichen und überstaatlichen Form. Wie ein emsiger Schneider müssen die Juristen dafür ein Rechtsgewand anfertigen, aber auch den Mut haben, Rechtsgebote für die Figur des Heranwachsenden zu formulieren.

Das Verfassungsrecht muss im Einzelfall sogar so verstanden werden, dass der Politik eine Art kultiviertes Freund-Feind-Schema normativ abverlangt wird. Zwar haben *Smend* oder auch der amerikanische Soziologe *Talcott Parsons* Recht, wenn sie nach der Leistung der Politik für die Gesellschaft fragen und in der Integration die Antwort finden. Doch ist auch der ursprüngliche, lediglich durch eine verengte Referenz und

einen falschen Steigerungszusammenhang verzerrte Befund *Carl Schmitts* richtig, wonach Politik im Innern, in ihrer eigenen Systemlogik nach dem Freund-Feind-Schema im Konkurrenzkampf um Macht verläuft. Dieser Kampf, der in entwickelten Verfassungsordnungen eben nichts mit physischer Gewaltanwendung zu tun hat, muss sogar durch die Interpretation des Rechts sichtbar gehalten werden. Deshalb lässt es sich rechtfertigen, das Grundrecht der Meinungs- und Versammlungsfreiheit großzügig auszulegen³³, soweit es denn um politische Artikulation tatsächlich geht. Deshalb erinnern Verfassungsgerichtsentscheidungen manchmal an die besondere Bedeutung des Parlaments als Ort der politischen Auseinandersetzung. Denn Demokratie kann nur in Kenntnis von Alternativen – sachlicher und personeller Art – funktionieren. Die Aufgabe, diese Alternativen zu finden, darf nicht Werbeagenturen übertragen werden, sie ist das politische Geschäft der Zuspitzung. Wenn sich alle Parteien in einer behaupteten Mitte drängen, einer Mitte, definiert von den Souffleuren der sich selbst am stärksten beobachtenden Massenmedien³⁴, wenn Politiker keine selbstbewussten Konzepte mehr wagen, veröden die Quellen der Demokratie. Die Devise, den Vorpreschenden zu strafen, passt jedenfalls mehr zum Obrigkeitsstaat. Demokratie lebt von der Möglichkeit der Unterscheidung. Konsens ist in kultivierten Gemeinschaften ein regulatives Ziel, Dissens jedoch die Vorbedingung für den öffentlichen Diskurs. Die inzwischen eingeschliffene kooperative Kultur lässt mehr um die Fähigkeit zum politischen Streit fürchten als um die Fähigkeit, sich im Konsens anschließend wieder zu treffen.

³³ Diesen Zusammenhang herstellend: *Juliane Kokott*, ZaöRV Heft 51 (1991), 603 (629).

³⁴ Zur Rekursivität der Themenbehandlung: *Niklas Luhmann*, *Die Realität der Massenmedien*, 2. Auflage 1996, S. 26

Von solchen Einsichten aus kann das Verhältnis von Recht und Politik vorsichtig neu tariert werden. Das Recht braucht dazu die Selbstgewissheit seiner eigenen Bestimmung ebenso wie ein Bild derjenigen Sphäre, dessen Erstentscheidungen das Recht ausgesetzt ist und das es zugleich auch zu disziplinieren hat. Juristen müssen sich wie alle anderen Akteure auch vermehrt umschauen, um dann umso entschiedener den Wert eigenen Tuns zu begreifen. Dies ist vielleicht das Geheimnis unserer Zeit. Bei oberflächlicher Betrachtung mag es so aussehen, als ob wir uns in einem Vorgang der gesellschaftlichen Entdifferenzierung befänden, wo nicht mehr hinreichend klar ist, nach welchen Prämissen und Strukturvorgaben die verschiedenen Sachbereiche unserer Gesellschaft funktionieren, dabei womöglich dann mehr treiben als vernünftig gesteuert werden. Manche Universitäten sollten sich schon selbst besinnen, was ihre eigentliche Aufgabe im wirtschaftlichen und bürokratischen Geflecht der Drittmittelanträge und allerlei Wirtschaftlichkeitserwägungen wohl sein mag. Auch mächtige Wirtschaftsakteure müssen immer einmal wieder erkennen, dass es nicht um besonders geschmeidige Anpassung an globale Zeitgeistvorgaben geht – mal heißen die Stichworte Diversifizierung, dann schiere Größe oder Weltverbund -, sondern um die beste Art, Rendite zu erwirtschaften. Und auch Politiker scheinen sich Sinnfragen zu stellen und nach Selbstvergewisserungen zu suchen; Wahlsiege hängen eben auch von der Fähigkeit ab, unter veränderten Bedingungen immer wieder ein politisches Bild der Gesellschaft zu entwerfen. Juristen wiederum brauchen ihr eigenes, wenngleich nicht introvertiertes Bild von Politik und Gesellschaft, um bei der methodischen Anwendung des Rechts die richtigen Fragen stellen und die nötigen Gewichtungen vornehmen zu können. Ich bin sicher, dass das heute eröffnete Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier dazu einen wichtigen Beitrag leisten wird.

Das Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier hat die wissenschaftliche Forschung und Beratung auf Gebieten der Rechtspolitik sowie die systematische Erfassung wesentlicher rechtspolitischer Themen im In- und Ausland zur Aufgabe. Es wurde im Januar 2000 gegründet.

In der Schriftenreihe Rechtspolitisches Forum veröffentlicht das Institut für Rechtspolitik Ansätze und Ergebnisse national wie international orientierter rechtspolitischer Forschung, die als Quelle für weitere Anregungen und Entwicklungen auf diesem Gebiet dienen mögen.

Das Rechtspolitische Forum erscheint mehrmals jährlich. Publikationen dieser Reihe können gegen Entrichtung einer Schutzgebühr beim Institut für Rechtspolitik erworben werden.

Eine Übersicht aller Publikationen des Instituts für Rechtspolitik steht im Internet unter www.irp.uni-trier.de zur Verfügung.

Institut für Rechtspolitik
an der Universität Trier



D-54286 Trier
Telefon: +49 (0)651 201-3443
Telefax: +49 (0)651 201-3857
E-Mail: sekretariat@irp.uni-trier.de
Internet: www.irp.uni-trier.de

Der juristische Begriff des Politischen

Recht als begründete Ableitung aus politisch Vorentschiedenem und Politik als autokratischer Erstentscheid blicken als zwei Welten aufeinander, mit verschiedenen Augen und auf jeweils für sie verschiedene Gegenstände. Strukturelle Unterschiede, aber auch die gegenseitige Durchdringung von Recht und Politik hebt der Verfasser hervor und versteht Rechtspolitik auch als Kampf für die Belange eines konsistenten Rechtssystems. Politik erscheine heute nicht mehr als der große Integrationsentwurf, sondern als Lavieren zwischen den Zwängen aller anderen Funktionssysteme der Gesellschaft. Grundlegend den Zustand unserer Demokratie hinterfragend mahnt der Verfasser, das Recht und die Juristen dürften nicht uneingeschränkt auf eingefahrene Kontrollmechanismen vertrauen, wenn der verfassungsrechtliche Sozialstaatsauftrag unter dem Standortwettbewerb und der wirtschaftlichen Funktionslogik ins Wanken gerate und Verantwortung zunehmend an Private delegiert werde.