

Politisches Recht

Christoph Gusy, Bielefeld

I. Die deutsche Diskussion: Von der alten „Staatslehre“ zur Theorie des Politischen

In Deutschland sind „Politik“ und „Recht“ in der Vergangenheit oft weniger in ihren Gemeinsamkeiten, sondern vielmehr als Gegensätze gesehen worden.¹ Seinen Höhepunkt fand dies in der konstitutionellen Verfassungstheorie des 19. Jahrhunderts. Danach galt das Politische als eine Form staatlichen Handelns; genauer: als Handeln der Monarchie, ihrer Regierung und in Einzelfällen ihrer Bürokratie. Dieses Politische erschien gekennzeichnet durch seinen Bezug zum Gemeinwohl und öffentlichen Interessen, seine vielschichtigen, zeitlich höchst wandelbaren und damit kaum vorhersehbaren Inhalte, seine dadurch bedingte Irrationalität und deshalb fehlende vollständige Erkennbarkeit für Jedermann und – daraus gefolgt – die Notwendigkeit von raschen und flexiblen Entscheidungen. Dagegen erschien das Recht nicht als Ausdruck, sondern als Grenze des Politischen. Es sollte nicht dem Gemeinwohl, sondern den individuellen Interessen der Einzelnen zu dienen bestimmt sein. Eben deshalb sollte es auch in bestimmten Verfahren nicht von der Monarchie und Bürokratie allein, sondern unter Mitwirkung von Vertretern des Volkes bzw. seiner Vertreter erlassen werden. Als Grundelemente des Rechts erschienen danach seine Allgemeinheit, seine Stabilität und sein Anspruch auf Rationalität.

In jenem Sinne erschienen Recht und Politik als Gegensätze, welche unterschiedlichen Zwecken dienen sollten, unterschiedlichen Herausforderungen mit unterschiedlichen Mitteln begegnen sollten, welche sich wechselseitig ausschlossen: Irrationalität versus Rationalität; Flexibilität versus Inflexibilität usw. Den Unterschied beider Sphären markierte insbesondere die Kompetenzverteilung in der konstitutionellen Monarchie. Während das Politische dem Staat und dem Monarchen vorbehalten blieb, sollte das Recht die Mitwirkungsansprüche der Bürger – und der Richter – an der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben zum Ausdruck

¹ Zur historischen Entwicklung des Begriffs der Politik bzw. des Politischen s. etwa Volker Sellin, in: Werner Conze/Reinhard Koselleck (ed.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 4, 1978, S. 789; Hans Maier, *Epochen der wissenschaftlichen Politik*, in: Hans J. Lietzmann (ed.), *Politikwissenschaft*, 1996, S. 7 ff; Christian Maier, Artikel „Politik I“, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Band 7, 1989, S. 1038 ff.

bringen. Die Differenz zwischen Recht und Politik war so ein anderer Ausdruck für die Unterscheidung zwischen Erster und Zweiter Gewalt.

Wichtig dabei war der *Primat des Politischen*. Weil nur dieses auf das Gemeinwohl bezogen sei, komme ihm gegenüber dem Recht ein höherer Wert, ein höherer Rang zu. In diesem Sinne könne das Recht das Politische nicht steuern, sondern allenfalls begrenzen. Umgekehrt sei das Politische oder jedenfalls sein Kern, der staatliche „Innenbereich“, dem Recht prinzipiell unzugänglich. Das Politische schließe das Recht aus, ebenso wie umgekehrt das Rechtliche dem Politischen nicht unmittelbar zugänglich sei.

Jene Lehren traten zwar als „Allgemeine Staatslehren“ mit dem Anspruch auf, prinzipiell für alle Staaten und alle Epochen zu gelten. Aus der Rückschau wissen wir: Sie waren primär Erklärungs- und Legitimationsformeln des deutschen Konstitutionalismus; einer Staatsform, welche zwar nicht so typisch deutsch war, wie man es früher angenommen hatte. Sie waren also nicht notwendig „typisch deutsch“, doch waren sie jedenfalls zeitgeprägt und zeitgebunden. Jene Lehren markierten eine Epoche, welche seit 1918 in Deutschland beendet ist. Es dauerte relativ lange, bis die Staatstheorie erkannte: Der Übergang von der konstitutionellen Monarchie zur demokratischen Republik stellte auch die Frage nach dem Verhältnis von Staat, Politik und Recht neu. Doch sind inzwischen jene älteren Anschauungen nahezu überall durch neue, differenziertere Lehren abgelöst.

Dennoch finden sich wichtige Elemente der älteren Lehren auch noch in der Gegenwart. „Politik“ wird oft mit dem Staat, der Macht und der Entscheidung assoziiert. Solche etatistischen² bzw. herrschaftsorientierten Konzepte finden sich etwa bei so unterschiedlichen Autoren wie *Max Weber* und *Carl Schmitt*; beides Theoretiker, deren Wirkung weit über ihre Zeit hinausreichten und -reichen. Dabei sind jene Assoziationen nicht einmal ganz falsch. Doch sind sie eindeutig zu eng. Namentlich in einer demokratischen Republik zeigt sich: „Politisch“ können auch Vorgänge sein, welche weit von Staat, Macht und Entscheidung entfernt sind. Das gilt namentlich für die „politische“ Diskussion bzw. Kommunikation, welche sich auch ohne den Staat vollziehen kann und welche ganz unverbindlich ist, aber für das Zustandekommen und den Inhalt des Rechts von größter Bedeutung sein kann. Es kann so sehr wohl „politische“ Vorgänge geben, welche sich außerhalb von Staat, Macht und

² Dazu eingehend Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900 (5. ed., 1966), S. 180; Heinrich Triepel, *Festschrift für Wilhelm Kahl*, 1923, S. 17; Ulrich Scheuner, in: *Recht-Staat-Wirtschaft III*, 1951, S. 126, 135; ders., *Festschrift für Rudolf Smend*, 1952, S. 253, 260, 275 ff.

Entscheidung vollziehen, ohne dadurch ihren Charakter als „politische“ zu verlieren. Das Bundesverfassungsgericht hat dies sehr früh erkannt, indem es etwa der Meinungsfreiheit eine Funktion zugesprochen hat, welche „für die Demokratie schlechthin konstituierend“ sei. Dabei betraf der Fall die Auseinandersetzung zwischen einem Regisseur und einem Journalisten über ein Kunstwerk, also einen vollständig „staatsfreien“ Vorgang.

In der neueren deutschen Diskussion wird deshalb manchmal unterschieden zwischen dem Konzept der „Politik“ und demjenigen des „Politischen“.³ Während die „alte Politik“ sich mit Staat und Macht befasste und das Gemeinwesen gleichsam „von oben“ betrachte, sei das „neue Politische“ kommunikativ gefasst und umfasse nicht allein Staats- und Herrschaftskommunikation, sondern namentlich auch Diskurse über „politische“ Fragen. Zu diesen Fragen zählten insbesondere

- die *Legitimationsfrage*: Politisch ist, was nicht den unmittelbar Beteiligten und Betroffenen selbst überlassen wird, sondern Dritten zur Mitwirkung, Mitgestaltung oder Steuerung offen stehe. Die Legitimation einer solchen Mitwirkung Dritter ist in diesem Sinne „politisch“.
- die *Verbindlichkeitsfrage*: Politisch ist, was über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinaus verbindlich ist oder jedenfalls Verbindlichkeit beansprucht.
- die *Nachhaltigkeitsfrage*: Politisch ist, was über den Augenblick hinaus gilt, wirkt oder Geltung beansprucht. Es ist im Ansatz stabilisiert und weist über sich selbst hinaus im Hinblick auf Ziele, die nicht allein in seiner bloßen Existenz liegen.⁴

In dem genannten Sinne beschreibt also das neue Konzept des Politischen nicht primär etwas Anderes als das alte Konzept der Politik. Vielmehr geht es in Vielem darüber hinaus. Dabei schließt die Betonung des kommunikativen Charakters des Politischen Handlungen wie etwa Gewalt, Terrorismus oder Krieg nicht etwa aus, doch fragt es in differenzierter Weise nach deren Relevanz über den Einzelfall hinaus. Ein Gewaltakt – etwa eine Hinrichtung oder ein Attentat – ist nicht für sich politisch, sondern erschöpft sich in dem Gewaltakt. Doch kann es politisch werden, indem über den bloßen Gewaltakt hinaus Drohungen, Forderungen oder Ansprüche geäußert werden, welche sich an Dritte oder in die Zukunft richten. In diesen,

³ Einen wesentlichen Beitrag zu dieser begrifflichen Unterscheidung leistete gleichfalls Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1932, zuletzt 1963. Kommentar von Reinhard Mehring (ed.), Carl Schmitt – *Der Begriff des Politischen*, 2003. Doch ist sein Begriff des „Politischen“ – verstanden als Unterscheidung von Freund und Feind – inhaltlich von dem neueren Konzept ganz verschieden.

⁴ Insgesamt hierzu Frevert/Haupt (ed.), *Neue Politikgeschichte*, 2005.

manchmal verschlüsselten, manchmal anonymen und manchmal kaum verständlichen „Botschaften“ liegt ihr „politischer“ Gehalt.

II. Das Recht als politische Entscheidung – Eine Bestandsaufnahme

Recht ist politische Entscheidung. Politisch ist das Problem, welches die Notwendigkeit von Recht überhaupt begründete. Politisch ist das Verfahren der Rechtssetzung. Und politisch ist die Legitimation des Rechts. In diesem Sinne ist das Recht ein Resultat des Politischen in einer bestimmten Form. So erscheint das Recht als eine Emanation des Politischen. Dies bedeutet nicht, dass das gesamte Recht nur politisch sei. Vielmehr fließen neben den politischen Fragen und Antworten auch Sachgesetzmäßigkeiten des jeweils zu regelnden Lebensbereichs ein; etwa technische, ökonomische, kulturelle oder soziale Komponenten. Anders ausgedrückt: Das Recht ist nicht „nur“ politisch; aber es ist – je nach geregelter Materie teils mehr, teils weniger – auch politisch.

Aber es ist auch nicht einfach „politisch“ wie die „politische“ Kommunikation, das „politische“ Leben oder die „politischen“ Parteien. Vielmehr ist das Recht eine spezifische Form der Transformation der Modifikation des Politischen. Das Politische, welches Recht hervorbringt, verändert sich in charakteristischer Weise.

- (1) Die Rechtsform begründet *Verbindlichkeit*. Sie gilt nicht nur für diejenigen, welche an der Entscheidung unmittelbar teilgenommen haben, sondern prinzipiell für Jedermann.
- (2) Die Rechtsform begründet auch eine gewisse *Stabilität*: Das Verfahren der Rechtssetzung ist knapp und langwierig: Eine erlassene Norm kann nicht (jedenfalls nicht stets) einfach und schnell aufgehoben werden. Dadurch erlangen einmal erlassene Rechtsnormen notwendigerweise eine gewisse Stabilität.
- (3) Die Rechtsform begründet dadurch eine gewisse *Transparenz und Vorhersehbarkeit* des Politischen. Das Politische ist nur partiell öffentlich, das Recht muss stets öffentlich sein. Damit kann die Entscheidung von Jedermann zur Kenntnis genommen werden. Und Jedermann kann auf die Entscheidung vertrauen, solange sie nicht geändert oder aufgehoben ist.

Doch ist das Verhältnis von Politik und Recht nicht so eindimensional. Zwar ist das Recht wesentlich eine Resultante des Politischen, doch lässt es seinerseits das Politische nicht völlig unberührt. Im Gegenteil: Verbindlichkeit, Stabilität und Transparenz in verrechtlichten Bereichen wirken auch auf das Politische zurück. Soweit das Recht reicht, ist es eben nicht mehr bloß irrational, unvorhersehbar und entscheidungsorientiert.⁵ Stattdessen erscheint sie in diesen Bereichen ansatzweise rationalisiert und berechenbar: Die stabile Entscheidung der rechtssetzenden Instanz gilt solange, wie sie nicht aufgehoben ist; und sie gilt mit dem Inhalt, mit welchem sie erlassen ist, solange sie nicht geändert wurde. Diese Verbindlichkeit gilt für alle juristischen und natürlichen Personen und alle Staatsorgane, soweit sie an das geltende Recht gebunden sind. Auch die rechtssetzende Instanz selbst darf die Norm zwar aufheben oder ändern. Solange sie dies aber nicht getan hat, muss sie von deren Geltung ausgehen und darf sie nicht einfach ignorieren. Insoweit bewirkt Recht für die rechtssetzenden Instanzen auch eine gewisse Selbstbindung. Solche Selbst- und Fremdbindungen durch Recht begrenzen zugleich die politischen Handlungsmöglichkeiten des Staates: Politik ist hier nur noch insoweit zulässig, als sie mit dem erlassenen Recht vereinbar ist. Dies bedeutet nicht, dass dadurch eine völlige Entpolitisierung eintritt; wohl aber, dass die politischen Handlungsoptionen und -möglichkeiten beschränkt werden.

- Inhaltlich sind sie an das geltende Recht gebunden, solange dies nicht aufgehoben ist; „politisch frei“ sind sie also nur im Rahmen des geltenden Rechts und im Bereich seiner Lücken.
- Kompetenziell sind sie an bestimmte Staatsorgane gebunden; nämlich diejenigen, welche erlassenes Recht aufzuheben oder zu ändern berechtigt sind.
- Formell sind sie an bestimmte Verfahren der Rechtssetzung oder -änderung gebunden. Dies betrifft etwa die Mitwirkung anderer Organe, die Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit von Verfahren und die Notwendigkeit öffentlicher Verkündung getroffener Entscheidungen.

Alles dies bedeutet nicht, dass das Recht an die Stelle der Politik tritt und sie aus ihrem eigenen Bereich verdrängt. Im Gegenteil: Es gibt auch in den rechtlich geregelten Bereichen keine eindeutige Alternative des „Entweder – Oder“, des Rechts oder der Politik. Das Recht verdrängt das Politische nicht, sondern verändert es. Die Politik kann nach der Rechtssetzung nicht mehr in allen Teilen so handeln, wie sie es vor der Rechtssetzung konnte.

⁵ So war der Bereich der Politik o. I. in der tradierten Staatslehre charakterisiert worden.

Das Verhältnis von Recht und Politik ist somit kein einseitiges, sondern ein wechselseitiges. Die Politik bestimmt das Recht mit. Aber das Recht bestimmt auch die Politik mit. Dabei können dem Recht zwei unterschiedliche, scheinbar gegenläufige Wirkungen zukommen: Recht kann politisieren. Und Recht kann entpolitisieren. Dies ist nur scheinbar ein Widerspruch. Tatsächlich ist es die Betrachtung der Wirkungen des Rechts auf die Politik aus unterschiedlichen Perspektiven.

(1) *Recht kann politisieren.* Die Verrechtlichung eines Sachverhalts oder einer sozialen Beziehung begründet den Anspruch, deren Gestaltung den unmittelbar Beteiligten nicht allein zu überlassen. Sie dürfen demnach nicht mehr alle Fragen ihrer Beziehung untereinander autonom gestalten. Vielmehr tritt mit dem Anspruch auf Mitgestaltung die rechtssetzende Instanz als Externe hinzu. Sie stellt bestimmte Regeln auf, deren Befolgung oft, aber nicht stets mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann. Wichtig ist hier Folgendes: Das gesetzte Recht berücksichtigt bei der Gestaltung der geregelten Beziehung zumeist nicht allein die Interessen der unmittelbar Beteiligten, sondern auch andere Belange. Dies können Interessen einzelner Dritter, sozialer Gruppen oder der Allgemeinheit – also öffentliche Interessen – sein. Diese externen Interessen sollen zugleich die Legitimation der jeweiligen Norm begründen. Legitimationsansprüche wie auch Inhalte des Rechts öffnen demnach die geregelte Beziehung für andere, sonstige Belange und bringen diese Belange zugleich in jene Beziehung ein. Sie erfährt demnach durch das Recht eine Beteiligung vom Normgeber – also einer politisch handelnden Instanz – auch politisch berücksichtigter Belange bei ihrer Gestaltung. In diesem Sinne begründet die Anwendbarkeit von Recht demnach die Berücksichtigungsmöglichkeit oder gar -notwendigkeit auch politisch gesetzter Werte, Interessen oder Ansprüche. Dadurch erfährt die Sozialgestaltung eine Politisierung, deren Grad sich nach dem Inhalt der jeweiligen Bestimmung richtet. *Recht kann eben politisieren.* Ob und inwieweit es dies versucht oder dies gelingt, hängt vom Inhalt der jeweiligen Norm und dem durch sie geregelten Sozialbereich ab.

(2) *Recht kann entpolitisieren.* Die Rechtsform begründet und begrenzt Entscheidungskompetenzen: Was der Gesetzgeber erließ, dürfen und müssen Verwaltung und Rechtsprechung durchsetzen. Das gilt namentlich dann, wenn eine Entscheidung allein auf der Grundlage einer Rechtsnorm ergehen durfte („Vorbehalt des Gesetzes“). Gegen das Recht dürfen sie hingegen regelmäßig nicht entscheiden, weil sie an das geltende Recht gebunden

sind („Vorrang des Gesetzes“). Sie müssen demnach bei ihren Entscheidungen das geltende Recht berücksichtigen, soweit dieses konkrete Anordnungen enthält. Ist eine Norm in hohem Maße bestimmt, so ist sie in hohem Maße geeignet, die anwendenden Instanzen zu binden und insoweit politische Erwägungen aus ihren Entscheidungen auszuschließen. Ist die Norm hingegen eher unbestimmt, so ist sie in geringerem Maße geeignet die Entscheidungen von Behörden und Gerichten zu determinieren. Hier bleibt dann viel Raum für politische Erwägungen. Was bedeutet das für die rechtsanwendenden und -ausführenden Instanzen? Gewiss: Ihre Entscheidungen sind auch politisch; aber sie sind nicht in demselben Maße politisch, wie sie es ohne das geltende Recht wären. Ihr politisch denkbares Entscheidungsspektrum ist nämlich verengt auf das rechtlich Zulässige. Diese Einengung des Entscheidungsspektrum ist eine Form der Entpolitisierung: Was bereits politisch entschieden ist, ist bindend und kann von der gebundenen Instanzen nicht ein weiteres Mal politisch entschieden werden. Genau dies ist der Sinn der Bindung an das Recht. Die gebundenen Instanzen dürfen also nur insoweit politisch entscheiden, wie das sie bindende Recht noch nicht vorentschieden hat. Ein Weiteres kommt hinzu: Rechtsnormen verschieben Entscheidungskompetenzen. Innerhalb des geltenden Rechts werden Konflikte regelmäßig nicht mehr von der rechtssetzenden Instanz – also einem Normgeber – entschieden. Sie werden vielmehr von ausführenden Stellen, also Behörden oder Gerichten, im Rahmen des sie bindenden Rechts entschieden. Das Verfahren solcher Stellen ist aber nicht in gleichem Maße politisiert, wie dasjenige der Rechtssetzung. Im Gegenteil: Sie sind stärker formalisiert und von vielfältiger Weise darauf ausgerichtet, bestimmte Belange aus der Einzelentscheidung auszuschließen. Bei der Behörde begegnen sich Bürger und Beamte; vor Gericht sind es die Parteien. Dritte sind nur ausnahmsweise beteiligt – und zwar nicht aufgrund ihrer politischen Interessen; sondern nur dann, wenn das geltende Recht dies vorsieht. Ist schon der Zugang zum Verfahren und zur Entscheidung eingeschränkt, so müssen es auch die zu berücksichtigenden Meinungen, Interessen und Werte sein. Das ist keine vollständige Entpolitisierung, wohl aber eine Einschränkung der politisch möglichen Einflüsse und Einwirkungen. Recht entpolitisiert fast niemals vollständig – es gibt fast nie nur eine rechtlich richtige Entscheidung; und es entpolitisiert nur in dem Umfang, in welches es bestimmte Anforderungen enthält und so Entscheidungsfreiräume im Verfahren oder im Entscheidungsergebnis hinreichend eindeutig ausschließt. Alles dies hängt – wie erwähnt – von der Bestimmtheit der Norm ab. *Recht kann eben entpolitisieren*. Ob und inwieweit es dies versucht oder dies gelingt, hängt vom Inhalt der jeweiligen Norm und dem durch sie geregelten Sozialbereich ab.

Ein interessanter Grenzfall in diesem Kontext ist das *ungeschriebene Recht*. Seine Relevanz ist in den meisten kontinental-europäischen Staaten eher gering geworden. Hier soll allein festgehalten werden: Ungeschriebenes Recht steht nicht bloß zwischen positiv-rechtlicher und sozialer Norm. Es markiert eine Grenze des geschriebenen Rechts und kann zugleich ein Einfallstor der Politik in das Recht bilden, wenn unter Hinweis auf ungeschriebene Regeln geschriebenes Recht außer Kraft gesetzt werden soll (etwa: übergesetzlicher Notstand). Damit ist es jedenfalls geeignet, die Verbindungs- und Trennlinien von Recht und Politik zu verschieben.

III. Politisches Recht

Wenn alles Recht (auch) politisch ist, was ist dann politisches Recht? Diese Frage ist spätestens seit *Aristoteles* diskutiert. Für ihn war politisches Recht dasjenige, welches im Gemeinwesen die Freiheit und Verteilungsgerechtigkeit sicherstellen sollte; also alles Recht, welches sowohl zum Zweck der polis als auch zu demjenigen ihrer Bürger bzw. ihres Bürgerstatus in der polis beitragen sollte. Willkürliches oder ungerechtes Recht sei demgegenüber kein politisches Recht. Heute würde man denselben Gedanken vielleicht so formulieren: Politisches Recht ist das Recht, welches die Freiheit und Gleichheit der Menschen auf demokratische Weise zum Ausdruck bringt. Aber wenn alles Recht demokratisch sein soll, was ist dann das politische Recht? Und vor allem: Was ist dann das unpolitische Recht?

Für politisches Recht lassen sich mindestens drei Bereiche denken:

(1) Der erste denkbare Bereich politischen Rechts ist das *Recht der Organisation und Institutionalisierung des politischen Prozesses*. Hierzu zählen namentlich die Verfassungen, aber auch andere wichtige Gesetze, welche verfassungsrechtliche Vorgaben des Politischen ausführen und konkretisieren: Wahlgesetze, Gesetze über eine Verfassungsgerichtsbarkeit (wo vorhanden), Presse- und Mediengesetze, Versammlungs- und Vereinsgesetze, Geschäftsorgane von Staatsorganen etc. Diese – in Deutschland traditionell auch „Verfassung

im materiellen Sinne“ genannten Rechtsmaterien⁶ – beziehen sich zunächst auf den Staat, dessen Wirken jedenfalls in erheblichen Teilen auch politisch ist. Wichtig ist jedoch: Namentlich in Demokratien geht der politische Prozess weit über den staatlichen Sektor hinaus und bezieht wesentliche Teile der gesellschaftlichen Meinungs- und Anschauungsbildung, der Privat- und der Öffentlichkeitssphäre der Menschen und privaten Vereinigungen ein. Das Politische ist eben nicht nur das Staatliche. Vielmehr hat es vielfältige gesellschaftliche, soziale und ökonomische Voraussetzungen außerhalb des staatlichen Sektors, die zwar nicht stets per se politisch sind, wohl aber politische Relevanz erlangen können. Das kann für Bereiche etwa des Verwaltungsrechts, des Bürgerlichen Rechts; aber auch des Strafrechts gelten, soweit sie an der Ausgestaltung, Institutionalisierung oder auch dem Schutz des Politischen teilnehmen. Insoweit lässt sich der hier beschriebene Kreis des „politischen Rechts“ nicht ein für allemal und nicht einfach gegenständlich abgrenzen, sondern nur je konkret und typologisch bestimmen. Dafür gilt: Je konkreter und je konsentierter die Kriterien des Politischen sind, desto konkreter und konsentierter ist auch der jeweilige Bereich des politischen Rechts.⁷ Hier spiegelt sich also keineswegs die traditionelle deutsche Dichotomie von Staat und Gesellschaft wider. Stattdessen kann und muss es darum gehen, Deutungsmuster zu suchen und zu finden, welche nicht auf den abstrakten Staat, sondern gerade auf die konkrete demokratische Republik passen. Zudem dürfen sie nicht auf die herkömmlichen Erklärungsbedürfnisse und Erklärungsmuster der deutschen Staats(rechts)lehre zugeschnitten sein, sondern müssen über die Staatsgrenzen hinweg auch auf andere europäische wie außereuropäische Staaten passen. Es geht also um Politik-, System- und Rechtsvergleich.

(2) Der zweite denkbare Bereich des *politischen Rechts* ist derjenige, dessen Anwendung und Auslegung sich ihrerseits (auch) politisch vollzieht. Dabei handelt es sich um solche Materien, bei denen die zuletzt genannte⁸ Rechtsfunktion, die Entpolitisierung, misslingt. Ein solches Misslingen kann der bewusste und intendierte Zweck einer Norm sein, wenn etwa eine rechtssetzende Instanz einen Teil ihrer Aufgaben an eine andere, geeigneter erscheinende Stelle delegieren oder abgeben möchte. In diesem Falle ist misslingende Entpolitisierung kein Mangel des Rechts, sondern dessen bewusst gesetzter Zweck. Anders ausgedrückt: In solchen

⁶ In jener Terminologie sind „Verfassungen im formellen Sinne“ die Verfassungsurkunden, die regelmäßig den höchsten Rang in der staatlichen Rechtsordnung einnehmen und mit erschwerter Abänderbarkeit ausgestattet sind. Dagegen ist „Verfassungsrecht“ im materiellen Sinne dasjenige Recht, welches den politischen Prozess, namentlich im Staat, organisiert und ausgestaltet.

⁷ Zur Diskussion o. I.

⁸ S. o. II.

Fällen ist die vom Recht insgesamt intendierte Entpolitisierung bei einzelnen Normen mit dem Willen der rechtssetzenden Instanzen misslungen. In anderen Fällen kann die Entpolitisierung allerdings auch misslingen, wenn eine Rechtsnorm jene Leistung entgegen dem Zweck des Normsetzers nicht erbringt. Dies kann etwa gelten, wenn die Norm vager geraten ist, als es den Rechtssetzern bewusst war, weil die Verfasser jener Norm etwa wesentliche Anwendungsfälle noch nicht kannten oder sich unbestimmter ausdrückten, als sie dies subjektiv glaubten. In solchen Fällen ist die intendierte Entpolitisierung entgegen dem Willen der rechtssetzenden Instanzen misslungen.

Dies kann der Fall sein, wo Rechtsnormen nicht den üblichen Instanzen der Rechtsanwendung – Vollziehung und Rechtsprechung –, sondern politisch handelnden Instanzen zur Vollziehung überantwortet wird. Ein gutes Beispiel hierfür war die Verfassung des Deutschen Reichs von 1871 (RV 1871), nach welcher (s. etwa Art. 7, 19 RV 1871) der Bundesrat über Rechtsstreitigkeiten aus der Verfassung entschied. Doch ist eine solche Praxis mit der Etablierung der Verfassungsgerichtsbarkeit und der umfassenden Rechtsschutzgarantie auch in Deutschland keineswegs ausgestorben. Zahlreiche Rechtsnormen ermächtigen Staatsorgane zur Rechtssetzung (bekanntestes Beispiel: Bestimmungen über die Rechtsverordnungen nach Art. 80 GG), welche keineswegs in bloßer Rechtsanwendung, sondern zumindest auch in politischer Entscheidung besteht. Diese mag verfassungsrechtlich und gesetzlich mehr oder weniger gebunden oder eingeschränkt sein. Doch werden die politischen Entscheidungsgehalte dadurch nicht ausgeschlossen, sondern allenfalls verringert. Ähnliches gilt, wo Rechtsnormen private Stellen zur Rechtssetzung ermächtigen: Etwa Bestimmungen über technische Regeln; über Standards im Handel oder in der Wirtschaft oder über die ärztliche oder sonstige berufliche Kunst oder Ethik. Solche privaten Regelwerke haben – entgegen einer früher verbreiteten Auffassung – keineswegs ausschließlich technische, ökonomische, medizinische oder ethische Gehalte. Sie haben (nahezu) stets auch politische Elemente.⁹ Und wenn diese Regelwerke (auch) politisch sind, so sind es gleichfalls diejenigen Normen, welche zu ihrem Erlass ermächtigen. Sie bestimmen (mehr oder weniger explizit) Entscheidungskompetenzen, Entscheidungsverfahren und Entscheidungsbeteiligte; Mitwirkungsrechte Betroffener oder Dritter; Abstimmungs-, Zusammenwirkens- und Berücksichtigungsnotwendigkeiten hinsichtlich anderer Instanzen; aber auch – jedenfalls in Einzelfällen – inhaltliche Entscheidungsvorgaben und Grenzen. Politisch können hier aber

⁹ Grundlegend Rainer Wolf, *Der Stand der Technik*, 1986. Inzwischen ist die Literatur zum Thema unüberschaubar geworden und bezieht sich keineswegs allein auf technische, sondern auch auf die anderen genannten Regelwerke.

auch solche Normen sein, welche zwar nicht explizit zur Normsetzung ermächtigen, wohl aber inhaltlich derart vage sind, dass ihre Inhalte zwischen den Beteiligten oder Dritten stets neu ausgehandelt werden müssen. Dies findet sich z.B. in Normen des Raumordnungs- und Planungsrechts, welche gerichtlich nur eingeschränkt justiziabel sind. Dabei ergeben sich solche Schranken der Justiziabilität zumeist nicht aus expliziten gesetzlichen Regeln, sondern eher aus der Vagheit und Unbestimmtheit der materiellen Gehalte einer Norm. Wo es etwa darum geht, eine große Zahl öffentlicher und privater Belange „angemessen zu berücksichtigen“; eine Vielzahl von Interessen zu „ermitteln“ und „abzuwägen“; in solchen Fällen ist politisches Handeln von Staatsorganen und ggf. Privaten notwendig und möglich. Dies bedeutet aber auch: Dann ist zugleich das jeweilige Recht politisch.

(3) Eine dritte Gruppe *politischen Rechts können Normen sein, deren Geltung oder Anwendung politisch umstritten bleibt*. Hierbei handelt es sich – im Unterschied zur zuvor genannten Gruppe – nicht um solche Regelungen, welche wegen ihres Inhalts keine ausreichende Entpolitisierungsleistung erbringen. Stattdessen sind eher Normen gemeint, welche trotz ihres Inhalts eine solche Leistung verfehlen. Darunter lassen sich Bestimmungen verstehen, denen die vom Recht gleichfalls intendierte Legitimationsleistung verfehlen, weil sie etwa bei Rechtsanwendern, Betroffenen oder in der Öffentlichkeit auf derart massiven Widerstand stoßen, welcher es unmöglich macht, die Regelung einfach auszulegen oder anzuwenden wie andere Rechtsnormen auch. Hierzu können etwa Gesetze zählen, welche jedenfalls von politischen, sozialen, religiösen oder ethnischen Minderheiten als Angriffe auf existenzielle moralische, soziale oder rechtliche Positionen verstanden werden. In solchen Fällen gerät die Rechtsanwendung und -auslegung im Einzelfall auch zum Kampf um das Recht. Das Verwaltungsverfahren oder die Gerichtsverhandlung werden bewusst politisiert, nicht um das einzelne Verfahren zu delegitimieren, sondern um das anzuwendende Recht in Frage zu stellen. Dies kann etwa in Prozessen zwischen Angehörigen unterschiedlicher Ethnien, sozialer Schichten oder politischer Anschauungen der Fall sein. Ein klassischer Fall ist das „politische Strafrecht“: Hier begründet das politische Recht „politische Justiz“.

Diese drei Fallgruppen sind hier nur exemplarisch aufgenommen; es mögen sich weitere denken lassen. Wichtig bleibt die Feststellung: Die Kriterien für das Politische sind vage, und daher sind es auch die Kriterien für das politische Recht. Doch heißt dies nicht, dass alles oder alles Recht notwendig politisch sei. Es gibt weiteste entpolitierte Bereiche des Rechts und

der Rechtsanwendung etwa im Bürgerlichen, im Verwaltungs- und im Prozessrecht. Aber so unscharf und fließend die Maßstäbe des Politischen sind, so unscharf und fließend sind auch die Kriterien des Unpolitischen, des Nicht-Politischen. Auch sie sind zeit- und anlassgeprägt, können also der Logik von Politisierung und Entpolitisierung unterliegen.

IV. Politisches Recht in der Rechtswissenschaft

Politisches Recht ist kein mangelhaftes Recht. Auch wenn die einzelnen Zuschreibungen („misslingende Entpolitisierung“ u.a.) einen solchen Schluss nahe legen könnten. Politisches Recht muss sein und hat seine eigene Existenzberechtigung. Für die Rechtswissenschaft stellen sich dadurch teils neue Fragen, teils alte Fragen neu.

Politisches Recht stellt besondere Fragen an die Rechtsdogmatik. Deren spezifische Aufgabe liegt darin, das geltende Recht zu systematisieren und daneben die Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsnormen auf spezielle Sachverhalte zu ermöglichen. Hier geht es also nicht um die Dogmatik als Auslegung im Einzelfall, sondern um die Methoden dogmatischer Rechtswissenschaft. Sie macht das Recht lehrbar, lernbar, verstehbar und anwendbar. Dies geschieht durch die Erarbeitung von Auslegungsregeln sowohl für die Rechtsordnung insgesamt als auch für einzelne Normen. Auf diese Weise überbrückt die Dogmatik die Differenz zwischen generell-abstrakten Rechtsnormen und dem Fall, der notwendig individuell und konkret ist. Bei der Erfüllung dieser Aufgabe ist im Auslegungsakt stets nicht bloß die Norm, sondern auch deren Umwelt und der je konkrete Fall mitgedacht. Für das politische Recht stellen sich solche Fälle als politische dar; also solche, welche durch Merkmale des Politischen jedenfalls mitgeprägt sind. Eine derartige Prägung fließt somit in die Normauslegung ein. Dies gilt nicht bloß für solche Materien, welche den politischen Prozess determinieren, organisieren oder limitieren. Dies gilt auch für Regelungen, welche zur Rechtssetzung oder sonstigen politischen Entscheidungen ermächtigen. Auch ihre Auslegung ist nicht ohne Berücksichtigung ihrer Funktion möglich: Sie sollen politische Prozesse offen halten und nicht unmöglich machen. In diesem Sinne darf die Normauslegung und -anwendung jedenfalls nicht in vollem Umfang von den Gerichten übernommen werden. Wo im Einzelfall die Grenzen verlaufen und wie sie ermittelt werden können, ist keine Frage des Politischen, sondern der jeweiligen Norm. Sie kann daher auch nicht methodologisch,

sondern allein durch Auslegung einzelner Vorschriften ermöglicht werden. Die Rechtsdogmatik kann hierzu allenfalls ein allgemeines, adäquates Auslegungsinstrumentarium bereitstellen, welches den entscheidenden Instanzen im konkreten Fall einen Rückgriff ermöglicht.

Die Auslegung politischen Rechts ist also stets auch vom Politischen geprägt. *Dieser Befund* stellt politische und politikwissenschaftliche, aber auch *rechtstheoretische Fragen*.¹⁰ Sie beziehen sich auf die Konkretisierung des Politischen, welches von der Rechtsdogmatik rezipiert werden muss und darf. Ist dieser Bereich des Politischen ausschließlich politisch zu konkretisieren? Oder ist er auch rechtlich zu konkretisieren? Oder ist er gar allein rechtlich zu konkretisieren? Die Antwort hierauf ist in Deutschland äußerst kontrovers und zu unterschiedlichen Zeiten in unterschiedlicher Weise gegeben worden. In der Allgemeinen Staatslehre und der Staatsrechtslehre dominierte bis in die sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts hinein die Auffassung, dass das Politische „aus sich selbst heraus“ verstanden und rezipiert werden müsste. Dies galt auch dann und dort, wo es zum geltenden Recht in offenem Widerspruch stand. In solchen Fällen stellte sich die Kollisionsfrage als Aufgabe der Rechtswissenschaft, die eine oder andere Seite methodengerecht zu korrigieren. Die entgegengesetzte Auffassung, wonach das Konzept des Politischen allein vom Recht und der Rechtswissenschaft her zu konkretisieren sei, hat nur wenige Anhänger gefunden. Für sie bleibt die Frage danach, warum das Politische überhaupt in den Auslegungsvorgang einbezogen werden kann und soll, wenn dieses doch ausschließlich vom Recht her begründet werde. Dann könne sich die Rechtswissenschaft gleich auf rechtliche Fragen beschränken und auf die Rezeption des Politischen – gleichsam als Duplizierung des Rechtlichen – verzichten. Daher erscheint die mittlere Auffassung nahe liegend: *Das Politische ist dort heranzuziehen, wo das Recht es erfordert. Und es ist so heranzuziehen, wie das Recht es erfordert*. Es darf also nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen, und zwar weder zu derjenigen Einzelnorm, die politisch ausgelegt werden soll, noch zu sonstigen Normen in der Rechtsordnung. Diese Aufgabe ist überaus anspruchsvoll. Sie stellt hohe Anforderungen an Rechtstheorie, Methodenlehre und Dogmatik. Doch macht gerade dies ihren besonderen Reiz und ihre hohe Theorie- und Praxisrelevanz aus.

¹⁰ Vgl. Oliver Lepsius, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht, Juristenzeitung 2006, 1; Olivier Jouanjan, Faut-il au droit constitutionnel une théorie d'Etat?, RUDH 2003, 99; Christoph Gusy, „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, Juristenzeitung 1991, 213.

*Doch ist und bleibt die Zentralfrage des politischen Rechts die Legitimationsfrage.*¹¹ Durch politisches Recht dirigiert, organisiert und limitiert das politische System sich selbst. Eine solche Leistung stellt stets die Frage nach der Berechtigung einer solchen Selbstregulierung. So sind zentrale Elemente dieses Systems durch politische Grundentscheidungen der Verfassung vorgegeben. Wo ist dann der Raum für Selbstregulierung? Die Wähler können und dürfen sich die Gewählten aussuchen, aber die Gewählten auch die Wählerinnen und Wähler? Oder deren Stimmrechte? Hier stellen sich schwierige Fragen der Inklusion und Exklusion von Akteuren und deren Rollen; von Offenheit und Abgeschlossenheit politischer Organisationen, Prozesse und Entscheidungen. Sie sind durch geltendes Recht nicht vollständig vorgegeben, sondern den Institutionen und Akteuren zur Entscheidung aufgegeben. Für diese Entscheidung und deren Inhalte können sie sich aber nicht vollständig auf die Verfassung und deren Inhalte berufen, welche zwar Entscheidungskompetenzen, aber keine Entscheidungsinhalte vorgeben. Bei deren Suche und Findung stellt sich demnach die Legitimationsfrage stets neu, partiell als Konkretisierungsfrage, im Extremfall als Systemfrage. Hier stellt das politische Recht besondere Anforderungen: Gelingt es, einen Eigenbereich von Stabilisierung und Organisation des verfassungsrechtlich aufgegebenen Systems – etwa durch stabile Partizipations-, Diskussions- und Entscheidungsregeln – zu verwirklichen? Insoweit kann zugleich eine Rationalisierung des Politischen gelingen, welche die Anwendung der Einzelnorm nicht zugleich als Kampf um das Recht als Ganzes erscheinen lässt. Wo dies misslingt – und damit die Einzelfragen stets als Fragen um Existenz oder Nicht-Existenz des Gesamtsystems und der gesamten Rechtsordnung erscheinen lassen – ist mittelfristig nicht allein die einzelne Rechtsnorm von Aufhebung bedroht, sondern die gesamte Rechtsordnung. Daher ist die Legitimationsfrage die letzte, aber auch die äußerste Frage an das politische Recht.

¹¹ Dies ist das zentrale Thema von Otto Kirchheimer, *Politische Justiz*, 1967.