

ABHANDLUNGEN

Der Begriff »politisch« im Normenzusammenhang nationalen und internationalen Rechts

*Juliane Kokott**

I. Allgemeiner Teil

1. Anwendungsbeispiele für den Begriff »politisch« im positiven Recht
2. Notwendigkeit einer Definition des Begriffs »politisch«
3. Definition von »politisch« aus dem Normenzusammenhang
4. Überleitung

II. Definitionsversuche des »Politischen« im allgemeinen – insbesondere Carl Schmitts Begriff des »Politischen«

1. Darstellung von Carl Schmitts Freund-Feind-These
2. Primat der Außenpolitik bei Schmitt
3. Schmitts Vermischung von Sein und Sollen als Ausdruck einer Krise des Rechts
4. Die Versuche von Smend und Leibholz
 - a) Rudolf Smend
 - b) Gerhard Leibholz

* Dr. iur., LL.M., S.J.D. (Harvard), wissenschaftliche Referentin am Institut.

Abkürzungen: AKP-EWG-Abkommen = Abkommen von Lomé zwischen Staaten in Afrika, im karibischen Raum und im Pazifischen Ozean einerseits und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits; AMRK = Amerikanische Menschenrechtskonvention; AöR = Archiv des öffentlichen Rechts; AsylVfG = Asylverfahrensgesetz; AuslG = Ausländergesetz; BRRG = Beamtenrechtsrahmengesetz; Buchholz = Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (hrsg. von K. Buchholz); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EPIL Inst. = R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Instalment; G.A. = General Assembly; GG = Grundgesetz; IGH = Internationaler Gerichtshof; InfAuslR = Informationsbrief Ausländerrecht; IPbürgR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; IPwirtR = Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; JuS = Juristische Schulung; NVwZ = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; (Hamb.) OVG = (Hamburgisches) Oberverwaltungsgericht; ParteiG = Parteiengesetz; Rdnr. = Randnummer; S.Ct. = Supreme Court; StGB = Strafgesetzbuch; VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.

- 5. Ergebnis zu II
- III. Kategorien für den Terminus »politisch«
 - 1. Integration der Opposition
 - 2. Humanitärer Schutz
 - 3. Demokratischer Wettbewerb um die Staatsgewalt
 - 4. Machtstellung des Staates in der Welt
 - 5. Politik als Gestaltung
 - 6. Politik und Recht
- IV. Schlußbemerkungen

I. Allgemeiner Teil

1. Anwendungsbeispiele für den Begriff »politisch« im positiven Recht

Das Grundgesetz verwendet den Begriff »politisch« an fünf Stellen. In Art.3 Abs.3 GG heißt es, daß niemand wegen seiner politischen Überzeugung benachteiligt oder bevorzugt werden darf; gemäß Art.16 Abs.2 Satz 2 GG genießen politisch Verfolgte Asylrecht; nach Art.21 Abs.1 GG wirken die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit; Art.59 Abs.2 Satz 2 GG bestimmt, daß Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln, der Zustimmung oder Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften bedürfen; in Art.65 GG heißt es, daß der Bundeskanzler die Richtlinien der Politik bestimmt. Auch die Rechtsprechung hat sich dieses Begriffs bemächtigt. So genießen nach dem *Brokdorf*-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts politische Versammlungen einen besonderen Schutz¹. Nach der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court hat die politische Meinungsäußerungsfreiheit in der Verfassungsordnung einen besonderen Rang². Auch der einfache Gesetzgeber bemüht diesen Begriff, wenn er zum Beispiel bestimmte Beamtenka-

¹ BVerfGE 69, 315, 343ff. Siehe auch W. Hoffmann, Inhalt und Grenzen der Demonstrationenfreiheit nach dem Grundgesetz, JuS 7 (1967), 393ff., 398: »Besonders schwer wiegt der Wert von Versammlungen, deren Zweck im Bereich des Politischen liegt«.

² Vgl. z.B. *In re Primus*, 436 U.S. 412, 437f. (1978): "In the context of political expression and association ... a State must regulate with significantly greater precision". *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 14 (1976): "The First Amendment affords the broadest protection to ... political expression ...". *NAACP v. Hardware Co.*, 102 S.Ct. 3409, 3426 (1982): Political speech rests "on the highest rung of First Amendment values". Bork ist der Auffassung, daß nur politischer Rede eine einen besonderen Schutz rechtfertigende, besondere Bedeutung zukommt. R. Bork, *Neutral Principles and some First Amendment Problems*, *Indiana Law Journal*, 47 (1971), 1ff., 20ff., 26: "Explicitly and predominantly political speech [is] the only form of speech that a principled judge can prefer to other freedoms".

tegorien als politische Beamte bezeichnet³. Die Beispiele ließen sich noch vermehren⁴.

Das Völkerrecht weist eine wahre Inflation des Begriffs »politisch« auf. So wird der Begriff mehrfach verwendet in den UN-Menschenrechtspakten⁵, in der Europäischen Menschenrechtskonvention⁶, in der Amerikanischen Menschenrechtskonvention⁷, in der Afrikanischen Charta über die Rechte der Menschen und Völker⁸, in der Konvention über die Verhinderung rassistischer Diskriminierung⁹, in der Genfer Flüchtlingskonvention¹⁰, in den Absprachen gemäß der KSZE – 10mal¹¹, in Auslieferungs-

³ § 31 BRRG.

⁴ Vgl. z.B. § 6 AuslG – politische Betätigung von Ausländern; Gesetz über die politischen Parteien; § 187a StGB – üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens; § 241a StGB – politische Verdächtigung.

⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966: Präambel – politische Freiheit, politische Rechte; Art.1 – politischer Status; Art.2 Abs.1 – keine Diskriminierung wegen politischer Anschauung; Art.3 – politische Rechte; Art.26 – keine Diskriminierung wegen politischer Anschauung. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966: Präambel – politische Rechte; Art.1 – politischer Status; Art.2 Abs.1 – keine Diskriminierung wegen politischer Anschauung; Art.6 Abs.2 – politische Grundfreiheiten des Einzelnen.

⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950: Präambel – politische Regime; Art.14 – keine Diskriminierung wegen politischer Anschauungen.

⁷ Amerikanische Menschenrechtskonvention (Pakt von San José, Costa Rica) von 1969: Präambel – politische Rechte; Art.1 Abs.1 – keine Diskriminierung wegen politischer Anschauung; Art.4 Abs.4 – politische Verbrechen; Art.16 Abs.1 – politische Versammlung; Art.22 Abs.7 – Asyl bei politischer Verfolgung; Art.22 Abs.8 – politische Auffassungen.

⁸ Afrikanische Charta über die Rechte der Menschen und Völker von 1981: Präambel – politische Rechte, politische Auffassungen; Art.2 – keine Diskriminierung wegen politischer Auffassungen; Art.20 Abs.1 – politischer Status; Art.20 Abs.3 – politische Fremdherrschaft.

⁹ Internationale Konvention zur Verhinderung aller Formen der Rassendiskriminierung von 1966: Art.1 Abs.1 – politisches Leben; Art.2 Abs.1 – Politik zur Verhinderung der Rassendiskriminierung; Art.5(c) – politische Rechte.

¹⁰ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951: Art.1A – politische Überzeugung; Art.1F – nichtpolitische Verbrechen; Art.15 – Vereinigungen, die nichtpolitischen Zwecken dienen; Art.33 Abs.1 – politische Überzeugung.

¹¹ Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, Schlußakte von 1975: Präambel – politischer Wille; Prinzip I – politische Unabhängigkeit, politische Systeme; Prinzip II – politische Unabhängigkeit; Prinzip IV – politische Unabhängigkeit; Prinzip VI – politische Zwangsmaßnahmen; Prinzip VII – politische Rechte und Freiheiten; Prinzip VIII – politischer Status, politische Entwicklung; Prinzip X – politische Kontakte.

verträgen¹², in der UN-Charta¹³, im Statut des Internationalen Gerichtshofs¹⁴, in der Charta der Organisation Amerikanischer Staaten – 12mal¹⁵, in der Charta der Organisation Afrikanischer Einheit¹⁶, in der Seerechtskonvention¹⁷, in der Europäischen Konvention gegen den Terrorismus¹⁸, in der Internationalen Konvention gegen Geiselnahme¹⁹, im Nordatlantikvertrag²⁰, im Briand-Kellogg Pakt²¹, im Vertrag über die deutsch-französische Zusammenarbeit²², im Potsdamer Abkommen²³, in der Charta über wirtschaftliche Rechte und Pflichten der Staaten – 11mal²⁴, in der Deklaration über freundschaftliche Beziehungen und

¹² Die Auslieferung bei politischen Straftaten wird regelmäßig ausgeschlossen. Vgl. T. Stein, Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.82) (1983) mit zahlreichen Nachweisen.

¹³ Charta der Vereinten Nationen von 1945: Art.2 Abs.4 – politische Unabhängigkeit; Art.73a – politischer Fortschritt; Art.73b – politische Bestrebungen; Art.88 – politischer Fortschritt.

¹⁴ Statut des Internationalen Gerichtshofs von 1945: Art.3 Abs.2 – politische Rechte; Art.16 Abs.1 – politisches Amt.

¹⁵ Charta der Organisation Amerikanischer Staaten von 1948 in der Fassung von 1988: Art.3(e), 12, 16, 18, 19, 27, 28, 44(f) – “political”; Art.34, 35, 44(h), 116 – “policy/policies”.

¹⁶ Charta der Organisation Afrikanischer Einheit von 1963: Art.2 Abs.2a – politische Kooperation; Art.3 Ziff.5 – politischer Mord.

¹⁷ Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen von 1982: Art.46b – politische Einheit; Art.151, 162 Abs.1, 193, 211, 269c, 277g – Politik; Art.301 – politische Unabhängigkeit.

¹⁸ Europäische Konvention gegen den Terrorismus von 1976: Art.1 – politisches Verbrechen, politische Motive; Art.2 – politisches Verbrechen, politische Motive; Art.5 – politische Meinung; Art.8 – politisches Verbrechen, politische Motive, politische Meinung; Art.13 – politisches Verbrechen, politische Motive.

¹⁹ Internationale Konvention gegen Geiselnahme von 1979: Art.9 – politische Auffassung; Art.14 – politische Unabhängigkeit.

²⁰ Nordatlantikvertrag von 1949: Art.4 – politische Unabhängigkeit.

²¹ Vertrag über die Achtung des Krieges (Kellogg-Pakt) von 1928 – Verzicht auf den Krieg als Werkzeug der Politik.

²² Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über die deutsch-französische Zusammenarbeit von 1963: I – politische Angelegenheiten; II A 1 – politischer Bereich.

²³ Amtliche Verlautbarung über die Konferenz von Potsdam von 1945: III – Vorspann und A – politische Grundsätze, politisches Leben, politische Überzeugung, politische Eigenschaften, politische Struktur, politische Parteien; X – gemeinsame Politik.

²⁴ Charta über die wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten von 1974: Präambel – politische Systeme; Kap.1 – politische Beziehungen; Kap.2 Art.1 – politische Systeme; Kap.2 Art.2 Abs.2b – Wirtschafts- und Sozialpolitik; Kap.2 Art.4 – politische Systeme; Kap.2 Art.5 – politische Maßnahmen; Kap.2 Art.12 – Politiken von Staatengruppen; Kap.2 Art.16 – Zwangspolitik; Kap.2 Art.26 – politische Systeme; Kap.3 Art.30 – Umwelt- und Entwicklungspolitik; Kap.4 Art.32 – politische Maßnahmen.

Kooperation zwischen den Staaten – 14mal²⁵, in der Deklaration über die Unabhängigkeit von Ländern und Völkern unter Kolonialherrschaft²⁶, in der Resolution über die Definition der Aggression²⁷ und sicherlich noch in vielen anderen Verträgen und Resolutionen. Auch das Völkergewohnheitsrecht verwendet den Begriff »politisch« in verschiedenen Zusammenhängen. So soll, um ein Beispiel zu nennen, der Kriegsausbruch politische Verträge nicht suspendieren, sondern beenden²⁸, oder im Falle der Staatensukzession sollen politische Verträge erlöschen und auch den Grundsatz verdrängen, daß radizierte Verträge standhalten²⁹.

2. Notwendigkeit einer Definition des Begriffs »politisch«

Verfassungsrecht und Völkerrecht verwenden den Begriff »politisch« also als Tatbestandsmerkmal zahlreicher Normen. Hieraus folgt, daß dieser Begriff der Definition bedarf. Der Jurist, insbesondere der Richter, ist verpflichtet, diese Definition vorzunehmen und darf sich dem nicht entziehen³⁰. Auch wenn amerikanische Gerichte im Rahmen der *political question*-Doktrin von der Entscheidung eines Rechtsstreites absehen und diese den sog. politischen Gewalten, insbesondere der Exekutive überlassen, müssen sie zunächst entscheiden, ob denn eine politische Frage vorliegt³¹. Hierbei spielen Gesichtspunkte der Gewaltenteilung und der besseren Entscheidungskompetenz eine Rolle. Wird hingegen auch die Beur-

²⁵ Deklaration über Völkerrechtsprinzipien über freundschaftliche Beziehungen und Kooperation zwischen den Staaten gemäß der Charta der Vereinten Nationen von 1970: Präambel – politische Systeme, politische Wandlungen, politischer Zwang, mehrfach politische Unabhängigkeit; Prinzip 1 – mehrfach politische Unabhängigkeit; Prinzip 3 – politische Bestandteile, politische Maßnahmen, politische Systeme; Prinzip 4 – politische Systeme; Prinzip 5 – mehrfach politischer Status, politische Einheit; Prinzip 6 – Unterschiede politischer Natur, politische Unabhängigkeit, politische Systeme.

²⁶ Deklaration über die Unabhängigkeit von Ländern und Völkern unter Kolonialherrschaft von 1960: politischer Status, politische Bereitschaft.

²⁷ Resolution über die Definition der Aggression von 1974: Art.1 – politische Unabhängigkeit; Art.5 – Erwägungen politischer Natur.

²⁸ Vgl. T. Buergenthal/K. Doehring/G. Maier/J. Kokott, Grundzüge des Völkerrechts (1988), 103; A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht (1976), 418.

²⁹ Vgl. G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht, Bd.I/1 (2. Aufl. 1989), 165; W. Fiedler, State Succession, in: EPIL Inst.10 (1987), 446–456, 449.

³⁰ In diesem Sinne auch P. Baumüller, in: Baumüller [u.a.], Kommentar zum Asylverfahrensgesetz (1983), Vorbemerkung 79 zu § 1.

³¹ Zur *political question*-Doktrin T. Buergenthal, Public International Law in a Nutshell (1990), 193ff.; W. Lockhart [u.a.], Constitutional Law (1986), 35–55; F. Scharpf, Grenzen der richterlichen Verantwortung: die Political Question-Doktrin in

teilung, ob eine politische Frage vorliegt, der Exekutive überlassen³², die sich dann nur auf das Vorliegen einer *political question* berufen müßte, um selbst die betreffende Streitigkeit entscheiden zu können, wird der Regelungsanspruch des Rechts insoweit aufgegeben. Ähnlich verhält es sich ja auch hinsichtlich der früher häufig verwendeten sog. Politik-Vorbehalte in internationalen Schiedsvereinbarungen, wonach politische im Gegensatz zu rechtlichen Streitigkeiten der Regelung durch die Staaten vorbehalten bleiben sollten³³. Und auch wenn es deutsche Gerichte ohne weitere eigene Nachprüfungen unter Berufung auf die undefinierbarkeit von Begriffen wie Gewissen (Art.4 Abs.3 GG) oder Kunst (Art.5 Abs.3 GG) genügen lassen, daß sich der Kriegsdienstverweigerer oder potentielle Künstler auf das Vorliegen von Gewissensgründen oder von Kunst berufen, gibt der Staat seinen Regelungsanspruch insoweit auf. Aus der allgemeinen Wehrpflicht würde im Beispielsfall letztlich eine Freiwilligenarmee³⁴, aus der vereinbarten grundsätzlichen Zuständigkeit eines inter-

der Rechtsprechung des Amerikanischen Supreme Court (1965); H. Steiner/D. Vagts, *Transnational Legal Problems* (1986), 185ff.

³² Siehe in diesem Zusammenhang über die sog. *Bernstein exception* zur amerikanischen *act of state*-Doktrin *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 84 S.Ct. 923 (1964); *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, 92 S.Ct. 1808 (1972). Beide Fälle sind abgedruckt in J.M. Sweeney/C. Oliver/N. Leech, *The International Legal System* (1981), 372ff., 376ff. und 393ff. Bei der *Bernstein exception* geht es um die Frage, inwieweit die Auffassung des amerikanischen Auswärtigen Amtes darüber verbindlich ist, ob ein Gericht in einem konkreten Fall ausländische Hoheitsakte auf ihre Rechtsgültigkeit hin überprüfen soll oder nicht. Siehe auch H. Steinberger, *Bernstein v. Heyghen Frères*, in: *EPIL Inst.10* (1987), 13f.

³³ Vgl. C. Bilfinger, *Betrachtungen über politisches Recht*, *ZaöRV* 1 Teil 1 (1929), 57–76, 63ff. Der Internationale Gerichtshof lehnt einen solchen Politik-Vorbehalt im Rahmen des Art.36 Abs.2 IGH-Statut (Zuständigkeit für »Rechtsstreitigkeiten«) ab. Siehe R. Bernhardt [u.a.], *Fontes Juris Gentium*, *Handbuch der Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs 1976–1985* (1990), 297ff.; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits*, *Judgment of 27 June 1986*, para.33.

³⁴ Vgl. K. Doehring, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (1984), 303f. Lohausen berichtet, Walter Scheel habe auf der 22. Kommandotagung der Bundeswehr erklärt, daß, da das Gewissen im Prinzip nicht nachprüfbar sei, das Grundgesetz selbst praktisch die Wahlfreiheit zwischen Wehrdienst und Ersatzdienst eingeräumt habe. H. Lohausen, *Der juristische Gewissensbeweis – eine Fehlleistung bundesdeutscher Rechtsdogmatik*, *Bundeswehrverwaltung*, 23 (1979), 161ff., 163.

Zum Problem und zur Notwendigkeit einer Definition der Kunst (Art.5 Abs.3 GG) Doehring, *ibid.*, 315f. mit weiteren Nachweisen; I. von Münch, in: von Münch (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd.1 (1985), Art.5 Rdnr.60ff. mit weiteren Nachweisen; R. Scholz, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd.1 (1982), Art.5 Abs.III, Rdnr. 22ff.

nationalen Schiedsgerichts im Endeffekt nur eine *ad hoc*-Zuständigkeit im Falle konkret vorliegender übereinstimmender Zustimmung der Streitparteien³⁵.

Es kann jedoch schwerlich angenommen werden, daß sämtliche Normen, die den Begriff »politisch« verwenden, insoweit unvollkommen oder nur abgeschwächt rechtsverbindlich sind³⁶. Das könnte man lediglich dann annehmen, wenn sich die Bedeutung von »politisch« auf den Gegensatz zu »rechtlich« reduzierte³⁷. Insbesondere, wenn uns der Begriff »politisch« in Grund- oder Menschenrechten begegnet, wie in Art.16 Abs.2 Satz 2 GG – »Politisch Verfolgte genießen Asylrecht« oder in Art.14 EMRK, wonach der Genuß der in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Unterschied der politischen Anschauungen gewährleistet werden muß, erscheint ein Verständnis von »politisch« als Gegensatz zur rechtlichen Bindung verfehlt. Schließlich ist auch die traditionelle Gleichsetzung von politisch und staatlich oder auf den Staat bezogen³⁸ schon aufgrund ihrer Weite nicht unumschränkt verwendbar. Sie eignet sich zum Beispiel wenig zur Definition politischer Verträge im Sinne des Art.59 Abs.2 GG.

3. Definition von »politisch« aus dem Normenzusammenhang

Es drängt sich auf, daß der Begriff »politisch« in den verschiedenen Normzusammenhängen jeweils etwas anderes bedeuten kann oder auch

³⁵ Ähnlich W. Wengler, Der Begriff des Politischen im internationalen Recht (1956), 26.

³⁶ So jedoch Bilfinger (Anm.33), 62ff.

³⁷ In dieser Richtung aber Bilfinger, *ibid.*, und Wengler (Anm.35), 5 und 32. – Anderer Auffassung – »Politik kein Gegensatz zum Recht« – U. Scheuner, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, in: Hesse/ Reicke/ Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend (1962), 225–260, 260.

³⁸ Zu politisch im Sinne von staatlich oder auf den Staat bezogen J.C. Bluntschli, Politik als Wissenschaft (1876), 1ff.; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre (1964), 679ff., 684; Scheuner, *ibid.*, 259: »Der Begriff des Politischen ergibt sich aus den Klarlegungen über das Wesen des Staates von selbst«. J. Schollenberger, Politik in systematischer Darstellung (1903); R. Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (1923), in: Staatsrechtliche Abhandlungen (2. erw. Aufl. 1968), 68–88, 79ff. = Festgabe für Wilhelm Kahl (1923), 16ff. Differenzierter H. Heller, Staatslehre (1934, 4. unveränderte Aufl. 1970), 203ff., 205: »Politik und Staat sind zwar dem Begriff und der Wirklichkeit nach immer aufeinander bezogen, dürfen aber nicht miteinander identifiziert werden«. – Ablehnend zur »Gleichung Staatlich = Politisch« C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, Text von 1932 (1963), 10, 23f., 24.

muß³⁹, und daß es gefährlich wäre, den Versuch zu machen, ihn einheitlich zu verwenden⁴⁰. Forsthoff hat ausgeführt, daß »das Politische kein Sachgebiet sui generis ist, sondern eine Eigenschaft, die sich jedem Staatsakt, je nach den Verhältnissen wechselnd, in geringerer oder stärkerer Intensität anheften kann und in der Regel auch anheftet«⁴¹. Daß politisch nicht nur Staatsakte sein können, zeigen die Beispiele aus dem Grund- und Menschenrechtsbereich. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob man bei einer Betrachtung der verschiedenartigen Verwendung des Begriffs »politisch« stehen bleiben kann, wonach sich die Bedeutung dieses Merkmals ausschließlich aus der einzelnen Norm, in der der Begriff verwendet wird, oder gar den konkreten tatsächlichen Anwendungsfällen erschlüsse. Der eigenständige Regelungsgehalt des Merkmals »politisch« wäre dann zweifelhaft. Hauptsächlich würde durch eine solche blankettartige⁴² Verwendung des Begriffs »politisch« den Rechtsunterworfenen

³⁹ Ähnlich W. Zeidler, Einige Bemerkungen zu den Versuchen, den Begriff der »politischen Verfolgung« zu bestimmen, in: Rüthers/Stern (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik (1988), 551–564, 557: »Eine allgemeine, gar disziplinübergreifende, Definition des Politischen ist angesichts des jeweils völlig unterschiedlichen Bedeutungsgehalts nicht möglich, wäre jedenfalls im gegebenen Zusammenhang sinnlos. Für das Asylrecht muß der Begriff – wenn er sich überhaupt abstrakt umschreiben läßt – aus dem spezifischen Erkenntnisinteresse gerade dieses juristischen Sachbereichs gewonnen werden. Selbst in engeren rechtlichen Zusammenhängen ist der Begriff des Politischen nicht stets inhaltsgleich ...«. Grewe weist ebenfalls auf die Abhängigkeit eines juristischen »Begriffs des Politischen« von dem konkreten Zusammenhang hin, in dem er verwendet wird. W. Grewe, Zum Begriff der politischen Partei, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann (1950), 65–82, 78.

⁴⁰ Ähnlich hält Rupp »den Versuch für unmöglich, ja für gefährlich«, die im Verwaltungsrecht ständig verwendeten Begriffe Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen »sozusagen aus sich selbst oder aus ethischen Vorstellungen zu determinieren, in das Verwaltungsrecht zu transplantieren und ihnen dort einen vorgegebenen Sinn zuzuweisen«. Rupp stellt auf »Zeit und Raum« und auf den »jeweiligen gesetzlichen Funktionszusammenhang« ab. H.H. Rupp, Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, 39) (1968), 116–124, 124. Siehe auch C.H. Ule, Allgemeines Wohl und öffentliche Interessen in der Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte, *ibid.*, 125–148, 147, zur »Variabilität dieser Begriffe ..., die in den Verfassungen und in den Gesetzen je nach dem Zweck der einzelnen gesetzlichen Regelung verschiedene Bedeutung haben«. Und W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), 196: »Die Ermittlung des Begriffs des »öffentlichen Interesses« kann immer nur im Sinne eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes erfolgen«.

⁴¹ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1: Allgemeiner Teil (6. Aufl. 1956), 444.

⁴² Martens spricht von dem »Blankett des »öffentlichen Interesses«, Martens (Anm. 40), 196.

oder denjenigen, die die betreffende Norm anzuwenden haben, Spielraum eingeräumt⁴³. In diesem Sinne kann man vielleicht die Äußerung von Strisower auf der Tagung des Institut de Droit International von 1912 verstehen. Strisower erscheint die Formulierung, wonach der Krieg politische Verträge beendet, ausgezeichnet, trotz und – so fügt er hinzu – vielleicht müsse man sogar sagen, gerade »wegen« ihres vagen Charakters, welcher eine Anwendung auf unendlich viele Fälle ermöglicht, die man unmöglich vorher bestimmen kann⁴⁴. Mit anderen Worten beläßt die Verwendung des Begriffs »politisch« den Staaten die für erforderlich gehaltene Freiheit und Flexibilität.

Außerdem böte auch eine Erklärung des Begriffs »politisch« allein aus dem Funktionszusammenhang der jeweiligen Norm heraus dem Juristen jedenfalls dann keine Hilfe, wenn der Zweck der Norm auch im übrigen schwer aufklärbar ist. Deshalb ist die Feststellung interessant, ob sich denn die Verwendung des Begriffs »politisch« in Kategorien einteilen läßt. Eine Kategorie, in der der Begriff »politisch« von vielen als Gegensatz zu rechtlich verstanden wird, wurde schon angesprochen. Das Aufzeigen mehrerer solcher Kategorien kann für den Juristen von Nutzen sein. So könnte sich der Richter dann, wenn der Zweck der Norm, in der der Begriff verwendet wird, schwer aufklärbar ist, nach der vermutlich gemeinten Kategorie richten und so wiederum der Norm Sinn verleihen. Das Aufzeigen von Kategorien dient auch der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, weil der Begriff »politisch« dadurch zumindest eine begrenzt verallgemeinerungsfähige und somit voraussehbare Bedeutung erhält. Die Offenlegung solcher Kategorien würde auch verhindern, daß die Bedeutung des Begriffs »politisch« von einem spezifischen Normzusammenhang unbedacht in eine andere Norm übertragen wird, in der gerade dieses Verständnis des Terminus »politisch« nicht paßt. Zum Beispiel kann man nicht argumentieren, die Einhaltung politischer Menschenrechte sei eine politische Frage und deshalb rechtlicher Kontrolle entzogen.

4. Überleitung

Die Definition des »Politischen« ist permanent versucht worden. Dabei fällt auf, daß sich die Bemühungen vorwiegend einer allgemeingültigen und abstrakten Definition zuwandten. Die vorliegende Untersuchung

⁴³ Siehe oben S. 607ff. und Bilfinger (Anm.33), 57–76.

⁴⁴ L. Strisower, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 25 (1912), 621.

bewegt sich zwischen den beiden Polen des jedenfalls für den Juristen wohl kaum fruchtbaren Versuchs einer allgemeingültigen Definition des »Politischen« auf der einen Seite und einer für die praktische Rechtsanwendung ebenfalls wenig hilfreichen isolierten Betrachtung des Begriffs »politisch« bezogen allein auf den jeweiligen Anwendungsfall⁴⁵.

Die Staatsrechtslehre der 20er Jahre hat sich besonders intensiv um einen allgemeinen Begriff des »Politischen« bemüht und diesen durchaus auch im Hinblick auf die Anwendung des positiven Rechts zu definieren versucht⁴⁶. Der wohl bekannteste und auch heute noch diskutierte Ver-

⁴⁵ Zum konkreten Charakter des Politischen Forsthoff (Anm. 41), Bd.1, 444. Nach Forsthoff ist »das Politische kein Sachgebiet sui generis, sondern eine Eigenschaft, die sich jedem Staatsakt, je nach den Verhältnissen wechselnd, in geringerer oder stärkerer Intensität anheften kann und in der Regel auch anheftet. Was heute relativ unpolitisch ist, kann morgen hochpolitisch sein, und umgekehrt«. Eine mittlere Linie verfolgt hingegen Grewe. Er betont die Abhängigkeit eines juristischen Begriffs des »Politischen« von dem konkreten Zusammenhang, in dem er verwendet wird, nimmt aber an, »daß zwischen den verschiedenen Bedeutungsgehalten des Wortes ›politisch‹ in allen diesen Fällen ein innerer Zusammenhang besteht; dennoch ist keineswegs ausgemacht, ob sich diese verschiedenen Bedeutungsgehalte auf einen gemeinsamen begrifflichen Nenner bringen lassen«, Grewe (Anm.39), 78.

⁴⁶ C. Schmitt legt in seiner Verfassungslehre den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz politisch im Sinne seiner Freund-Feind-These aus: »Die Gleichheit all dessen, ›was Menschenantlitz trägt‹, vermag weder einen Staat, noch eine Staatsform, noch eine Regierungsform zu begründen ... Eine Gleichheit, welche keinen anderen Inhalt hat als die allen Menschen von selbst gemeinsame Gleichheit, wäre eine unpolitische Gleichheit, weil ihr das Korrelat einer möglichen Ungleichheit fehlt. Jede Gleichheit bekommt ihre Bedeutung und ihren Sinn durch das Korrelat einer möglichen Ungleichheit. Sie ist um so intensiver, je größer die Ungleichheit gegenüber denen ist, die nicht zu den Gleichen gehören. Eine Gleichheit ohne die Möglichkeit einer Ungleichheit, eine Gleichheit, die man von selbst hat und überhaupt nicht verlieren kann, ist wertlos und gleichgültig. Der demokratische Begriff der Gleichheit ist ein politischer Begriff und nimmt, wie jeder echte politische Begriff, auf die Möglichkeit einer Unterscheidung Bezug. Die politische Demokratie kann daher nicht auf der Unterschiedslosigkeit aller Menschen beruhen, sondern nur auf der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Volk ...«. C. Schmitt, Verfassungslehre (1. Aufl. 1928, 3. unveränderte Aufl. 1957), 226 und 227. Siehe auch S.169: Die demokratischen Staatsbürgerrechte »sind von dem demokratischen Gedanken der Gleichheit beherrscht und sollen jedem Staatsbürger in gleichem Umfange zustehen. Sie gelten naturgemäß nicht für Fremde, weil sonst die politische Gemeinschaft und Einheit aufhört und die wesentliche Voraussetzung der politischen Existenz, die Möglichkeit der Unterscheidung von Freund und Feind, entfällt«.

Im Vorwort zur 1963er Ausgabe seiner Schrift über den Begriff des Politischen (Text von 1932), 23, bezieht sich C. Schmitt auf den Begriff des »Politischen«, wie er im positiven Recht vorkommt. Er nennt die Beispiele: politisches Verbrechen, politisches Asyl, das Problem der Justitiabilität politischer Akte und sogenannter politischer Fragen. Siehe auch Smend (Anm.38), in: Abhandlungen, 81f. = Festgabe, 18f.: »Die hier nur angedeutete Gewinnung eines inhaltlich bestimmten Begriffs des Politischen würde in drei Richtungen

such ist Carl Schmitts Schrift über den Begriff des »Politischen« von 1928⁴⁷. Carl Schmitts Freund-Feind-Theorie wird heute neben Max Webers Auffassung vom Politischen als Streben nach Macht⁴⁸ bei der Auslegung des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG – »Politisch Verfolgte genießen Asylrecht« – herangezogen⁴⁹.

Im folgenden soll zuerst auf Definitionsversuche des »Politischen« im allgemeinen eingegangen und ihre Brauchbarkeit für die Rechtspraxis untersucht werden (II). Anschließend werden die Bedeutung von »politisch« in den Artikeln des Grundgesetzes und Anwendungsfälle des Begriffs »politisch« im Völkerrecht (III) geprüft. Die übergreifende Fragestellung bleibt dabei immer, inwieweit der Terminus »politisch« einen allgemeingültigen, oder zumindest einen innerhalb bestimmter Kategorien von Normen verallgemeinerungsfähigen Inhalt hat. Der sich dabei möglicherweise ergebende gemeinsame Nenner dessen, was politisch innerhalb bestimmter Normenkategorien oder im allgemeinen bedeutet, erscheint dabei umso nützlicher für die Anwendung des positiven Rechts, je konkreter er sich fassen läßt. Andererseits führt die Hinwendung zum Konkreten auch wieder weg von einem eigenständigen und aussagekräftigen Begriff des »Politischen«.

fruchtbar werden: für das positive Recht, für die Staatstheorie im ganzen, für die allgemeine Staatslehre. Für das positive Recht durch Vertiefung der Rechtsanwendung da, wo der Begriff des Politischen vom Gesetz verwendet ist ...«. Smend betont noch, »daß das deutsche Volk ... einer Belehrung über das Wesen des Politischen sicherlich bedarf ...«.

⁴⁷ Zur gegenwärtigen Diskussion über C. Schmitts Begriff des »Politischen« siehe nur H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, Über Carl Schmitt, Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (1988); lesenswert, kritische Rezensionsabhandlung hierzu von P. Römer, *Tod und Verklärung des Carl Schmitt*, *Complexio Oppositorum ...*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 76 (1990), 373–399; W. v. Simson, *Carl Schmitt und der Staat unserer Tage*, *AöR* 114 (1989), 185–220, mit Nachweisen auf weitere Neuerscheinungen zu C. Schmitt auf S.185f.; V. Holczhauser, *Konsens und Konflikt, Der Begriff des Politischen bei Carl Schmitt* (1990); M. Schmitz, *Die Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts* (1965).

⁴⁸ Max Weber, *Politik als Beruf* (1919), in: ders., *Gesammelte Politische Schriften* (1921), 396–450, 397.

⁴⁹ Vgl. K. Doehring, *Asylrecht und Staatsschutz*, *ZaöRV* 26 (1966), 33–58, 38ff.; V. Neumann, *Feindschaft als Kriterium des asylrechtlichen Politikbegriffs*, *NVwZ* 4 (1985), 629–634; *Hamb. OVG*, Urteil vom 11.4.1983 – *OVG Bf. V 30/82*, *InfAuslR* 5 (1983), 187–203, 199. Gegen Carl Schmitt und für Max Weber: Baumüller (Anm.30), *Vorbemerkungen* 76ff., 82 und 83 zu § 1. Siehe auch C. Gusy, *Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland* (1980), 111ff., 116f.

II. Definitionsversuche des »Politischen« im allgemeinen – insbesondere
 Carl Schmitts Begriff des »Politischen«

Carl Schmitt, Rudolf Smend und andere haben, wie schon erwähnt, versucht, das Politische auch im Hinblick auf die Anwendung des positiven Rechts zu bestimmen⁵⁰; auf Schmitts Freund-Feind-These wird bei der Rechtsanwendung zurückgegriffen⁵¹. Die fortwährende Aktualität von Carl Schmitts Begriffsbildung in der deutschen Staatsrechtslehre zeigt zum Beispiel das 1986 an der Verwaltungshochschule Speyer abgehaltene Sonderseminar über Carl Schmitt, auf dem Ernst-Wolfgang Böckenförde Carl Schmitts »Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts« untersucht⁵². Böckenförde betont dabei insbesondere die Frage nach der »Richtigkeit des von Carl Schmitt entwickelten Kriteriums des Politischen«⁵³ als Freund-Feind-Gegensatz. Dabei ist nicht völlig klar, was Böckenförde in diesem

⁵⁰ Ähnlich J. Freund, Der Partisan oder der kriegerische Friede, in: Quaritsch (Hrsg.) (Anm.47), 387–391, 389f.: C. Schmitt »wollte nur einen für den Juristen brauchbaren Begriff des Politischen herstellen und nicht eine allgemeine Theorie des Politischen«. Siehe im übrigen Anm.46. Friesenhahn verwendet die Freund-Feind-These in seiner Dissertation bei C. Schmitt zur Definition des politischen Eides. E. Friesenhahn, Der politische Eid (1928), 14. Siehe ferner Bilfinger (Anm.33).

⁵¹ Vgl. Anm.49.

⁵² E.-W. Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: Quaritsch (Hrsg.) (Anm.47), 283–299. Vgl. dort auch die zahlreichen weiteren Beiträge über C. Schmitt.

⁵³ *Ibid.*, 299. Im übrigen hat C. Schmitt zwar die Freund-Feind-Theorie für das deutsche Staatsrecht interessant gemacht, er hat sie aber nicht erfunden. Vgl. z.B. O. Spengler, Der Untergang des Abendlandes, Bd.2 (1922), 545: »Diese Daseinsströme im Bereich einer hohen Kultur, in und zwischen denen allein es grosse Politik gibt, sind nur in Mehrzahl möglich. Ein Volk ist wirklich nur in bezug auf andere Völker. Aber das natürliche, rassehafte Verhältnis zwischen ihnen ist eben deshalb der Krieg. Das ist eine Tatsache, die durch Wahrheiten nicht verändert wird. Der Krieg ist die Urpolitik alles Lebendigen und zwar bis zu dem Grade, daß Kampf und Leben in der Tiefe eins sind und mit dem Kämpfenwollen auch das Sein erlischt« (Hervorh. von der Verf.). Siehe weiterhin Spengler, *ibid.*, 450: »Ist die Politik ein Krieg mit anderen Mitteln, so ist das »Recht auf das Recht« die Beute der siegreichen Partei«. Auch an vielen anderen Stellen drängt sich auf, daß Schmitt durch Spengler inspiriert wurde. Siehe Anm.56, 62, 76 und 78. Weitere Parallelen zwischen Spengler und Schmitt zeigt auf H. Wohlgemuth, Das Wesen des Politischen in der heutigen neoromantischen Staatslehre, Ein methodenkritischer Beitrag zu seiner Begriffsbildung (1933), 197ff. Spengler merkt immerhin an, daß wir/er »über den Begriff der Politik ... mehr nachgedacht [hat], als für uns gut war«, *ibid.*, 544. Siehe auch G. Ratzenhofer, Wesen und Zweck der Politik, Bd. 1 (1893), 59–65 = I.7. »Das Gesetz der absoluten Feindseligkeit«, 62f.: »Die absolute Feindseligkeit ist stets entweder latent oder thätig vorhanden; sie ist es, welche den Aufbau der politischen Persönlichkeiten veranlaßt und festigt ... Die absolute Feindseligkeit ist die Urkraft der Politik

Zusammenhang unter »Richtigkeit« versteht. Daß es Feindschaft gibt und daß auch Freundschaft in Feindschaft und Frieden in Krieg umschlagen kann, bestreiten weder Soziologen noch Juristen. Zweifelhaft bleibt aber, ob die Akzentuierung des Freund-Feind-Gegensatzes die Rechtswissenschaft und die Staatslehre in ihren Bemühungen um Erkenntnis und Klarheit weiterbringt.

1. Darstellung von Carl Schmitts Freund-Feind-These

Nach Carl Schmitt hat das Politische »seine eigenen Kriterien, die gegenüber den verschiedenen, relativ selbständigen Sachgebieten menschlichen Denkens und Handelns ... in eigenartiger Weise wirksam werden. Das Politische muß deshalb in eigenen letzten Unterscheidungen liegen, auf die alles im spezifischen Sinne politische Handeln zurückgeführt werden kann ... Die spezifische politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung von Freund und Feind«⁵⁴. »Der politische Feind ... ist eben der andere, der Fremde, und es genügt zu seinem Wesen, daß er in einem besonders intensiven Sinne existentiell etwas anderes und Fremdes ist ...«⁵⁵. »Die Begriffe Freund und Feind sind in ihrem konkreten, existen-

...«. Siehe ferner Schmitts Rückgriff auf F. Hegels Definition des Feindes als Volksfeind und als »zu negierendes Fremdes in seiner Totalität«. Schmitt (Anm.38), 62. Zum zeitgeschichtlichen, auch literarischen Umfeld E. Forsthoff, Staatsrechtswissenschaft und Weltkrieg, Blätter für deutsche Philosophie, Bd.V, Heft 2/3, Staatsrecht und Wirklichkeit (1931), 292–301; ferner E. Kennedy, Politischer Expressionismus: Die kulturkritischen metaphysischen Ursprünge des Begriffs des Politischen von Carl Schmitt, in: Quaritsch (Hrsg.) (Anm.47), 233–251, Aussprache bis S.265.

⁵⁴ Schmitt, *ibid.*, 26.

⁵⁵ Gegensatz zum Feind und anderen ist danach wohl der »Artgleiche« bzw. Freund. Zur »Artgleichheit« des deutschen Volkes, ohne die der nationalsozialistische Staat nicht bestehen könne und sein Rechtsleben nicht denkbar wäre, C. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk (1933), 42ff., 43: »Für den wissenschaftlichen Juristen des neuen deutschen Rechts ist es insbesondere notwendig, sich der systematischen, alle rechtlichen Erwägungen durchdringenden Kraft dieses Begriffes der Artgleichheit bewußt zu werden. Die Fiktion der normativistischen Bindung des Richters an ein Gesetz ist heute für wesentliche Gebiete des praktischen Rechtslebens theoretisch und praktisch unhaltbar geworden«. S.45: »Wir wissen nicht nur gefühlsmäßig, sondern auf Grund strengster wissenschaftlicher Einsicht, daß alles Recht das Recht eines bestimmten Volkes ist. Es ist eine erkenntnistheoretische Wahrheit, daß nur derjenige imstande ist, Tatsachen richtig zu sehen, Aussagen richtig zu hören, Worte richtig zu verstehen und Eindrücke von Menschen und Dingen richtig zu bewerten, der in einer seinsmäßigen, artbestimmten Weise an der rechtsschöpfenden Gemeinschaft teil hat und existenziell ihr zugehört. Bis in die tiefsten, unbewußtesten Regungen des Gemütes, aber auch bis in die kleinste Gehirnfaser hinein, steht der Mensch in der Wirklichkeit

tiellen Sinn zu nehmen, nicht als Metaphern oder Symbole ... Sie sind keine normativen und ›rein geistigen‹ Gegensätze ... Hier handelt es sich nicht um Fiktionen und Normativitäten, sondern um die seinsmäßige Wirklichkeit und die reale Möglichkeit dieser Unterscheidung ... Feind ist nur eine wenigstens eventuell, d.h. der realen Möglichkeit nach kämpf-

dieser Volks- und Rassenzugehörigkeit. Objektiv ist nicht jeder, der es sein möchte und der mit subjektiv gutem Gewissen glaubt, er habe sich genug angestrengt, um objektiv zu sein. Ein Artfremder mag sich noch so kritisch gebärden und noch so scharfsinnig bemühen, mag Bücher lesen und Bücher schreiben, er denkt und versteht anders, weil er anders geartet ist, und bleibt in jedem entscheidenden Gedankengang in den existenziellen Bedingungen seiner eigenen Art. Das ist die objektive Wirklichkeit der ›Objektivität‹. S.46: »Wir suchen eine Bindung, die zuverlässiger, lebendiger und tiefer ist als die trügerische Bindung an die verdrehbaren Buchstaben von tausend Gesetzesparagrafen. Wo anders könnte sie liegen als in uns selbst und unserer eigenen Art? Auch hier, angesichts des untrennbaren Zusammenhanges von Gesetzesbindung, Beamtentum und richterlicher Unabhängigkeit, münden alle Fragen und Antworten in dem Erfordernis einer Artgleichheit, ohne die ein totaler Führerstaat nicht einen Tag bestehen kann«.

Angesichts dieser werkimmanenten Zusammenhänge ist die von Quaritsch geforderte Trennung von C. Schmitts Antisemitismus einerseits und seinem wissenschaftlichen Werk andererseits ein schwieriges Unterfangen. Hinsichtlich des Begriffs des »Politischen« ist ein Abstrahieren von Schmitts Antisemitismus wohl nur dann möglich, wenn man die Schrift und ihre Terminologie von anderen Werken Schmitts aus jener Zeit wie von dem zitierten »Staat, Bewegung, Volk« isoliert und auf den Begriff des »Politischen« aus der Gegenwart durch eine Schmitt-freundliche Brille zurückblickt. Die Offenheit, Uneinheitlichkeit und bewußte Situationsbezogenheit der Schmittschen Rhetorik erleichtert eine solche Rettung von Schmitts Begriff des »Politischen« für die heutige Zeit. Als Beispiel für eine solche isolierte Betrachtungsweise des Begriffs des »Politischen«, die Schmitt letztlich nicht beim Wort nimmt, siehe Böckenförde (Anm.52), 283–299. Quaritsch vergleicht Carl Schmitt mit Jean Bodin und fordert eine Trennung des Antisemitismus C. Schmitts von seinem Werk in: Einleitung, Über den Umgang mit Person und Werk Carl Schmitts, in: Quaritsch (Hrsg.) (Anm.47), 13–21.

In »Theorie des Partisanen, Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen« (1962, 2. Aufl. 1975) legt C. Schmitt allerdings einen anderen Feindbegriff zugrunde. Der Feind ist hier nicht mehr der Artfremde, sondern (S.87f.): »Der Feind ist unsere eigene Frage als Gestalt [...] ... Der Feind steht auf meiner eigenen Ebene. Aus diesem Grunde muß ich mich mit ihm kämpfend auseinandersetzen, um das eigene Maß, die eigene Gestalt zu gewinnen«. Das ist eben die einem Juristen nicht gut anstehende schwankende Begriffsbildung Carl Schmitts. Zur diffusen Art von Schmitts Begriffsbildung siehe auch v. Simson (Anm.47), 208. Nach v. Simson »formuliert und assoziiert [Carl Schmitt] drauf los, daß es manchmal kaum wörtlich genommen werden kann« (S.198). Isensee bezweifelt zu Recht, daß Schmitt das Wort »politisch« jeweils in demselben Sinn verwendet. J. Isensee, Aussprache zu dem Referat von E.-W. Böckenförde, in: Quaritsch (Hrsg.) (Anm.47), 301f. Siehe auch Isensee, S.301: »Schmitt ist eigentlich nicht ein systematischer, sondern ein aphoristischer Denker ... Die Thesen der verschiedenen Werke enthalten Widersprüche, die Positionen wechseln, die Begriffe sind nicht identisch, die Wörter changieren ...«. Böckenförde, *ibid.*, 302f., insistiert hingegen, daß C. Schmitt nicht mit dem Begriff »politisch« changiert habe und daß dessen staatsrechtliches Werk konsistent sei.

fende Gesamtheit von Menschen, die einer ebensolchen Gesamtheit gegenüber steht«⁵⁶. »Denn zum Begriff des Feindes gehört die im Bereich des Realen liegende Eventualität eines Kampfes ... Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren realen Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten. Der Krieg folgt aus der Feindschaft, denn diese ist seinsmäßige Negierung eines anderen Seins. Krieg ist nur die äußerste Realisierung der Feindschaft«⁵⁷. »Der Krieg, die Todesbereitschaft kämpfender Menschen, die physische Tötung von anderen Menschen, die auf der Seite des Feindes stehen, alles das ... hat keinen normativen, sondern nur einen existentiellen Sinn ...«⁵⁸. Der Krieg ist die »physische Vernichtung menschlichen Lebens ... aus der seinsmäßigen Behauptung der eigenen Existenzform gegenüber einer ebenso seinsmäßigen Verneinung dieser Form«⁵⁹. Der Krieg ist dabei im Sinne von Clausewitz⁶⁰ auch Instrument der Politik, »aber seine Bedeutung für die Erkenntnis des Wesens der Politik ist damit noch nicht erschöpft«⁶¹. Carl Schmitt bejaht vielmehr die Politik, denn eine Welt ohne Politik im Sinne des Freund-Feind-Gegensatzes ist für ihn eine liberalistische Welt ohne Ernst, eine Welt des Konsums, der Technik und der ewigen Diskussion⁶². Nun ist es aber »mit jeder

⁵⁶ Schmitt (Anm.38), 28f. Ähnlich Spengler (Anm.53), Bd. 2, 456: »... in der geschichtlichen Wirklichkeit gibt es keine Ideale; es gibt nur Tatsachen. Es gibt keine Wahrheiten; es gibt nur Tatsachen. Es gibt keine Gründe, keine Gerechtigkeit, keinen Ausgleich, kein Endziel, es gibt nur Tatsachen ...« und S.546: »Es ist stets ein Leben, nie ein System, Gesetz oder Programm, das im Strom des Geschehens den Takt angibt ... Der Kampf nicht von Grundsätzen, sondern von Menschen, nicht von Idealen, sondern von Rassezügen um die aus[zu?]übende Macht ist das erste und letzte ...«.

⁵⁷ Schmitt, *ibid.*, 33.

⁵⁸ Schmitt (Anm.38), 49. Seinsphilosophisch auch ders. (Anm.46), 107: »Solche [Verfassungs-]Durchbrechungen sind ihrer Natur nach Maßnahmen, keine Normen ... Wenn im Interesse der politischen Existenz des Ganzen solche Durchbrechungen und Maßnahmen vorgenommen werden, so zeigt sich darin die Überlegenheit des Existenzzielen über die bloße Normativität ... die Frage betraf nicht die Gesetzgebung, sondern die Souveränität, die existenzielle Überlegenheit über die Normierung«.

⁵⁹ Schmitt (Anm.38), 50. Kritisch zur »Seins-« oder »Lebensphilosophie« eines Sorrel, Pareto, Spengler, Schmitt und zum Neomachiavellismus Heller (Anm.38), 206ff.; ders., *Europa und der Fascismus* (1929), 18ff.

⁶⁰ C. von Clausewitz, *Vom Kriege*, III. Teil (1834), 140.

⁶¹ Schmitt (Anm.38), 34 Anm.10.

⁶² Ebenso Spengler (Anm.53), Bd.2, 446: »Der Krieg ist der Schöpfer aller großen Dinge«. Zur liberalistischen Welt ohne Ernst, einer Welt von Produktion und Konsum, Technik, ewiger Konkurrenz und ewiger Diskussion und damit verbundenen Denaturierungen von Staat und Politik Schmitt, *ibid.*, 68ff. Dazu, daß Schmitt die Politik im Sinne des Freund-Feind-Gegensatzes bejaht, siehe auch L. Strauss, *Anmerkungen zu*

Politik ... zu Ende, wenn die reale Möglichkeit von Kämpfen überhaupt entfällt«⁶³. Also bejaht Schmitt den Kampf als solchen und geht damit über die bloße Analyse des »real Seinsmäßigen« hinaus⁶⁴.

Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik, 67 (1932), 732–749, 742ff., 744ff.

⁶³ Schmitt (Anm.38), 35.

⁶⁴ Nach Strauss (Anm.62), 748, ist C. Schmitts »Bejahung des Politischen als solchen die Bejahung des Kampfes als solchen, ganz gleichgültig, wofür gekämpft wird«. Nach Scheuner (Anm.37), 258, erachtet »Schmitt den Kampf für die wahre Bestimmung des Staates«. Zum wertgebundenen (kriegsbejahenden) Charakter von Schmitts Begriff des »Politischen« siehe auch H. Hoffmann, *Aussprache zu dem Referat von E.-W. Böckenförde*, in: Quaritsch (Anm.47), 304f., und R. Hepp, *ibid.*, 308ff., 314. Schmitt, *ibid.*, 33, hält es zwar für nötig und bemüht sich darum zu betonen, es sei »keineswegs so, als wäre das politische Dasein nichts als blutiger Krieg und jede politische Handlung eine militärische Kampfhandlung ... Die hier gegebene Definition des Politischen ist weder belizistisch, noch imperialistisch noch pazifistisch. Sie ist auch kein Versuch, den siegreichen Krieg oder die gelungene Revolution als »soziales Ideal« hinzustellen, denn Krieg oder Revolution sind weder etwas »Soziales« noch etwas »Ideales«. Siehe auch S.34f.: »Der Krieg ist durchaus nicht Ziel und Zweck oder gar Inhalt der Politik, wohl aber ist er die als reale Möglichkeit immer vorhandene Voraussetzung ...«. Damit widerspricht sich Schmitt aber letztlich selbst. Wohlgemuth (Anm.53), 84f., erklärt das so: Einerseits könne Carl Schmitt »nicht zugeben, daß in seiner Begriffsbildung der Krieg schon mehr als politisches Mittel, schon Ziel und Selbstzweck der Politik geworden ist, andererseits [gestehe Schmitt] aber doch in vorsichtiger Klausulierung zu ..., daß für ihn mit der Auffassung des Krieges »als bloßes Instrument der Politik« (wie ihn Clausewitz treffend bezeichnete), »die Bedeutung des Krieges für die Erkenntnis des Wesens der Politik noch nicht erschöpft ist« [vgl. Schmitt (Anm.38), 34 Anm.10]. Ein desillusionierter Faktizismus und eine pessimistische Lebensphilosophie führt ihn dazu, den Krieg als wesensimmanenten Sinn des Politischen aufzufassen, während der Ideologe in ihm dies wiederum nicht zugeben kann und nicht wahrhaben will«.

Ähnlich widersprüchlich Schmitt (Anm.46), 247: »Es gibt keine Demokratie ohne Parteien ...« einerseits und andererseits d.ers., *Wesen und Werden des fascistischen Staates*, Schmollers Jahrbuch, Halbbd.1 (1929), 107–113, 109ff.: Der »fascistische« Einparteiensstaat sei demokratisch. S.109f.: »Daß der Fascismus auf Wahlen verzichtet und den ganzen, »elezionismo« haßt, ist nicht etwa undemokratisch, sondern antiliberal und entspringt der richtigen Erkenntnis, daß die heutigen Methoden geheimer Einzelwahl alles Staatliche und Politische durch eine völlige Privatisierung gefährden, das Volk als Einheit ganz aus der Öffentlichkeit verdrängen (der Souverän verschwindet in der Wahlzelle) und die staatliche Willensbildung zu einer Summierung geheimer und privater Einzelwillen, d.h. in Wahrheit unkontrollierbarer Massenwünsche und Ressentiments herabwürdigen ... Auch das neue fascistische Gesetz über die politische Repräsentation vom 17. Mai 1928, das den Stimmberechtigten nur die Möglichkeit gibt, zu einer von der Regierung vorgelegten Kandidatenliste Ja oder Nein zu sagen, ist nur im Sinne jener liberalen Privatisierung undemokratisch. Es führt in Wahrheit zum Plebiszit ... Ein Plebiszit ist aber nichts Undemokratisches. Darüber kommt auch die radikalste und unmittelbarste Demokratie nicht hinweg, daß das Volk nur akklamieren oder nur Ja oder Nein sagen kann; und angesichts der unentrinnbaren Abhängigkeit von Fragestellung und Vorschlagslisten ist es eben politisch und infolgedessen auch demokratisch gedacht, Fragestellung und Vorschlagslisten von der

Weder eine vermeintliche »Richtigkeit«⁶⁵ von Schmitts Ausführungen, wonach das Politische tatsächlich »seinsmäßig« und wertneutral den Freund-Feind-Gegensatz bedeutet, noch eine normative Bejahung des Politischen im Sinne des Krieges erscheinen aber irgendwie geeignet zur näheren Bestimmung des Terminus »politisch«, wie ihn das Grundgesetz oder das Völkerrecht verwenden.

2. Primat der Außenpolitik bei Schmitt

In seiner starken Orientierung am Krieg geht Carl Schmitt überdies wie Oswald Spengler deutlich von einem Primat der Außenpolitik aus⁶⁶. Das macht seinen Begriff des »Politischen« noch weniger geeignet

Regierung ausgehen zu lassen und nicht anonymen Kliquen und Interessentengruppen anheimzugeben, die sie im tiefsten Geheimnis fabrizieren, und aus einem undurchsichtigen und unverantwortlichen Dunkel heraus einer teils parteimäßig organisierten, teils hilflos schwankenden Masse von geheim abstimmenden Einzelnen zu unterbreiten«. Widersprüchlich auch Schmitt (Anm.46), 107: »Der Gesetzgeber kann als Gesetzgeber nur Gesetze geben, nicht durchbrechen«; und S.108: »Andererseits liegt es nahe, den Gesetzgeber zu Gesetzesdurchbrechungen für befugt zu halten«. Zur Vermischung von Sein und Sollen bei Schmitt Wohlgemuth (Anm.53), 81 ff., und unten 621 ff.

Hennis wirft Machiavell vor, statt über die Zeit, in der die politische Wissenschaft stehe, zu reflektieren, lediglich die Zeit zu reflektieren. W. Hennis, Politik und praktische Philosophie (1963), 18. Dieser Vorwurf läßt sich auf C. Schmitts Begriff des »Politischen« übertragen. Nach Hennis verwirklichte die Staatswissenschaft allzu unbedingt Hegels Forderung, daß die Philosophie »das Erfassen des Gegenwärtigen und Wirklichen, nicht das Aufstellen eines Jenseitigen« sein müsse, daß sich insbesondere die Staatswissenschaft in ein »näheres Verhältnis mit der Wirklichkeit« zu setzen habe. Hennis, S. 19, mit Verweis auf Hegel, Rechtsphilosophie (Hrsg. Lasson, 1911), Vorrede, 13f. Hennis weist zutreffend darauf hin, daß »wertfreie Sozialtheorien denkbar [sind], aber keine wertfreien politischen Theorien. Die Realität des Politischen steht immer unter einem sittlichen Anspruch, auch ihre Erkenntnis ist nur möglich durch eine das sittliche Urteil berücksichtigende Berechnung. «L'état existe parcequ'il est pensé» [mit Verweis auf G. Burdeau, Traité de Science Politique II (1949), 230, 239]. Aber er ist nicht nur so wie er tatsächlich gedacht wird, sondern so wie er von Verfassungen wegen gedacht werden darf und soll. [Verweis auf H. Krüger, VVDStRL 15 (1957), 121]«.

⁶⁵ Vgl. Böckenförde (Anm.52), 299.

⁶⁶ Zum Primat der Außenpolitik bei Schmitt siehe auch Wohlgemuth (Anm.53), 169 ff.; Heller (Anm.38), 206. Zur Übereinstimmung mit Spengler (Anm. 53) vgl. folgende Zitate, Bd.2, 555: »... das natürliche Verhältnis von Innen- und Außenpolitik, von denen die erste ausschließlich für die zweite da ist, nicht umgekehrt«. S.452: »Die innere Verfassung einer Nation hat immer und überall den Zweck, für den äußeren Kampf, sei er militärischer, diplomatischer oder wirtschaftlicher Art, »in Verfassung« zu sein. Wer sie als Selbstzweck und Ideal an sich betrachtet, richtet mit seiner Tätigkeit nur den Körper der Nation zugrunde«. Und ferner S.446: »Der Mann, die Waffe in der Hand, ist das andre große Sinnbild des Willens zur Dauer. Ein Volk »in Verfassung« ist ursprünglich eine

für die Interpretation innerstaatlicher Normen, die das Wort politisch verwenden⁶⁷. Forsthoff schildert zwar anschaulich, wie in den 20er und 30er Jahren auch das innere politische Leben Deutschlands unter den Aspekt des Krieges getreten war und wie damals auch die politischen Parteien einen mehr und mehr militärischen Charakter gewannen⁶⁸. Forsthoff deutet derartige Erscheinungen aber als »Abwendung vom überkommenen Parteibegriffe«, welcher »die Fundamente der heutigen Staatsordnung unmittelbar berühren und zentrale staatsrechtliche Begriffe und Institutionen auflösen würde«⁶⁹. Schmitt dagegen leitet aus den vor dem 2. Weltkrieg real existierenden außergewöhnlichen Verhältnissen einen Allgemeingültigkeit beanspruchenden Begriff des »Politischen« ab⁷⁰. Das leitet über zu einem weiteren Einwand gegenüber Schmitts Begriff des »Politischen«, der Vermischung von konkretem Sein und Sollen.

Kriegerschaft, die tiefinnerlich gefühlte Gemeinschaft der Wehrfähigen. Staat ist eine Männersache, ist Sorge um die Erhaltung des Ganzen, auch um jene seelische Selbsterhaltung, die man als Ehre und Selbstachtung bezeichnet, ist Vereitelung von Angriffen, Voraussicht von Gefahren und vor allem der eigene Angriff, der jedem im Aufstieg begriffenen Leben natürlich und selbstverständlich ist«.

⁶⁷ Böckenförde (Anm.52), 284ff., geht dagegen anscheinend davon aus, daß Carl Schmitt »ein phänomenal erhebbares und feststellbares« Kriterium des Politischen erkannt hat, welches auch für die heutige Staatsrechtswissenschaft wertvoll ist. Böckenförde meint, Schmitt zu interpretieren, und bezeichnet dabei das Staatsrecht als »genuin politisches Recht« und »Gravitationsfeld des Politischen selbst« (S.286), weil Gegensätze, Spannungen und Konflikte relativiert werden, »so daß darüber im Rahmen der staatlichen Friedensordnung in öffentlicher Diskussion, geregelten Verfahren u.ä. eine Auseinandersetzung geführt, über Lösungen gestritten und schließlich eine Entscheidung getroffen werden kann ... die Ordnung im Innern stabilisieren ... Das ist dann vernünftige Politik, die aus der Einsicht in die Eigenart des Politischen erwächst und davon (mit-) bestimmt wird ...« (S.285f.). Der Zusammenhang mit C. Schmitts Begriff des »Politischen« ist nicht ersichtlich. Viele kritische Bemerkungen zu Böckenförde auch in der Aussprache zu seinem Referat, *ibid.*, 301–314; kritisch auch Römer (Anm.47), 380.

⁶⁸ Forsthoff (Anm.53), 295.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Zur Faszination Carl Schmitts durch das Außergewöhnliche, die Ausnahme und seiner Neigung, diese zur Kategorie zu erheben, Wohlgemuth (Anm.53), 71ff., mit Zitaten aus C. Schmitts »Politische Theologie« (1934). Schmitt definiert das »Politische« vom Grenzfall des Krieges und die Souveränität vom Ausnahmezustand her. Vgl. Verfassungslehre (Anm.46), 107.

3. Schmitts Vermischung von Sein und Sollen als Ausdruck einer Krise des Rechts

In seiner Schrift über den Begriff des »Politischen« betont Carl Schmitt immer wieder »die seinsmäßige Wirklichkeit und die reale Möglichkeit«⁷¹ der Unterscheidung von Freund und Feind. Er stellt ab auf die Maßgeblichkeit der konkreten, realen Situation, eine sog. Seinsmäßigkeit⁷², von »existenziellem« gegenüber »normativem« Sinn, gegenüber »irgendwelchen Idealen, Programmen oder Normativitäten«⁷³. Seiner Auffassung nach »kann man den Krieg überhaupt nicht ächten, sondern nur bestimmte Menschen, Völker, Staaten, Klassen, Religionen usw., die durch eine Ächtung zum Feind erklärt werden sollen«⁷⁴. Auch »die Souveränität des Rechts« bedeutet nach Carl Schmitt »nur die Souveränität der Menschen ..., welche die Rechtsnormen setzen und handhaben«. Die »Herrschaft einer ›höheren Ordnung‹« sei »eine leere Phrase ..., wenn sie nicht den politischen Sinn hat, daß bestimmte Menschen aufgrund dieser höheren Ordnung über Menschen einer ›niederen Ordnung‹ (?) herrschen wollen. Das politische Denken ist hier in der Selbständigkeit und Geschlossenheit seiner Sphäre schlechthin unwiderleglich, denn es sind immer konkrete Menschengruppen, die im Namen des ›Rechts‹ oder der ›Menschheit‹ oder des ›Friedens‹ gegen konkrete andere Menschengruppen kämpfen, und der Betrachter politischer Phänomene kann, wenn er konsequent bei seinem politischen Denken bleibt, auch in dem Vorwurf der Immoralität und des Zynismus immer wieder nur ein politisches Mittel kämpfender Menschen erkennen«⁷⁵. »Da, wie gesagt, in der konkreten Wirklichkeit des politischen Seins keine abstrakten Ordnungen und Normenreihen regieren, sondern nur konkrete Menschen oder Verbände über andere konkrete Menschen und Verbände herrschen, so hat natürlich auch hier, politisch gesehen, die ›Herrschaft«

⁷¹ Schmitt (Anm.38), 28f.

⁷² Vgl. *ibid.*, 50 – dreimal »seinsmäßig«.

⁷³ Schmitt (Anm.38), 49. Ähnlich z.B. auch ders. (Anm.46), 107: »Überlegenheit des Existenziellen über die bloße Normativität ...« und »existenzielle Überlegenheit über die Normierung«. Schmitt wurde auch von Hegel beeinflusst, der in seiner Vorrede zur Rechtsphilosophie schrieb: »Was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig«. Wenn so die Spannung zwischen Sein und Sollen aufgehoben ist, verlieren allerdings Politik, Rechtswissenschaft und auch jede Art der Verfassungslehre ihren Sinn. Siehe auch H. Rickert, Über idealistische Politik als Wissenschaft, Die Akademie, Heft 4 (1925), 158.

⁷⁴ Schmitt (Anm.38), 52.

⁷⁵ *Ibid.*, 66f.

der Moral, des Rechts, der Wirtschaft und der ›Norm‹ immer nur einen konkreten politischen Sinn«⁷⁶.

Dieses Pathos des »Seinsmäßigen« läuft im Gleichklang mit dem damals herrschenden scharfen Antipositivismus und der allfälligen heftigen Kelsen-Kritik⁷⁷ auf eine sehr starke Relativierung, wenn nicht Auflösung des Rechts als eigenständiger Kategorie hinaus⁷⁸. Zwar lassen sich

⁷⁶ Schmitt (Anm.38), 72. Die entsprechende Stelle bei Spengler lautet: »Es ist stets ein Leben, nie ein System, Gesetz oder Programm, das im Strom des Geschehens den Takt angibt ... Der Kampf nicht von Grundsätzen, sondern von Menschen, nicht von Idealen, sondern von Rassezügen um die ausübende Macht ist das erste und letzte ...«, Spengler (Anm.53), Bd.2, 546.

⁷⁷ Vgl. z.B. E.R. Huber, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung* (1935), 19ff.; G. Leibholz, *Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht*, *Blätter für deutsche Philosophie*, Bd.V, Heft2/3, *Staatsrecht und Wirklichkeit* (1931), 175–189; ders., *Das Wesen der Repräsentation* (1929), 14ff.; U. Scheuner, *Staat und Staatengemeinschaft*, in: *Blätter für deutsche Philosophie*, *ibid.*, 255–269, 258ff.; R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen* (1968), 119–276, 124; H. Triepel, *Staatsrecht und Politik* (1927), 17ff.

⁷⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Schmitt (Anm.38), 65: »Die schlimmste Verwirrung entsteht dann, wenn Begriffe wie Recht und Frieden in solcher Weise politisch benutzt werden, um klares politisches Denken zu verhindern ...«, und S.66f.: »Klarer als alle Anderen hat Hobbes diese einfachen Konsequenzen politischen Denkens mit großer Unbeirrtheit gezogen und immer wieder betont, daß die Souveränität des Rechts nur die Souveränität der Menschen bedeutet, welche die Rechtsnormen setzen und handhaben, daß die Herrschaft einer ›höheren Ordnung‹ eine leere Phrase ist, wenn sie nicht den politischen Sinn hat, daß bestimmte Menschen auf Grund dieser höheren Ordnung über Menschen einer ›niederen Ordnung‹ herrschen wollen. Das politische Denken ist hier in der Selbständigkeit und Geschlossenheit seiner Sphäre schlechthin unwiderleglich, denn es sind immer konkrete Menschengruppen, die im Namen des ›Rechts‹ oder der ›Menschheit‹ oder der ›Ordnung‹ oder des ›Friedens‹ gegen konkrete andere Menschengruppen kämpfen, und der Betrachter politischer Phänomene kann, wenn er konsequent bei seinem politischen Denken bleibt, auch in dem Vorwurf der Immoralität und des Zynismus immer wieder nur ein politisches Mittel kämpfender Menschen erkennen«. Dazu wieder Spengler (Anm.53), z.B. 425: »Recht ist das Eigentum des Stärkeren. Sein Recht ist das Recht aller«. S.448: »Ein abstraktes Ideal von Gerechtigkeit geht durch die Köpfe und Schriften aller Menschen, deren Geist edel und stark und deren Blut schwach ist, ... aber die Tatsachenwelt der Geschichte kennt nur den Erfolg, der das Recht des Stärkeren zum Recht aller macht. Sie geht erbarmungslos über Ideale hin, und wenn je ein Mensch oder Volk auf die Macht der Stunde verzichtet hat, um gerecht zu sein, so war ihm wohl der theoretische Ruhm in jener zweiten Welt der Gedanken und Wahrheiten gewiß, aber auch der Augenblick, wo er einer anderen Lebenswelt erlag, die sich besser auf Wirklichkeit verstand als er«. S.546: »Es ist stets ein Leben, nie ein System, Gesetz oder Programm, das im Strom des Geschehens den Takt angibt ... Der Kampf nicht von Grundsätzen, sondern von Menschen, nicht von Idealen, sondern von Rassezügen um die aus[zu]übende Macht ist das erste und letzte ...« und ähnliches.

Norm und Wirklichkeit nicht immer exakt trennen⁷⁹. Aber sobald der Jurist aufhört, diese Trennung überhaupt anzustreben, gibt er die Rechtswissenschaft als eigene Disziplin zugunsten einer bloßen Beschreibung der Wirklichkeit auf⁸⁰. Es liegt daher auf der Hand, daß Schmitts Geringschätzung von »irgendwelchen Idealen, Programmen oder Normativitäten«⁸¹, von »Idealen und Rechtsnormen« und von »irgendwelchen Abstraktionen oder Normen«⁸², sowie seine Vorbehalte gegenüber der »Souveränität des Rechts«⁸³ und gegenüber »abstrakten Ordnungen und Normenreihen«⁸⁴ zugunsten der »seinsmäßigen Wirklichkeit«⁸⁵ keine geeignete Grundlage für juristisches, d. h. normatives, über den konkreten Fall gerade hinausweisendes, abstraktes Denken sind⁸⁶.

Ferner sind Schmitts Ausführungen zu dem Begriff des »Politischen« auch wegen ihrer starken Zeitgebundenheit schwerlich auf die Rechtslage unter dem Grundgesetz und die heutige Völkerrechtsordnung übertragbar⁸⁷. Zeitgenössische Autoren definieren den Begriff »politisch«

⁷⁹ Vgl. K. Engisch, Studien zur Gesetzesanwendung (1960), 15 und 82ff.; ders., Die Idee der Konkretisierung (1953); K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1975), 189ff., 262ff., 298ff., 350ff.; M. Kriete, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation (1967), 60ff.; F. Müller, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation (1966), 184ff.; H.-E. Henke, Rechtsfrage oder Tatfrage – eine Frage ohne Antwort?, Zeitschrift für Zivilprozeß, 81 (1968), 196–251 und 321–379.

⁸⁰ Jellinek's Ausführungen über die sog. normative Kraft des Faktischen werden insoweit oft mißverstanden. Fakten werden nach Jellinek nur vermittels des menschlichen Willens der Anerkennung, der Überzeugung zu Normen erhoben. Jellinek hält klar an der Unterscheidung realer Vorgänge einerseits und Normen andererseits fest. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre (3. Aufl. 1922), 337ff., 355: »Aus dem Dargelegten ergibt sich aber auch die Erkenntnis, daß zwischen den realen Vorgängen des staatlichen Lebens und den staatsrechtlichen Normen ein Unterschied obwaltet. Alles Recht ist Beurteilungsnorm und daher niemals mit den von ihm zu beurteilenden Verhältnissen zusammenfallend«.

⁸¹ Schmitt (Anm.38), 49, siehe auch 28f.

⁸² *Ibid.*, 50f.

⁸³ Vgl. Schmitt (Anm.38), 66.

⁸⁴ *Ibid.*, 72.

⁸⁵ Schmitt (Anm.38), 28f.

⁸⁶ Ebenso H. Wehrhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15 (1957), 35–65, 42f.; H. Hofmann, Recht – Politik – Verfassung, Studien zur Geschichte der politischen Philosophie (1986), 228ff., 237 mit Nachweisen. Vgl. ferner Heller (Anm. 59), 30ff., 33f.

⁸⁷ Hepp stellt zu Recht die Fragen: »Was soll der zeitgenössische Publizist noch mit dem Argument anfangen, daß die Gleichheit vor dem Gesetz »naturgemäß nicht für Fremde« gelten könne, weil sonst »die Möglichkeit der Unterscheidung von Freund und Feind« entfiele?« und »Was leistet Schmitts Begriff des Politischen für die Theorie und Praxis unseres Verfassungsrechts? Ist er heute überhaupt noch von Bedeutung?«. R. Hepp,

zum Teil gerade umgekehrt wie Carl Schmitt, als bezogen auf die Schaffung von Ausgleich und Frieden⁸⁸. Eine derartige Definition des »Politischen« kommt dem herkömmlichen Wortsinn und Verständnis von Politik als Staatskunst⁸⁹ immerhin näher als Carl Schmitts historisch erklärbares, aber doch sehr einseitiges⁹⁰ Abstellen auf und das Betonen der Freund-Feind-Kategorie sowie von Kampf und Krieg.

4. Die Versuche von *Smend* und *Leibholz*

Im Vorangegangenen wurde Carl Schmitts Definition des »Politischen« als Beispiel für die vor allem in den 20er Jahren üblichen Versuche, das Wesen des Politischen allgemeingültig zu definieren, untersucht. Ähnlich haben sich *Smend* und *Leibholz* unter dem Einfluß der phänomenologischen Philosophie Edmund Husserls bemüht, das Wesen des Politischen zu erschauen.

a) *Rudolf Smend*

Nach *Smend* haben »Staats- und Staatsrechtslehre ... es zu tun mit dem Staat als einem Teil der geistigen Wirklichkeit. Geistige Kollektivgebilde sind als Teile der Wirklichkeit nicht statisch daseiende Substanzen, sondern die Sinneinheit reellen geistigen Lebens, geistiger Akte«⁹¹. Der

Aussprache zu dem Referat von E.-W. Böckenförde, in: Quaritsch (Hrsg.) (Anm.47), 313. Siehe auch *Hofmann, ibid.*, 228ff.

⁸⁸ Vgl. D. Sternberger, *Der Begriff des Politischen, Der Friede als der Grund und das Merkmal und die Norm des Politischen* (1961), 18: »Der Gegenstand und das Ziel der Politik ist der Friede. Das Politische müssen und wollen wir zu begreifen versuchen als den Bereich der Bestrebungen, Frieden herzustellen, Frieden zu bewahren, zu gewährleisten, zu schützen und freilich auch zu verteidigen. Oder, anders ausgedrückt: Der Friede ist die politische Kategorie schlechthin. Oder, noch einmal anders ausgedrückt: Der Friede ist der Grund und das Merkmal und die Norm des Politischen, dies alles zugleich«. Ähnlich Böckenförde (Anm.52), 285f., vermeintlich Schmitt interpretierend: »vernünftige Politik« als Relativierung von Konflikten und Stabilisierung der Ordnung. Siehe schon zu Schmitts Zeiten Heller (Anm.38), 207: »... besteht doch der größte Teil aller Politik in dem Bemühen, den existentiellen Freund-Feind-Konflikt zu vermeiden«. *Smend* (Anm.77), 64: Politik als Integration.

⁸⁹ Zum herkömmlichen Verständnis von Politik als Staatskunst und Staatswissenschaft Schollenberger (Anm.38), 5: »Dem Werte nach heißt Politik die Kunst mit Bezug auf den Staat ...«; F. v. Holtzendorff, *Die Principien der Politik* (1869), 3; Bluntschli (Art.38), 1ff.; F. Stier-Somlo, *Grund- und Zukunftsfragen deutsche Politik* (1917), 12.

⁹⁰ Scheuner (Anm.37), 258, weist ebenfalls auf Carl Schmitts Einseitigkeit hin.

⁹¹ *Smend* (Anm.77), 18.

»Kernvorgang des staatlichen Lebens ..., seine Kernsubstanz« ist »Integration«⁹². Dann führt Smend aus, »daß das politische Leben die Einheit der inneren und äußeren Politik ist, und daß diese Einheit darin beruht, daß beide Richtungen Selbstgestaltung der staatlichen Individualität, d. h. Integration sind«⁹³. Politik ist also Integration⁹⁴. Damit kommt Smend aufgrund phänomenologischer Wesenserkenntnis des Politischen zum gerade entgegengesetzten Ergebnis wie Carl Schmitt. Denn Integration ist das Gegenteil der Betonung von Gegensätzen zwischen Freund und Feind⁹⁵. Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß Smend seine Bestimmung des Politischen durchaus im positiven Recht, »da, wo der Begriff des Politischen vom Gesetz verwendet wird« einsetzen will⁹⁶.

b) *Gerhard Leibholz*

Trotz solcher schon in den 20er Jahren erkennbaren Widersprüche der

⁹² *Ibid.*

⁹³ Smend (Anm.77), 64.

⁹⁴ Ebenso zu Smend siehe Wohlgemuth (Anm.53), 38. – Im Sinne einer Bestimmung von Politik als Integration schon A. Schaeffle, Über den wissenschaftlichen Begriff der Politik, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1897, 579–600, 588f. und 593.

⁹⁵ Smend (Anm.77), 68, weist allgemein auf seinen Gegensatz zum Schmittschen Denken hin. Beide Autoren sehen aber Berührungspunkte ihres Denkens und zitieren sich gegenseitig im Zusammenhang mit dem Thema: Akklamation statt freie, geheime Wahlen (Fascistisches Gesetz über die politische Repräsentation vom 17. Mai 1928): Smend, *ibid.* Anm. 2, und Schmitt (Anm.64), 109. Die Smendsche Integration kann anscheinend auch von oben und unfreiwillig erfolgen.

⁹⁶ Vgl. Smend (Anm.38), in: Festgabe, 18f. = Abhandlungen, 81f.: »Die hier nur angedeutete Gewinnung eines inhaltlich bestimmten Begriffs des Politischen würde in drei Richtungen fruchtbar werden: für das positive Recht, für die Staatsrechtstheorie im ganzen, für die allgemeine Staatslehre. Für das positive Recht durch Vertiefung der Rechtsanwendung da, wo der Begriff des Politischen vom Gesetz verwendet ist. Die Rechtsprechung erfüllt hier ihre Aufgabe nicht, wenn sie der Bestimmung des Begriffs durch den Rückzug auf formale Kriterien oder Beziehungen oder auf empirische Inhaltsaufzählungen ausweicht und auf diesem Wege dann notwendig dahin gerät, z.B. jede verwaltungstechnische Angelegenheit für eine politische zu erklären. Daß das deutsche Volk, das einer Belehrung über das Wesen des Politischen sicherlich bedarf, durch die in der Frage des politischen Vereins führende höchstrichterliche Entscheidung dahin aufgeklärt wird, daß die Einführung der Feuerbestattung eine politische Angelegenheit, ein Feuerbestattungsverein daher ein politischer Verein sei, ist eines freien Landes nicht würdig«. Dazu Wohlgemuth (Anm.53), 10: »Smend verkennt ferner, daß die höchstrichterlichen Gremien weder einen Soziologenkongress oder eine philosophische Spruchinstanz darstellen, noch als Aufklärungsvereine für »das deutsche Volk, das einer Belehrung über das Wesen des Politischen sicherlich bedarf« zu fungieren haben...«.

Auffassungen über den Begriff des »Politischen« betont Gerhard Leibholz, daß es sich bei »Wesensbegriffen« wie dem Politischen »im Gegensatz zu den reinen Zweckbegriffen um überzeitliche, eindeutige und ihrer Substanz nicht veränderliche geistige Gebilde (handelt), die mit Hilfe von Zweckmäßigkeitserwägungen in ihrer Ganzheit überhaupt nicht erfaßt zu werden vermögen«⁹⁷. Leibholz rühmt an Smend und Schmitt, die »Staatsrechtslehre aus ihrer bisherigen rein normativen Umklammerung befreit und sie wiederum politisch existentiell ... fundiert zu haben. Wesensbegriffe wie zum Beispiel der Begriff des Politischen ... sind seinsmäßig gebundene Begriffe und können als solche nicht im leeren Raum, sondern nur an Hand empirischer Erkenntnisgegenstände – nicht auf normativer, sondern allein politisch soziologischer Grundlage – gewonnen werden«⁹⁸. »So wie die Phänomenologie erst den Einzelwissenschaften die grundsätzliche Möglichkeit ihrer Gegenstandserfassung leiht und methodisch die Gewinnung ihrer Erkenntnisse zu erklären vermag, ist auch die Staatsrechtslehre, soweit sie auf evidenten Schauungen sozialer Wesenseinheiten beruht, die infolge ihrer irrationalen Geistgebundenheit nicht weiter auflösbar sind, von der phänomenologischen Geisteshaltung abhängig und muß die phänomenologische Methode bei der Begriffsbildung ergänzungsweise zu der teleologischen hinzutreten«⁹⁹. Leibholz will bei der Begriffsbildung in der Staatslehre jeweils »das Wesen einer im Sein verwurzelten empirischen Gestalt, das Objekt, durch

⁹⁷ Leibholz, Begriffsbildung (Anm.77), 182. Siehe ferner ders., Repräsentation (Anm.77), 13ff. Leibholz weist zutreffend auf »die geistige Krise« hin, »in der sich die wichtigsten Werte der Staatslehre und Politik in der Gegenwart befinden«, sowie auf die »irrationale Struktur« der »Grundpositionen, von denen aus die Problematik des politisch staatlichen Lebens betrachtet wird«. E. Kaufmann betont ebenfalls die hinter bloßen technischen, gesetzlichen »Relationsbegriffen« stehenden, das Wesen der Institutionen verkörpernden »Dingbegriffe«, Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand (K. Rothenbücher/R. Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 [1928], 77–82, 78ff.). Siehe auch ders., Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art.109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), 2–24, 20: für die »richterliche Rechtsfindung« und zu den »Krücken der Gesetzgebung«. »Alle diese bekannten Tatsachen bezeugen, daß gesetzgeberische und richterliche Tätigkeit nicht durch den Abstand, den die Lehre von der Gewaltenteilung annimmt, getrennt sind ... Das Meiste und Beste, vielfach das eigentlich Entscheidende, entnehmen wir nicht den geschriebenen Rechtssätzen, sondern wir folgern es unmittelbar aus den für das Rechtsgebiet maßgeblichen Rechtsprinzipien, aus dem Wesen der Institute, aus den Legitimitätsvorstellungen der Zeit und der Gemeinschaft, in der wir leben ... Man sieht: der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht« (Hervorh. von der Verf.).

⁹⁸ Leibholz, Begriffsbildung (Anm.77), 183.

⁹⁹ *Ibid.*

eine auf sie gerichtete materialintuitive Schauung in synoptischer Analyse evident« machen¹⁰⁰.

Er entzieht aber seinem Postulat der phänomenologischen Begriffsbildung auf allen juristischen Gebieten¹⁰¹ im gleichen Aufsatz den Boden, indem er ausführt: »Daher kann das positive Recht von den Wesensbegriffen auch abweichen, ja sie völlig ignorieren«¹⁰².

Leibholz wendet sich demnach in für die damalige Zeit typischer Weise gegen eine »naturrechtlich-rationalistische« Methode¹⁰³, und, indem er eine phänomenologische Begriffsbildung fordert, obwohl das positive Recht anerkanntermaßen von den phänomenologischen Wesensbegriffen abweichen und sie »völlig ignorieren« kann, letztlich auch gegen das positive Recht.

5. Ergebnis zu II

Die Versuche namhafter Staatsrechtslehrer in den 20er Jahren, das Politische allgemeingültig zu definieren, sind Ausdruck einer tiefen Krise des Rechts¹⁰⁴. Carl Schmitt verwendet selbst den Begriff des »Politischen« nicht einheitlich. Beispielsweise ist kein Zusammenhang ersichtlich zwischen Schmitts Bestimmung des Politischen als Freund-Feind-Gegensatz

¹⁰⁰ Leibholz, Begriffsbildung (Anm.77), 184.

¹⁰¹ Vgl. *ibid.*, 187f.: »Die Notwendigkeit einer solchen methodisch-phänomenologischen und nicht naturrechtlich-rationalistischen Grundhaltung, die allein ein wirkliches Verständnis der zentralen Begriffe der Staatsrechtslehre ermöglicht, gilt letzten Endes über den Bereich der Publizistik hinaus auch für die anderen juristischen Disziplinen. Begriffe wie die des Vertrages, des Kaufes, der Ehe, des Eigentums, der Strafe, der öffentlichen Anstalt, des Beamten z.B. sind nicht reine Zweckbegriffe, die mit einem ganz beliebigen Inhalt gefüllt werden können, sondern institutionelle Wesens- oder Dingbegriffe, die in ihrer Struktur eindeutig sind und nur mit Hilfe der am Sein orientierten phänomenologischen Betrachtungsweise in ihrer Substanz erschlossen werden können«.

¹⁰² Leibholz, Begriffsbildung (Anm.77), 186.

¹⁰³ *Ibid.*, 187.

¹⁰⁴ Ebenso Leibholz, Repräsentation (Anm.77), 13. Siehe auch Wohlgemuth (Anm.53), Einleitung, VII, und 204: »... nichts anderes als eine Zeiterscheinung der geistigen Krise ... Die rücksichtslosesten Folgerungen eines normfreien Irrationalismus verdeutlicht am sichtbarsten Oswald Spengler und die Auswirkungen dieses organologischen Pessimismus veranschaulicht hier Carl Schmitts »Begriff des Politischen«. Die geistige Krise der Nachkriegszeit aber findet ihr getreues Spiegelbild in der heute viel berufenen Krisis der Staatslehre, die sich vor allem in der staatswissenschaftlichen Neoromantik zu solcher Evidenz erhebt, daß man angesichts dieser fast versucht ist, auch von einer Krisis einzelner Staatslehrer zu reden«.

und seiner Definition des »politischen Gesetzes«¹⁰⁵. Die einzelnen Autoren widersprechen sich untereinander. Schmitt definiert »politisch« als Freund-Feind-Gegensatz, Rudolf Smend als Integration¹⁰⁶. Derartige Widersprüche störten aber damals nicht. Denn Recht sollte ja gerade nicht rationalistisch oder logisch sein, die Maßgeblichkeit positiver Rechtsnormen trat zurück zugunsten des »Wesens« des konkret »Seienden«. Aus diesen Gründen und wegen ihrer methodenimmanenten Widersprüchlichkeit und Uneinheitlichkeit sind die dargelegten Versuche, das Politische allgemeingültig zu definieren, für die heutige Rechtspraxis unbrauchbar¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Zum politischen Gesetzesbegriff Schmitt (Anm.46), 146: »Der politische Gesetzesbegriff ... »Politisch« bedeutet hier im Gegensatz zum Rechtsstaat einen aus der politischen Existenzform des Staates und der konkreten Gestaltungsweise der Herrschaftsorganisation sich ergebenden Begriff von Gesetz ... Gesetz im Sinne des politischen Gesetzesbegriffes ist konkreter Wille und Befehl und ein Akt der Souveränität. Gesetz in einem Staat des monarchischen Prinzips ist daher der Wille des Königs; Gesetz in einer Demokratie ist der Wille des Volkes ...«. Zum »Changieren« des Begriffs des »Politischen« in der Schrift »Der Begriff des Politischen« und in der Verfassungslehre siehe auch Isensee (Anm.55), 301f. Gegen das »Changieren« verwehrt sich hingegen Böckenförde (Anm.55), 302f. Siehe ferner oben Anm.55 zum Changieren des Feindbegriffes – einmal der Artfremde (1932), später (1963) »die eigene Frage als Gestalt« (?) und die dort (Anm.55) wiedergegebenen Bemerkungen Isensees.

¹⁰⁶ Zu Widersprüchen innerhalb des Werkes von C. Schmitt siehe Anm.105, 55 und 64. Interessant auch die Beurteilung des Einparteiensystems und staatlicher Vorschlagslisten als »politisch und infolgedessen auch demokratisch« – bedeutet »politisch« also hier »demokratisch«? – vgl. Schmitt (Anm.64), 109f. Als Beispiel für Rudolf Smend's Widersprüchlichkeit vgl. Smend (Anm.38), in: Festgabe, 22f. = Abhandlungen, 85f.: »... ist der Parlamentarismus eine Staatsform für sich ... Vom Parlamentarismus unterscheiden sich alle übrigen Staatsformen dadurch, daß der maßgebliche Integrationsfaktor in ihnen wesentlich statischer Art ist«. Damit stimmt zwar noch überein ders. (Anm.77), 37 (zu Frankreich): »... das Parlament lebt, weil es noch immer die angemessene politische Integrationsform einer ... romanischen Bourgeoisie ist«. Siehe nun aber ders., *ibid.*, 112: »... liberale Staatsform, d.h. Parlamentarismus, ist keine Staatsform, weil auf funktionelle Integration allein kein Staat gegründet werden kann ... Damit ist der Weg zur Wesenserfassung des Politischen ... eröffnet«. Zu Gerhard Leibholz, Begriffsbildung (Anm.77), 186: »Daher kann das positive Recht von den Wesensbegriffen auch abweichen, ja sie sogar völlig ignorieren« einerseits und andererseits *ibid.*, 187f.: »Begriffe wie die des Vertrages, des Kaufes, der Ehe, des Eigentums, der Strafe, der öffentlichen Anstalt, des Beamten z.B. sind nicht reine Zweckbegriffe, die mit einem ganz beliebigen Inhalt gefüllt werden können, sondern institutionelle Wesens- oder Dingbegriffe, die in ihrer Struktur eindeutig sind und nur mit Hilfe der am Sein orientierten phänomenologischen Betrachtungsweise in ihrer Substanz erschlossen werden können«. Dazu Wohlgenuth (Anm.53), 30f.: Leibholz springe in »einem echt neoromantischen Salto mortale ... über den Schatten seiner eigenen richtigen Erkenntnis« mit weiteren Beispielen.

¹⁰⁷ Um so interessanter ist gerade Schmitt's Begriff des »Politischen« und der große Wiederhall, den die Schrift immer noch rechts und links hervorruft, unter geistesgeschichtli-

Im folgenden soll umgekehrt, von den einzelnen Normen im Grundgesetz und im Völkerrecht ausgehend, untersucht werden, was »politisch« jeweils bedeutet. Vielleicht läßt sich auf dieser Grundlage dann, zumindest für einzelne Kategorien von Normen, ein gemeinsamer Nenner dafür finden, was politisch bedeutet bzw. bedeuten soll.

III. Kategorien für den Terminus »politisch«

1. Integration der Opposition

Gemäß Art.3 Abs.3 GG darf niemand wegen seiner politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden, nach dem *Brokdorf*-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts genießen politische Versammlungen einen besonderen Schutz¹⁰⁸, die sogenannte politische Redefreiheit ist nach amerikanischem Verfassungsrecht höchstrangig¹⁰⁹. Menschenrechtskonventionen verbieten regelmäßig die Diskriminierung wegen der politischen Anschauungen¹¹⁰. Schutzgut solcher Normen sowie der deutschen und amerikanischen Rechtsprechung zur politischen Versammlungsfreiheit und zur politischen Redefreiheit sind zum einen das individuelle Freiheitsrecht, zum anderen aber – und das kommt durch das Wort politisch zum Ausdruck – die demokratische Regierungsform. Die zugrundeliegende Vorstellung ist, daß Demokratie effektive Meinungsfreiheit und Opposition zur gerade herrschenden Regierung voraussetzt. Ohne freien, möglichst in jeder Hinsicht ungehinderten Wettbewerb der Meinungen kann es keine Demokratie geben. Die Meinungsfreiheit ist »the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of

chen, (massen-)psychologischen und psychoanalytischen Gesichtspunkten. Heller (Anm.38), 205, weist darauf hin, daß man »Schmitts inhaltslosen Freund-Feind-Aktivismus ... nicht ganz mit Unrecht psychoanalytisch behandelt hat«.

¹⁰⁸ BVerfGE 69, 315, 343ff. Siehe auch Hoffmann (Anm.1), 398: »Besonders schwer wiegt der Wert von Versammlungen, deren Zweck im Bereich des Politischen liegt«.

¹⁰⁹ Nachweise oben Anm.2.

¹¹⁰ Art.2 Abs.1, 26 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; Art.2 Abs.2 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Art.14 EMRK; Art.1 Abs.1 AMRK; Art.3 Zusatzprotokoll über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1988 zur AMRK; Art.2 Afrikanische Charta über die Rechte der Menschen und Völker; Grundsatz III A 4 der Amtlichen Verlautbarung über die Konferenz von Potsdam.

freedom“¹¹¹. Der von Carl Schmitt bekämpfte, liberale, demokratische Rechtsstaat¹¹² begrüßt, schützt und setzt also gerade Opposition voraus.

¹¹¹ So der Supreme Court Richter Cardozo im Fall *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 = 58 S.Ct. 149 (1937). Das Bundesverfassungsgericht zitiert Cardozo wörtlich im *Lüth*-Urteil, BVerfGE 7, 198, 208.

¹¹² Gegen den Liberalismus vgl. z.B. Schmitt (Anm.38), 68ff. S.68: »Durch den Liberalismus des letzten Jahrhunderts sind alle politischen Vorstellungen in einer eigenartigen und systematischen Weise verändert und denaturiert worden ...« (wird ausgeführt). S.71: »Alle diese Auflösungen zielen mit großer Sicherheit darauf hin, Staat und Politik teils einer individualistischen und daher privatrechtlichen Moral, teils ökonomischen Kategorien zu unterwerfen und ihres politischen Sinnes zu berauben ...« (es folgen Ausführungen gegen das Privateigentum, gegen Konkurrenz und Ethik). Siehe auch d.ers. (Anm.64), 109: »Der konsequente Liberalismus hat seine Heimat teils im Ökonomischen, teils im Ethischen und ist im übrigen ein kunstvolles System von Methoden zur Schwächung des Staates. Er löst vom Ethischen und Ökonomischen her alles spezifisch Politische und spezifisch Staatliche auf. Demokratie dagegen ist ein Begriff, der ebenso spezifisch in die Sphäre des Politischen gehört«. Schmitt betrachtet allerdings eigenwillig Liberalismus und Demokratie als Gegensätze und befürwortet den in seinem Sinne demokratischen, aber nicht liberalistischen Einparteiensstaat, *ibid.*, 109f.: »Jene Gleichsetzung von Demokratie und geheimer Einzelwahl aber ist Liberalismus des 19. Jahrhunderts und nicht Demokratie. Auch das neue fascistische Gesetz über die politische Repräsentation vom 17. Mai 1928, das den Stimmberechtigten nur die Möglichkeit gibt, zu einer von der Regierung vorgelegten Kandidatenliste Ja oder Nein zu sagen, ist nur im Sinne jener liberalen Privatisierung undemokratisch. Es führt in Wahrheit zum Plebiszit, wie auch Beckerath (Schmollers Jahrbuch, Band 52, S. 213; ebenso Leibholz S. 27) richtig erkennt. Ein Plebiszit ist aber nichts Undemokratisches. Darüber kommt auch die radikalste und unmittelbarste Demokratie nicht hinweg, daß das Volk nur akklamieren oder nur Ja oder Nein sagen kann; und angesichts der unentrinnbaren Abhängigkeit von Fragestellung und Vorschlagslisten ist es eben politisch und infolgedessen auch demokratisch gedacht, Fragestellung und Vorschlagslisten von der Regierung ausgehen zu lassen und nicht anonymen Kliquen und Interessentengruppen anheimzugeben, die sie in tiefstem Geheimnis fabrizieren und aus einem undurchsichtigen und unverantwortlichen Dunkel heraus einer teils parteimäßig organisierten, teils hilflos schwankenden Masse von geheim abstimmenden Einzelnen unterbreiten. Wie die Dinge heute liegen, ist in keinem Land der Kampf um den Staat und das Politische ein Kampf gegen eine echte Demokratie, aber ebenso notwendig ist er ein Kampf gegen die Methoden, mit denen das liberale Bürgertum des 19. Jahrhunderts den damaligen, heute längst erledigten monarchischen Staat geschwächt und gestürzt hat«. Gegen den Rechtsstaat Schmitts ständige Vermischung von Sein und Sollen vgl. oben Anm.65 mit Nachweisen und Schmitt (Anm.38), 66f.: »Klarer als alle Anderen hat Hobbes diese einfachen Konsequenzen politischen Denkens mit großer Unbeirrtheit gezogen und immer wieder betont, daß die Souveränität des Rechts nur die Souveränität der Menschen bedeutet, welche die Rechtsnormen setzen und handhaben, daß die Herrschaft einer ›höheren Ordnung‹ eine leere Phrase ist, wenn sie nicht den politischen Sinn hat, daß bestimmte Menschen auf Grund dieser höheren Ordnung über Menschen einer ›niederen Ordnung‹ herrschen wollen. Das politische Denken ist hier in der Selbständigkeit und Geschlossenheit seiner Sphäre schlechthin unwiderleglich, denn es sind immer konkrete Menschengruppen, die im Namen des ›Rechts‹ oder der ›Menschheit‹ oder der ›Ordnung‹ oder des ›Friedens‹ gegen konkrete andere Menschengruppen kämpfen, und der Betrachter politi-

Das ist das Gegenteil von Schmitts Freund-Feind-Theorie, die letztlich auf die physische Vernichtung des anderen abzielt¹¹³.

Ferner nimmt auch der Begriff des »politischen Beamten« Bezug auf eine oppositionelle Haltung zur gerade bestehenden Regierung¹¹⁴. Aber hier darf gerade ausnahmsweise und in engen Grenzen – das heißt bei nicht zu großer Ausweitung des Personenkreises – die politische Einstellung des Betroffenen berücksichtigt werden. Die Abberufung aus dem Beamtenverhältnis darf dabei nicht willkürlich, sondern nur nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgen¹¹⁵. In diesen Grenzen dient die Einrichtung politischer Beamter dem legitimen Interesse an einer gewissen Homogenität der Regierung, aber nicht etwa der Eliminierung von Feinden im Sinne von Carl Schmitt.

Politisch bezieht sich also in einer Reihe von Normen, insbesondere in menschenrechtlichen Diskriminierungsverboten und im Rahmen des Schutzes der Meinungsfreiheit auf eine oppositionelle Haltung zur jeweiligen Regierung. Opposition ist in diesen Normen aber gerade nicht als

scher Phänomene kann, wenn er konsequent bei seinem politischen Denken bleibt, auch in dem Vorwurf der Immoralität und des Zynismus immer wieder nur ein politisches Mittel konkret kämpfender Menschen erkennen« sowie *ibid.*, 72: »Da, wie gesagt, in der konkreten Wirklichkeit des politischen Seins keine abstrakten Ordnungen und Normenreihen regieren, sondern immer nur konkrete Menschen oder Verbände über andere konkrete Menschen und Verbände herrschen, so hat natürlich auch hier, politisch gesehen, die ›Herrschaft‹ der Moral, des Rechts, der Wirtschaft und der ›Norm‹ immer nur einen konkreten politischen Sinn«. Ders. (Anm.55), 46: »Wir suchen eine Bindung, die zuverlässiger, lebendiger und tiefer ist als die trügerische Bindung an die verdrehbaren Buchstaben von tausend Gesetzesparagrafen. Wo anders könnte sie liegen als in uns selbst und unserer eigenen Art? Auch hier, angesichts des untrennbaren Zusammenhanges von Gesetzesbindung, Beamtentum und richterlicher Unabhängigkeit, münden alle Fragen und Antworten in dem Erfordernis einer Artgleichheit, ohne die ein totaler Führerstaat nicht einen Tag bestehen kann«. Und ferner ders. (Anm.64), 110: »Es ist sehr auffällig, daß zwei Staaten wie das bolschewistische Rußland und das fascistische Italien die einzigen sind, die den Versuch gemacht haben, mit dem überlieferten Verfassungsklischee des 19. Jahrhunderts zu brechen« (Hervorh. von der Verf.).

¹¹³ Vgl. Schmitt (Anm.38), 33: »Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren wahren Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten«. Zur dem Freund-Feind-Gegensatz gerade widersprechenden, friedensstiftenden Funktion der politischen Meinungsfreiheit siehe J.A. Frowein, Reform durch Meinungsfreiheit, AöR 105 (1980), 169–188. Aus dem amerikanischen Schrifttum B. Duval, Free Communication of Ideas and the Quest for Truth: Toward a Teleological Approach to First Amendment Adjudication, George Washington Law Review, 41 (1972), 161–259, 190–194; T. Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment, Yale Law Journal, 72 (1963), 877–966, 884 ff.

¹¹⁴ Vgl. § 31 BRRG.

¹¹⁵ Vgl. G.P. Strunk, Beamtenrecht (1986), 24 ff. mit Nachweisen.

Feindschaft, sondern als Voraussetzung für die bestehende Ordnung zu verstehen. Die Verfassungsfeindschaft im Sinne des Grundgesetzes ist hingegen geregelt in Art.9 Abs.2 – »Vereinigungen, deren Zwecke oder Tätigkeiten ... sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung ... richten, sind verboten«; Art.18 – Verwirkung von Grundrechten bei Kampf gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung und in Art.21 Abs.2 GG, wonach das Bundesverfassungsgericht Parteien für verfassungswidrig erklären kann¹¹⁶. In diesen eine Verfassungsfeindschaft betreffenden Normen verwendet das Grundgesetz das Wort politisch aber nicht.

2. Humanitärer Schutz

Gemäß Art.16 Abs.2 Satz 2 GG genießen politisch Verfolgte Asylrecht. In Auslieferungsverträgen wird regelmäßig eine Ausnahme von der Auslieferungsverpflichtung zugunsten politischer Straftäter statuiert¹¹⁷. Nach Art.4 Abs.4 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention wird bei politischen Straftaten die Todesstrafe nicht verhängt. Bei der Auslegung des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG wird auf Carl Schmitts Freund-Feind-Kriterium zurückgegriffen. Art.16 Abs.2 Satz 2 GG schütze denjenigen, der von dem fremden Staat als politischer Feind verfolgt werde¹¹⁸. Schmitts Definition des Feindes als dem anderen im Sinne des andersartigen oder artfremden¹¹⁹ ist allerdings weit genug, um mit der Rechtspre-

¹¹⁶ Zur schwierigen Abgrenzung zwischen durch Art.3 Abs.3 GG geschützter Opposition und dem unter Art.9 Abs.2, 18 und 21 Abs.2 GG fallenden Kampf gegen die Verfassung G. Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (1973), Art.3 Abs.3 Rdnr.116 ff.

¹¹⁷ Vgl. Stein (Anm.12); ders., Extradition, in: EPIL Inst.8 (1985), 222–229, 226 f. mit Nachweisen; P. Felchlin, Das politische Delikt (1979).

¹¹⁸ Vgl. Doehring (Anm.49), 38 ff. Doehring legt aber wohl das Hauptgewicht auf den rechtsstaatswidrigen Charakter politischer Verfolgung im Sinne des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG, *ibid.*, 41 f.; Hamb. OVG, Urteil vom 11.4.1983 – OVG Bf.V 30/82, InfAusLR 5 (1983), 187–203, 199; Neumann (Anm.49), 628–634; ferner Baumüller (Anm.49), Vorbemerkungen 83 f. zu § 1. Nach Gusy (Anm.49), 109 ff., 111 »erfüllt auch dieser Begriff des Politischen [als Ausdruck eines Freund-Feind-Verhältnisses] nicht die Anforderungen des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG«. Es geht aber gar nicht darum, ob Schmitts Freund-Feind-Theorie »die Anforderungen des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG« erfüllt. Vielmehr ist gerade fraglich, was die Anforderungen politischer Verfolgung im Sinne des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG sind und ob Schmitts Definition des »Politischen« bei der Auslegung des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG hilfreich ist. Das verneint wohl Gusy mit seiner nicht ganz gelungenen Formulierung zu Recht.

¹¹⁹ Vgl. Schmitt (Anm.38), 27: »Der politische Feind ... ist eben der andere, der Fremde, und es genügt zu seinem Wesen, daß er in einem besonders intensiven Sinne existenziell etwas anderes und Fremdes ist ...« und dazu oben S.615 mit Anm.54 und 55.

chung auch Verfolgung wegen beispielsweise Homosexualität als »politisch« zu qualifizieren¹²⁰.

Eine allgemein anerkannte Definition des politischen Delikts im Hinblick auf die Auslieferungsausnahme in völkerrechtlichen Verträgen und unter Umständen auch nach Völkergewohnheitsrecht existiert nicht¹²¹. Aber Auslieferungsverträge verlieren ihren verpflichtenden Charakter, wenn der um Auslieferung ersuchte Staat frei bestimmen kann, wann ein politisches Delikt vorliegt und somit wann die Auslieferungspflicht besteht oder nicht¹²². Eine Definition des Terminus »politisch« ist also auch hier, trotz ihrer allenthalben beschworenen Unmöglichkeit¹²³, unentbehrlich¹²⁴.

Ursprünglich spiegelte die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten die Anerkennung eines Rechts auf Widerstand gegen tyrannische Herrschaft¹²⁵. Heute besteht die Gefahr, daß vermeintlich politisch handelnde Straftäter ihrer durchaus im internationalen Interesse liegenden Bestrafung entzogen werden¹²⁶. § 3 des Deutschen Auslieferungsgesetzes definierte politische Taten zum Beispiel als (Abs.2)

¹²⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.10.1989 – BVerwG 9 C 25 – 89, Buchholz 402.25 § 1 AsylVfG Nr.117; BVerwGE 79, 143.

¹²¹ Vgl. Stein (Anm.12), 62ff.; ders. (Anm.117), 226f.; Felchlin (Anm.117), 89ff.; C. Van den Wijngaert, *The Political Offence Exception to Extradition* (1980), 95ff.; V. Olbrich, *Die Auslieferungsausnahme bei politischer Verfolgung* (1988), 5.

¹²² Vgl. zu den Parallelen bei der Definition des Gewissens (Art.4 Abs.3 GG), der Kunst (Art.5 Abs.3 GG) und sog. politischer Streitigkeiten oben S.608/609 mit Anm.34 und 35.

¹²³ Vgl. Stein (Anm.12), 62f.: Die Definition der politischen Straftat bezeichne das wohl schwierigste Problem der Auslieferungsausnahme. »Gewöhnlich findet sich hier die Feststellung, alle Versuche einer Definition des politischen Delikts seien gescheitert, das politische Delikt sei »undefinierbar«, mit zahlreichen Nachweisen in der dortigen Anm.62. Zur Undefinierbarkeit auch Felchlin (Anm.117), 90: »Unmöglichkeit, den Begriff des politischen Delikts juristisch zu strukturieren«, und Van den Wijngaert (Anm.121), 96: "Thus the term 'political offence' is probably undefinable. To conclude with Sir H. Lauterpacht: 'Up to the present day all attempts to formulate a satisfactory conception of the term have failed, and the reason of the thing will, probably forever exclude the possibility of finding a satisfactory definition'", mit zahlreichen Nachweisen in der dortigen Anm.511.

¹²⁴ Im Ergebnis ebenso Stein (Anm.12), 72–78.

¹²⁵ Vgl. H. Kasche, *Weshalb wird die Auslieferung politischer Verbrecher verweigert?*, *Deutsche Richterzeitung*, 51 (1973), 279f.: politische Verbrechen als Notwehr gegen Tyrannei.

¹²⁶ Vgl. Stein (Anm.12), 52ff.; V. Epps, *The Validity of the Political Offender Exception in Extradition Treaties in Anglo-American Jurisprudence*, *Harvard International Law Journal*, 20 (1979), 61 ff., 65: "The political offender exception, having started out as a recognition of the citizen's right to revolt against tyrannical government, gradually begins to present means for the revolutionary to escape punishment regardless of perceived justification for such action". Van den Wijngaert (Anm.121), 18ff.

»... die strafbaren Angriffe, die sich unmittelbar gegen den Bestand oder die Sicherheit des Staates als solchen, gegen eine verfassungsmässige Körperschaft, gegen die staatsbürgerlichen Rechte bei Wahlen oder Abstimmungen oder gegen die guten Beziehungen zum Ausland richten«.

(Abs.3): »Die Auslieferung ist zulässig, wenn sich die Tat als ein vorsätzliches Verbrechen gegen das Leben darstellt, es sei denn, daß sie im offenen Kampfe begangen ist«¹²⁷.

Aus heutiger Perspektive ist nicht ohne weiteres ersichtlich, warum strafbare Angriffe, die sich gegen die verfassungsmässigen Organe insbesondere von Rechtsstaaten, oder »die staatsbürgerlichen Rechte bei Wahlen oder Abstimmungen« u.ä. richten, privilegiert sein sollen. Mit dem Ursprung der Auslieferungsausnahme als Anerkennung des »uneigennütigen und heldenhaften Rebellen«¹²⁸, der sich gegen Tyrannei wehrt, haben derartige Delikte, zumal wenn in Rechtsstaaten und gegen deren Organe begangen, jedenfalls eher selten etwas zu tun¹²⁹. Auch der Gedanke der Nichteinmischung in die Probleme anderer Staaten überzeugt nicht völlig. Denn indem der ersuchte Staat ein bestimmtes Delikt als politisch einstuft und nicht ausliefert, stellt er sich ja in gewisser Weise doch auf die Seite desjenigen, der die bestehende Ordnung in dem anderen Staat bekämpft¹³⁰.

Zu befriedigenden Ergebnissen gelangt man hingegen, wenn man mit Torsten Stein und Karl Doehring auf den humanitären Zweck der Auslieferungsausnahme bei politischen Straftaten sowie des Asylgrundrechts abstellt. Diese Normen sollen Schutz vor Strafverfahren und Ver-

¹²⁷ Das seit 1930 geltende Deutsche Auslieferungsgesetz wurde abgelöst durch das am 1.7.1983 in Kraft getretene Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), das keine Definition der politischen Straftat mehr enthält. § 6 IRG vom 23.12.1982, Bundesgesetzblatt 1982 I, 2071.

¹²⁸ Stein (Anm.12), 52f.

¹²⁹ Stein (Anm.117), 227, weist auf wachsende Zweifel darüber hin, ob die Auslieferungsausnahme in ihrer traditionellen Form noch ein angemessenes Konzept darstellt bzw. ob sie je ein solches war.

¹³⁰ Ebenso Stein (Anm.12), 56ff., 57: Die Subsumtion einer Straftat unter den Begriff des politischen Delikts sei in vielen Fällen von einer Bewertung der politischen Zustände und der Ordnung im ersuchten Staat abhängig gewesen und habe zuweilen auch einen mehr oder minder deutlichen »Vorwurf« enthalten. »Aus der Sicht des ersuchenden Staates kann somit trotz der generellen Auslieferungsausnahme jede Einzelentscheidung, einen Straftäter wegen des politischen Charakters seiner Tat nicht auszuliefern, in seine innerpolitische Situation eingreifen, weil sie sich implizit die Sache des Angreifers zu eigen macht, ihn in seinem Kampf faktisch unterstützt und sich zum Richter über die Legitimität der Tat und damit auch der angegriffenen staatlichen Ordnung aufschwingt«, *ibid.*, mit Nachweisen. Siehe auch Felchlin (Anm.117), 179f.

folungen bieten, die rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht genügen¹³¹. Die Annahme, daß insbesondere dem rechtsstaatlichen Gebot der Unparteilichkeit nicht genügt wird, liegt nahe, wenn der Staat sich durch eine »politische« Straftat in besonderem Maße getroffen und in Frage gestellt sieht¹³². Es ist aber denkbar, daß in Rechtsstaaten auch Delikte, die den Staat als solchen treffen sollen, nach fairen, unparteilichen Maßstäben verfolgt werden¹³³. Man kommt also bei einer solchen Auslegung von Auslieferungsausnahmen bei politischen Delikten nicht notwendigerweise zur Privilegierung all jener, die Straftaten gegen den Staat begangen haben. Dieser Rückgriff auf die *ratio legis* kann dann Bedeutung erlangen, wenn es um die Frage geht, ob bei einem gemischten Delikt der kriminelle Charakter oder der politische Charakter überwiegt. Regelmäßig wird nur in letzterem Fall eine gewisse Vermutung für einen *unfair trial* bestehen können.

Im Asylrecht kommt man wohl entgegen solcher Autoren, die Carl Schmitts Freund-Feind-Theorie im Rahmen des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG konsequent anwenden, dazu, daß Flüchtlingen, die in ihrem Heimatstaat die bestehende Ordnung bekämpfen, und dort zwar als Regime- oder Verfassungsfeinde, aber nach rechtsstaatlichen Grundsätzen ver-

¹³¹ Vgl. Stein (Anm.12), 58ff.; Doehring (Anm.49), 41f. Siehe auch Resolution III – New Problems of Extradition, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Session de Cambridge, Bd.60-II (1984), 304ff., 307f.; Van den Wijngaert (Anm.121), 202ff.; D. Franke, Politisches Delikt und Asylrecht (1979), 61ff.; B. Huber, Legitimation der Folter in der Rechtsprechung zum Asylrecht, *Kritische Justiz*, 16 (1983), 164–170, 168.

¹³² Der Gedanke des Schutzes vor einer parteilichen Aburteilung durch die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten liegt auch Art.8 Abs.1 und 2 der Europäischen Konvention gegen den Terrorismus zugrunde, die lauten: "1. Contracting States shall afford one another the widest measure of mutual assistance in criminal matters in connection with proceedings brought in respect of the offences mentioned in Article 1 or 2. The law of the requested State concerning mutual assistance in criminal matters shall apply in all cases. Nevertheless this assistance may not be refused on the sole ground that it concerns a political offence or an offence connected with a political offence or an offence inspired by political motives. 2. Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to afford mutual assistance if the requested State has substantial grounds for believing that the request for mutual assistance in respect of an offence mentioned in Article 1 or 2 has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion or that that person's position may be prejudiced for any of these reasons". Siehe auch Olbrich (Anm.121), 16.

¹³³ Vgl. auch Van den Wijngaert (Anm.121), 203; Stein (Anm.12), 59f.; G. Zöbele, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Auslieferungsrecht, *Neue Juristische Wochenschrift*, 36 (1983), 1703–1707, 1703; Olbrich (Anm.121), 18.

folgt werden, kein Asyl im Sinne des Art.16 Abs.2 Satz 2 GG zusteht¹³⁴.

Die Genfer Flüchtlingskonvention, an der sich auch die Rechtsprechung zu Art.16 Abs.2 Satz 2 GG orientiert hat, stellt zwar ausdrücklich auf begründete Furcht vor Verfolgung u.a. wegen der politischen Überzeugung ab¹³⁵. Letztlich geht es aber auch hier darum, daß der Asylsuchende aufgrund seiner Auffassungen nicht mit einem rechtsstaatlichen, fairen und unparteilichen Verfahren zu rechnen hat.

Ähnliche Vorstellungen könnte man bei der Auslegung des Art.4 Abs.4 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention zugrunde legen. Danach darf die Todesstrafe keinesfalls für politische Verbrechen oder damit zusammenhängende Verbrechen verhängt werden. Politische Verbrechen wären demnach solche, bei denen – unter Umständen weil sie gegen den Staat gerichtet sind – mit einem rechtsstaatlichen Verfahren und einer rechtsstaatlichen, unparteilichen und verhältnismäßigen Aburteilung nicht gerechnet werden kann.

In der genannten Kategorie von Normen insbesondere des Auslieferungs- und Asylrechts stellt der Terminus »politisch« also eine Bezugnahme auf eine humanitäre Schutzkomponente der Vorschriften dar.

3. Demokratischer Wettbewerb um die Staatsgewalt

Gemäß Art.21 Abs.1 GG wirken die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Art.21 »konkretisiert das Demokratiegebot der Art.20I, 28I Satz 1 und das parlamentarische Regierungssystem ... und ist eine Grundnorm für das politische Leben in der Bundesrepublik überhaupt«¹³⁶. Art.21 GG ist verwandt mit Art.25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und mit Art.23 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, die das Recht der Bürger auf Teilnahme an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten, das passive und aktive Wahlrecht sowie den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern garantieren. Art.5c der Konvention über die Verhinderung rassistischer Diskriminierung definiert »politische Rechte« ausdrücklich als insbesondere

¹³⁴ Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 2.12.1986 – 9 C 105/86, NVwZ 6 (1987), 423: nicht ausreichend, daß das Regime gegen den Kläger als »politischen Feind« vorgeht; BVerwGE 67, 186, 187ff., weist ausdrücklich »Politik-Begriffe der Sozial- und Politikwissenschaften« zurück. Vgl. auch Resolution III – New Problems of Extradition, Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Cambridge, Bd.60-II (1984), 304ff., 307f.

¹³⁵ Art.1 A 2 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951.

¹³⁶ von Münch (Anm.34), Bd.2 (1983), Art.21 Rdnr.1.

das aktive und passive Wahlrecht im Rahmen allgemeiner und gleicher Wahlen, die Rechte auf Teilnahme an der Regierung und der Führung der öffentlichen Angelegenheiten auf allen Ebenen sowie auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst. All diese Normen zielen auf eine demokratische Konstituierung des Gemeinwesens und den Wettbewerb unter gleichen Bedingungen um die Staatsgewalt ab.

Das erinnert an Max Webers Definition der Politik als »Streben nach Machtanteil oder nach Beeinflussung der Machtverteilung (sei es zwischen den Staaten, sei es) innerhalb eines Staates zwischen den Menschengruppen, die er umschließt«¹³⁷. Es ist aber wichtig, dies nicht im Sinne eines Machtkampfes zwischen Freund und Feind wörtlich zu verstehen, wie es im Kontext von Webers Zeit und angesichts der Ausformung des Politikbegriffes durch Carl Schmitt naheliegt¹³⁸. Denn demokratischer Wettbewerb im Sinne der zitierten Normen ist der von Schmitt ausdrücklich abgelehnte, am Gemeinwohl orientierte¹³⁹ geistige Wettbewerb¹⁴⁰. Nach Schmitt ist die »Gleichung: politisch = parteipolitisch« dagegen nur im Bürgerkrieg möglich¹⁴¹. Art.21 Abs.1 GG und entsprechende Menschenrechte beziehen sich aber nicht im Sinne von Schmitt auf die Beseitigung des Gegners, sondern setzen – geistige – Gegensätze

¹³⁷ M. Weber, Politik als Beruf, in: ders., Gesammelte politische Schriften (1921), 396–450, 397.

¹³⁸ Siehe auch H. Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, in: Triepel/Kaufmann/Smend, Öffentlich-rechtliche Abhandlungen, Heft 10 (1928), 7–37, 13: »... die politische Partei ... als eine in fester Form vereinsmäßige Kampfgenossenschaft, die zur Erreichung politischer Ziele eine Macht über den Staat zu gewinnen strebt«.

¹³⁹ Vgl. Grewe (Anm.39), 80; W. Henke, Das Recht der politischen Parteien (1972), 33 und 40.

¹⁴⁰ Vgl. Schmitt (Anm.38), 28: »Die Begriffe Freund und Feind sind in ihrem konkreten, existenziellen Sinn zu nehmen ... Sie sind keine normativen und keine ›rein geistigen‹ Gegensätze«.

¹⁴¹ Vgl. *ibid.*, 32: »Die Gleichung: politisch = parteipolitisch ist möglich, wenn der Gedanke einer umfassenden, alle innerpolitischen Parteien und ihre Gegensätzlichkeiten relativierenden politischen Einheit (des ›Staates‹) seine Kraft verliert und infolgedessen die innerstaatlichen Gegensätze eine stärkere Intensität erhalten als der gemeinsame außenpolitische Gegensatz gegen einen anderen Staat. Wenn innerhalb eines Staates die parteipolitischen Gegensätze restlos ›die‹ politischen Gegensätze geworden sind, so ist der äußerste Grad der ›innerpolitischen‹ Reihe erreicht, d.h. die innerstaatlichen, nicht die außenpolitischen Freund- und Feindgruppierungen sind für die bewaffnete Auseinandersetzung maßgebend. Die reale Möglichkeit des Kampfes, die immer vorhanden sein muß, damit von Politik gesprochen werden kann, bezieht sich bei einem derartigen ›Primat der Innenpolitik‹ konsequenterweise nicht mehr auf den Krieg zwischen organisierten Völkereinheiten (Staaten oder Imperien), sondern auf den Bürgerkrieg«.

als Lebenselixier der Demokratie gerade voraus¹⁴². Ernst Friesenhahn hat zutreffend darauf hingewiesen, daß wir unter dem Bonner Grundgesetz »die vierte Stufe in dem Verhalten des Staates gegenüber den politischen Parteien erreicht (haben), die Heinrich Triepel in seiner Rektoratsrede von 1927 unterschied¹⁴³: dem ›Stadium der Bekämpfung‹, dem ›Stadium der Ignorierung‹ und der ›Periode der Anerkennung und Legalisierung‹ ist als letzte ›die Ära der verfassungsmässigen Inkorporation‹ gefolgt«¹⁴⁴.

Die Teilnahme an der politischen Willensbildung des Volkes steht zwar nach Verfassungsrecht und Menschenrechtsverträgen den Staatsbürgern,

¹⁴² Zum Begriff der »politischen Partei« im Sinne des Grundgesetzes W. Seuffert, Zu den Grundlagen des Begriffs der politischen Partei, in: Eschenburg/Heuss/Zinn (Hrsg.), Festgabe für Carlo Schmid (1962), 199–212, 205: »Politisch ist keineswegs, wie die nichtswürdigen Definitionen von Carl Schmitt behaupten, die Austragung der Kategorie Freund-Feind ... Ganz im Gegenteil: ... Dem griechischen Wort nach und dem immer festzustellenden Sinn nach: die Tätigkeit, in der der Bürger der Polis mit den anderen Bürgern zusammen die Polis als Gemeinsamkeit ... erst hervorbringt ... Nicht die Bekämpfung des Gegners, sondern gerade die Herstellung des Gemeinsamen, die dialektische Lösung des Gegensatzes, ist der Sinn der Politik. Politische Gegner treten sich gegenüber, weil sie ein Gemeinsames haben und wollen; wenn sie nichts Gemeinsames mehr anstreben und anerkennen, ist auch die Politik zu Ende, es findet nur noch Kampf oder Krieg statt ...«. Grewe (Anm.39), 80; Henke (Anm.139), 33f. und 40, in krassem Gegensatz zu Carl Schmitt, *ibid.*, 33: »Das politische Handeln ... besteht in der Überwindung der gegensätzlichen Interessen, d.h. der Gruppenegegensätze und der einander widerstrebenden Interessen des Einzelnen, im Sinne einer gerechten Ordnung für alle, soweit diese Überwindung zur Sicherung des Zusammenlebens aller und des Daseins jedes Einzelnen erforderlich ist. Zum Wesen der politischen Parteien ebenso wie zum Wesen eigentlich staatlichen Handelns gehört es, daß für sie das Gemeinwohl in diesem Sinne maßgebend ist«. Ablehnend gegenüber Schmitt auch H. Rapp, Das Parteienprivileg des Grundgesetzes (1970), 79 ff., 81.

¹⁴³ Triepel (Anm.138), 12.

¹⁴⁴ E. Friesenhahn, Die Stellung der politischen Parteien in der Verfassung, Hefte der Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen deutschen und italienischen Juristen e.V., Heft 4 (1969), 1–25, 2.

nicht Ausländern zu¹⁴⁵. K.-P. Dold¹⁴⁶ zitiert in diesem Zusammenhang aus Carl Schmitts Verfassungslehre, wonach solche demokratischen Staatsbürgerrechte »naturgemäß nicht für Fremde (gelten), weil sonst die politische Gemeinschaft und Einheit aufhört und die wesentliche Voraussetzung der politischen Existenz, die Möglichkeit der Unterscheidung von Freund und Feind, entfällt«¹⁴⁷. Das Grundgesetz garantiert aber den Gleichheitssatz und das Petitionsrecht, welche nach Schmitt »naturgemäß« im Sinne der Freund-Feind-Theorie nicht für Fremde gelten, ausdrücklich als Jedermann-Grundrechte und schließt im übrigen Ausländer auch nicht von jeglicher Teilnahme an der politischen Willensbildung aus¹⁴⁸. Maßgeblich für den Ausschluß von Wahlrecht ist wohl der normenspezifische Gedanke, daß Ausländer dem Staat Bundesrepublik in der Form, wie er sich aufgrund von Wahlen und aufgrund eines bestimmten Parteienspektrums konstituiert, nicht in gleicher Weise auf Gedeih und Verderb ausgeliefert sind wie deutsche Staatsangehörige¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Zu Art.21 GG siehe von Münch (Anm.34), Art.21 Rdnr.3 und 5. § 2 ParteiG definiert Parteien gemäß Art.21 Abs.3 GG als »Vereinigungen von Bürgern«. Das Grundrecht auf Vereinigung ist gemäß Art.9 GG ein Deutschenrecht. Zur Zulässigkeit und Gebotenheit der Beschränkung des Wahlrechts im Sinne des Art.38 GG auf Deutsche, von Münch, *ibid.*, Art.38 Rdnr.9. Die Beschränkung wird aus dem Zusammenhang mit Art.20 Abs.2 und 4 hergeleitet: Deutsche Staatsgewalt kann nur von Deutschen ausgeübt werden. Gemäß den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts vom 31.10.1990 – 2 BvF 2/89 und 2 BvF 6/89 sowie 2 BvF 3/89 ist auch ein Wahlrecht für Ausländer bei Gemeinde- und Kreiswahlen sowie zu den Bezirkswahlen in Hamburg verfassungswidrig, abgedruckt in EuGRZ 17 (1990), 438ff. und 445ff.

Zum Völkerrecht vgl. ausdrücklich Art.16 EMRK (Beschränkung der politischen Tätigkeit von Ausländern): »Keine der Bestimmungen der Art.10 [Recht der freien Meinungsäußerung], 11 [Verbot der Diskriminierung] darf so ausgelegt werden, daß sie den Hohen Vertragsschließenden Parteien verbietet, die politische Tätigkeit von Ausländern Beschränkungen zu unterwerfen«. Siehe auch Art.38 der Amerikanischen Erklärung über die Rechte und Pflichten des Menschen: Pflicht der Ausländer, sich gesetzlich den Staatsbürgern vorbehaltenen politischen Aktivitäten zu enthalten. Die genannten Art.25 IPbürgR und Art.23 AMRK beziehen sich ausdrücklich nur auf Staatsbürger.

¹⁴⁶ K.-P. Dold, Zur Beteiligung von Ausländern am politischen Willensbildungsprozeß, Die Öffentliche Verwaltung, 26 (1973), 370–376, 371.

¹⁴⁷ Schmitt (Anm.46), 169.

¹⁴⁸ Vgl. Dold (Anm.146), 375f.; ders., Die politischen Rechte von Ausländern in der Bundesrepublik (1972), 219f. – dort durchaus kritische Anmerkungen zu Carl Schmitts Freund-Feind-These. – Zu Völkerrecht und Rechtsvergleichung U. Wölker, Zu Freiheit und Grenzen der politischen Betätigung von Ausländern (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.95) (1987).

¹⁴⁹ Vgl. J. I s e n s e e, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), 49–101, 93: Der »ausländische Transitbürger [kann] sich den Folgen seiner Entscheidung jederzeit durch Rückzug in seinen Heimatstaat entzie-

In einer weiteren Kategorie von Normen bezeichnet politisch also den Wettbewerb, allenfalls im übertragenen Sinne den – geistigen – »Kampf« um Teilhabe an der Staatsgewalt nach Maßgabe demokratischer Prinzipien.

4. Machtstellung des Staates in der Welt

Gemäß Art.59 Abs.2 GG bedürfen Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln, der Zustimmung oder Mitwirkung der für die Gesetzgebung zuständigen Körperschaften. Eine festumrissene völker- oder staatsrechtliche Kategorie der politischen Verträge gibt es nicht¹⁵⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, daß es für den politischen Charakter eines Vertrages nicht ausreicht, daß er sich ganz allgemein »mit öffentlichen Angelegenheiten, dem Gemeinwohl oder den Staatsgeschäften« befaßt¹⁵¹. Denn sonst wäre jeder Vertrag zustimmungsbedürftig, so daß die in Art.59 Abs.2 ausgesprochene Begrenzung auf bestimmte Verträge ihren Sinn verlieren würde¹⁵². Art.59 Abs.2 GG legt also offenbar einen engeren Begriff des »Politischen« zugrunde, als eine Gleichsetzung mit staatlich oder auf die öffentlichen Angelegenheiten oder das Allgemeinwohl bezogen¹⁵³. Voraussetzung eines politischen Vertrages ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts »daß die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung oder sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft durch den Vertrag selbst berührt werden«¹⁵⁴. Es geht also um die Machtstellung der Bundesrepublik in der Staatenwelt und letztlich um ihre Souveränität berührende Fragen¹⁵⁵. Wilhelm Wengler

hen«, während »der deutsche Staatsbürger auf Lebenszeit ... diese Folgen unentrinnbar zu tragen hat«.

¹⁵⁰ O. Rojahn, in: von Münch (Anm.34), Bd.2 (1983), Art.59 Rdnr.23.

¹⁵¹ BVerfGE 1, 372, 380f. mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁵² BVerfG, *ibid.*; Rojahn (Anm.150), Art.59 Rdnr.23.

¹⁵³ Seiner griechischen Ableitung gemäß ist »Politisches« auf die Polis, auf das Gemeinwesen, die öffentlichen Angelegenheiten, die Allgemeinheit bezogen. Vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1 (1984), 18f.

¹⁵⁴ BVerfGE 1, 372, 381. Siehe auch Rojahn (Anm.150), Art.59 Rdnr.23ff. mit zahlreichen Nachweisen und Beispielen.

¹⁵⁵ Siehe auch M. Draht, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1950), 17–116, 95f. Anm.13: »Nachdem der Begriff des Politischen durch die bekannte Schrift Carl Schmitts eine ebenso interessante wie einseitige Behandlung erfahren hat, sollten wir nur fragen, ob die frühere Judikatur und Literatur zu diesem Begriff, die Diskussion über das Reichsvereinsgesetz usw. wirklich von ihm vollständig erledigt ist. Der Begriff des Politischen bezieht sich m.E. auf die soziale Gestaltung und Behauptung nach

bezeichnet solche Verträge als hochpolitische oder besonders wichtige Verträge¹⁵⁶. Bei solchen wesentlichen Verträgen ist nach der Rechtsordnung des Grundgesetzes die parlamentarische Mitwirkung geboten¹⁵⁷.

Der Terminus »politisch« wird besonders oft in einem derartigen Sinne im internationalen Verkehr gebraucht. Gemäß Art.2 Abs.4 der Charta der Vereinten Nationen unterlassen alle Mitglieder »in ihren internationalen Beziehungen jede gegen (die territoriale Unversehrtheit oder) die politische Unabhängigkeit gerichtete Gewalt«. Die Charta der Organisation Amerikanischer Staaten gebraucht den Begriff »politisch« gleich achtmal in einem souveränitätsschützenden Sinne¹⁵⁸. Desgleichen gebietet die Deklaration der Vereinten Nationen über freundschaftliche Beziehungen und Kooperation zwischen den Staaten an insgesamt 14 Stellen Toleranz unterschiedlicher politischer Systeme, politische Unabhängigkeit, freie Wahl des politischen Status und verbietet politischen, das heißt in diesem Zusammenhang gegen die staatliche Souveränität und Selbstbestimmung gerichteten Zwang. Die Resolution über die Definition der Aggression umschreibt Aggression als den »Gebrauch bewaffneter Gewalt durch einen Staat gegen die Souveränität, territoriale Unversehrtheit oder politische Unabhängigkeit eines anderen Staates ...«¹⁵⁹. Ähnlich verwenden insbesondere die KSZE Schlußakte¹⁶⁰ und die Charta über wirtschaftliche

innen und außen, also auf alle Institutionen, Akte, Kräfte und Probleme, in denen wir die Souveränität im Spiel befindlich wissen und die wir eben deshalb als »politisch« kennzeichnen, um auszudrücken, daß hier die Souveränität im Sinne Hermann Hellers im Spiel ist oder in das Spiel gezogen wird«. Siehe auch Heller (Anm.38), 205: »Im Allgemeinen bezeichnet man als politisch nur die führende, nicht die ausführende Macht im Staate. Als politischer Machthaber wird in der Regel nur angesehen, wer auf Grund seiner autonomen Entscheidungen eine wesentliche Veränderung in der staatlichen Machtverteilung nach Innen oder Außen herbeizuführen vermag, oder dieses Vermögen erstrebt«.

¹⁵⁶ Wengler (Anm.35), 10 mit Anm.8.

¹⁵⁷ Zu dieser Ratio des Art.59 Abs.2 GG J. Kokott, Art.59 Abs.2 GG und einseitige völkerrechtliche Akte, in: Hailbronner/Ress/Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.98) (1989), 503–528, 510f., mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf die USA. Zur sog. Wesentlichkeitstheorie Stern (Anm.153), 811 ff.

¹⁵⁸ Charta der Organisation Amerikanischer Staaten: Art.3e – zweimal, 12, 16, 18, 19, 27, 28.

¹⁵⁹ "Definition of Aggression" Resolution, Annex, G.A. Res.3314 (XXIX 1974) vom 14.12.1974.

¹⁶⁰ Conference on Security and Cooperation in Europe, Final Act (Helsinki Accords), International Legal Materials, 14 (1975), 1291 ff.: Prinzip I (souveräne Gleichheit) – zweimal; Prinzip II (Gewaltverbot); Prinzip IV (territoriale Integrität); Prinzip VI (Interventionsverbot); Prinzip VIII (Selbstbestimmung).

Rechte und Pflichten der Staaten¹⁶¹ sowie zahlreiche andere internationale Dokumente¹⁶² das Wort politisch außerordentlich häufig zum Zwecke des Schutzes der staatlichen Unabhängigkeit und der freien Wahl des Systems, also bezogen auf die staatliche Souveränität.

Die in diesem Abschnitt genannten völkerrechtlichen Normen bezwecken demnach den Schutz der staatlichen Souveränität, während Art.59 Abs.2 GG die parlamentarische Beteiligung bei politischen im Sinne von souveräne Interessen berührenden Verträgen sichern will. Wenn auch der Schutzzweck der völkerrechtlichen Normen und des Art.59 Abs.2 GG somit verschieden ist, so beinhaltet doch der Terminus »politisch« beide Male eine Bezugnahme auf die staatliche Souveränität.

5. Politik als Gestaltung

Gemäß Art.65 GG »bestimmt [der Bundeskanzler] die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung«. Politik bezieht sich hier auf die Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten. Richtlinien der Politik besagt, daß dem Bundeskanzler die oberste Staatsführung und Staatsleitung obliegt¹⁶³. Auch die Politiken der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art.85 ff. des EWG-Vertrages betreffen Kompetenzen zur Gestaltung der Gemeinschaftsorgane. Die nationalen Systeme sollen auf wirtschaftlichem und sozialem Gebiet koordiniert und die Gemeinschaft dadurch integriert werden. Und deshalb müssen der Gemeinschaft Befugnisse zur Gestaltung übertragen werden, insoweit ist eine gemeinschaftliche Politik erforderlich¹⁶⁴. Die Seerechtskonvention gebraucht das Wort Politiken ebenfalls häufig bezogen auf die Art und Weise des staatlichen Vorgehens auf den Gebieten Umwelt und Technologietransfer¹⁶⁵. Und gemäß Art.12 Abs.2 des Zusatzprotokolls zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention – Recht auf Nahrung – verpflichten sich die Staaten, die Produktions-, Liefer- und Verteilungsmethoden von Nahrungs-

¹⁶¹ Charter of Economic Rights and Duties of States of December 12, 1974, G.A. Res.3281 (XXIX): Präambel, Kap.1, Kap.2 – Art.1 und 26, Kap.4 – Art.32.

¹⁶² Vgl. z.B. Art.1 Abs.1 IPbürgR; Art.1 Abs.1 IPwirtR; Art.20 Abs.1 und 3 Afrikanische Charta über die Rechte der Menschen und der Völker; Art.19 Abs.2a und 301 Seerechtskonvention; Ziff.1 Deklaration über die Verhinderung militärischen, politischen oder wirtschaftlichen Zwangs beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge von 1969.

¹⁶³ Vgl. H. Liesegang, in: von Münch (Anm.34), Bd.2 (1983), Art.65 Rdnr.7.

¹⁶⁴ Zu Politik und Europäischen Gemeinschaften H.P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), 1009ff.

¹⁶⁵ Seerechtskonvention: Art.196 und 211 Abs.3 – Umwelt; Art.269c und 277f. – Technologietransfer.

mitteln zu verbessern und sich zur Unterstützung dieser nationalen Politik für eine verstärkte internationale Kooperation einzusetzen. Auch hier geht es darum, daß ein Ziel – Nahrung für alle – vorgegeben ist, zu dessen Erreichen die Staaten positiv gestaltend tätig werden müssen. Politik, insbesondere als Substantiv gebraucht, bezieht sich also in internationalen Verträgen auch häufig, im Dritten AKP-EWG-Abkommen von Lomé circa 30mal¹⁶⁶, auf Gestaltungsaufgaben der Staaten¹⁶⁷ oder auch auf Gestaltungsbefugnisse internationaler Organe oder Organisationen¹⁶⁸ im Bereich der ihnen übertragenen Aufgaben. Ein Rückgriff auf allgemeine Theorien zum Politischen erscheint auch hier verfehlt.

Politik bedeutet demnach in einer Reihe von Normen staatliche Gestaltung¹⁶⁹ und bezieht sich manchmal auch auf Gestaltungsaufgaben internationaler Organe innerhalb von deren Kompetenzbereich.

6. Politik und Recht

Carl Bilfinger hat in seinen »Betrachtungen über politisches Recht« »politisch« im wesentlichen als Gegensatz zur rechtlichen Bindung definiert¹⁷⁰. Sogenannte politische Klauseln in Schiedsverträgen zielten auf

¹⁶⁶ Vgl. Art.10, 12, 13, 15, 17, 18, 21, 23, 27 Abs.1 und 2, 33 – zweimal, 34 Abs.2, 35a, 36, 40 Abs.1, 45, 77b, 114, 129, 130 Abs.2a, 130 Abs.2d – zweimal, 143 Nr.1, 193 Abs.8 und 9, 209 Abs.4, 240a, 241 Abs.1, 242 Abs.2 des Dritten AKP-EWG-Abkommens von Lomé vom 8.12.1984.

¹⁶⁷ Vgl. z.B. Art.20 Abs.1 Afrikanische Charta über die Rechte der Menschen und Völker; Art.34, 35, 44h Charta der Organisation Amerikanischer Staaten; Art.193, 211 Abs.3, 269, 277f. Seerechtskonvention; Art.3 Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten (Generalvertrag); Art.I ii, IV Abschnitt 1 i und iv, VIII Abschnitt 5c und 7, XIV Abschnitt 2 Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds; Art.10, 12, 13, 15, 17, 18, 21, 27 Abs.1 und 2, 33, 34 Abs.2, 35a, 36, 40 Abs.1, 45, 77b, 114, 129, 143 Abs.1, 240a, 241 Abs.1, 242 Abs.2 Drittes AKP-EWG-Abkommen von Lomé vom 8.12.1984.

¹⁶⁸ Vgl. z.B. Art.116 Charta der Organisation Amerikanischer Staaten; Art.162 Abs.1 Seerechtskonvention; Art.I vi Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds; Art.23, 33, 130 Abs.2a und d, 193 Abs.8 und 9, 209 Abs.4 Drittes AKP-EWG-Abkommen von Lomé vom 8.12.1984.

¹⁶⁹ Siehe auch G. Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit (1961), 76: »In all diesen Begriffen hat Politik weder etwas mit Freund-Feind-Beziehungen (Carl Schmitt) noch notwendig mit Machtkämpfen (Max Weber) zu tun, sondern ist einfach die Gestaltung von Teilgebieten des öffentlichen Lebens gemeint ...«, mit Nachweisen.

¹⁷⁰ Bilfinger (Anm.33), 59. Siehe auch Wengler (Anm.35), 5 und 32, 35; H.-P. Ipsen, Politik und Justiz, Das Problem der justizlosen Hohheitsakte (1937), 169: »... der politische Bereich [ist] wesenhaft normfremd und ungenormt«. Ferner D. Grimm, Recht und Politik, JuS 9 (1969), 501–510, 501. Dagegen – Recht und Politik seien keine Gegen-

die Schaffung rechtsfreier Sphären ab, sofern es um Fragen der staatlichen Existenz gehe¹⁷¹. Politisches Recht sei ein Recht minderen Bindungsgrades¹⁷².

Der Einwand, es handle sich um keine Rechtsstreitigkeit im Sinne des Art.36 Abs.2 IGH Statut, sondern um eine politische Frage, bezweckt, daß die Streitigkeit nicht vom Internationalen Gerichtshof, das heißt durch eine unparteiliche Instanz nach Rechtsregeln entschieden wird¹⁷³. Amerikanische Gerichte lehnen die Entscheidung insbesondere von Streitigkeiten, die einen Bezug zu auswärtigen Angelegenheiten aufweisen, mitunter mit der Begründung ab, es läge eine *political question* vor¹⁷⁴. Das Bundesverfassungsgericht betonte den »weiten Gestaltungsspielraum« der »politischen Organe« insbesondere hinsichtlich des Wiedervereinigungsgebotes und wendete einen niedrigen Kontrollmaßstab an¹⁷⁵. Die amerikanische Rechtsprechung dazu, wann eine solche politische Frage vorliegt, ist nicht konsistent. Oft wird danach gefragt, ob entweder

sätze – W. Zöllner, *Recht und Politik*, in: *Tradition und Fortschritt im Recht*, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät (1977), 131–157, 131.

¹⁷¹ Bilfinger, *ibid.*, 63ff. und 65f., zu »geschriebenen Existenzvorbehalten oder ... politischen Klauseln« im Staatsrecht. Siehe auch O. Oncken, *Die politische Streitigkeit im Völkerrecht*, Ein Beitrag zu der Frage nach den Grenzen der Staatengerichtsbarkeit (1936), 26ff., 31 mit Nachweisen aus der Staatenpraxis.

¹⁷² Bilfinger (Anm.33), 62, 65, 66.

¹⁷³ Nachweise zur Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs in: Bernhardt [u.a.] (Anm.33), 297ff. Siehe auch H. Mosler: »Eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit«: Das Programm des Grundgesetzes und die internationale Realität, in: Hailbronner/Ress/Stein (Anm.157), 609–624, 614ff. mit Nachweisen. Zum Politikeinwand gegen die Zuständigkeit internationaler Gerichte Wengler (Anm.35), 14; C. Bilfinger, *Völkerrecht als Rechtsordnung II*, Politische und Rechtsstreitigkeiten, *ZaöRV* 3 Teil 1 (1933), 445–487, 453: »Der politische Charakter einer Rechtsstreitigkeit bedeutet, daß sie nicht durch Anwendung von Rechtsregeln im Rechtsverfahren entschieden werden soll«. Oncken (Anm.171), 42ff.

¹⁷⁴ Zur *political question*-Doktrin Buergenthal (Anm.31), 193ff.; Lockhart [u.a.] (Anm.31), 35–55; Scharpf (Am.31); Steiner/Vagts (Anm.31), 185ff.; R. Zuck, *Political Question-Doktrin, Judicial self-restraint und das Bundesverfassungsgericht*, *Juristen Zeitung*, 29 (1974), 361–368.

¹⁷⁵ BVerfGE 36, Leitsatz 2 und S.14f., 17ff. (Grundlagenvertrag); 77, 137, 149 (Fall *Teso*). Im Fall *Teso* widerspricht sich das Bundesverfassungsgericht allerdings selbst. Einerseits betont das Gericht den weiten Gestaltungsspielraum der politischen Organe, von denen keine bestimmten Handlungen zum Zwecke der Wiedervereinigung verlangt werden dürften. Dann aber statuiert das Bundesverfassungsgericht aufgrund des Wiedervereinigungsgebots – entgegen dem »politischen Organ« Bundesregierung (S.145f.) – die konkrete Verpflichtung zur Anerkennung von Staatsbürgerschaftsakten der DDR. Dazu J. Kokott, *Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Einbürgerung in die DDR*, *NVwZ* 9 (1988), 799–802, 801.

die Exekutive oder die Gerichte die konkrete Angelegenheit zweckmäßigerweise regeln sollten. Im Fall *Baker v. Carr* hat der amerikanische Supreme Court versucht, abstrakte Maßstäbe dafür aufzustellen, wann es sich um eine *political question* handelt. Es komme darauf an, ob

»der Verfassungstext die Frage in die Zuständigkeit einer anderen Gewalt verweise, ob rechtliche Maßstäbe zu ihrer Entscheidung gegeben sind; ob eine eindeutig nicht justiziable Ermessensentscheidung zugrunde liegt; ob eine richterliche Entscheidung zwangsläufig mangelnden Respekt gegenüber den anderen Staatsgewalten implizieren würde; oder ob sie eine positive Stellungnahme zu einer bereits getroffenen politischen Entscheidung bedeuten würde; (schließlich) ob die Gefahr von Unzuträglichkeiten aufgrund unterschiedlicher Äußerungen der verschiedenen Staatsorgane besteht«¹⁷⁶.

Man kann hier den Akzent auf zweierlei Weise setzen. Insbesondere eine ältere Völkerrechtsauffassung sowie manche Entscheidungen zur amerikanischen *political question*-Doktrin stellen darauf ab, daß über gewisse Fragen, im Völkerrecht sind das insbesondere die staatliche Existenz oder vitale Interessen oder die Souveränität berührende Fragen, Gerichte grundsätzlich nicht entscheiden sollen. Um sie der richterlichen Beurteilung zu entziehen, werden derartige Fragen – im Völkerrecht vornehmlich von mächtigen Staaten – als politisch qualifiziert¹⁷⁷.

Der heutigen Völkerrechtsordnung und rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht es hingegen mehr, wenn man den Akzent auf das Fehlen rechtlicher Kriterien zur Beurteilung der konkreten Streitigkeit setzt¹⁷⁸. Uner-

¹⁷⁶ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962): "... a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of the government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question".

¹⁷⁷ Vgl. Bilfinger (Anm.33), 63ff.; Wengler (Anm.35), 35: »Damit ist der Vorbehalt des Politischen gegenüber dem Rechtlichen zunächst als ein Werkzeug der starken gegenüber den schwachen Staaten erkannt«. Oncken (Anm.171), 61, schließt seine Untersuchungen mit dem Satz ab: »Innerhalb der meisten und neben den anderen dieser verschiedenen positivrechtlichen Arten politischer Streitigkeiten stehen als übervertraglich politische Streitigkeiten jene seltenen, weder allgemein noch überhaupt im voraus irgendwie näher bestimmbar Fälle, in denen ein starker Staat unter dem Notzwang seines Lebensgesetzes auch gegen eine schiedsvertragliche Verpflichtung statt des Rechtsweges das politische Verfahren wagt«.

¹⁷⁸ An dieser Stelle kann nicht näher auf die alte Streitfrage eingegangen werden, ob das Völkerrecht oder die Rechtsordnung Lücken (*lacuna, gaps*) enthält und ob es eine negative Grundnorm gibt, wonach was nicht ausdrücklich verboten ist, erlaubt ist. Vgl. in diesem

heblich ist hingegen, im Gegensatz zu der zuerst geschilderten Akzentuierung, ob es um sog. vitale staatliche Interessen geht¹⁷⁹. Im Rahmen der *political question*-Doktrin oder bei der Ausübung von *judicial restraint* wäre also primär danach zu fragen, ob die Verfassung oder die Rechtsordnung hinreichend konkrete Maßstäbe für die betreffende Entscheidung hergibt, und weniger danach, ob eine Entscheidung durch die Judikative oder die Exekutive, im Völkerrecht durch die Staaten, konkret wünschenswerter oder voraussichtlich effektiver sein würde¹⁸⁰. Insbesondere muß betont werden, daß die Gerichte auch bei angeblich politischen Fragen zunächst einmal zuständig sind. Denn die Frage, ob einschlägige Rechtsnormen zur Lösung der Streitigkeit zur Verfügung stehen, ob die Frage mithin justizierbar ist, ist eine Rechtsfrage, die richterlich zu beurteilen ist. Hingegen gibt es keine von vornherein umrissene Kategorie sog. politischer Fragen, für die richterliche Instanzen gar nicht erst zuständig sind. Im deutschen Verfassungsrecht gehört die Theorie vom justizfreien Hoheitsakt der Vergangenheit an¹⁸¹. Der Internationale Ge-

Zusammenhang V. Bruns, Völkerrecht als Rechtsordnung II, ZaöRV 3 Teil 1 (1933), 445–487, 485: »Es ist festgestellt, daß jeder Streit als Rechtsstreit geführt werden kann, da die Völkerrechtsordnung für alle Streitigkeiten Rechtsnormen enthält«. Zum Problem der Lücken z.B. C. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (1892), 375ff.; V. Bruns, Völkerrecht als Rechtsordnung I, ZaöRV 1 Teil 1 (1929), 1–56, 25ff.; K. Engisch, Der Begriff der Rechtslücke, in: Festschrift für Wilhelm Sauer (1949), 85–102; H. Lauterpacht, The Doctrine of Non-Judiciable Disputes in International Law, Académie de Droit International, Recueil des Cours, 34 (1930 IV), 493–654, 531–550; L. Siorat, Le problème des lacunes en droit international (1959); E. Zitelmann, Lücken im Recht (1903). Manches Problem und manche Meinungsverschiedenheit sind hier terminologisch bedingt. Jedenfalls kann das positive Recht mehr oder minder konkrete Regeln für die Lösung eines Streites beinhalten. Mangel konkreter rechtlicher Maßstäbe soll hier bedeuten: Wenn die einschlägigen Normen nicht ersichtlich oder so allgemein gehalten sind und offensichtlich mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zulassen, so daß nur aufgrund einer Wertung entschieden werden kann, die nach Maßgabe juristischer Methoden weder in der einen noch in der anderen Richtung vorbestimmt zu sein scheint.

¹⁷⁹ Wengler (Anm.35), 28, weist auf diesen Unterschied zwischen der älteren und der neueren Definition der politischen Streitigkeit hin. Die unterschiedliche Akzentsetzung klingt auch an in der Darstellung der amerikanischen Rechtsordnung (Schwerpunkt Gewaltenteilung) und der deutschen Rechtsordnung (Schwerpunkt Justiziabilität) bei Buerenthal/Doehring/Maier/Kokott (Anm.28), 164ff.

¹⁸⁰ In diese Richtung wohl aber H. Rasmussen, Le juge international, en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental?, German Yearbook of International Law, 29 (1986), 252–276, 276. Siehe auch Mosler (Anm.173), 620.

¹⁸¹ Vgl. E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (1985), Art.19 Rdnr.77ff. Die Mindermeinung, wonach es gewisse justizfreie Hoheitsakte gäbe, wurde noch vertreten von H. Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte (1951). Rechtsvergleichend, aber nicht mehr aktuell Ipsen (Anm.170).

richtshof weist das Argument in ständiger Rechtsprechung zurück, er sei nicht zuständig, weil es sich um eine politische Streitigkeit, keine »Rechtsstreitigkeit« im Sinne des Art.36 Abs.2 IGH-Statut handele¹⁸². Und soweit die amerikanische *political question*-Doktrin gegen die Zuständigkeit der Gerichte zugunsten einer vermeintlich besseren Entscheidungskompetenz anderer sog. politischer Staatsgewalten abzielt, ist sie zu Recht Kritik ausgesetzt¹⁸³. Der Einwand erhält umso größeres Gewicht, sofern amerikanische Gerichte es der Exekutive überlassen zu bestimmen, ob im konkreten Fall eine nicht nach rechtlichen Maßstäben und nicht gerichtlich zu entscheidende politische Frage vorliegt¹⁸⁴. Das kann dann in der Tat zu »politischem« als minder verbindlichem, gerichtlich nicht durchsetzbarem Recht führen¹⁸⁵.

Politisch kann demnach zwar in bestimmten Zusammenhängen im Sinne des Fehlens rechtlicher Maßstäbe verstanden werden. Aber die Theorie sogenannter »politischer« im Gegensatz zu rechtlichen Fragen oder Streitigkeiten schadet eher, als daß sie nützt. Denn sie wird vornehmlich gegen die Zuständigkeit gerichtlicher Instanzen eingewendet, die ja gerade prüfen müssen, ob und inwieweit es für die Lösung der konkreten Streitigkeit rechtliche Maßstäbe gibt oder nicht.

IV. *Schlußbemerkungen*

Die, man kann wohl sagen »klassischen«, Versuche namhafter Juristen insbesondere aus den 20er Jahren, das »Politische« allgemein zu definieren, haben sich als unbrauchbar für die Rechtsanwendung erwiesen, mögen sie auch von literarischem und zeitgeschichtlichem Interesse sein. Das bedeutet aber nicht, daß der Terminus »politisch« ein Flexibilität bezwek-

¹⁸² Nachweise bei Bernhardt [u.a.] (Anm.33), 297ff., und R. Bernhardt/W.K. Geck, *Fontes Iuris Gentium*, Handbuch der Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs 1947–1958 (1961), 389ff.

¹⁸³ T. Franck, *The Political Question Doctrine* (im Erscheinen).

¹⁸⁴ Vgl. oben Anm.33.

¹⁸⁵ Vgl. dazu Bilfinger (Anm.33), 65: »Da nun jeweils die beteiligten Rechtsunterworfenen, mangels entgegenstehender, ausdrücklicher Bestimmung, sich die Entscheidung, ob der Ausnahmefall der Klausel vorliege, nach dem eigenen subjektiven und freien Ermessen vorbehalten, so hängt die Geltendmachung des Vorbehalts nicht von rechtlichen Bindungen, sondern lediglich vom Grade der politischen Opportunität und der politischen Machtchance ab. Hierin liegt zunächst eine Gefahr für die der tatsächlichen Völkerrechtsgeltung, eine Gefahr vergleichbar faktischen Bedrohungen der Landesrechtsgeltung. Die Sollensnorm aber ist lediglich abgeschwächt in dem Maß und Umfang, welcher sich aus ihrer Verflechtung mit der Klausel ergibt«.

kendes Blanko darstellt, unter dem jeweils und in jeder Norm etwas anderes, abstrakt nicht vorher Bestimmbares zu verstehen ist.

Politisch ist vielmehr aus dem Normenzusammenhang zu erklären. Innerhalb der verschiedenen Artikel des Grundgesetzes ist politisch zwar jeweils anders zu verstehen. Aber in Zusammenschau mit den entsprechenden Menschenrechts- und Völkerrechtsnormen ergeben sich doch Kategorien, innerhalb derer »politisch« jeweils einen verwandten Regelungsgehalt aufweist: Integration der Opposition zur gerade herrschenden Regierung im parlamentarischen System (Diskriminierungsverbot wegen politischer Auffassungen); humanitärer Schutz (Asyl- und Auslieferungsrecht); demokratischer Wettbewerb um die Staatsgewalt (Art.21 GG; "political participation"); Machtstellung des Staates (Art.59 Abs.2 GG; "political independence"); Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten (Art.65 GG; "policy, -ies") und schließlich »politisch« terminologisch gebraucht als Gegensatz zu rechtlicher Bindung.

Die dargestellten Kategorien sollten nur ein Vorschlag sein, der den Terminus »politisch« für den Juristen handhabbar macht. Wenn der Begriff »politisch« in neuen Zusammenhängen auftaucht, sollte man sich zunächst an den vorhandenen Kategorien orientieren, und nur wenn dies zu keinem Ergebnis führt, auf allgemeine Erwägungen zum Politischen zurückgreifen oder – besser – eine neue Kategorie in Betracht ziehen, die vorgeschlagenen Kategorien sind nicht als erschöpfend gedacht.

Ein allgemeingültiger Begriff des »Politischen«, der jede normative Verwendung deckt, ist hingegen nach dieser Studie nicht sinnvoll. Allenfalls könnte man »politisch« derart allgemein definieren, daß es für die Anwendung des positiven Rechts keinen Gewinn mehr bringt.

(Abgeschlossen im Januar 1991)

Summary*

The Term "Political" in the Context of National and International Law

Many provisions in constitutional law and public international law use the term "political". Lawyers and especially judges need to apply these norms. Therefore, the word "political" needs a definition. It is questionable, however, whether there can be an abstract definition of "the political", or whether the term

* Summary by the author.

“political” must be understood differently according to the specific context in which it is used.

The significance of “the political” was widely discussed by Carl Schmitt (*The Notion of the Political* [1932]) and others in the Germany of the 1930s. These theorists attempted a generally valid definition of “the political” which, at the same time, should be of use in the application of legal provisions containing this word. Contemporary authors and courts have quoted Carl Schmitt’s definition when interpreting positive law, e.g. the right of asylum of political refugees (Art.16 of the Basic Law). According to the present author, Carl Schmitt’s attempt to define “the political” as the antinomy between friend and foe is of no practical use for the application of law. Carl Schmitt insufficiently separated norm and reality. In addition, his supposedly analytical work gives theoretical support to war. The attempts by well-known German constitutional theorists to define “the political” in the 1930s reflected the crisis of German legal theory at that time.

The author of the present article envisages a different approach. Rather than proceeding from a general notion of “the political”, she examines various categories of norms containing the term “political”. She proposes different groups of norms. Within these groups or categories, the term “political” has a similar meaning. The following categories are proposed: (1) The term “political” refers to the integration of opposite thought in a democratic system of government, when found e.g. in various civil and human rights norms prohibiting discrimination for reasons of political opinion. The underlying idea is that a robust competition of political opinions is the foundation of democracy. (2) In another category of norms, use of the term “political” has humanitarian implications. This is true for the right of asylum of political refugees and for the political offence exception in extradition treaties. The underlying assumption is that political refugees and political offenders cannot count upon a fair and unbiased procedure. (3) Similar to category one, the word “political” refers to the democratic competition for governmental power in a series of norms. Thus “the political parties shall participate in the forming of the political will of the people” (Art.21 para.1 of the Basic Law). It is clear that democratic competition for governmental power has nothing to do with the ideology of a real fight between friend and foe in Schmitt’s sense. (4) In a fourth category of norms, the word “political” relates to the sovereignty of the state. International treaties and resolutions use the term “political” very frequently in this sense. (5) The English term “policy” often refers to a competence in shaping public affairs. According to Art.65 of the Basic Law “the Federal Chancellor shall determine, and be responsible for, the general policy guidelines”. Similarly, the policies of the European Communities imply such powers to shape public matters of the Community organs. (6) “Political” is also used in contrast to “legal”. The argument often runs that courts should not de-

cide a specific question because the question allegedly is “political”. Under public international law, questions vital to state sovereignty have been considered as “political”. According to the author, there is no predefined set of “political” questions. Courts should decide, unless there are no legal norms applicable to the dispute and capable of resolving it.

The author concludes that there is no universally valid definition of “the political”. But the word “political” has a general meaning within different categories of norms. The categories established in this article are not intended to be conclusive. They should give some orientation to lawyers interpreting and applying norms which contain the term “political”.