

OTTO
KIRCHHEIMER
PREIS



DOKUMENTATION

FESTVORTRAG

**Kritik als Verfassungsschutz.
Zur Dialektik Recht und Politik im
Denken Otto Kirchheimers.**

27. November 2019, Heilbronn

*anlässlich der Preisverleihung des
Otto Kirchheimer-Preises*

Professor Dr. Dres. h.c. Andreas Voßkuhle



Prof. Dr. Dres. h.c. Andreas Voßkuhle

Kritik als Verfassungsschutz

Zur Dialektik von Recht und Politik im Denken Otto Kirchheimers

Sehr verehrte Frau Vizepräsidentin Nußberger,
Sehr verehrtes Ehepaar Frieze,
Sehr geehrter Herr Oberbürgermeister,
Sehr geehrter Herr Professor Korte,
Sehr geehrter Herr Professor von Alemann,
Meine sehr verehrten Damen und Herren,

am Anfang steht der Dank. Dank für die freundlichen Worte am heutigen Abend und die herzliche Würdigung durch Dich, liebe Angelika Nußberger, die mich sehr ehrt. Dank vor allem aber für den Otto Kirchheimer-Preis und für das Vertrauen, dass mir durch seine Verleihung entgegengebracht wird. Beides erfüllt mich mit großer Freude.

Mein ganz besonderer Dank gebührt aber dem Stifterehepaar, Ihnen Frau Hotz-Frieze und Herrn Frieze, dafür, dass sie durch diesen Preis **Otto Kirchheimer** in den Mittelpunkt des heutigen Abends stellen und Gelegenheit geben ihn als das zu würdigen, was er war: **ein großer Staatsdenker des 20. Jahrhunderts - und ein radikal kritischer Geist, der sich leidenschaftlich in den Diskurs um eine gerechte Ordnung einbrachte, indem er vermeintlich Selbstverständliches hinterfragte.**

Dieses Vermächtnis der kritischen Perspektive ist für uns heute aktueller und wichtiger denn je – und ihm will ich im Folgenden nachspüren.

I. Otto Kirchheimer – Ein kritischer Geist

1. Lebensweg

Otto Kirchheimer wurde am 11. November 1905 als Sohn jüdischer Eltern in Heilbronn geboren. Nach dem frühen Tod seiner Eltern verbrachte er die Schulzeit in Heidelberg, bevor er ab 1924 Staats- und Rechtswissenschaften zunächst in Münster, sodann in Köln, Berlin und zuletzt Bonn studierte, wo er im Jahr 1928 bei Carl Schmitt zum Thema „Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus“ promoviert wurde.¹

¹ Zur Studienzeit Buchstein, Einleitung, in: ders. (Hrsg.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 2017, S. 19 ff. Zum Biographischen überblicksartig etwa Schale, *Jurist im Portrait: Otto Kirchheimer (1905-1965) – Zwischen allen Stühlen*, RuP 4/2014, S. 226 (226 f.); Kilian, *Der Staatsrechts-lehrer Otto Kirchheimer*, in: Kohte/Absenger (Hrsg.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs*, 2015, S. 101 (101 ff.).

Der oft als „Lieblingsschüler“ und „Linksschmittianer“ bezeichnete, schon früh linkssozialistisch ausgerichtete Kirchheimer teilte trotz begrifflicher Nähe zu Schmitt seine normative Schlussfolgerungen nicht und distanzierte sich spätestens ab dessen Hinwendung zum Nationalsozialismus inhaltlich wie persönlich von ihm.²

Nach dem Referendariat im preußischen Justizdienst und kurzer anwaltlicher Tätigkeit zwang die nationalsozialistische Machtergreifung Kirchheimer in die Emigration. Zusammen mit seiner ersten Frau und seiner Tochter ging er nach Paris, wo er am Frankfurter Institut für Sozialforschung (IfS)³ unter teils prekären Verhältnissen tätig war. Seine Tätigkeit für das Institut setzte er auch nach seiner Emigration in die USA im Jahr 1937 fort, wechselte jedoch aufgrund der fortdauernden finanziellen Nöte sowie persönlicher Spannungen zur Institutsleitung im Jahr 1943 in den amerikanischen Staatsdienst. In der später beim Außenministerium angesiedelten wissenschaftlichen Abteilung des Nachrichtendienstes Office of Strategic Services (OSS) erstellte er sodann vornehmlich politische Analysen zum Deutschland der Nazi- und Nachkriegszeit, bevor es ihn wieder in die Wissenschaft zog und er von 1955 als Professor der Politikwissenschaft an der New School for Social Research, ab 1961 an der Columbia University in New York lehrte.

Mitten in dieser wohl fruchtbarsten Schaffensphase seines Lebens verstarb Kirchheimer am Flughafen bei einem seiner vielen Pendelflüge zwischen dem Familiensitz in Washington und New York am 22. November 1965 mit gerade einmal 60 Jahren an einem Herzinfarkt.

2. Werk und Methode – kritisch, konkret, interdisziplinär

In Kirchheimers vielschichtigem Werk spiegelt sich das 20. Jahrhundert. So beschäftigte er sich als Jungsozialist in staatswissenschaftlicher Perspektive mit der Weimarer Republik und ihrer Verfassung, sodann mit dem Faschismus und der europäischen Nachkriegsentwicklung einschließlich der kriminalistischen Aufarbeitung des NS-Unrechts, bevor er sich mit stärker politikwissenschaftlichem Fokus als Parteien-, Parlamentarismus- und Oppositionsforscher etablierte, wobei er unter dem Stichwort der „catch-all-party“ den Niedergang der Volksparteien sowie den Verfall der Opposition als „postdemokratische“ Entwicklung rekonstruierte⁴. Mit seinem Spätwerk nahm er schließlich die „Politische Justiz“ in den Blick.

² Überblicksartig hierzu Bavaj, *Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik. Ein Fall von „Linksschmittianismus“?*, VfZ 1/2007, S. 33 ff.; zudem Buchstein, *Funktionsbedingungen des Parlamentarismus. Otto Kirchheimers Überlegungen zum Parlamentarismus während seiner Paris- und New Yorker Exilzeit*, ZParl, Heft 4/2018, S. 718 (719).

³ Zum Einfluss der Kritischen Theorie auf Kirchheimer siehe Buchstein, *Kritische Theorie der Politik – Max Horkheimer und Otto Kirchheimer in der Kontroverse*, Leviathan, 47. Jg., 2/2019, S. 215 ff.

⁴ Hierzu Schale (Fn.1), S. 230.

Kirchheimer wirkte vor allem in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts – einer Zeit der Auflösung bekannter Ordnungen bis hin zu nicht vorstellbarer Barbarei, was ganz entscheidend seinen Lebensweg prägte. Das Unbeständige, sich Wandelnde bestimmte nicht nur seine Biographie.

Die Erkenntnis des Relativen – von Begriffen, von politischen Systemen, von Wahrheiten – durchzog vielmehr auch als impliziter Leitimpuls seine Arbeiten und gab seinen Analysen eine kritische Stoßrichtung.

In dieser kritischen Methode hatte sein Denken durchaus pessimistische Züge, manche bezeichnen ihn deshalb als düsteren Denker⁵. Jedoch war seine Kritik nie nihilistisch. Er bürstete die Dinge vielmehr gegen den Strich, um ihnen so auf die Schliche zu kommen. Kirchheimer ging dabei nicht systematisch vor.⁶ An geschlossenen Dogmatik- oder Theoriegebäuden hatte er wenig Interesse, seine Stärke lag vielmehr im Induktiven, in der Analyse des Konkreten.⁷ Dabei praktizierte er den Blick von außen, welchen die biographischen Umstände seines Lebens als permanent exile⁸ noch geschärft haben dürften. Gleichzeitig war Kirchheimer ein „Grenzgänger gelebter Interdisziplinarität“⁹.

Er beschränkte sich weder auf eine Disziplin oder Perspektive noch einen Rechtskreis.¹⁰ Vielmehr oszillierte er „zwischen sozialwissenschaftlich-funktionalistischem Staatsverständnis, normativem Postulat bürgerlicher Rechts- und Verfassungsstaatlichkeit sowie aufklärungskritischer Dialektik moderner Massengesellschaften“.¹¹

Der beherzte, von umständlicher Gelehrsamkeit bereinigte Zugriff auf konkrete Probleme verbunden mit dem ehrbaren Furor, der ihn und seine Schriften nicht selten durchdrang, heben ihn aus dem Kreis vieler anderer zeitgenössischer Staatsdenker heraus.

Kirchheimers perspektivischer Offenheit, seiner Sensibilität für die Einbettung von Recht in seine tatsächlichen Gegebenheiten wie auch für seine Bedeutung als Gestaltungsinstrumente einer gerechten Ordnung fühle ich mich nah. Viele seiner damals teils avantgardistischen Beobachtungen wirken bis heute nach. Der beherzte, von umständlicher Gelehrsamkeit bereinigte Zugriff auf konkrete Probleme verbunden mit dem ehrbaren Furor, der ihn und seine Schriften nicht selten durchdrang, heben ihn aus dem Kreis vieler anderer zeitgenössischer Staatsdenker heraus.

Und dies macht ihn heute noch zu einer bemerkenswerten Inspirationsquelle.

⁵ van Ooyen/Schale, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), *Kritische Verfassungspolitologie*, 2011, S. 9 (9).

⁶ Zitiert nach Kilian (Fn. 1) S. 112.

⁷ Herz, Otto Kirchheimer, *Leben und Werk*, in: Luthardt/Söllner (Hrsg.), *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus*, 1989, S. 11 (12, 17).

⁸ Schale (Fn. 1), S. 231.

⁹ Kilian (Fn. 1), S. 101.

¹⁰ Schale, *Zwischen Engagement und Skepsis*, 2006, S. 12 f.

¹¹ van Ooyen/Schale (Fn. 5), S. 12, die dies als „Kritische Verfassungspolitologie“ beschreiben.

II. Recht, Politik und Macht im Denken Kirchheimers

Bei aller Vielfalt seiner Forschungsgegenstände kreiste Kirchheimers Denken immer wieder zentral um einen Punkt: die Dialektik von Recht und Politik bzw. Macht. Sein kritischer Blick fokussierte dabei die Bruchstellen, gewissermaßen die „dunkle Seite“ des Rechtsstaates¹². Kirchheimers Beobachtungen hierzu lassen sich schwerlich auf eine große These oder Kernaussage reduzieren. Ausgehend von einem weiten, auf graduelle Einflussnahme und Verantwortung für die Gestaltung des öffentlichen Lebens abstellenden Politikbegriff¹³ will ich daher im Folgenden einige zentrale Elemente seines Denkens zu dieser Dichotomie aufzeigen, indem ich exemplarisch seine – frühen – Beobachtungen zur Weimarer Reichsverfassung sowie zur politischen Justiz in seinem Spätwerk näher in den Blick nehme.

1. Verfassungen und ihre Funktionsbedingungen

Kirchheimers verfassungsbezogene Überlegungen stammen aus der Zeit der Weimarer Republik. Zentraler Bezugspunkt im Denken des jungen Kirchheimers war die Frage, wie eine Umgestaltung hin zu einer sozialistischen Gesellschaftsordnung gelingen könne. Auch seine Verfassungsbetrachtung war von dieser politisch-kämpferischen Grundmotivation getragen.¹⁴ Die Weimarer Reichsverfassung sah er vor diesem Hintergrund kritisch. Denn es fehlte ihr an einer Entscheidung für eine sozialistische Demokratie und damit für ein „inneres Gestaltungsprinzip“ überhaupt.¹⁵ Insbesondere stellte ihr Grundrechteteil kein solches Aktionsprogramm dar, sondern vielmehr eine „bisher unbekannte, einzigartige Nebeneinanderordnung und Anerkennung der verschiedensten Wertsysteme“.¹⁶ Die Verfassung erachtete Kirchheimer – in der Linie marxistischer Kritik, wonach Recht nur der Überbau kapitalistischer Verhältnisse ist – als ein bürgerliches Instrument des Klassenkampfes, welches die bourgeoise Elite zur Verteidigung ihrer Privilegien nutzte.¹⁷

Auch seine Verfassungsbetrachtung war von dieser politisch-kämpferischen Grundmotivation getragen.¹⁴ Die Weimarer Reichsverfassung sah er vor diesem Hintergrund kritisch.

¹² Vgl. van Ooyen, *Die dunkle Seite des Rechtsstaats: Otto Kirchheimers „Politische Justiz“ zwischen Freund-Feind, Klassenjustiz und Zivilisierung*, in: ders./Schale (Hrsg.), *Kritische Verfassungspolitologie*, 2011, S. 199.

¹³ Voßkuhle, *Die politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 135 (137 f.). Dort auch zur Interdependenz des Politik- und Machtbegriffs in Fn. 14 m. w. N.

¹⁴ Llanque, *Otto Kirchheimer und die sozialistische Verfassungslehre*, in: van Ooyen/Schale (Hrsg.), *Kritische Verfassungspolitologie*, 2011, S. 69 (69).

¹⁵ Kirchheimer, *Weimar ... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung* [1930], in: Buchstein (Hrsg.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 2017, S. 209 (246 ff.). In der Betonung des Dezisionistischen berührt sich Kirchheimer mit Schmitt, allerdings versteht er „Entscheidung“ nicht in einem existenzialistischen Sinn, sondern konkreter als politisches Handlungsprogramm, hierzu Llanque (Fn. 14), S. 75 f.

¹⁶ Kirchheimer (Fn. 15), S. 230.

¹⁷ Llanque (Fn. 14), S. 71 f.

Einen zentralen Kampfschauplatz machte er dabei auf der Ebene des Begrifflichen aus: Ausgehend davon, dass Begriffe nie objektiv, sondern in Traditionen und Kontext eingebunden sind, kritisierte er die Ausfüllung zentraler Schlüsselbegriffe wie etwa dem des Eigentums mit bürgerlichen Wertungen und damit die in seinen Augen reaktionär ausgeübte Deutungsmacht durch die Justiz.¹⁸ Die fehlende Entschiedenheit der Weimarer Reichsverfassung sowie die antiparlamentarische Haltung der Funktionseliten ließen Kirchheimer ein Herabsinken der Verfassung zur „formalen Spielregel“¹⁹ und im Ergebnis ihren Fehlschlag prognostizieren.²⁰ Nach Kirchheimer „hinkte“ die Verfassung den tatsächlichen Verhältnissen „voraus“.²¹

Den Kern des Problems sah er in der Spannungslage zwischen Herrschafts- und Legalordnung. Gleichwohl stellte er zu keinem Zeitpunkt die Normativität der Verfassung und damit ihren Geltungsanspruch in Frage. Eine einseitige Auflösung der Spannungslage zu Lasten der demokratischen Verfassung schied für ihn aus.²² Denn dann – so Kirchheimer – „verliert die Legalität ihre Funktion als Waffe zum Schutz des Individuums. Sie wird völlig bedeutungslos und löst sich in technische Rationalität auf.“²³

Umso vehementer verteidigte er denn auch ab den 30er Jahren den demokratischen Verfassungsstaat gegen die verstärkten totalitären Anwürfe und betonte die Notwendigkeit und Stärke des Kompromisshaften als Grundzug der parlamentarischen Demokratie.²⁴

In ihr sah er, festhaltend an dem Fernziel der Schaffung einer sozialistischen Freiheitsordnung, „die einzige Staatsform, die in einer Zeit wachsender sozialer und mitunter auch nationaler Heterogenität das Zusammenwirken bzw. den Wechsel verschiedener Gruppen verfassungsmäßig ermöglicht. Sie allein fasst durch ein [...] Wahlrecht sowie durch die Garantie der politischen Freiheitsrechte das Problem einer politischen Entsprechung zu bestimmten sozialen Strukturveränderungen ins Auge.“²⁵

¹⁸ Llanque (Fn. 14), S. 73 f.

¹⁹ Kirchheimer (Fn. 15), S. 249.

²⁰ Vgl. Schale (Fn. 1), S. 227.

²¹ Kirchheimer, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie* [1933], in: Buchstein (Hrsg.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 2017, S. 495 (499).

²² Perels, *Weimarer Demokratie und gesellschaftliche Machtverhältnisse. Zur Methode der Verfassungsanalysen Otto Kirchheimers*, in: Luthardt/Söllner (Hrsg.), *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus*, 1989, S. 57 (61).

²³ Kirchheimer, *Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus* [1941], in: Buchstein/Hochstein (Hrsg.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, Bd. 2, 2018, S. 309 (329).

²⁴ Bavaj (Fn. 2), S. 46 f.; siehe auch van Ooyen/Schale (Fn. 5), S. 12; Buchstein (Fn. 2), S. 719.

²⁵ Kirchheimer, *Verfassungsreaktion 1932* [1932], in: Buchstein (Hrsg.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 2017, S. 429 (433 f.). Hierzu auch Bavaj (Fn. 2), S. 45 ff., dort zudem zur Annäherung an Fraenkel und Heller bei gleichzeitiger Distanzierung von Schmitt.

Kirchheimer weitete durch seine soziologisch-politologische Perspektive den Blick für den Realbereich und sensibilisierte durch seine Begriffskritik zugleich für die Kontextualität von Sprache. So rekonstruierte er Recht als machtinterdependentes Gestaltungsinstrument, betonte aber gleichzeitig seinen normativen Eigenstand: Recht ist eben nicht nur Macht.

In der Analyse der Schwächen stellte Kirchheimer zudem implizit die Funktionsvoraussetzungen einer Verfassung heraus: **Eine Verfassung allein ist noch kein Garant für einen funktionierenden Verfassungsstaat.** Ihr Gelingen hängt vielmehr von einem Demokratieverständnis ab, das neben der Mehrheitsherrschaft die Bedeutung politischer Freiheitsrechte betont, und von gesellschaftlichen Geltungsbedingungen – aus der Ferne hören wir bereits Anklänge des Diktums eines anderen berühmten Schmitt-Schülers: Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen die er selbst nicht garantieren kann.²⁶

2. Politische Justiz als Kulturtechnik der Konfliktlösung

Neben der Verfassung nahm Kirchheimer auch die institutionelle Ausprägung des Rechtsstaates – die Justiz – vertiefter in den Blick. In seinem komparatistischen, epochen- und länderübergreifenden Spätwerk „Politische Justiz – Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken“ betrachtete Kirchheimer einen Ausschnitt, in dem die Spannung von Recht und Macht besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Es ging ihm hierbei jedoch nicht darum, eine Instrumentalisierung der Justiz durch die Machthaber eines Unrechtsregimes zu brandmarken. Sein Interesse galt vielmehr dem gerichtsförmig geführten Kampf um politische Macht gerade in rechtsstaatlichen Ordnungen.²⁷ Um diesem rechtlichen Umgang mit politischen Systemabweichern näherzukommen, spannte er den Bogen von strafrechtlichem Staatsschutz über das Gnaden- bis hin zum Asylrecht. Er beschrieb, wie sich das Politische die gerichtliche Dignität zu Nutze macht und sich trotz ungewissen Ausgangs der justiziellen Eigenlogik unterwirft, um im Fall des Obsiegens von der legitimationsspendenden und systemstabilisierenden Kraft der Gerichtsentscheidung sowie der – auch für den politischen Gegner attraktiven – medialen Macht des Gerichtsprozesses zu profitieren.

²⁶ Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, S. 42 (60).

²⁷ Heinemann, *Das befleckte Recht*, *DER SPIEGEL*, NR. 36/1965, S. 93.

²⁸ Kirchheimer, *Politische Justiz – Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken* [1961 engl.], 1965, S. 11.

²⁹ Kilian (Fn. 1), S. 121.

³⁰ Schale (Fn. 1), S. 231.

Politische Justiz ist – so Kirchheimer – „Verheißung und Verhängnis“²⁸ zugleich.

Positiv gewendet werden politische Kämpfe durch die Überweisung in das Reich der Gerichte domestiziert und der Sphäre des Willkürlichen entzogen. Politische Justiz stellt damit einen zivilisatorischen Fortschritt dar und letztlich „faut de mieux den einzigen Schutzwall zwischen der Menschenwürde und der puren Despotie“²⁹. Trotz dieser mit der Verrechtlichung verbundenen Vorzüge bleibt die politische Justiz im Denken Kirchheimers jedoch „grausam, weil sie eine Überparteilichkeit beschwört, um politische Abweichung im Namen der Gerechtigkeit zu beseitigen“³⁰.

Denn auch gerichtliche Neutralität ist immer eine relative, unvollkommene, da systemgebundene und so bleibt das endgültige Urteil darüber, ob sich die angerufene Gerechtigkeit auch als die wahre erweist, – so Kirchheimer – dem jüngsten Tage vorbehalten. Mit dieser im Vergeblichkeitsduktus vorgetragenen Botschaft endet der Machtanalytiker – ein Fazit in Moll gewissermaßen.

In seinem Spätwerk führte Kirchheimer dem Leser abermals die Relativität des eigenen Standpunktes vor Augen.³¹ Löst man seine Gedanken zur politischen Justiz aus dem engeren staatsschutzbezogenen Zusammenhang, so enthält es ganz grundlegende Feststellungen zum Verhältnis von Recht und Politik in Rechtsstaaten und zur Bedeutsamkeit von Justiz in diesem Spannungsverhältnis. Kirchheimer betont das Domestizierende, indem das Politische in die Sphäre des Rechtlichen übersetzt wird. Gerichte erscheinen in dieser Spannungslage als besondere Kulturtechniken der Konfliktlösung in einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft. Die Wahrheit ist aber auch: Das Politische lässt sich durch eine Überführung ins Rechtliche nicht tilgen.³² Es bleibt als unhintergehbare, ja paradoxes Moment moderner Rechtsstaatlichkeit bestehen.³³

³¹ Kirchheimer (Fn. 28), S. 15; hierzu auch Schmid, *Justiz mit politischem Zweck – Otto Kirchheimers klärende Untersuchung über das Verhältnis von Macht und Recht*, ZEIT Nr. 38/1965, 17.9.1965.

³² Vgl. Schale (Fn. 1), S. 231.

³³ Instrukтив van Ooyen (Fn. 12), der die Bezugsquellen Kirchheimers Denkens aufzeigt, nämlich die mit Fraenkel verbundene marxistisch-soziologische Analyse des Rechts als Klassenjustiz, das auf einer Trennung von Recht und Politik basierende Feind-Freund-Denken Schmitts sowie den Gedanken der Zivilisierung von Machtkämpfen durch rationale rechtliche Verfahren nach Kelsen und Weber. Siehe zudem Buchstein/Klingsporn, *Weimar als rechtspolitischer Erfahrungsraum – Otto Kirchheimers „Politische Justiz“ im Lichte seiner Kritik an der Gerichtsbarkeit der Weimarer Republik*, in: Lehnert (Hrsg.), *„Das deutsche Volk und die Politik“*, 2017, S. 277.

3. Zusammenfassung

Ich halte also fest: **Durch seine collagenartige Betrachtung normativer und institutioneller Rechtsstaatselemente stellte Kirchheimer das Recht in seinem normativen Anspruch bei gleichzeitiger Abhängigkeit von den gesellschaftlichen Geltungsbedingungen sowie seine Kraft als gesellschaftliches Gestaltungsinstrument heraus und entwarf so kaleidoskopartig ein Bild des Verfassungsstaates des 20. Jahrhunderts.**

Er machte es sich hierbei, wie er selbst sagte, zum „Geschäft, grundlegende Mechanismen der politischen Ordnung und Unordnung aufzudecken“³⁴.

Fluchtpunkt seines Denkens blieb aber immer die Frage nach der „Schaffung menschenwürdiger und sinnvoller gesellschaftlicher Zustände“³⁵ – und hierfür erachtete er den Verfassungsstaat trotz all seiner Schwächen als am tauglichsten. Kirchheimers Denken war somit geprägt von einem „milde[n] Skeptizismus und humanitäre[n] Relativismus“ (Gerhard Ridder).³⁶ Bereinigt von normativem Überschuss legen seine Analysen unaufgeregt die Widersprüche auch und gerade liberaler Verfassungsstaaten offen – dies jedoch nicht, um diese zu diskreditieren, sondern – im Gegenteil - um ihre Schwachpunkte, ihre Fragilität aufzuzeigen und sie dadurch widerstandsfähiger zu machen.

Die Kritik, die er übte, war sein Instrument zur Verteidigung des demokratischen Verfassungsstaates.

³⁴ Kirchheimer, *Politik und Verfassung*, 1964, S. 7.

³⁵ Kirchheimer, *ebd.*, S. 7; hierzu auch Herz (Fn. 7), S. 20.

³⁶ Zitiert nach Kilian (Fn. 1), S. 113.

III. Populistische Herausforderungen unserer Zeit

Wer glaubte, auf diese Verteidigung fast 75 Jahre nach Kriegsende verzichten zu können, sieht sich angesichts der jüngeren Entwicklungen in Europa getäuscht.

Die alte Frage nach dem Schutz demokratischer Verfassungen vor totalitäre Bedrohungen, die Kirchheimer immer umtrieb³⁷, hat nichts an Aktualität verloren.

1. Rückfall ins Kulturlose?

Wir beobachten vielmehr zunehmende Anfeindungen der Verfassungsstaaten durch illiberale Kräfte. Populistische Strömungen wenden sich gegen plurale Demokratien. Sie besetzen Begriffe, sie diskreditieren demokratische Institutionen, sie greifen Recht als Ordnungsmittel an. Sichergegläubtes wird unvermittelt wieder zur Verhandlungsmasse, die Grenzen des Sagbaren verschieben sich.³⁸

Die populistischen Strömungen bedienen sich hier eines eingängigen, schlichten, letztlich aber verfälschenden Demokratiebegriffs, der allein auf die Herrschaft der Mehrheit abstellt.

Die bewusste Delegitimierung des liberal-demokratischen Verfassungsstaates beginnt auf der Ebene des Begrifflichen. Im Zentrum der Konfliktlinien steht der Demokratiebegriff. Die populistischen Strömungen bedienen sich hier eines eingängigen, schlichten, letztlich aber verfälschenden Demokratiebegriffs, der allein auf die Herrschaft der Mehrheit abstellt. Sie geben vor, als einzige den (einen) wahren Willen des Volkes erkannt zu haben und deshalb auch als Einzige berechtigt zu sein, für das Volk insgesamt sprechen zu können.

Diese suggerierte Volkshomogenität verbinden sie mit einem Alleinvertretungsanspruch, der eine moralisch reine Unmittelbarkeit zum Volk vorgibt und demgegenüber die Handelnden als korrupte und parasitäre Elite diskreditiert. Getragen wird all dies von einer Grundverheißung: dem absoluten Wahrheitsversprechen, das mit affektgeladenen Emotionsbonbons wie „Lügenpresse“, „Volksverräter“ oder „Wutbürger“ garniert wird. Über diese Suggestivformeln hinaus wird zudem das Gefühl selbst als diskursive Instanz etabliert. Da es echt, unmittelbar und zwingend subjektiv ist, ist es einer Beurteilung durch Dritte enthoben, macht also den eigenen Standpunkt sakrosankt und dient so als Rechtfertigungsmechanismus des Diskursabbruchs.

³⁷ Vgl. Kilian (Fn. 1), S. 103.

³⁸ Hierzu grundsätzlich Voßkuhle, *Demokratie und Populismus*, *Der Staat*, Bd. 57 (2018), S. 119 ff.

Mit der Elitenkritik kommt letztlich auch der Rechtsstaatsgedanke unter die Räder. Denn dieser diene der herrschenden Elite nur zur Verteidigung ihrer Privilegien. Wird aber der Rechtsstaat als Instrument einer korrupten Elite verunglimpft, so sind in dieser Logik auch dessen institutionelle Ausprägungen von dem das Volk entmachtenden Virus infiziert – allen voran Verfassungsgerichte als Verkörperung, wie auch Verbürgung des liberalen Rechtsstaats. Die Angriffe erfolgen dabei auf zwei Ebenen: Zum einen wird die liberale Haltung der Verfassungsgerichte als ideologischer Dezisionismus diskreditiert, zum anderen die Legitimation der „wenigen Richter“, die mitunter über Entscheidungen der „Mehrheit“ richten, in Frage gestellt.

Diese Kritik ist zwar nicht neu. Die Machtdimension der Justiz war in der Bundesrepublik Deutschland bereits in den 70er Jahren unter dem Stichwort des politischen Richters³⁹ Gegenstand der Debatte und wurde unter Chiffren wie dem „Jurisdiktionsstaat“ mit Fokus auf das Verhältnis von Gesetzgeber und Justiz⁴⁰ fortgeführt. Das neuerliche Aufgreifen des Argumentationsstrangs stellt jedoch durch das gegeneinander Ausspielen von Demokratie und Rechtsstaat die institutionelle Legitimation an sich in Frage und erhält so als Fundamentalkritik eine neue Qualität.

2. Antworten des freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaates

Mit ihrem absoluten Wahrheitsversprechen, dem homogenen Volksbegriff und damit verbundenem Alleinvertretungsanspruch legen populistische Kräfte die Axt an das demokratische Fundament und bringen Demokratie und Rechtsstaat gegeneinander in Stellung.

Wie geht der freiheitlich-demokratische Verfassungsstaat, wie gehen wir mit diesen Fundementalangriffen um?

³⁹ Begriffsprägend Wassermann, *Der politische Richter*, 1972. Zusammenfassende Darstellung bei Zinke, *Der Erkenntniswert politischer Argumente in der Anwendung und wissenschaftlichen Darstellung des Zivilrechts*, 1982, S. 31-36 m. w. N.; Voßkuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993 S. 270 f.

⁴⁰ Überblickartig Voßkuhle, in: von Mangoldt/Klein/Starck GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 93, Rn. 35.

a) Arbeit am Begriff

Der erste Schritt ist die Arbeit am Begriff, zuvorderst dem Demokratiebegriff. Verkürzungen und Vereinnahmungen ist durch Analyse entgegenzutreten. Der populistische Demokratiebegriff fußt auf einem absoluten Wahrheitsversprechen, was jedoch zwangsläufig hohl bleiben muss. Denn moderne Erkenntnisphilosophie und die politische Alltagserfahrung sprechen dafür, dass niemand im Besitz absoluter Wahrheiten ist.

Denn wenn wir nicht mit Sicherheit sagen können, was wahr oder gerecht ist, so müssen wir gleichberechtigt und frei darum streiten.

Und auf dieser Einsicht beruht die Demokratie⁴¹: Denn wenn wir nicht mit Sicherheit sagen können, was wahr oder gerecht ist, so müssen wir gleichberechtigt und frei darum streiten. Dazu müssen wir uns darauf einigen, die Entscheidung der Mehrheit zu akzeptieren und loyal zu befolgen. Gleichzeitig müssen aber die Voraussetzungen geschaffen werden, dass die Minderheit zur Mehrheit werden kann, durch Oppositionsrechte, durch Minderheitenschutz, durch Gewährleistung einer freien politischen Meinungsbildung, die ohne die Garantien der Meinungs-, Presse-, Rundfunk- und Versammlungsfreiheit nicht denkbar ist.

b) Schutz der Diskursstrukturen

Dabei muss unsere Aufmerksamkeit auch jenseits des Justiziablen den Diskursstrukturen gelten. Populisten etablieren mit dem Gefühl als Argument eine diskursive Scheininstanz, die den Diskursabbruch rechtfertigt. Dem ist entschieden entgegenzutreten. Denn im Wissen um die Einstweiligkeit von Wahrheiten ist das permanente diskursive Ringen um das Richtige das einzige, was zwischen uns und der Barbarei steht. Dies bedeutet nicht die Existenz oder Bedeutsamkeit des Gefühls zu negieren. Die Kritik wendet sich aber gegen seine diskursive Instrumentalisierung. Denn wir brauchen mit Popper eine Geisteshaltung, die zugibt, dass ich „mich irren [kann] und du [...] recht haben [kannst]“. Aber wenn wir uns bemühen, dann können wir gemeinsam der Wahrheit vielleicht etwas näher kommen“⁴²

⁴¹ Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 99 ff.

⁴² Popper, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*. Bd. II. *Falsche Propheten Hegel, Marx und die Folgen*, Kieseewetter (Hrsg.), 8. Aufl. 2003, S. 263.

⁴³ Limbach, *Im Namen des Volkes*, in: dies. (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht: Geschichte – Aufgabe – Rechtsprechung*, 2000, S. 8.

c) Verfassungsgerichtliche Liberalität aus Verpflichtung auf die Verfassung

Mit Blick auf die justizielle Elitenkritik ist weiter der Vorwurf des liberalen Dezisionismus entschieden zurückzuweisen. Abermals ist am Demokratiebegriff anzusetzen. Das Wesen der Demokratie – so meine Amtsvorgängerin Jutta Limbach – ist nicht allein durch die Mehrheitsregel geprägt, sondern auch durch die Bindung an grundlegende Werte. Verfassungsgerichte müssen dieses Spannungsverhältnis immer wieder neu artikulieren, haben „jedoch der Mehrheit zu trotzen, sobald verfassungsrechtliche Garantien wie etwa Minderheitenrechte auf dem Spiel stehen.“⁴⁴

Es ist also ihre Aufgabe, den Schutz von Minderheiten und die kommunikativen Freiheiten zu gewährleisten. Damit eröffnen sie Räume, in denen ein kritischer gesellschaftlicher Diskurs und freier Meinungskampf um die besten politischen Konzepte stattfinden kann. Verfassungsgerichte, die diese Räume öffnen und bewahren, arbeiten daher für den demokratischen Verfassungsstaat.⁴⁴ Sie sind zwar weder vor einem Abdriften in den Dezisionismus noch ihrer Einvernahme durch die Politik gefeit.

Das Bundesverfassungsgericht – nach Kirchheimer die erfreulichste deutsche Nachkriegsinstitution⁴⁵ – hat jedoch Strategien entwickelt, um sich vor Selbstentgrenzung und fremder Einvernahme zu schützen, indem es sich spezifisch juristischen Rationalitätsanforderungen unterwirft.⁴⁶ Wenngleich dies zwangsläufig unvollkommene Sicherungen sind, funktionieren sie doch vergleichsweise gut – auch dies gilt es immer wieder deutlich zu machen. Damit läuft die populistische Kritik, Verfassungsgerichte agierten nach eigenen ideologischen, nämlich liberalen Vorstellungen, ins Leere. Denn Verfassungsgerichte handeln mit einer freiheitsermöglichenden Rechtsprechung nicht aus liberalem Gutdünken, sondern aus Verpflichtung auf die Verfassung.

Denn Verfassungsgerichte handeln mit einer freiheitsermöglichenden Rechtsprechung nicht aus liberalem Gutdünken, sondern aus Verpflichtung auf die Verfassung.

Oder in den Worten unseres Bundespräsidenten: „Demokratie ist entweder liberal, oder sie ist nicht.“⁴⁷

⁴⁴ Hierzu Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft*, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl. 2015, S. 31 ff.

⁴⁵ Zitiert nach Schale (Fn. 10), S. 242, Fn. 69.

⁴⁶ Voßkuhle, *Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen*, JuS 2019, S. 417 (423).

⁴⁷ Steinmeier, *Rede auf dem 27. Wissenschaftlichen Kongress der Deutschen Vereinigung für Politikwissenschaft am 26.9.2018*, <http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Frank-Walter-Steinmeier/Reden/2018/09/180926-DPVW-Kongress-Frankfurt.html> (abgerufen am 22.8.2019).

d) „Wehrhafte Demokratie“ – Maßvolle Effektivierung normativer Sicherungen

Demokratie ist nach dem Grundgesetz aber nicht nur liberal, sie ist auch wehrhaft. Das Grundgesetz enthält als Lehre aus der Weimarer Zeit mit Parteiverbot, Grundrechtsverwirkung, den Regelungen zum Verfassungsschutz und insbesondere der Ewigkeitsgarantie Elemente einer wehrhaften Demokratie, die – flankiert durch einfachrechtliche Regelungen – die freiheitlich-demokratische Grundordnung gegen totalitäre Angriffe robust machen sollen.⁴⁸ Indem sie im Namen der Freiheit die Freiheit einschränken, haben diese Instrumente zwar zwangsläufig etwas Widersprüchliches, sind in der Logik Kirchheimers gar „beflecktes Recht“⁴⁹. Dies wie auch die Gefahr einer dysfunktionalen Verlagerung politischer Konflikte auf die rechtliche Ebene sprechen aber nicht gegen ihre Effektivierung. Sie muss jedoch immer mit Augenmaß erfolgen und mit Sensibilität für das Verhaftetsein im eigenen Ordnungssystem.

e) Plädoyer für Selbstreflexion und gegen ein Vergeblichkeitspostulat

Letzteres erfordert das stetige Hinterfragen der eigenen Position, des eigenen Handelns. Diese Selbstreflexion ist letztlich der Energiekern einer effektiven Verteidigung des Verfassungsstaates, denn sie hilft die eigene Fehlbarkeit im Blick zu behalten und damit auch zu bewältigen. Aus der Einsicht in die grundsätzliche Fehlbarkeit folgt aber nicht die Beliebigkeit, gar Entbehrlichkeit des eigenen Standpunktes. Denn das Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung ist nicht beliebig, sondern Ausdruck des Versprechens, dass wir uns mit unserer Verfassung gegenseitig gegeben haben. Dieses Versprechen gilt es einzuhalten – nicht um des Versprechens willen, sondern weil es trotz all seiner Schwächen die beste Chance ist, friedlich als Freie und Gleiche zusammen zu leben.

⁴⁸ Grundlegend dazu nunmehr Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2019 i.E.

⁴⁹ vgl. Heinemann (Fn. 27), S. 93

IV. Fazit

Der Verfassungsstaat mit seinen Institutionen kommt nie an einen Endpunkt. Er verwirklicht sich nicht in einem einzelnen Moment, sondern in der stetigen selbstkritischen Praxis der für ihn arbeitenden Menschen.

Es sind aber nicht nur die für ihn arbeitenden Menschen, die den Rechtsstaat immer wieder neu hervorbringen. Vielmehr müssen wir alle für den Verfassungsstaat Partei ergreifen und gerade jetzt populistischen Heilsversprechen energisch entgegentreten. Die kommunikativen Mühen der Ebene werden uns dabei nicht erspart bleiben.

Das Werk Kirchheimers, dass uns zur stetigen Reflexion der eigenen Position, zum Stellen – auch impertinenter – Fragen, kurz: zur kritischen Perspektive, anhält, ist ein gutes Rüstzeug für diese Aufgabe.

Der Otto Kirchheimer-Preis erinnert uns daran und ich bin stolz, ihn hoch zu halten.

Vielen Dank!

Professor Dr. Dres. h.c. Andreas Voßkuhle ■



Förderverein
OTTO KIRCHHEIMER-PREIS e.V.

Geschäftsstelle: Harald Friese
Wilhelm-Blos-Straße 53
74076 Heilbronn
Tel. 07131-17 79 15
Fax 07131-16 05 95
info@otto-kirchheimer-preis.de

| www.otto-kirchheimer-preis.de |