

Michael Henkel/Oliver Lembcke

Der Staat als Lebensaufgabe: Martin Drath (1902–1976)

Am 12. November 2002 jährte sich der Geburtstag von Martin Drath zum einhundertsten Mal.¹ Der Staatsrechtslehrer, Richter am Bundesverfassungsgericht (1951–1963) und Sozialdemokrat, ist heute innerhalb wie außerhalb der juristischen Zunft nahezu vergessen. Bereits zu seinen Lebzeiten jedoch blieb Draths eigentliches wissenschaftliches Anliegen im Grunde unverstanden und fand von daher kaum Resonanz. Hierfür könnte man eine Reihe von Gründen nennen, allen voran den, dass jenes Anliegen Draths in der Ausarbeitung einer spezifisch sozialwissenschaftlichen Theorie des Staates und des Rechts bestand. Eine solche aber schien im rechtspraktischen Alltagsgeschäft keine unmittelbare Relevanz zu haben – und dadurch der Aktualität zu entbehren. Dass es ein Verlust wäre, bliebe diese Einschätzung des Drathschen Projektes das letzte Wort, zeigt sich dem heutigen Blick auf Draths Arbeit.

Aus der größeren Distanz und aus der Perspektive gewandelter Problemstellungen und Diskursthemen lässt sich nämlich eine erstaunliche Aktualität des Drathschen Werkes erkennen: Beispielsweise stellt sich die Frage nach dem Staat heute vielfach wieder – und neu. Dies gilt sowohl mit Blick auf die politischen und juristischen Probleme des europäischen Integrationsprozesses als auch für die sozialwissenschaftlichen Debatten über Aufgaben, Grenzen, Legitimität, Steuerungspotential und Zukunft des Staates im Zeitalter der Globalisierung und für die neuerliche Diskussion um den Totalitarismusbegriff.² Für eine Auseinandersetzung mit solchen Fragen bietet die Drathsche Theorie zahlreiche Anregungen, die hier nicht im Einzelnen

¹ Draths Biographie ist als Biographie eines politischen und politisch umstrittenen Staatsrechtslehrers der Bundesrepublik in mehrfacher Hinsicht von Interesse, doch noch kaum eingehender erforscht. Dieses Forschungsdesiderat wird von uns in einer demnächst erscheinenden Arbeit aufgearbeitet. Angaben zu Draths Biographie finden sich in Ernst E. Hirschs Einleitung des von ihm besorgten Sammelbandes: Martin Drath, *Rechts- und Staatslebre als Sozialwissenschaft. Gesammelte Schriften über eine sozio-kulturelle Theorie des Staats und des Rechts*, Berlin 1977, 7–10, sowie insbesondere bei Dirk van Laak, *Die fehlende Staatsidee. Eine Dokumentation von Martin Draths unvollendeter Abrechnung mit dem »Begriff des Politischen*, in: Andreas Göbel/Dirk van Laak/Ingeborg Villinger (Hrsg.), *Metamorphosen des Politischen. Grundfragen politischer Einheitsbildung seit den 20er Jahren*, Berlin 1995, 219–232. Van Laaks Aufsatz ist die bisher einzige ausführliche Arbeit, die sich ausschließlich mit Drath befasst. Neben einer ersten Aufarbeitung biographischer Aspekte konzentriert sich van Laak jedoch auf Draths Auseinandersetzung mit Carl Schmitt in der Habilitationsschrift von 1946 (Martin Drath, *Carl Schmitts Freund-Feind-Theorie – eine Staatstheorie des neuen deutschen Imperialismus*, 1946), aus der auch längere Abschnitte zitiert werden. Van Laak verzichtet jedoch darauf, Draths konstruktive Staats- und Rechtstheorie vorzustellen und deren Aktualität zu diskutieren. Ein Originalmanuskript der Drathschen Habilitationsschrift und zwei Kopien davon befinden sich im Nachlass Draths im Bundesarchiv Koblenz (Bestand N 1341, das Original hat die Signatur 1341/5). Ob es sich bei dem Manuskript um die endgültige und eingereichte Fassung handelt, lässt sich nicht feststellen. S. dazu und zum Drathschen Habilitationsverfahren van Laak, *Die fehlende Staatsidee*, ebd., 221, 227. Die Habilitationsschrift wird im Folgenden nach dem angegebenen Original zitiert.

² Eine Auseinandersetzung mit der Drathschen Totalitarismustheorie und deren originelle Fortentwicklung legte kürzlich Werner J. Patzelt vor: *Wirklichkeit konstruktion im Totalitarismus. Eine ethnometodologische Weiterführung der Totalitarismuskonzeption von Martin Drath*, in: Achim Siegel (Hrsg.), *Totalitarismustheorien nach dem Ende des Kommunismus*, Köln/Weimar 1998, 235–271, zu Drath bes. 237–244. Zur Verortung der Totalitarismustheorie Draths s. Hubertus Buchstein, *Totalitarismustheorie und empirische Politikforschung – die Wandlung der Totalitarismuskonzeption in der frühen Berliner Politikforschung*, in:

verfolgt werden können, für deren Diskussion aber im folgenden eine Grundlage bereitgestellt wird. Darüber hinaus sind verschiedene der von Drath theoretisch hergeleiteten und seinerzeit durchaus umstrittenen Auffassungen über den Charakter der Rechtsprechung in der Verfassungsrechtslehre und der juristischen Methodendiskussion *de facto* inzwischen weitgehend anerkannt, ohne dass dies immer ausreichend theoretisch reflektiert würde. Draths Ansatz stellt für die entsprechenden Fragen eine herausfordernde Reflexionstheorie dar, die im Folgenden ausführlicher erörtert wird. Dementsprechend steht die Rekonstruktion der »sozialwissenschaftlichen Staatslehre« und ihrer zentralen Argumentationslinien im Mittelpunkt der folgenden Abschnitte (I.–III.), bevor Draths Sicht der Verfassungsgerichtsbarkeit – als ein prägnantes Beispiel der praktischen Konsequenzen seiner Theorie – näher beleuchtet wird (IV.).

I. Draths theoretische Fragestellung

Martin Draths wissenschaftliches Bemühen galt vor allem der Ausarbeitung einer sozialwissenschaftlichen Theorie des Staates und des Rechts. Auf die Grundfragen und Probleme einer solchen Theorie kam er in immer neuen Anläufen zurück, um seine Argumentation zu präzisieren und sie schließlich zu einem kohärenten Theoriegebäude auszubauen. Dieses Bemühen fand keinen systematischen Abschluss – etwa in Form einer Monographie –, sondern es wurde im Grunde durch Draths Tod abgebrochen. Drath hat jedoch in mehreren, z. T. umfangreichen Aufsätzen die grundsätzlichen Fragestellungen, zentralen Elemente und wichtigsten Konsequenzen seiner theoretischen Überlegungen zusammenfassend skizziert.³ Sowohl seine Überlegungen etwa zum Totalitarismus⁴ als auch seine Betrachtungen zum Verfassungsbegriff, zur Verfassungsgerichtsbarkeit und -rechtsprechung sowie zu einzelnen verfassungsrechtsdogmatischen Fragen finden ihren Ausgangspunkt und ihre Orientierung in seiner sozialwissenschaftlichen Theorie.

Dass Drath gerade auch seine *rechtswissenschaftlichen* und *verfassungsrechtlichen* Auffassungen an sozialwissenschaftlichen Überlegungen orientierte, resultierte aus der Überzeugung, dass die soziale Funktion des Staates weder für das Recht noch für die Rechtspraxis gleichgültig sein könne. Stattdessen führe die Ausblendung der sozialen Funktionen von Staat und Recht dazu, dass die Juristen keine adäquate Auffassung von ihrem eigenen Tun gewinnen und einem – letztlich ideologischen –

Alfons Söllner/Ralf Walkenhaus/Karin Wieland (Hrsg.), *Totalitarismus. Eine Ideengeschichte des 20. Jahrhunderts*, Berlin 1997, 239–266, hier 254.

3 Besonders wichtig sind folgende Texte, deren Bedeutung Drath selbst mehrfach hervorhob: Der Lexikoneintrag *Staat: soziologisch und staatstheoretisch*, in: *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart 1966, hier zitiert nach der zweiten Auflage (hg. von Hermann Kunst/Roman Herzog/Wilhelm Schneemelcher; begründet von Hermann Kunst/Siegfried Grundmann), Stuttgart/Berlin 1975, Sp. 2432–2468 (=S), eine gekürzte Fassung des Artikels erschien unter dem Titel: *Der Staat der Industriegesellschaft. Entwurf einer sozialwissenschaftlichen Staatstheorie*, in: *Der Staat* 5 (1966), 273–284; diese Fassung findet sich wieder abgedruckt in Drath, *Rechts- und Staatslehre als Sozialwissenschaft*, 116–126; *Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts*, Tübingen 1963; unter gleichem Titel findet sich im genannten Sammelband ein weiterer Beitrag Draths zusammen mit einer von Hirsch geschriebenen Zusammenfassung des ursprünglichen Aufsatzes, 127–153; ferner der Aufsatz *Über eine kohärente sozio-kulturelle Theorie des Staats und der Rechts* (1966), ebenfalls in dem Sammelband, 154–196 (=KT). Ein früherer, programmatischer Theorieentwurf ist schließlich der Aufsatz *Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat, ihren Gebieten und Methoden* (1952), abgedruckt ebd., 84–100 (=SuR).

4 Martin Drath, *Totalitarismus in der Volksdemokratie* (1958), mit einem »Nachtrag 1967« abgedruckt in: Bruno Seidel/Siegfried Jenkner (Hrsg.), *Wege der Totalitarismus-Forschung*, Darmstadt 1968, 310–358. S. dazu die in Fn. 2 genannten Arbeiten.

Selbstverständnis folgten, das ihrer eigenen Rolle innerhalb der modernen Gesellschaft nicht gerecht werde. Damit stagniere die zeitgenössische Rechtswissenschaft auf dem Stand der theoretischen Arbeit Georg Jellineks, wie sie dieser in seiner *Allgemeinen Staatslehre* zu Beginn des 20. Jahrhunderts niedergelegt hatte: Die Rechtswissenschaft hatte mithin die wichtigen Anregungen Jellineks nicht aufgegriffen, sondern lediglich dessen Antworten kritiklos akzeptiert und dogmatisiert.⁵ Dieser Beurteilung entsprechend knüpfte Drath selbst immer wieder ausdrücklich an Jellinek an.⁶ Dessen entscheidende Leistung bestand für Drath darin, den Staat als Verband, als gesellschaftliches Gebilde (»also als eine Seins-Tatsache«) darzustellen, »zu dessen Sein jedoch gehört, daß es [...] Sollen gebietet« (S, Sp. 2462). In den Augen Draths hat eine zeitgenössische Theorie des Staates und des Rechts von dieser Einsicht ihren Ausgang zu nehmen: Sie muss »den ›Verbands-Charakter des Staates, also dessen Realität, näher untersuchen und dabei auf den Prozeß seiner *ständigen* Konstituierung durch das Verhalten der Verbandsmitglieder, auf den sozialen Wandel und die sozialen und politischen Interessen und Konflikte« eingehen (KT, 156 f.). Hinsichtlich der sozialen Realität des Staates geht Drath jedoch über Jellinek hinaus, wobei er sich nicht zuletzt an Fragestellungen und Einsichten der Weimarer Staatsrechtslehrerdebatte der zwanziger und frühen dreißiger Jahre orientiert. Damals war von positivismuskritischen Juristen wie Hermann Heller, Erich Kaufmann, Carl Schmitt oder Rudolf Smend der Versuch unternommen worden, den Staat in umfassenderen gesellschaftlichen und politischen Kontexten zu theoretisieren. Seit diesen Versuchen und der Zäsur des Dritten Reiches hatte sich für Drath in der Staats- und Rechtstheorie jedoch kein entscheidender Fortschritt ereignet.⁷ Es galt mithin, einen neuen theoretischen Anlauf zu nehmen und eine angemessene zeitgenössische Theorie des Staates und des Rechts als sozialwissenschaftliche Theorie zu konzipieren, um zur Aufklärung des juristischen Selbstverständnisses beizutragen und damit die der modernen Industriegesellschaft und ihrem freiheitlichen Staat angemessene Rechtspraxis zu fördern.⁸

⁵ Durch eine im Grunde ideologisierende Interpretation der Jellinekschen Staatslehre habe sich, so Drath, die deutsche Staatsrechtslehre bis zur Gegenwart die Probleme einer Staatstheorie »vom Halse gehalten« (s. KT (Fn. 3), 156). Damit ignoriere die zeitgenössische juristische Sichtweise jedoch Jellineks eigentliche Einsicht, nämlich dass »das gesamte Leben des Staates nur aus der Totalität des gesellschaftlichen Lebens begriffen werden« könne (Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Nachdruck der 3. Auflage von 1914, Bad Homburg v. d. H. 1960, 96, zitiert bei Drath, KT (Fn. 3), 154).

⁶ 1952 sprach Drath von »der immer noch führenden« *Allgemeinen Staatslehre* Jellineks (SuR (Fn. 3), 85, Fn. 1), und die Überlegungen in seinem Aufsatz *Staatstheorie oder politische Philosophie?* (in: Drath, *Rechts- und Staatslehre als Sozialwissenschaft*, 101–115 [= SpP]) entwickelt Drath 1966 in enger Anlehnung an und in Auseinandersetzung mit Jellineks epochemachendem Werk. S. zu Draths Jellinek-Interpretation ausführlich KT (Fn. 3), 154–158.

⁷ Im Artikel *Staat* endet Draths Darstellung moderner Staatstheorien mit der Skizze der in der Weimarer Staatsrechtslehrerdebatte vertretenen Positionen Smends, Schmitts, Hellers und Kelsens: s. S (Fn. 3), Sp. 2464 f. Zu den zwischen 1933 und 1949 publizierten Staatslehren Franz W. Jerusalems (*Der Staat. Ein Beitrag zur Staatslehre*, Jena 1935) und Hans Nawiaskys (*Allgemeine Staatslehre*, Einsiedeln 1945) s. die Bemerkungen in Drath, SuR (Fn. 3), 84. Zum Vorwurf der »Substanzlosigkeit« der deutschen Staatsrechtslehre s. seine Habilitationsschrift (*Carl Schmitts Freund-Feind-Theorie* (Fn. 1), 175, s. a. ebd. 241 f. und 247 f.). Seine eigene, später ausgearbeitete Theorie verstand Drath als Versuch, den Staat mit seinem Bezug auf die Gesellschaft zu theoretisieren und damit die kritisierte Substanzlosigkeit der Staatslehre zu überwinden (s. a. die Äußerungen zu den Aufgaben der Staatslehre, ebd. 284 ff.).

⁸ Drath orientiert sich dabei vielfach an Hermann Hellers dezidiert sozialwissenschaftlicher Staatslehre, übernimmt einige zentrale theoretische Begriffe und Positionen Hellers und stellt sich explizit in dessen Nähe (so etwa in S (Fn. 3), Sp. 2465). Eine Würdigung Hellers aus Draths Feder ist: Martin Drath, *Dem Gedenken an Hermann Heller*, in: Geist und Tat. Monatsschrift für Recht, Freiheit und Kultur 19 (1964), 52–54. In einigen Punkten zeigt sich ferner eine Nähe Draths zu Smends Integrationslehre. Für Drath lag es allerdings auf der Hand, dass er nicht bei den Resultaten der Weimarer Debatten stehengeblieben konnte – auch nicht bei jenen Hellers oder Smends. S. dazu Draths Umschreibung der Aufgaben der Staatstheorie S (Fn. 3), Sp. 246 f.

1. Die Industriegesellschaft

Den modernen Staat und sein Recht im Sinne Jellineks »aus der Totalität des gesellschaftlichen Lebens«⁹ heraus zu begreifen, heißt für Drath zunächst, diese Totalität näher zu bestimmen. Drath qualifiziert sie als Industriegesellschaft. Deren eigenartige Struktur ist geprägt durch die arbeitsteilige industrielle Massenproduktion und »Verkehrswirtschaft«, durch gesellschaftliche Pluralisierung und Fragmentierung, durch eine nicht zuletzt daraus resultierende hohe Konflikthaftigkeit sowie durch ständigen sozialen Wandel, dessen Dynamik notwendig zur Funktionsweise der Industriegesellschaft gehört. Drath hebt insbesondere die Konflikte, die unterschiedlichen Interessenlagen und die entsprechenden permanenten Anpassungsnotwendigkeiten innerhalb der Industriegesellschaft hervor (s. S. Sp. 2440, 2445).

Entscheidend ist für Drath, dass das konflikt- und dynamische Gesellschaftssystem zu seinem Funktionieren auf Regelmäßigkeiten, Erwartbarkeit und »Normalität« angewiesen ist und dass es – »entgegen der alten liberalen Doktrin« (S. Sp. 2441) – nicht aus sich heraus eine Harmonie aller Interessen hervorbringt. Damit ergibt sich aus der Funktionslogik der Industriegesellschaft und zur Sicherung von deren fortlaufendem Funktionieren die Notwendigkeit, einen allgemeinen normalen Ablauf der dynamischen sozialen Prozesse zu sichern sowie die Konflikte und Interessengegensätze allgemeinverbindlich zu regulieren. Dass dies jeweils in allgemeinverbindlicher Weise zu geschehen hat, resultiert seinerseits aus der Allgemeinheit der Bedingungen, die das Funktionieren der Industriegesellschaft gewährleisten: In der Industriegesellschaft »ist [...] jeder abhängig vom erwartungsgemäßen, ›normalen‹ Ablauf zahlloser, ihm oft unbekannter, unübersehbarer Beziehungen zwischen Dritten; denn nur dann laufen seine eigenen unmittelbaren Beziehungen erwartungsgemäß, ›normal‹ ab, wenn die Gesamtheit aller auch der scheinbar ihn nichts angehenden Beziehungen in der Gesellschaft – das ganze Beziehungsgeflecht, das sie ausmacht – hinreichend reibungslos verläuft« (S. Sp. 2440; Hervorhebung M. H./O. L.). Das so beschriebene Regulierungsbedürfnis markiert die Notwendigkeit eines Ordnungsfaktors: »Die Struktur dieser Gesellschaft selbst erfordert ein Entscheidungszentrum« (S. Sp. 2441). Dieses Entscheidungszentrum ist der Staat, den Drath als ein Teilsystem der Gesellschaft betrachtet – als ein Teilsystem besonderer Art.

2. Staat

Um die für das Funktionieren der Industriegesellschaft erforderlichen Ordnungsentscheidungen treffen zu können, muss der Staat der Industriegesellschaft souverän sein: Er ist eine souveräne »Wirkungseinheit«.¹⁰ Unter Souveränität (nach innen) versteht Drath die gesellschaftliche »Steuerungsfähigkeit« des Staates, d. h. die Fähigkeit, Ordnungsentscheidungen allgemeinverbindlich und dank überlegener Macht effektiv durchzusetzen. Dies sei »die «ratio» der Existenz des Staates überhaupt« (S. Sp. 2441). In diesem Sinne ist das Teilsystem Staat der übrigen Gesellschaft zwar übergeordnet,¹¹ zugleich aber bleibt es ein Teilsystem der Gesellschaft, dessen

⁹ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 5), 96.

¹⁰ KT (Fn. 3), 168. Der Begriff des Staates als einer Wirkungseinheit wurde von Hermann Heller theoretisch ausgearbeitet.

¹¹ Drath spricht vom Staat auch als »Institution [...] auf höherer organisatorischer Ebene«, KT (Fn. 3), 166.

Effektivität nicht zuletzt dadurch gesichert wird, dass es eng an die Gesellschaft zurückgekoppelt sein muss: »Der Staat ist zwar relativ getrennt von der Industriegesellschaft, ist anders strukturiert und funktioniert anders. Aber er ist funktional auf die Gesellschaft bezogen; sie machen zusammenwirkend erst die – so gut oder schlecht es der Fall ist – funktionierende Gesamtheit des Lebens der Industriegesellschaft – die ›Gesamtgesellschaft‹ – aus« (ebd.).

449

Dass der Staat einerseits ein relativ unabhängiges, der Gesellschaft übergeordnetes Teilsystem der Gesellschaft ist, andererseits aber eng auf die Gesellschaft bezogen bleibt, führt zu einer eigentümlichen Differenzierung des Staatsbegriffes: Drath unterscheidet vom Staat im engeren Sinne den Staat im weiteren Sinne (s. KT, 168) – und verdoppelt damit den Staatsbegriff. Der Staat im engeren Sinne ist der Staat als Herrschaftsorganisation, die sich in besonderen (meist durch Rechtsnormen zusammengeordneten) Institutionen und den entsprechenden Rollen¹² manifestiert und die in diesen einen »Verhaltensausschnitt aus dem allgemeinen sozialen Leben« darstellt (ebd., 167 f.). Da aber die Menschen innerhalb dieses Systems die Rolle des Bürgers spielen,¹³ weist der Staat im engeren Sinne über sich hinaus auf den Staat im weiteren Sinne: In diesem Sinne ist der Staat »das Ganze des politischen Lebens«, ist nicht nur Ausschnitt aus dem allgemeinen sozialen Leben, sondern ein besonderer »Aspekt alles sozialen Lebens« der Gesellschaft, den Drath »den politischen« Aspekt nennt (ebd., 168): »Unter diesem Aspekt ist nicht nur das Zeitungslesen, sondern letztlich sogar das ›Privatleben‹ auch ein politisches Phänomen, können wir in allem sozialen Leben alle Grade und Arten von Zusammenhängen zur organisierten sozialen Koordination feststellen« (ebd., s. a. 171). Mit dem Staat im weiteren Sinne verdeutlicht Drath den Umstand, dass staatliche Regulierungen das gesamte Leben der modernen Gesellschaft durchdringen, dass man auch im privatesten Bereich mit staatlichen Regelungen konfrontiert ist und dass sich die Bürger hierauf in ihrem Verhalten ausrichten. In diesem Sinn muss man, wie Drath es ausdrücklich tut, vom potentiell totalen Charakter des Staates der modernen Industriegesellschaft sprechen: Der Staat, schreibt Drath, sei »potentiell ›total‹«, weil er »abstrakt in der Lage sein [müsste], alle von ihm selbst als sozial relevant betrachteten Probleme aufzugreifen und zu ordnen« (S., Sp. 2443).

Mit dieser sozialwissenschaftlichen Konzeption wird die liberale Auffassung von einer mehr oder weniger strikten Trennung von Staat und Gesellschaft hinfällig,¹⁴ doch ist der Drathsche Staat (weder im weiteren noch im engeren Sinne) kein unfreiheitlicher Staat. Freiheit ist vielmehr für den Staat wie für die Industriegesellschaft unabdingbar.¹⁵ Sie wird vor allem durch das Recht (s. u. II. 3.), aber auch durch die Rückkopplung der Gesellschaft an den Staat im engeren Sinne gesichert. Rückkopplung meint hier, dass die gesellschaftlichen Interessen, Bedürfnisse, Konflikte etc. sich Ausdruck verschaffen und dem Staat im engeren Sinne kommuniziert werden, damit dieser entsprechende Regelungen und Maßnahmen treffen kann. Daher ist der Staat der modernen Industriegesellschaft demokratisch strukturiert: Die Mechanis-

¹² Die staatlichen Rollen könnte man auch als staatliche Ämter und Mandate qualifizieren. Zu den Rollen und Institutionen s. weiter unten unter II. 3.

¹³ Zum Begriff des Staatsbürgers s. ausführlich Martin Drath, *Das Verhältnis von Justiz und Staatsbürger im Rechtsstaat*, in: *Vorträge, gehalten anlässlich der Hessischen Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung*, 29. September bis 9. Oktober 1963 in Bad Wildungen, Bad Homburg et. al. 1965, 147–188, hier 149 f., 154–159, ferner KT (Fn. 3), 169.

¹⁴ Bereits in der Habilitationsschrift hatte Drath festgestellt, dass »die alte Antithese der liberalen bürgerlichen Gesellschaft zum Staat erledigt« sei – doch habe deshalb »das Problem Staat – Gesellschaft [...] keineswegs aufgehört, das Zentralproblem unserer Zeit zu sein« (Carl Schmitts *Freund-Feind-Theorie* (Fn. 1), 5). Dieses Zentralproblem beschäftigte Drath dann bis zum Ende seines Lebens.

¹⁵ S. dazu insbesondere (mit Blick auf die Gefährdungen und Schwächen des demokratischen Staates) auch Drath, *Totalitarismus in der Volksdemokratie* (Fn. 4), 328–331.

men und Institutionen der Demokratie (Parteien, Interessenverbände, Wahlen, freie Presse etc.) ermöglichen die wirksame Artikulation gesellschaftlicher Interessen gegenüber dem Staat. Mithin ist die Demokratie nach Drath eine Funktionsnotwendigkeit der modernen Industriegesellschaft.¹⁶

Die Durchdringung der Gesellschaft durch den Staat einerseits, die ständige Rückkopplung der Gesellschaft an den Staat andererseits erzeugt einen Kreislauf von Informationen und Entscheidungen, einen »real-dialektischen« Prozeß« wechselseitiger »Rückkopplungen« (s. KT, 170). Die Rückkopplung des Staates an die Gesellschaft ist die eine Voraussetzung effektiver staatlicher Regulierungen zum Ausgleich widerstreitender Interessen und zur Regelung gesellschaftlicher Konflikte dort, wo die Industriegesellschaft diese Leistungen nicht selbst hervorzubringen vermag. Der Staat gewährleistet damit zu seinem Teil die Anpassung des Verhaltens, der Normen, der Rollen und der Institutionen an die Erfordernisse des industriegesellschaftlichen Prozesses. Eine zweite Voraussetzung für die Effektivität des staatlichen Handelns besteht darin, dass die staatlichen Entscheidungen wie deren Ergebnisse auf allgemeine Akzeptanz in der Gesellschaft treffen. Erst die Erfüllung beider Voraussetzungen führt zu einer realen Integration der Gesamtgesellschaft – und das heißt: zum fortlaufenden Funktionieren der Industriegesellschaft.

Um die funktionsnotwendige allgemeine gesellschaftliche Akzeptanz zu finden, müssen die staatlichen Maßnahmen nach Drath »auskömmlich« sein. Der von ihm häufig verwendete Begriff der Auskömmlichkeit¹⁷ gilt Drath als entscheidendes Akzeptanzkriterium und als Minimalbedingung für das Funktionieren der Industriegesellschaft und ihres Staates: Ermöglichen die staatlichen Regulierungen ein auskömmliches Zusammenleben der Menschen, so ist der Bestand der Industriegesellschaft und ihres Staates gesichert.¹⁸

Die vom Staat zu seinem Teil zu sichernde Auskömmlichkeit bezeichnet also gewissermaßen ein zum Fortbestand der Industriegesellschaft und ihres Staates notwendiges ethisches Minimum. Ein ethisches Minimum ist die Auskömmlichkeit deshalb, weil mit ihr weder hohe moralische Ansprüche gemeint noch etwa soziale Homogenität oder Konfliktfreiheit gefordert sind. Vielmehr kann die Auskömmlichkeit des Zusammenlebens als gegeben unterstellt werden, wenn sich die Menschen in ihrem Handeln (aus welchen Motiven auch immer) in die gegebenen Verhältnisse des »normalen Lebens« der Industriegesellschaft fügen und dadurch die Industriegesellschaft und deren Staat in ihrem Verhalten faktisch bejahen. Der darin zum Ausdruck kommende Konsens (der also kein inhaltlicher Konsens ist) reicht zur Integration der Gesamtgesellschaft hin.¹⁹

Auskömmlichkeit ist für Drath folgerichtig das entscheidende Kriterium der Legitimität der staatlichen Herrschaftsordnung und der souveränen Macht des Staates: Da Legitimität auf der aus Werturteilen resultierenden Anerkennung der Gesellschaftsmitglieder beruht, es in der pluralistischen Gesellschaft Übereinstimmung über einen

16 S. dazu KT (Fn. 3), 181, Fn. 18.

17 S. etwa KT (Fn. 3), 171, 174; S, Sp. 2434, 2441 f., 2444, 2446.

18 Dementsprechend muss ein Staat, der das auskömmliche gesellschaftliche Zusammenleben nicht mehr sichern kann, letztlich zusammenbrechen, was Drath am historischen Beispiel des vorrevolutionären *ancien régime* Frankreichs erläutert: s. KT (Fn. 3), 174. Zum auskömmlichen Ausbalancieren prägnant S (Fn. 3), Sp. 2441.

19 »Als ›Integration‹ bezeichnet man ein Ergebnis der inneren Politik, bei dem sozialpsychologisch eine wenigstens die Fundamente bejahende Übereinstimmung der in der Industriegesellschaft lebenden, staatlich organisierten Großgruppe erreicht wird („Konsensus“). In der Industriegesellschaft kann es [...] keine substanzelle ›Homogenität‹ der Gruppe geben, wohl aber eine vor allem durch die reale Gestaltung des sozialen Lebens immer wieder zu erzeugende Bejahung der Grundlagen des Zusammenlebens, die selbst über nicht unbedeutende Interessengegensätze, ja über Konflikte hinwegtragen kann« (S (Fn. 3), Sp. 2442, Abkürzungen wurden aufgelöst; zur Integration s. auch KT (Fn. 3), 171).

»objektiven Zustand guter sozialer Ordnung« (S, Sp. 2445) jedoch nicht gibt, kann Legitimität nur aus einem »Urteil über den Erfolg bei der sozialen Ordnung im Innern« (ebd.) gewonnen werden. Die quasi objektive Seite dieses Erfolgs ist die Effektivität staatlicher Ordnungsmaßnahmen, die subjektive Seite, welche die Legitimität erzeugt, spiegelt sich in der Auskömmlichkeit des gesellschaftlichen Lebens, die faktisch dessen Akzeptanz hervorbringt. So kann Drath feststellen, dass die Legitimität des Staates (als Herrschaftsorganisation) Ausdruck des Integrationszustandes der Gruppenmitglieder sei.²⁰ Dabei gilt es zu beachten, dass das Maß der Auskömmlichkeit aus Werten und Wertungen gewonnen wird, die in der geschichtlich gewachsenen Kultur der jeweiligen Gesellschaft sedimentiert sind. Welche Maßnahmen und Zustände den Gesellschaftsmitgliedern akzeptabel (weil auskömmlich) erscheinen, bemisst sich nach den internen kulturell geprägten Wertungen innerhalb der Gesellschaft und kann daher nicht abstrakt durch die Theorie bestimmt werden.

3. Recht

Die Funktionsweise der modernen Industriegesellschaft hat nach Drath insofern Konsequenzen für das Recht, als sich die Fragen nach dem Ordnungscharakter der Rechtsordnung wie die nach der Rolle des Rechtsanwenders neu stellen (s. KT, 160). Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum sich der sozialwissenschaftliche Ansatz nicht mit einer »reinen« Rechtstheorie zufrieden geben kann, sondern fordert, dass die dogmatischen Probleme der Rechtsordnung immer auch im Kontext der gesellschaftlichen Funktion des Rechts zu betrachten sind.²¹ Eine solche sozialwissenschaftlich informierte Sichtweise auf das Recht ist um so notwendiger, als die Rechtsanwender eines »geistigen Rüstzeugs« bedürfen, um sich aus einem – der Struktur der Industriegesellschaft erwachsenden – Dilemma zu befreien. Dieses besteht darin, dass Juristen einerseits auf außerrechtliche Orientierungen als Grundlagen juristischer Entscheidungen angewiesen sind, sie aber andererseits infolge des gesellschaftlichen Pluralismus' keine konsistenten außerrechtlichen Kriterien hierfür vorfinden. Vor diesem Hintergrund erlangt die Drathsche Theorie ihre eigentliche Bedeutung für Juristen, insbesondere für Richter (s. KT, 161 f.).

Der sozialwissenschaftliche Ansatz wird von Drath als »rechtstranszendent« verstanden, und zwar in Abgrenzung zu dem von ihm so bezeichneten »rechtsimmanenten« Ansatz der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens (s. ebd., 177). Nach Draths Auffassung müssen sich beide Sichtweisen jedoch nicht ausschließen.²² Der Reinen Rechtslehre ist etwa darin zuzustimmen, dass es keine logische Ableitung eines Sollens aus einem Sein geben kann. Gleichwohl kann der rechtsimmanente Ansatz weder die Existenz noch die Ausgestaltung des Rechts »aus sich selbst« heraus erklären (s. ebd.); er verfehlt damit die eigentliche Herausforderung für eine Rechtstheorie, die den Anspruch erhebt, gesellschaftlich relevant zu sein (s. ebd., 179).

Die zentrale Problematik der Industriegesellschaft besteht in deren Wandlungsprozessen, die gesteuert werden müssen – und nach Lage der Dinge nur durch das positive

²⁰ »Legitimität ist keine objektive ›Eigenschaft‹ des Staates, sondern ein Werturteil der Gruppenglieder, Ausdruck ihres Integrations-›Zustands‹« (S (Fn. 3), Sp. 2445).

²¹ S. KT (Fn. 3), 164 und Martin Drath, *Rechtsdogmatik als Selbstzweck oder als fließende Anpassung des Rechts an die gesellschaftliche Wirklichkeit?* (1971), in: ders., *Rechts- und Staatslehre als Sozialwissenschaft*, 33–46 (=RaS), passim. »Zu der Wirklichkeit des gesellschaftlichen Lebens, die Gegenstand der Wirklichkeitswissenschaft Staatslehre ist, gehört auch das Recht, und zwar grundsätzlich im ganzen und bei jedem Teilproblem der Staatslehre, das Recht als sozialer Wirkungsfaktor« (SuR (Fn. 3), 90).

²² Tatsächlich bleibt Drath dem Rechtspositivismus in verschiedenen Punkten verpflichtet.

Recht gesteuert werden können (s. ebd., 180). Zur sozialen Steuerung ist das Recht deswegen besonders geeignet, weil es wie kein anderes Instrument die Chance auf Bedürfnisbefriedigung und damit eine wesentliche Voraussetzung für die freie Selbstbestimmung des Einzelnen zu wahren in der Lage ist: Nur das positive Recht vermag sich der Instabilität der sozialen Verhältnisse anzupassen, weil es ständig geändert werden kann, ohne dadurch gleichzeitig seinen Anspruch auf Verbindlichkeit aufzugeben.²³ Es bildet daher auf eigentümliche Weise die Erwartungschancen ab, auf der die Industriegesellschaft aufruht, die Erwartungschancen nämlich, an der Steigerung des Sozialprodukts und der damit einhergehenden Vergrößerung gesellschaftlicher Freiheitsräume zu partizipieren (s. ebd., 180). Dass das positive Recht dabei hinsichtlich seines Verbindlichkeitsanspruchs an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist, macht gerade den Unterschied aus im Vergleich zu anderen sozialen Ordnungsfaktoren wie etwa Religion, Ethik, Moral, Brauch etc.²⁴

Dieser »Voraussetzungslosigkeit« stehen jedoch die Probleme der »Verinnerlichung« der Rechtsgebote und der Motivation rechtskonformen Verhaltens gegenüber (s. ebd., 181). Diese sind für das positive Recht von entscheidender Bedeutung, weil sich mit ihnen die Frage nach dessen Verbindlichkeit erhebt, die von immanenter Rechts-theorien ausgeblendet werde (s. ebd., 185). Drath dagegen sieht hier eine Grundfrage, die für ihn quasi transzendentalen Charakter besitzt: Die Verinnerlichung des Rechts gehört für ihn zu den Bedingungen der Möglichkeit, soziales Zusammenleben durch Recht zu ordnen (s. ebd., 186).

Diese Möglichkeitsbedingungen werden gewährleistet durch soziale Rollen und Institutionen, in denen nicht allein die Funktionsrationalität rechtlicher Bestimmungen zum Ausdruck kommt, sondern durch die das Recht auch sozial vermittelt wird: Die Rollen stabilisieren die Verhaltensweisen der Rollenträger und konstituieren in ihrem dialektischen Bezug aufeinander die Institutionen. Im Lichte des durch die Institutionen vermittelten Zusammenhangs der wechselseitigen Rollenbezüge erscheinen die Rechtsgebote material in dem Maße als »sachgemäßer« Ausgleich unterschiedlicher Interessen, in dem sich die beteiligten Seiten auf diese Gebote »einrichten« können (s. ebd. 182). Je besser in diesem Sinne der sachgemäße Ausgleich gelingt, um so stärker wird die Akzeptanzbereitschaft gegenüber den Rechtsgeboten.²⁵ Damit weist Draths Betrachtung des Rechts über die rein funktionalistische Perspektive hinaus, indem sie den sozialen Sinn des funktional aufgefassten Rechts als eigenständiges Element des Rechts herausarbeitet. So wird die Positivität des Rechts durch dessen sachgemäße soziale Vermittlung in Rollen und Institutionen zusätzlich »abgestützt«: Je sinnvoller die Rechtsgebote, desto größer die Wahrscheinlichkeit, dass sie nicht nur hingenommen, sondern mehr oder weniger selbstverständlich akzeptiert oder bewusst bejaht werden (s. ebd.).

Der soziale Sinn, den Drath mit dem Kriterium des »Sachgemäßen« zu umschreiben versucht, erschöpft sich nicht in sozialtechnischer Anpassung. Drath spricht auch von »Sachgerechtigkeit« und meint damit nicht einfach Zweckmäßigkeit, sondern eine spezifische Form sozialer Rationalität (s. GpG, 124–126). Zweckmäßige Lösungen eines Problems dienen einem »Zweck«; sie sind vorläufig; sie bestehen solange, als sich

23 S. Martin Drath, *Grundgesetz und pluralistische Gesellschaft. Wie weit dürfen weltanschauliche Tendenzen in der Rechtsprechung Berücksichtigung finden?*, in: Wolfgang Böhme (Hrsg.), *Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung*, Karlsruhe, 1968, 85–155 (=GpG), hier 147.

24 S. Martin Drath, *Der Gesetzesbegriff in den Rechtswissenschaften* (1966), in: ders., *Rechts- und Staatslehre als Sozialwissenschaft*, 47–70, hier 52; dort auch eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den Einwänden gegen den Rechtspositivismus. Drath hat die Bedeutung des Gesetzes weiter ausgeführt in seinen *Bemerkungen zur Theorie des Gesetzgebungsstaates* (1965), in der zitierten Sammlung, 71–83.

25 S. zu den Konzepten der Rolle und der Institution bei Drath ausführlich KT (Fn. 3), 165 ff. sowie S (Fn. 3), Sp. 2443.

keine bessere, d. h. eine dem Zweck dienlichere Lösung findet. Dabei geht es nicht um die Sache selbst, sondern um den mit der Sache gegebenenfalls verbundenen Zweck. So haben diese Lösungen auch nicht an dem Wert der Sache teil, sie bleiben der Sache äußerlich und eben vorläufig.²⁶ Daher dürfen sachgemäße Rechtsgebote, verstanden als sozialtechnisch angepasste Entscheidungen, kaum darauf hoffen, von den Rechtsadressaten »verinnerlicht« zu werden (s. GpG, 126). Für eine vertiefte Form der Akzeptanz bedarf es vielmehr der Einbettung der rationalen Entscheidungen in die sozialen Kontexte – und das heißt für Drath auch: ein Einschließen von sozialen Wertungen, so dass die Entscheidungen etwa als Ausdruck der Verwirklichung »kultureller Prinzipien« gelten können (s. KT, 183). Namentlich für den Richter bedeutet dies, dass er die Wirkungen seiner Entscheidungen auf das soziale Leben im Blick behalten muss.²⁷

Ist das Maß der juristischen, namentlich der richterlichen Entscheidung das »Funktionieren des sozialen Lebens« – Drath spricht an anderer Stelle auch von »Wohlgeordnetheit« (Gesetzesbegriff, 52) –, so bedarf es dafür auch erfahrener Richter, welche die soziale Kompetenz für entsprechende Entscheidungsfindungen besitzen. Ein solcher Richter muss sich von der Praxis, in die seine Entscheidungen hineinwirken, beeindrucken und gegebenenfalls hinsichtlich seiner eigenen außerrechtlichen Ordnungsvorstellungen korrigieren lassen können (s. KT, 190). Denn es darf nicht dazu kommen, dass richterliche Entscheidungen zur reinen Technik der sozialen Anpassung verkommen. Der Wert der Technik bemisst sich an ihrer Wirkung, die soziale Ordnung jedoch – wozu die richterlichen Entscheidungen beitragen sollen – ist angewiesen auf die Auskömmlichkeit. Und die Frage der Auskömmlichkeit stellt sich nur auf dem Hintergrund einer freien, pluralistischen Gesellschaft.

III. Der Begriff des Politischen

Drath dachte den Staat und das Recht von ihrer gesellschaftlichen Funktion aus und traf sich darin nicht nur mit der Staatstheorie Hellers, sondern auch mit den zu seiner Zeit aktuellen systemtheoretischen Ansätzen aus der Soziologie.²⁸ Von der Systemtheorie nahm er namentlich die Auffassung vom Staat als Teilsystem der Gesellschaft und die Konzeption der systemischen Rückkopplungen auf. Gleichwohl hielt Drath am tradierten Begriff des Staates fest und ersetzte ihn keineswegs durch den Begriff des politischen Systems. Offenkundig erschien Drath eine »rein« funktionalistische Theorie als ungenügend. Das Ungenügen rein funktionalistischer Betrachtung musste in deren Mangel einer im weitesten Sinne normativen Perspektive liegen: Eine Theorie

²⁶ Andererseits darf »sachgemäß« auch nicht missverstanden werden, als ob sich soziales Verhalten bereits aus der Sache selbst ergäbe; soziales Verhalten meint stets, dass man sich zur Sache verhält; s. SpP (Fn. 6), 113.

²⁷ »Regelmäßig genügt dafür nicht die Wirkung auf die unmittelbar von der Entscheidung Betroffenen, sondern ›die Wirkung auf das soziale Leben‹, die sich ergibt, wenn man eine Entscheidungsmaxime (einen ›Leitsatz‹) zum *allgemeinen* Gesetz erhöbe. Das bedeutet also eine Messung am Funktionieren des sozialen Lebens, an ›Seins-‹-Tatsachen, die damit zum Prinzip der Richtigkeit der juristischen Entscheidung werden. ›Erfahren‹ ist ein Richter, wenn er nicht nur Erfahrungen mit dem Verhalten der Beteiligten im Prozeßverfahren und in der Handhabung der Rechtsordnung – als reines Normensystem – besitzt, sondern auch über ›Lebensverhältnisse‹, d. h. über das menschliche Verhalten, die Interessen und Tendenzen in den verschiedensten zwischenmenschlichen Beziehungen innerhalb der konkreten Gesellschaft und über ihre Wirkungen auf ein funktionierendes Zusammenleben in ihr.« (KT (Fn. 3), 189 f.).

²⁸ Draths Charakterisierung der modernen Industriegesellschaft ist beeinflusst von dem konfliktsoziologisch modifizierten Strukturfunktionalismus Talcott Parsons und Robert K. Mertons, wie er in den fünfziger und sechziger Jahren in Deutschland rezipiert wurde. S. KT (Fn. 3), 164 f., Anm. 4 mit Hinweisen auf die strukturell-funktionale Theorie und 173 f., Anm. 9 auf die Konfliktsoziologie.

des Staates und des Rechts bleibt aus Draths Sicht unvollständig, wenn in ihr nicht auch normative Gesichtspunkte konstitutiv Berücksichtigung finden.

Dies wird deutlich an der Differenzierung des Drathschen Staatsbegriffs: Während der Begriff des Staates im engeren Sinne eine primär funktionalistische Auffassung vom Staat expliziert,²⁹ kommen beim Begriff des Staates im weiteren Sinne starke normative Aspekte ins Spiel – nämlich die von den Menschen vertretenen kulturell geprägten Wertüberzeugungen und ihre Ordnungs- und Gestaltungsvorstellungen. Von letzteren hängt die Legitimität und damit das Funktionieren des Staates im engeren Sinne ab (s. KT, 169). Bezeichnenderweise nun identifiziert Drath den Staat im weiteren Sinne »als das Ganze des politischen Lebens« (ebd., 168). Das politische Leben geht damit über den Staat im engeren Sinne, den Staat als »Herrschaftsapparat« hinaus und wird geprägt von den normativen Ordnungsvorstellungen und Werthaltungen der Menschen. An dieser Stelle indes bleiben die Ausführungen fragmentarisch und entbehren einer systematischen Herleitung: Obgleich von Politik in seinen Arbeiten immer wieder die Rede ist, hat Drath eine systematische Explikation seines Begriffs des Politischen nirgends vorgenommen.³⁰ Gleichwohl lässt sich sein Begriff des Politischen unschwer rekonstruieren: Dort, wo es um das allgemeine Zusammenleben der Menschen als solches geht, um die Regelung des unwillkürlichen gesellschaftlichen Gesamtzusammenhangs, d. h. wo es um »die Gesamtheit aller, auch der scheinbar ihn [i. e.: den Einzelnen, M. H./O. L.] nichts angehenden Beziehungen in der Gesellschaft – das ganze Beziehungsgeflecht, das sie ausmacht« (S, Sp. 2440), geht, werden die gesellschaftlichen Angelegenheiten politisch. Die Ordnung und Organisation des »Gesamtlebens« (KT, 167) als solche ist jener »besondere [...] Aspekt *alles* sozialen Lebens« (ebd., 168), den »wir den politischen« (ebd.) nennen. Ordnung und Organisation erfolgen nun einerseits durch den Staat im engeren Sinne, andererseits sind sie aber Angelegenheit von »jedermann« (ebd., 169), da sie nicht nur die Allgemeinheit betreffen, sondern auch aus dem auf die Ordnung und Organisation des gesellschaftlichen Gesamtzusammenhangs selbst gerichteten Verhalten aller resultieren. Politisch also ist die Ordnung und Organisation des gesamtgesellschaftlichen Lebens durch eine entsprechend hierauf gerichtete Orientierung des Verhaltens aller Einzelnen sowie das von diesem Verhalten getragene Handeln des Staates im Sinne des Herrschaftsapparates. Aus der Perspektive des

²⁹ »Besondere Rollen und Institutionen erweisen sich [...] als Strukturelemente des Staates, und dessen spezifische soziale Funktion selbst wird an den besonderen Teilfunktionen der organisierten Rollen und Institutionen im und gegenüber dem allgemeinen sozialen Leben erkennbar« (KT (Fn. 3), 168).

³⁰ Dies gilt auch für die Habilitationsschrift, in der man wegen des Gegenstandes der Arbeit systematische Ausführungen zum Begriff des Politischen vielleicht am ehesten erwarten würde. Drath stellt dort zwar folgendes fest: »Bei der Deutung des Begriffs des Politischen [handelt es sich] heute stets um eine Staatstheorie in nuce [...], und [...] die Auffassung vom Politischen [offenbart] heute die gesamte Staatsauffassung eines Denkers« (Carl Schmitts *Freund-Feind-Theorie* (Fn. 1), 4, s. a. 98); doch finden sich wie in den späteren Schriften lediglich einige klärende Hinweise, die Drath (zum damaligen Zeitpunkt vorliegendes) Verständnis von Politik im Ansatz erkennen lassen (s. ebd., 129 f., 137 ff., 144, 171, 199 ff., 262 f.) Charakteristisch ist eine Bemerkung, die sich in Draths Nachlass findet (N 1341/1; die maschinengeschriebene Aufzeichnung, die lediglich eine Seite lang ist, wurde von Drath mit »Begriff des Politischen« übertitelt, sie ist nicht datiert, stammt aber offenkundig aus den sechziger Jahren): »Wenn der *moderne Staat* die Form der politischen Herrschaft unter den Bedingungen der bürgerlichen und – heute – der industriellen Gesellschaft ist, dann wird er durch den Begriff des Politischen charakterisiert. Dieser Begriff selbst ist kein Wesensbegriff, sondern ein funktionaler Begriff. Wollen wir seine Definition nicht [...] setzen, so müssen wir sie dem Sprachgebrauch entnehmen. Dieser aber ist ein Sprachgebrauch eben dieser modernen Gesellschaft, und zwar in unserem Lande. Es kommt also auf die politische Funktion an, die und wie sie hic et nunc sich uns darstellt. Dann fällt uns auf, daß wir eine Art von Sachbereich als »die Politik« bezeichnen, Sachbereich menschlichen Handelns in besonderen Rollen innerhalb des Ganzen unseres sozialen Lebens. Zugleich aber kann uns Politisches auch im ganzen sozialen Leben begegnen, überall, in jeder Beziehung, gibt es Wirkungen der Politik, sogar in privaten Beziehungen von Menschen.«

letzteren befindet sich das Individuum in der Rolle des Staatsbürgers (s. o. II. 2.). Dieser politischen Rolle entsprechen auf Seiten des Staates im engeren Sinne besondere staatliche Rollen (»Beamte, Richter, Minister, Abgeordnete usw.«) und Institutionen (»Behörden, Ämter, ganze Zweige der staatlichen Tätigkeit«; KT, 167). Beide Rollenkomplexe zusammen konstituieren erst den *politischen Raum*, in dem das staatliche Handeln sich effektiv entfalten kann (s. a. S, Sp. 2441 f.).

Die Effektivität des staatlichen Handelns – d. h. die Gewährleistung des Funktionierens der Gesellschaft dort, wo diese ihr Funktionieren nicht selbst gewährleisten kann – setzt dessen »Auskömmlichkeit« voraus (s. o. II. 2). Damit gerät eine weitere Dimension des Drathschen Politikverständnisses in den Blick: Es ist der Aspekt des spezifisch politischen Handelns, das Drath auch als die »Kunst der Politik« (ebd., Sp. 2442) bezeichnet. Die Kunst der Politik bezieht er zum einen auf den Prozess der Verfassunggebung: Die politische Kunst der Verfassunggebung besteht demnach darin, »den Grund zu legen für die Legitimität der Herrschaftsgewalt des so [d. h. durch die Verfassung als Organisation des Staates, M. H./O. L.] organisierten, manchmal überhaupt erst konstituierten Staates, für eine möglichst umfassende Integration« (ebd., Sp. 2448; Abkürzungen aufgelöst).³¹ Der Akt der Verfassunggebung ist zutiefst politisch, weil mit ihm die Grundlagen der Ordnung und Organisation der Gesellschaft im Ganzen gelegt werden.

Zum anderen besteht die Kunst der Politik aber im alltäglichen politischen Geschäft darin, die verschiedenen gesellschaftlichen Interessen immer wieder neu auszugleichen, die gesellschaftlichen Ansprüche und Bedürfnisse auszubalancieren. Und »dieses permanente Ausbalancieren muß [...] zu einer – generell nicht bestimmbarer – »Auskömmlichkeit« führen als der Grundlage allen Zusammenlebens von Menschen« (S, Sp. 2441). Die alltägliche Kunst der Politik besteht mithin im Akzeptanzmanagement, dessen gelingende Verwirklichung eine bestimmte soziale Ratio voraussetzt (s. SpP, 113).

Hinter den von Drath zur Kennzeichnung der politischen Kunst verwendeten Begriffen des Ausbalancierens, des Ausgleichs, der politischen Leitung (s. S, Sp. 2448) steht, durch den Begriff der Auskömmlichkeit vermittelt, mithin keineswegs ein nur sozialtechnologisches, rein funktionales Verständnis von Politik. Vielmehr zeigt sich, dass Drath eine für die moderne Industriegesellschaft ausbuchstabierte Konzeption von *guter* Politik vertritt – und damit *cum grano salis* an die alteuropäische Tradition eines politischen Aristotelismus anknüpft. Gute Politik ist Politik der Auskömmlichkeit, Politik der Aufrechterhaltung – und damit der Existenzsicherung – der gesamtgesellschaftlichen Ordnung; sie ist so zugleich Bedingung der Freiheit des Einzelnen, dessen freie Selbstentfaltung vom auskömmlichen Funktionieren der politischen Ordnung mit abhängt.³² Orientierungspunkt und Zentrum des politischen Akzeptanzmanagements ist der gewaltendifferenzierte Staat als »Koordinationszentrum«, das die gesellschaftlichen Regulierungsbedürfnisse erfüllt.³³ Als »das besondere politische Führungsorgan« bezeichnet Drath dabei die Regierung, die jedoch nicht die einzige politische Gewalt ist: Vielmehr sind auch Gesetzgebung und Rechtsprechung aus der Perspektive der Drathschen Theorie politischer Natur. Für die Gesetzgebung

³¹ S. zum Verfassungsbegriff S (Fn. 3), Sp. 2447–2450 sowie im Rahmen einer ausführlichen Montesquieu-Interpretation Martin Drath, *Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht*, in: Arcadius R. L. Gurland (Red.), *Faktoren der Machtbildung. Wissenschaftliche Studien zur Politik*, Berlin 1952, 99–138.

³² Zum Zusammenhang zwischen Politik und Freiheit s. Martin Drath, *Regierung und Grundrechte*, in: ders. *Rechts- und Staatstheorie als Sozialwissenschaft*, 24–32.

³³ Charakteristischerweise stellt Drath in diesem Kontext fest: »Die englische Bezeichnung »government« kennzeichnet ihn [i. e. den modernen Staat; M. H./O. L.] treffend als Steuerungssystem« (S (Fn. 3), Sp. 2441).

liegt dies auf der Hand, für die Rechtsprechung ist dies noch etwas näher zu erläutern:³⁴

Damit das Recht seiner Funktion in der Industriegesellschaft und im demokratischen Staat gerecht werden kann, damit es sich nicht von der die positive Rechtsordnung tragenden Kultur entfernt und dadurch seine Akzeptanz verliert, muss der Umstand der Rückwirkung des Rechts und der rechtlichen Entscheidungen auf die Gesellschaft von den Rechtsanwendern berücksichtigt werden. Diese stehen somit vor der ständigen Aufgabe, *auskömmliche* Rechtsentscheidungen zu treffen. Damit aber erhalten Rechtsentscheidungen selbst einen politisch-gesellschaftsgestaltenden Charakter.³⁵ Wegen des in diesem Sinne politischen Charakters ihrer Tätigkeit können sich Juristen nicht mehr auf einen rein positivistischen, rechtsimmanenten Standpunkt zurückziehen, und es war Draths Anliegen, die juristische Zunft über diese Zusammenhänge und die damit verbundenen methodologischen und rechtsethischen Herausforderungen aufzuklären. Dafür bot u. a. die Münchener Staatsrechtslehrertagung vom Oktober 1950, auf der Drath über *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit* referierte, ein geeignetes Forum.³⁶

IV. Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Theoretische Aspekte

Drath, elf Monate nach der Münchener Tagung selbst Mitglied im Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts, nahm die Gelegenheit wahr, nicht nur über die »Grenzen« zu sprechen, sondern darüber hinaus auch *sein* Bild der Verfassungsgerichtsbarkeit zu zeichnen. Sein Referat war erkennbar von dem Wunsch getragen, über den Weimarer Diskussionstand hinaus zu gelangen,³⁷ obgleich die Kritik von Carl Schmitt, wie es scheint, Draths Sinn für die Probleme geschärft hat, die ein Verfassungsgericht als oberster Hüter der Verfassung für den demokratischen Rechtsstaat bedeuten könnte. Gerade deswegen hat sich Drath um ein möglichst realistisches Bild der Verfassungsgerichtsbarkeit bemüht. Dazu gehört für ihn die Einsicht, dass Verfassungsgerichte eher »Regierungsorgane der besonderen Art« darstellen, die kaum mit der anderen Gerichtsbarkeit zu vergleichen sind: Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist »niemals und nirgends mit anderer Gerichtsbarkeit wesensgleich [...], weil sie sich niemals und nirgends in auch nur annähernd gleicher Weise wie andere Gerichtsbarkeit auf die Bindung an das Gesetz beschränken und allein verlassen können [sic!]. Es kommt nicht darauf an, ob auch andere Gerichte mehr oder minder (und gelegentlich sogar sehr) frei von solcher Bindung sind, und ob auch ein Verfassungsgericht gelegentlich durchaus gebunden sein kann; maßgebend ist allein,

³⁴ S. zur Gewaltenteilung bei Drath neben der Arbeit über *Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht* (Fn. 31), auch S (Fn. 3), Sp. 2447–2455, bes. Sp. 2449.

³⁵ »Die Aufgabe des Richters ist von der Anwendung kodifizierter Normen weg unmerklich in das politische Leben hineingelenkt worden. Der Richter nimmt eine Sozialgestaltung vor und trifft damit echte politische Entscheidungen.« (Martin Drath, *Die Delegation politischer Aufgaben an die Rechtsprechung*, gekürzte, nicht vom Autor korrigierte Fassung eines Vortrages, in: *Loccumer Protokolle 1966 Nr. 5 (Erfülltes und unerfülltes Grundgesetz, Tagung vom 13. bis 16. April 1966)*, 55–58, hier 57; s. auch KT (Fn. 3), 189).

³⁶ Drath war Mitberichterstatter von Erich Kaufmann; s. VVDStRL 9 (1952), Kaufmann: 1–16, Drath: 17–116 (= GdV), Aussprache: 117–133.

³⁷ S. die Referate von Heinrich Triepel und Hans Kelsen über *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: VVDStRL 5 (1929), Triepel: 2–29, Kelsen: 30–88. S. darüber hinaus den publizistischen Streit zwischen Hans Kelsen (*Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Berlin 1931) und Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1931).

daß die Bindung für die anderen Gerichte charakteristisch ist, für die Verfassungsgerichte aber nicht [...]« (GdV, 96).

457

Den wesentlichen Grund für die Nichtbindung der Verfassungsgerichte an die normativen Vorgaben sieht Drath in der Verfassung selbst. Sie sei lückenhaft, enthalte oft nur Prinzipien zur Orientierung (mitunter sogar Widersprüche) und biete daher insgesamt nur »Gesichtspunkte«, aber keine »Grundlage« für eine Entscheidung (s. ebd., 92–94). Dem Verfassungsrichter ist es daher aufgegeben, diese Gesichtspunkte selbstständig und schöpferisch weiterzudenken.³⁸ Maßstabsbildend für ihn ist dabei das soziale Funktionieren: »Unsere Verfassung ist die einer modernen Industriegesellschaft, also einer Gesellschaft mit dieser besonderen Notwendigkeit ihres Funktionierens. Soll menschliches Zusammenleben in dieser Gesellschaft so reibungslos wie möglich sein, so ist jene moderne rationale Sachgerechtigkeit allenthalben die Möglichkeitsbedingung dafür. Unsere Verfassung muß normativ wollen, was ihr eigenes Funktionieren in eben dieser Gesellschaft und damit das Funktionieren des so verfaßten Staates überhaupt erst möglich macht« (GpG, 141).

Für Drath ergeben sich aus diesem Befund drei Folgerungen: Erstens ist das »Verfassungsbild« des Richters, der dem Gesetz unterworfen sei und anhand der gesetzgeberischen Vorgaben »nur noch« festzustellen und anzuwenden habe, was rechtens ist, nicht mehr haltbar, weil der Richter beständig zwischen mehreren Entscheidungsmöglichkeiten und Begründungen wählen kann und »also aus eigenem etwas hinzutu[t]« (GdV, 92). Zweitens verabschiedet sich Drath damit zugleich von dem Postulat, dass der Richter die Aufgabe habe, die jeweils *einzig* richtige Lösung zu finden. Der Richter habe vielmehr vertretbare Entscheidungen zu treffen. Dies impliziert drittens die Gestaltungsnotwendigkeit, aber auch -möglichkeit für den Verfassungsrichter (s. ebd., 94). Die Gestaltungsnotwendigkeit wiederum ist durch drei Momente gekennzeichnet: Sie bezieht sich erstens auf die Allgemeinheit, auf das politische und soziale Leben insgesamt – weshalb Drath auch an einer Stelle davon spricht, dass das Verfassungsgericht selbst »pouvoir constituant« sei (s. ebd., 96).³⁹ Zweitens haben die verfassungsrichterlichen Entscheidungen Wirkungen für die Zukunft, weshalb die Richter stets die Folgen ihrer Entscheidungen zu bedenken haben (s. SuR, 91). Um die zu entscheidenden Sachverhalte angemessen in ihrem Kontext zu sehen, bedarf es der »prudentia« (Klugheit) und »providentia« (Voraussicht). Über sie sollte der Richter nach Möglichkeit verfügen (s. GdV, 97). Prudentia und providentia sind zwei Elemente der traditionellen Urteilslehre, die zwischen Recht und Politik nicht kategorial unterscheidet, sondern sie als zwei Seiten der Praxis versteht. In diesem Sinne sieht auch Drath wesentliche Strukturanalogenien zwischen den richterlichen Urteilen einerseits und dem politischen Denken und Handeln andererseits.⁴⁰ Drittens schließlich deutet Drath die Konsequenzen der Ausweitung des verfassungsrichterlichen Denkens und Handelns an, wenn er sich der Frage nach dem Kriterium einer »richtigen« Entscheidung zuwendet. »Richtig« ist eine verfassunggerichtliche Entscheidung idealiter, sofern sie rechtlich gut begründet und zweckmäßig ist. Drath selbst hat jedoch hervorgehoben, dass rechtliche Begründungen in der Regel aufgrund der nur schwachen normativen Vorgaben durch die

³⁸ S. GdV (Fn. 36), 94. Diese Anforderung richtet sich jedoch nicht allein an den Verfassungsrichter, ihr müssen sich im Grunde alle Richter stellen (s. KT (Fn. 3), 188 f.).

³⁹ Dieses Moment des verfassungsgerichtlichen Handelns korrespondiert mit der Maxime Draths zur richterlichen Auslegung, das »Ganze« der Verfassung und die »Wirklichkeit des politischen Lebens« im Auge zu behalten (GdV (Fn. 36), 93).

⁴⁰ »Denken und Handeln wie ein Politiker« (GdV (Fn. 36), 98). Drath verzichtet gleichwohl nicht auf den »absichernden« Hinweis, dass das Verfassungsgericht nicht über dieselbe Freiheit verfüge wie ein »rein« politisches Staatsorgan; ein Verfassungsgericht habe in diesem Sinne immer auch eine »konservierende Funktion« (ebd.).

Verfassung nicht eindeutig als richtig oder falsch kategorisiert werden können. Vor diesem Hintergrund erlangt das Kriterium der Zweckmäßigkeit besondere Bedeutung. Drath stellt dabei klar, dass die Frage der Zweckmäßigkeit typischerweise politisch umstritten sei (s. ebd., 100 f.), und ergänzt an anderer Stelle, dass der moderne Pluralismus weltanschaulicher Ideen zu den »Möglichkeitsbedingungen« des sozialen Zusammenlebens gehöre. Deshalb zähle es zu den »Amtspflichten« des Richters, diese Möglichkeitsbedingungen bei der Auslegung der Rechtsnormen mitzubedenken (s. GpG, 97 f.). Dafür ist es erforderlich, die »Ordnungs- und Lenkungsintentionen« der Normen auf die sozialen Bedingungen, von denen sie ausgegangen sind, erneut zu beziehen. Das verlangt vom Richter, wie Drath schreibt, »einen hohen Grad eigener sozial ordnender Vernunft« (ebd., 99), zumal die sozialen Bedingungen keinen dauerhaften Zustand darstellen, sondern ihrerseits ständigen Wandlungsprozessen unterworfen sind.⁴¹

An diesem Punkt wird darüber hinaus deutlich, wie sich die Frage nach der Richtigkeit der Entscheidung mit der Frage nach *Autorität* und *Akzeptanz* verbindet – Autorität auf Seiten der Verfassungsgerichtsbarkeit, Akzeptanz seitens der Rechtsadressaten. Auf den ersten Blick erscheint die Antwort von Drath wenig Neues zu bieten, wenn er konstatiert, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit ihre Autorität in der Praxis erwerben muss (s. GdV, 101) und dabei darauf zu achten hat, dass die Entscheidungen des Verfassungsgerichts die notwendige integrierende Wirkung besitzen (s. ebd., 104). In ähnlicher Weise wird die Möglichkeit und Notwendigkeit der Integrationswirkung durch die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen beispielsweise auch von Gerhard Leibholz gesehen.⁴² Eigene Wege beschreitet Drath jedoch, wenn von ihm drei Gesichtspunkte hervorgehoben werden, die üblicherweise zu den Problemfeldern der Verfassungsgerichtsbarkeit gezählt werden.

Nach Auffassung von Drath haben die Verfassungsrichter die Reaktionen der anderen »Verfassungsfaktoren« nicht nur *auf*, sondern auch *für* ihre Entscheidung im Blick zu behalten. Solche »Reaktionen auf Reaktionen« sind – wenn nicht als originäre Rechtsgründe, so doch als Entscheidungsgründe verstanden – aus normativer Perspektive nicht unbedenklich. Zumindest werfen sie die Frage auf, mit welchem Rechtsprinzip diese, für sich zunächst außerrechtlich zu verstehenden Faktoren, umfasst werden können. Das gilt auch für die zweite Überlegung Draths, der von Verfassungsrichtern fordert, dass sie die politische Durchsetzung ihrer Entscheidungen im Zweifel selbst zum Teil der Entscheidungen machen sollten (s. ebd., 102). Ein solches Plädoyer für obiter dicta ist unter Staatsrechtslehrern ebenso ungewöhnlich wie der dritte Gedanke von Drath: Er sieht nämlich in der Beteiligung der politischen Parteien bei der Besetzung des Verfassungsgerichts nicht nur ein notwendiges Übel oder eine zu reformierende Einrichtung, sondern eine wesentliche Voraussetzung für die Akzeptanz des Verfassungsgerichts (s. ebd., 102).

Alle drei Faktoren tragen nach Drath dazu bei, die Autorität des Verfassungsgerichts und die Akzeptanz und integrierende Wirkung seiner Entscheidungen zu befördern. Aus rechtstheoretischem Blickwinkel scheint dabei vor allem die Frage nach dem Status der außerrechtlichen Faktoren für die (Rechts-)Entscheidung des Verfassungsgerichts kritisch zu sein. Als Ausgangspunkt für die Beurteilung der Drathschen Argumente eignet sich noch einmal die Integrationswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Die Differenz von Drath etwa zu Leibholz in dieser Frage besteht darin, dass Leibholz die Integrationswirkung als ein selbstverständliches Attribut der

41 Ausführlicher zum Problem von Zustand und Prozess im Recht RaS (Fn. 21), 33–46.

42 S. dazu ausführlich Gerhard Leibholz, *Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur »Status«-Frage*, in: Jör 6 N. F. (1957), 120–137.

Verfassungsorganqualität des Gerichts betrachtet. Für Drath hingegen ist die Integrationswirkung nicht selbstverständlich, sondern muss erst bewirkt, d. h. intendiert hergestellt werden. Am Gelingen dieser Integrationsleistung hängen die Autorität des Verfassungsgerichts und die Akzeptanz seiner Entscheidungen. Die Integration ist so zugleich Voraussetzung der Entscheidung im Sinne einer wirksamen Entscheidung. Sie resultiert mithin aus einem richterlichen Akzeptanzmanagement und nicht – gleichsam von selbst – aus einer subsumtionslogischen Anwendung des Rechts. Das so verstandene Akzeptanzmanagement ist die politische Bedingung der Entscheidung selbst. Auf diesen Punkt hebt Drath eigens ab, wenn er betont, dass die *rechtliche* Stellung des Verfassungsgerichts als Erster unter Gleichen – aufgrund seiner Kompetenz, mit letzter Verbindlichkeit die Verfassung auszulegen – nicht automatisch mit *politischer* Macht korrespondiert (s. ebd., 103). Diesen Unterschied zwischen Verfassungsrang und politischer Autorität zu erkennen, bedeutet für Drath aber gerade nicht die Trennung von Recht und Politik, so dass sich die Integration als ein »bloß« außerrechtliches Phänomen erfassen ließe. Integration gehört stattdessen für Drath zu den Ermöglichungsbedingungen des Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts.⁴³ Dabei beschränkt sich diese Einsicht nicht allein auf die systemische Ebene; Drath macht darüber hinaus sehr wohl auch deutlich, dass die strukturellen Voraussetzungen einer integrativen Verfassungsrechtsprechung auch von den Verfassungsrichtern selbst mitgetragen und mitverantwortet werden müssen.

Zu den persönlichen Voraussetzungen des Verfassungsrichters gehört für Drath ein Set an ethischen und dianoetischen Tugenden: So ist die »innere Freiheit« (ebd., 106), die nicht nur seine Unabhängigkeit, sondern auch sein Widerstehen gegenüber persönlichen Interessen umfasst, nicht allein als »Distanz« (ebd., 107) zu haben. Der Verfassungsrichter muss ferner auch in der Lage sein, über ein »Gesamtbild« (ebd., 109) der Verfassungswirklichkeit zu verfügen, das er nur dann gewinnen kann, wenn er – bei aller Distanz – auch eine Position des »Darin-Stehens« (ebd., 107) bezieht. Charakteristisch für die Verbindung von intellektuellen und charakterlichen Fähigkeiten ist auch das Zusammengehen von »Ethos« und »Klarheit des Denkens« (ebd., 108) als weiteren Voraussetzungen für ein solches Gesamtbild wie für die Urteilsfähigkeit des Richters an sich. Mit diesem Vermögen ausgestattet, ist der Richter nach Drath in der Lage, die fehlenden normativen Vorgaben der Verfassung durch eine persönliche Bindung an die demokratische Grundordnung zu kompensieren. Aus dieser Perspektive erwächst die normative Grundierung seines Anspruchs, »richtige« – das heißt bei Drath immer auch *auskömmliche* – Entscheidungen zu treffen. Dieser Anspruch, den der Richter nicht aufgeben kann, ohne seine Funktion aufzugeben (s. GpG, 148), ist zugleich auch der »archimedische Punkt«, von dem aus die demokratischen Entscheidungen kontrolliert werden, und zwar nicht nur, um sie zu verhindern. »Hüten« heißt für Drath nicht allein Bestandswahrung, sondern auch Gestaltung dessen, »was werden soll« (GdV, 110).

Das Resümee lässt keinen Zweifel daran, dass Drath die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit befürwortet hat. Es zeigt aber zugleich, dass seine Ansichten hierzu alles andere als den staatsrechtlichen Mainstream ausdrückten. Drath hat das Verfassungsgericht in einer durchaus aktiven politischen Rolle gesehen, und zwar aus Gründen, die für die Skeptiker der Verfassungsgerichtsbarkeit (wie Schmitt) vornehmlich Gründe gewesen sind, eine solche Institution abzulehnen.

⁴³ Dieser Gedanke der wechselseitigen Ermöglichungsbedingungen von Recht und Politik über die Verfassung in Zeiten der Industriegesellschaft berührt sich mit Luhmanns Begriff der Verfassung als »struktureller Kopplung«, die dieser als – auch darin Drath ähnlich – »evolutionäre Errungenschaft« sieht; s. Niklas Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 176–220.

2. Praxis verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

Dass Draths theoretische Überlegungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit keineswegs bloß akademischer Natur waren, zeigt sich dem Blick auf die Praxis verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, wie sie sich aus der Perspektive des Drathschen Ansatzes darstellt. Wie diese Praxis im Lichte der Drathschen Theorie zu begreifen ist, bleibt abschließend zu skizzieren:

Mit seinem »rechtstranszendenten« Ansatz geht es Drath vor allem um die Frage, unter welchen Bedingungen das positive Recht seiner sozialen Funktion gerecht, d. h. verbindlich wirksam werden kann. Jede Rechtsdogmatik, so Drath, basiert auf einer Rechtstheorie bzw. Rechtsphilosophie, die ihrerseits letztlich wieder außerrechtliche Orientierungspunkte einschließe (RaS, 41). Praktisch bedeutsam ist dieser Zusammenhang vor allem bei den Parteiverbotsverfahren gegen die Sozialistische Reichspartei (BVerfGE 2, 1 – SRP) und gegen die Kommunistische Partei Deutschlands (BVerfGE 5, 1 – KPD) geworden, die das Verfassungsgericht in seiner Frühzeit beschäftigten. Drath hatte bereits 1950 gefordert, dass die freiheitliche demokratische Grundordnung den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegen sollte. Genau diese Frage stand im Zentrum von SRP- und KPD-Verfahren.

Zwar wäre es »Kaffeesatzleserei«, die Handschrift Draths aus den entsprechenden Urteilen herauslesen zu wollen, doch ist kaum zu übersehen, dass es sich bei diesen Verfahren gewissermaßen um »Musterfälle« für die Anwendung des sozialwissenschaftlichen Ansatzes handelt.⁴⁴ Zwei Punkte können das veranschaulichen: Erstens wurde mit den Verfahren eine Grundsatzfrage für das Selbstverständnis der jungen Republik als freiheitliche Ordnung aufgeworfen: Wieviel Freiheit darf sich der Staat im Umgang mit seinen Feinden erlauben, ohne sich selbst seines freiheitlichen Fundamentes zu beraubten? Eine Frage, die offenkundig über das positive Verfassungsrecht hinausgeht und sich daher – und eben darin besteht das Anliegen von Drath – des Verhältnisses von außerrechtlichen Ordnungsgesichtspunkten und positivem Recht (hier des Verfassungsrechts) versichern muss. Zweitens besteht der Kernpunkt beider Urteile in dem Erkennen, Verstehen und Einschätzen der »Lage« (GpG, 125), nämlich der Gefahrenlage, die von den extremistischen Parteien in der politischen Situation Deutschlands nach dem Krieg ausging. Mit Drath könnte man sagen, dass die Aufgabe darin bestand, die von extremen Parteien ausgehende spezifische Störung des sozialen Funktionierens zu ermitteln – mit welcher Aufgabe die besonderen Anforderungen an Klugheit, Voraussicht und politischer Vernunft der Verfassungsrichter aufgezeigt sind.⁴⁵ Drath ging von diesen Überlegungen aus sogar so weit, dem Verfassungsgericht unter Umständen die Rolle einer »kommissarischen Diktatur« zum Schutze der Demokratie zuzusprechen. Damit werden einerseits zwar die demokratietheoretischen Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in besonders markanter Form auch in der Drathschen Konzeption sichtbar, jedoch weist die hinter dieser Konzeption stehende Vorstellung Draths von einem Verfassungsimperativ der »bestmögliche[n] Verfassungserfüllung« (GpG, 142) auch auf ein wichtiges Freiheitspotential der Verfassungsrechtsprechung. Steht doch außer Zweifel, dass die von Drath entwickelte Ausweitung verfassungsrichterlicher Interpretationsbefugnis in

⁴⁴ Nach Thomas Oppermann (*Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre*, in: Peter Badura/ Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 1: *Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozess*, Tübingen 2001, 421–460, hier: 431) spielte Drath eine »bedeutsame Rolle« bei den Entscheidungen; worauf sich diese Auffassung stützt, wird jedoch nicht deutlich.

⁴⁵ Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit, im Parteiverbotsverfahren die politische Lage konstitutiv zu bedenken, s. mit Blick auf das NPD-Verbotsverfahren Michael Henkel/Oliver Lembcke, *Wie sinnvoll ist ein Verbot der NPD? Zum Zusammenhang von streitbarer Demokratie und politischer Kultur*, in: KJ 34 (2001) 1, 14–28.

der Verfassungspraxis der Bundesrepublik die Aufwertung der Grundrechte erst ermöglicht hat, die heute allgemein als Errungenschaft des Grundgesetzes gefeiert wird. Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur an die Elfes- (BVerfGE 6, 32) und Lüth-Entscheidung (BVerfGE 7, 198), die beide vom Ersten Senat gefällt worden sind – unter Mitwirkung von Martin Drath.