

Vom Geist der Gesetze im Jahre 2004

Jörg Paul Müller | *Die Demokratie der pluralistischen Gesellschaft geht nicht mehr von vorbestehenden Konsensen aus, sondern wird von den Problemen des gemeinsamen Lebens und von der Interpretation der Wirklichkeit und den verschiedenen Gesichtspunkten über das Gerechte bestimmt. Obwohl dies zu Lebzeiten von Charles-Louis de Montesquieu noch nicht so war, war dieser der Ansicht, dass die Menschen, die in einer Rechtsordnung miteinander verbunden sind, Massstab und Legitimität einer Gesetzgebung bestimmen sollten. In seinem Einleitungsreferat zeigt Jörg Paul Müller auf, welchen Einsatz Montesquieu für die repräsentative Demokratie geleistet hat.*

1 Montesquieu und der demokratische Prozess der Gesetzgebung

Montesquieu ist vor allem bekannt als Vertreter der modernen Lehre von der Gewaltenteilung. Er gilt als liberaler Aristokrat und als Verfechter des republikanischen Gedankens; weniger geläufig ist sein Einsatz für die repräsentative Demokratie, obschon sich für Montesquieus Hinwendung zur Demokratie durchaus wichtige Belege finden lassen – eine Haltung, die ihn der Sache nach mit dem späteren Immanuel Kant verbindet. Die beiden grossen Aufklärer waren sich einig darin, dass keine Obrigkeit, sondern die Gesamtheit der Menschen, die in einer Rechtsordnung miteinander verbunden sind, Massstab und Legitimität einer Gesetzgebung bestimmen. Es sei des Menschen unwürdig, dass er einem Gesetz gehorche, das nicht von seiner Zustimmung getragen ist, so hat es Kant formuliert.¹ Und im berühmtesten Kapitel aller Werke von Montesquieu, im 6. Kapitel des 11. Buches des *Esprit des Lois*, steht der Satz: «In einem freien Staat soll jeder Mensch, dem man eine freie Seele zugesteht, durch sich selbst regiert werden.» (Montesquieu 1994, 219).²

Autonomie statt Heteronomie: Das ist der grundlegende Unterschied zwischen Despotie und Demokratie. Darin sind sich Montesquieu und Kant einig. Verpönt ist jede Unterwerfung unter irgendeine autoritär erlassene Norm, gefordert ist Gehorsam gegenüber dem gemeinsam gesetzten Recht. Hier liegt die elementare Wende vom Obrigkeitsstaat zur Republik, wo das Recht grundsätzlich nicht von oben nach unten, sondern in koordinativen und diskursiven Prozessen festgelegt wird. Zwingend ist das Recht nicht primär, weil hinter ihm die Vollstreckungsgewalt von Polizei oder Militär steht, sondern zwingend ist es vor allem, weil seine Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit in öffentlichen Auseinandersetzungen ermittelt und

schliesslich in den konsensgetragenen Verfahren direkter oder indirekter Demokratie – notfalls durch Mehrheitsentscheide – festgelegt wurden.

Die Demokratie der pluralistischen Gesellschaft geht nicht von vorbestehenden Konsensen aus, die etwa in moralischen oder religiösen Ordnungsvorstellungen verwurzelt wären, sondern von Problemen des gemeinsamen Lebens, deren Lösung nicht selbstverständlich ist und von vielen unterschiedlichen Interpretationen der Wirklichkeit und von vielfältigen und divergierenden Gesichtspunkten und Vorstellungen über das Gerechte bestimmt wird.

Dies sei an zwei Beispielen aus der Praxis illustriert: Unsere Ärzte müssen wissen, ob die Präimplantationsdiagnostik gleich wie die Pränataldiagnostik zu ihrem Aufgabenbereich gehört, und zwar nicht nur in ethischer Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf straf- und zivilrechtliche Haftungsfragen. Die tatbeständliche Analyse mitsamt der Folgenabschätzung ist komplex und lässt sich nur schwer anerkannten Normen oder Prinzipien wie dem Schutz der persönlichen Integrität, der Pflicht des Arztes zur Heilung und Verhütung von Leid oder den Forderungen der Menschenwürde zuordnen. Die massgebenden Normen sind oft auch unter sich selbst widersprüchlich.

Ein zweites Beispiel betrifft das Steuerrecht: Dass das Gemeinwesen für elementare Kollektivaufgaben wie Polizei und Feuerwehr oder für das Rechtswesen, aber auch für die Infrastruktur des Verkehrs und die elementare Koordination der Kommunikation finanzielle Mittel zur Verfügung haben muss, steht ausser Diskussion. Diese Mittel sind durch Steuern aufzubringen. Welches ist die gerechte Belastung jedes Einzelnen? Darüber wird ein eigentlicher Konsens, in dem jeder und jede findet, der konkret zu zahlende Steuerbetrag sei gerecht, kaum zu erzielen sein. Es gilt, den Dissens so zu minimieren, dass das Steuersystem als Ganzes genügend Akzeptanz erfährt, sich ein genügend hohes Steueraufkommen ergibt und niemand diskriminiert wird.

Gerade bei der Frage der Steuergerechtigkeit wird die beschränkte Tragfähigkeit der aristotelischen Unterscheidung von arithmetischer und proportionaler Gleichheit als Wegweiser zur Einsicht in Gerechtigkeit deutlich (Aristoteles 2001, 126–129). Die Gestaltung einer gerechten Steuerordnung gehört zu den politisch zu ermittelnden Grundfragen rechtlicher Gestaltung. Sie ist im säkularen, pluralistischen Staat nicht durch Rückgriff auf metaphysische Bezüge oder absolut verstandene Begriffe, sondern demokratisch zu lösen. Im Ergebnis lassen sich dann einzelne Normbereiche als Konkretisierung arithmetischer (beispielsweise die Belastung durch die

Mehrwertsteuer), andere als Verwirklichung proportionaler Gleichheit (progressiver Steuertarif bei der Einkommenssteuer) interpretieren.

In diesem Sinn lässt sich wohl sagen, der Ausgangspunkt eines gesetzlichen Entscheids über lösungsbedürftige Probleme des gemeinsamen Lebens sei in der Regel nicht Konsens, sondern Dissens.³ Allerdings darf die Gesetzgebung hier nicht stehen bleiben, sondern hat zur Aufgabe, die allgemein überzeugendsten Argumente in der öffentlichen Auseinandersetzung zu Ansehen und Geltung zu bringen, um für alle Betroffenen zustimmungsfähige oder doch akzeptable Lösungen zu finden. Dabei ist auch die Zumutbarkeit dieser Lösungen für die am stärksten Betroffenen zu prüfen. Im Rahmen des ersten Beispiels wären darum auch die Interessen des noch virtuellen, aber konkret betroffenen Lebens eines zukünftigen Menschen, die Belastbarkeit ärztlicher Tätigkeit oder die Gefühlsreaktionen von Eltern in die Würdigung einzubeziehen.

Rechtsschöpfung in der Demokratie lässt sich also in einer pluralistischen Gesellschaft weniger als Konsensfindung im Sinne des Aufdeckens plausibler Antworten auf soziale Probleme charakterisieren; sie ist vielmehr ein Weg von der Ungewissheit in der Analyse der Tatbestände und dem Fehlen konsensgetragener Normen über die faire Auseinandersetzung in gesellschaftlichen und politischen Prozessen zur Formulierung annehmbarer problemlösender Normen.

Wie gelangt man von Dissens, von Pluralismus der Anschauungen und Differenz in den moralischen Überzeugungen zu Konkordanz, Kompromiss oder Konsens in rechtlichen Ordnungen? Benötigt der demokratische Gesetzgeber in diesem Dickicht der Meinungen einen klärenden «guten» Geist, zum Beispiel eine naturrechtliche Direktive, eine spirituelle Führung oder die mythische Figur des weisen Gesetzgebers, wie sie später Rousseau vorschlagen wird, um die Richtung zu finden?⁴ Ist das die Bedeutung des «Geistes», den Montesquieu von jedem Gesetzgeber wünscht?

Montesquieu hielt von solcher geistiger Anbindung der Rechtsetzung an Autoritäten und Instanzen nichts, obwohl ihm eine Flut von Literatur bekannt war, die solche metaphysische oder kategoriale Verbürgung des Rechts forderte oder anbot. Nicht einmal auf den schon zu seiner Zeit bekannten Gedanken eines Vertrages unter den Rechtsgenossen als zeitloses Kriterium richtigen Rechts liess er sich ein. Das Prinzip, das die Gesetze tragen soll, ist bei Montesquieu weder moralisch gut noch böse, es soll aber sowohl die hellen wie die dunkeln Seiten des Menschen ernst nehmen, seine Fähigkeit zur Tugend⁵ wie seine Neigung zum Machtmissbrauch.

Dabei ist politische Tugend auch eine Frage der Bildung und Erziehung, allgemein: der Kultur, und andererseits ist die Neigung zum Machtmissbrauch so tief im Menschen angelegt, dass er auch im vermeintlich tugendhaften Handeln despotisch werden kann. Die Weisheit der Staatslehre liegt darin, dass die Verfassung und nicht die Gesinnung allein sicherstellen muss, dass dem Machtmissbrauch vorgebeugt wird, denn – so seltsam es klingt – eine ewige Erfahrung lehrt, dass sogar die Tugend, etwa die Liebe zu Gleichheit und Gemeinwohl, die Grenzen der Verfassung nötig hat (Montesquieu 1994, 215).

Will man den «richtigen» Geist der Gesetze finden, ist nach Montesquieu nicht von Metaphysik oder Naturrecht, sondern vom Menschen und den von ihm in der Geschichte gestalteten Wirklichkeiten auszugehen.⁶ Dem Menschen weiss der weltsichtige Montesquieu vor allem zwei Dinge zu attestieren, erstens dass er Freiheit liebt, und zweitens, dass er durch Macht korrumpierbar sei. Montesquieu hat Macht nicht nur im Politischen, sondern auch in der Familie oder in der Wirtschaft beobachtet; überall, sowohl im Haus als auch im Gemeinwesen, können sich Machtverhältnisse ausbilden, die geeignet sind, den Menschen zu deformieren und in Knechtschaft zu binden. Solche Macht kann sich aus den unbeschränkten Befugnissen eines einzelnen Mannes oder einer blinden Masse ergeben. Wer dadurch betroffen oder bedroht ist, lebt in Furcht. Dass solche Furcht gebannt sei, ist für Montesquieu der Kern jeder menschlichen Freiheit. So pragmatisch denkt und schreibt der philosophische Aristokrat: Politische Freiheit sei die berechtigte und beruhigende Annahme jedes Bürgers im Gemeinwesen, dass er sich vor keinem andern Menschen zu fürchten brauche, weder vor den Trägern politischer Macht oder rechtlicher Befugnisse noch vor den Mitbürgern (Montesquieu 1994, 216). Zu fürchten ist aber nach aller Lebenserfahrung nicht nur der politische Despot, sondern auch der tyrannische Patriarch im Haus oder der entfesselte Geschäftsmann in der Welt des wirtschaftlichen Handels, wenn er den Schutz der politischen Ordnung für seine Zwecke missbraucht⁷ oder wenn diese nicht genügend Vorkehrungen gegen Machtmissbrauch bietet.

Es ist «eine ewige Erfahrung» nach Montesquieu, «dass jeder Mensch, der Macht hat, dazu getrieben wird, sie zu missbrauchen. Er geht immer weiter, bis er an Grenzen stösst. (...). Damit die Macht nicht missbraucht werden kann, ist es nötig, durch die Anordnung der Dinge» – mit anderen Worten durch die Verfassung – «zu bewirken, dass die Macht die Machtbremse» (Montesquieu 1994, 215).

Das Geniale von Montesquieus politischer Lehre sehe ich darin, dass er Macht nicht nur denunziert oder verteufelt, sondern ihre Realität nutzen will, um trotz ihr, gegen sie oder mit ihr politische Freiheit unter realen Menschen zu gewinnen und sicherzustellen. Voraussetzung dafür ist, dass es eine Pluralität von Kräften gibt, die sich als gesellschaftliche Wirklichkeit mit ihren unterschiedlichen Legitimitätsansprüchen anerkennen und sich gegenseitig gewissermassen die Stirne zu bieten vermögen. Die so geschichtlich gewordenen Machtkonstellationen gilt es also nicht zu zerschmettern, sondern durch die Verfassung so zu ordnen und auszugleichen, dass sich die sozialen Kräfte aneinander reiben, einander kontrollieren, einander vor Machtmissbrauch schützen und in Schach halten, aber in gewissem Sinn auch gegenseitig Dynamik verleihen und Impulse geben.

2 Vom Geist der Justiz

Die gesellschaftlichen Gewalten, die Montesquieu besonders am englischen Modell beschäftigt, sind der Monarch, die Aristokratie und die Bürgerschaft. Gewissermassen quer zu diesen Kräften und den ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten, nämlich der Exekutive⁸ und der Legislative, verläuft die Funktion der Justiz. Auch sie ist geschichtlich gewachsen und hat ihre eigene Legitimität erworben, aber sie wird von Montesquieu doch viel mehr als die andern Staatsfunktionen (Legislative und Exekutive) als Forderung der Vernunft verstanden und dementsprechend normativ konzipiert, und nicht macht- oder gesellschaftspolitisch einer Gruppe zugeordnet. Die Macht der Justiz ist bei Montesquieu praktisch inexistent, unsichtbar. Sie ist keine eigentliche Gewalt, sie ist nach dem bekannten Satz «en quelque façon nulle» (Montesquieu (1994, 221),⁹ dazu berufen, regulierend und mässigend gegenüber den legislativen und exekutiven Gewalten zu wirken. Ihre Aufgabe ist Vermittlung, Ausgleich und Verwirklichung der Verhältnismässigkeit in der Anwendung des Gesetzes und der Rechtsregeln. Sie ist gerade nicht von einer bestimmten sozialen Gruppe getragen, nicht bei einem Stand oder Beruf konzentriert; sie ist vielmehr nirgends und potenziell überall; sie kann sozial nicht lokalisiert werden, sondern sie definiert sich allein nach dem Modus ihrer Ausübung: nämlich der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit. Daraus folgt das Prinzip, dass jeder Mensch nur von seinesgleichen Urteil und Recht akzeptieren müsse: der Adlige vom Adligen, der Bürger vom Bürger.¹⁰ Würde der Bürger über den Adligen zu Gericht sitzen, kämen Motive des Neides mit ins Spiel, die der Gerechtigkeit im Wege stehen. Würde andererseits der Bürger durch Angehörige des Adels verur-

teilt, müsste er an der Unbefangenheit der Justiz zweifeln. Richtig kann nur urteilen, wer in einer Sache auch nach seiner sozialen Stellung wirklich unbefangen ist: Das ist man nur gegenüber seinesgleichen, also der Bürger gegenüber dem Bürger, der Adlige gegenüber dem Adligen.

Die Argumentation Montesquieus ist auf den ersten Blick nicht gerade republikanisch «rechtsstaatlich», im Sinne der Gleichheit aller vor dem Gesetz. Er hält «die Richter der Nation nicht für geeignet, auch über die Adligen Recht zu sprechen», oder anders gesagt, den Adel der gleichen Strenge des Gesetzes zu unterstellen wie die Bürger (Montesquieu 1994, 225). Man muss von der Zeitbedingtheit der ständischen Auseinandersetzung, die dieser Argumentation zugrunde liegt und der Montesquieu nicht einfach neutral und unbefangen gegenübersteht, abstrahieren, um aus den entsprechenden Ausführungen die tiefere Rechtseinsicht zu gewinnen, dass überhaupt kein Gesetz nur nach seinem Wortlaut von einem Richter «ohne Seele» angewandt werden dürfte, ohne auf die stets pluralen Bedürfnisse und Bedingungen einer gesamten Bevölkerung Rücksicht zu nehmen. Es steht jeder echten richterlichen Autorität in einer Republik an, «das Gesetz zugunsten des Gesetzes selbst zu mildern und weniger streng als das Gesetz» im Sinne des Buchstabens des Gesetzes «zu entscheiden» (Montesquieu 1994, 225f.). Es bleibt also die Einsicht: Solange sich Menschen untereinander sozial nicht gleichwertig fühlen, dürfen sie übereinander nicht Recht sprechen. Montesquieu glaubt gerade nicht, dass eine rein formale Anwendung eines Gesetzes nach seinem Wortlaut wirklich Gleichheit zu garantieren vermöge; es kommen immer menschliche Gefühle und Vorurteile mit ins Spiel, die nur durch ein Verfahren, das möglichst weitgehend Unbefangenheit garantiert, ausgeglichen werden können. Das oft zitierte Bild vom Richter als blossem «Mund des Gesetzes» entspricht nicht einer Feststellung Montesquieus, wie Justiz ist oder sein soll, sondern im Bild liegt eine Kritik an einer schematischen Gesetzesanwendung, die nicht Rücksicht nimmt auf tatsächliche Befangenheiten der urteilenden Menschen (Montesquieu 1994, 225). So kommt dem höchsten englischen Gericht, dem aus Adligen zusammengesetzten Zweig der legislativen Körperschaft, die Autorität zu, «das Gesetz zugunsten des Gesetzes selbst zu mildern und weniger streng als das Gesetz zu entscheiden» (Montesquieu 1994, 225f.), wenn es die Verhältnisse fordern.

3 Das Verhältnis der Staatsgewalt zu den gesellschaftlichen Kräften bei Montesquieu

Das Generalthema dieses Kongresses lautet: Mitwirkung der Zivilgesellschaft an der Gesetzgebung. Es kann die Vorstellung nähren, auch im demokratischen Staat würden sich eine selbständige, etwa aus rein historischen oder soziologischen Gründen funktionierende *Staatsgewalt* und eine *Zivilgesellschaft* gegenüberstehen. Es gehe darum, dass sich die staatliche Macht vor allem in der Gesetzgebung öffne für eine Partizipation der verschiedenen zivilgesellschaftlichen Gruppen, etwa in Prozessen der Anhörung (Vernehmlassung), der Referenden und Volksbefragungen oder schon durch bloße Anerkennung (NGOs) und Duldung (Gruppe der Sans-Papiers) im Rahmen der Grundrechte.

Dem Ansatz einer Polarität von Staat und Zivilgesellschaft, die punktuell auf die staatlichen Angelegenheiten Einfluss nehmen darf, möchte ich aus meiner Lektüre des *Geistes der Gesetze* eine andere Perspektive sozusagen als Kontrapunkt gegenüberstellen. Für Montesquieu besteht Staat immer aus einer Vielzahl zusammenwirkender Kräfte, soll er nicht eine Despotie sein. Diese Kräfte integrieren sich – in der Republik im Sinne des Geistes einer Verfassung¹¹ – zum politischen Gemeinwesen. Es gibt daneben nicht noch eine irgendwie ontologisch oder metaphysisch begründete «Staatsgewalt» oder Staatssouveränität.¹²

Ich möchte dies verdeutlichen, indem ich etwas weiter auf Methode und Inhalt von Montesquieus Staatslehre eingehe. Montesquieu ist zwar ein scharfer historischer Beobachter und gesellschaftlicher Analytiker, und er steht insofern dem empirischen Geist der Politologie der Gegenwart nahe. Für ihn ist aber das Gesetz weit mehr als ein Ergebnis eines geschichtlichen oder soziologisch fassbaren Prozesses und etwas anderes als ein faktisch gesetzter Akt der Staatsgewalt. Gesetzgebung ist nur von Dauer, wenn sich der Gesetzgeber selber elementaren Gesetzen unterwirft. Er muss das Überdauernde im Zeitlichen, oder eben, wie Montesquieu selber sagt, den natürlichen Bezug jedes Gesetzes zum Gegenstand seiner Ordnung suchen. Dieser Bezug rekurriert weder auf Gott noch auf ein ideales Gesellschaftssystem. Die frühen Kommentatoren und Kritiker Montesquieus, ganz besonders *Condorcet* und *Destutt de Tracy*, haben ihm darum nicht nur einen diffusen Begriff des Gesetzes und der Gesetzgebung vorgeworfen, sondern auch bemängelt, dass er die Tragweite des naturrechtlichen Gerechtigkeitsgedankens unterschätze und vernachlässige (*Destutt de Tracy* 1819, 1ff.).¹³ Das übergeordnete Gesetz findet sich aber nach Montesquieu weder im Himmel noch in einer zwingenden Logik des menschlichen Gehirns, sondern in so

einfachen Dingen wie den Gegebenheiten eines Raumes, zum Beispiel seinem Klima, und im kulturgeprägten Charakter der Menschen mit ihren spezifischen Bedürfnissen, wie sie sich etwa in der Geschichte und der von ihr geprägten Sitten zeigen. Zu den natürlichen Bezügen gehört auch die Abhängigkeit des Menschen von einer nährenden sozialen Umgebung, was zu selbstverständlichen Geboten der Mässigung und der Menschlichkeit führt.

4 Politische Freiheit als Ergebnis guter politischer Ordnung

Montesquieu spricht lieber von *Freiheit*, vor allem von politischer Freiheit, als von Gerechtigkeit, wie es Destutt de Tracy und Condorcet im Anschluss an naturrechtliche Traditionen fordern (Condorcet 1819, 443; Destutt de Tracy 1819, 4ff.); aber diese Freiheit ist nicht wie bei vielen anderen Liberalen *Ausgangspunkt* einer guten politischen Ordnung, sondern vielmehr das *Ergebnis* einer vernünftigen Organisation des Gemeinwesens. Bei Montesquieu steht nicht die Unabhängigkeit jedes Einzelnen («l'indépendance de chaque particulier», Montesquieu 1994, 215) im Zentrum, sondern das, was er die politische Freiheit nennt. Solche Freiheit bedeutet nicht, «dass man machen kann, was man will» (Montesquieu 1994, 214 u. 335), sie ist nicht eine naturgegebene Eigenschaft des Menschen, die er als vorstaatlichen Anspruch in die politische Organisation hineinbringt, sondern sie ist das Ergebnis einer ausgeglichenen Verteilung der Zuständigkeiten und Befugnisse in einem Staat. In einem solchen Gemeinwesen werden die bestehenden gesellschaftlichen Kräfte genutzt, damit sie je elementare Funktionen wie Gesetzgebung, Regierung und Justiz wahrnehmen, und zwar nach Grundsätzen der Transparenz¹⁴ und Kontrolle. Eine solche politische Ordnung bedarf ihrerseits der Einbettung in einen lebendigen Gemein Sinn, oder einfacher gesagt: Notwendig ist die Einsicht unter den Bürgern, dass Freiheit nur als ein unter allen geteiltes Gut lebensfähig und geniessbar ist. Die Neigung des Menschen zu Willkür und Despotie muss in Schach gehalten werden. Die Freiheit ist nicht durch Naturgesetze gesichert, sondern muss durch vernünftige Ordnungen und entwickelte Sitten und Bildung verfasst und gepflegt werden: im Staat, im Haus, gegenüber Untertanen, Frauen und Knechten.¹⁵ Der Mensch lässt sich nicht aufspalten in einen guten Familienvorstand und harten Sklavenhalter, einen guten Bürger und rücksichtslosen Krieger, einen treuen Vertragspartner und skrupellosen Geschäftsmann. Freiheit ist in keinem Lebensbereich ein abstraktes Prinzip, sondern eine Befindlichkeit und Lebensform, wo keiner «einen ändern zu

fürchten braucht» (Montesquieu 1994, 216) und die Menschen in dieser Gewissheit leben und sich entfalten können.

Die Gegensatzpaare im politischen Denken Montesquieus sind also auf der soziologisch-anthropologischen Ebene: *Macht* mit ihrer Missbrauchsmöglichkeit und *Freiheit* (als ein Bewusstsein der eigenen Sicherheit), und auf der Ebene der Regierungsformen: *Despotie* mit der Tendenz zur Willkür und *Republik* mit dem in ihr massgeblichen Gesetz.

5 Zur Aktualität von Montesquieus Gewaltenteilungslehre

Montesquieus primäres Anliegen ist nicht eine Balance zwischen theoretisch gedachten Staatsfunktionen, sondern «eine Balance zwischen sozialen Mächten, das heisst eine Beteiligung der sozialen Mächte an der Gesetzgebung» (Seiler 1994, 20).¹⁶ Es geht ihm nicht so sehr um eine abstrakte Aufteilung und praktische Trennung der wesentlichen Staatsfunktionen, sondern um eine Verfassung, Beschränkung und freiheitsfördernde Koordination der vorhandenen Sozialkräfte.¹⁷

Blicken wir heute auf die politisch-soziale Realität, finden wir nicht Monarchen, Adel und Bürgertum als rivalisierende soziale Kräfte vor, sondern komplexe, geschichtlich gewordene politische Strukturen. Als ihre Elemente erscheinen Akteure wie wirtschaftliche Unternehmen, ihre Verbände und Zusammenschlüsse, Märkte, Kapitalflüsse, Ressourcenherrschaft und mehr oder weniger anonyme Vermögensansammlungen, Parteien, Medienunternehmen, Gewerkschaften und Konsumentenorganisationen, wissenschaftliche und technisch orientierte Vereinigungen, aber auch eine Vielzahl von Personen, die in der Öffentlichkeit nicht organisiert auftreten, wie die papierlosen Ausländer und Ausländerinnen und schliesslich faktische Vernetzungen.¹⁸ Die Vernunft des Verfassungsstaates fordert, so lehrt uns Montesquieu sinngemäss, diese Kräfte nicht zu negieren oder zu vernachlässigen, sondern sie in solche verfassungsrechtliche Bahnen einzubinden, in denen sie sich gegenseitig wahrnehmen, in denen sie sich aneinander reiben und damit in ihrer Machtentfaltung begrenzen. Alles wäre verloren, so können wir in Anlehnung an Montesquieus zentrale Formulierung der Gewaltenteilung sagen, alles wäre verloren, wenn ein und derselbe Mann oder der gleiche Verband der politisch oder wirtschaftlich Mächtigsten oder eine dumpfe Masse ohne Verfassung allein die Macht inne hätte und den Gang der wesentlichen Staatsfunktionen bestimmte (Montesquieu 1994, 217).¹⁹

6 Vom verfassungsrechtlichen Umgang mit kommunikativer Macht

Die politische Erkenntnis Montesquieus gewinnt auch dadurch neue Aktualität, dass wir uns auf der Suche nach den real wirksamen sozialen Kräften, die in den Geist einer Verfassung eingebunden werden müssen, nicht auf mehr oder weniger manifeste Gruppierungen beschränken, sondern Macht und Machtmissbrauch auch in den weniger greifbaren und doch mächtigen Kommunikationsprozessen ernst nehmen, die letztlich die alles dominierende «Öffentlichkeit» in der Demokratie mitbestimmen.²⁰

Wie komplex die Kommunikationssituation in gegenwärtigen Regierungssystemen ist, wird deutlich beim Versuch, der von vielen beklagten Kritiklosigkeit oder doch Widerstandsschwäche der Medien in den USA bei Beginn der unilateralen Aktion im zweiten Irakkrieg auf die Spur und auf den Grund zu kommen.²¹ Es fällt demgegenüber relativ leicht, Defizite in der klassischen Gewaltenteilung im politischen System der USA zu diagnostizieren, etwa durch Hinweis auf den Abbau notwendiger Reibung (*checks and balances*), wenn ein und dieselbe Partei in allen drei Gewalten, und sogar in beiden Häusern der Legislative, dominiert.²²

Vertiefte Überlegungen würden zum Beispiel zurück auf die frühe These von Habermas in seinem «Strukturwandel der Öffentlichkeit» führen, wonach sich das *raisonnierende* bürgerliche Publikum des 18. und frühen 19. Jahrhunderts zu einem kulturkonsumierenden Publikum wandelte (Habermas 1962).²³ In seinem Vorwort zur Neuauflage von 1990 stellt Habermas mit dem Aufstieg der elektronischen Massenmedien, der Fusion von Unterhaltung und Information, wachsendem Kapitalaufwand und steigendem Organisationsgrad von publizistischen Einrichtungen auch die Veränderung der Infrastruktur der Öffentlichkeit fest, die eine neue Kategorie von Einfluss als Medienmacht freigesetzt habe, der die Dimensionen der politischen Kultur und des politischen Verhaltens fehlten (Habermas 1990, 21ff.). Eigentlich ist erstaunlich, wie Habermas trotz dieser Einsichten etwa in «Faktizität und Geltung» am Glauben an die Demokratie als eine Prozedur der Meinungs- und Willensbildung festhält, die imstande sei, die gleichen Freiheiten aller über allgemeine Kommunikations- und Teilnahmerechte zu sichern (Habermas 1992, 615). Schenkt Habermas dem Problem der Macht zu wenig Bedeutung und erklärt er zu rasch die Gewaltenteilungslehre «aus einer blossen Logik der Anwendung und des kontrollierten Vollzuges demokratisch legitimierter Gesetze»? (Habermas 1990, 616). Geht er in dem Sinne hinter Montesquieu zurück, dass er Gewaltenteilung als rein institutionell-funktionsbezogenes Problem, und nicht als soziales Kräftegleichgewicht versteht?

Ich möchte die Frage formulieren, ob eine rationale Ordnung des Medienwesens und seiner wirtschaftlichen Strukturen und der Gewaltenvermengung zwischen Medien und Politik nicht ebenso dringlich sei wie das Postulat neuer, subtiler Formen der Bürgerbeteiligung an der Gesetzgebung. Praktisch formuliert würde das heissen, dass die Bewahrung und Entfaltung von Demokratie mindestens ebenso dringlich eine Aktualisierung von Kartell- und Medienrecht voraussetzt wie das Überdenken der Gesetzgebung über politische Rechte (Sunstein 2001, 700f.).

Die Funktionsfähigkeit einer Demokratie steht und fällt mit der Lebendigkeit eines Forums, in dem die politischen und staatlichen Handlungen vorbereitet, diskutiert, bewertet, kritisiert oder unterstützt werden können. Im heutigen Medien- und Informationszeitalter ist eine solche Öffentlichkeit in Frage gestellt durch die Möglichkeiten einer Steuerung oder Manipulation der Informations-, Meinungs- und Stimmungsgrundlagen und der demokratischen Meinungsbildung durch finanziell mächtige und organisatorisch schlagkräftige Gruppen oder durch mit populistischen Attraktionen lockende Kräfte.²⁴ Vielleicht kann eine neue Lektüre von Montesquieus Gewaltenteilungslehre zu einer Neubelebung der Theorie oder sogar der Praxis der demokratischen Öffentlichkeit beitragen. Das Ergebnis ist der Vorschlag, eine politische Diskurstheorie neu zu formulieren, die weniger vom vernünftigen Individuum ausgeht, als von der Pluralität der Kräfte und Interessen in der wirklichen Gesellschaft, und die versucht, aus der Reibung und Gliederung dieser gesellschaftlichen Kräfte jene Machtkontrolle, Transparenz und schliesslich jenen auch individuellen Gewinn an gesellschaftlicher Freiheit hervorzubringen, wie er Montesquieu vorschwebte. Demokratische Öffentlichkeit beginnt, wo niemand das letzte Wort hat, sondern aus Impuls und Gegenimpuls, aus Argument und Gegenargument ein gangbarer Weg der Verständigung folgt. Es scheint heute wenig sinnvoll und eher realitätsfern, die Vorstellung eines authentischen Diskurses zwischen allen Einzelnen als ideales Modell einer zeitgemässen Demokratie zu wählen.²⁵ Hingegen ist auszugehen von der Pluralität der Interessen, der Weltanschauungen und Bedürfnislagen. Die Grundaufgabe der demokratischen Organisation liegt darin – analog zum Gewaltenkooperationsmodell Montesquieus –, den unterschiedlichen sozialen Kräften, Mehrheiten und Minderheiten eine adäquate Stimme zu verschaffen, ihre Energien zu bündeln und sie in den Entscheidungsinstitutionen verfassungsrechtlich zum Tragen zu bringen. Damit sind Aufgaben für das private und öffentliche Medienrecht,²⁶ aber auch für die transparente Strukturierung der Zivilgesellschaft mitsamt ihrer Vermögensverteilung und für die Gestaltung der Verfassung

angesprochen. Als realistisch und angemessen erscheint nicht so sehr das Postulat nach herrschaftsfreien Diskursen unter idealen Sprechbedingungen, sondern das Gebot fairer Auseinandersetzungen in verfassungsrechtlich und vor allem in grundrechtlich gesicherten Verfahren, in denen die realen Machtverhältnisse und Bedürfnislagen möglichst transparent zum Ausdruck kommen, anerkannt, kritisiert und kontrolliert werden können. Dies ist Vorbedingung realer Diskurse und wirklichkeitsnaher und tragfähiger Kompromisse. Dies ist nicht möglich ohne eine politische Kultur,²⁷ die in der Differenz der kulturellen Eigenarten und individuellen Begabungen und Vermögen die Grundlage einer Konkordanz schafft, die nicht bei der fundamentalistischen Auseinandersetzung stehen bleibt, sondern Wege ermöglicht zu lebensfördernden Lösungen sozialer Konflikte und notwendiger Kooperation in Fragen, die für das Zusammenleben existenziell sind.

7 Heutige Gewaltenteilung: Fehlen gefestigter Sozialkräfte mit eigenen Legitimitätsgrundlagen

Will man Montesquieus Gewaltenteilungspostulat zeitgemäss zur Anwendung bringen, ist zunächst zur Kenntnis zu nehmen, dass die von ihm vorausgesetzten historisch gewordenen Kräfte (Monarch, Adel, Bürger) mit eigenen Legitimitätsansprüchen nicht mehr als solche existieren. Sie stehen nicht mehr als potenzielle Träger staatsrechtlicher Funktionen (wie Gesetzgebung, Gesetzesvollzug usw.) zur Verfügung. Mit dem Vordringen des demokratischen Gedankens hat sich eine einzige Legitimitätsquelle²⁸ als Kriterium rechtmässiger Ausübung von Staatsgewalt durchgesetzt, die Volkssouveränität, wie sie sich – vom Gedanken der Gleichheit der Menschen in ihrer politischen Bestimmungskraft ausgehend – in Wahlen und Abstimmungen äussert. Dieser eine demokratische Legitimitätstypus hat die früher geschichtlich mächtigen Vorstellungen monarchischer oder aristokratischer (oder der von Montesquieu wenig gewichteten kirchlichen) Rechtfertigung von Herrschaft abgelöst und absorbiert.²⁹ Auf diese normativ radikale Veränderung der Legitimitätsverhältnisse und ihre Auswirkung auf die Gewaltenteilungslehre ist nun näher einzugehen.

Die heutigen pluralen Sozialkräfte, die in der politischen Verfassung koordiniert, gezähmt und fruchtbar gemacht werden müssen, wie wirtschaftliche Unternehmen und ihre Zusammenschlüsse, Gewerkschaften, Medien, Parteien, religiöse Bewegungen oder NGOs, sind nicht historisch stabilisierte Legitimitätsträger, wie es etwa Königtum oder Adel einmal waren, oder wie sie im Ringen von Kaiser und Papst um die Vorherrschaft zum Ausdruck kamen. Die gegenwärtigen Sozialmächte haben eher etwas

Flüchtiges, sie sind ausschliesslicher an wirtschaftlichen und oft an Tages- oder Partikularinteressen oder auch an medial erzeugten Stimmungen, Ängsten und Hoffnungen orientiert. Weltanschauungen als Rückgrat politischer Parteien sind den Schwankungen zeitgemässer Ideologien unterworfen.

Wo in solcher Situation das normative Prinzip der Gewaltenteilung in einer Verfassung verwirklicht werden soll, ist es nicht möglich, bereits auskristallisierte soziale Kräfte als faktische Wirkgrössen anzuerkennen und sie sodann im Sinne der Einbindung in eine Verfassung an den politischen Prozessen teilhaben zu lassen. In der pluralistischen und insofern unübersichtlichen Gesellschaft muss die Verfassung zuallererst die Kanäle und Foren errichten, in denen sich die verschiedenen – verglichen etwa mit den früheren Ständen eher konturlosen – Gruppen artikulieren, eine politisch massgebliche öffentliche Meinung konstituieren und zu politischen und rechtlichen Entscheiden gelangen können. Die moderne Verfassung erfüllt diese Aufgabe etwa durch die Festlegung von Stimm- und Wahlrechten bestimmter Menschen (Definition des Bürgers, der Bürgerin, Entscheid für Majorz- oder Proporzsysteme, direkte oder indirekte Demokratie usw.), sodann durch Umschreibung der Entscheidorgane und ihrer Verfahren. Auch politische Parteien, so wie wir sie heute kennen, sind keine dem Adel, der Monarchie oder der katholischen Kirche vergleichbaren historisch gewordenen Instanzen, sondern es sind Bildungen im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geordneten und garantierten Partizipationsmöglichkeiten im Verfassungsstaat.

Der Gedanke der Volkssouveränität allein trägt nichts zur Strukturierung des sozialen Substrats der modernen Demokratie bei, und zwar vor allem deshalb nicht, weil der Begriff des Volkes vor der Geltung einer Verfassung keine verfügbare Grösse ist. Selbst wenn man sich die Schweizer oder die Serben als ethnische oder doch durch historische Erfahrungen gefestigte Einheiten vorstellen will, denen man einen Anspruch auf Selbstbestimmung zusprechen kann, ist damit nichts über die innere Organisation entsprechender Souveränität gesagt. Der Gedanke der Volkssouveränität auch in seiner modernen Form der politischen Gleichheit aller Einwohner ist vielmehr eine der Alltagserfahrung mit ihren allgegenwärtigen Ungleichheiten und Machtgefällen zunächst zuwiderlaufende³⁰ und nur durch Einsicht und vielleicht Klugheit begründete Forderung, die lautet, dass jedem Menschen als Bürger³¹ die gleiche Teilnahme am politischen Ganzen zugesichert wird. Der modernen Verfassung ist nicht nur die machtmässige Teilung der Träger politischer Befugnisse, sondern es ist ihr auch die Konstituierung die-

ser Träger selbst aus dem zunächst eher diffusen Gedanken der «Souveränität eines Volkes» durch verfassungsrechtliche Organisation (z. B. des Parlaments, der Staatsleitung, der Verwaltungsführung) aufgegeben.

Mit dieser weiten Aufgabe der modernen Verfassung kommt auch zum Ausdruck, dass eine rein formal verstandene Trennung rechtlich konstituierter Entscheidungskörper wie Parlament, Regierung oder Verwaltungsorganisation noch nicht gemässigte Herrschaft im Sinne Montesquieus garantiert. Die formale Teilung muss mit effektiver Machtaufteilung und realer Reibung einhergehen, was nur dann zutrifft, wenn über die formale Gewaltenteilung auch eine materiale erreicht wird. Mit andern Worten: Die formale Teilung kann unterlaufen werden durch faktische Ballung von Einflussmöglichkeiten realer Menschen, die sich zusammengehörig fühlen und andere ausgrenzen oder die durch gemeinsame, beispielsweise wirtschaftliche Interessen mehr als die Allgemeinheit miteinander verbunden sind.³²

Vom Gedanken der Teilungslehre Montesquieus her wird aber auch eine latente Problematik jedes parlamentarischen Regierungssystems deutlich: Die Regierung mit der Parlamentsmehrheit auf der einen, die Opposition auf der anderen Seite stehen sich zwar gegenüber, aber nicht als Partner, die gleichzeitig verschiedene und essentielle Staatsfunktionen wahrnehmen und sich mit vergleichbaren Machtbefugnissen kontrollieren und in Schranken halten: Die eine Seite hat alles, die andere – im Sinne der klassischen Staatsfunktionen – hat nichts.³³ Montesquieu hat denn auch ein rein parlamentarisches Regierungssystem abgelehnt (Montesquieu 1994, 222).³⁴ Politische Freiheit im Sinne von Montesquieu setzt voraus, dass zusätzliche Reibungsfaktoren Transparenz, Kontrolle und Zügelung gewährleisten, mag es eine intakte und unabhängige Presse, eine wirksame und unabhängige Verfassungsgerichtsbarkeit oder – wie im traditionellen britischen System – ein interventionsfähiges Staatsoberhaupt sein.

Ich möchte diesen Gedanken zusammenfassen: Die modernen Demokratien (auch abgesehen vom Dahinschwinden von Monarch, Adel und Bürgertum) sind kaum mehr von stabilen, rivalisierenden Mächten durchzogen, die sich auf je eigene Legitimitätsansprüche und Legitimitätsüberzeugungen stützen und die durch lange historische Erfahrung und im sozialen Bewusstsein so weit gefestigt wären, dass ihnen essenzielle Staatsfunktionen übertragen werden könnten, mit der Auflage oder Garantie, dass sie sich trotz der ihnen anvertrauten Macht im Sinne Montesquieus auch begrenzen, kontrollieren und humanisieren könnten. In diesem Sinn fehlt heute die Grundlage, auf der – wie noch bei Montesquieu – eine echte, geschichtlich, philosophisch und soziologisch getragene Gewaltenvertei-

lung eine hinreichende Sicherung gegen Machtmissbrauch und damit eine Voraussetzung politischer Freiheit hervorbringen könnte.

Ferner liegt ein tiefgreifender Unterschied der heutigen sozialen Akteure zu den von Montesquieu anvisierten gesellschaftlichen Gruppen darin, dass sich einzelne Menschen nicht mehr zu klar definierten Gruppen zuordnen lassen; die Zugehörigkeiten und Loyalitäten überschneiden sich: Der Wirtschaftsführer ist auch Mitglied einer Partei, der Kirchenmann gehört auch der Gewerkschaft an und der Angehörige der «scientific community» engagiert sich auch in der Gruppe der Konsumentenschützer. Diese Rollenkumulation verhindert oder erschwert eine wirkliche Reibung und Kontrolle zwischen den im Staat rivalisierenden Interessen.

8 Gewaltenteilung in der globalen Unternehmung

Ist der Blick auf den Nationalstaat überhaupt noch das Entscheidende, wenn wir nach der Verwirklichung menschlicher Freiheit fragen, oder sind andere Entscheidungsebenen und Akteure mit einzubeziehen? Die Ausdehnung des Prinzips der Gewaltenteilung ist nicht nur nach unten (Föderalismus und Gemeindeautonomie), sondern auch nach oben, in Richtung internationaler und supranationaler Einbindung, weiter zu bedenken. In der Öffnung des Verfassungsstaates zu einer europäischen oder punktuell globalen Zusammenarbeit hat das Prinzip der Gewaltenteilung «jetzt wesentlich prononcierter eine innere und eine äussere Dimension; beide greifen ineinander, müssen zusammen bedacht und aufeinander bezogen werden.»³⁵ So betrifft das Anwachsen internationaler und supranationaler Aufgaben des Verfassungsstaates auch die Balance zwischen (referendumsgebundenem) Parlament und Regierung im Innern.

Auch im überstaatlichen Bereich sind nicht nur die eigentlich politisch deklarierten Verbindungen und Organisationen, sondern auch andere Akteure zu bedenken, wie beispielsweise die global wirkenden Unternehmungen und die Foren und Instrumente, mit denen sie Weltgeschehen steuern, etwa die Börse, Währungsfonds und Banken. Wer möchte daran zweifeln, dass auch dort Macht im Sinne von Montesquieu ausgeübt wird und dass seine Postulate der transparenten Verfassung, der Kontrolle, der ausgeglichenen Funktionszuteilung auch dort von Vernunft und geschichtlicher Erfahrung geboten ist. Es sind nicht nur Moralisten, sondern Kenner der Bedingungen stabiler wirtschaftlicher Entwicklung und menschlicher Arbeits- und Konsumverhältnisse, die etwa im Sinne von Corporate Governance die alten Prinzipien einer guten politischen Regierung auch in wirtschaftlichen Zusammenschlüssen, Organisationen und anderen sozial wirk-

samen Initiativen zur Geltung bringen wollen: Gewaltenteilung, Kontrolle, Transparenz, Minderheitenschutz und menschenrechtliche Bindung auch in Handel, Investition und Unternehmensstrukturierung. Es ist zu fragen, ob der Steuerungsverlust des ehemals souveränen Staates in der Sicherung von Freiheit durch das Gesetz zu kompensieren sei durch andere Regelungsmechanismen freiwilliger und kontrollierter Art, auch im Rahmen supranationaler und internationaler Organisationen, um die Vielfalt menschlicher Entfaltung zu heben, Machtmissbrauch und unzumutbare Beengung Einzelner abzubauen und einer breiten und repräsentativen Stimme menschlicher Eigenart eine Chance des Gehörtwerdens zu verschaffen. Auch im wirtschaftlichen und globalen Bereich kann eine gute Ordnung nur gelingen, wenn sie eingebettet ist und getragen wird von einer globalen und auch das Ökonomische umfassenden Kultur, einer Bildung und einem Rechtsbewusstsein, wie es etwa in der Kultur der Menschenrechte oder der Ächtung jeder unilateralen militärischen Gewalt zu keimen begonnen haben mag.

9 Was bleibt vom Geist der Gesetze?

Montesquieu's «Geist der Gesetze» ist nicht als Substanz fassbar, er ist kein ontologischer Befund und dennoch ist er nicht beliebig. Eher narrativ als deduktiv³⁶ lässt sich ein subtiler prozeduraler Massstab aufzeigen, an dem sich nach Montesquieu der Geist einer Gesetzgebung messen lässt. Er findet sich illustriert an einer kaum beachteten Stelle des *Esprit des Lois*. Montesquieu überlegt die Vor- und Nachteile der Sklaverei, die zu seiner Zeit gerade im angelsächsischen Gebiet einen furchtbaren Höhepunkt erreichte und auch von berühmten Männern der Zeit gebilligt oder geduldet wurde. Auch Montesquieu war in seinen Kreisen diesen der Knechtschaft wohlwollenden Stimmen nicht fern: «Täglich ist zu hören, es wäre gut, wenn es bei uns Sklaven gäbe», so leitet er das Kapitel ein und stellt eher kühlen Kopfes die ökonomischen und für die Herren komfortablen Aspekte der Institution dar (Montesquieu 1994, 276). Dann folgt der Abschnitt: «Indessen, um darüber zu einem rechten Urteil zu kommen, darf man nicht prüfen, ob es für den reichen und verwöhnten Bruchteil jeder Nation nützlich wäre. Zweifelsohne wäre es für diesen nützlich. Sehen wir es aber einmal von einem andern Standpunkt aus: Ich glaube nicht, dass die Mitglieder dieser Klasse teilnehmen möchten, wenn ausgelost werden sollte, wer zu dem Teil der Nation gehören werde, der frei bleibe, und wer zu dem Teil, der versklavt würde. Die lautesten Fürsprecher der Sklaverei hätten am meisten Furcht davor, und die ärmsten Menschen hätten gleichsam Furcht davor. Der Ruf nach Skla-

verei ist also die Stimme des Luxus und der Lustbegier, nicht die Stimme der Liebe zur inneren Zufriedenheit *aller*. (...) Wenn Ihr wissen wollt, ob die Interessen einzelner legitim sind, so prüft die Stimmen aller (Montesquieu 1994, 276).»

Was Montesquieu hier als den Massstab eines gerechten Gesetzes vorschlägt, ist ein Prüfverfahren, das stark dem Schleier des Nichtwissens gleicht, den *John Rawls* zweihundert Jahre später wieder als Kriterium einer richtigen Gesetzgebung vorgeschlagen hat: Eine solche gelingt nur, wo die Interessen, Bedürfnisse und Rollen und die mit ihnen verbundenen Macht- und Vermögensverhältnisse in einer Gesellschaft zwar bekannt sind. Im Akt der Gesetzgebung darf aber niemand wissen, welchen Status er selber in der zu entwerfenden Gesellschaftsordnung einnehmen wird (Rawls 2003, 40). Jeder wird sich darum davor hüten, Rollen und Zuständigkeiten festzuschreiben, die ihm selber als unzumutbar erscheinen. Das ist keine Anleitung zur idealen Gesellschaft, aber ein Prüfstein für den Kampf gegen Despotie und menschenunwürdige Macht. Kein realer Gesetzgeber denkt nur in Begriffen der hier auch angesprochenen goldenen Regel oder des Vorrangs des Gemeinwohls vor Eigennutz und Sonderinteresse. Und doch: Der Kern der Gewaltenteilungslehre liegt vielleicht darin, dass jede Partizipation an der Gesetzgebung in der Demokratie die Fähigkeit und ein Stück weit die Bereitschaft voraussetzt, neben dem Eigeninteresse auch das vernünftig geforderte Wohl aller mitzubedenken, wenigstens in der eigenen Reflexion, besser noch auch in der öffentlichen Deliberation und demokratisch wirksam in der Stimmabgabe eines jeden. Wenn die Macht bei *allen* sein soll, müssen auch alle, jeder dieser Gesamtheit zugehörige Mensch, zu jener Ausgewogenheit, zu jenem Sinn für das Mass finden, die auch im klassischen Modell von den drei exemplarischen Gewalten gefordert und Bedingung politischer Freiheit im Ganzen ist. Das meint Montesquieu, wenn er die Ehre als Triebkraft der Monarchie, den Terror als Instrument der Despotie und die politische Tugend (konkret die Verpflichtung auf das Gesetz und die Gleichheit) als Motivationsgrundlage der Demokratie bezeichnet (Montesquieu 1994, 120, 126 u. 128). Allein in der demokratischen Staatsform ist «die Regierung jedem Bürger ans Herz gelegt» (Montesquieu 1994, 138 u. 141ff.).

Und zum Schluss ein tröstendes Wort von Montesquieu für alle, die ihr Gemeinwesen in einer Schieflage finden: «Mit alle dem vermesse ich mich nicht, die anderen Regierungen herabzusetzen. Auch sage ich nicht, die äusserste politische Freiheit müsse alle beschämen, die eine nur mässige besitzen. Wie könnte ausgerechnet ich so etwas sagen, der ich nicht einmal das Übermass an Vernunft für erstrebenswert halte und der Meinung bin, die

Menschen kämen fast durchweg mit den mittleren Zuständen besser zurecht als mit den extremen?» (Montesquieu 1994, 229). Will man in einer Verfassung die Freiheit sichern, muss man den Menschen kennen. Er ist in den Augen von Montesquieu weder gut noch böse; jedenfalls ist er belehrbar und einsichtsfähig, er ist aber auch korrumpierbar durch Geld, Reichtum und vor allem durch jede Form von Macht. Darum sind Institutionen nötig, sie bedürfen des Ausbaus und der Erneuerung; aber sie können weder im politischen noch im wirtschaftlichen Bereich jene humane Gesinnung ersetzen, die in einer politischen Kultur gebildet und getragen werden muss.

Zusammenfassend: Montesquieus Stärke in der Staatstheorie liegt darin, dass er das Problem der Freiheit nicht so sehr von der Entfaltung des Individuums aus, aber auch nicht von einem nationalen Geist aus angeht; vielmehr ist er im Wesentlichen getrieben von den konstanten Gefährdungen der Freiheit, die er in der Geschichte wahrnimmt. Diese Bedrohungen liegen im Phänomen der Macht. Sie ist in jeder politischen Organisation unumgänglich, sie läuft aber auch immer Gefahr, missbraucht zu werden. Darum liegt die erste Sorge Montesquieus darin, möglichst wirksame Mechanismen der Machtkontrolle in Recht und Staat einzurichten. Er ist festen Glaubens, dass aus der Reibung und damit Rationalisierung der Macht ein Optimum an Freiheit des Menschen resultiere. Die Gewalten stehen bei Montesquieu nicht beziehungslos nebeneinander oder sogar feindlich gegeneinander. Sie kommunizieren von unterschiedlichen sozialen Perspektiven aus mit dem Resultat einer optimalen und risikoarmen Steuerung des politischen Ganzen.

Anmerkungen

- Frau lic.iur. Anna Kühler, wissenschaftliche Assistentin, Basel, danke ich herzlich für ihre anregende Mitarbeit.
- 1 Vgl. Kant (1990, Rechtslehre, 2. Teil §46, S. 170f.).
 - 2 Siehe auch die Einleitung von Weigand (1990). Nach Weigand hat Montesquieu mit diesem Grundsatz «die ganze Staatenwelt umgepflügt». Ob Montesquieu bloss ein aufgeschlossener Aristokrat oder doch eher «ein eleganter Rebell war», lässt sich von Buch zu Buch des «Esprit des Lois» anders deuten (Montesquieu 1994, 6). Jedenfalls liegt ihm der Kampf gegen Despotie wie kaum etwas anderes am Herzen. Und innerhalb der nicht-

- despotischen Regierungsformen ist es die Demokratie, in der die Regierung jedem Bürger ans Herz gelegt wird und die Tugenden der Liebe zu den Gesetzen und zur Gleichheit bestimmend sind, während in der Monarchie der Gehorsam gegenüber dem Herrscher treibende Kraft ist, vgl. Montesquieu (1994, 4. Buch, 2. u. 5. Kap., S. 135 u. 138).
- 3 Eine neue Entwicklung der Oxforder Rechtsschule will den Dissens ins Zentrum rechtlicher Erörterung stellen und damit der Konsensorientierung moderner deliberativer Theorien der Demokratie entgegenreten. Vgl. Besson (2004), die sich in ihren zentralen Thesen auf Waldron (1996) stützt.

- 4 Zur Figur des weisen Gesetzgebers bei Rousseau siehe Müller (1993, 39ff.).
- 5 Montesquieu hält politische Tugend als den Lebensnerv der Republik und der Demokratie: «Der geringste Mann im Staate kann genauso von diesem Gefühl (der Liebe zu den Gesetzen und der Gleichheit) erfüllt sein wie der höchste» (Montesquieu, 1994, 141). Vgl. auch Montesquieu (1994, 138): Politische Tugend ist «die Liebe zu den Gesetzen und zum Vaterland. Diese Liebe fordert eine unablässige Entscheidung für das öffentliche Wohl unter Hintansetzung des Eigenwohls (...). Diese Liebe begeistert sich ausschliesslich für die Demokratien. Bei diesen allein wird die Regierung jedem Bürger ans Herz gelegt.»
- 6 So schon die programmatische Erklärung Montesquieus (1994, 91) im Vorwort: «Zunächst habe ich die Menschen erforscht.»
- 7 Zum Zusammenhang zwischen politischer Despotie und häuslicher Knechtschaft der Frauen vgl. beispielsweise Montesquieu (1994, 303); zum Lob der französischen Gesetze, die Geschäftsleute «misstrauisch wie Feinde» behandelten, vgl. beispielsweise Montesquieu (1994, 249); zur Kritik der Beutezüge der Geschäftsleute in römischen Provinzen siehe Montesquieu (1994, 252).
- 8 Zur Exekutivbefugnis des Monarchen siehe zum Beispiel Montesquieu (1994, 222); zur legislativen Befugnis von Oberhaus und Unterhaus vgl. z. B. Montesquieu (1994, 223 u. 227).
- 9 Zur Funktion der Justiz bei Montesquieu siehe Müller (2002, 42 ff.).
- 10 «Die Richter müssen (...) aus dem Stand des Angeklagten stammen oder ihm ebenbürtig sein, sonst könnte er sich in den Kopf setzen, er sei in die Hände voreingenommener Leute gefallen, die ihm Gewalt antun wollen»: Montesquieu (1994, 219). Das Gericht darf weder mit einem bestimmten Stand noch mit einem bestimmten Beruf verbunden sein (1994, 218). Es ist unklar, ob Montesquieu hier ausschliesslich an die Institution des Geschworenengerichts in England denkt oder ob er auch Gerichte meint, die materielle Rechtsfragen entscheiden. Im späteren Verlauf des sechsten Kapitels befasst sich Montesquieu zweifellos mit der Rechtsprechung in einem weiteren Sinn. Sie soll von Adligen über Adlige, und von Bürgern über Bürger ausgeübt werden (1994, 225), denn in den beiden Fällen sind getrennte Gesichtspunkte und Interessen für die Rechtsfindung massgebend (1994, 221).
- 11 Zum Begriff der Verfassung bei Montesquieu die zutreffenden Ausführungen von Weigand (1994, 56f.). Sinngemäss braucht Montesquieu den Begriff «Verfassung» für die tatsächliche Beschaffenheit eines Staates (so wenn er im berühmten 6. Kapitel des 11. Buches über die Verfassung Englands schreibt). Andersorts erscheint die Verfassung als gleichbedeutend mit «einer mit Gesetzen ausgestatteten Gesellschaft» (3. Kap. des 11. Buches (Montesquieu 1994, 214). Im Anschluss an Montesquieu definiert Destutt de Tracy Verfassung als «une manière de s'arranger ensemble»: «(...) pour que les hommes vivent réunis, il faut que chacun d'eux s'arrange le mieux possible avec tous les autres; et c'est dans la manière de s'arranger ensemble que consiste ce que l'on appelle la *constitution* de la société» (Destutt de Tracy 1828, 145).
- 12 Dies macht Destutt de Tracy Montesquieu zum Vorwurf: «Les fonctions législatives, exécutives et judiciaires (...) ne sont pas des puissances existentes par elle-mêmes. Il n'y a en *droit* qu'une puissance, la volonté nationale (...). Montesquieu (...) n'y songe pas. Il ne voit que ses trois prétendus pouvoirs (...) comme des puissances indépendantes et rivales, qu'il ne s'agit que de concilier et de limiter les unes par les autres, pour que tout aille bien, sans faire entrer du tout en ligne de compte la puissance nationale.» (Destutt de Tracy 1828, 137).
- 13 Siehe die Beobachtungen von Caritat de Condorcet (1819, 437ff. u. 457ff.) Das ursprünglich französische Werk von Destutt de Tracy war bereits Anfang des 19. Jahrhunderts fertig gestellt, konnte aber wegen der napoleonischen Zensur in Frankreich nicht veröffentlicht werden. Der amerikanische Präsident Thomas Jefferson wurde auf das Buch aufmerksam und übersetzte es ins Englische, worauf es zu einem grossen Erfolg in den USA wurde. Erst 1819 publizierte Destutt de Tracy seine Kommentierung von Montesquieus *Geist der Gesetze* in französischer Sprache in Paris.
- 14 Die rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung von Transparenz und Öffentlichkeit hat wohl erst Immanuel Kant angemessen beurteilt und gewürdigt, ein Beitrag zur Demokratietheorie, der noch kaum hinreichend zur Kenntnis genommen wurde, siehe dazu Müller (2002, 28 u. 95 ff; 1999, 181ff.).
- 15 Vgl. z. B. Montesquieu (1994, 282 u. 303).
- 16 In der schweizerischen Staatsrechtlehre hat wohl Kägi als erster den undogmatischen Charakter der Gewaltenteilungslehre Montesquieus betont. Montesquieu habe zwar überall die Prinzipien gesucht, diese hätten aber wenig zu tun mit den blossen Abstraktionen eines dünnen Rationalismus. Aus dem, was bei Montesquieu als «*règle de sagesse politique*» gedacht gewesen sei, sei später ein Dogma des Staatsrechts, ja eine

- Kategorie des Rechtsdenkens überhaupt geworden, siehe dazu Kägi (1961, 151ff.).
- 17 Seif trennt kategorisch die Gewaltenbalance der sozialpolitischen Kräfte (als Problem der gemischten Verfassung) von der Gewaltenbalance der Gewaltentrennungskonzeption, die lediglich auf ein institutionelles Gleichgewicht der Staatsorgane abziele. Sie beansprucht mit ihrem Aufsatz, die angebliche Urheberschaft Montesquieus für das rechtsstaatliche Organisationsprinzip der funktionalen Gewaltentrennung als Missverständnis zu «entlarven». Seine «Adelsnähe» habe ihm verwehrt, eine eigentlich rechtsstaatliche Gewaltentrennung zu konzipieren, deren unabdingbare Voraussetzung die Gleichheit vor dem Gesetz auf der Grundlage der Volkssouveränität wäre (Seif 2002, 149–166). Dass Montesquieu neben den aristokratischen und monarchischen Präferenzen auch ein tiefes Verständnis für die demokratische Staatsform eigen war, habe ich in Müller (2002, 112ff.; 2004, 77 ff.) darzulegen versucht.
- 18 Die moderne, weltweite Migration bringt neuartige Netzwerkgesellschaften hervor, die auch versteckt wirken, und Herkunftsland und Zielort in vielfältiger Weise miteinander faktisch verbinden. Eindrücklich die Schilderung bei Alt (2003, 9 u. 16).
- 19 «Alles wäre verloren, wenn ein und derselbe Mann beziehungsweise die gleiche Körperschaft entweder der Mächtigsten oder der Adligen oder des Volkes folgende drei Machtvollkommenheiten ausübte: Gesetze erlassen, öffentliche Beschlüsse in die Tat umsetzen, Verbrechen und private Streitfälle aburteilen.»
- 20 Zum Begriff der demokratischen Öffentlichkeit siehe Müller (2002, 95ff.).
- 21 Eindrücklich die scharfe Selbstkritik der «New York Times», die sie auf ihrer eigenen Website publiziert: www.nytimes.com/ref/international/middleeast/20040526CRITIQUE.html, Stand am 26.5.2004; siehe dazu auch NZZ vom 4. Juni 2004, S. 65. Vgl. jetzt auch die spätere, in der Sache ähnliche Selbstkritik der «Washington Post», NZZ vom 13. August 2004.
- 22 Siehe etwa den Entscheid der mehrheitlich republikanischen Richter des US Supreme Court: *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), betreffend die Auszählung der Stimmen in der Präsidentenwahl 2000. In einem jüngsten Beispiel hat allerdings der Supreme Court in gleicher Konstellation gegenüber der Exekutive eine eigene Stellung behauptet; vgl. die Entscheide des US Supreme Court über die Rechtsstellung der Inhaftierten in Guantanamo vom 28. Juni 2004: *Rasul v. Bush* und *Hamdi v. Rumsfeld* (No. 03–334 und No. 03–6696).
- 23 Zum kulturkonsumierenden Publikum insbesondere S. 248ff.
- 24 Vgl. dazu Kägi (1961, 170): «Das Verfassungsdenken steht auch heute noch stark im Banne des Kampfes gegen die Staatsgewalt: darob hat man die Gefährdungen, die von Konzentrationen wirtschaftlicher (und damit auch politischer) Macht an ganz anderer Stelle des Sozialkörpers ausgingen, lange verkannt: die Probleme der privaten Macht, der Kartelle und Trusts, der Monopole und Oligopole, der Verbände, der *pressure groups* (...).», vgl. auch Di Fabio (2003, §27). Obwohl Di Fabio es grundsätzlich ablehnt, auch ausserstaatliche Mächte wie Rundfunk und Presse, politische Parteien oder Interessenverbände unter dem Titel der Gewaltenteilung zu thematisieren (so a.a.O., Fn. 10), kann nach ihm «(e)ine Frage der Gewaltenteilung (...) jedenfalls dann aufgeworfen werden, wenn einzelne Organe des Staates sich mit gesellschaftlichen Gruppen in einer unzulässigen Weise verbinden, über ‚dunkle Kanäle‘ Hilfe empfangen oder umgekehrt als Organ unzulässig Hilfe gewähren oder auf gesellschaftliche Machtbildungen ungerechtfertigt einwirken. Die opake Herrschaft intermediärerer Kräfteverbindungen gefährdet das moderne Freiheitsversprechen.» (Montesquieu 1994, 225).
- 25 Zur idealisierenden Unterstellung einer im sozialen Raum und in der historischen Zeit entgrenzten Kommunikationsgemeinschaft siehe etwa Habermas (1992, 391). Hier versucht Habermas das essentialistische Missverständnis einer idealen Sprechsituation zu einer methodischen Fiktion zu entschärfen. Aber auch in diesem Sinne bietet sich «die ideale Kommunikationsgemeinschaft als Modell» für ein Gedankenexperiment an, in dem die Bedingungen demokratischer Verständigung analysiert werden können (Habermas 1992, 392ff.). In unserem Zusammenhang besonders interessant ist der Versuch Habermas', die Rolle von *Zivilgesellschaft* gerade als Brücke zwischen rein normativen Demokratie modellen und sogenannten realistischen, z.B. ökonomischen Ansätzen zu deuten (Habermas 1992, 399ff.). Habermas glaubt, dass «öffentliche Meinungen, die nur dank eines nicht deklarierten Einsatzes von Geld oder Organisationsmacht lanciert werden (...), ihre Glaubwürdigkeit (verlieren), sobald diese Quellen sozialer Macht publik gemacht werden» (Habermas 1992, 441).
- 26 Exemplarisch die Ausführungen des US-amerikanischen Staatsrechtlers Sunstein (2001,

- 678–700). Das zentrale Anliegen von Sunstein ist die Suche nach nicht marktförmigen, also nicht ökonomischen Kriterien für die politische und rechtliche Sicherung deliberativer Demokratie.
- 27 «Gerade angesichts der Rolle der Kommunikationsmedien für die Entstehung von Kultur (...) ist es vollkommen legitim, wenn es eine demokratische Regierung ablehnt, Konsumentenentscheidungen zur alleinigen Grundlage ihrer Medienpolitik zu machen» (Sunstein 2001, 700f.).
- 28 Im Gegensatz zu den bereits bekannten Staatsvertragskonzeptionen etwa von Hobbes ging Montesquieu von einer mehrfachen Legitimitätsgrundlegung der vorgefundenen Staatsstrukturen aus. So etwa auch Weigand (1994, 6f.).
- 29 In diesem Sinn ist die Lehre von der sog. Mischverfassung normativ nicht fruchtbar. Das heisst nicht, dass es heute keinen Sinn mache, festzustellen, dass die in der Demokratie geforderte und unentbehrliche Deliberation und rationale Kommunikation im Wesentlichen von einer Elite (also den «Besten», griechisch «aristoi») geführt und getragen wird; sie muss jedoch zumindest die Responsivität mit den vielen andern Formen der Öffentlichkeit in der Demokratie und insofern «mit dem Volk» suchen. Ebenso ist zweifellos Tradition, Gewohnheit, Usanz nach wie vor faktisch ein wichtiger Faktor politischer Stabilität. Er kann sich normativ, aber nicht gegenüber dem demokratisch legitimierten Änderungswillen der demokratisch organisierten Bevölkerung behaupten. Auch die von Max Weber später soziologisch typisierten Legitimitätsfaktoren der Tradition, der administrativen Rationalität (im Sinne der zweckorientierten und effizienten Bürokratie) und des (napoleonischen) Charisma sind für den Gedanken der Demokratie nur dann ungefährlich, soweit sie lediglich als deskriptive Begriffe zur Erfassung faktischer Legitimationsprozesse verstanden werden und nicht als Grundlagen normativer Legitimität.
- 30 Die letztinstanzliche Begründung politischer Souveränität in der Würde der Einzelperson und ihrer Autonomie ist nicht aus tatsächlich souveränem Verhalten der Menschen abzuleiten, sondern ist auf eine normative Wertezuschreibung angewiesen.
- 31 Der Begriff des Bürgers und der Bürgerin kann im Verfassungsstaat spätestens seit Kant nur in steter Verbindung der Kategorien des Weltbürgers, des Staatsbürgers und allenfalls des Bürgers einer supranationalen Union oder internationalen Vereinigung verstanden werden.
- 32 Ein (bereits erwähntes) Beispiel bietet die Beeinträchtigung des Spiels von checks and balances im US-amerikanischen System im Falle der Dominanz einer Partei in mehreren «branches of government».
- 33 Die Infragestellung einer materialen Gewaltenteilung durch den Mehrparteienstaat hat Kägi (1961, 168) thematisiert: Die Pluralität der Parteien führt nicht zum Gewaltenteilungseffekt, der Montesquieu vorschwebt, wenn eine Partei in zwei oder mehr Gewalten über eine Mehrheit verfügt. Das Problem der oppositionellen Minderheit als Thema der Gewaltenteilung wird nur knapp angesprochen bei Di Fabio (2003) mit dem Hinweis auf die Praxis des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 2,160; 45, 29f.; 68, 77 u. 90, 343).
- 34 «Es gäbe keine Freiheit mehr, wenn (...) die exekutive Befugnis einer bestimmten, aus der legislativen Körperschaft ausgesuchten Personenzahl anvertraut wäre.»
- 35 Zum heutigen Diskussionsstand im deutschsprachigen Raum siehe Di Fabio (2003, Rz. 64ff., insb. Rz. 66).
- 36 Gewiss spricht Montesquieu von Prinzipien, die er während seiner Arbeiten entdeckt habe. Es sind aber nicht spekulative Prämissen, sondern Einsichten «aus der Natur der Dinge» (Montesquieu 1994, 91). Die Prinzipien, die Montesquieu im 29. Buch, 16. Kap., als Grundlage jeder Gesetzgebung vorschlägt, sind formaler, stilistischer und ästhetischer Natur. Im Zentrum steht der Gedanke, dass Gesetze nicht gegen die Natur der Dinge verstossen dürfen, siehe Montesquieu (1994, 411–417).

Literatur

- Alt, Jörg, 2003, *Leben in der Schattenwelt. Problemkomplex «illegale» Migration*, Ergebnisszusammenfassung, Karlsruhe 2003.
- Aristoteles, 2001, *Nikomachische Ethik*, Reclam-Ausgabe, Stuttgart.
- Besson, Samantha, 2004, *Reasonable Disagreement and the Law*, Berner Habilitationsschrift.
- Caritat de Condorcet, Jean Antoine Nicolas, 1819, in: Destutt de Tracy, Antoine Louis Claude, *Commentaire sur l'Esprit des Lois de Montesquieu; suivi d'observations inédites de Condorcet sur le vingt-neuvième livre du même ouvrage*, Paris.
- Destutt de Tracy, Antoine Louis Claude, 1819, *Commentaire sur l'Esprit des Lois de Montesquieu; suivi d'observations inédites de Condorcet sur le vingt-neuvième livre du même ouvrage*, Paris.

- Destutt de Tracy, Antoine Louis Claude, 1828, Commentaire sur l'Esprit des Lois de Montesquieu; suivi d'observations inédites de Condorcet sur le vingt-neuvième livre du même ouvrage, Commentaire sur l'Esprit des Lois de Montesquieu, Paris.
- Di Fabio, Udo, 2003, Gewaltenteilung, in: Isensee, Josef/Kirchhof Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Auflage, Heidelberg.
- Habermas, Jürgen, 1962, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuaufl. 1990, Frankfurt a.M.
- Habermas, Jürgen, 1992, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main.
- Kägi, Werner, 1961, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, in: Festschrift für Hans Huber, Bern, S. 151ff.
- Kant, Immanuel, 1990, Die Metaphysik der Sitten, Reclam-Ausgabe, Stuttgart.
- Montesquieu, Charles-Louis de, 1994, Vom Geist der Gesetze, Reclam-Ausgabe, Stuttgart.
- Müller, Jörg Paul, 1993, Demokratische Gerechtigkeit, München.
- Müller, Jörg Paul, 1999, Der politische Mensch. Menschliche Politik, Basel/Genf/München.
- Müller, Jörg Paul, 2002, Die demokratische Verfassung, Zürich.
- Müller, Jörg Paul, 2004, Juristische Methodenlehre in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Peters, Anne/Schefer, Markus (Hgg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Bern 2004.
- Rawls, John, 2003, Gerechtigkeit als Fairness. Ein Neuentwurf (dt. Ausgabe), Frankfurt a.M.
- Seif, Ulrike, 2002, Der missverstandene Montesquieu. Gewaltenbalance, nicht Gewaltentrennung, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, S. 149–166.
- Seiler, Hansjörg, 1994, Gewaltenteilung, Bern.
- Sunstein, Cass R., 2001, Das Fernsehen und die Öffentlichkeit, in: Wingert, Lutz/Günther, Klaus, Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Festschrift für Jürgen Habermas, Frankfurt am Main.
- Waldron, Jeremy, 1996, Law and Disagreement, Oxford.
- Weigand, Kurt, 1994, Einleitung in: Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Reclam-Ausgabe, Stuttgart.

Résumé

La théorie législative actuelle risque de sombrer dans la technicité, la linguistique, la description des institutions et des procédures ou dans la recherche empirique, sans obéir à l'inspiration plus profonde de comprendre le rôle de la loi dans le façonnement de l'existence et de la réalité humaines. Cette contribution pose la question pour notre époque du sens et de la portée de l'«esprit des lois», que Montesquieu plaçait au centre de sa conception de l'Etat. La loi est-elle davantage qu'une simple technique de pilotage de la société? Pour Montesquieu, la loi n'est pas en contradiction avec la liberté de l'homme, mais elle en est la garantie. Elle ne doit pas être elle-même un pur produit du pouvoir, son esprit vit précisément de ce qu'elle ne représente pas un pouvoir social, pas plus que la volonté irraisonnée d'une majorité, mais qu'elle est issue de l'interaction des nombreuses forces d'une société pluraliste.