
Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel – Kelsen – Schmitt – Leibholz*

Die Kritiken an der Verfassungsgerichtsbarkeit sind so alt wie die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst:

„Sie hatten ihren Ahnherrn etwa in Hegel... oder in Bismarck, der sich 1863 vor dem Preußischen Landtag folgendermaßen äußerte: ‚Wenn ... ein Gericht berufen würde..., die Frage zu entscheiden: ist die Verfassung verletzt oder ist sie es nicht?, so würde damit dem Richter zugleich die Befugnis des Gesetzgebers zugewiesen...‘. Meist wird dieser Gedanke in die auf den französischen Historiker und Politiker Guizot zurückgehende Formel von der Juridifizierung der Politik und der Politisierung der Justiz gekleidet, bei der beide nichts zu gewinnen, wohl aber alles zu verlieren hätten. In der Gegenwart sind es mehr die Volkssouveränität und das Demokratieprinzip, die mit der Behauptung ins Feld geführt werden, sie verböten, dass von einem Richterkollegium Mehrheitsentscheidungen korrigiert... werden können“¹.

In Weimar ist diese Kritik wohl am radikalsten und wirkmächtigsten von Carl Schmitt formuliert worden – und zwar gegen Hans Kelsens Herleitung institutionalisierter Verfassungsgerichtsbarkeit als ein Element pluralistischer Demokratie. Danach sei der Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit ein Widerspruch in sich selbst, unvereinbar mit der Gewaltenteilung und mit der politischen Konzeption der (Volks)souveränität. Wenn man natürlich mit Schmitt annimmt, dass die Verfassung gar kein Rechts-, sondern ein ausschließlich politischer Begriff sei – nämlich Ausdruck der „Freund-Feind-Entscheidung“ der als souverän und homogen begriffenen politischen Einheit „Volk“ – dann scheint eine gerichts-

* Erschienen in: van Ooyen/Möllers, Martin (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Verlag Springer VS, Wiesbaden 2015.

1 Stern, Klaus: Außenpolitischer Gestaltungsspielraum und verfassungsrechtliche Kontrolle, Reihe Juristische Gesellschaft Mittelfranken, Heft 4, Regensburg 1994; vgl. Fricke, Carsten: Zur Kritik an der Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit im verfassungsstaatlichen Deutschland, Frankfurt a. M. 1995.

förmige Instanz als „Hüter der Verfassung“ tatsächlich absurd. Häufig scheint jedoch völlig vergessen, dass diese Argumentationslinie von Kelsen widerlegt wurde – freilich unter der Voraussetzung, dass man mit Kelsen den Standpunkt einer pluralistischen Demokratie bejaht.

1 **Vorspiel: „Hohe Politik“ – Etatismus und Staatsgerichtsbarkeit bei Triepel**

Die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“ spitzte sich seit der Wiener Tagung der Staatsrechtslehrer von 1928 zu²: Kelsen entwarf hier als einer der beiden Referenten sein Programm einer modernen Verfassungsgerichtsbarkeit, die bei der rund zwanzig Jahre späteren Konzeption des Bundesverfassungsgerichts Pate gestanden hat³. Doch zuvor eröffnete Heinrich Triepel das Thema mit einer ambivalenten Haltung zur „Staatsgerichtsbarkeit“, die repräsentativ für die tradierte deutsche Staatslehre gewesen ist. Triepel lehnte zwar im Gegensatz zu Schmitt als *Staatsrechtler* die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht grundsätzlich ab, doch als „*Staatsrechtler*“ befürwortete er sie auch nicht vorbehaltlos. In seinem Verständnis von Staat, Politik und Recht bleibt ein Rest von „hoher“, „schöpferischer“, „irrationaler“ Politik im Sinne Hegels, sodass das „Wesen der Verfassung... bis zu gewissem Grade mit dem Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Widerspruch (steht)“⁴. Wahre, weil souveräne Politik ist damit der Justiziabilität entzogen. Triepels Position des rechtshegelianisch gewendeten „preußischen Etatismus“ lässt sich dabei als Inbegriff von staatstheoretischen Konzepten bestimmen, die das „Politische“ mit dem „Staatlichen“ gleichsetzten, den Begriff des Staates von Bürger und Gesellschaft losgelöst als „souveräne“ po-

2 Vgl. insgesamt Wendenburg, Helge: Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Göttingen 1984.

3 Kelsen, Hans: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit; in: VVDStRL, Bd. 5, Berlin – Leipzig 1929, S. 30 ff. Seine Konzeption gelangte wohl über Hans Nawiaskys Arbeitspapiere der Bayerischen Delegation des Herrenchiemseer Konvents an den Parlamentarischen Rat; vgl. Laufer, Heinz: Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, Tübingen 1968, S. 38 f.

Die beiden grundlegenden Texte zur Verfassungsgerichtsbarkeit sind neu ediert in van Ooyen (Hg.): Hans Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Tübingen 2008.

4 Triepel, Heinrich: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit; in: VVDStRL, Bd. 5, Berlin – Leipzig 1929, S. 7 bzw. S. 8; vgl. auch ders.: Staatsrecht und Politik, Berlin – Leipzig 1927.

litische Einheit verstanden und damit nicht nur der rechtsstaatlichen Kontrolle, sondern vor allem auch der demokratischen Partizipation entzogen⁵. Passend fügt sich in dieses Bild, dass er kurz zuvor in seiner Berliner Rektoratsrede vom Sommer 1927 die für weite Teile der Staatslehre typische Ablehnung der Weimarer Parteiendemokratie formuliert hatte⁶, indem er den „Parteienstaat“ als Verfallserscheinung, als „Symptom einer Krankheit“ und „Entartung“ begriffen, schließlich die Parteien (= Partikularinteressen) mit dem Staat (= Gemeinwohl) für unvereinbar und „extrakonstitutionell“ erklärt hat⁷. Triepels konservativer Etatismus lässt sich somit auch als Relikt einer in der theoretischen Diskussion zu dieser Zeit schon überholten Epoche begreifen, deren Staatslehre mit ihrem überkommenen Verständnis des 19. Jahrhunderts den politischen Neuerungen begrifflich hilflos gegenüberstand⁸. Anders nun im Falle von Kelsen und Schmitt: Denn Kelsen richtete u. a. hiergegen seine politische Theorie des demokratischen Verfassungsstaats ohne souveräne Macht, die in einer entontologisierten „Staatslehre ohne Staat“⁹ und Demokratietheorie ohne „Volk“ gipfelte¹⁰; und Schmitt setzte genau deshalb dem Begriff des Staates seinen Begriff des Politischen *vor-*aus¹¹, den er dann in der „Souveränität des Volkes“ völkisch totalisierte¹². Und

-
- 5 Vgl. Lehnert, Detlef: „Staatslehre ohne Staat“?, Reihe IfS der Universität der Bundeswehr München, Nr. 6, Neubiberg 1998 S. 35; zur Einschätzung als antipluralistisches, etatistisches Politikverständnis bis hin zur „offenen Sympathie für die ‚nationale Revolution‘“ (S. 423) vgl. insgesamt Gassner, Ulrich M.: Heinrich Triepel, Berlin 1999.
 - 6 Triepel: Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, Berlin 1928, S. 29 f.; zur Rektoratsrede vgl. auch Friedrich, Manfred: Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997, S. 347.
 - 7 Triepel, ebd., S. 35, 29 bzw. 36; vgl. hiergegen schon die Verteidigung der Parteiendemokratie und die Kritik an Triepel durch Kelsen in seiner demokratietheoretischen Schrift: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Neudr. der 2. Aufl. von 1929, Aalen 1981, S. 21 und 107 ff.
 - 8 Im Übrigen zum Teil bis heute, wovon Begriffe wie „quasi-staatlich“ oder „Staatenverbund“ zeugen; vgl. van Ooyen: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005; ders.: Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?; in: ARSP 3/2003, S. 387 ff.
 - 9 Kelsen: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Neudr. der 2. Aufl. 1928, Aalen 1981, S. 208.
 - 10 Vgl. Kelsen: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Neudr. der 2. Aufl. 1928, Aalen 1981; ders.: Allgemeine Staatslehre, Nachdruck, Wien 1993.
 - 11 Vgl. Schmitt, Carl: Der Begriff des Politischen, 6. Aufl., Berlin 1996, S. 20.
 - 12 Zur politischen Theorie Kelsens und zur Kontroverse mit Schmitt vgl. insgesamt van Ooyen: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, Berlin 2003; ders.: Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, Wiesbaden 2010; auch Dreier, Horst: Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden

vor dem Hintergrund dieser staats- und demokratietheoretischen Positionen vollzog sich der Streit um den „Hüter der Verfassung“.

2 Zwei Modelle des Hüters der Verfassung

2.1 Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüter pluralistischer Demokratie: Kelsen

Als entscheidende Leistung zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit ist mit Merkl festzustellen, dass „Kelsens originelle Neuerungen auf diesem Gebiete... unzweifelhafter, bewusster Ausfluss der demokratischen Ideologie (sind)“¹³. Ein Verfassungsgericht nicht als Widerspruch, sondern vielmehr als Garanten der Demokratie zu begreifen, diese vollständig neue Sicht der Verbindung von pluralistischer Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit findet ihren genuinen Ausdruck in der von Kelsen postulierten Kompetenz allgemeiner Normenkontrolle (s. u.). Bemerkenswert hieran ist, dass das Verfassungsgericht bei Kelsen zwar selbstverständlich ein „Hüter der Verfassung“ ist, aber nicht im Verständnis der Entgegensetzung von Recht und Politik, sondern aus einem funktionalen Verständnis des Verfassungsbegriffs heraus. Weil Kelsen die Verfassung als Ausdruck der politischen Machtverhältnisse begreift, ist die Funktion der Verfassung in einer pluralistischen Gesellschaft die einer „Vereinsatzung“¹⁴. Diese lenkt den „Kampf“ der politischen Gruppen durch die Festlegung von Spielregeln in „zivilisierte“, d. h. „rationale“, berechenbare

1990; Hebeisen, Michael: Souveränität in Frage gestellt, Baden-Baden 1995; Diner, Dan/Stolleis, Michael (Hg.): Hans Kelsen and Carl Schmitt, Gerlingen 1999; Dyzenhaus, David: *Legality and Legitimacy*, Oxford 1997; Brunkhorst, Hauke/Voigt, Rüdiger (Hg.): *Rechts-Staat*, Baden-Baden 2008; Ehs, Tamara (Hg.): *Hans Kelsen, Baden-Baden – Wien 2009*; Römer, Peter: *Hans Kelsen, Köln 2009*; Die demokratietheoretischen Schriften Kelsens sind neu ediert in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hg.): *Hans Kelsen: Verteidigung der Demokratie*, Tübingen 2006; weitere aktuelle Literatur in der von Clemens Jabloner und Thomas Olechowski am Hans Kelsen-Institut, Wien, betreuten Schriftenreihe.

13 Merkl, Adolf: Hans Kelsen als Verfassungspolitiker; in: *JurBl* 1931, S. 385; vgl. auch Antonioli, Walter: Hans Kelsens Einfluss auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit; in: Engel, Salo/Métall, Rudolf A. (Hg.): *Law, State and International Legal Order*, Knoxville 1964, S. 21 ff., S. 27 ff.; Haller, Herbert: *Hans Kelsen – Schöpfer der verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfung?*, Reihe Rechtswissenschaft der Wirtschaftsuniversität Wien, Bd. 4, Wien 1977.

14 Vgl. hierzu insgesamt van Ooyen: *Der Staat der Moderne* (Fn. 12).

Verfahrensabläufe. Hierüber vollzieht sich die Herstellung des „Gemeinwohls“ als „Resultierende“ des pluralistischen Kräftespiels – oder konkreter formuliert: der zwischen Mehrheit und Minderheit ausgehandelte Gesetzesbeschluss des Parlaments als dem primären Ort einer parteipolitisch organisierten pluralistischen Demokratie. Zugleich ist die Verfassung in der Festlegung dieser Regeln auch der Minimalkonsens, auf den sich die politischen Gruppen geeinigt haben. Denn den Habsburger „Vielvölkerstaat“ vor Augen fragte Kelsen radikal danach, was die Menschen politisch miteinander überhaupt verbindet:

„Angesichts des österreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinen sozial-psychologischen oder sozial-biologischen Zusammenhang... zu gründen versuchten, ganz offenbar als Fiktionen. Insofern diese Staatstheorie ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als eine spezifisch österreichische Theorie gelten“¹⁵.

So wird erst durch die Verfassung die „Einheit“ des „Staates“ in einer pluralistischen Gesellschaft in einem bloß normativen Sinn begründet. Als die gegenüber dem einfachen Gesetz höherrangige Norm ist sie die Norm der Normerzeugung – also das Regelwerk, das die Regeln enthält, wie Regeln erzeugt werden¹⁶. Und aus dieser funktionalen Sicht der Verfassung bei Kelsen „hütet“ das Verfassungsgericht nicht eine vermeintliche substanzialisierte politische Einheit „Staat“ oder „Volk“, sondern „nur“,

- dass der politische Prozess der Gruppen sich im Rahmen der vereinbarten „Spielregeln“ (d.h. der Verfassung) vollzieht, also insbesondere aus Sicht der Minderheiten nicht der vereinbarte Satzungsrahmen für Mehrheitsbeschlüsse in formeller wie materieller Hinsicht gesprengt wird und
- dass nicht überhaupt eine Änderung einfach der Regeln vorgenommen wird, wie Regeln gesetzt werden, d.h. keine Änderung der Verfassung jenseits der zuvor festgelegten Bedingungen möglich ist – oder anders ausgedrückt, dass kein fundamentaler Eingriff in die existenziellen Rechte der Minderheiten ohne deren vorhergehende Zustimmung erfolgt¹⁷.

15 Kelsen: „Autobiographie“ (unv.); zitiert nach Metall: Hans Kelsen, Wien 1969, S. 42; vgl. auch Baldus, Manfred: Hapsburgian Multiethnicity and the „Unity of the State“; in: Diner/Stolleis (Fn. 12), S. 13 ff.

16 Vgl. hier: Kelsen: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Fn. 3), S. 36.

17 Vgl. z. B. Art. 79 II GG, sodass die Regierungsmehrheit im Normalfall dies nicht allein herbeiführen kann.

Institutionalisierte Verfassungsgerichtsbarkeit eröffnet daher die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle und Durchsetzung des von den politischen Gruppen im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren ausgehandelten „Gemeinwohls“ (= Gesetz) im Hinblick auf Vereinbarkeit mit dem als Basis zwischen den Gruppen ausgehandelten Grundkonsens (= Verfassung) bei gleichzeitiger Gewähr, dass dieser Grundkonsens selbst von einer dominierenden Gruppe (= Mehrheit) nicht gegen alle anderen (= Opposition) einfach außer Kraft gesetzt werden kann. Wenn das Verfassungsgericht ein Instrument der Garantie der Verfassung ist, so bedeutet das aus dieser funktionalen Sicht dann nichts anderes als die Garantie der offenen, pluralistischen Struktur von Gesellschaft und politischem Prozess. Und weil hierbei überhaupt den Minderheiten eine zentrale Bedeutung zukommt, ist für Kelsen deren Schutz durch den Vorrang der Verfassung die Kernfunktion von Verfassungsgerichtsbarkeit:

„Die spezifische Verfassungsform, die im Wesentlichen darin zu bestehen pflegt, dass die Verfassungsänderung an eine erhöhte Majorität gebunden ist, bedeutet: dass gewisse fundamentale Fragen nur unter Mitwirkung der Minorität gelöst werden können... Die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze ist daher ein eminentes Interesse der Minorität: gleichgültig, welcher Art diese Minorität ist, ob es sich um eine klassenmäßige, eine nationale oder religiöse Minorität handelt, deren Interessen durch die Verfassung in irgendeiner Weise geschützt sind... Wenn man das Wesen der Demokratie nicht in einer schrankenlosen Majoritätsherrschaft, sondern dem steten Kompromiss zwischen den im Parlament durch Majorität und Minorität vertretenen Volksgruppen erblickt, dann ist die Verfassungsgerichtsbarkeit ein besonders geeignetes Mittel, diese Idee zu verwirklichen“¹⁸.

Verfassungsgerichtsbarkeit steht hier also nicht, wie häufig mit Schmittscher Diktion behauptet, im Gegensatz zur Demokratie, sondern ist so verstanden geradezu ihr spezifischer Ausdruck. Und deshalb ist die häufige Entgegensetzung „Hüter

18 Kelsen: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Fn. 3), S. 81; a. A. dagegen Maus, Ingeborg: Zur Transformation des Volkssouveränitätsprinzips in der Weimarer Republik; in: Nahamowitz, Peter/Breuer, Stefan (Hg.): Politik – Verfassung – Gesellschaft, Baden-Baden 1995, S. 113: „... daß Kelsen als einziger bekannter Rechtspositivist für eine verfassungsgerichtliche Überprüfung einfacher Gesetze eintritt – eine Position, die damals nur konservative Systemkritiker einnahmen, um den gerade demokratisierten Gesetzgeber in die Schranken zu weisen“. Maus unterscheidet aber nicht zwischen der Kontroverse um das richterliche Prüfungsrecht und der um die institutionalisierte Verfassungsgerichtsbarkeit. Denn auch führende SPD-Juristen wie z. B. Radbruch forderten im Kampf gegen das konservativ instrumentalisierte richterliche Prüfungsrecht gerade die Einführung einer zentral institutionalisierten verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle. Nur „linke“ sozialdemokratische Juristen wie z. B. Neumann lehnten dagegen beides ab; vgl. m. w. N. Wendenburg (Fn. 2), S. 83 ff.

der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber“ tatsächlich unsinnig und muss vielmehr heißen: „Hüter der Verfassung“ *durch* „Ersatzgesetzgeber“ oder – wie Kelsen es selbst klarer formuliert – durch den „negativen Gesetzgeber“¹⁹. Denn nur wenn es eine Institution gibt, die die Kompetenz hat, im Rahmen einer Normenkontrolle Rechtsnormen – und zwar gerade Parlamentsgesetze – wegen Unvereinbarkeit mit der Verfassung zu kassieren, nur also mit einem solch „negativen Gesetzgeber“ hat man ein wirksames Instrument zur Durchsetzung der Verfassung an der Hand. Daher erweist es sich für Kelsen als sinnvoll, die Kompetenz der Normenkontrolle auf ein besonderes, eigenständiges Verfassungsorgan zu übertragen, das gegenüber Parlament und Regierung mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet ist²⁰. Ob diese Einrichtung noch als Gericht und seine Tätigkeit noch als „echte Justiz“ bezeichnet werden kann oder ob es sich nicht vielmehr um eine „politische“ Einrichtung handelt, ist für ihn in dem funktionalen Kontext der Kontrolle von Macht zunächst einmal völlig²¹ unerheblich²². Vor diesem Hintergrund jedenfalls kann die Normenkontrolle in einem weiten Begriffsverständnis als das „Herzstück“ der Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnet werden. Mit ihr steht und fällt der verfassungsgerichtliche Schutz pluralistischer Demokratie. Und genau hier ordnet sich bei Kelsen das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ein: Wenn nun Verfassungsgerichtsbarkeit im Kern Normenkontrolle ist und wenn Verfassungsgerichtsbarkeit auf den Schutz der Minderheit zielt, dann folgt daraus, dass die Klagebefugnis zur abstrakten Normenkontrolle prinzipiell ein Recht der Minderheit sein muss. Dies gilt für ihn erst recht in einem parlamentarischen Regierungssystem, das Legis-

19 Kelsen: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Fn. 3), S. 56, in der Entgegensetzung zum Parlament als dem „positiven“ Gesetzgeber.

20 Vgl. Kelsen: Wer soll Hüter der Verfassung sein? (1931); in: Klecatsky, Hans/Marcic, René/Schambeck, Herbert (Hg.): Die Wiener Rechtstheoretische Schule, 2 Bde, Wien u. a. 1968, S. 1873 ff.

21 Ebd., S. 1880.

22 Vgl. auch Grimm, Dieter: Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen; in: Krawietz, Werner/Topitsch, Ernst/Koller, Peter (Hg.): Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Reihe Rechtstheorie, Beiheft 4, Berlin 1982, S. 153; Grimm betrachtet aber die Verfassungsgerichtsbarkeit allein vom rechtstheoretischen Kontext der Stufenlehre Kelsens, sodass er die politische Macht des Verfassungsgerichts bei Kelsen im Spannungsfeld zur Demokratie sieht, anstatt sie gerade als hierdurch intendiert zu begreifen, nämlich als demokratietheoretische Perspektive eines pluralistischen, d. h. ohne „Souverän“ auskommenden Verständnisses von Verfassung und Gesellschaft.

lativ- und Exekutivfunktionen in der Verfügungsgewalt von Parlamentsmehrheit und Regierung miteinander²³ verschränkt²⁴:

„Was speziell die Anfechtung von Gesetzen betrifft, wäre es von größter Wichtigkeit, sie auch einer – irgendwie qualifizierten – Minorität des Parlaments einzuräumen, das das verfassungswidrige Gesetz beschlossen hat. Dies umso mehr, als die Verfassungsgerichtsbarkeit... in den parlamentarischen Demokratien notwendig in den Dienst des Minoritätenschutzes treten muss“²⁵.

Kelsen ist sich dabei völlig bewusst, dass dem Gericht zwar eine Art „Schiedsrichterrolle“ im Interessenstreit der politischen Gruppen in Parlament und sonstigen Verfassungsorganen zukommt²⁶, es zugleich aber auch selbst notwendig Element des politischen Prozesses als Machtkampf zur Durchsetzung von Interessen ist. Ohne Zweifel ist das Verfassungsgericht ein „politisches“ Organ²⁷, auf das Interessen einwirken und das zugleich über seine erhebliche Kompetenz der Normenkontrolle als „negativer Gesetzgeber“ selbst solche Interessen formuliert, also Macht ausübt²⁸. Denn eine über den politischen Partialinteressessen entrückt stehende Verfassungsgerichtsbarkeit erweist sich aus seiner Sicht des Politischen ebenso als

23 Vgl. auch Art. 93 I 2 GG, wonach 1/3 der Mitglieder des Bundestags klagebefugt sind.

24 Daher ist die verbreitete Klage über den vermeintlichen Missbrauch der Normenkontrolle durch die Opposition demokratietheoretisch unsinnig. Nicht nur der empirische Befund zeigt, dass die Anzahl der Verfahren wenig dramatisch und über Jahrzehnte relativ konstant ist; vgl. Stüwe, Klaus: Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1997. Gegenüber den nach wie vor dominierenden (Schmittschen) Missverständnissen ist zudem festzuhalten, dass „sich die Instrumentalisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Opposition schon aus der institutionellen Logik des parlamentarischen Regierungssystems ergibt...“ und es „von entscheidender Bedeutung für die Wirksamkeit dieser Kontrolle (ist), ob die Opposition an der institutionellen Ausgestaltung und an der Besetzung des Gerichts beteiligt ist“; S. 20; vgl. ders.: Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition?; in: APuZ, 37-38 / 2001, S. 34 ff.

25 Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Fn. 3), S. 75.

26 Zur Thematik vgl. auch Riecken, Jörg: Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie, Berlin 2003.

27 So auch Grimm (Fn. 22), S. 156; Schild, Wolfgang: Das Problem eines Hüters der Verfassung; in: Guggenberger, Bernd/Würtenberger, Thomas (Hg.): Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, Baden-Baden 1998, S. 40.

28 Das verstärkt sich bei Kelsen noch infolge seiner „Stufentheorie“, da Rechtsprechung nicht bloßer juristischer Vollzug von Rechtsnormen wie bei einem „Rechtsautomaten“ ist, sondern immer auch notwendig politische Rechtschöpfung, Verfassungsrechtsprechung also auch immer Verfassungsrechtschöpfung beinhalten muss; vgl. z. B. Kelsen. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Fn. 3), S. 31 ff.

„Staatstheologie“, wie die unmögliche Annahme eines über dem Parteienstreit schwebenden Präsidenten. Für die Stellung des Verfassungsgerichts im Prozess der „Gewaltenteilung“ folgt hieraus zweierlei:

1. Wenn man das Politische aus der Verfassungsgerichtsbarkeit gar nicht eliminieren kann, dann ist vielmehr aus dieser vermeintlichen „Not“ bewusst eine „Tugend“ zu machen. Die politischen Faktoren sind daher offen mit einzubeziehen, statt sie hinter juristischer Scheinobjektivität zu verstecken. Schon Kelsen plädiert daher für die Bestellung und Zusammensetzung des Gerichts aus (partei)pluralistischer Sicht mittels parlamentarischer Wahl²⁹, etwa „in der Weise, dass ein Teil der Stellen durch Wahl seitens des Parlamentes besetzt wird, und dass bei dieser Wahl die verhältnismäßige Stärke der Parteien zu berücksichtigen ist“.³⁰
2. Vor diesem Hintergrund erschließt sich überhaupt erst Begriff und Funktion der „Gewaltenteilung“, die gar nicht unvereinbar ist mit der Tätigkeit eines Verfassungsgerichts. Im Gegenteil, aus der Erkenntnis, dass der „negative Gesetzgeber“ Verfassungsgericht als „gerichtliche“ Instanz nicht den „politischen“ Verfassungsorganen wie Parlament, Präsident usw. entgegengesetzt, sondern als politische Instanz und daher als Teil des politischen Prozesses begriffen wird, folgt sogar eine Vertiefung der „Gewaltenteilung“.

Kelsen sieht, dass dem tradierten Begriff der „Gewaltenteilung“ der konstitutionellen Monarchie ein verkürztes Verständnis zu Grunde liegt, das ideologiekritisch betrachtet dem Monarchen im Kampf gegen die Demokratisierung die Exekutivgewalt als „eine vom Parlament unabhängige Stellung“, als „ein Refugium sichern“ sollte³¹. Die Funktion der Gewaltenteilung, durch Verhinderung von Machtmissbrauch die Freiheit zu sichern, zielt daher gerade nicht auf eine vollständige, dogmatische „Trennung“, sondern impliziert eine Kontrolle durch „Teilung“ von Macht im Sinne von „Gewaltenverschränkung“ durch ein ausbalanciertes System gegenseitiger Eingriffsrechte:

29 Deshalb sind öffentliche Anhörungen bei der Bestellung wie etwa bei den Richtern am US-Supreme Court überfällig. Dann müssten, wie es sich für eine pluralistische Demokratie gehört, die Kandidaten „ihr ‚Vorverständnis‘ offenlegen“; Häberle, Peter: Bundesverfassungsrichter-Kandidaten auf dem Prüfstand?; in: Guggenberger, Bernd/Meier, Andreas (Hg.): Der Souverän auf der Neben Bühne, Opladen 1994, S. 132.

30 Kelsen: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Fn. 3), S. 57; vgl. Art. 94 GG.

31 Kelsen: Allgemeine Staatslehre (Fn. 10), S. 258 f.

„Es ist der Gedanke der Aufteilung der Macht auf verschiedene Organe, nicht so sehr zum Zwecke ihrer gegenseitigen Isolierung, als vielmehr zu dem ihrer gegenseitigen Kontrolle... Dann aber bedeutet die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur keinen Widerspruch zum Prinzip der Trennung der Gewalten, sondern gerade im Gegenteil dessen Bestätigung“³².

So gesehen „teilt“ sich also ein Verfassungsgericht als „negativer Gesetzgeber“ die Legislativgewalt mit dem Parlament – und zwar nicht anders als sich das Parlament etwa in Bundesstaaten diese Kompetenz regelmäßig auch mit einer zweiten gesetzgebenden Kammer oder bei der Möglichkeit von Plebisziten direkt mit den Bürgern/innen selbst zu teilen hat³³. In diesem allgemeinen Funktionsverständnis kann die „Gewaltenteilung“ als moderne Entsprechung der schon seit der Antike diskutierten Lehre der „gemischten Verfassung“³⁴ zur Mäßigung von Macht verstanden werden. Auch Kelsen sieht in „dem Prinzip politischer Mäßigung“ die eigentliche Intention³⁵. Und hieraus erklärt sich die Stellung des Verfassungsgerichts im politischen Prozess: Es ist für Kelsen gar nicht der „Hüter“ der Verfassung. Sowenig in einer pluralistischen Gesellschaft ein „Souverän“ existiere, so wenig könne es *den* Hüter der Verfassung geben. Insoweit, als negative Folie begriffen, erweist sich die Schmittsche Konzeption des Reichspräsidenten als „Hüter“ der souveränen und homogenen politischen Einheit „Volk“ hierzu tatsächlich als der konsequente Gegenentwurf. Bei Kelsen jedoch ist das Verfassungsgericht nur *ein* „Hüter“ der Verfassung³⁶, der sich die Macht mit anderen politischen Mächten (und „Hütern“) teilt. Diese stehen, wie es die amerikanische Verfassungstheorie – wenn auch vor einem anderem, nämlich stark gewaltentrennenden Hintergrund – formuliert, in einem wechselseitigen Verhältnis von „checks and balances“. Sie garantieren insgesamt, dass kein Akteur des politischen Prozesses diese Struktur pluralistisch organisierter Machtzentren in Richtung monistischer Gewaltausübung verschieben oder gar aufheben kann.

32 Kelsen: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Fn. 3), S. 55. Für die Funktionsweise des parlamentarischen Regierungssystems mit seiner Durchbrechung der „Gewaltentrennung“ ist das ganz selbstverständlich.

33 Vgl. z.B. Möllers, Martin/van Ooyen: Parlamentsbeschluss gegen Volksentscheid; in: ZfP 4/2000, S. 458 ff.

34 Vgl. allgemein Hesse, Konrad: Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit; in: JöR, Bd. 46, 1998, S. 11.

35 Kelsen: Allgemeine Staatslehre (Fn. 10), S. 256.

36 So schon Merkl in der Diskussion auf der Tagung der Staatsrechtslehrer in Wien 1928 (Fn. 3), S. 101.

Bundesverfassungsgericht und politische Theorie
Ein Forschungsansatz zur Politologie der
Verfassungsgerichtsbarkeit
van Ooyen, R.C.
2015, VIII, 261 S., Softcover
ISBN: 978-3-658-07947-5