

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

2

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,

* Zuerst erschienen in: van Ooyen/Möllers, Martin (Hrsg.): Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System (2006), 2. Aufl., Verlag Springer VS, Wiesbaden 2015, S. 169–187.

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.

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 gerichtsformige 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.

2.1 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 hat.³ 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 *Staats-Rechtler* die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht grundsätzlich ab, doch als „*Staats-Rechtler*“ 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 staats-theoretischen Konzepten bestimmen, die das „Politische“ mit dem „Staatlichen“ gleichsetzten, den Begriff des Staates von Bürger und Gesellschaft losgelöst als „souveräne“ politische Einheit verstanden

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 (Hrsg.): 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.

und damit nicht nur der rechtsstaatlichen Kontrolle, sondern vor allem auch der demokratischen Partizipation entzogen.⁵ 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 Verfallerscheinung, als „Symptom einer Krankheit“ und „Entartung“ begriffen, schließlich die Parteien (= Partikularinteressen) mit dem Staat (= Gemeinwohl) für unvereinbar und „extrakonstitutionell“ erklärt hat.⁷ 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 gegenüberstand.⁸ 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 *voraus*¹¹, den er dann in der „Souveränität des Volkes“ völkisch totalisierte.¹² Und vor dem Hintergrund dieser staats- und demokratietheoretischen Positionen vollzog sich der Streit um den „Hüter der Verfassung“.

-
- 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; ders.: Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 7).
 - 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 1990; Hebeisen, Michael: Souveränität in Frage gestellt, Baden-Baden 1995; Diner, Dan/Stolleis, Michael (Hrsg.): Hans

2.2 Zwei Modelle des Hüters der Verfassung

a) 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 „Vereinssatzung“.¹⁴ Diese lenkt den Kampf der politischen Gruppen durch die Festlegung von Spielregeln in „zivilisierte“, d. h. „rationale“, berechenbare 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:

Kelsen and Carl Schmitt, Gerlingen 1999; Dyzenhaus, David: *Legality and Legitimacy*, Oxford 1997; Brunkhorst, Hauke/Voigt, Rüdiger (Hrsg.): *Rechts-Staat*, Baden-Baden 2008; Ehs, Tamara (Hrsg.): *Hans Kelsen*, Baden-Baden – Wien 2009; Römer, Peter: *Hans Kelsen*, Köln 2009; Die demokratietheoretischen Schriften Kelsens sind neu ediert in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.): *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. (Hrsg.): *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).

„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 werden.¹⁶ 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 erfolgt.¹⁷

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

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; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 6 f.

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

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 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 Unvereinbar-

18 Kelsen: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, ebd., S. 50; a. A. dagegen Maus, Ingeborg: *Zur Transformation des Volkssouveränitätsprinzips in der Weimarer Republik*; in: Nahamowitz, Peter/Breuer, Stefan (Hrsg.): *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.

19 Kelsen: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 26, in der Entgegensetzung zum Parlament als dem „positiven“ Gesetzgeber.

keit 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 ist.²⁰ 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 unerheblich.²² 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 Legislativ- und Exekutivfunktionen in der Verfügungsgewalt von Parlamentsmehrheit und Regierung miteinander²³ verschränkt²⁴:

20 Vgl. Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1931); in: van Ooyen (Fn. 3), S. 58 ff.

21 Ebd., S. 66 f.

22 Vgl. auch Grimm, Dieter: Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen; in: Krawietz, Werner/Topitsch, Ernst/Koller, Peter (Hrsg.): 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.

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 verlängelter Arm der Opposition?; in: APuZ, 37-38/2001, S. 34 ff.

„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 ausübt.²⁸ Denn eine über den politischen Partialinteressen entrückt stehende Verfassungsgerichtsbarkeit erweist sich aus seiner Sicht des Politischen ebenso als „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 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

25 Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 45.

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 (Hrsg.): *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*; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 1 ff.

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 (Hrsg.): *Der Souverän auf der Neben Bühne*, Opladen 1994, S. 132.

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“ sollte.³¹ Die Funktion der Gewaltenteilung, durch Verhinderung von Machtmissbrauch die Freiheit zu sichern, zielt daher gerade nicht auf eine vollständige, dogmatische „Trennung“, sondern impliziere eine Kontrolle durch „*Teilung*“ von Macht im Sinne von „Gewaltenverschränkung“ durch ein ausbalanciertes System gegenseitiger Eingriffsrechte:

„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 hat.³³ In diesem allgemeinen Funktionsverständnis kann die „Gewaltenteilung“ als moderne Entsprechung der schon seit

30 Kelsen: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, S. 27; vgl. Art. 94 GG.

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

32 Kelsen: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 25. 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.

der Antike diskutierten Lehre der „gemischten Verfassung“³⁴ zur Mäßigung von Macht verstanden werden. Auch Kelsen sieht in „dem Prinzip politischer Mäßigung“ die eigentliche Intention.³⁵ 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.

b) Verfassungsgericht oder Präsident: Kelsen gegen Schmitt

Schmitts „Hüter der Verfassung“ dagegen kann, da der Begriff der Verfassung bei ihm überhaupt gar kein Rechtsbegriff ist, keine „juristische“, sondern nur eine „politische“ Instanz sein – die von ihm vorgenommene Unterscheidung von Politik und Recht vorausgesetzt. Denn dieser „hütet“ die „Demokratie“, die homogene und souveräne Einheit des „Volkes“ – und zwar als „Freund-Feind-Entscheidung“³⁷. Damit scheidet ein Gericht, etwa der nach Art. 108 WRV errichtete Staatsgerichtshof beim Reichsgericht in Leipzig, als „Hüter“ aus. Der Reichstag als politische Instanz ist dagegen für Schmitt infolge der pluralistischen Parteidemokratie Ausdruck eines degenerierten Parlamentarismus, der ohnehin als Kind des Liberalismus nichts mit Demokratie zu tun habe. Bleibt also nur der Reichspräsident. Er ist für Schmitt die „neutrale Gewalt im pluralistischen Par-

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.

37 Vgl. hierzu insgesamt Schmitt: Verfassungslehre, 8. Aufl., Berlin 1993; Der Begriff des Politischen (Fn. 11); Politische Theologie, 7. Aufl., Berlin 1996; Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl., Berlin 1996.

teienstaat“³⁸, in der Einheit der Person schon die politische Einheit symbolisierend und plebiszitär legitimiert. Gegen die von Kelsen auf der Staatsrechtslehrtagung von 1928 vorgetragene Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit und die dahinter stehende entontologisierte Staats- und Verfassungslehre einer pluralistischen, an Verfahren ausgerichteten Demokratie gerichtet kritisiert Schmitt ausgehend von seiner „politischen Theorie“ polemisch die „Neutralisierungen“ der Substanz der politischen Einheit durch die pluralistischen „Wucherer“³⁹:

„... die Verfassung selbst und die in ihrem Rahmen sich abspielende staatliche Willensbildung erscheint als Kompromiss der verschiedenen Träger des staatlichen Pluralismus und die nach dem Sachgebiet des Kompromisses ... wechselnden Koalitionen dieser sozialen Machtorganisationen verwandeln mit ihren Verhandlungsmethoden den Staat selbst in ein pluralistisches Gebilde. In der theoretischen Literatur (hier: Kelsen, RvO) hat man bereits mit großer verfassungstheoretischer Unbekümmertheit die These proklamiert, dass der parlamentarische Staat überhaupt seinem Wesen nach ein Kompromiss sei. Damit ist ... offen gesagt, dass der heutige Staat mitsamt seiner Verfassung das Kompromissobjekt der sozialen Größen ist, die am Kompromiss beteiligt sind“.⁴⁰

Und: „Nur auf den Satz *pacta sunt servanda* lässt sich keine Einheit des Staates gründen, denn die einzelnen sozialen Gruppen als vertragsschließende Subjekte sind dann als solche die maßgebenden Größen, die sich des Vertrages bedienen und untereinander nur noch durch ein vertragliches Band gebunden sind. Sie stehen als selbstständige politische Größen einander gegenüber, und was es als Einheit gibt, ist nur das Resultat eines ... kündbaren Bündnisses“.⁴¹

Daraus folgt für Schmitt gegen Kelsen die Unmöglichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit:

„Solange ein Staat politische Einheit ist und nicht nur ein Kompromiss inner- oder gar außenpolitischer Faktoren, wird die Verfassung Staatsverfassung und nicht nur Ge-

38 Schmitt: Der Hüter der Verfassung, 4. Aufl., Berlin 1996, Überschrift zu Kap. III. 2; vgl. auch ders.: Legalität und Legitimität, 5. Aufl., Berlin 1993, S. 85 ff.

39 Schmitt: Staatsethik und pluralistischer Staat; in: Ders.: Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 164.

40 Schmitt: Der Hüter der Verfassung (Fn. 38), S. 63, mit ausführlichem Bezug auf diesen Kontext der Kelsenschen Verfassungs- und Demokratietheorie. Schmitt hat dabei ganz klar begriffen, dass Kelsens moderne „Staatstheorie“ reinste Pluralismustheorie ist.

41 Schmitt: Staatsethik und pluralistischer Staat (Fn. 39), S. 164.

richtsverfassung sein. Eine hemmungslose Expansion der Justiz würde nicht etwa den Staat in Gerichtsbarkeit, sondern umgekehrt die Gerichte in politische Instanzen verwandeln. Es würde nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert. Verfassungsjustiz wäre dann ein Widerspruch in sich.“⁴²

In seiner Replik verfolgt Kelsen hiergegen drei Argumentationsstränge: einen, der auf das Amt des Reichspräsidenten zielt, einen weiteren, der die Gegenüberstellung von Recht und Politik im Kontext der Gewaltenteilungslehre kritisiert und schließlich einen dritten, axiomatischen, der Schmitts „Hüter“ zu Recht auf dessen Konzept einer ontologisierten, antipluralistischen politischen Einheit „Volk“ zurückführt.

c) Der Reichspräsident – kein guter „Hüter“

Immanent kritisiert Kelsen, dass Schmitt mit dem Staatsoberhaupt als „Hüter“ nach seinem eigenen Maßstab keine gute Wahl getroffen habe – dies nicht nur, weil er damit an die Lehre der obrigkeitsstaatlichen konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts anknüpfe. Auch könne von einer „neutralen Instanz“ kaum gesprochen werden, wenn man sich das „unter Hochdruck parteipolitischer Strömungen gewählte Staatsoberhaupt“⁴³ – das Amt des Reichspräsidenten in der Weimarer Republik – vor Augen führe. Für Kelsen macht es aber vor allem überhaupt aus der Funktion der Verfassung heraus betrachtet – und hier zeigt sich der fundamentale Unterschied zum Substanzbegriff bei Schmitt – gar keinen Sinn, ausgerechnet eine solche Institution zum Schutz der Verfassung zu bestellen, von der man auf Grund der umfangreichen Kompetenzausstattung ja gerade am ehesten einen Verfassungsbruch erwarten müsse.⁴⁴ Die Funktion der Verfassung ist bei Kelsen die der Machtkontrolle und genau deshalb hieße es, den „Bock zum Gärtner“ zu machen, überließe man dem Reichspräsidenten (oder auch dem macht-

42 Schmitt: Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung; in: Ders.: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 4. Aufl., Berlin 2003, S. 98; hier mit direktem Bezug auf Triepels Referat. Vgl. auch Schmitt: Der Hüter der Verfassung (Fn. 38), schon die Überschrift des Kap. I 4 c): „Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit als Ausdruck der Tendenz, die Verfassung in einen Verfassungsvertrag (Kompromiß) zu verwandeln“. Diese Schmittsche Argumentation der Unvereinbarkeit von „Politik“ und „Justiz“, die auf der Überhöhung des Staats/Volks als Ausdruck der politischen Einheit beruht – also auf einem Substanzbegriff –, findet sich bis heute bei Kritikern einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit.

43 Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 63.

44 Vgl. ebd., S. 59. Aus der Sicht des Linkliberalen Kelsen war das Trauma der preußische Verfassungskonflikt von 1862, den Bismarck durch Verfassungsbruch „löste“.

vollen Parlament) die Kompetenz, mögliche verfassungsrechtliche Kompetenzüberschreitungen als Richter in eigener Sache selbst zu überprüfen.⁴⁵

d) Verfassungsgerichtsbarkeit – kein Widerspruch von „Politik“ und „Justiz“

Mit dem funktionalen Verständnis von Verfassung ist für Kelsen folgerichtig das (bisher diskutierte) Problem der „Judicialisierung der Politik“ bzw. „Politisierung der Justiz“ ein Scheinproblem. Denn dieses resultiert entweder aus dem hinsichtlich der Machtkontrolle verkürzten Verständnis der konstitutionellen Monarchie, die durch „strenge Gewaltenteilung“ (im Sinne von „Trennung“ der Gewalten) der Exekutive einen autonomen Bereich der Macht sichern sollte, der keiner demokratisch-parlamentarischen Kontrolle unterliegt.⁴⁶ Oder es zeigt sich als Folge eines Verständnisses von „hoher Politik“, indem das Politische gegenüber dem Recht metaphysisch überhöht wird („Souveränität“), sodass sich Politik diesem als nicht „justiziabel“ überhaupt entzieht – bzw. ergibt sich wie im Falle Schmitts aus beidem zusammen. Dass dann die Verfassung gar nicht mehr als Rechtsbegriff verstanden wird – und in der praktischen Konsequenz der Beruf des Staatsrechtlers und Verfassungsjuristen durch eine so artikulierte Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit sich selbst ad absurdum führt – hat Kelsen in der Diskussion der Staatsrechtslehrer zur Verfassungsgerichtsbarkeit in der direkten Auseinandersetzung mit Triepel daher ausdrücklich herausgestellt.⁴⁷ Gegen die Konstruktion des Dualismus von Politik und Justiz hält Kelsen mit Blick auf Schmitt fest:

„Sie gehen von der irrigen Voraussetzung aus, dass zwischen der Funktion der Justiz und politischen Funktionen ein Wesensgegensatz bestehe, dass insbesondere die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen ... ein politischer Akt, ... dass solche Tätigkeit nicht mehr Justiz sei ...

Erblickt man das Politische in der Entscheidung von Interessenkonflikten, in der Dezision – um in der Terminologie von C. S. zu sprechen –, dann steckt in jedem richterlichen Urteil bald mehr bald weniger ein Dezisionselement, ein Element der Machtausübung ... Die Meinung, dass nur die Gesetzgebung, nicht aber die echte Justiz

45 Vgl. Kelsen: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 23; ders.: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 59.

46 Vgl. ebd.; daher ist auch eine „Stärkung der Gewaltenteilung“ durch Einführung eines Präsidialsystems wenig überzeugend; vgl. van Ooyen: Präsidialsystem und Honoratiorenpolitik?; in: RuP, 3/2000, S. 165 ff.

47 Vgl. Kelsen: Diskussionsbeitrag; in: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL (Fn. 3), S. 118 f.

politisch sei, ist ebenso falsch wie die, dass nur die Gesetzgebung produktive Rechts-erzeugung, die Gerichtsbarkeit aber nur reproduktive Rechtsanwendung sei ... Indem der Gesetzgeber den Richter ermächtigt, innerhalb gewisser Grenzen gegensätzliche Interessen gegeneinander abzuwägen und Konflikte zu Gunsten des einen oder des anderen zu entscheiden, überträgt er ihm eine Befugnis zur Rechtsschöpfung und damit Macht, die der richterlichen Funktion denselben politischen Charakter gibt, den die Gesetzgebung – wenn auch in höherem Maße – hat. Zwischen dem politischen Charakter der Gesetzgebung und dem der Justiz besteht nur eine quantitative, keine qualitative Differenz“.⁴⁸

Diese Sicht ergibt sich für Kelsen aus dem funktionalen Verständnis von Justiz als Verfahren der Streitentscheidung im pluralistischen Interessenskonflikt, weil für ihn das Recht als von Menschen „Gemachtes“ (auch) immer Ausdruck des machtpolitischen Konflikts ist und natürlich die hieran beteiligten verschiedenen Interessen widerspiegelt. Wenn also insofern Recht und Macht nicht voneinander zu trennen sind – und d. h. nichts anderes, als dass das positive Recht einschließlich der Verfassung (macht)politisch bedingt ist – dann gilt genau die folgende Schlussfolgerung Kelsens in aller Radikalität:

„Jeder Rechtskonflikt ist doch ein Interessen- bzw. Machtkonflikt, jeder Rechtsstreit daher ein politischer Streit, und jeder Konflikt, der als Interessen-, Macht- oder politischer Konflikt bezeichnet wird, kann als Rechtsstreit entschieden werden“.⁴⁹

D. h.: Zwischen der justizförmigen Entscheidung von „hohen“ politischen Streitigkeiten auf der Grundlage einer Verfassung im Sinne von satzungsmäßigem Regelwerk durch ein Verfassungsgericht und der einer „profanen“ Streitangelegenheit, wie etwa zwischen Bauern in einem Erbstreit auf Grund eines einfachen Gesetzes durch ein einfaches Gericht, existiere daher gar kein prinzipieller Unterschied.⁵⁰ So ist es „der ‚Positivist‘ Kelsen, der den ‚Dezisionisten‘ Schmitt darüber belehren muss, dass jede Gerichtsentscheidung auch eine politische sei“.⁵¹ Und daraus folge, dass die

48 Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 67.

49 Ebd., S. 67.

50 Vgl. Kelsen: Schlusswort; in: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL (Fn. 3), S. 117 ff.

51 So Günther, Klaus: Hans Kelsen (1881–1973); in: KJ (Hrsg.): Streitbare Juristen, Baden-Baden 1988, S. 375; aus juristischer Sicht Paulson, Stanley: Richterliche Gesetzesprüfung; in: Carrino, Agostino/Winkler, Günther: Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre, Wien – New York 1995, S. 57 und – mit Blick auf die Referate von Triepel und Kelsen auf der Tagung von 1928 – Wendenburg (Fn. 2), S. 77 ff.

„...Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Wesen der Verfassung nicht mehr im Widerspruch steht als überhaupt Gerichtsbarkeit mit dem Wesen menschlicher Beziehungen, die durch das Recht geregelt und ... der Streitentscheidung durch Gericht unterworfen werden.“⁵²

Kontrastiert man diese Schlussfolgerungen mit der Schmittschen Position, so entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, dass ausgerechnet der „juristische“ Denker Kelsen insofern viel „politischer“ ist als so mancher seiner Kritiker. Denn Kelsens Rechts- und Staatstheorie, der ja politische Lebensferne, Formalismus, „juristisches Weltbild ... aus den ausgeblasenen Eiern reiner Rechtsformen“⁵³ usw. vorgeworfen wird, ist genau hierdurch, über das positivistische Funktionsverständnis von Recht für eine radikal-pluralistische Sicht von Gesellschaft offen, da das Recht als Erzeugnis menschlicher Interessenkonflikte begriffen wird. Konkret in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet dies, dass die von Schmitt beschworene „Judicialisierung von Politik“ bzw. „Politisierung der Justiz“ für Kelsen gar keine Gefahr, sondern umgekehrt auf Grund der von ihm bestimmten Funktion der Machtkontrolle ganz bewusst impliziert ist: Handelt es sich bei der Teilung von Macht als Kontrolle von Herrschaft ohne Zweifel um ein zentrales politisches Phänomen, dann ist für Kelsen ein Verfassungsgericht zu Recht eben genauso eine politische Institution wie Parlament, Regierung und Präsident; der aus dem Dualismus von Politik und Recht, „politische“ Verfassung und „richterliche“ Justiz abgeleitete vermeintliche Widerspruch des Begriffs „Verfassungsjustiz“ löst sich als Spiegelfechterei auf.

e) Souveräne politische Einheit „Volk“ als antipluralistischer Mythos

Schließlich benennt Kelsen den eingangs schon skizzierten, tieferen Grund, der Schmitt veranlasst, Parlamentarismus und Verfassungsgerichtsbarkeit als unvereinbar mit dem politischen Prinzip der Demokratie abzulehnen und den Reichspräsidenten zum „Hüter“ zu bestimmen. Es ist das Verständnis von Staat und Verfassung als einer souveränen politischen Einheit des homogenen „Volkes“, die Idee der Demokratie nicht als Verfahren und Institutionen des Ausgleichs pluralistischer Interessen, sondern als Gemeinschaft einer kollektiven Identität, die sich ohne die Einrichtungen des „liberalen Individualismus“ wie Wahlen und

52 Kelsen: Schlusswort, VVDStRL (Fn. 3), S. 120.

53 So schon polemisch Heller, Hermann: Die Krisis der Staatslehre; in: ASuS, 1926, S. 301.

Parlament in der „acclamatio“ des „Volkes“ gegenüber dem Herrscher plebiszitär offenbart⁵⁴; es ist das seinem Verständnis von Demokratie diametral entgegengesetzte:

„Denn das ist der eigentliche Sinn der Lehre vom *pouvoir neutre* des Monarchen, die C. S. auf das republikanische Staatsoberhaupt überträgt, dass sie die effektiv vorhandene, radikale Interessengegensätzlichkeit verhüllen soll, die sich in der Tatsache der politischen Parteien ... ausdrückt. In einer scheindemokratischen Fassung lautet die Formel dieser Fiktion etwa so: Das den Staat bildende Volk ist ein einheitliches homogenes Kollektiv, hat also ein einheitliches Kollektivinteresse, das sich in einem einheitlichen Kollektivwillen äußert. Diesen jenseits aller Interessengegensätze und sohin über den politischen Parteien stehenden Kollektivwillen – es ist der wahre Staatswille – erzeugt nicht das Parlament; dieses ist Schauplatz der Interessengegensätze, parteipolitischer – C. S. würde sagen pluralistischer – Zersplitterung“.⁵⁵

Die Schmittsche Annahme eines substanzhaften „Volkswillens“ nimmt nach Kelsen „Ideologie für Realität“⁵⁶:

„... und dass, wenn hier etwas als fiktiv bezeichnet werden kann, es eben jene Einheit des Volkes ist, die C. S. voraussetzt und zugleich das in Wirklichkeit vorhandene pluralistische System als aufgehoben behauptet, um als ... Wiederhersteller dieser Einheit das Staatsoberhaupt erklären zu können“.⁵⁷

Kelsen sieht die totalitäre Implikation⁵⁸ im Schmittschen Denken ganz klar, sieht, dass Schmitts Denken letztlich auf die Totalität der politischen Einheit als Gegensatz zur pluralistischen Gesellschaft zielt⁵⁹:

54 Vgl. Schmitt: Verfassungslehre (Fn. 37), S. 83 bzw. S. 243 ff.

55 Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 93; richtig daher auch bei Caldwell, Peter: *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham – London 1997, S. 115 f.; Somek, Alexander: *Politischer Monismus versus formalistische Aufklärung*; in: Paulson, Stanley/Walter, Robert (Hrsg.): *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Schriftenreihe Hans Kelsen-Institut, Bd. 11, Wien 1986, S. 122 ff.

56 Kelsen, ebd., S. 93.

57 Ebd., S. 92.

58 Ebd., S. 81; vgl. hierzu Schmitt: Die Wendung zum totalen Staat; in: Ders.: *Positionen und Begriffe* (Fn. 39), S. 166 ff.; dieser Aufsatz ist ja dann in den „Hüter der Verfassung“ eingearbeitet; ders.: *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland*; in: Ders.: *Positionen und Begriffe* (Fn. 39), S. 211 ff.

59 Vgl. auch Prisching, Manfred: Hans Kelsen und Carl Schmitt; in: Weinberger, Ota/Krawietz, Werner (Hrsg.): *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Wien – New

„Es ist die typische Fiktion, deren man sich bedient, wenn man mit der Einheit des Staatswillens oder der Totalität des Kollektivums in einem anderen als bloß formalen Sinne operiert ... Auf eine solche Darstellung laufen auch jene Ausführungen hinaus, in denen C. S. die Kategorie des totalen Staates im Gegensatz zum System des Pluralismus entwickelt“.⁶⁰

So wird bei Schmitt das Politische kollektivistisch begriffen infolge der „Freund-Feind-Entscheidung“ der politischen Einheit „Volk“. Das Politische – d. h. der „Souverän“ – geht der Verfassung (im Sinne der Summe der Verfassungsgesetze) voraus; es kann als das „formlos Formende“⁶¹ jederzeit, schöpferisch und sich selbst erschaffend wie ein irdischer Gott, deren Legalität im „Ausnahmestand“ suspendieren oder gar neu schöpfen. Insoweit löst das Politische bei Schmitt „souverän“ die Verfassung als Rechtsbegriff permanent auf; und nicht von ungefähr bezeichnet Schmitt selbst seine Theorie als „Politische Theologie“. Das ist – im Übrigen bis heute – der Mythos der Staats- und Volkssouveränität im Sinne ontischen Identitätsdenkens.⁶² Konsequentermaßen folgt hieraus die rigorose Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit, weil über das „souveräne“ Politische nicht justizförmig gerichtet werden kann. Kelsen entlarvt daher Schmitts Plädoyer für den Reichspräsidenten als „Hüter“ jenseits von Recht und Justiziabilität zu Recht als Ausdruck eines nicht pluralistischen, totalitären Verständnisses von Volkssouveränität. Weil diesem die Annahme eines substanzhaften „Willens“ des Kollektivums „Volk“ als homogener politischer Einheit (= Souverän) zu Grunde liegt, bezeichnet er sie als juristisch verbrämte „Mythologie“.⁶³ Er fasst diesen fundamentalen Gegensatz zu Schmitt über die Begriffe von Einheit und Vielheit, Politik und Verfassung, Verfassungsgericht und Präsident noch einmal in seiner Replik wie folgt zusammen:

„Aus dem pluralistischen System ... werden unversehens die staatsauflösenden Methoden des pluralistischen Parteienstaats, die verfassungszerstörenden Methoden des pluralistischen Systems und schließlich: der verfassungswidrige Pluralismus, ge-

York 1988, S. 104; Rasehorn, Theo: Carl Schmitt siegt über Hans Kelsen; in: APuZ, 48/1985, S. 8. Rasehorn beklagte seinerzeit zu Recht, dass Kelsen in Deutschland fast völlig vergessen ist; vgl. van Ooyen: Viel Smend und auch Schmitt – wenig Kelsen, Radbruch und Thoma: zur Rezeption in Deutschland; in: Ders., Hans Kelsen und die offene Gesellschaft (Fn. 12), S. 80 ff.; jetzt auch Jestaedt, Matthias (Hrsg.): Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, Tübingen 2013.

60 Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 81.

61 Schmitt: Verfassungslehre (Fn. 37), S. 81.

62 Vgl. hierzu m. w. N.: van Ooyen: Der Staat der Moderne (Fn. 12); Müller, Friedrich: Wer ist das Volk?, Berlin 1997.

63 Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?; in: van Ooyen (Fn. 3), S. 104.

gen den Staat zu retten, die Aufgabe des Reichspräsidenten ist. Die Verfassung, das sind nicht die die Organe und das Verfahren der Gesetzgebung sowie die Stellung und Kompetenz der höchsten Vollzugsorgane regelnden Normen, das sind überhaupt keine Normen oder Gesetze. Verfassung: das ist ein Zustand, der Zustand der Einheit des deutschen Volkes. Worin diese Einheit ... besteht, das wird nicht näher bestimmt ... An Stelle des positivrechtlichen Verfassungsbegriffes schiebt sich die Einheit als ein naturrechtliches Wunschideal. Mit dessen Hilfe kann man das pluralistische System, dessen Schauplatz das Parlament ist, und damit die Funktion dieses Trägers der Verfassung, weil sie die – an Stelle der Verfassung getretene – Einheit zerstört oder gefährdet, als Bruch, die Funktion des Staatsoberhaupts, weil sie diese Einheit wieder herstellt oder verteidigt, als Hütung der Verfassung deuten“.⁶⁴

Insoweit hat Schmitt es schon richtig verstanden, dass bei Kelsen „alle zuständigen ‚Organen‘ gleichmäßig ‚Hüter der Rechtsordnung‘ sind“.⁶⁵ Kelsen und die Vertreter seiner Schule haben diese „polykratische“ Struktur der „checks and balances“ ja selbst ausdrücklich hervorgehoben. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie, Recht und Politik sind daher hier keine Gegensätze; sie gehören vielmehr zusammen: Normenkontrolle „erscheint geradezu als Resultante aus pluralistischem Demokratiekonzept, Vorrang der Verfassung und Gewaltenteilung“.⁶⁶ Es ist genau diese Idee, die Kelsen für eine institutionalisierte Verfassungsgerichtsbarkeit als Instrument der „Zivilisierung“ der Interessenkonflikte einer pluralistischen Gesellschaft plädieren lässt.

2.3 Nachspiel: „Hohe Politik“ und das „integrierte Ganze“ von „Staat und Volk“ im Statusbericht von Leibholz

Mit dem Grundgesetz war zwar in Abkehr von der schwachen Staatsgerichtsbarkeit in Weimar eine machtvolle Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne Kelsens geschaffen worden, die sich vor allem in der Kompetenz zur Normenkontrolle niederschlug. Doch vor dem Hintergrund der in Weimar geführten staatsrechtlichen Kontroverse um die Vereinbarkeit von Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie bzw. Gewaltenteilung erwies sich die Stellung des neuen Bundesverfassungsgerichts als unklar: War es ein „politisches“ Organ, eigenständig und gleichbe-

64 Ebd., S. 103 (Seitenzahlen, die auf Texte von Schmitt verweisen, sind weggelassen).

65 Schmitt: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Aufl., Berlin 1993, S. 18.

66 Gusy, Christoph: Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985, S. 32.

rechtigt in seiner Position zu den anderen Verfassungsorganen, oder einfach nur ein Gericht, das wie die übrigen fünf obersten Bundesgerichte dem Justizministerium unterstellt bleiben sollte – und damit der politischen Steuerungsgewalt der Regierung etwa in Fragen der Organisationsgewalt, Personalhoheit und nicht zuletzt des Haushalts. Letzteres war zunächst der Fall und hatte schon bald zum Konflikt mit Justizminister Dehler geführt. Gerhard Leibholz erkannte zu Recht, dass die Konzeption einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit mit einem hierarchischen Verhältnis zum Justizministerium unvereinbar ist.⁶⁷ Wer im Rahmen der Normenkontrolle die Kompetenz eines „negativen Gesetzgebers“ innehat, kann im Prozess von „checks and balances“ sinnvoller Weise nicht gleichzeitig der Aufsicht der Regierung unterstellt sein. Der unter seiner Federführung formulierte „Statusbericht“ des Bundesverfassungsgerichts⁶⁸ suchte daher in verfassungstheoretischer Perspektive die Stellung des Gerichts als gleichberechtigtes „Verfassungsorgan“ zu begründen und damit aus der politischen Abhängigkeit des Justizministeriums herauszuführen. Doch griff Leibholz – und mit ihm das Gericht – hierbei gerade nicht auf die verfassungs- und demokratietheoretische Konzeption Kelsens zurück. Den Ausgangspunkt der Argumentation im Statusbericht bildete vielmehr wiederum die von Triepel und Schmitt formulierte Unvereinbarkeit von Recht und „hoher“ Politik:

„... sicher ist, dass in der idealtypischen Struktur zwischen dem Wesen des Politischen und dem Wesen des Rechts ein innerer Widerspruch besteht, der sich nicht lösen lässt. Dieser lässt sich darauf zurückführen, dass das Politische seinem Wesen immer etwas Dynamisch-Irrationales ... während umgekehrt das Recht seiner grundsätzlichen Wesensstruktur nach immer etwas Statisch-Rationales ist ...“⁶⁹

Aus dieser Sicht ergab sich ja schon in Weimar, dass der Begriff „Verfassungsgerichtsbarkeit“ gar keinen Sinne mache, weil er Widersprüchliches, nämlich

67 Vgl. Leibholz, Gerhard: Einleitung zum Status-Bericht des Bundesverfassungsgerichts; in: JöR, Tübingen 1957, S. 110 ff.; vgl. insgesamt: Wiegandt, Manfred H.: Norm und Wirklichkeit, Baden-Baden 1995; Benöhr, Susanne: Das faschistische Verfassungsrecht Italiens aus der Sicht von Gerhard Leibholz, Baden-Baden 1999; van Ooyen: Die Parteienstaatslehre von Gerhard Leibholz; in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.): Jahrbuch Juristische Zeitgeschichte, Bd. 8 (2006/07), S. 359 ff.; Kaiser, Anna-Bettina (Hrsg.): Der Parteienstaat, Baden-Baden 2013; zum Statusstreit vgl. auch Lembcke, Oliver: Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer; in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.): HB Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 231 ff., sowie Collins, Justin: Gerhard Leibholz und der Status des Bundesverfassungsgerichts; in: Kaiser, ebd., S. 227 ff.

68 Vgl. Bundesverfassungsgericht: Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur „Status“-Frage (1952), mit Nachtrag; in: JöR, Tübingen 1957, S. 120 ff.

69 Ebd., S. 121 f.

„Politik“ und „Justiz“ in sich vereine und so zu einer die Judikative auflösenden „Politisierung der Justiz“ bzw. zu einer den politischen „Souverän“ auflösenden „Judizialisierung der Politik“ führe. Leibholz „löste“ diese Problematik des im „politischen Recht“ der Verfassungsgerichtsbarkeit aufbrechenden Spannungsverhältnisses von Recht und Politik nun nicht, indem er sich mit Kelsen von den tradierten Konzepten der Gewaltentrennung und der Souveränität des Staates bzw. Volkes pluralismustheoretisch verabschiedete. Er griff vielmehr auf die Integrationslehre von Smend zurück, die er bloß um eine Integrationsfunktion des Verfassungsgerichts erweiterte.⁷⁰ Und so wird die Triepel-Schmittsche Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit mit einer alles dominierenden Integrationsfunktion – scheinbar – einfach weggezaubert⁷¹, um in amalgamierter Form dann doch wieder als „hohe Politik“ und souveräne Einheit von „Volk“ und „Staat“ aufzutauchen: Denn das Verfassungsgericht ist bei Leibholz zwar zu Recht auch ein politisches Organ und daher den übrigen „politischen“ Verfassungsorganen Parlament, Regierung usw. gleichgestellt. Dies aber nur, weil „berufen, über seine richterlichen Funktionen hinaus zugleich auch politisch integrierende Funktionen auszuüben“.⁷² Diese „politische integrierende Funktion“ vollzieht sich „innerhalb des Staats- und Volksganzen“⁷³, also bezogen auf die „Existenz des Ganzen“⁷⁴ im Sinne einer ontologisierten politischen Einheit. Das Politische, das dem Verfassungsgericht bei Kelsen als einem Organ der Machtkontrolle einfach selbstverständlich anhaftet, erweist sich so gesehen bei Leibholz nur dann nicht mehr als Makel eines Justizorgans, weil es auf die Funktion der staatlichen Einheit hin ausgerichtet, sozusagen „veredelt“ wird. Nur so ist es nicht mehr Teil des „niederen“ Politischen im Sinne des „Irrationalen“, das im unvereinbaren Gegensatz zum Recht, zum „Rationalen“, steht, sondern wird in Folge seiner „Verstaatlichung“ sogar noch hierüber erhoben. Es ist, weil ein Stück „Staat“, „wahre“, in der Diktion Triepels „hohe“ bzw. in der Schmitts „souveräne“ Politik:

„Nur jene Organe sind Verfassungsorgane, deren spezifische Funktion und Wesensart einheitsbegründend oder – wie man auch gesagt hat – integrierend auf den Staat wirken ... Gemeinsam ist aber allen Verfassungsorganen, dass sie entscheidend an der politischen Gesamtgestaltung des Staates teilhaben. Sie nehmen an dem teil, was eine

70 Das war die entscheidende Abweichung zu Smend, der „den Integrationsprozeß allein den originär dazu berufenen politischen Instanzen überantwortete und die Verfassungsgerichtsbarkeit als Integrationsfaktor zunächst ausgeschieden hatte“; Koriath, Stefan: Integration und Bundesstaat, Berlin 1990, S. 276.

71 Vgl. Bundesverfassungsgericht: Statusbericht (Fn. 68), S. 121.

72 Ebd., S. 134.

73 Ebd., S. 132.

74 Ebd., S. 129.

mehr statische Betrachtungsweise die ‚oberste Gewalt‘ des Staates genannt hat. Jene Organe, deren Entstehen, Bestehen und verfassungsmäßige Tätigkeit recht eigentlich den Staat konstituieren und seine Einheit sichern, sind Verfassungsorgane“.⁷⁵

Umgekehrt folgt hieraus, dass das Gericht in den „niederen“ Bereichen von Politik, die sich eben nicht auf die integrierende Funktion des Staates beziehen, „richterliche Selbstbeschränkung“ üben soll. Hier muss es „neutral“ bleiben und das („niedere“) politische Tagesgeschäft den anderen Verfassungsorganen überlassen.⁷⁶ Mit dieser „Lehre“ ließ sich in der Folgezeit daher jegliches „politisches“ Ausgreifen durch verfassungspolitisch ambitionierte Richter beliebig legitimieren und jederzeit „juristisch“ camouflieren.⁷⁷ Dieses etatistische Selbstverständnis hat das Gericht schon früh geprägt – und ist bis heute in weiteren Amalgamierungen wirksam geblieben.⁷⁸ Indem Leibholz im Statusbericht die Integrationslehre Smends auf die Integrationsfunktion des Verfassungsgerichts übertrug, konnte zwar die eigenständige Position des Gerichts mit Hilfe des in der deutschen Staatslehre überhaupt so populären Konzepts des „Staats- und Volksganzen“ behauptet und schließlich auch durchgesetzt werden – doch um den hohen Preis eines in der Tradition von Triepel und Schmitt stehenden, mythisch verklärten, antipluralistischen und obrigkeitsstaatlichen Verständnisses von Politik: nämlich um den Preis – Hegel lässt grüßen – einer politischen Theologie von „Staat“ und „Volk“.

75 Bundesverfassungsgericht: Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Rechtsgutachten von Professor Richard Thoma; in: JöR, Tübingen 1957, S. 198.

76 Noch im Statusbericht (Fn. 68) wird auch diese Konsequenz von Leibholz thematisiert; vgl. S. 126 f.

77 Vgl. schon die seinerzeitige Kritik von Thoma, Richard: Rechtsgutachten, betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, ebd., S. 171.

78 Vgl. insgesamt m. w. N. van Ooyen: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts (Fn. 8); ders.: Integration, Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden 2014; ders.: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 5. Aufl., Baden-Baden 2014.



<http://www.springer.com/978-3-658-17306-7>

Hans Kelsen und die offene Gesellschaft
van Ooyen, R.C.

2017, XII, 313 S., Softcover

ISBN: 978-3-658-17306-7