

C GESELLSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

CK RECHT; VERWALTUNG

CKA Recht, Rechtswissenschaft

Verfassungsrecht

Personale Informationsmittel

Hans KELSEN; Carl SCHMITT

**20-3 *Recht oder Politik?* : die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage / von Dieter Grimm. - Berlin : Duncker & Humblot, 2020. - 51 S. ; 21 cm. - (Carl-Schmitt-Vorlesungen ; 4). - ISBN 978-3-428-18099-8 : EUR 24.90
[#7047]**

Die Reihe der von der Carl-Schmitt-Gesellschaft organisierten Carl-Schmitt-Vorlesungen¹ – 2020 muß sie wegen der Corona-Maßnahmen leider ausfallen² – wird mit der vorliegenden Publikation fortgesetzt. Der ehemalige Bundesverfassungsrichter Dieter Grimm widmet sich darin in zwei Teilen³ dem Verhältnis von Politik und Recht im Lichte der Kontroverse zwischen Hans

¹ Besprochen wurden: ***Der Behemoth*** : Metamorphosen des Anti-Leviathan / Horst Bredekamp. - Berlin : Duncker & Humblot, 2016. - 117 S. : Ill. ; 21 cm. - (Carl-Schmitt-Vorlesungen ; 1). - ISBN 978-3-428-14932-2 : EUR 24.90 [#4800]. - Rez.: **IFB 16-3** <http://ifb.bsz-bw.de/bsz475517504rez-1.pdf> - **Thomas Hobbes und die Person des Staates** / Quentin Skinner. Aus dem Englischen übers. von Christian Neumeier. - Berlin : Duncker & Humblot, 2017. - 67 S. ; 21 cm. - (Carl-Schmitt-Vorlesungen ; 2). - Einheitssacht.: Thomas Hobbes and the person of the state. - ISBN 978-3-428-15295-7 : EUR 19.90 [#5637]. - Rez.: **IFB 18-1** <http://informationsmittel-fuer-bibliotheken.de/showfile.php?id=8779> - Bd. 3 ist noch nicht erschienen.

² Vorgesehen war ein Vortrag von Ingeborg Villinger, die soeben eine Biographie von Ernst Jüngers Frau Gretha vorgelegt hat. Siehe ***Gretha Jünger*** : die unsichtbare Frau / Ingeborg Villinger. - Stuttgart : Klett-Cotta, 2020. - 464 S. ; 23 cm. - ISBN 978-3-608-98352-4 : EUR 26.80. - Eine Rezension in **IFB** ist vorgesehen. - Der Vortrag hätte über die Beziehungen zwischen Carl Schmitt und Ernst und Gretha Jünger handeln sollen. Es mag an dieser Stelle auch die Gelegenheit genutzt werden, daran zu erinnern, daß vor einigen Jahren schon einmal die Publikation des Briefwechsels zwischen Ernst und Gretha Jünger bei Klett-Cotta angekündigt gewesen war, der dann aber sang- und klanglos wieder aus dem Verlagsprogramm verschwand. Vielleicht kommt nun im Gefolge der Biographie Villingers wieder Bewegung in die Sache?

³ Inhaltsverzeichnis: <https://d-nb.info/1214452361/04>

Kelsen⁴ und Carl Schmitt in der Zeit der Weimarer Republik⁵ um das Institut eines Verfassungsgerichts sowie der heutigen Lage der Verfassungsgerichtsbarkeit. Beide, Kelsen wie Schmitt, gehörten zu den wirkungsmächtigsten Staatsdenkern ihrer Zeit.⁶

Es ist bekannt, daß Kelsen sowohl theoretisch als auch praktisch ein Befürworter von Verfassungsgerichtsbarkeit war, während Schmitt dem wenig abgewinnen konnte. Für Schmitt war immer die Vorstellung leitend, einer „Juridifizierung der Politik“ (S. 12) wehren zu wollen, weil er zumindest in seiner Phase vor dem Nationalsozialismus auch gegen eine „Politisierung der Justiz“ war (ebd.). Was die Verfassung selbst anging, so schienen ihm Verfassungsstreitigkeiten „immer politische Streitigkeiten“ zu sein (S. 12). Eine gerichtliche Normenkontrolle sei kein zwingendes Gebot des Rechtsstaates. Schmitt war nun keineswegs der Meinung, ein Gesetz könne nicht verfassungswidrig sein, aber für ihn war die Frage, wer so etwas rechtlich gültig feststellen könne, nicht mit dem Verweis auf ein Verfassungsgericht zu lösen. Während aber Schmitts Position in sich widersprüchlich sei, könne man Kelsen Klarheit und Stringenz attestieren (S. 15). Für Kelsen war es notwendig, daß eine andere Instanz als das Parlament über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen wacht, weil er dem Parlament nicht hinreichenden Willen zur Selbstkorrektur unterstellte – wohl zu Recht.

⁴ Siehe **Hans Kelsen** : Biographie eines Rechtswissenschaftlers / von Thomas Olechowski. Unter Mitarb. von Jürgen Busch ... - Tübingen : Mohr Siebeck, 2020. - XXI, 1027 S. : Ill. ; 24 cm. - ISBN 978-3-16-159292-8 : EUR 59.00 [#6949]. - Rez.: **IFB 20-3** <http://informationssysteme-fuer-bibliotheken.de/showfile.php?id=10413> - **Hans Kelsens politische Philosophie** / hrsg. von Elif Özmen ... - Tübingen : Mohr Siebeck, 2017. - XV, 175 S. ; 24 cm. - ISBN 978-3-16-155350-9 : EUR 59.00 [#5405]. - Rez.: **IFB 17-3** <http://informationssysteme-fuer-bibliotheken.de/showfile.php?id=8584>

⁵ Siehe z. B. **Der Hüter der Verfassung** / Carl Schmitt. - 5. Aufl. - Anhang: Hugo Preuß : sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre. - Berlin : Duncker & Humblot, 2016. - VIII, 192 S. ; 24 cm. - ISBN 978-3-428-14921-6 : EUR 24.90 [#4728]. - Rez.: **IFB 16-3** <http://ifb.bsz-bw.de/bsz465388213rez-1.pdf?id=7939> - Ferner **Carl Schmitt. Die Weimarer Jahre** : eine werkanalytische Einführung / Wolfgang A. Mühlhans. - 1. Aufl. - Baden-Baden : Nomos, 2018. - 733 S. ; 23 cm. - ISBN 978-3-8487-5304-8 : EUR 134.00 [#6272]. - Rez.: **IFB 19-1** <http://informationssysteme-fuer-bibliotheken.de/showfile.php?id=9482> - Grundlegend ist auch **Carl Schmitt als Jurist** / Volker Neumann. - Tübingen : Mohr Siebeck, 2015. - XVIII, 618 S. ; 24 cm. - ISBN 978-3-16-153772-1 : EUR 99.00 [#4057]. - Rez.: **IFB 16-4** <http://informationssysteme-fuer-bibliotheken.de/showfile.php?id=8088>

⁶ **Verfassungsdenker** : Deutschland und Österreich 1870 - 1970 / Detlef Lehnert (Hg.). - 1. Aufl. - Berlin : Metropol-Verlag, 2017. - 360 S. ; 24 cm. - (Historische Demokratieforschung ; 11). - ISBN 978-3-86331-350-0 : EUR 24.00 [#5478]. - Hier S. 171 - 194 [Kelsen]; S. 263 - 288 [Schmitt]. - Rez.: **IFB 17-4** <http://informationssysteme-fuer-bibliotheken.de/showfile.php?id=8635> - **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts** : Deutschland - Österreich - Schweiz / Peter Häberle ; Michael Kilian ; Heinrich Wolff. - Berlin [u.a.] : De Gruyter, 2015. - XXII, 1058 S. : Ill. ; 24 cm. - ISBN 978-3-11-030377-3 : EUR 149.95 [#4032]. - Hier S. 218 - 241 [Kelsen]; S. 313 - 336 [Schmitt] - Rez.: **IFB 15-1** <http://ifb.bsz-bw.de/bsz380587637rez-1.pdf>

Für Schmitt stellte sich dem Staat eine besondere Herausforderung durch den Gegenwartszustand, der von „Pluralismus, Polykratie und Föderalismus“ gekennzeichnet sei (S. 24).⁷ Schmitt fragt nach der Einheit des Staates oberhalb dieser Pluralisierung in der Gesellschaft und kritisiert die Aufhebung des bürgerlichen Rechtsstaates zugunsten eines „totalen“ Staates, wobei „total nicht in dem heute gebräuchlichen Sinn von Allmacht und Unterdrückung“ gemeint sei, „sondern im Sinn einer Durchdringung von Staat und Gesellschaft, die keine politikfreie gesellschaftliche Sphäre mehr übrig lasse“ (S. 25). Der „totale Staat“ in diesem von Schmitt gemeinten Sinne sei daher kein „starker, sondern ein geschwächter Staat“ (ebd.). Die neutrale Macht, die hier nun von Bedeutung ist, wird nach Schmitt vom Reichspräsidenten repräsentiert, der somit die Rolle eines Hüters der Verfassung zu spielen habe (S. 27). Kelsen findet dies nicht überzeugend und zerlegt Schmitts Sicht, weil er leicht zeigen kann, daß der Reichspräsident aus einer Wahl hervorgehe, die „nicht weniger vom Parteibetrieb beherrscht“ sei als die Wahl zum Parlament (S. 27).

Im zweiten Teil der Vorlesung greift Grimm die Kontroverse nochmals auf, die darin begründet gelegen habe, „dass Schmitt politische Entscheidungen nicht der Justiz überlassen, Kelsen die Befolgung der Verfassung nicht ins Belieben der Politik stellen wollte“ (S. 29). Nicht nur Österreich kehrte nach dem Krieg zur Verfassungsgerichtsbarkeit zurück, auch in Deutschland „war es beim Wiederaufbau einer deutschen Staatlichkeit nach Kriegsende allgemein geteilte Überzeugung, dass die neue Verfassung gegen Missachtung oder gar Unterhöhnung abgesichert werden müsse“ (S. 29).⁸

Wenn man die heutige Lage der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Blick nimmt, wird man nicht nur auf Deutschland oder Österreich schauen, wo Schmitt und Kelsen ihre Wirksamkeit entfalteten, sondern etwa auch auf die USA, wo die Besetzung des Obersten Gerichtshofes (Supreme Court) steter Anlaß für heftige politische Auseinandersetzungen war und ist. Jüngstes Beispiel ist die durch den Tod der Verfassungsrichterin Ruth Bader Ginsburg ausgelöste Diskussion. Aber auch in vielen anderen Ländern hat sich die Verfassungsgerichtsbarkeit etabliert, so daß man ihr durchaus attestieren kann, sie gehöre nun zum „konstitutionellen Standard“ (S. 30). Interessanterweise folgen heutige Verfassungen aber nur zum Teil den Vorstellungen Kelsens (und Schmitts), da beide vor einer „Klagebefugnis von Individuen gegen den Staat wegen Grundrechtsverletzungen“ gewarnt hatten (S. 31). Das führte denn auch zu allerlei Neuerungen, so etwa eine massive

⁷ Siehe auch **Der Beutewert des Staates** : Carl Schmitt und der Pluralismus / Thor v. Waldstein. - Graz : Ares-Verlag, 2008. - 215 S. ; 24 cm. - Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1989 u.d.T.: Waldstein, Thor von: Die Pluralismuskritik in der Staatslehre von Carl Schmitt. - ISBN 978-3-902475-33-6 : EUR 19.90 [#0086]. - Rez.: **IFB 09-1/2** <http://swbplus.bsz-bw.de/bsz277818435rez1.htm>

⁸ Die Einrichtung einer unabhängigen Verfassungsgerichtsbarkeit war auch Teil des alliierten Aide-Memoire vom 22. November 1948. Siehe **Beschränkt souverän** : die Gründung der Bundesrepublik als „Weststaat“ - alliierter Auftrag und deutsche Ausführung / Jochen Lober. - Lüdinghausen : Manuscriptum, 2020.- (Die Werkreihe von Tumult ; 11). - S. 75.

Ausdehnung dessen, was als „neue Gehalte und Wirkungen“ der Grundrechte beschrieben werden kann (S. 31). Grimm sieht aber auch, daß das Bundesverfassungsgericht, das sich einer solchen Praxis öfters befleißigt hat, damit auch seinen eigenen Prüfungsrahmen erweitert und den Handlungsspielraum der Politik einengt (S. 32). Damit ist ein erhebliches Problem angesprochen, nämlich die faktische Spannung, die zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der demokratischen Verfassung bzw. der Demokratie besteht. Denn „Verfassungsgerichte sind antimajoritäre Institutionen“ (S. 36).

Das an sich reicht aber nicht aus, um die Legitimität von Verfassungsgerichten anzuzweifeln. Allerdings muß auch Grimm zugestehen, daß es freiheitliche Staaten gibt, in denen die Grundrechte nicht durch ein Verfassungsgericht gesichert werden. Allerdings setze so etwas „eine vom Volk wie von seinen Repräsentanten verinnerlichte Rechtskultur“ voraus, doch sei diese Voraussetzung faktisch „in den Verfassungsstaaten eher selten anzutreffen“ (S. 37). Es sei dagegen viel häufiger der Fall, daß „die Verfassung im Konflikt mit politischen Interessen und Intentionen den Kürzeren zieht“ (S. 37). Grimm bezieht in seine Erörterungen die amerikanische Diskussion ein, worauf hier aber nicht weiter eingegangen werden soll.

Wenn man nun von einem Demokratieverständnis ausgehe, das sich grundsätzlich mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit verträgt, hängt ihre Einschätzung davon ab, wie sie tätig wird. Und hier greift nun die Titelfrage des Büchleins: *Recht oder Politik?* Denn ein Verfassungsgericht erscheint nur dann demokratiekompatibel, wenn es sich in seiner Rechtsprechung an rechtlichen Maßstäben orientiert. Probleme gebe es aber, wenn Verfassungsrechtsprechung „ihrer Natur nach“ politisch sei (S. 38), denn demokratisch läßt sich derlei nicht legitimieren. Die Frage nach den rechtlichen oder politischen Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit, die Kelsen und Schmitt entzweit habe, sei bis heute umstritten, so Grimm, wobei er hier auch einen Konflikt der Interpretationen durch entweder Rechts- oder Politikwissenschaftler konstatiert. Man könne nun differenzieren, daß sowohl der Gegenstand als auch die Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung politisch seien, fraglich sei aber, ob dies auch für die Auslegung und Anwendung gelte. Die weiteren Ausführungen Grimms mit aktuellen Ausblicken, die nur sehr cursorisch ausfallen, mögen hier auf sich beruhen. Es sei nur festgehalten, daß als Resultat die Einsicht stehe, daß der „scheinbar schon erledigte Streit zwischen Schmitt und Kelsen“ wieder auf der Tagesordnung stehe (S. 49).

Ergänzend wird man sagen dürfen: Politisch ist jedenfalls schon die Besetzung des jeweiligen Verfassungsgerichts, wobei das entsprechende Verfahren in Deutschland sehr intransparent ist. Zwar hat das Besetzungsverfahren mit öffentlichen Anhörungen auch seine Probleme, wie sich in den USA in den teils heftig parteipolitisch instrumentalisierten Verfahren (z.B. Robert Bork, Clarence Thomas, Brett Kavanaugh) gezeigt hat, aber für die Rechtskultur insgesamt ist dies wohl doch einer klandestinen Besetzungspraxis vorzuziehen.

Till Kinzel

QUELLE

Informationsmittel (IFB) : digitales Rezensionsorgan für Bibliothek und Wissenschaft

<http://www.informationsmittel-fuer-bibliotheken.de/>

<http://informationsmittel-fuer-bibliotheken.de/showfile.php?id=10442>

<http://www.informationsmittel-fuer-bibliotheken.de/showfile.php?id=10442>