Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte 125

Konflikte im Recht - Recht der Konflikte

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in Tübingen und Göttingen

Bearbeitet von
Edward Schramm, Wibke Frey, Lorenz Kähler, Sabine Müller-Mall, Friederike Wapler

1. Auflage 2010. Taschenbuch. 308 S. Paperback
ISBN 978 3 515 09729 1
Format (B x L): 17 x 24 cm

Weitere Fachgebiete > Philosophie, Wissenschaftstheorie, Informationswissenschaft > Wissenschaftstheorie > Rechtsphilosophie, Rechtsethik

Zu Inhaltsverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Detlef von Daniels*

Theoretische Perspektiven auf die Verrechtlichung politischer Konflikte†

I. Die theoretische Debatte zwischen Schmitt und Kelsen

Wir haben uns in der Bundesrepublik daran gewöhnt, dass Gerichte im politischen Prozess eine wichtige Rolle spielen. Das betrifft nicht nur die nationale Ebene, auf der das Bundesverfassungsgericht durch Entscheidungen und Leitsätze den politischen Prozess dauerhaft mitbestimmt, sondern auch die europäische Ebene, deren heutige Bedeutung nicht zuletzt auf zielgerichtete Interventionen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zurückgeht.[1] Man könnte diese Entwicklung als Ausdruck einer fortschreitenden Konstitutionalisierung sehen, die angefangen von nationalen Verfassungen über mittlere, regionale Ebenen schließlich auch das Völkerrecht umfasst.[2] Fortschrittsgeschichten dieser Art operieren jedoch typischerweise mit analytischen Begriffen, die bereits normativ aufgeladen sind, so dass das Eigentümliche dieser Art der Verrechtlichung nicht in den Blick kommt. Um das Verhältnis von Recht und Politik grundsätzlich zu reflektieren möchte ich einen anderen Weg wählen und die klassische Debatte zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen über den Hüter der Verfassung noch einmal aufnehmen.[3] Diese Diskussion ist aus zwei Gründen interessant. Zunächst treffen in ihr zwei konträre theoretische Positionen aufeinander, die in dieser Schärfe heute nicht mehr zu finden sind.[4] Außerdem bietet das Umfeld der Weimarer Republik und der zeitgenössischen internationalen Verhältnisse reichhaltiges Anschauungsmaterial für eine Vielzahl von äußerst zugespitzten Konflikten. Ich möchte jedoch nicht die Fehler oder Versäumnisse der Weimarer Republik analysieren, sondern prüfen, ob oder unter welchen Voraussetzungen die Argumente der beiden Kontrahenten tragfähig sind. Dazu werde ich zunächst den Disput zwischen Schmitt und Kelsen im historischen Kontext präsentieren und in einem zweiten Schritt jeweils überlegen, ob die Argumente unter gegenwärtigen Umständen des

* Postdoctoral Fellow, Humanities Center at Harvard

† Für hilfreiche Anregungen und Diskussionen danke ich den Teilnehmern der Jahrestagung des Jungen Forums Rechtsphilosophie, insbesondere Isabelle Ley für ihren schriftlichen Kommentar.

1 Zur Rolle des EuGH im Prozess der europäischen Integration siehe *Weiler*, The Constitution of Europe. „Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays, Cambridge 1999.

2 Siehe *Habermas*, Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?, in: Zwischen Naturalismus und Religion, Frankfurt am Main 2005.

3 Die Auseinandersetzung startete jeweils mit einem Zeitschriftenaufsatz, ist aber heute in zwei Büchern gut dokumentiert. Siehe *Kelsen*, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, hrsg. von van Ooyen, Tübingen 2008 [1931] sowie *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 4. Aufl., Berlin 1996 [1931].

4 Zu den historischen Hintergründen siehe *Korioth*, Garantie der Verfassung oder Verfassungsrecht aus der Hand der Justiz – Richterliche Normenkontrolle in der Weimarer Republik, in: *de Wall/Germann*, Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link, Tübingen 2003, S. 705–724.

europäischen Mehrebenensystems reformuliert werden können. Meine These ist, dass einzelne Elemente der Schmittschen Argumentation genutzt werden können, um Kelsens monistischen Rechtspositivismus in Richtung eines realistischen Rechtspluralismus fortzuentwickeln. Von einer solchen Position aus ist es möglich, die Mechanismen von Konfliktlösung durch Verrechtlichungen in Mehrebenensystemen zu analysieren und die Rolle politischen Handelns in solchen Umständen einzuschätzen.

II. Der zeitgeschichtliche Hintergrund: Die Republik in der Krise

Carl Schmitt schrieb den Text „Der Hüter der Verfassung“[5] als Reaktion auf die politische Lähmung und Verfassungsstreitigkeiten während der Endphase der Weimarer Republik (1929–1933). Im Parlament gab es keine regierungsfähigen stabilen Mehrheiten, gleichzeitig lehnten die am linken und rechten Rand des politischen Spektrums erstarkenden radikalen Parteien die Staatsform der Weimarer Republik insgesamt ab. Reichspräsident Paul von Hindenburg war zwar mit einer Mehrheit von SPD und konservativen Parteien gewählt, neigte aber persönlich der Monarchie zu und wurde von vielen als Repräsentant republikfeindlicher Kreise gesehen.[6] Nachdem 1930 die letzte große Koalition aus SPD und bürgerlichen Parteien gescheitert war, ernannte Hindenburg Heinrich Brüning als Reichskanzler, der in der Folge nicht mehr gestützt auf parlamentarische Mehrheiten, sondern auf Grundlage des Notverordnungsrechts des Reichspräsidenten (Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung) regierte.

Carl Schmitt nahm diese Entwicklung vorweg. Bereits 1929 plädierte er dafür, dass aus rechts- wie verfassungstheoretischen Gründen einzig der Reichspräsident „Hüter der Verfassung“ sein könne. Er wehrte sich damit gegen die Vorstellung, dass Verordnungen der Exekutive oder Konflikte über Kompetenzstreitigkeiten gerichtlich überprüft bzw. entschieden werden. Ebenso grundsätzlich reagierte Hans Kelsen auf die Einlassung und versuchte zu zeigen, dass Schmitt sein Ergebnis lediglich durch unzulässige Vermengung von theoretischen und wertenden Begriffen erreicht, rechtstheoretisch aber ebenso ein Gericht mit der Aufgabe betreut werden könnte, als Hüter der Verfassung zu fungieren. Während Schmitt sich explizit auf die zeitgenössischen Umstände in der Weimarer Republik bezieht, ist das Modell für Kelsens Überlegungen der österreichische Verfassungsgerichtshof, an dessen rechtlicher Ausgestaltung Kelsen bei der Abfassung der österreichischen Verfassung beteiligt war. Da sich der Disput zwischen Schmitt und Kelsen anhand einer konkreten Frage entfaltet, ist er besonders dazu geeignet, die praktischen Konsequenzen der jeweiligen Theorien zu reflektieren.

III. Schmitts Argumente gegen Verfassungsgerichtsbarkeit

Schmitt entwickelt seine Position anhand der Frage, ob ein Gericht Hüter der Verfassung sein könne. Er führt dagegen im Wesentlichen vier Argumente an, zwei rechts-

5 *Schmitt* (Fn. 3).

6 Siehe umfassend: *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte. Vierter Band: Vom Beginn des Ersten Weltkrieges bis zur Gründung der beiden deutschen Staaten 1914–1949, S. 512–541.

theoretische, ein demokratietheoretisches, sowie ein verfassungstheoretisches. Ich werde zunächst diese Argumente im Überblick darstellen und dann anhand von Kelsens Erwiderung prüfen, ob sie sich auf das europäische Mehrebenensystems übertragen lassen.

Der erste rechtstheoretische Einwand Schmitts bezieht sich auf die juristische Technik der Subsumption. Schmitt behauptet zunächst, Verfassungsgerichtsbarkeit sei keine echte Justiz, da es keine tatbestandmäßige Subsumtion eines Falls unter ein allgemeines Gesetz gebe, sondern lediglich zwei widersprechende Normen verglichen würden und eine an die Stelle der anderen gesetzt werde. „Es wird überhaupt nicht subsumiert, es wird nur ein Widerspruch festgestellt und dann entschieden, welche der einander widersprechenden Normen gelten und welche ‚außer Anwendung' bleiben soll".[7] Da es sich dabei in aller Regel nicht um offensichtliche Widersprüche handele, sondern um eine inhaltliche Festsetzung, werde ein Gerichtshof zu einem „Verfassungsgesetzgeber in hochpolitischer Funktion".[8] Dass das Verfassungsgericht inhaltlich entscheidet, sei unvermeidlich, da jedes Urteil einen Moment der Dezision beinhalte, und sein Sinn „eben nicht überwältigende Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels [ist]."[9]

Das zweite rechtstheoretische Argument schließt daran an, bezieht sich aber auf die Unabhängigkeit der Justiz als Merkmal der Gewaltenteilung. Ausgangspunkt für Schmitts Argumentation ist die spezifisch kontinentale Tradition der Rechtsstaatlichkeit. „Im bürgerlichen Rechtsstaat gibt es Justiz nur als Richterspruch aufgrund eines Gesetzes."[10] Darauf beruhe auch die besondere Objektivität und Unabhängigkeit des Richters. „Verlässt der Richter den Boden, auf dem eine tatbestandsmäßige Subsumtion unter generellen Normen und damit eine inhaltliche Bindung an das Gesetz wirklich vorhanden ist, so kann er nicht mehr unabhängiger Richter sein."[11] Die Folgen davon seien nicht eine Juridifizierung der Politik, sondern eine „Politisierung der Justiz."[12] Der Kern des Arguments ist nicht in erster Linie folgenorientiert („Politisierung der Justiz"), sondern zielt auf die Grundsätze der Gewaltenteilung sowie auf die Voraussetzungen für eine unabhängige Justiz. Dafür spricht, dass Schmitt die beamtenrechtliche Stellung als Absicherung der Neutralität des Richters anführt[13] und auf die Grenzen richterlichen Handelns hinweist. Ein Richter könne immer nur post eventum, also nach Eintritt eines Falles entscheiden, aber nicht politische Maßnahmen treffen. Versuche er dies jedoch beispielsweise durch Erlass von einstweiligen Maßnahmen, so könne ihn „seine richterliche Unabhängigkeit ... dann vor der politischen Verantwortlichkeit nicht mehr schützen."[14]

Schmitts demokratietheoretisches Argument gegen eine Verfassungsgerichtsbarkeit baut auf einer bestimmten Lesart der Weimarer Reichsverfassung auf. „Dadurch, dass sie [die Weimarer Reichsverfassung] den Reichspräsidenten zum Mittelpunkt eines Systems plebiszitärer wie auch parteipolitisch neutraler Einrichtungen und Befugnis-

7 *Schmitt* (Fn. 3) S. 43.
8 AaO., S. 48.
9 AaO., S. 48.
10 AaO., S. 37.
11 AaO., S. 19.
12 AaO., S. 22.
13 AaO., S. 152.
14 AaO., S. 32.

se macht, sucht die geltende Reichsverfassung gerade aus demokratischen Prinzipien heraus ein Gegengewicht gegen den Pluralismus sozialer und wirtschaftlicher Machgruppen zu bilden und die Einheit des Volkes als eines politischen Ganzen zu wahren."[15] Der Reichspräsident habe eine gegenüber anderen Organen herausgehobene demokratische Legitimation, da er direkt gewählt sei, die Einheit des ganzen Volkes verkörpere und neutral gegenüber anderen partikulären Gruppierungen sei. Schmitt ergänzt, dass der Reichspräsident zugleich legitimiert sei, Letztentscheidungen zu treffen. Denn anders als in konstitutionellen Monarchien sei das Volk in der Weimarer Reichsverfassung gegenüber Regierung und Parlament der höhere Dritte, so dass Verfassungskonflikte wie im 19. Jahrhundert „unmöglich und undenkbar" seien.[16]

Schließlich nennt Schmitt noch ein verfassungstheoretisches Argument, das man im Auge behalten sollte, um Schmitts Argumentationsweise zu verstehen. Schmitt behauptet nicht, dass ein politisches System mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit undenkbar wäre oder nicht funktionieren könne, da er natürlich das amerikanische und österreichische Beispiel kennt. Er behauptet allerdings, dass die Umformung des Staatsgerichtshofs in ein Verfassungsgericht den Charakter der Verfassung grundlegend ändern würde. Um das zu zeigen, führt er eine Unterscheidung zwischen Verfassungsgesetz und Verfassung ein.[17] Letztere sei die Gesamtentscheidung des Souveräns, die bestimme, wo der Schwerpunkt der Verfassung liege. „Man kann alle Staaten nach dem Gebiet staatlicher Tätigkeit einteilen, auf dem sie das Zentrum ihrer Tätigkeit finden. Danach gibt es Justiz- oder besser: Jurisdiktionsstaaten, daneben Staaten, die wesentlich Regierung und Exekutive sind, und endlich Gesetzgebungsstaaten."[18] Die Weimarer Reichsverfassung sei als Gesetzgebungsstaat konzipiert. Voraussetzung für das Gedeihen eines Gesetzgebungsstaat seien allerdings eine Sphäre der Gesellschaft, die frei ist von umfassender staatlicher Regulierung sowie Parteien, die nicht nur Abbildung der pluralistischen Zersplitterung der Gesellschaft seien, sondern Gebilde, die um wechselnde Mehrheiten konkurrieren.[19] Beide Voraussetzungen sieht Schmitt in der Wirklichkeit der Weimarer Republik nicht gegeben, da der Staat zu einem totalen Wirtschafts- und Regulierungsstaat geworden sei und die Parteien zu gegeneinander abgeschlossenen sozialen Machtkomplexen.[20] Aufgabe des Souveräns sei daher, die politische Gesamtentscheidung des Volkes für den Gesetzgebungsstaat zu bewahren. Gerichtliche Überprüfung exekutiver Entscheidungen hingegen würde den Charakter der Verfassung hin zu einem Jurisdiktionsstaat ändern, da ein Gerichtshof in solchen Fällen nur noch verschiedene Ansprüche von Individuen und kollektiven Akteuren ausgleichen könnte, die Verfassung aber nicht mehr „Entscheidung des ganzen Volkes" sein würde.[21]

15 AaO., S. 159.
16 AaO., S. 130.
17 Vgl. hierzu auch *Schmitt*, Verfassungslehre, München und Leipzig 1928, S. 20 ff.
18 *Schmitt* (Fn. 3), S. 75; ausführlich diskutiert Schmitt diese Unterscheidung in Legalität und Legitimität (1932), in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin 1958, S. 263 ff.
19 Vgl. *Schmitt* (Fn. 3), S. 87.
20 Vgl. aaO., S. 87.
21 Vgl. aaO., S. 70.

IV. Vom Subsumptionsargument zum Rechtspluralismus

Man mag in Versuchung geraten, diese Argumente unter Verweis auf das Schicksal der Weimarer Republik und der weltweiten Etablierung des Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit zu den Akten zu legen. Da es hier aber nicht um ein Nachzeichnen geschichtlicher Entwicklungen gehen soll, sondern um die theoretische Frage, wie die Rolle der Gerichte im politischen Gefüge eingeschätzt werden kann, möchte ich im folgenden Kelsens Erwiderung auf Schmitt nicht als Vorwegnahme der „richtigen" Auffassung lesen, sondern Kelsens Argumente dazu nutzen, den theoretischen Kern der jeweiligen Positionen herauszuarbeiten. Kelsens Einwände gegen Schmitt sollen dementsprechend nicht nur im Hinblick auf die Weimarer Zeit betrachtet werden, sondern als Ausdruck einer alternativen theoretischen Position, die prinzipiell auf andere Umstände anwendbar ist.

Schmitts erstes Argument beruht auf einer bestimmten Deutung der juristischen Methode der Subsumption. Verfassungsgerichtsbarkeit sei im Unterschied zu echter Justiz keine tatbestandsmäßige Subsumtion, sondern erschöpfe sich im Vergleich verschiedener Normen und sei daher aufgrund des Moments der Dezision inhaltliche Festsetzung der Verfassung. Kelsen wendet dagegen ein, dass bei jeder Entscheidung unterschiedliche Rechtsauffassungen gegeneinander stehen und die Aufgabe in jedem Fall die verfassungsgemäße Erzeugung einer individuellen Norm sei.[22] Schmitt hingegen reaktiviere, entgegen seiner eigenen Einsicht in den dezisionistischen Charakter der Gerichtsurteile,[23] das Bild vom Richter als Rechtserzeugungsautomaten. In der Praxis der Prüfung von Fällen sei kein grundlegender Unterschied zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht zu erkennen. Der Tatbestand in verfassungsrechtlichen Fällen sei nämlich, so Kelsen, nicht „die Norm", sondern „die Erzeugung der Norm." Zu prüfen sei also, ob ein Gesetz verfassungsgemäß zustande gekommen ist, bzw. wenn es verfassungswidrig ist, ob es als verfassungsänderndes Gesetz erlassen worden ist.[24] Das Kriterium der „inhaltlichen Festsetzung" könne ebenfalls nicht der entscheidende Unterschied sein, da dies immer der Fall sei, wenn Rechtsfragen entschieden werden.[25]

Kelsens Kritik überzeugt bezogen auf die konkrete historische Problemlage, wo in Frage stand, ob ein Gericht überhaupt Akte der Exekutive überprüfen könne. Fraglich ist jedoch, ob Kelsens Entgegnung selbst eine überzeugende theoretische Alternative bietet. Kelsens Argument beruht auf der Voraussetzung, dass Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit wesensgleich sind,[26] insofern beide Akte der „Normerzeugung" sind. Da außerdem beide ein Element der Dezision enthalten, seien auch beide „politisch". Nach Kelsen stehen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit also in einer durchgehend politischen Praxis der Normerzeugung. „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,

22 Vgl. *Kelsen* (Fn. 3), S. 70 f.
23 Vgl. *Schmitt*, Gesetz und Urteil, München 1912, in dem Schmitt selbst die Gesetzesbindung als Fiktion entlarvt.
24 *Kelsen* (Fn. 3), S. 71.
25 AaO., S. 73.
26 AaO., S. 74.

kann als Rechtsstreit entschieden werden."[27] Kelsen macht zwar zu Recht auf den dezisionistischen Charakter jeder Rechtsentscheidung aufmerksam, seine zu Grunde gelegte Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung, wobei jede Stufe aufgrund vorhergehender Ermächtigung handelt, zeigt aber zu viel und verliert das Spezifische der richterlichen Entscheidung aus dem Auge. Sicher handelt das Parlament aufgrund der Verfassung bzw. nach den Regeln der Geschäftsordnung und der Richter entscheidet aufgrund von Gesetzen. Aber in demselben Sinn ist auch jeder Geschäftsfähige aufgrund des BGBs ermächtigt, Kaufverträge abzuschließen. Jedoch ist die Bindung des Einzelnen durch das BGB offenbar eine andere als die des Richters durch das Gesetz. Kelsens Argument macht also lediglich auf den ganz allgemeinen Umstand aufmerksam, dass jeder dieser Fälle eine institutionelle Tatsache im Rahmen des Rechtssystems ist. Fraglich ist hier aber, was das Spezifische der richterlichen Entscheidung im Unterschied zum parlamentarischen Verfahren oder zur Verwaltung ist. Darauf liefert Kelsens Theorie des Stufenbaus keine Antwort.[28] Bezeichnenderweise räumt Kelsen dennoch ein, dass es zu einer „politisch höchst unangebrachten Machtverschiebung" zum Verfassungsgericht hin kommen kann.[29] Das sei insbesondere zu befürchten, wenn dieses aufgrund von unbestimmten Rechtsbegriffen entscheide. Kelsen zählt darunter „Schlagworte wie Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit".[30] Für Kelsen sind das allerdings keine rechtstheoretischen Fragen, da diese durch den Stufenbau bereits geklärt sind, sondern rechtspolitische bzw. Fragen der Zweckmäßigkeit.

Die Grenzen von Kelsens Modell werden deutlich, wenn man über dem Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit in wohlgeordneten Staaten hinausgeht und Fälle im europäischen Kontext betrachtet. Es ist dann keineswegs selbstverständlich, dass es einen einheitlichen Stufenbau der Rechtsordnung ausgehend von dem jeweiligen höchsten Gericht gibt. Das ist schon deshalb nicht gegeben, weil es beispielsweise in Menschenrechtsfragen keine europaweit einheitliche Auffassung darüber gibt, was das jeweilige höchste Gericht ist, ob es die nationalen Verfassungsgerichte sind oder der europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).[31] Die jeweiligen Kompetenzen der einzelnen Gerichte und das Ausmaß der Prüfungsbefugnisse sind vielmehr selbst umstritten. Dieser Punkt müsste in einer Rechtstheorie abgebildet werden können. Kelsens Theorie ist dazu, solange sie an einem durchgehenden Stufenbau festhält, nicht in der Lage. Aber auch Schmitts Subsumptionsargument bietet keinen Ausweg, sondern bestenfalls einen Ansatzpunkt, das Problem zu formulieren. Wenn Schmitt schreibt, dass Verfassungsgerichtsbarkeit keine echte Subsumption sei, sondern verschiedene Normen verglichen würden, so ist das eine, wenn auch sehr vage, Be-

27 AaO., S. 67.

28 Siehe auch *Kelsen*, General Theory of Law and State, New Brunswick and London 2006 [1949], S. 274 ff. Kelsen vertritt dort offensiv die These, dass es zwischen den verschiedenen Gewalten keine wesentlichen sondern nur historisch erklärbare Unterschiede gebe.

29 *Kelsen* (Fn. 3), S. 76.

30 AaO.

31 Zur unterschiedlichen Auffassung der Stellung des EGMR siehe *Polakiewicz*, The Status of the Convention in National Law, in: *von Blackborn/Polakiewicz*, Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950–2000, Oxford, 2001, S. 31–53.

schreibung der Praxis des EGMR.[32] Wenn dieser einen Fall entscheidet, der in einzelnen Ländern aufgrund verfassungsrechtlicher Argumentation unterschiedlich gehandhabt würde, ist es zumindest nicht ganz falsch zu sagen, dass verschiedene Normen oder Praxen verglichen werden. Diesen Punkt haben allerdings weder Schmitt noch Kelsen entwickelt, da Schmitt von der Faktizität einer entscheidungskräftigen politischen Einheit ausgeht und Kelsen von der Notwendigkeit einer einheitlichen juristischen Normenpyramide. Die Möglichkeit einer politischen Normsetzung durch gegenseitige Beobachtung höchster Gerichte[33] kommt so von beiden Positionen aus nicht in den Blick. Geht man weder von der Notwendigkeit einer einheitlichen Normordnung aus, sondern von einem Rechtspluralismus aus,[34] noch von der Faktizität einer sich in jedem Fall durchsetzenden politischen Einheit, sondern von einer Vielzahl von politischen Akteuren auf unterschiedlichen Ebenen, so zeigt sich ein ganzes Spektrum von Konflikten zwischen juristischen und politischen Akteuren.[35] Die Diskussion über das Subsumptionsargument kann also produktiv aufgenommen werden, um eine theoretische Perspektive zu gewinnen, die gleichermaßen über Schmitt und Kelsen hinausweist. Schmitts Diagnose kann dabei, wertfrei gelesen, als realistischer Einspruch gegen eine konstitutionalistische Sicht[36] gelesen werden, die Konflikte systematisch ausblendet.

V. Von der Gewaltenteilung zur Richtersoziologie

Diese so skizzierte Perspektive ist auch nützlich, um das zweite rechtstheoretische Argument, das Neutralitäts- bzw. Gewaltenteilungsargument genauer zu untersuchen. Nach Schmitt erfordert die Gewaltenteilung, dass die Justiz neutral bzw. unabhängig ist.[37] Würde ein Gerichtshof über politisch umstrittene Fragen urteilen, so wäre er „Verfassungsgesetzgeber in hoch politischer Funktion".[38] „Keine noch so krampfhafte Fiktion könnte es verhindern, dass Jeder einen solchen Gerichtshof für eine politische Instanz hält und als solchen bewertet."[39] Wieder ist es so, dass Kelsen zunächst leichtes Spiel zu haben scheint. Kelsen zufolgt ist es unvermeidlich, dass Gerichte, sofern sie entscheiden, auch an der politischen Gewalt partizipieren. Das sei legitim, da der Gesetzgeber dem Richter diese Befugnis zur Rechtschöpfung übertragen habe.

32 Für eine detaillierte Analyse der Rechtsprechung siehe *Krisch*, The Open Architecture of European Human Rights Law, The Modern Law Review 7 (2008), S. 183–216.

33 Der französische Conseil d'Etat kennzeichnet das Verhältnis zum EGMR als einen „Dialogue des Judges", siehe *Krisch*, aaO., S. 192. Ähnlich das Bundesverfassungsgericht mit der These des Kooperationsverhätnisses zum EuGH, etwa BVerfGE 89, 115 ff.

34 Zu einer rechtspluralistischen Sicht auf die EU siehe *Barber*, Legal Pluralism and the European Union, European Law Journal 12 (2006), S. 306–329.

35 Allott sieht in der EU aufgrund ihrer unregelmäßigen Struktur ein Ungeheuer, das durch den Schlaf der Vernunft geboren wurde. Siehe *Allott*, Epilogue: Europe and the Dream of Reason, in: *Weiler/Wind*, European Constitutionalism beyond the State, Cambridge 2003, S. 202–225.

36 Vgl. *Craig*, Constitutions, Constitutionalism and the European Union, European Law Journal *7* (2001), S. 125–150.

37 Schmitt und Kelsen benutzen in der Diskussion die Ausdrücke „neutral" und „unabhängig" synonym.

38 *Schmitt* (Fn. 3), S. 48.

39 AaO., S. 31.

Dementsprechend bestehe „zwischen dem politischen Charakter der Gesetzgebung und dem der Justiz … nur eine quantitative, keine qualitative Differenz."[40] Kelsen wirft Schmitt daher vor, einen ideologischen Begriff von Neutralität zu verwenden, nämlich als eine Instanz jenseits aller Machtkämpfe und Interessen. Eine solche Instanz kann es nach Kelsen aber nicht geben, weil alle Institutionen an dem einheitlichen Rechtserzeugungszusammenhang partizipieren. Der Grundsatz der Gewaltenteilung könne daher nicht als vollständige Isolierung verstanden werden, sondern nur als „gegenseitige Kontrolle der Gewalten"[41] durch genau spezifizierte Eingriffsrechte. Dabei sei die genaue Ausgestaltung wieder nur eine Frage der Zweckmäßigkeit. Ergänzend führt Kelsen allerdings an, dass im Unterschied zum gewählten Staatsoberhaupt der Richter „schon durch seine Berufsethik zur Neutralität gedrängt [werde]."[42]

Beim Vergleich der Argumentationsstrategien fällt auf, dass Schmitt die „Politisierung der Justiz" rhetorisch dramatisiert, wohingegen Kelsen Politik und Justiz so weit annähert, dass sie fast ununterscheidbar werden. Bezeichnenderweise verrät Schmitt jedoch nie, was genau die Gefahr einer Politisierung ist, wohingegen Kelsen es unterlässt zu erläutern, durch welche Strukturen eine „übermäßige Politisierung" vermieden werden kann. Was an dieser Stelle bei beiden Autoren fehlt, ist eine Soziologie der Justiz und insbesondere des Richterstandes. Kelsen deutet das mit dem Hinweis auf das Berufsethos an, wodurch sich der Richter vom gewählten Vertreter unterscheide. Schmitt nennt beiläufig die beamtenrechtliche Status als Absicherung der Neutralität und erklärt außerdem, was ein unabhängiger Richter nicht sein dürfe, nämlich nicht „fremd" und nicht „politisch festgelegt."[43] Diese verstreuten Bemerkungen, die sowohl bei Schmitt als auch bei Kelsen zu finden sind, können zusammen genommen als soziale Bedingung für richterliche Unabhängigkeit ausbuchstabiert werden. So könnte man erklären, dass das Berufsethos der Richter, worauf sich Kelsen stützt, durch spezifische Faktoren begünstigt wird, wie zum Beispiel die Art der akademischen Ausbildung, die einen Korpsgeist begünstigt, relative etablierte Karrierewege, oftmals auch eine gewisse soziale Homogenität und natürlich die beamtenrechtliche Stellung. Die Kriterien, die Schmitt nennt, weisen darüber hinaus darauf hin, dass die Rolle des Richters in Anerkennungsbeziehungen abgesichert sein muss. Dass der Richter nicht „fremd" sein dürfe, kann man sowohl auf den zu Grunde liegenden Rechtskorpus beziehen, der mehr oder weniger stark im Rechtsbewusstsein verankert sein kann, als auch auf die Herkunft des Richters, wobei „nicht fremd" ganz allgemein zu übersetzen wäre mit „den üblichen Gepflogenheiten für Richter entsprechend", die natürlich ebenfalls einem sozialen Wandel unterliegen.[44] Schließlich ist bei der politischen Unabhängigkeit, die Schmitt anmahnt, zu fragen, ob es sich dabei um eine Selbst- oder eine Fremdeinschätzung handelt. Schmitt weist zu Recht darauf hin, dass entscheidend für die soziale Funktion der Unabhängigkeit nicht die Innenansicht, die „krampfhafte Fiktion" ist, sondern die Fremdeinschätzung durch

40 AaO., S. 67.
41 AaO., S. 79.
42 *Kelsen* (Fn. 3), S. 95.
43 Vgl. *Schmitt* (Fn. 3), S. 103 f.
44 Man könnte beispielsweise überlegen, ob die Neubesetzung fast aller Richterstellen nach der Wende durch westdeutsche Juristen in den neuen Bundesländern zum Gefühl einer westdeutschen Kolonialisierung beigetragen hat.

die Gesellschaft. Wie sich diese aber zur Institution Verfassungsgerichtsbarkeit verhält, lässt sich, anders als Schmitt insinuiert, nicht theoretisch vorhersagen, sondern nur praktisch beobachten. Die soziologische Dechiffrierung der richterlichen Unabhängigkeit führt also zur Entschärfung der Schmittschen Position. Anstatt richterliche Unabhängigkeit im Wesen der Justiz zu vermuten, wird so ihre vielfältige soziale Bedingtheit deutlich.

Diese Einsicht lässt sich auch für das europäische Mehrebenensystem nutzen. Mit Blick auf die sozialen Bedingungen lässt sich beispielsweise erklären, weshalb die Ausweitung der Kompetenzen des EuGH in den 60ziger Jahren von nationalen Gerichten klaglos akzeptiert wurde, obwohl zur gleichen Zeit in der Politik, beispielsweise in Frankreich unter Charles de Gaulle, eine europaskeptische Haltung vorherrschte.[45] Eine wichtige Rolle spielt dabei der Umstand, dass der EuGH mit verdienten Richtern aus den Mitgliedsländern besetzt wird, die Richter also nicht „fremd" sind, dasselbe „Berufsethos" haben und innerhalb ihres Standes aufgrund ihrer Seniorität als Autoritäten anerkannt sind. Allgemein kann man formulieren, dass je mehr die Bedingungen für Unabhängigkeit gegeben sind, desto eher auch parteipolitisch stark umstrittene Fragen von Gerichten mit behandelt werden können, ohne dass deswegen Zweifel an der richterlichen Unabhängigkeit aufkommen. Auch im Verhältnis zwischen Gerichten, die nicht einem einheitlichen Gerichtszug angehören, wie z. B. zwischen dem EuGH und dem EGMR, lässt sich beobachten, dass neben der „anonymen Kommunikation" über Urteile auch informelle Kontakte bestehen. Sie tragen dazu bei, dass sich die Richter als Teil einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur verstehen und sich auch deswegen zunehmend problemlos auf Urteile des jeweils anderen Gerichts beziehen können.[46]

Der Disput zwischen Schmitt und Kelsen über die richterliche Unabhängigkeit kann also nicht theoretisch entschieden werden. Er ist vielmehr als Hinweis zu verstehen, einen rechtsvergleichenden Blick auf die unterschiedlichen sozialen Voraussetzungen zu entwickeln und das Zusammenwirken verschiedener Systeme zu beobachten. Allerdings lässt sich auf diese Weise ein Aspekt des Schmittschen Arguments nicht erfassen, nämlich die Frage der Gewaltenteilung. Schmitts Argument hierzu lautet, dass Gewaltenteilung Neutralität der Justiz erfordere, die bei gerichtlichen Entscheidungen über politische Fragen nicht mehr gewährleistet sei. Kelsens wendet dagegen ein, dass Gewaltenteilung nicht vollständige Trennung bedeuten könne, da Gerichte an der Normbildung mitwirken, sondern besser als „gegenseitige Kontrolle" zu verstehen sei, die „allzu große Machtkonzentration in einem Organ" verhindern solle.[47] Im Unterschied zur bloßen Beschwörung der Unabhängigkeit und Gesetzesbindung wie bei Schmitt bietet Kelsens Vorschlag für nationale Kontexte einen besseren Analyseansatz. Man könnte damit, auch soziologisch fundiert, untersuchen, wie genau die Machtbalance organisiert ist. Fraglich ist aber, ob diese Lösung auch in transnationalen Zusammenhängen bzw. für Mehrebenensysteme anwendbar ist. Kelsens beschwichtigende Analyse, dass Gewaltenteilung gegenseitige Kontrolle im-

45 Vgl. hierzu *Weiler* (Fn. 1), S. 32 ff.

46 Siehe hierzu *Scheeck*, The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 65 (2005), S. 837–885.

47 *Kelsen* (Fn. 3), S. 79.

pliziere, erscheint vor diesem Hintergrund nicht hilfreich. Denn dies hieße in der Konsequenz, dass durch jede zusätzliche Verrechtlichung, sei es durch Beitritt in ein multilaterales Vertragsregime mit bindender Justiz oder durch Privatisierung bestimmter Bereiche, automatisch eine neue Art der Gewaltenteilung entstünde. Kelsens Lösung, das Problem der Gewaltenteilung als verfassungsmäßig gewollte Gewaltengliederung darzustellen, ist als allgemeine Theorie also genauso nichts sagend wie Schmitts rhetorische Beschwörung der richterlichen Neutralität als notwendig unabhängige Gewalt. Kelsens Theorie krankt daran, dass in der rein rechtswissenschaftlichen Betrachtung politische Verschiebungen zwischen verschiedenen Organen nicht weiter analysiert werden können, da sie nur als theoretisch unergiebige Fragen der Zweckmäßigkeit erscheinen.

Geht man jedoch von einer Pluralität von Akteuren aus und beobachtet ihr Zusammenwirkung in rechtsrealistischer Hinsicht, so kann man in der Analyse noch einen Schritt weiter kommen. Vergegenwärtigt man sich die Rolle, die der EuGH bei der europäischen Einigung gespielt hat, so erkennt man, dass das Verhältnis zwischen politischen Organen und Gerichten nicht wie bei Kelsen als „gegenseitige Kontrolle" beschrieben werden kann, sondern eher als semipermeable Membran zu sehen ist. Grund dafür ist, dass die Exekutive nicht gegen das eigene Justizsystem regieren kann. Das verdeutlicht das Beispiel des EuGH. Nachdem nationale Gerichte begonnen hatten, sich aufgrund der Doktrin der Direktwirkung an Urteilen des EuGH zu orientieren, konnte die Exekutive diese Form der Integration praktisch nicht mehr rückgängig machen.[48] Ein weiterer Grund für das systematisch bedingte Übergewicht der Judikative ist, dass in dem Moment, wo Gerichte sich mit einer Materie befassen, sich politische Akteure auf diese Argumentationsweise einstellen, was wiederum zukünftige justizförmige Erledigungen von Streitigkeiten begünstigt. Die systematische Folge von Gerichtsbarkeit über politische Fragen ist also nicht nur eine Politisierung der Justiz, sondern ebenso eine Verrechtlichung der Politik, d. h. ein Argumentationsstil, der sich von vornherein auf den Bahnen der vorherrschenden juristischen Meinung bewegt.

Die beiden rechtstheoretischen Argumente, die Schmitt anführt, das Subsumtionsargument und das Neutralitätsargument, können also weiterentwickelt werden, wenn man den staatlichen Rahmen überschreitet. Man erkennt dann erstens, dass es theoretisch sinnvoll ist, von der Möglichkeit eines Rechtspluralismus auszugehen, zweitens dass die sozialen Voraussetzungen richterlicher Unabhängigkeit mitreflektiert werden müssen und drittens, dass durch Verrechtlichung die Justiz ein systematisches Übergewicht erhält, was sich auch im Stil der politischen Auseinandersetzung bemerkbar macht. Damit ist eine theoretische Perspektive benannt, die man realistischen Rechtspluralismus nennen kann.[49] Allerdings ist das zentrale Problem des Disputs damit noch nicht angesprochen, nämlich Schmitts demokratietheoretisches Argument. Es ist gewissermaßen das Gravitationszentrum seiner Kritik.

48 Ausführlich zu den Motiven politischer Akteure, die Integration durch den EuGH nicht in Frage zu stellen, siehe *Alter*, Establishing the Supremacy of European law: The Making of an International Rule of Law in Europe, Oxford 2001, S. 182–208.

49 Die Position wird als realistisch bezeichnet, um sie von systemtheoretischen Ansätzen des Rechtspluralismus abgrenzen zu können, die jedes Regime zu einem autopoetisch geschlossenen Subsystem mit eigener Rationalität idealisieren. Siehe hierzu *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006.

VI. Voraussetzungen der Demokratie

Schmitts demokratietheoretisches Argument lässt sich am besten im Kontext der Weimarer Reichsverfassung rekonstruieren. Schmitt vertritt die Ansicht, dass der Reichspräsident im Mittelpunkt des Systems der Weimarer Reichsverfassung stehe, da er unmittelbar gewählt sei. Aus diesem Grund repräsentiere nur der Reichspräsident die „Einheit des gesamten Volkes" und müsse diese gegen die auseinander strebenden gesellschaftlichen Tendenzen sichern. Zu diesen zählt Schmitt den Parteienpluralismus, die Polykratie, d. h. die Macht von Wirtschaftskartellen, und den Föderalismus. Kelsen hat im nationalen Rahmen gegen diese Interpretation ein relativ leichtes Spiel. Zunächst macht Kelsen auf die offensichtlich ideologische Verwendung des Ausdrucks „Neutralität des Staatspräsidenten" aufmerksam. Da dieser in einem demokratischen Verfahren gewählt wurde, stehe er ebenso für eine bestimmte Fraktion der Gesellschaft.[50] Er symbolisiere eine gedachte Einheit, repräsentiert aber keineswegs, wie Schmitt suggeriere, eine reale Einheit des ganzen Volkes. „An die Stelle des positiv rechtlichen Verfassungsbegriffs schiebt sich die Einheit als ein naturrechtliches Wunschideal."[51] Tatsächlich herrscht nach Kelsen in einer Demokratie nicht das ganze reale Volk, sondern eine Parlamentsmehrheit, die einer Parlamentsminderheit gegenüber steht.[52] Die Verfassung habe dabei den Zweck, eine Unterdrückung der Minderheit durch die Mehrheit zu verhindern, wozu unter anderem die Klagerechte der Minderheit dienen.[53] Indem Schmitt den Staatspräsidenten als neutral auszeichnet und ihn als Hüter der Verfassung bezeichnet, werde in der Tat ein bestimmter Teil der Regierung, nämlich die vom Präsidenten ernannte Exekutive, von Begrenzung freigestellt und ihrem Machtmissbrauch Tür und Tor geöffnet. Mit dem Begriffspaar „Neutralität des Reichspräsidenten" und „verfassungswidriger Pluralismus" liefere Schmitt also eine tendenziöse Analyse der politischen Situation.[54] Zweifellos ist Kelsens Analyse der politischen Intention hinter Schmitts Ausführungen treffend und – wie die weitere historische Entwicklung gezeigt hat – weitsichtig. Hier soll jedoch nicht gefragt werden, ob Kelsens Position einen Ausweg aus dem Weimarer Dilemma zeigen könnte, sondern ob sie systematisch für die postnationale Konstellation weiter entwickelt werden kann.

Bezogen auf das europäische Mehrebenensystem scheint der Disput zunächst wieder zugunsten von Kelsen auszugehen. Die diffizile Machtverteilung zwischen Ministerrat, Kommission und Parlament mit den genau abgestimmten nationalen Quoren lassen sich mit Kelsen als Spielregeln eines politischen System verstehen, das um arbeitsteiligen Interessensausgleich und Minderheitenschutz bemüht ist. Zwar interpretieren Gerichte diese Art der Integration durchaus unterschiedlich. Der EuGH versteht seine Rolle darin, die Einheit der EU zu vertiefen, wohingegen das Bundesverfassungsgericht stärker die Vorbehalte nationaler Souveränität betont.[55] Jedoch

50 Vgl. *Kelsen* (Fn. 3), S. 102.
51 AaO., S. 103.
52 AaO., S. 90.
53 Ausführlich entwickelt Kelsen diesen Punkt in dem Aufsatz aus dem Jahr 1929 „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", wiederabgedruckt in: *Kelsen* (Fn. 3).
54 AaO., S. 103.
55 Besonders deutlich wird das im Lissabon-Urteil, in dem das Bundesverfassungsgericht postuliert, dass die „Identität der Verfassung" gewahrt bleiben müsse, BVerfG, 2 BvE/08 vom 30. Juni 2009.

sind die Gerichte insgesamt um Zusammenarbeit bemüht, beziehen sich wechselseitig auf ihre Entscheidungen und lassen unterschiedliche Auffassungen selten zu offenen Konflikten eskalieren.[56] Sogar Kelsens These, das Volk sei ein zum Zwecke der Legitimation gebildetes Staatsorgan ist in Bezug auf das europäische Volk plausibel, da die wechselnde Zusammensetzung des Volkskörpers aufgrund neuer Beitritte und die auf kontingenten Umständen beruhenden Ein- und Ausschlüsse (die Bevölkerung der französischen Übersee-Departments gehört zum „europäischen Volk", die Schweizer aber nicht) gegen jede Fiktion einer vorgegebenen sozial-historischen Einheit sprechen. Dagegen erscheint Schmitts Insistenz, dass nur ein durch Plebiszit gewählter Präsident die Einheit des gesamten Volkes repräsentieren könne, ein Dogma zu sein, das keine Aktualisierung erlaubt. Jedoch kann man Schmitts Bemerkungen einen Sinn abgewinnen, wenn man sie als Hinweis auf die Grenzen juristischer Konstruktion und justizieller Letztentscheidung sieht. Zwar ist die konkrete Zusammensetzung des Staatsvolkes bestimmt durch die jeweiligen staatsrechtlichen Normen und insofern ist die Einheit des Volkes eine gedachte juristische Einheit. Jedoch symbolisiert ein Repräsentant zugleich, dass das Volk auch eine Schicksalsgemeinschaft ist, deren Angehörige positive wie negative Konsequenzen politischer Entscheidungen gemeinsam tragen und in Notlagen auch existentiell füreinander einstehen müssen. Diese existentielle Einheit muss nicht genau deckungsgleich mit der juristischen Konstruktion sein, wird aber bei politischen Leitentscheidungen vorausgesetzt. Gerade bei Entscheidungen über Kriegseinsätze, die einen nennenswerten Beitrag von Wehrpflichtigen erfordert, wird dieses Moment deutlich. Die Einheit des Volkes ist dann nicht nur „naturrechtliches Wunschideal" wie Kelsen schreibt, sondern zeigt sich ganz real in den Opfern, die einem Volk abverlangt werden. Nun könnte man erneut darauf verweisen, dass auch diese Einheit des Volkes durch soziale Normen konstruiert ist, die Frage wer sich zu einem Volk zugehörig fühlt also ebenso wenig natürlich ist und auch „Opfer" diese Einheit nicht herstellen. Entscheidend ist jedoch lediglich der Punkt, dass die juristische Konstruktion nicht allein maßgebend ist, sondern in Krisensituationen auch soziale Identifikation nötig ist, um Opfer abverlangen zu können. Kelsens rein rechtwissenschaftliche Sicht hingegen verleitet dazu, die existentiellen Voraussetzungen zu überspringen und je nach Zweckmäßigkeit Legitimationsketten zu konstruieren.

Nun könnte man dies bejahen, aber dennoch darauf verweisen, dass Gerichte, wie jüngst das Bundesverfassungsgericht in der Lissabon-Entscheidung, es als ihre Aufgabe ansehen können, auf die Einhaltung genau dieser Voraussetzungen zu achten. Schmitt hat an dieser Stelle kein weiteres systematisches Argument, weist aber in negativer Formulierung auf ein Problem hin: Gerichte können selbst keine politische Verantwortung übernehmen.[57] Dieser Punkt wird relevant, wenn gerichtliche Entscheidungen den Charakter politischer Leitentscheidungen haben. Richter können solche Entscheidungen treffen, aber sie repräsentieren dabei nicht das Volk und können auch nicht durch Abwahl zur Verantwortung gezogen werden. Die Lissabon

56 Das trifft auf höchste Gerichte in anderen Ländern nicht zu. Siehe *Weiler*, A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors, Comparative Political Studies 26 (1994), S. 510–534. Für einen Überblick über die Entwicklung in verschiedenen Ländern siehe *Alter* (Fn. 48).

57 Vgl. *Schmitt* (Fn. 3), S. 32.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führt genau auf dieses Problem. Das Gericht argumentiert, dass es die „Identität der Verfassung" auch vor dem verfassungsändernden Gesetzgeber schützen müsse.[58] Es beansprucht damit zugleich, in einer politisch umstrittenen Frage einen Volkswillen zu repräsentieren (denn anders kann sich das Gericht nicht legitimieren), der aber, ohne die Freiheit anders handeln zu können, dem Volk nicht verantwortlich zurechenbar ist. Das Gericht kann aber ebenso wenig für die Folgen politisch verantwortlich gemacht werden, so dass die Volkssouveränität von diesem Aspekt entleert wird.

Schmitts demokratietheoretisches Argument gegen Gerichtsbarkeit kann also in seiner ursprünglichen Form zurückgewiesen werden. Unter gegenwärtigen Umständen kann es aber – trotz seiner überzogenen Formulierung – auf die Notwendigkeit aufmerksam machen, der souveränen Politik einen herausgehobenen Ort zu reservieren, um politische Verantwortung zurechnen zu können.

VII. Möglichkeiten politischer Gestaltung

Schmitt rundet seine Argumentation für den Reichspräsidenten als Hüter der Verfassung mit einem verfassungstheoretischen Argument ab. Kurz gefasst lautet es, dass die „formelle Verfassung oder das Verfassungsgesetz durch eine spezifische Verfassungsart konkretisiert werde. Diese sei in der Demokratie der Gesetzgebungsstaat. Werde dieser jedoch zur Beute der Parteien bzw. wirtschaftlicher Machtkonglomerate oder föderaler Sonderinteressen, so müsse der unmittelbar gewählte Staatspräsident die Verfassungsentscheidung hüten. Kelsen zeigt scharfsinnig, wie Schmitt die gesamte Verfassung letztlich auf Art 48 reduziert und schließlich Hüter der Verfassung als Gegengewicht zum Parlament definiert.[59] In der Kennzeichnung des Parlaments als Ausdruck eines verfassungswidrigen Pluralismus sieht Kelsen nur ein implizites Werturteil aber keine Verfassungstheorie.[60] Nach Kelsen hat eine Verfassung die Funktion, die Mitwirkungsrechte aller Organe zu sichern und den Machtmissbrauch einzelner zu begrenzen. Schmitts Interpretation der Weimarer Reichsverfassung hingegen sei so angelegt, dass nur das Parlament die Verfassung „missbrauchen" könne, wohingegen Machtmissbrauch der Exekutive nicht einmal als theoretische Möglichkeit erwogen werde.[61] Für Kelsen ist Schmitts Argumentationsweise auch Zeichen eines methodologischen Fehlers. Schmitt führe Begriffe erst deskriptiv ein, verwende sie dann aber präskriptiv und qualifiziere andere politische Positionen als theoretisch verfehlt ab.[62] Kelsen nutzt den Hinweis auf die ideologische Schlagseite der Schmittschen Position, um das eigene Credo einer strikten Trennung zwischen Werturteilen und wissenschaftlicher Erkenntnis herauszustellen.[63]

Bezogen auf die Weimarer Republik oder allgemein einen staatlichen Rahmen hört sich Kelsens Analyse demokratischer Prozeduren nicht nur nüchterner an, sie

58 BVerfG, 2 BvE/08 vom 30. Juni 2009, Paragraph 216.
59 Vgl. *Kelsen* (Fn. 3), S. 103.
60 AaO., S. 105.
61 AaO., S. 101.
62 AaO., S. 103.
63 AaO., S. 105.

scheint aufgrund der Betonung des Minderheitenschutzes, des notwendigen Wechselspiels von Regierung und Opposition sowie der Rolle der politischen Parteien für die Bildung mehrheitsfähiger Positionen auch wegweisend zu sein für das Modell parlamentarischer Demokratien nach dem 2. Weltkrieg. Allerdings verfehlt Kelsen die Intention Schmitts, eine rechtsrealistische Beschreibung der Zeitumstände zu liefern. Diese kann nach Kelsen nicht Teil der Theorie sein. Jedoch ist auch Kelsens Theorie nicht ganz „rein", sondern rechnet ebenfalls mit bestimmten sozialen Voraussetzungen. Kelsens Theorie „passt" auf die Nachkriegszeit, da sie geordnete politische Verhältnisse voraussetzt, die sich in einem staatlichen Rahmen beschreiben lassen. Überschreitet man diesen Rahmen, so stößt auch Kelsens Theorie auf Grenzen, da sie die sozialen Prozesse und Verschiebungen innerhalb eines juristischen Rahmens nicht abbilden kann.

Es bleibt daher zu fragen, ob sich über die theoretische Perspektive eines realistischen Rechtspluralismus sowie der Notwendigkeit, politische Verantwortung zu übernehmen hinaus noch etwas aus Schmitts Argumentation gewinnen lässt. Im europäischen Mehrebenensystem fordert niemand, dass mit einem bestimmten Amt, schon gar nicht dem neugeschaffenen Amt des Präsidenten der EU, praktisch unbegrenzte Entscheidungsbefugnisse gegeben sein müssen, so dass Schmitts Argumentation, hätte es nicht die unheilvolle Entwicklung in Weimar gegeben, in diesem Punkt kurios erscheinen könnte. Jedoch ist auch hier noch ein vernünftiger Kern zu entdecken, der folgendermaßen rekonstruiert werden kann. Schmitts Unterscheidung zwischen Verfassungsgesetz und materieller Verfassung kann allgemein als methodischer Hinweis auf eine realistische Betrachtung der Rechtswirklichkeit gelesen werden. Entscheidend ist danach nicht, was im „formellen Gesetz" steht, sondern was die Akteure tatsächlich tun. Das gilt für alle am politischen Prozess beteiligten Akteure, sowohl die Staatsorgane als auch für Verbände, Interessensgruppen, Parteien etc. In diesem Sinn hat Schmitt eine, wenn auch tendenziöse, realistische Analyse der Verhältnisse am Ende der Weimarer Republik vorgelegt. Schmitts ständige Betonung der Notwendigkeit souveräner Politik in Gestalt des Reichspräsidenten verdeckt jedoch, dass er noch einen zweiten Begriff von Politik hat, der für die gegenwärtige Diskussion anschlussfähig ist. Schmitt spricht von Politik auch im Sinne von *auctoritas*, was man als Führung durch Überzeugung übersetzen könnte. Schmitt umschreibt diese Art der politischen Gestaltung als „vermittelnd, wahrend und regulierend" und weist darauf hin, dass sie besondere moralische Qualitäten erfordere.[64] Allerdings hält Schmitt diesen zweiten Begriff von Politik nicht konsequent durch. Obwohl er zugesteht, dass beispielsweise moralische Qualitäten gegeben sein müssen und nicht von der Verfassung dekretiert werden können, behauptet Schmitt in der Folge, dass nur der Reichspräsident *auctoritas* haben könne. Dadurch geht jedoch die Einsicht in die allgemeine Struktur von Politik als Führung durch Überzeugung wieder verloren. Gerade wenn man von einer realistischen Betrachtung ausgeht und rechtspluralistische Mehrebenensysteme mit einbezieht, kann dieser Begriff von Politik nicht mehr vorab für ein bestimmtes Staatsorgan reserviert werden. Politik in diesem Sinn heißt, dass einzelne Personen oder Institutionen eine Aufgabe, die ihnen zufällt, aktiv ergreifen und gestalten. In diesem Sinn hat der EuGH in den 60ziger Jahren seine *auctoritas* genutzt, um Europa zu gestalten. Ebenso ist es aber möglich, dass politische

64 *Schmitt* (Fn. 3), S. 135.

Gestaltung von anderen Akteuren ausgeht und unvorhergesehene oder chaotische Wirkungen entfaltet.[65]

VII. Ausblick

Der Disput zwischen Schmitt und Kelsen wurde im Vorfeld des 3. Reiches geführt. Keine der beiden theoretischen Vorschläge führte zu einem Ausweg aus der Krise, die sich sowohl in Österreich als auch in Deutschland abzeichnete. In Österreich wurde der Verfassungsgerichtshof entmachtet, bevor er über die Rechtmäßigkeit der Machtübernahme durch Engelbert Dollfuß entscheiden konnte. In Deutschland hatte keine Partei oder gesellschaftliche Gruppierung die Kraft, sich dem Machtstreben Hitlers zu widersetzen. Die Auseinandersetzung zwischen Schmitt und Kelsen weist jedoch in ihrem theoretischen Kern über die historischen Umstände hinaus. In Anbetracht der Entwicklung einer ausgeprägten Verfassungsgerichtsbarkeit in vielen Ländern scheinen Schmitts grundsätzliche Einwände zwar zunächst obsolet geworden zu sein. Jedoch stößt auch Kelsens konstitutionalistisches Modell an Grenzen, wenn Verhältnisse in Mehrebenensystemen analysiert werden sollen. Schmitts Einwände können bezogen auf diese weitgehend verrechtlichten Verhältnisse dazu dienen, eine stärker realistisch orientierte Sicht auf die tatsächlichen Voraussetzungen zu entwickeln und das Politische, sowohl als Zuschreiben von Verantwortung als auch als Ergreifen von Möglichkeiten, als theoretischen Ort offen zu halten.

Anschrift des Verfassers
Detlef von Daniels
Humanities Center at Harvard
12 Quincy Street
Cambridge, MA 0238

65 Die Umgestaltung des Hochschulsystems durch den Bologna-Prozess bietet Anschauungsmaterial für misslungene politische Gestaltung.