

HANS KELSEN

Wer soll der Hüter der Verfassung sein?

2. Auflage

Herausgegeben von
ROBERT CHR. VAN OOYEN

Mohr Siebeck

Hans Kelsen
Wer soll der Hüter der Verfassung sein?



Hans Kelsen

Wer soll der Hüter der Verfassung sein?

Abhandlungen zur Theorie der
Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen,
parlamentarischen Demokratie

herausgegeben, mit einer Einleitung und
einem Nachtrag zur Kelsen-Rezeption versehen von

Robert Chr. van Ooyen

2., um einen Nachtrag
erweiterte Auflage

Mohr Siebeck

Robert Chr. van Ooyen, Prof. Dr. phil., Studium in Duisburg, Wien, Basel und Bonn, lehrt Staats- und Gesellschaftswissenschaften an der Hochschule des Bundes, ist Honorarprofessor für Politikwissenschaft an der TU Dresden und Mitglied der Redaktion von Recht und Politik (RuP), Berlin.

1. Auflage 2008
2., um ein Nachtrag erweiterte Auflage 2019

ISBN 978-3-16-158978-2 / eISBN 978-3-16-158979-9

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigungen, Übersetzungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Robert Chr. van Ooyen

Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den ‚Hüter der Verfassung‘	VII
---	-----

Hans Kelsen

Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit	1
Wer soll der Hüter der Verfassung sein?	58

Robert Chr. van Ooyen

Neuere Forschung und Rezeption zu einer langjährigen persona non grata der (bundes)deutschen Staatsrechtslehre . .	107
--	-----

Auswahlbibliographie	119
--------------------------------	-----

Abkürzungen	127
-----------------------	-----

Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den ‚Hüter der Verfassung‘

Robert Chr. van Ooyen

Die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“ spitzte sich mit der Wiener Tagung der Staatsrechtslehrer von 1928 zu, bei der der Berliner Staatsrechtler Heinrich Triepel und Hans Kelsen als Berichterstatter zum Thema „Staatsgerichtsbarkeit“ auftraten. Triepel eröffnete das Thema mit einer ambivalenten Haltung zur „Staatsgerichtsbarkeit“, die repräsentativ für die tradierte deutsche Staatslehre war: Er lehnte zwar im Gegensatz zu Carl Schmitt als *Staatsrechtler* die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht völlig ab, doch als „*Staatsrechtler*“ befürwortete er sie auch nicht vorbehaltlos. In seinem Verständnis von Staat, Politik und Recht bleibt ein Rest von „hoher“, „schöpferischer“, „irrationaler“ Politik, sodass das „Wesen der Verfassung... bis zu gewissem Grade mit dem Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Widerspruch (steht)“¹. Wahre, weil souveräne Politik ist damit der Justiziabilität entzogen. Triepels Position des rechtshegelianisch gewendeten „preußischen Etatismus“ lässt sich dabei als Inbegriff von staatstheoretischen Konzepten bestimmen, die das „Politische“ mit dem „Staatlichen“ gleichsetzten, den Begriff des Staates von Bürger und Gesellschaft losgelöst als „souveräne“ politische Einheit verstanden und damit nicht nur der rechtsstaatlichen Kontrolle, sondern vor allem auch der demokratischen Partizipation entzogen. Passend fügt sich in dieses Bild, dass er kurz zuvor in seiner Berliner Rektoratsrede vom Sommer 1927 die für weite Teile der deutschen Staatslehre typische Ablehnung der Weimarer Parteiendemokratie formuliert hatte, indem er den „Parteienstaat“ als Verfallserscheinung, als „Symptom einer Krankheit“ und „Entartung“ begriffen, schließlich die Parteien (= Partikularinteressen) mit dem Staat (= Gemeinwohl) für unvereinbar und „extrakonstitu-

¹ *Triepel*: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Bd. 5, Berlin – Leipzig 1929, S. 7 bzw. S. 8.

tionell“ erklärt hatte². Sein 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 eher hilflos gegenüberstand. Anders nun im Falle von Hans Kelsen und Carl Schmitt: Denn Kelsen richtete u. a. hiergegen die politische Theorie des demokratischen Verfassungsstaats ohne souveräne Macht, die in seiner entontologisierten „Staatslehre ohne Staat“³ gipfelte⁴; und Schmitt setzte genau deshalb dem Begriff des Staates seinen Begriff des Politischen voraus⁵, den er dann in der „Souveränität des Volkes“ als einer homogenen politischen Einheit – völkisch – totalisierte. Und vor dem Hintergrund dieser staats- und demokratietheoretischen Positionen vollzog sich der Streit um den „Hüter der Verfassung“.

Die beiden hier abgedruckten Texte Kelsens zählen daher zu den „Klassikern“ der Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Dies nicht nur, weil nach dem Weimarer Streit um das richterliche Prüfungsrecht das „Kelsen-Modell“ einer in einem eigenen Organ institutionalisierten Verfassungsgerichtsbarkeit mit starker Normenkontrollkompetenz gegenüber dem Parlament rund zwanzig Jahre später grundsätzlich auch als Vorlage für die Konzeption des deutschen Bundesverfassungsgerichts dienen sollte. Kelsen, der als Richter an dem von ihm „entworfenen“ österreichischen Verfassungsgerichtshof auch über praktische Erfahrung verfügte, legte hiermit vielmehr grundsätzlich das moderne Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit einer pluralistischen, parlamentarischen Demokratie vor, indem er insbesondere die drei Argumente überzeugend zurückwies, die bis heute in der Kritik immer wieder auftauchen – und für die zu jener Zeit vor allem sein Antipode Carl Schmitt radikal eintrat:

1. die Unvereinbarkeit von Justiz und Politik – und damit der „Verfassungsgerichtsbarkeit“ an sich,
2. die Unvereinbarkeit von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung,

² *Triepel*: Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, Berlin 1928, S. 35, 29 bzw. 36.

³ *Kelsen*: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Neudr. der 2. Aufl. 1928, Aalen 1981, S. 208.

⁴ Vgl. *Kelsen*: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Neudr. der 2. Aufl. 1928, Aalen 1981; *Kelsen*: Allgemeine Staatslehre (1925), 2. Neudr., Wien 1993.

⁵ Vgl. *Schmitt*: Der Begriff des Politischen (1932), 6. Aufl., Berlin 1996.

3. die Unvereinbarkeit von Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie.

Gegen diese Argumente des „Dezisionisten“ Schmitt positioniert Kelsen die These, dass überhaupt jeder gerichtlichen Entscheidung ein politisches Moment innewohne und dass verfassungsgerichtliche Normenkontrolle sogar eine Vertiefung der Gewaltenteilung im Sinne der Machtkontrolle durch „checks and balances“ beinhalte. Seine funktionale Betrachtungsweise erlaubt es Kelsen aber, in der theoretischen Begründung noch viel weiter vorzudringen. So kann er nicht nur zeigen, dass das Verfassungsgericht *ein* Hüter der Verfassung im Sinne der rechtsstaatlichen Sicherung des Vorrangs der Verfassung ist, sondern sich darüber hinaus gerade auch demokratietheoretisch rechtfertigen lässt – freilich unter der entscheidenden Voraussetzung, dass man Demokratie pluralistisch begreift und nicht wie Schmitt als homogene politische Einheit eines identitären „Volkswillens“.

Dass dieses Verständnis seiner gesamten normativen Staatstheorie des Staats als einer bloßen Rechtsordnung zugrundeliegt, hat Kelsen vor dem realen Hintergrund des österreichischen „Vielvölkerstaats“ rückblickend selber noch einmal hervorgehoben. Denn so gesehen ist bloß die positive Verfassung das einigende Band der pluralistischen Gesellschaft:

„Die entscheidende Frage in bezug auf das Wesen des Staates schien mir zu sein: was die Einheit in der Vielheit der diese Gemeinschaft bildenden Individuen konstituiert. Und auf diese Frage konnte ich keine andere wissenschaftlich fundierbare Antwort finden als die, dass es eine spezifische Rechtsordnung ist die diese Einheit konstituiert; ... Die These dass der Staat seinem Wesen nach eine... Rechtsordnung, dass daher der Dualismus von Staat und Recht eine Fiktion ist, die auf einer animistischen Hypostasierung der Personifikation beruht, mit deren Hilfe man die juristische Einheit des Staates darzustellen pflegt, ist ein wesentliches Element meiner Rechtslehre geworden. Es mag sein, dass ich zu dieser Anschauung nicht zuletzt dadurch gekommen bin, dass der Staat, der mir am naechsten lag und den ich aus persoenlicher Erfahrung am besten kannte, der oesterreichische Staat, offenbar nur eine Rechtseinheit war. Angesichts des oesterreichischen 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 sozialbiologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehoerigen Menschen zu gruenden versuchten, ganz offenbar als Fiktion. Insofern diese Staatstheorie ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als eine spezifisch oesterreichische Theorie gelten“⁶.

⁶ *Kelsen: Autobiographie* (1947); in: Hans Kelsen Werke, hgg. von Matthias Jestaed in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut Wien, Bd. 1, Tübingen 2007, S. 59f.

Dieser besondere Zusammenhang soll mit Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit nachfolgend kurz herausgearbeitet werden:

1. Verfassungsgerichtsbarkeit als Element pluralistischer Demokratie bei 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)“⁷. Ein Verfassungsgericht nicht als Widerspruch, sondern sogar 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. Bemerkenswert hieran ist, dass das Verfassungsgericht bei Kelsen zwar selbstverständlich ein „Hüter der Verfassung“ ist, aber gerade nicht im Verständnis der Entgegensetzung von Recht und Politik, sondern aus einem funktionalen Verständnis des Verfassungsbegriffs heraus. Weil Kelsen in der Tradition von Ferdinand Lassalle die Verfassung als Ausdruck der – komplexen und vielschichtigen – politischen Machtverhältnisse begreift, ist die Funktion der Verfassung in einer pluralistischen Gesellschaft die einer „Vereinssatzung“ des bürgerlichen Vereins „Staat“. Sie 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 machtpolitischen Kräftespiels – oder konkreter mit Blick auf die Funktionsweise des Regierungssystems formuliert: „Gemeinwohl“ ist 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. 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. Und aus dieser funktionalen Sicht der Verfassung „hütet“ das Verfassungsgericht bei Kelsen nicht eine vermeintliche politische Einheit, sondern „nur“

⁷ Merkl, Adolf: Hans Kelsen als Verfassungspolitiker. Zu seinem 50. Geburtstag, in: JurBl, 1931, S. 385.

1. dass der Gruppenprozess, d. h. vor allem das Gesetzgebungsverfahren, sich im Rahmen der vereinbarten „Spielregeln“ (d. h. der Verfassung) vollzieht, also insbesondere aus Sicht der Minderheiten nicht den vereinbarten Satzungsrahmen für Mehrheitsbeschlüsse in formeller wie materieller Hinsicht sprengt und – unmittelbar hiermit zusammenhängend aber schon die höhere Normstufe selbst betreffend –

2. dass nicht einfach überhaupt eine Änderung 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.

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 des Vorrangs der Verfassung ist, so bedeutet das aus dieser funktionalen Sicht dann nichts anderes als die Garantie der offenen Struktur einer demokratischen Gesellschaft. Und weil sich diese letztlich über die Minderheiten definiert, ist für Kelsen die Kernfunktion von Verfassungsgerichtsbarkeit der Schutz der Minderheiten als Grundbedingung einer pluralistischen Demokratie überhaupt:

„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“⁸.

⁸ Kelsen: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1929), S. 50f.; vgl. hierzu auch seine realistische Demokratietheorie, insb. *Kelsen: Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Neudruck der 2. Aufl. von 1929, Aalen 1981.

Verfassungsgerichtsbarkeit steht hier also nicht, wie häufig mit Schmittscher Diktion behauptet, im Gegensatz zur Demokratie, sondern ist so verstanden geradezu ihr spezifischer Ausdruck, ja fast schon eine *conditio sine qua non*. Und deshalb ist die häufig angeführte 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“⁹. Denn nur wenn es eine Institution gibt, die die Kompetenz hat, im Rahmen einer (sog. abstrakten) Normenkontrolle Rechtsnormen – und zwar gerade Parlamentsgesetze – mit genereller Wirkung wegen Unvereinbarkeit mit der Verfassung zu kassieren, nur also mit einem solch „negativen Gesetzgeber“ hat man ein wirksames Instrument zur Durchsetzung der Verfassung an der Hand. Daher erweist es sich als sinnvoll, die Kompetenz der Normenkontrolle auf ein besonderes, eigenständiges Verfassungsorgan zu übertragen, das gegenüber Parlament und Regierung mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet ist. 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 in diesem funktionalen Kontext der Kontrolle von Macht zunächst einmal völlig unerheblich¹⁰. 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 – ein Recht der Opposition – sein muss. Dies gilt für ihn erst recht in einem parlamentarischen Regierungssystem, das Legislativ- und Exekutivfunktionen in der Verfügungsgewalt von Parlamentsmehrheit und Regierung miteinander verschränkt:

„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,

⁹ Kelsen: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, S. 26, in der Entgegensetzung zum Parlament als dem „positiven“ Gesetzgeber.

¹⁰ Vgl. Kelsen: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), S. 65.

als die Verfassungsgerichtsbarkeit... in den parlamentarischen Demokratien notwendig in den Dienst des Minoritätenschutzes treten muß“¹¹.

Von hier aus erschließt sich also Kelsens Plädoyer für eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit als einer zentralen, wenn auch nicht alleinigen Einrichtung zur Garantie der Verfassung – und zwar der Verfassung als Rechtsbegriff:

„Staatsgerichtsbarkeit ist Verfassungs-Gerichtsbarkeit und als solche gerichtliche Garantie der Verfassung. Sie ist ein Glied in dem System rechtstechnischer Maßnahmen, die den Zweck haben, die Rechtmäßigkeit der Staatsfunktionen zu sichern“¹².

Kelsen ist sich dabei völlig bewusst, dass dem Gericht zwar eine Art „Schiedsrichterrolle“ im Interessenstreit der politischen Gruppen in Parlament und sonstigen Verfassungsorganen zukommt, es zugleich aber auch selbst – notwendigerweise – Element des politischen Prozesses als Machtkampf zur Durchsetzung von Interessen ist. Das ist nicht nur durch dessen Kompetenz als solche begründet, sondern ergibt sich bei Kelsen verstärkt aus seiner „Stufenbautheorie“, wonach jede Rechtsprechung nicht nur bloßer „juristischer“ Vollzug von Rechtsnormen wie bei einem „Rechtsautomaten“ ist, sondern immer auch notwendig „politische“ Rechtsschöpfung, gerade die Verfassungsrechtsprechung also auch immer (Verfassungs-)Rechtsschöpfung und damit politische Entscheidungskompetenz beinhalten muss. Ohne Zweifel ist das Verfassungsgericht daher ein „politisches“ Organ, auf das Interessen einwirken und das zugleich über seine erhebliche Kompetenz der Normenkontrolle als „negativer Gesetzgeber“ selbst solche Interessen formuliert, also Macht ausübt. Denn eine über den politischen Partialinteressen entrückt stehende, „reine“ 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 gilt vielmehr, ganz bewusst aus dieser vermeintlichen „Not“ eine „Tugend“ zu machen. Die politischen Faktoren sind daher offen mit einzubeziehen, statt sie hinter juristischer Scheinobjektivität zu camouflieren. Schon Kelsen plädiert daher für die Bestel-

¹¹ *Kelsen: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, S. 45.

¹² *Ebd.*, S. 1.

lung und Zusammensetzung des Gerichts aus (partei)pluralistischer Sicht mittels parlamentarischer Wahl¹³.

2. Hieraus erschließt sich überhaupt erst ein richtiges Verständnis von 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 konstitutionellen Begriff der „Gewaltenteilung“ ein verkürztes Verständnis zugrunde liegt, das seiner ideologiekritischen Beurteilung zufolge dem Monarchen im Kampf gegen die Demokratisierung die Exekutivgewalt als „eine vom Parlament unabhängige Stellung“, als „ein Refugium sichern“ sollte¹⁴. Die Funktion der Gewaltenteilung, durch Verhinderung von Machtmissbrauch die Freiheit zu sichern, zielt daher gerade nicht auf eine vollständige, dogmatische „Trennung“, sondern impliziert eine Kontrolle durch „Teilung“ von Macht im Sinne von „Gewaltenverschränkung“ als einem ausbalancierten 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“¹⁵.

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.

¹³ Vgl. *Kelsen*: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 27.

Von hier ergäbe sich dann der nächste Schritt einer öffentlichen Anhörung bei der Nominierung etwa durch „hearings“, sodass die Kandidaten/innen – der Funktionsweise einer pluralistischen Demokratie entsprechend – ihr verfassungspolitisches Vorverständnis offenlegen müssten.

Ebenfalls ließe sich angesichts der herausragenden politischen Dimension der Verfassungsgerichtsbarkeit aus demokratischer Sicht die Forderung nach Öffentlichkeit der Urteilsberatung erheben, die *Kelsen* tatsächlich schon in seinem Vortrag andachte (vgl. ebd., S. 46).

¹⁴ *Kelsen*: Allgemeine Staatslehre, S. 258 f.

¹⁵ *Kelsen*: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 25.

In diesem allgemeinen Funktionsverständnis kann die „Gewaltenteilung“ als moderne Entsprechung der schon seit der Antike diskutierten Lehre der „gemischten Verfassung“ zur Mäßigung von Macht verstanden werden. Auch Kelsen sieht hierin die eigentliche Intention:

„Die Forderung, die gesetzgebende, vollziehende ... und richterliche Gewalt auf von einander grundsätzlich unabhängige Organe zu verteilen, entspringt bei ihrem Urheber (MONTESQUIEU) dem Prinzip politischer Mäßigung, der Tendenz, ... insbesondere in der Politik den goldenen Mittelweg und sohin zwischen extremer Autokratie und extremer Demokratie einen vermittelnden Ausgleich zu suchen“¹⁶.

Und hieraus erklärt sich für Kelsen auch die Stellung des Verfassungsgerichts im politischen Prozess: Es ist für ihn gar nicht der „Hüter“ der Verfassung. Sowenig in einer pluralistischen Struktur der Gesellschaft ein „Souverän“ existiert, so wenig kann 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 Verfassung, der sich die Macht und damit auch diese Funktion 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.

2. Kelsens Kritik an 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 voraussetzt¹⁷. Denn dieser „hütet“ die „Demokratie“ im Sinne einer homogenen Einheit des „Volkes“ – und zwar als „Freund-Feind-Entscheidung“. Damit scheidet ein Ge-

¹⁶ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 256.

¹⁷ Vgl. insgesamt Schmitt: Verfassungslehre (1928), 8. Aufl., Berlin 1993. Das Politische, bestimmt durch „Freund-Feind“, geht dabei allem anderen voraus.

richt, 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 Parteiendemokratie 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 Parteienstaat“¹⁸, in der Einheit der Person schon die politische Einheit symbolisierend und plebiszitär legitimiert. Gegen die von Kelsen auf der Staatsrechtslehrertagung von 1928 vorgetragene Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit kritisiert Schmitt vor dem Hintergrund seiner politischen Theorie so die „Neutralisierungen“ der Substanz der politischen Einheit durch die pluralistischen „Wucherer“¹⁹:

„... 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“²⁰.

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 selbständige politische Größen einander gegenüber, und was es als Einheit gibt, ist nur das Resultat eines ... kündbaren Bündnisses“²¹.

Daraus folgt für Schmitt gegen Kelsen die Unvereinbarkeit von Verfassung und Gerichtsbarkeit, von Politik und Recht, Gesetzgebung und Justiz:

„Solange ein Staat politische Einheit ist und nicht nur ein Kompromiß inner- oder gar außenpolitischer Faktoren, wird die Verfassung Staatsverfassung und nicht nur Gerichtsverfassung sein. Eine hemmungslöse Expansion der Justiz würde nicht etwa den Staat in Gerichtsbarkeit, sondern umgekehrt die Gerichte

¹⁸ Schmitt: *Der Hüter der Verfassung* (1931), 4. Aufl., Berlin 1996, Überschrift zu Kap. III 2; vgl. auch: *Legalität und Legitimität* (1932), 5. Aufl., Berlin 1993, S. 85 ff.

¹⁹ Schmitt: *Staatsethik und pluralistischer Staat* (1930); in: Ders.: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939*, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 164.

²⁰ Schmitt: *Der Hüter der Verfassung*, S. 63.

²¹ Schmitt: *Staatsethik und pluralistischer Staat*, S. 164.