

## 9. Übervater Schmitt – Hüter der Demokratie?

Die Dämme sind gebrochen: Mit der Tagung in Speyer 1986, deren Vorträge und Diskussionsbeiträge unter der Titel *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*<sup>1</sup> erschienen sind und dann erst recht nach der Wiedervereinigung. Eine Flut von Literatur über Carl Schmitt ergießt sich in die Spalten der Zeitungen und Zeitschriften und läßt Zahl und Umfang der Monographien<sup>2</sup> ansteigen.<sup>3</sup> Normalität ist wieder hergestellt in der Bundesrepublik Deutschland, die von ihrer politischen Klasse und

- 1 H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin 1988, s. dazu die Besprechungen von: H. Hofmann, Was ist uns Carl Schmitt?, in: H. Maier (Hrsg.), *Politik, Philosophie, Praxis*, Festschrift für W. Hennis zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1988, S. 545 ff.; M. Stolleis, Die Jünger am Grabe, in: *Rechtshist. Journ.* 1987, S. 247 ff.; P. Römer, Tod und Verklärung des Carl Schmitt, in diesem Band, S. 126 ff.
- 2 Eine kritische Übersicht über neuere Literatur zu Schmitt bei: H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 2. Aufl., Berlin 1992, Vorbemerkung zur Neuausgabe, S. I–XXVIII; s. auch das Literaturverzeichnis bei: D. van Laak, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Berlin 1993, S. 304 ff.; an neuester Literatur sei hingewiesen auf: H. Becker, *Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas*, Berlin 1994; H. Meier, *Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie*, Stuttgart/Weimar 1994; H.-G. Flickinger (Hrsg.), *Die Autonomie des Politischen. Carl Schmitts Kampf um einen beschädigten Begriff*, Weinheim 1990; M. Eichhorn, *Es wird regiert! Der Staat im Denken Karl Barths und Carl Schmitts in den Jahren 1919 bis 1938*, Berlin 1994; G. Meuter, *Der Katechon. Zu Carl Schmitts fundamentalistischer Kritik der Zeit*, Berlin 1994; M. Schmoeckel, *Die Großraumtheorie. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten Reich, insbesondere der Kriegszeit*, Berlin 1994; C. Schmitt, *Das internationale Verbrechen des Angriffskriegs und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“*, hrsg., mit Anmerkungen und einem Nachwort versehen von H. Quaritsch, Berlin 1994; P. Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Berlin 1993; kritisch dazu; B. Rütters, Wer war Carl Schmitt? Bausteine zu einer Biographie, in: *NJW* 1994, S. 1681 ff.
- 3 W. v. Simons vor sechs Jahren aufgestellte These, von Carl Schmitt sei, wie man sagen könne, in letzter Zeit eine „vollständige“ Bestandsaufnahme gemacht worden, hat sich nicht bewahrheitet, vgl. ders., Carl Schmitt und der Staat unserer Tage, in: *AöR* 1989, s. S. 185 ff., S. 185.

ihren führenden Kräften intensiv darauf vorbereitet wird, ihre Rolle als politische Großmacht zu spielen und ihre Bundeswehr für den weltweiten Einsatz zu rüsten. Die Bundesrepublik Deutschland ist wieder wer und mit ihr Carl Schmitt.

Nur wenige haben da noch den Mut, von einem „so unverständlich überschätzten Carl Schmitt“ zu sprechen.<sup>4</sup>

Überschätzt wird Schmitt gewiß und dies nicht nur, wenn er als Klassiker des politischen Denkens in eine Reihe mit Bodin oder Hobbes gestellt wird, sondern auch, wenn man ihn mit anderen Staatsrechtslehrern dieses Jahrhunderts vergleicht, insbesondere mit Hans Kelsen.

Unverständlich ist die Überschätzung Schmitts jedoch keineswegs. Auf die Frage: „Why Carl Schmitt?“ gibt Bernhard Schlink eine richtige (Teil)Antwort; nach jahrzehntelanger Verdrängung versuche die juristische Kultur der Bundesrepublik nunmehr, „das Dritte Reich als Bestandteil ihrer Geschichte wahrzunehmen und anzuerkennen“.<sup>5</sup> Zu berücksichtigen ist auch, daß die Beschäftigung mit Schmitt immer mehr die Gestalt eines autopoietischen, sich selbst reproduzierenden Systems annimmt, das sich selbst als sinnvoll voraussetzt, um mit weiteren Operationen seine eigene Reproduktion in der Zeit betreiben zu können und das sich dabei selbstgenügsam operativ schließt. Mit anderen Worten: Schmitt-Literatur erzeugt Schmitt-Literatur und nimmt andere Autoren, wie z. B. Smend, Heller, Anschütz, Thoma und vor allem Kelsen nicht oder nur marginal zur Kenntnis. Dabei kommt der Renaissance Carl Schmitts gewiß auch entgegen, daß die Aussagen Schmitts von „schneidiger Entschiedenheit sind“, Widerspruch nicht dulden, Begründungen nicht in rationaler Auseinandersetzungen mit anderen Theorien entwickeln, sondern gleichsam mit „knallenden Stiefeln“<sup>6</sup> die ideologische Front abschreiten. Das imponiert offensichtlich einigen.

Ist es deshalb aber gerechtfertigt, mit Schlink anzunehmen, Carl Schmitt sei kein Autor, „dessen Theorien gegenwärtig von Relevanz sind, weitergedacht und angewandt werden“?<sup>7</sup> Dies wohl doch nicht. Von Schmitt geprägte Begriffe wie z. B. Nation, Volk und völkische

4 W. Hennis, Ein einzig Volk von Zuschauern, in: FAZ, 24.2.1995, Nr. 47, S. 39.

5 B. Schlink, Why Carl Schmitt?, in: *Rechtshist. Journ.* 1991, S. 160 ff., S. 175.

6 B. Schlink, Why Carl Schmitt?, S. 167.

7 B. Schlink, Why Carl Schmitt?, S. 167.

Homogenität, Ernstfall, Großraum mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte und von Schmitt vorgestanzte Kritikmuster an Parlament und Parteien, am Pluralismus und an politischen Kompromissen gewinnen immer mehr an Bedeutung in der wissenschaftlichen und politischen Publizistik.

Es ist offensichtlich, daß es in der Wissenschaft und in der politischen Öffentlichkeit eine mit Intensität, Geschick und Macht verfolgte Strategie gibt, die Begriffe nach dem Vorbild von Schmitt zu besetzen und seine politischen Positionen zu rechtfertigen – und dies nicht nur innerhalb von sich selbst als rechts verstehenden Kräften. Die Auseinandersetzung mit ihm ist deshalb unumgänglich.

Obwohl keine der politischen Schriften Schmitts die Geschlossenheit der *Verfassungslehre* erreicht hat, bilden die rechtswissenschaftlichen, insbesondere die verfassungstheoretischen und verfassungsdogmatischen Schriften Schmitts nicht den Mittelpunkt des Interesses. Die Begriffsbildung im öffentlichen Recht und insbesondere im Verfassungsrecht hat Schmitt dennoch nachhaltig mit geprägt. Erst neuerdings wird auch untersucht, ob und in welchem Umfang er die inhaltliche Gestaltung des Grundgesetzes beeinflußt hat.

Gefragt wird, ob er als „Vater der Verfassungsväter“ – und also auch der vier Verfassungsmütter des Parlamentarischen Rats – angesehen werden könne.<sup>8</sup> Insbesondere die sogenannte „Ewigkeitsgarantie“, durch die der Kernbestand des Grundgesetzes vor jeder Verfassungsänderung geschützt werden soll, wird auf Schmitt zurückgeführt und als sein positiver Beitrag zur Ausgestaltung des Grundgesetzes angesehen.

8 Vgl.: H. Lietzmann, Vater der Verfassungsväter? – Carl Schmitt und die Verfassungsgründung in der Bundesrepublik Deutschland, in: K. Hansen/H. Lietzmann (Hrsg.), *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, Opladen 1988, S. 107 ff.; U. K. Preuß, Vater der Verfassungsväter? Carl Schmitts *Verfassungslehre* und die verfassungspolitische Diskussion der Gegenwart, in: *Politisches Denken*, Jahrbuch 1993, S. 117 ff.; D. van Laak, *Gespräche*, S. 157 ff.; R. Mußgnug, Carl Schmitts verfassungsrechtliches Werk und sein Fortwirken im Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: *Complexio*, S. 517 ff.; E.-W. Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: *Complexio*, S. 283 ff. Chr. Müller, Das Freund/Feind-Theorem. Carl Schmitts Fortwirkungen im Verfassungsdenken der Bundesrepublik Deutschland, in: R. Eisfeld/I. Müller (Hrsg.), *Gegen Barbarei*, Essays Robert W. Kempner zu Ehren, Frankfurt a.M. 1989, S. 153 ff.; I. Staff, *Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts – Ein Beitrag zur Carl-Schmitt-Rezeption*, Baden-Baden 1991.

Es ist vor allem die Ewigkeitsgarantie, Art. 79 Abs. 3 GG mit der das Urteil gerechtfertigt wird, das Grundgesetz sei mit Abstand die beste Verfassung, die Deutschland je gehabt habe, und seine Eignung begründet wird, Vorbild für die Verfassungen anderer Demokratien zu sein.

Die Ewigkeitsgarantie ermöglicht, Verfassungsfeinde und Verfassungsfreunde voneinander zu unterscheiden, die verfassungsfeindliche Gesinnung durch Berufsverbote<sup>9</sup> zu diskriminieren und politische Parteien zu verbieten, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgen. Denn was Ergebnis einer legalen Verfassungsänderung sein kann, darf notwendigerweise auch politisch angestrebt werden und nur die Mittel, mit denen dieses Ziel verfolgt wird – insbesondere also gewaltsame –, können den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit begründen. Die militante, abwehrbereite, kämpferische Demokratie stellt demgegenüber auf das Ziel, das verfolgt wird, ab.

Die Ewigkeitsgarantie bestimmt somit zugleich auch Inhalt und *rechtlich zulässige* Betätigungsformen der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes und damit der Volkssouveränität insgesamt.

Angesichts der Bedeutung dieser Ewigkeitsgarantie stellt sich nicht nur die Frage, ob diese Garantie auf Schmitt zurückgeht, sondern vor allem die, wie er begründete, daß die Weimarer Reichsverfassung eine solche Garantie enthalte; der Verfassungstext nämlich enthielt keinen Anhaltspunkt dafür, einen Kernbestand als Verfassungssubstanz und „Baugesetz der Verfassung“<sup>10</sup> einer Änderung zu entziehen. Die Änderung der Verfassung war durch den Text der Verfassung keinerlei Beschränkungen unterworfen.

Die Gesetzgebungsmaterialien zum Grundgesetz geben keine Hinweise auf Schmitt; das ist jedoch angesichts seiner Rolle im Nationalsozialismus<sup>11</sup> nicht verwunderlich. Man kann aber wegen der Bekannt-

9 Vgl. dazu: P. Römer, Kritik der „Berufsverbote“ in der BRD, in Band 3 der vorliegenden Beiträge, ders., *Im Namen des Grundgesetzes. Eine Streitschrift für die Demokratie*, Hamburg 1989, S. 59 ff.

10 Vgl. Zu diesem Begriff: A. J. Noll, *Verfassungsgebung und Verfassungsgericht. Ein Essay zur rechtspolitischen Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien/New York 1994.

11 Vgl. dazu: B. Rütters, *Carl Schmitt im Dritten Reich. Wissenschaft als Zeitgeist-Verstärkung*, München 1989, ders., *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2. Aufl., München 1989; kritisch dazu: M. Stolleis, *Lehren aus der Rechtsgeschichte? Zur Auseinandersetzung mit den Thesen Bernd Rütters*, in: R.

heit Schmitts und wegen der in Weimar breit geführten Diskussion über die Grenzen der Verfassungsänderung davon ausgehen, daß den Mitgliedern des Parlamentarischen Rats, jedenfalls soweit sie juristisch vorgebildet waren, die Position Schmitts bekannt war. Da aber andere Autoren ebenfalls für Grenzen der Verfassungsänderung eintraten, läßt sich nicht feststellen, inwieweit gerade Schmitt die Urheberschaft für Art. 79 Abs. 3 GG zukommt.

Die Argumente, mit denen Schmitt die Grenzen der Änderung der Weimarer Verfassung begründete, sind aber, wie u. a. die Debatte über die Ablösung des Grundgesetzes im Zusammenhang mit der Vereinigung zeigt, weiterhin von wissenschaftlicher und vor allem von politischer Relevanz und damit noch immer diskussionswürdig.

Die Begründungen für seine Theorie in der *Verfassungslehre* waren, der Zielsetzung dieser Arbeit entsprechend, ausschließlich verfassungstheoretischer, nicht verfassungsdogmatischer Natur. Für jede Verfassung sollte es Grenzen ihrer Änderung geben. Deshalb bleiben die Thesen Schmitts unabhängig von der Positivierung der Grenzen der Verfassungsänderung in Art. 79 Abs. 3 GG von Bedeutung.

„Ein Begriff von Verfassung ist nur möglich, wenn Verfassung und Verfassungsgesetz unterschieden werden.“<sup>12</sup> Mit dieser für Schmitt typischen apodiktischen Feststellung führt er eine Unterscheidung ein, die grundlegend für das System seiner Verfassungslehre ist. „Für die Verfassungslehre ist die Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz vielmehr der Anfang jeder weiteren Erörterung.“<sup>13</sup> Dieser positive Verfassungsbegriff, auch als Verfassung im positiven Sinne<sup>14</sup> bezeichnet, dieser „Grundbegriff der Verfassungslehre“<sup>15</sup> wird polemisch der Verfassung im Sinne eines Gesetzes, in schriftlicher Form in einer Verfassungsurkunde aufgezeichnet und in der Regel erschwert abänderbar, entgegengesetzt. Die Verfassung, durch die einmalige Entscheidung der verfassungsgebenden Gewalt erzeugt, „konstituiert Form und Art der po-

Eisfeld/I. Müller (Hrsg.), *Gegen Barbarei*, Frankfurt a.M. 1989, S. 385 ff.; P. Römer, Tod und Verklärung, im vorliegenden Band.

12 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München/Berlin 1928, hier zitiert nach dem unveränderten Neudruck 1957, S. 20.

13 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 21.

14 Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 20, 21.

15 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 21.

litischen Einheit“, enthält die „bewußte Bestimmung der besonderen Gesamtgestalt, für welche die politische Einheit sich entscheidet.“<sup>16</sup> Die Verfassungsgesetze gelten erst auf Grund der Verfassung und setzen diese voraus, weil das „Wesen der Verfassung nicht in einem Gesetz oder einer Norm enthalten ist.“<sup>17</sup> Alle normativen Regelungen sind nach Schmitt sekundär gegenüber der existentiellen Entscheidung über die Art und die Form der politischen Einheit.

Der Verfassung im positiven Sinn kommt nicht nur bei der Festlegung der Schranken der Verfassungsänderung Bedeutung zu, sondern auch für die Regelung des Ausnahmezustandes: Die Verfassung ist unantastbar, das Verfassungsgesetz aber kann suspendiert und durchbrochen werden.<sup>18</sup> Ferner gilt, daß die „echten“ Grundrechte im Sinne Schmitts als Bestandteile der Verfassung im positiven Sinn auch durch verfassungsänderndes Gesetz nicht vernichtet werden dürfen.<sup>19</sup>

Der Begriff der Verfassungsstreitigkeit betrifft ebenfalls nicht jede Norm des Verfassungsgesetzes, sondern bezieht sich ebenso wie der Verfassungseid nur auf die Verfassung, also auf die grundlegende politische Entscheidung.<sup>20</sup> Höchst bedeutsam angesichts der politischen Kämpfe in Weimar ist die Behauptung Schmitts, der Hochverrat sei ein Angriff auf die Verfassung, nicht auf das Verfassungsgesetz.<sup>21</sup>

Der Kern der Verfassung, ihre Substanz, kann aus dem Verfassungsgesetz nicht erschlossen werden; die Verfassungssubstanz liegt dem Verfassungsgesetz voraus. Gerade jene Bestimmungen des Verfassungsgesetzes, die zugleich Aussagen über die Verfassung im positiven Sinne enthalten, werden von Schmitt aus dem Begriff des Verfassungsgesetzes

16 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 21.

17 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 23, vgl. auch S. 22.

18 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 26.

19 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 27.

20 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 27.

21 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 28; in bezug auf Art. 178 Abs. 2 WRV, wonach der Vertrag von Versailles in seinen Bestimmungen durch die Verfassung nicht berührt werde, schreibt Schmitt, a.a.O., S. 72: „Eine rein völkerrechtliche Pflicht gehört nicht zur Verfassung im positiven Sinne. Ein auf ihre Beseitigung gerichtetes Unternehmen ist infolgedessen auch niemals Hochverrat im Sinne strafrechtlicher Normen; die Berufung auf eine völkerrechtliche Pflicht des Staates kann keinen Landesverrat rechtfertigen, eine völkerrechtliche Pflicht wird nicht durch den Beamteneid beschworen.“ Vgl. auch a.a.O., S. 121, wo diese Ergebnis damit begründet wird, daß vor jeder Norm die konkrete Existenz des politisch geeinten Volkes stehe.

herausgenommen. Sätze wie „die Staatsgewalt geht vom Volk aus“ oder „das Deutsche Reich ist eine Republik“ seien „überhaupt keine Gesetze und infolgedessen auch keine Verfassungsgesetze.“<sup>22</sup>

Mit seiner Bestimmung der Verfassung im positiven Sinne als einmalige Entscheidung, die das Ganze der politischen Einheit betrifft,<sup>23</sup> wendet sich Schmitt einerseits antipositivistisch gegen die ganze herrschende Lehre, die in der Verfassung eine Summe – oder ein System – von Rechtsnormen, die nach Form oder Inhalt besonders qualifiziert sind, erblickt. Andererseits bezieht er sich aber nicht auf Begründungsmuster, die bereits in der Weimarer Zeit entwickelt wurden, um die Existenz einer unveränderbaren Verfassungssubstanz zu begründen. Er geht nicht von naturrechtlichen Normen oder von unwandelbaren Werten aus, an denen sich das positive Verfassungsrecht messen lassen müsse; ebenso wenig akzeptiert er die Vorgabe eines historisch geprägten Verfassungs- und Rechtsstaates oder der Bürger- und Menschenrechte.

Die Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz ist allgemein und betrifft das Verhältnis von verfassungsgesetzlicher Normierung und grundlegender politischer Entscheidung. Sie ist nicht an bestimmte Verfassungstypen gebunden.

Der Traum des Naturrechts wird von Schmitt also nicht geträumt, die Legitimität der Verfassung – im positiven Sinn – von Weimar wird nicht nur nicht in Frage gestellt, sondern begründet, weil, was „als politische Größe existiert, ist, juristisch betrachtet, wert, daß es existiert.“<sup>24</sup>

Inhalt der Weimarer Verfassung als positive Verfassung betrachtet, Inhalt der politischen Gesamtentscheidung also, ist nach Schmitt die Entscheidung für die Republik, für den Bundesstaat sowie „für die parlamentarisch-repräsentative Form der Gesetzgebung und Regierung; schließlich die Entscheidung für den bürgerlichen Rechtsstaat mit seinen Prinzipien: Grundrechte und Gewaltenunterscheidung.“<sup>25</sup>

War Schmitt also nicht doch der Hüter der Demokratie, der Wahrer der Weimarer Verfassungssubstanz? Muß das Fragezeichen der Überschrift dieses Beitrags nicht in ein Ausrufungszeichen verwandelt wer-

22 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 24.

23 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 21.

24 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 22.

25 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 24.

den? War also, um nur ein Beispiel zu nennen, der Zentrumsrepublikaner Prälat Kaas wirklich so blind und ignorant, wenn er sich gegen die „das gesamte Staatsrecht relativierenden Grundtendenzen von Carl Schmitt“ wandte, wie Helmut Quaritsch meint, der behauptet, Kaas habe Schmitt „diffamiert“, weil dieser abgewehrt habe, daß parlamentarische Mehrheiten Zugriff auf verfassungsrechtliche Grundentscheidungen bekämen?<sup>26</sup>

Die Beantwortung dieser Fragen hängt u. a. davon ab, ob die politische Grundentscheidung in Weimar wirklich den von Schmitt behaupteten Inhalt hatte.

Schmitt behauptet, die fundamentale Entscheidung sei für den bürgerlichen Rechtsstaat gefallen, nur scheinbar sei die Alternative bürgerliche oder sozialistische Gesellschaftsordnung durch einen Kompromiß erledigt worden,<sup>27</sup> denn die „Entscheidung mußte für den bisherigen sozialen status quo, d. h. für die Beibehaltung der bürgerlichen Gesellschaftsordnung fallen, schon deshalb, weil die andere Entscheidung, eine konsequent durchgeführte sozialistische Revolution nach Art einer Sowjetverfassung, auch von den Sozialdemokraten ausdrücklich abgelehnt wurde.“<sup>28</sup> Die politische Alternative: Räterepublik mit Diktatur des Proletariats oder liberaler Rechtsstaat mit demokratischer Staatsform sei jedenfalls klar entschieden worden.<sup>29</sup> Auf historische Einzelheiten geht Schmitt nicht ein; ungeachtet der Tragweite seiner Aussagen beschränkt er sich auf wenige, apodiktische Aussagen. Es sind Feststellungen, die auch von Rosa Luxemburg und Karl Liebknecht nicht in Frage gestellt worden wären – aber als ausschließlich politische, die Entwicklung oder den Abbruch des revolutionären Prozesses betreffende Erkenntnisse. Sie waren illusionslos und erkannten früh, wo die Weichen gestellt wurden zur Bewahrung des status quo.

Es ist Aufgabe der Historiker zu untersuchen, wann und durch welche konkreten Ereignisse es welchen Kräften in welchen Formen des Zusammenspiels und begleitet von welchen Prozessen der Selbsttäuschung und der Fremdtäuschung auch immer, gelungen war, die Revolution, die Ebert bekanntlich wie die Sünde gehaßt hatte, zu beenden.

26 Vgl. H. Quaritsch, *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, Berlin 1989, S. 45, 46.

27 Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 30.

28 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 31.

29 Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 36.



Sicher kam dem Beschluß des Rats der Volksbeauftragten, durch allgemeine Wahlen eine Nationalversammlung einzuberufen, die auch mit der Ausarbeitung einer Verfassung betraut sein sollte, besondere Bedeutung zu. Aber jene existentielle, einmalige, grundlegende Entscheidung des Volkes über seine konkrete politische Existenzform wird man schwerlich darin erblicken können.<sup>30</sup> Dies schon deshalb nicht, weil das Volk selbst an dieser Entscheidung nicht unmittelbar beteiligt war.

Außerdem waren der Nationalversammlung keine inhaltlichen Vorgaben gemacht worden. Rechtlich gesehen hätte sie durchaus ein Räte-system oder wieder die Monarchie einführen können, politisch allerdings wohl kaum, denn mit der Einberufung der Nationalversammlung und mit dem Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt kam nur noch eine demokratisch-parlamentarische Staatsform in Betracht. Dennoch muß festgehalten werden, daß die Nationalversammlung keinen konkreten Auftrag hatte und ohne vorherige programmatische Festlegung arbeitete.<sup>31</sup> Sie selbst aber konnte, gerade nach dem Verfassungsverständnis von Schmitt, nicht die Kraft sein, die existentielle Grundentscheidungen hätte treffen können. Ihre Aufgabe war „nur“ die Ausarbeitung eines Verfassungsgesetzes – und diese Aufgabe war noch nicht einmal ihre einzige.

Die Revolution hatte sich in der Abschaffung der Monarchie erschöpft, einem negativen Akt. Danach gab es – von einigen Rückzugskämpfen der Linken abgesehen – nur noch Parteikämpfe, Wahlen, Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, Gesetzgebung und schließlich Verfassungsgesetzgebung. Von einer grundlegenden Entscheidung des Volkes als Trägers der verfassungsgebenden Gewalt nirgends eine Spur.

Entgegen Schmitt ist daran festzuhalten: Die politische Gestalt der Republik wurde geprägt durch die Reichsverfassung, war ausschließlich das Werk der Nationalversammlung. Einmal einberufen, war sie der Ort, wo die politischen Entscheidungen, die jeder Normierung vorausgehen, getroffen wurden.

30 Vgl. auch H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, S. 135.

31 Vgl. H. v. Wedel, *Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung*, Berlin 1976, S. 177; W. Jellinek, Die Nationalversammlung und ihr Werk, in: G. Anschütz/R. Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen 1930, S. 121 ff.

Die Reichsverfassung sah, das war unstrittig, Grenzen der Verfassungsänderung nicht vor. Das war konsequent und eigentlich selbstverständlich. Die Nationalversammlung war zugleich ein arbeitendes Parlament. Die Verfassungsgebung wurde keineswegs als Hauptaufgabe angesehen; Wirtschaftsfragen und der Abschluß des Friedensvertrags bildeten Kernpunkte der Arbeit und die Verfassungsgebung wurde lediglich in einem der acht Ausschüsse der Nationalversammlung behandelt.<sup>32</sup> Berücksichtigt man ferner, daß die Verfassung nicht dem Volk zur Beschlußfassung vorgelegt wurde, so wäre es doch allzu vermessen und mit demokratischen Traditionen schwerlich vereinbar erschienen, Ewigkeitsgarantien, insbesondere für die kapitalistische Wirtschaftsordnung auszusprechen. Das hätte sowohl die revolutionären als auch die reformerischen Kräfte, die beide das Ziel einer grundlegenden Umgestaltung der gesellschaftlichen und staatlichen Verhältnisse noch nicht aufgegeben hatten, aktiviert. Das mußte insbesondere die Sozialdemokratie fürchten, denn sie hatte stets behauptet, mit der Entscheidung zur Einberufung der Nationalversammlung sei nicht auch zugleich die Entscheidung getroffen worden, die Möglichkeit der legalen Umwälzung der Verhältnisse auszuschließen.

Schmitt versuchte deshalb klugerweise auch gar nicht erst, die Verfassung im positiven Sinne in der Nationalversammlung zu verorten. Der Akt der Einberufung der Nationalversammlung selbst und die damit verbundene faktische Beendigung des revolutionären Prozesses genügten ihm, um die Behauptung aufzustellen, alle staatliche Gewalt und auch die verfassungsgebende Nationalversammlung sei nunmehr an die Entscheidung für den bürgerlichen Rechtsstaat gebunden.

Die Bindung aller künftigen Generationen an die angeblich einmal getroffene politische Grundentscheidung, also an die Verfassung im positiven Sinne, ist von so großer Bedeutung, daß der Frage besonderes Gewicht zukommt, was denn nun im einzelnen zu diesem Verfassungskernbestand gehört.

Die grundlegende existentielle Entscheidung als einmaliger Akt der politischen Formgebung kann aber per definitionem über Einzelheiten nichts aussagen. Die konkrete Ausgestaltung solcher Grundentscheidung könnte auch nur im eingehenden rationalen Diskurs geschehen, in der

32 H. v. Wedel, *Verfassungsgebung*, 178.

Demokratie also typischerweise in einem Verfassungskonvent, in einer verfassunggebenden Versammlung und innerhalb einer politischen Öffentlichkeit, die das Forum abgibt für die Artikulation von Interessen und für das Abwägen von Gründen und Gegengründen. Ein solches Verfahren der Willensbildung führt jedoch zum Erlaß eines Verfassungsgesetzes und dieses ist, wie Schmitt zu betonen nicht müde wird, zweitrangig gegenüber der Verfassung im positiven Sinne. Die Weimarer Verfassung – hier ist also das Verfassungsgesetz von Weimar gemeint – „beruht“ zwar auf der verfassunggebenden Gewalt des deutschen Volkes,<sup>33</sup> und die Legitimität der Weimarer Verfassung wird von Schmitt nicht nur nicht in Frage gestellt, sondern bekräftigt. Aber nicht alle Bestimmungen der Weimarer Verfassung sind gleichermaßen Ausdruck der ursprünglichen verfassunggebenden Gewalt des Volkes, nur der politische Wille, der imstande ist, „die konkrete Gesamtentscheidung über Art und Form der eigenen politischen Existenz zu treffen, also die Existenz der politischen Einheit im Ganzen zu bestimmen“, gilt Schmitt als verfassunggebende Gewalt.<sup>34</sup> Die Weimarer Reichsverfassung als Verfassungsgesetz war also nicht insgesamt Ausdruck und Ausformulierung des Willens der verfassunggebenden Gewalt des deutschen Volkes, sondern nur soweit sie die vorrangige konkrete Gesamtentscheidung bestätigt und konkretisiert.<sup>35</sup>

So bleibt viel Raum für die verfassungsgestaltende Kraft der Interpreten der positiven Verfassung. Und Schmitt nützt diesen durch die eigenen Begriffsunterscheidungen geschaffenen Spielraum.

Es geht ihm um den bürgerlichen Rechtsstaat, von dem er gleich zu Beginn sagte, daß er dem Schutz des gesellschaftlichen status quo diene.

33 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 60.

34 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 75.

35 Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 58, S. 59: Die „Nationalversammlung übte die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes aus und formulierte die in der politischen Entscheidung des deutschen Volkes enthaltenen Inhalte sowie die zu ihrer Ausführung notwendigen verfassungsgesetzlichen Normen. Sie war nicht Subjekt oder Träger der verfassunggebenden Gewalt, sondern nur ihr Beauftragter.“ Das folgt schon daraus, daß jedes Verfassungsgesetz „seinem Inhalt nach die ausführende Normierung des verfassunggebenden Willens“ ist. Es „steht ganz unter der Voraussetzung und auf der Grundlage der in diesem Willen enthaltenen politischen Gesamtentscheidung. Werden weitere Einzelheiten in die ‚Verfassung‘ hineingeschrieben, so hat das nur [! P. R.] eine juristisch-technische Bedeutung.“ A.a.O., S. 76.

Dieser Schutz wird gegen den Staat verwirklicht; dieser soll in die bürgerliche Freiheit, deren Kern die Freiheit des Privateigentums und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit bilden, nicht regulierend, planend, umverteilend, fürsorgend und vorsorgend eingreifen dürfen.

Die Grundidee der rechtsstaatlich umhögten bürgerlichen Freiheit konkretisiert sich in einem Verteilungsprinzip: „die Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist.“<sup>36</sup> Das zweite Grundprinzip ist die Gewaltenteilung. Schmitt bezieht sich in diesem Zusammenhang auch auf die historische Herausbildung und Entwicklung des Rechtsstaats, aber Verfassung im positiven Sinn wird der Rechtsstaat ausschließlich durch die – angebliche, wie immer hinzugefügt werden muß – Entscheidung des Volkes für die historisch gewordene Form des Rechtsstaats. Ist diese Entscheidung aber einmal gefallen, dann allerdings gelten Grundrechte und Gewaltenteilung auch, wenn dies „nicht ausdrücklich ausgesprochen oder verkündet“<sup>37</sup> worden ist.

Echte Grundrechte sind nach Schmitt nur die Rechte des Einzelnen, der aus dem unpolitischen Zustand des bloß Gesellschaftlichen nicht heraustritt. Sobald also die nur als unpolitisch gedachte Vereinigungsfreiheit die Sphäre des Privaten verlasse, könne sie auch nicht den Schutz der Freiheitsrechte beanspruchen. „Sobald die Vereinigungsfreiheit zu Koalitionen führt, d. h. zu Vereinigungen, die einander bekämpfen und mit spezifischen, sozialen Machtmitteln wie Streik und Aussperrung einander gegenüberstehen, ist der Punkt des Politischen erreicht und ein individualistisches Grund- und Freiheitsrecht infolgedessen nicht mehr vorhanden. Koalitionsrecht, Streikrecht und Stillelegungsrecht sind keine Freiheitsrechte im Sinne des liberalen Rechtsstaats.“<sup>38</sup> Generell sind im bürgerlichen Rechtsstaat Grundrechte nur die Freiheitsrechte.<sup>39</sup>

36 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 126.

37 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 128.

38 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 165.

39 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 181.

Die Absicherung des bürgerlichen Rechtsstaats<sup>40</sup> und des status quo war Schmitt perfekt gelungen. Begründet angeblich auf dem Willen des Volkes selbst, also demokratisch legitimiert, wurde er zu einem Bollwerk gegen den demokratischen Gesetzgeber aufgerüstet, für den die Grundstruktur der gegebenen, auf dem Privateigentum an den Produktionsmitteln aufbauenden, Verhältnisse unantastbar wurde.<sup>41</sup>

Vor allem aber bildete dieser bürgerliche Rechtsstaat eine unüberwindliche Schranke gegenüber der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes. Zwar wurde die verfassungsgebende Gewalt des Volkes emphatisch bejaht. „Das Volk, die Nation, bleibt der Urgrund alles politischen Geschehens, die Quelle aller Kraft, die sich in immer neuen Formen äußert, immer neue Formen und Organisationen aus sich herausstellt, selber jedoch niemals ihre politische Existenz einer endgültigen Formierung unterordnet.“<sup>42</sup> Verfassungsgesetzlich aber könne sich die verfassungsgebende Gewalt „niemals“ konstituieren.<sup>43</sup>

Es ist gewiß ebenso richtig wie banal, daß eine erfolgreiche, Anerkennung findende Revolution sich auch eine neue Verfassung schafft. Wer, wie Schmitt, auf das Faktische schaut und nicht auf überzeitliche Werte und auf das Naturrecht rekurriert, dem fällt es nicht schwer, anzuerkennen, was ohnedies geschieht. Aber einmal ausgeübt, kann das Volk seine eigene verfassungsgebende Gewalt nicht mehr *legal* betätigen. Es könne, so Schmitt, nicht ein geregeltes Verfahren geben, welches die Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt bände.<sup>44</sup> Alle verfassungsgesetzlichen Befugnisse zur Änderung der Verfassung, auch zur ihrer Totalrevision, sind prinzipiell begrenzt und stellen keine verfassungsgebende Gewalt dar, auch dann nicht, wenn das Volk selbst durch Volks-

40 E.-W. Böckenförde sieht richtig im Schmittschen Rechtsstaat angelegt die „weithin autonome bürgerliche Erwerbs- und Wirtschaftsgesellschaft“, durch die die politische Handlungseinheit des Staates im Interesse unpolitischer, individual-freiheitlicher Zielsetzungen begrenzt würden. S. *Complexio*, S. 290

41 Die Ausführungen von H. Meier über das Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie bei Schmitt, vgl. *Die Lehre Carl Schmitts*, S. 213 ff., berücksichtigen nicht genügend, daß Schmitt den Rechtsstaat mit den Grundstrukturen der bürgerlichen Wirtschaftsordnung identifiziert und deren Verteidigung während Weimar nie aufgekündigt hat.

42 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 79.

43 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 79.

44 Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 82.

entscheid entscheidet, weil es, wie jedes andere Organ auch, seine Befugnis aus dem Verfassungsgesetz ableitet.<sup>45</sup>

Warum aber soll die so gänzlich ungebundene verfassungsgebende Gewalt nicht auch das Verfahren der Verfassungsgebung regeln können, wie es tatsächlich ja auch häufig geschieht?<sup>46</sup> Faktisch können diese Normierungen zwar mißachtet werden, durch eine Revolution z. B. oder durch einen Staatsstreich. Aber das unterscheidet die Normen über die Verfassungsgebung nicht von anderen Normen.

Verfassungspolitisch und verfassungstheoretisch mag es problematisch sein, die Befugnis zur Verfassungsänderung und die zur Verfassungsablösung, Verfassungsvernichtung und Verfassungsneuschöpfung den selben Organen zuzuweisen und gleiche Verfahren dazu vorzusehen.

Aber irgendein Verfahren muß vorgesehen werden. Folgerichtig hat Sieyès,<sup>47</sup> gerade weil er strikt Verfassung- und Verfassungsänderung trennt, dem Volk das Recht zuerkannt, seine Verfassung zu erneuern und vorgeschlagen, dafür feste Zeitpunkte zu bestimmen. Insoweit erfolgt die Berufung Schmitts auf Sieyès zu Unrecht.

Die Weimarer Nationalversammlung jedoch tat gut daran, das Verfahren der Verfassungsgebung nicht ausdrücklich zu regeln, denn sie hätte sich selbst delegitimiert, hätte sie ein grundsätzlich anderes Verfahren, als sie es selbst anwandte, und ein von ihr selbst ganz verschiedenes Organ für die Verfassungsneuschaffung vorgesehen.

So war es nur konsequent und entsprach sowohl der historisch-politischen Entwicklung als auch dem überkommenem Demokratieverständnis, die Offenheit der Verfassung zu betonen, keine Grenzen der Verfassungsänderung zu statuieren<sup>48</sup> und dem Reichstag für die künftige

45 Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 98, S. 102 ff.

46 Vgl. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse, in: AöR 1987, S. 54 ff.; im Hinblick auf die Schweiz beispielsweise sagt er: S. 80: „Für unverfaßte und unverfaßbare verfassungsgebende Gewalt des Volkes ist in der Schweiz praktisch kein Raum. Sie bleibt allenfalls theoretisches, ‚sehr deutsches‘ Gedankenspiel ohne realen Hintergrund.“ Ewigkeitsgarantien kennt die Schweiz auch nicht.

47 Vgl. S. Breuer, Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyès und Carl Schmitt, in: ARSP 1984, S. 494 ff.

48 S. § 28 der Verfassung der Französischen Republik von 1793: „Dem Volke steht das Recht zu, seine Verfassung einer Untersuchung zu unterziehen, zu verbessern und zu verändern. Eine Generation kann die kommende nicht an ihre Gesetze binden.“

Neugestaltung der Verfassung ebensoviel rechtliche Freiheit einzuräumen, wie sie die Nationalversammlung besessen hatte.

Die Umformung der Weimarer Verfassung zu einer rechtlich nicht mehr einnehmbaren Trutzburg des status quo wurde nach Schmitt ergänzt durch die „Entscheidung für die Demokratie“. Das demokratische Prinzip gehörte ebenfalls zur Verfassung im positiven Sinne und somit zum unantastbaren Kernbereich. Radikaldemokratisch wird Demokratie von Schmitt sogar definiert als „Identität von Herrschern und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden.“<sup>49</sup>

Ebenso sorgsam und gründlich wie der Rechtsstaat des Besitzindividualismus zum Bollwerk gegen den Gesetzgeber und den Verfassungsgesetzgeber ausgebaut wurde, wurden nun, trotz des Bekenntnisses zur Demokratie, von Schmitt die emanzipatorischen politischen Kräfte der Demokratie destruiert, wurde das Wesen der Demokratie verfälscht und ihre Realisation in schwieriger Weimarer Zeit verächtlich und lächerlich gemacht.

Die Freiheit wurde ganz dem Rechtsstaat zugeschlagen und als Freiheit gegen den Staat ausgestaltet; Demokratie wird nicht als die freie Teilnahme aller am politischen Leben und als selbstbestimmte Erledigung der gemeinsamen Aufgaben verstanden, vielmehr soll „nur die Gleichheit als demokratisches Prinzip gelten“, und zwar als „substantielle Gleichheit“,<sup>50</sup> als Gleichartigkeit des Volkes.<sup>51</sup> Volk im Sinne der Schmittschen Demokratietheorie ist nur das wirklich versammelte Volk; nur es „kann akklamieren, d. h. durch einfachen Zuruf seine Zustimmung oder Ablehnung ausdrücken, Hoch oder Nieder rufen, einem Führer oder einem Vorschlag zujubeln.“<sup>52</sup> Die geheime Abstimmung des Volkes ist deshalb nach Schmitt keine wirkliche Volkswahl, kein wirklicher Volksentscheid. Das akklamierende oder durch Murren die

49 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 234; zu dem unterschiedlichen Inhalt und der unterschiedlichen Funktion dieser Identitätsformel bei Carl Schmitt und Wolfgang Abendroth vgl. P. Römer, *Recht und Demokratie bei Wolfgang Abendroth*, im vorliegenden Band S. 59 ff.

50 Vgl. Zu diesem Begriff eingehend: I. Maus, *Rechtsgleichheit und gesellschaftliche Differenzierung bei Carl Schmitt*, in: dieselbe, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München 1986, S. 111 ff.

51 Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 223 ff., insbesondere S. 224, 228, 234.

52 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 243.

Zustimmung verweigernde Volk, aus dem zuvor zwecks Bewahrung und Herstellung substanzieller Gleichheit die heterogenen Elemente ausgeschieden wurden: Dies ist wohl kaum ein Volk, das in freier, rationaler Selbstbestimmung seine eigenen Angelegenheiten regelt.

Die Ausübung der Gewalt des Volkes durch seine Vertreter im Parlament kann für Schmitt erst recht kein Ersatz für das unmittelbare Tätigwerden des wirklich versammelten Volkes sein. Mit seiner Kritik am Parlamentarismus und an den Parteien hat Schmitt besondere Resonanz gefunden. Er konstatiert den Wegfall der ideellen Voraussetzungen der Demokratie: Die wesentlichen Entscheidungen würden außerhalb des Parlaments getroffen; die Entscheidungen des Parlaments kämen nicht mehr durch Diskussion zustande, denn der Fraktionszwang gehöre zur Parlamentspraxis; die Öffentlichkeit sei entfallen, weil die Entscheidungen in den Ausschüssen und Parteigremien getroffen würden.<sup>53</sup>

So bleibt also von der demokratischen Willensbildung des Volkes nicht viel übrig. Schon gar nichts bringt die feierlich-hochgestimmte Erklärung, in einer Demokratie könne das Volk nicht zur Behörde und zum bloßem Staatsorgan werden, denn als Träger der verfassunggebenden Gewalt stehe es „außer und über jeder verfassungsgesetzlichen Normierung.“<sup>54</sup>

Die Feststellung, daß das Volk als wirklich vorhandene Größe wirkliche Revolutionen machen kann, ist eine nicht zu bestreitende Tatsache. Höchst problematisch und demokratieverhindernd ist aber, daraus abzuleiten, das Volk könne *nur* auf diese Weise eine von ihm selbst einmal geschaffene Verfassung durch eine andere ersetzen und die Möglichkeit, dies durch Verfassungsgesetzgebung legal und friedlich zu tun, sei ihm verwehrt, so daß zum Verfassungsfeind wird, wer dies Ziel verfolgt.

Wer die grundlegenden Aussagen Schmitts in der *Verfassungslehre* nicht analysiert oder – wie H. Lietzmann<sup>55</sup> – gar nicht erst zur Kenntnis nimmt, kann auch die Frage nicht angemessen beantworten, ob Schmitt zu den geistigen Urhebern der Ewigkeitstheorie des Grundgesetzes gehört.

53 Vgl. die zusammenfassende Kritik bei C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 318, 319.

54 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 242.

55 Vgl. H. Lietzmann, *Vater der Verfassungsväter?*, S. 107 ff.



H. Quaritsch allerdings vertritt die Meinung, in der Bundesrepublik müsse wegen des Art. 79 Abs. 3 GG nicht mehr zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz unterschieden werden, weil „das Ziel“ dieser Theorie positives Verfassungsrecht geworden sei.<sup>56</sup> Diese Theorie, das begriffliche Fundament eines der Hauptwerke Schmitts – wenn nicht sogar, wofür gute Gründe sprechen, *des* Hauptwerks –, hatte also lediglich ein rechtspolitisches Ziel; nach dessen Erreichen soll die Theorie dann vergessen werden können. Rühmt sich aber Schmitt in der Vorbemerkung zur *Verfassungslehre* von 1954 nicht, den Typus einer rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung mit einer bis auf den heutigen Tag überzeugenden Systematik entwickelt zu haben?<sup>57</sup> Soll das richtig sein, dann kann die basale Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz nicht bedeutungslos geworden sein.

Die These Quaritschs, Schmitt habe diese Unterscheidung getroffen, um ein politisches Ziel zu erreichen, sei also, so muß man dann folgern, als Wissenschaftler nicht so recht ernst zu nehmen, ist durchaus vertretbar.<sup>58</sup> Dennoch: Man muß nicht Mitglied der Schmitt-Gemeinde sein, um nicht doch, entgegen Quaritsch, sich zunächst einmal auf den Anspruch Schmitts einzulassen, die von ihm getroffene Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz, sei grundlegend für jede Verfassung, auch für solche, die Ewigkeitsgarantien enthalten.

Stellt man sich aber auf den Boden der Schmittschen Theorie, so kann Art. 79 Abs. 3 GG als verfassungsgesetzliche Bestimmung die Grundentscheidung der Verfassung im positiven Sinne nicht enthalten. Maßgebend ist allein die existentielle Grundentscheidung des Volkes und die Unterscheidung zwischen Verfassungsgesetz und Verfassung, zwischen Verfassungsänderung und Verfassungsbeseitigung; „wird durch ausdrückliche verfassungsgesetzliche Bestimmung eine bestimmte Verfassungsänderung verboten, so handelt es sich nur [! P. R.] um eine Bestätigung dieser Unterscheidung“<sup>59</sup> – oder auch nicht, wie man hinzufügen

56 H. Quaritsch, *Positionen und Begriffe*, S. 45, Anm. 75.

57 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. VII.

58 Schmitt selbst zitiert Quabbe, der die Lehre von der unveränderbaren Verfassungssubstanz als „Lausbüberei“ bezeichnet habe, s. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2. Aufl., Berlin 1973, S. 263 ff., S. 346.

59 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 105.

muß. Käme z. B. der Verfassungsgesetzgeber, aus welchen politischen Gründen auch immer, auf die Idee, das von Schmitt so oft belächelte Akteneinsichtsrecht der Beamten, Art. 129 Abs. 4 WRV, in den Katalog der unveränderbaren Normen aufzunehmen, würde es dennoch gewiß nicht zur Verfassung im positiven Sinn zu zählen sein.

Was aber Verfassung im positiven Sinn des Grundgesetzes ist, das ist angesichts der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes zweifelhaft<sup>60</sup> und dies dürfte einer der Gründe sein, weshalb von einigen Schmittianern nicht ernsthaft gefragt wird, was denn die Verfassung im positiven Sinne des Grundgesetzes sei.

Die Bedeutung der Ausführungen Schmitts zur verfassungsgebenden und verfassungsändernden Gewalt und damit zur Verfassung im positiven Sinne zeigt sich aber in der ausgedehnten Diskussion über den Umfang der verfassungsändernden und der verfassungsgebenden Gewalt in der Bundesrepublik im Zusammenhang mit dem Beitritt der fünf neuen Länder und dem damit verbundenem Problem einer Totalrevision der Verfassung oder ihrer Neuschöpfung,<sup>61</sup> in dieser Diskussion wird durchgängig auf Schmitt Bezug genommen und auf seine Thesen zur verfassungsgebenden Gewalt.

In der Endphase der Weimarer Republik begründete Schmitt, aber ohne seine in der *Verfassungstheorie* aufgestellten Thesen und Schlußfolgerungen zurückzunehmen oder zu relativieren, seine Verteidigung des bürgerlichen Rechtsstaats neu in seiner Abhandlung über „Legalität und Legitimität“. Diese Schrift wird von Politologen und Soziologen intensiver rezipiert als die *Verfassungslehre* und prägt deshalb entscheidend die Auseinandersetzung mit der Lehre Schmitts über die Grenzen der Verfassungsänderung.

Schmitt stützt seine Lehre hier hauptsächlich verfassungssdogmatisch ab, nicht verfassungstheoretisch und argumentiert stärker offen politisch als in der *Verfassungslehre*, in der die Begriffuntercheidung und Begriffsentfaltung dominiert.

60 Vgl. P. Römer, *Im Namen des Grundgesetzes*, S. 9 ff.

61 Die Literatur zu dieser Problematik ist inzwischen sehr umfangreich; einige Hinweise auf sie und auf die Gesamtproblematik bei: P. Römer, *Die demokratischen Kosten der Einheit*, in Band 2 der vorliegenden Beiträge; ders., *Chancen der Verfassungsgebung oder Gefahr für die Souveränität des Volkes?*, in Band 2 der vorliegenden Beiträge; ders., *Deutschland ohne Grundgesetz*, in: FORVM, Nr. 478/479, 1993, S. 45 ff.

Die geschriebene Verfassung des überkommenen und, nach Schmitt, überholten parlamentarischen Gesetzgebungsstaates „muß sich grundsätzlich auf organisatorische und verfahrensrechtliche Regelungen beschränken.“<sup>62</sup> Eindringlich wird betont, Rechtslehre und Rechtspraxis müßten sich, nachdem die sozialen und geistigen Voraussetzungen, auf denen der liberale, parlamentarische Gesetzgebungsstaat beruhe, durch die Entwicklung zum pluralistischen Parteienstaat entfallen seien, entscheiden und entweder die Wertneutralität des organisatorischen Teils – also des politischen Teils gemäß der Begriffsbestimmung in der *Verfassungslehre* – oder aber das inhaltliche Sinnsystem des zweiten Verfassungsteils über die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen preisgeben.<sup>63</sup> Die Weimarer Verfassung – hier wird offenbar nun umstandslos die Verfassung mit dem Verfassungsgesetz gleichgestellt – sei „zwischen der Wertneutralität ihres ersten und der Wertfülle ihres zweiten Hauptteils buchstäblich gespalten“.<sup>64</sup> Schmitt schließt sich Hauriou an, der in den allgemeinen Freiheitsrechten Prinzipien verkörpert sieht, die eine Superlegalität begründen, durch die „sie nicht nur über die gewöhnlichen, einfachen Gesetze, sondern auch über die geschriebenen Verfassungsgesetze“ erhoben seien.<sup>65</sup> Schmitt entscheidet sich also gegen die demokratischen Willensbildungsformen des organisatorischen Teils der Verfassung und für den zweiten Hauptteil. Die „Wertfülle“ dieses Teils der Verfassung sind die Freiheitsrechte des Einzelnen und die institutionelle Garantie des Eigentums.

Gegenüber den Positionen in der *Verfassungslehre* ist somit eine erhebliche Radikalisierung eingetreten. Gekämpft wird nur noch um den mit den bürgerlichen Freiheits- und Eigentumsrechten garantierten gesellschaftlichen status quo. Gewaltenteilung und Demokratie sind nicht mehr Inhalt der Superlegalität. Dazu muß allerdings dieser zweite Hauptteil von allen Bestandteilen gereinigt werden, die nicht zum Kernbestand bürgerlicher Freiheitsrechte gehören, insbesondere von den sozialen Rechten, die Schmitt schon früh als lediglich dilatorische Formelkompromisse und politische Lyrik ihres Geltungsanspruchs beraubt

62 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 282.

63 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 300.

64 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 303.

65 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 311.

hatte. „Der Kern des zweiten Hauptteils der Weimarer Verfassung verdient, von Selbstwidersprüchen und Kompromißmängeln befreit und nach seiner inneren Folgerichtigkeit entwickelt zu werden.“<sup>66</sup>

Die Legalität des per Mehrheitsbeschluß entscheidenden parlamentarischen Gesetzgebungsstaats wird aber nicht allein durch die Bindung an die Substanz der superlegalen Grundrechte in Frage gestellt, Mit einem zweiten Argumentationsmuster, das sich auf die politische Voraussetzung und Funktion der Mehrheitsentscheidung bezieht, wird eine weitere äußerst wehrhafte und abwehrbereite Schranke gegen die „Diktatur der Mehrheit“ errichtet.

Schmitt hält es für unabdingbar notwendig, daß im Gesetzgebungsstaat der überstimmten Minderheit die Chance bleibt, die Mehrheit zu erringen und damit die politische Macht.<sup>67</sup> Dieses Prinzip der gleichen Chance ist „von solcher Empfindlichkeit, daß schon der ernstliche Zweifel an der vollen loyalen Gesinnung aller Beteiligten die Anwendung des Prinzips unmöglich macht. Denn man kann die gleiche Chance selbstverständlich nur demjenigen offenhalten, von dem man sicher ist, daß er sie einem selbst offenhalten würde.“<sup>68</sup> Der legale Weg zur Beseitigung der Legalität führe zum Selbstmord.<sup>69</sup> Die herrschende Lehre, die keine Grenzen der Verfassungsänderung kenne, und damit auch keine verfassungswidrigen Ziele, müsse zum Ergebnis kommen: „Jedes noch so revolutionäre oder reaktionäre, umstürzlerische, staatsfeindliche, deutschfeindliche oder gottlose Ziel ist zugelassen und darf der Chance, auf legalem Weg erreicht zu werden, nicht beraubt werden.“<sup>70</sup>

Schmitt hat nach 1945 für sich – mit der bei ihm selbstverständlichen vornehmen Zurückhaltung beim Eigenlob – in Anspruch genommen, den Modellfall einer legalen Revolution „ein für allemal erkannt und festgehalten“ zu haben.<sup>71</sup> Die Rolle des von ihm zum Hüter der Verfassung ernannten Reichspräsidenten bei der (schein)legalen Machtübernahme der Nationalsozialisten wird von dieser Erkenntnis leider

66 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 345.

67 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 287.

68 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 289.

69 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 303.

70 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 302.

71 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 345.

nicht erhellt.<sup>72</sup> Seine Ausführungen will er als Protest und Beschwörung, als Warnruf und wahren „Notschrei“ zur Rettung der Weimarer Republik verstanden wissen.<sup>73</sup>

Was er retten wollte, war indes, wie ausgeführt, ein um Demokratie und soziale Grundrechte verkürzte, ihres Rechts zur Umgestaltung des besitzindividualistischen Rechtsstaats in eine soziale Demokratie beraubte Weimarer Verfassung. Was blieb und mit rechtlicher Unantastbarkeit ausgestattet wurde, war die Macht des Reichspräsidenten und der ihn tragenden politischen, wirtschaftlichen, bürokratischen und militärischen Kräfte sowie der Schutz der „bürgerlichen Gesellschaftsordnung als die höhere Ordnung und wahre Verfassung.“<sup>74</sup> Die gesunde Wirtschaft im starken Staat also, das politische Ziel Schmitts, sollte als Verfassungssubstanz bewahrt werden.<sup>75</sup>

Das war nun gewiß unvergleichbar besser als der Nationalsozialismus, der dann kam und den Schmitt sofort und so hemmungs- wie bedingungslos begrüßte; aber dieser kam auch, weil Schmitt und seine geistigen Bundesgenossen bekämpft hatten, was die Republik zum Leben gebraucht hätte: Den Umbau des Staates zum Organ der gesamten Gesellschaft und den sozialen Ausbau der Demokratie.

Das Problem allerdings, das Schmitt mit vielen anderen sah, ist sehr ernst zu nehmen<sup>76</sup> und wurde von Kelsen knapp und einprägsam beschrieben: „Schließlich muß noch eines Einwandes gedacht werden, den man nicht als Bolschewist und nicht als Faschist, den man als Demokrat gegen die Demokratie machen kann. Sie ist diejenige Staatsform, die sich am wenigsten gegen ihre Gegner wehrt. Es scheint ihr tragisches Schicksal zu sein, daß sie auch ihren ärgsten Feind an ihrer eigenen

72 Vgl. auch die Kritik bei Becker, *Parlamentarismuskritik*, S. 68 f.

73 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 345.

74 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 2. Aufl., Berlin 1931, S. 14, mit Zustimmung zur Rechtsprechung des amerikanischen Gerichtshofs, der diese Prinzipien verteidigt habe.

75 C. Schmitt, *Gesunde Wirtschaft im starken Staat*, Vortrag. 60. ordentliche Mitgliederversammlung des Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen, 1932.

76 Eine sehr exakte Analyse der dynamischen und statischen Momente der Verfassungstheorie Schmitts findet sich bei I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 2. Aufl., München 1980, S. 107 ff.

Brust nähren muß. Bleibt sie sich selbst treu, muß sie auch eine auf Vernichtung der Demokratie gerichtete Bewegung dulden, muß sie ihr wie jeder anderen politischen Überzeugung die gleiche Entwicklungsmöglichkeit gewähren.“ Und er fragt, ob die Demokratie sich nicht selbst verteidigen soll, auch gegen das Volk, das sie nicht wolle und gegen eine Majorität, die sich nur einig sei in dem Willen, sie zu zerstören.<sup>77</sup>

Von dieser Problemstellung ausgehend, wird von Verteidigern der Demokratie versucht, die Grenzen der Mehrheitsdemokratie und der Verfassungsänderung zu bestimmen. Früh hatte die Kelsen-Schülerin Margit Krafft-Fuchs in Kritik an Schmitt und unter Bezugnahme auf die Lehre Kelsens von der Grundnorm die Souveränität des Volkes als Voraussetzung der Verfassung benannt, die auch durch verfassungsänderndes Gesetz nicht beseitigt werden dürfe.<sup>78</sup> Kelsens Auffassung war das allerdings nicht. Aber es liegt nahe, anstelle der wirtschaftlichen Freiheitsrechte die demokratischen Beteiligungsrechte zum änderungsresistenten Kern der Verfassung zu erklären. Auf Schmitt kann man sich dann jedoch nicht mehr berufen.<sup>79</sup>

Gerade für linke Freunde der Demokratie liegt viel Anziehungskraft in einem solchem Demokratieschutz – und nach dem Aufkommen rechter Kräfte in der Bundesrepublik begreiflicherweise umso mehr. Aber das Recht und die Praxis des Schutzes der freiheitlichen, demokratischen Grundordnung in der BRD zeigt auch das Dilemma, das notwendigerweise entsteht, wenn die Demokratie durch ihre teilweise Selbstaufhebung geschützt werden soll. Wer soll eigentlich den Verfassungskern bewahren, wenn das Volk und auch seine Vertreter im Parlament als Gefahr für die Demokratie angesehen werden? Es kommen dann nur noch exekutivische oder andere staatlichen Organe in Frage: ein Reichs-

77 Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, in: *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, hrsg. und eingeleitet von Norbert Leser, Wien 1967, S. 60 ff., S. 68. Der Beitrag erschien 1932.

78 M. Kraft-Fuchs, Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre, in: *ZöR* 1930, S. 511, S. 533: „Die zum Verständnis der rechtlichen Verbindlichkeit der Weimarer Verfassung notwendigerweise voranzusetzende Grundnorm setzt das Volk als rechtserzeugendes Organ ein.“ Das Entscheidende sei, daß der Wille des Volkes als Gesetzgeber eingesetzt bleibe.

79 U. K. Preuß, Vater der Verfassungsväter?, geht jedoch davon aus, es ginge Schmitt darum, „der Mehrheit das Recht, die Demokratie abzuschaffen“, zu verweigern, S. 131.

präsident, ein Staatspräsident z. B., oder aber ein Verfassungsgericht.<sup>80</sup> Sollen sie zum Vormund des Volkes ernannt werden? Wer Hüter des Verfassungskerns ist, hat auch die Interpretationsmacht zu bestimmen, was änderbarer Verfassungsbestandteil ist und was unveränderbarer Kern. Soll also ein Präsident oder ein Gericht die Entscheidung treffen, worüber das Volk abstimmen darf? Ist nicht schließlich Schmitt insoweit recht zu geben, daß, wenn Werte, welcher Art auch immer, für rechtlich unantastbar erklärt werden, notwendigerweise die Gesinnung und die Verfassungsloyalität überprüft werden muß? Daraus folgt dann notwendig, daß die Feinde des Verfassungskerns von den Verfassungsfreunden unterschieden werden müssen und letzteren gerade jene Grundrechte abzuerkennen sind, z. B. die Pressefreiheit, die Versammlungsfreiheit, die Lehrfreiheit, vgl. Art. 18 GG, die doch andererseits wiederum zum unantastbaren Verfassungskern gehören sollen.

Diese Fragen können hier nicht weiter differenziert und näher ausgeführt werden.<sup>81</sup> Aber festgehalten kann werden, daß Schmitt zu ihrer Beantwortung nichts Demokratieförderliches beitragen hat und gegenwärtig beitragen kann.

Das allgemeine Problem der Grenzen der Verfassungsänderung wurde nicht von ihm allein gesehen; darüber gab es bereits in der Weimarer Republik eine ausgedehnte Diskussion, die allerdings von Schmitt initiiert wurde. Deshalb ist die Behauptung, die Vorschrift des Art. 79 Abs. 3 GG beruhe auf der Lehre von Schmitt, für die in der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes auch keine ausreichenden Belege zu finden sind, sehr problematisch und dienlich nur der zeitgeistgemäßen Entsorgung deutscher antidemokratischer Verfassungstheorie.

Ganz ungeeignet aber zur Festigung und langfristigen Absicherung sind die Begründungen Schmitts: Die Entgegensetzung von Verfassung und Verfassungsgesetz und das Ausspielen des werterfüllten substanzhaften, die kapitalistischen Eigentumsverhältnisse schützenden Teils der

80 S. dazu neuestens eingehend, A.-J. Noll, *Verfassung und Verfassungsgericht*.

81 Vgl. dazu Römer, *Im Namen des Grundgesetzes*, S. 41 ff. M. Welan, *Wer wird die Wächter bewachen?* in: N. Dimmel/A.-J. Noll, *Verfassung. Juristisch-politische und sozialwissenschaftliche Beiträge anlässlich des 70-Jahr-Jubiläums des Bundes-Verfassungsgesetzes*, Wien 1990, S. 291 ff.

Verfassung gegen ihren organisatorischen Teil, der die Formen der demokratischen Willensbildung enthält.

Sehr bedenklich ist auch, wenn wissenschaftliche Frageverbote verhängt und wissenschaftlich herausragende demokratische Staatsrechtslehrer, die sich stets ernsthaft und auf hohem wissenschaftlichen Niveau mit Schmitt auseinandergesetzt haben, nicht mehr zur Kenntnis genommen werden. So schreibt U. K. Preuß: „Aber es läßt sich auch nicht leugnen, daß die Selbstaufhebung der Demokratie in den *Formen* der Demokratie [Hervorh. von U. K. P.] nicht mehr selbst als legitimes Element des demokratischen Prinzips angesehen werden kann.“<sup>82</sup> Dies kann geleugnet werden und es ist geleugnet worden. So stellte Hans Kelsen die Frage: „Ob die Demokratie sich nicht selbst verteidigen soll, auch gegen das Volk, das sie nicht mehr will, auch gegen eine Majorität, die in nichts anderem einig ist, als in dem Willen, die Demokratie zu zerstören.“ Und er antwortet: „Diese Frage stellen, heißt schon, sie zu verneinen. Eine Demokratie, die sich gegen den Willen der Mehrheit zu behaupten, gar mit Gewalt sich zu behaupten versucht, hat aufgehört, Demokratie zu bleiben. Eine Volksherrschaft kann nicht gegen das Volk bestehen bleiben.“<sup>83</sup> Und soll, so ist hinzuzufügen, auch nicht vorbeugend vor ihm geschützt werden.

82 U. K. Preuß, Vater der Verfassungsväter?, S. 133.

83 H. Kelsen, Verteidigung der Demokratie, S. 68. Es versteht sich von selbst, daß auch für Kelsen der eigentliche Sinn der Demokratie darin liegt, zu garantieren, daß die Minderheit jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann, vgl. ders., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Neudruck der 2. Aufl. von 1929, Aalen 1963, S. 103. Die Frage ist nicht, was das Wesen der Demokratie ist, sondern mit welchen Mitteln sie sich selbst schützen darf.