

Robert Chr. van Ooyen

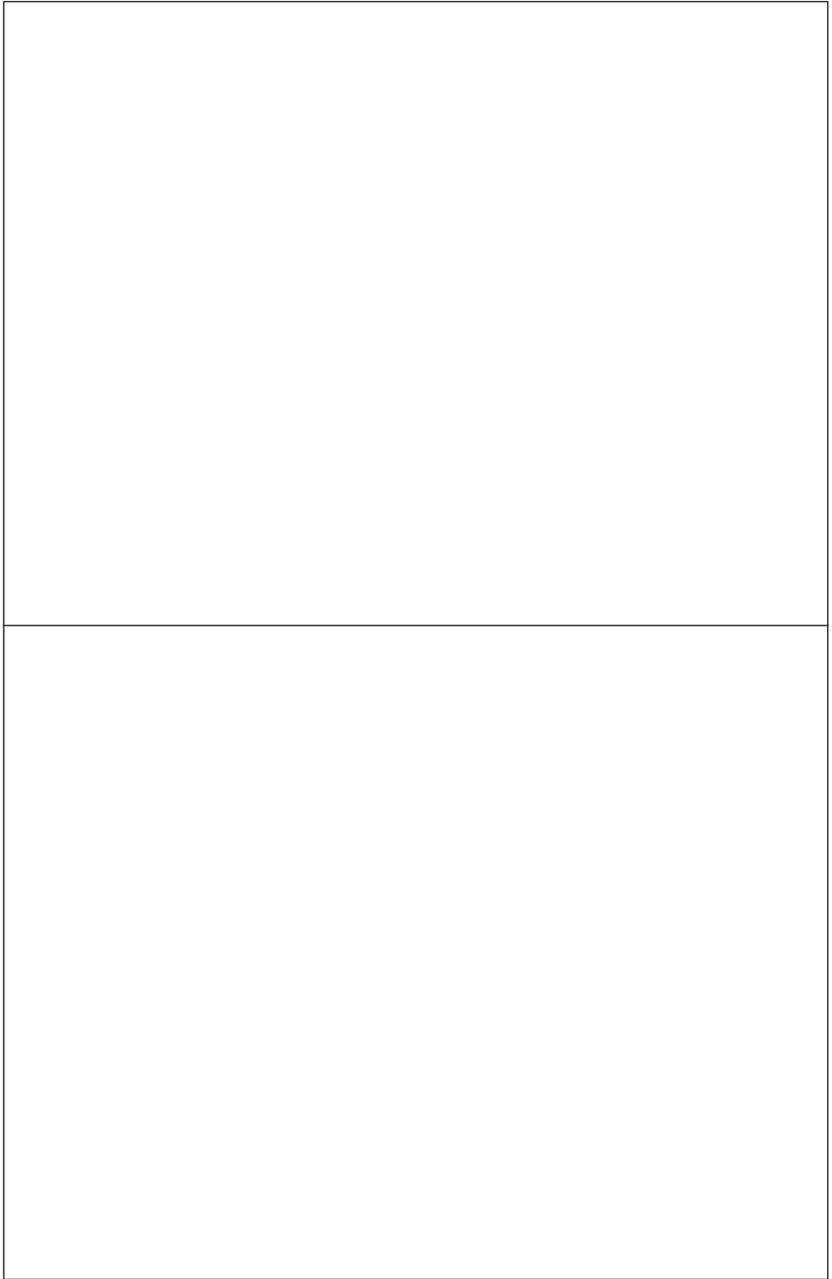
Öffentliche Sicherheit und Freiheit

Studien zu Staat und Polizei, offener Gesellschaft
und wehrhafter Demokratie

3. Auflage



Nomos



Robert Chr. van Ooyen

Öffentliche Sicherheit und Freiheit

Studien zu Staat und Polizei, offener Gesellschaft
und wehrhafter Demokratie

3., erweiterte Auflage



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7016-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-1078-7 (ePDF)

3. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort zur 3. Auflage

Gegenüber der Voraufgabe sind einige Aufsätze nicht mehr aufgenommen oder in ihrer Thematik vollständig neu bearbeitet worden (z. B. „Koptuch“ im Polizeidienst). Ein Beitrag dagegen, der nur in der 1. Auflage enthalten war („Demokratie und Polizei“), ist hier wieder abgedruckt. Denn er zeigt angesichts der laufenden Debatte um die Kontrolle der Polizei, wie alt die Forderung nach unabhängigen Kommissionen, Polizeibeauftragten oder Beschwerdestellen eigentlich ist. Sie wurde von Martin Möllers und mir in diesem gemeinsam verfassten Aufsatz schon im Jahr 2000 erhoben. Insgesamt 14 Beiträge sind hinzugefügt worden, sodass die 3. Auflage wiederum eine erheblich erweiterte ist. Dadurch hat sich die Gliederung ausdifferenziert (z. B. in Teil IV: „Migrationskrise“ sowie „Polizei und Fremde“), auch ganz neue Kapitel sind entstanden (Teil I und II) und ihre Reihung ist jetzt wie folgt:

- Sicherheit und Freiheit im „Ausnahmestand“
- Sicherheit und offene Gesellschaft
- Neue Sicherheit und „Freund-Feind-Recht“
- Sicherheit, Zuwanderung und Demokratie
- Terrorismus
- (Rechts-)Extremismus und Parteiverbote
- Europäisierung der Sicherheit
- Bundeswehreinsatz „out-of-area“ – und in polizeilichen Lagen
- Internationalisierung der Strafgerichtsbarkeit

Diese gesammelten Studien erstrecken sich über den Zeitraum der zurückliegenden 20 Jahre. Dabei ist die ursprüngliche Absicht beibehalten worden, die Analyse jeweils aktueller Staatspraxis mit Zugängen der Staats- und Politischen Theorie sowie der Ideengeschichte zu verbinden.

RvO, Berlin / Lübeck im August 2020

Aus dem Vorwort zur 2. Auflage

Die Aufsatzsammlung ist gegenüber der Voraufgabe erheblich erweitert worden. Da sich die Zahl der Beiträge ungefähr verdoppelt hat, wurde die frühere chronologische Reihung nach Erscheinungsjahr zugunsten einer systematischen Gliederung geändert.

Die neuen Beiträge beziehen sich zunächst im Wesentlichen auf: die (verfassungs-) politische Rolle des Bundesverfassungsgericht im Bereich innerer und äußerer Sicherheit einschließlich seines Kurswechsels durch „kalte“ Grundgesetzänderung bei der „Luftsicherheit“; die Entwicklungen bei BKA und Bundespolizei angesichts „neuer“ Sicherheit“; die aktuellen Formen internationaler Strafgerichtsbarkeit.

Ebenfalls neu ist ein Aufsatz über den Begriff der „Politischen Justiz“ bei Otto Kirchheimer, der die Ausführungen zum „Feindstrafrecht“ ideengeschichtlich ergänzt. In zwei Kurzbeiträgen beziehe ich Position zum Versagen der Sicherheitsbehörden beim NSU-Terrorismus und zum wieder aufgebrochenen Streit um das NPD-Verbot. Vereinzelt sind Beiträge ergänzt worden, etwa zum Thema „Bürgeropfer“ und „Grundrecht auf Sicherheit“.

Da ich mich einem liberal-demokratischen Verständnis von „Freiheit und Sicherheit“ verpflichtet fühle, war mir schließlich die weitere Aufnahme des Aufsatzes „Ausländerwahlrecht als Menschenrecht“ besonders wichtig: Meiner Meinung nach reproduziert die Integrationsdebatte selbst rechtsextremistisches Denken und die Diskussion um Zuwanderung weist darüber hinaus eine „Sicherheitsschlagseite“ auf, die dringendst der freiheitlichen Korrektur durch Partizipationsrechte bedarf.

RvO, Berlin / Lübeck im März 2013

Vorwort zur 1. Auflage

Die Öffentliche Sicherheit ist einem rasanten Veränderungsprozess unterzogen – und zwar nicht erst seit dem „11. September“. „Neue“ Phänomene wie „Internationalisierung“ und „Europäisierung“ von innerer Sicherheit und Strafrecht, Erosion der Trennung von innerer und äußerer Sicherheit, „Privatisierung“, „Sicherheitsstaat“, „Islamistischer Extremismus“ und Konzepte des „Freund-Feind-Rechts“ treten neben die bekannten Herausforderungen einer pluralistischen, demokratischen und offenen Gesellschaft. Die hier bearbeiteten Aspekte von Staat, Polizei, Recht und „wehrhafter Demokratie“ bilden keine Abhandlung im Sinne einer erschöpfenden Darstellung der damit aufgeworfenen Spannungsverhältnisse von Freiheit und Sicherheit. Als eine Sammlung von Beiträgen der Jahre 2000–2007 kann es sich vielmehr nur um ein „Patchwork“ handeln, das aktuelle Entwicklungen in einem weit gespannten Bogen anreißt. Dabei stehen politikwissenschaftliche und staatsrechtliche Fragestellungen im Vordergrund. Zugleich soll gezeigt werden, dass sich die Politikwissenschaft – in normativer wie in empirischer Hinsicht – verstärkt mit der Thematik „Öffentliche Sicherheit“ befassen muss und diese nicht weiter dem zumeist binnenjuristisch und / oder verwaltungsintern geprägten Diskurs überlassen darf.

Die Anordnung der Aufsätze erfolgt in chronologischer Folge ihres Erscheinens.

RvO, Berlin / Lübeck im Dezember 2006

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Sicherheit und Freiheit im „Ausnahmезustand“

Weimarer Rückblick: Die „Diktaturgewalt“ des Reichspräsidenten, Carl Schmitt und die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“	23
1. Die Weimarer Präsidialmacht – Fehlkonstruktion?	24
2. Die Entgrenzung des Art. 48 durch die Staatspraxis	26
3. Die Entgrenzung des Art. 48 durch Schmitts Theorie der „präsidialen Diktatur“	27
4. Die staatstheoretische Kontroverse um den „Hüter“ der Verfassung (Kelsen / Schmitt)	29
5. Die Tradition des preußischen Etatismus	30
6. Kelsens „Hüter“ der pluralistischen Demokratie	31
7. Schmitts präsidialer „Hüter“ der politischen Einheit und Kelsens Replik	34
8. Der Staatsgerichtshof – kein „Hüter“: Schmitts und Kelsens Kritik am „Preußenschlag-Urteil“	38
„Schönwetterdemokratie“? Der Grundrechte-Shutdown im Corona-Notstand als Lackmустest des Grundgesetzes	45

Teil II: Sicherheit und offene Gesellschaft

Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts	55
1. Die doppelte rechtspolitische Bedeutung: Versammlungsrecht und Demokratieprinzip	55
2. „Brokdorf“ als entgrenzte Demokratisierung „von oben“	58
3. Demokratie ist „pluralistisch“: Hesse / Häberle und der „neue“ Smend	59

4. Poppers „offene Gesellschaft“ und Kelsens pluralistische Demokratiethorie	63
5. Mit „Brokdorf“ zurück in die Zukunft	66
Community policing in Deutschland: Der Bürger zwischen Partizipation, Gemeinschaft und Instrumentalisierung	69
1. Landespolizei und „community policing“?	71
2. „Hilfspolizei“	72
a) Freiwilliger Polizeidienst	72
b) „ABM-Sheriffs“ und „Bürgerwehr“	73
3. Präventionsräte	78
4. Polizeibeiräte und der Sonderfall der Hamburger Polizeikommission	81
5. Professionelle Polizei und demokratische Partizipation – die Trennung von Vollzug und Bürgerbeteiligung	84
Demokratie und Polizei	87
1. Das Politikfeld Innere Sicherheit	87
2. Innere Sicherheit als Gemeinschaftsaufgabe der Europäischen Union	89
3. Innere Sicherheit im Politischen System der Bundesrepublik	89
a) Politikverflechtung und Exekutivföderalismus	90
b) Stärkung demokratischer Kontrolle	93
 <i>Teil III: Neue Sicherheit und „Freund-Feind-Recht“</i>	
Die neue Sicherheit des erweiterten Sicherheitsbegriffs	99
1. Das Konzept erweiterter Sicherheit und die BAKS	99
2. Erweiterte Sicherheit nach 9/11	100
Bundeskriminalamt, Bundespolizei und „neue“ Sicherheit	103
1. Die Sonderpolizeien des Bundes	103
2. Neue Herausforderungen der „erweiterten“ Sicherheit	106
3. Steuerungsfunktion des Bundesministeriums des Innern	109

4. Personalentwicklung bei BKA und BPOL seit den 1990er Jahren	112
5. Entwicklungen bei BKA und BPOL seit 9/11	113
a) Erweiterungen von Vorfeldmaßnahmen	114
b) Ausbau der Vernetzung mit anderen Behörden	116
6. Ergebnis und Ausblick	117
„Freund-Feind-Recht“ und „Doppelstaat“? Anmerkungen zur Kontroverse um die Thesen des Strafrechtlers Günther Jakobs	119
Sicherheitsstaat – „Bürgeropfer“ – Grundrecht auf Sicherheit	127
Die dunkle Seite des Rechtsstaats: Otto Kirchheimers „Politische Justiz“ zwischen Freund-Feind, Klassenjustiz und Zivilisierung	131
1. Die Besonderheit der „Politischen Justiz“	131
2. Rechtspolitologie? Der Mythos vom unpolitischen Recht und Richter in der Rechts- und Politikwissenschaft	133
3. Weimarer Spuren in Kirchheimers „Politischer Justiz“	137
a) Erste Spur: die „Klassenjustiz“, insb. nach Ernst Fraenkel	139
b) Zweite Spur: die „liberale“ Schmitt-Rezeption – politische Justiz als „Freund-Feind“	143
c) Dritte Spur: der Kelsen-Weber-Positivismus – politische Justiz als zivilisiertes Verfahren	148
 <i>Teil IV: Sicherheit, Zuwanderung und Demokratie</i>	
Nicht „Integration“, sondern Partizipation: Das Ausländerwahlrecht als Menschenrecht einer liberalen Theorie des Staatsvolks	161
1. Integration und Ausländerfeindlichkeit	161
2. Bürgerschaft statt Staatsvolk	163
3. Demokratie ist nicht nationale Gleichheit, sondern gleiche politische Freiheit	165
Polizei und Fremde – zu einem (ver)störenden Thema	171
1. Empfehlungen der NSU-Untersuchungsausschüsse	171

2. Racial Profiling?	172
3. Cop Culture	175
Das Kopftuch im Polizeidienst und die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	183
1. Die Kopftuch I-Entscheidung (2003)	184
2. Die Kopftuch II-Entscheidung (2015)	187
3. Die Kopftuch III-Entscheidung (2020)	191
4. Schlussfolgerung für die Polizei	196
„Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem“? Wo Gutachter Di Fabio recht haben könnte – und wo nicht	199
1. Gesetzmäßigkeitsprinzip	201
2. „Bundestreue“?	204
3. Grenzkontrolle als Element „ewiger, souveräner Kern-Staatlichkeit“?	205
Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?	209
1. Politische Verfolgung – nicht staatliche Verfolgung	209
2. Politische ist staatliche Verfolgung: Die „Tamilen-Entscheidung“	210
3. Rezeption der Staatstheologie von Hegel und Hobbes	213
4. Staat als „ursprüngliche Herrschermacht“ bei Jellinek	217
5. Quasi-staatliche Verfolgung? Der „Afghanistan-Kammerbeschluss“	219
 <i>Teil V: Terrorismus</i>	
Rechtsterrorismus des NSU und Etatismus als „blinder Fleck“ des Staatsschutzes	227
Sicherheitskultur und Behördenversagen: Die Empfehlungen des NSU-Ausschusses des Bundestags für eine „Kulturrevolution“ bei Verfassungsschutz und Polizei	231
1. Einsetzung und Untersuchungsauftrag	231

2. BKA-Papier und Aktenvernichtung „Operation-Rennsteig“	232
3. Einhelliges Ergebnis: Umfassendes Versagen der Sicherheitsbehörden	233
4. Versäumnisse politischer Kultur: Gleichgültigkeit seit den 1990er Jahren und Ausländerstereotype	234
5. Zentrale Empfehlung für den Verfassungsschutz: Neue Sicherheitskultur	236
6. Zentrale Empfehlung für die Polizei: Neue Sicherheitskultur	237
Moderner Terrorismus und politische Religion: Zur Rezeption westlicher Ideologien im „Islamismus“	243
1. Terrorismus, Totalitarismus und Moderne	244
2. Islamistischer Terrorismus und der Geist der Moderne	247
<i>Teil VI: (Rechts-)Extremismus und Parteiverbote</i>	
„Vereinsverbote“ gegen „Scheinparteien?“	257
1. „Wehrhafte Demokratie“	257
2. „Kaltes Parteiverbot“ und der Begriff der „Scheinpartei“	259
Kein zweites Verbotverfahren gegen die NPD – Streichung der staatlichen Parteienfinanzierung als „flexible Response“	267
Rechtspolitik durch verfassungsgerichtliche Maßstabsverschiebung: Die „neue“ Definition der fdGO im NPD II-Urteil	273
Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit und Integration	279
20 Jahre „Jahrbuch Extremismus & Demokratie“	287
1. Ursprünglich „unzeitgemäß“ – heute Standardwerk	287
2. Inhaltliche Struktur und aktuelle Bände	289

Teil VII: Europäisierung der Sicherheit

Europäisierung von Grenzpolitik und Terrorismusbekämpfung	295
Europal und Frontex – Supranationalisierung des Politikfelds?	303
(K)ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?	307
1. Hintergrund und Position des Beschwerdeführers	307
2. Position der Bundesregierung	310
3. Begründung des BVerfG	313
a) Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip, da keine „Entstaatlichung“	313
b) Rahmenbeschlüsse der EU – bloß Völkerrecht	317
Europäischer Staaten- und Verfassungsverbund?	321
1. Einleitung	321
2. Das Maastrichter „Entstaatlichungsverbot“ in der EU-Haftbefehl I-Entscheidung (2005)	322
3. Etatistischer Theorie-Überschuss in der EU-Haftbefehl II-Entscheidung (2015)	324
4. Eine pragmatische „Voßkuhle-Linie“ im Zweiten Senat?	325
5. Exkurs: Die verfassungspolitische „Deutungsmacht“ der Berichterstatter/innen	327
6. „Staats- und Verfassungsverbund“ als Kompromiss in der EU-Haftbefehl II-Entscheidung	329

Teil VIII: Bundeswehreinsatz „out-of-area“ – und in polizeilichen Lagen

Die neue Welt des Krieges und das Recht: Out of Area-Einsätze der Bundeswehr im verfassungsfreien Raum	333
1. Krieg und Frieden	333
a) Krieg als zwischenstaatlicher Konflikt im Völkerrecht	333
b) Verpflichtung zum Frieden im Grundgesetz	335
2. „Humanitäre Intervention“ und „Out of Area-Urteil“	337

3. „Not kennt kein Gebot“?	342
a) „Tirana-Einsatz“ zur Evakuierung von Staatsbürgern	342
b) Kampfeinsatz im „Kosovo-Krieg“	344
4. Einsatz der Bundeswehr gegen den internationalen Terrorismus?	347
5. Zusammenfassende Bewertung	350
Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz	353
1. Rückblick: die politische Grundentscheidung – der „Parlamentsvorbehalt“ (1994) und die Entscheidung zum NATO-Doppelbeschluss (1984)	355
2. Tirana-Einsatz (1997) und Kosovo-Konflikt (1999)	360
3. Die Entscheidung zum NATO-Strategiekonzept (2001)	362
a) Erweiterte Sicherheit als Domäne der Regierung	362
b) Politisch-theoretischer Fixpunkt: die „föderative Gewalt“ von John Locke	364
c) Nationales Interesse als „Friedenssicherung“?	366
4. Entscheidung zum Tornado-Einsatz Afghanistan (2007)	367
5. Entscheidung zum AWACS-Einsatz Türkei (2008)	369
Das Bundesverfassungsgericht im Politikfeld Innere Sicherheit	373
1. Grundpositionen in der aktuellen Sicherheitsdebatte	373
2. Von „Schleyer“ zu „Luftsicherheit“	376
„Kalte“ Verfassungsänderung – die Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Luftsicherheit	381
1. Streit zwischen den Senaten	382
2. Die Plenarentscheidung	384
Die EU – (k)ein System kollektiver Sicherheit? Das Bundesverfassungsgericht und die Problematik des „unilateralen“ Anti-IS-Einsatzes (Syrien/Irak)	389
1. Kontinuitäten in der Rechtsprechung zur Außen-, Sicherheits- und Europapolitik	389
2. Die Problematik des Anti-IS-Einsatzes	391

3. Die Entscheidung zur unilateralen Rettungsoperation „Pegasus“	393
4. Argumente der Fraktion Die Linke	396
5. Lissabon-Entscheidung: die EU – kein System kollektiver Sicherheit	397
6. Anti-IS-Einsatz-Entscheidung: die EU – doch ein System kollektiver Sicherheit	399

Teil IX: Internationalisierung der Strafgerichtsbarkeit

Politische Bedingungen einer effektiven internationalen Strafgerichtsbarkeit 405

1. Interalliierte Gerichte	405
2. Ad-hoc-Tribunale der UN	406
3. Internationalisierte („gemischte“) Gerichte	407
4. Internationaler Strafgerichtshof, UN-Sicherheitsrat und die USA	409
5. Paradigmenwechsel von Völkerrecht und staatlicher Souveränität	413
6. Schlussfolgerung	415

„Politische Justiz“? Die Kritik afrikanischer Staaten am IStGH und die „Nichtanwendung“ des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs 417

1. Jede Justiz ist „politisch“ – Formen politischer Justiz	417
a) Aus Sicht der Rechtswissenschaft: weisungsabhängige Rechtsbeugung	417
b) Aus Sicht der Rechtspolitik	418
aa) „Rationales“ Verfahren des Rechtsstaats bei politischen Strafgesetzen	418
bb) Politische/soziologische Bedingungsfaktoren von Justiz und Richtern/-innen	419
c) Transitionale Justiz	420
2. „Idealismus“ vs. „Realismus“	420
3. Die Kritik afrikanischer Staaten	421

4. Der IStGH ist genauso politisch wie „Nürnberg“ oder „Ruanda“	422
5. Die „Nichtanwendung“ des VStGB	423
6. Der Mythos von der deutschen „Völkerrechtsfreundlichkeit“	425
7. Die „defensive“ Strategie der Bundesanwaltschaft	426
8. Reform: „Entpolitisierung“ der Justiz durch offene „Politisierung“	427

Teil I: Sicherheit und Freiheit im „Ausnahmezustand“

Weimarer Rückblick: Die „Diktaturgewalt“ des Reichspräsidenten, Carl Schmitt und die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“*

Die im Staatsrecht zum geflügelten Wort gewordene Wendung des „Hüters der Verfassung“ ist durch Carl Schmitt (1888–1985) geprägt worden, bezog sich ursprünglich aber nicht auf das Verfassungsgericht, sondern auf den Reichspräsidenten (Schmitt 1996a). Sie stand im Mittelpunkt einer berühmten, sich seit 1928 zuspitzenden staatstheoretischen Fundamentalcontroverse (Wendenburg 1984), nämlich als Reaktion auf die von Hans Kelsen (1881–1973) auf der Wiener Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer vorgelegte Konzeption einer institutionalisierten Verfassungsgerichtsbarkeit (Kelsen 2019a). In der Weimarer Reichsverfassung (WRV) war der Reichspräsident über Art. 48 mit außerordentlichen Kompetenzen ausgestattet, die die militärische Reichsexekution und das Regieren mit gesetzesvertretenden Notverordnungen unter Suspendierung maßgeblicher Freiheitsrechte erlaubte. Zusammen mit seiner direktdemokratischen Legitimation (Art. 41), dem Oberbefehl über die Armee (Art. 47), der Kompetenz zur Ein- und Absetzung der Regierung (Art. 53 WRV) sowie dem Parlamentsauflösungsrecht (Art. 25 WRV) verfügte er über herausragende Macht. Schon die frühen Notverordnungsregime unter dem Sozialdemokraten Friedrich Ebert (1871–1925) „überdehnten“ den Art. 48, zielten aber auf den Schutz der Republik. Carl Schmitt zog hieraus „ab 1924 die Konsequenz, das Notverordnungsrecht... extensiv auszulegen“ (Voigt 2001, S. 49). Unter Paul von Hindenburg (1847–1934) erfolgte dann eine antidemokratische Entgrenzung der Staatspraxis, die in den „Preußenschlag“ mündete. Die Kontroverse um den „Hüter der Verfassung“ war, tiefer betrachtet, ein Streit um Demokratie und Diktatur (allgemein zu den Demokratiebegriffen Lepsius 2000). Gerichtlich hatte sie schließlich noch 1932 ein Nachspiel mit Schmitt als „Anwalt des Reiches“ (Seiberth 2001).

* Zuerst erschienen in: Voigt, Rüdiger (Hg.): Aufbruch zur Demokratie. Die Weimarer Reichsverfassung als Bauplan für eine demokratische Republik, Nomos, Baden-Baden 2020.

1. Die Weimarer Präsidialmacht – Fehlkonstruktion?

Aus rückwärtiger Sicht schien vielen die „Diktaturgewalt“ und ihre in den Präsidialkabinetten kombinierte Anwendung mit den Art. 53 und 25 WRV bald als schlimmer Konstruktionsfehler. In der frühen Bundesrepublik aber lernte man die Weimarer Verfassung verzerrt, vor allem „aus der Sicht ihrer (ehemaligen) Gegner kennen“ (Gusy 2018a, S. 64; zur Neubewertung m.w.N. van Ooyen 2018a). Hierbei wurde lange der gerade seitens ihrer Gegner forcierte radikale Verfassungswandel unterschlagen. Überspitzt müsste man daher von zwei Weimarer Verfassungen sprechen, denn an ihrem Ende war durch Umdeutung in Theorie und Praxis eine ganz andere entstanden – so wie auch Carl Schmitt die „plebiszitäre Führerdemokratie“ und die Konzeption des Reichspräsidenten bei Max Weber... völlig umdeutete“ (Anter 2012, S. 52ff.). Die „andere“ Verfassung war nun gekennzeichnet durch den „Wandel von der parlamentarischen zur Präsidiialregierung“, von der „Parlamentsauflösung als Instrument der Parlamentszerstörung“ und – was den Art. 48 anlangte, – vom „Wandel des Ausnahmerechts zur Reserveverfassung“, bei der der ursprüngliche Zweck der Verteidigung der demokratischen → Republik keine Rolle mehr spielte (Gusy 2018a, S. 77f.); im Gegenteil.

„Verfassungsvater“ Hugo Preuß (1860–1925) war ein liberaler Demokrat und wie Hans Kelsen „Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus“ (Voßkuhle 2018; Lehnert 2012; van Ooyen 2003). Weimar kombinierte deshalb als Ausdruck der pluralistischen Gesellschaft und ihrer Willensbildung „ein Neben- und Gegeneinander von parlamentarischen, präsidiialen und plebiszitären Elementen“ (Gusy 1997, S. 91). Gegen eine anfängliche Skepsis hatte Preuß sich „unter dem Eindruck von Straßenunruhen und Diktaturgerüchten u.a. durch Max Weber von der Volkswahl-Lösung überzeugen lassen“ (Lehnert 2012, S. 150). Trotzdem war sein präsidiialer „Hüter“ keiner, der „über“ der Verfassung schwebte, sondern selbst im Notstandsfall in die „checks and balances“ eingebunden blieb. Auch andere republikanische Verfassungsrechtler sahen daher in der Gegenzeichnungspflicht (Art. 50) und im Recht des Reichstags, die präsidiialen Notverordnungen seinerseits wieder aufzuheben (48 III), ausreichend parlamentarische Rückkoppelungen; so z.B. der linksliberale, in Köln lehrende Fritz Stier-Somlo (1873–1932; 1920, S. 145), der sich später auch für die Berufung Kelsens von Wien nach Köln einsetzte und ebenfalls ein staatsrechtlicher Gegner Schmitts war. Nach Art. 48 V selbst sollte das Parlament zudem die „Diktaturgewalt“ noch zähmen, da eine Konkretisierung durch Reichsgesetz vorgesehen war. Für die Republikaner waren 1918/19

die vom Volk gewählten „negativen Mehrheiten“ der Extremisten, die sich mit der sechsten Reichstagswahl 1932 bildeten, weit weg (Lehnert 2012, S. 149); ebenso die jahrelange antirepublikanische Propaganda der „Hugenberg-Presse“ und ihre Unterstützung für die NSDAP. Die „Weimarer Koalition“ aus SPD, Zentrum und DDP verfügte in der verfassungsgebenden Nationalversammlung sogar über eine 3/4-Mehrheit, auch wenn diese schon 1920 unter die absolute Mehrheit schrumpfte. Einen antirepublikanischen Reichspräsidenten, von dem man in harten Krisen kaum eine beherzte Rettung der Republik erwarten durfte, gab es noch nicht; ebenso wenig autoritäre Reichskanzler, die von ihm *carte blanche* erhielten und die „Diktaturgewalt“ zur Beseitigung der Republik missbrauchten.

In den frühen Krisenjahren dagegen – mit ihren Aufständen von links, Putschversuchen von rechts und schließlich der Inflation – funktionierte das Regierungssystem, nicht trotz, sondern wegen seines präsidentiellen „Hüters“ unter dem Demokraten Ebert. So war Preuß’ „Versuch eines dritten Weges zwischen dem amerikanischen und dem französischen Modell des Präsidentenamtes... ohne weiteres nachvollziehbar“ (Lehnert 2012, S. 148). Und „umgekehrt“ zeigte sich: Auch die österreichische „Kelsen-Verfassung“ von 1920, die viel näher am britischen Parlamentarismus konzipiert war (Lehnert 2012, S. 150), hielt nur bis zur Verfassungsnovelle von 1929, um dann in den Ständestaat des „Austrofaschismus“ zu kippen. Ursprünglich war hier wie später im deutschen Grundgesetz dem neuen Amt des von der Bundesversammlung gewählten Präsidenten grundsätzlich nur die Repräsentation zugewiesen und die Bundesregierung ausschließlich parlamentarisch gewählt und verantwortlich (Schmetterer 2018, S. 113). Es wird daher festgestellt, dass „das Grundgesetz erst ab der Stabilisierung, ab 1924 tatsächlich die bessere Verfassung gewesen wäre, weil sie ein Machtspiel, eine Politik der Rechtsverschiebungen eines Hindenburgs dann vom Amt des Reichspräsidenten aus... nicht mehr ermöglicht hätte“ (Di Fabio 2019). Doch das bleibt „statische“ Spekulation, die den rasanten Verfassungswandel Weimars (s.u.) außenvor lässt – ebenso wie die Frage der Akzeptanz einer Verfassung (Korioth 2000, S. 530). Weimar hätte aber unter dem Grundgesetz die ersten Jahre wohl erst gar nicht überlebt. Dass das bei Systembrüchen von autoritären zu demokratischen Regierungsformen oft gewählte parlamentarisch-präsidentiale „Mischsystem“ bei fehlender demokratischer Tradition andererseits eine „autokratische Versuchung“ beinhaltet, zeigt sich auch in aktuellen Beispielen des Systemwechsels nach 1990 (van Ooyen 2018b). In Frankreich ist es jedoch seit der „De Gaulleschen Verfassung“ der Fünften Republik von 1958 bisher demokratisch erfolgreich unterwegs.

2. Die Entgrenzung des Art. 48 durch die Staatspraxis

Das positive Bild eines „Hüters“ hatte Schmitt seinerseits vom – Rechtspositivisten – Paul Laband (1838–1918) übernommen, der es auf den Kaiser bezogen hatte (Voigt 2015, S. 69). In den ersten Krisenjahren Weimars nutzte schon Ebert dieses positiv aufgeladene Bild, „um eine mit dem Programm seiner Partei nicht konforme Krisenpolitik zu betreiben“ (Groh 2015, S. 115.). Bei Art. 48 ergaben sich nicht zuletzt schon aufgrund der frühen Staatspraxis von den Aufstands- und Putschlagen 1919/20 über die Reichsexekutionen gegen Thüringen und Sachsen 1923 bis hin zur Inflationsbekämpfung eine Reihe von Unklarheiten und Dynamiken (Anschütz 1933, S. 279ff.):

Eine eindeutige Abgrenzung zwischen den Maßnahmen nach Absatz 1 (Reichsexekution) und Absatz 2 (Notverordnungscompetenz) fehlte. Das Verhältnis zwischen der „Diktaturgewalt“ und dem Vorrang der Verfassung blieb unklar. Während die herrschende Staatsrechtslehre die „Unantastbarkeitslehre“ vertrat (Blomeyer 1999, S. 93) und eine Schranke des Art. 48 darin sah, dass in die Verfassung mit Ausnahme der in Absatz 2 aufgezählten Grundrechte überhaupt nicht eingegriffen werden durfte, ging gerade die politische Praxis hierüber hinaus. Das betraf auch die Frage der Befristung, sodass sich dauerhafte Wirkungen einzelner Maßnahmen entfalteten. Das wurde wiederum vom Staatsgerichtshof gebilligt, genauso wie die Verschiebung von organisationsrechtlichen Kompetenzen oder die Praxis, nach Aufhebung einer Notverordnung durch den Reichstag, diese durch den Präsidenten einfach nahezu identisch erneut zu erlassen (Gusy 1997, S. 110f.). Hinzu kam, dass nach einem erfolgreichen Misstrauensvotum auch die vom Präsidenten geschäftsführend im Amt gehaltene Regierung die Parlamentsauflösung nach Art. 25 WRV gegenzeichnete (Gusy 2018b, S. 194f.) Schließlich blieb die gesetzliche Konkretisierung, die Unklarheiten und eine weitgehende Zähmung der Präsidialmacht hätte beseitigen bzw. vornehmen können, bis zum Ende Weimars aus – nicht zuletzt auch durch den Widerstand Hindenburgs selbst (Groh 2010, S. 542). Anlässlich der Notstandsgesetzgebung der 60er Jahre resümierte daher später Ernst Fraenkel (1898–1975), dass es in Deutschland im Unterschied zu anglo-amerikanischen Ländern viel stärker auf den „Erlaß detaillierter Normen“ ankäme, weil eine politische Tradition des Misstrauens gegenüber Staatsnotständen fehlte (Fraenkel 1965, S. 163).

Dass Art. 48 WRV zu den Bestimmungen zählte, die sich in Praxis und Auslegung dramatisch wandelten, lag auch an den „Wirtschaftsnotständen“. Schon unter Ebert veränderte sich während der Inflationszeit der

3. Die Entgrenzung des Art. 48 durch Schmitts Theorie der „präsidialen Diktatur“

„Maßnahmenbegriff“ des Art. 48 II zu einer dauerhaften, legislativen Vertretungsgewalt (Kielmannsegg 2018, S. 232), um dann am Ende Weimars in die „Lehre vom Verfassungsnotstand“ zu münden (Gusy 1997, S. 108). – Allerdings regierte Ebert nicht gegen den Reichstag. Von seinen 136 Notverordnungen wurde nur bei einer einzigen die Aufhebung nach Art. 48 III verlangt (Kielmannsegg, ebd.). – Die „Diktaturgewalt“ mutierte von einer bloßen Ausnahmekompetenz im eher polizeirechtlichen Verständnis zur Herstellung von öffentlicher Sicherheit und Ordnung im Falle des Versagens von Polizei und Justiz beim Schutz von Staatsorganen zu einer Reserve- und Gegenkompetenz bei bloßen Störungen des parlamentarischen Regierungssystems, die nun als „Notstand“ begriffen wurden (Gusy 1997, S. 108; auch Blomeyer 1999, 85ff.; bei Anschütz selbst 1930, S. 279). Dabei verkehrte sich in der Endphase radikal das Verhältnis der Gewalten zueinander: Nicht mehr das Parlament kontrollierte die Exekutive, sondern diese nun das Parlament, für die es „zum Zentralproblem des ‚Verfassungsnotstands‘“ wurde (Gusy 1997, S. 111).

3. Die Entgrenzung des Art. 48 durch Schmitts Theorie der „präsidialen Diktatur“

Angesichts der Staatspraxis forderte Schmitt schon 1924 eine extensive Auslegung der präsidialen Kompetenzen nach Art. 48, indem er im Vortrag auf der Jenaer Staatsrechtslehrertagung die Diktaturgewalt als „Provisorium“ zwischen seine „souveräne Diktatur“ des Ausnahmezustands (i.S. der politischen Theologie einer *prima causa*) und der rechtlich durchgeregelten „kommissarischen Diktatur“ einordnete (Schmitt 2006, S. 231ff.). Der Weimarer Verfassungsgeber habe sozusagen einen vorübergehenden Modus geschaffen, weil „einerseits die souveräne Diktatur der verfassungsgebenden Versammlung mit dem Inkrafttreten der Verfassung aufhört, andererseits eine der typischen rechtsstaatlichen Entwicklung entsprechende Umgrenzung der kommissarischen Diktatur noch nicht erfolgte, weil man sich angesichts der abnormen Lage des Deutschen Reiches einen weiteren Spielraum sichern wollte“ (Schmitt 2006, S. 239). Dieser Sonderfall war für Schmitt zwar (noch) nicht schrankenlos, sondern vor allem durch den Zweck der Verfassung als Ganzes begrenzt (s.u.) sowie durch: das „unanastbare organisatorische Minimum“ (ebd., S. 243), d.h. die grundsätzliche Garantie der Institutionen und ihrer verfassungsmäßigen Rechte (z.B. Gegenzeichnung; parlamentarisches Aufhebungsrecht in Art. 48 selbst), das Verbot von Verfassungsänderungen, die Grundrechte-Aufzählung in

Abs. 2 und schließlich durch den bloßen „Maßnahmencharakter“. Was auf den ersten Blick als harte rechtsstaatliche Schranken erscheint, relativiert sich sofort, da Schmitt zugleich nachdrücklich ganz „außerordentlich weitgehende“ (ebd., S. 240) Vollmachten der „Diktatur des Reichspräsidenten“ (ebd., S. 211) forderte. Denn „in der Sache, nicht in ihrer rechtlichen Begründung, wirkt sie wie das Residium einer souveränen Diktatur der Nationalversammlung“ (ebd., S. 239).

Schmitt lieferte so eine der herrschenden Meinung entgegengesetzte „Durchbrechungslehre“ (Blomeyer 1999, S. 100f.). Letztendlich entwickelte er eine „demokratische‘ Diktaturtheorie“, bei der der „pouvoir constituant vom Volk auf die Exekutive (übergeleitet)“ werden kann (Thiele 2018, S. 412), da der Unterschied zwischen souveräner und kommissarischer Diktatur ggf. sich im konkreten Fall auf die bloß noch theoretische Frage ihrer Legitimation reduziert. Dabei wird „der verfassungsgebende Wille des Volkes entprozeduralisiert und zu einem bloßen ideellen Zurechnungsprinzip verdünnt“. Nur von hier aus ist es dann möglich, dass die Diktatur der Volkssouveränität auch „einen überkonstitutionellen oder einen konstitutionellen ‚Hüter der Verfassung‘... autorisiert und ihn mit (begrenzten oder unbegrenzten) Notstandsbefugnissen ausstattet“ (Thiele 2018, S. 412). Schmitt deutet daher Theoriekonzepte der Französischen Revolution um (Rousseau; Sieyes), indem er sie im Sinne von Hobbes etatisiert. Zugleich lieferte er im „Vorgriff auf die ‚Verfassungslehre“ den „Antagonismus von Verfassungstext und Verfassung“, der von „nun an die Operationsbasis der antipositivistischen Richtung (blieb)“ (Stolleis 1999, S. 189). Positiv ließ sich das zur Verteidigung eines unantastbaren Verfassungskerns nutzen (vgl. heute Art. 79 III GG), negativ aber auch (wie beim Dualismus von „Legalität und Legitimität“ oder „Verfassung und Verfassungsrecht“) gegen die positivistische „Schutzwirkung der Textgebundenheit“ positionieren (Stolleis, ebd.).

Jenseits von kommissarischer und souveräner Diktatur gab es für Schmitt außerdem noch das „Staatsnotrecht“. Dieses befindet sich sowieso außerhalb von Art. 48, weil ein solches Notrecht für „unvorhergesehene Fälle“ gar nicht verfassungsrechtlich als Rechtsinstitut regelbar sei; praktisch denkbar sogar auch im Einsatz gegen den Reichspräsidenten selbst, etwa im Falle eines Staatsstreichs (Schmitt 2006, S. 233). Solche Überlegungen tauchten dann in der Endphase Weimars beim sog. Staatsnotstandsplan auf, an dem Schmitt beteiligt war (insgesamt Berthold 1999). Bis heute ist dieses „traditionelle“ Staatsnotrecht periodisch auch in der Bundesrepublik präsent: So setzte sich bei der Bewältigung der Flutkatastrophe (1962) Innensenator Helmut Schmidt „unter Umgehung aller Vor-

4. Die staatsrechtliche Kontroverse um den „Hüter“ der Verfassung (Kelsen / Schmitt)

schriften... zum Befehlshaber von Polizei und Bundeswehr“ ein (Voigt 2019, S. 116). „Übergesetzliche Notstände“ wurden später beim „Fall Dachsner“ (Androhung von Folter durch die Polizei in einem Entführungsfall) und beim Flugzeugabschuss im Rahmen des 9/11-Szenarios diskutiert, auch schon von Bundeskanzler Helmut Kohl 1992 angesichts dramatisch steigender Flüchtlingszahlen und der anfänglichen Weigerung der SPD, eine Änderung von Art. 16 GG mitzutragen (später als „Asylkompromiss“ mit Art. 16a erfolgt).

Demgegenüber standen in Weimar die (wenigen) demokratischen Staatsrechtler in relativ geschlossener Ablehnungsfront: Vor allem Preuß und Kelsen erwiesen sich als „Hardliner des demokratischen Verfassungsstaats“, wonach die „Rechtsbindung aller Staatsgewalt auch in der Krise nicht mit dem Hinweis auf die Souveränität des Staates, die Staatsraison oder das Existenzrecht des Staates unterlaufen werden durfte“ (Groh 2010, S. 534). Nur Hermann Heller (1891–1933) – später beim Prozess vor dem Staatsgerichtshof Gegner Schmitts, in seinem Verständnis von staatlicher Souveränität diesem aber nicht unähnlich – machte hier die Ausnahme (Groh, ebd.; zu Anschütz, Thoma, Nawiasky auch S. 502).

4. Die staatsrechtliche Kontroverse um den „Hüter“ der Verfassung (Kelsen / Schmitt)

Mit Kelsens „Wiener Schule“ war eine neo-positivistische Staatslehre zu einem radikalen Höhepunkt gelangt und zugleich eine moderne Theorie der Demokratie als Verfahren einer pluralistischen Gesellschaft vorgelegt worden (insgesamt m.w.N. van Ooyen 2003, 2015 und 2017), gegen die die in ontischen Einheiten von „Staat“ und „Volk“ denkenden deutschen Staatsrechtler Sturm liefen. Selbst die wenigen Sozialdemokraten unter ihnen wie Heller polemisierten gegen Kelsens „juristisches Weltbild... aus den ausgeblasenen Eiern reiner Rechtsformen“ (Heller 1926, S. 301). Die mehrheitlich konservativen Staatsrechtler aber positionierten sich mit ihrer Gegnerschaft zum liberal-demokratischen Positivismus ganz überwiegend zugleich gegen die Weimarer Demokratie. Der deutschnationale Rudolf Smend (1882–1975), einer der führenden Staatslehrer, der zudem Schmitt protegierte, verfasste genau deshalb 1928 seine bis heute einflussreiche, aber antipluralistische „Integrationslehre“. Fasziniert u.a. durch die „Integrationsleistung“ des italienischen Faschismus (Smend 1955, S. 141) wäre der eigentliche Zweck einer Verfassung die Integration zur Gemeinschaft als politischer Einheit. Mit „Verfassung und Verfassungsrecht“

brachte Smend wie Schmitt mit „Legalität und Legitimität“ (1993a) so eine vermeintlich „wahre“ (legitime) Verfassung gegen das positive Verfassungsrecht Weimars in Stellung. Für Kelsen war diese Verfassungslehre eine Staatstheorie des Verfassungsbruchs (Kelsen 1930, S. 90).

Kelsens Theorie des Verfassungsgerichts als *eines* „Hüters der Verfassung“ ist dann am radikalsten von Schmitt kritisiert worden – sein schärfstes und bis heute wirkmächtigstes Argument war die Unvereinbarkeit von Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie. Der sozialdemokratisch-liberale Kelsen, vormals selbst Richter an dem von ihm entworfenen österreichischen Verfassungsgerichtshof und 1930 mit Unterstützung des Oberbürgermeisters Konrad Adenauer (1876–1967) nunmehr an die neue Universität Köln geholt (Dreier 1993, S. 714), verteidigte in einer Replik gegen Schmitt erneut die Verfassungsgerichtsbarkeit: dies nicht einfach im Sinne einer „Krönung des Rechtsstaats“, sondern vor allem demokratietheoretisch als ein genuines Element pluralistisch-parlamentarischer Parteiendemokratie (Kelsen 2019b).

1928 schon hatte Schmitt gegen Kelsen gerichtet seine einflussreiche „Verfassungslehre“ (Schmitt 1993b) veröffentlicht, Liberalismus/Parlamentarismus und Demokratie als unvereinbare Gegensätze konturiert. Parallel hierzu legte Kelsen 1929 (1981c) wiederum eine fundamentale theoretische Begründung und Verteidigung der liberal-parlamentarischen Demokratie vor. Der Streit der beiden „Großmeister“ um den „Hüter“ war letztlich daher ein fundamentaler Streit über Verfassung, Ausnahmezustand und die Theorie der Demokratie.

5. Die Tradition des preußischen Etatismus

Auf der Wiener Tagung eröffnete zunächst der deutschnationale „Altmeister“ des Staatsrechts, Heinrich Triepel (1868–1946) das Thema mit einer ambivalenten Haltung zur Staatsgerichtsbarkeit, die typisch für die tradierte, hegelianisch geprägte deutsche Staatslehre war. Triepel lehnte zwar im Gegensatz zu Schmitt als *Staats-Rechtler* die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht grundsätzlich ab, doch als „*Staats-Rechtler*“ befürwortete er sie auch nicht vorbehaltlos. In seinem Verständnis von Staat, Politik und Recht blieb ein Rest von „hoher“, „schöpferischer“, „irrationaler“ Politik im Sinne Hegels, sodass das „Wesen der Verfassung... bis zu gewissem Grade mit dem Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Widerspruch (steht)“ (Triepel 1929, S. 7f.; auch 1927). Wahre, weil souveräne Politik ist damit der Justiziabilität entzogen; und im Notstand bricht der Staat als Schöpfer des

Rechts die positive Verfassung. Triepels Position des rechtshegelianisch gewendeten preußischen Etatismus (insgesamt: Gassner 1999) lässt sich 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 fügte sich in dieses Bild, dass Triepel kurz zuvor die für weite Teile der Staatslehre typische Ablehnung der Parteiendemokratie formuliert hatte, indem er die →Parteien als „Symptom einer Krankheit“ und „Entartung“ begriffen, schließlich mit dem Staat als Gemeinwohl für unvereinbar und „extrakonstitutionell“ erklärt hatte (Triepel 1928, S. 35, 29 bzw. 36). Sein konservativer Etatismus lässt sich als Relikt einer zu dieser Zeit schon überholten Staatslehre des 19. Jahrhunderts begreifen, die den politischen Neuerungen begrifflich eher hilflos gegenüberstand. Anders nun bei Kelsen und Schmitt: Denn Kelsen richtete hiergegen seine politische Theorie des pluralistisch-demokratischen Verfassungsstaats ohne souveräne Macht, die in einer entontologisierten „Staatslehre ohne Staat“ (Kelsen 1981a, S. 208) und Demokratietheorie ohne „Volk“ gipfelte (Kelsen 1981 b und c; 1993); und Schmitt setzte genau deshalb dem Begriff des Staates seinen Begriff des Politischen *vor*aus (Schmitt 1996b, S. 20), den er dann vom „→Ausnahmestand“ her gedacht in der „Souveränität des Volkes“ totalisierte.

6. Kelsens „Hüter“ der pluralistischen Demokratie

Ein Verfassungsgericht nicht als Widerspruch, sondern vielmehr als Garanten der Demokratie zu begreifen, findet ihren genuinen Ausdruck in der von Kelsen postulierten Kompetenz allgemeiner Normenkontrolle (s.u.). Bemerkenswert hieran ist, dass das Verfassungsgericht bei Kelsen zwar selbstverständlich ein „Hüter der Verfassung“ ist, aber nicht im Sinne der traditionellen Entgegensetzung von Recht und Politik.

Da Kelsen die Verfassung als Ausdruck der politischen Machtverhältnisse begreift, ist die Funktion der Verfassung in einer pluralistischen Gesellschaft die einer „Vereinssatzung“ (van Ooyen 2003). Diese lenkt den Kampf der politischen Gruppen durch die Festlegung von Spielregeln in „zivilisierte“, d.h. „rationale“, berechenbare Verfahrensabläufe. Hierüber vollzieht sich die Herstellung des „Gemeinwohls“ als „Resultierende“ des pluralistischen Kräftespiels: der zwischen Mehrheit und Minderheit ausgehandelte Gesetzesbeschluss des Parlaments als dem primären Ort einer par-

teipolitisch organisierten pluralistischen Demokratie. Zugleich ist die Verfassung in der Festlegung dieser Regeln auch der Minimalkonsens, auf den sich die politischen Gruppen geeinigt haben. Denn die politischen, sozio-ökonomischen, ethnischen und religiösen Gruppen im imperialen Habsburger „Vielvölkerstaat“ vor Augen fragte Kelsen radikal danach, was die Menschen politisch miteinander überhaupt verbindet. So werde erst durch die Verfassung die „Einheit“ des „Staates“ in einer pluralistischen Gesellschaft in einem bloß normativen Sinn begründet. Als die gegenüber dem einfachen Gesetz höherrangige Norm ist sie die Norm der Normerzeugung – also das Regelwerk, das die Regeln enthält, wie Regeln erzeugt werden (Kelsen 2019a, S. 6f.). Und aus dieser funktionalen Sicht der Verfassung bei Kelsen „hütet“ das Verfassungsgericht nicht eine vermeintliche substanzialisierte politische Einheit „Staat“ oder „Volk“, sondern „nur“ die Garantie der offenen, pluralistischen Struktur von Gesellschaft und politischem Prozess. Dies, indem es darüber wacht,

- dass der politische Prozess der Gruppen sich in den vereinbarten „Spielregeln“ (= Verfassung) vollzieht (also nicht der formelle / materielle Rahmen für Mehrheitsbeschlüsse gesprengt wird) und
- dass nicht einfach eine Änderung der Regeln vorgenommen wird, wie Regeln gesetzt werden, d.h. keine Änderung der Verfassung jenseits der zuvor festgelegten Bedingungen möglich ist (und damit kein fundamentaler Eingriff in die existenziellen Rechte der Minderheiten ohne deren vorhergehende Zustimmung erfolgt; vgl. heute z.B. Art. 79 II GG).

Da den Minderheiten in der Demokratie eine zentrale Bedeutung zukomme, mache deren Schutz durch den Vorrang der Verfassung die Kernfunktion von Verfassungsgerichtsbarkeit aus (Kelsen 2019a, S. 51). Und nur wenn es eine unabhängige Institution gebe, die im Rahmen einer Normenkontrolle Rechtsnormen – und zwar gerade Parlamentsgesetze – wegen Unvereinbarkeit mit der Verfassung kassieren könne, habe man ein wirksames Instrument zur Durchsetzung der Verfassung an der Hand. Daher müsse dies einem besonderen Verfassungsorgan zugewiesen werden, das gegenüber Parlament und Regierung mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet sei (Kelsen 2019b, S. 58ff.). Ob diese Einrichtung noch als Gericht und seine Tätigkeit als „echte Justiz“ bezeichnet werden könne, oder ob es sich nicht vielmehr um eine „politische“ Instanz handle, sei nach diesem funktionalen Kontext der Kontrolle von Macht unerheblich (Kelsen 2019b, S. 66f.). Aus dem Zweck der Verfassungsgerichtsbarkeit zum Schutz der Minderheiten ergebe sich zugleich, dass die Klagebefugnis zugleich als Oppositionsrecht ausgestaltet sein müsse (Kelsen 2019a, S. 45);

erst recht in einem parlamentarischen Regierungssystem (vgl. heute Art. 93 I 2 GG). Dabei komme dem „Hüter“ zwar eine „Schiedsrichterrolle“ im Interessenstreit der politischen Gruppen in Parlament und sonstigen Verfassungsorganen zu. Ohne Zweifel aber sei das Verfassungsgericht auch ein „politisches“ Organ, auf das Interessen einwirken und das zugleich über seine erheblichen Kompetenzen selbst solche formuliere, also Macht ausübe. Eine über der Gesellschaft entrückt stehende Verfassungsgerichtsbarkeit i.S. der „pouvoir neutre“ erweist sich aus Kelsens Sicht des Politischen ebenso als „Staatstheologie“, wie ein über dem Parteienstreit schwebender Präsident. Daher solle das Verfassungsgericht durch das Parlament gewählt werden und zwar gerade so, dass „die verhältnismäßige Stärke der Parteien zu berücksichtigen ist“ (Kelsen 2019a, S. 27). Die Verfassungsgerichtsbarkeit sei auch nicht unvereinbar mit der Gewaltenteilung, sondern vertiefe sie sogar. Kelsen sah, dass der Gewaltenteilung der konstitutionellen Monarchie ein verkürztes Verständnis zu Grunde lag, das dem Monarchen im Kampf gegen die Demokratisierung die Exekutivgewalt als parlamentsunabhängige Domäne sichern sollte (Kelsen 1993, S. 258f.). Die Funktion der Gewaltenteilung, durch Verhinderung von Machtmissbrauch die Freiheit zu sichern, ziele gerade nicht auf eine dogmatische „Trennung“, sondern auf eine Kontrolle mittels „Teilung“ von Macht im Sinne von „Gewaltenschränkung“ durch ein ausbalanciertes System gegenseitiger Eingriffsrechte (Kelsen 2019a, S. 25). Als „negativer Gesetzgeber“ teile sich das Verfassungsgericht daher die Legislativgewalt mit dem Parlament (nicht anders als etwa in Bundesstaaten auch mit einer zweiten Kammer). In diesem Funktionsverständnis könne die Gewaltenteilung als moderne Entsprechung der seit der Antike diskutierten „gemischten Verfassung“ zur Mäßigung von Macht verstanden werden (Kelsen 1993, S. 256). Das Verfassungsgericht ist daher für Kelsen gar nicht *der* „Hüter“ der Verfassung. So wenig in einer pluralistischen Gesellschaft ein „Souverän“ existiere, so wenig könne es *den* Hüter der Verfassung geben; es sei eben nur *ein* „Hüter“, der sich die Macht mit anderen politischen Mächten (und „Hütern“) teile. Diese stehen, wie es etwa auch die amerikanische Verfassungstheorie formuliert, in einem wechselseitigen Verhältnis von „checks and balances“. Das Spannungsverhältnis i.S. der „countermajoritarian difficulty“ ist daher der Verfassungsgerichtsbarkeit nach Kelsen demokratietheoretisch immanent (Ely 1980).

7. Schmitts präsidentialer „Hüter“ der politischen Einheit und Kelsens Replik

Verfassungsgerichtsbarkeit, Gewaltenteilung, Demokratie, Recht und Politik sind nicht nur keine Fundamentalgegensätze. Vielmehr erscheint die Normenkontrolle „geradezu als Resultante aus pluralistischem Demokratiekonzept, Vorrang der Verfassung und Gewaltenteilung“ (Gusy 1985, S. 32). Dass daher bei Kelsen „alle zuständigen ‚Organe‘ gleichmäßig ‚Hüter der Rechtsordnung‘ sind“ (Schmitt 1993c, S. 18) – das und die hierhinter stehende Idee der Demokratie hatte Schmitt wiederum als einer der ganz wenigen Staatsrechtler damals überhaupt begriffen und deshalb seinen präsidentialen „Hüter“ in Stellung gebracht. Schmitt kritisierte Kelsens „Hüter“ mit drei Argumenten. Danach verstoße die Verfassungsgerichtsbarkeit

1. gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung,
2. vermische sie in unzulässiger Weise Politik und Recht und sei schließlich
3. überhaupt mit der (Volks-)Souveränität als dem Wesen des Politischen unvereinbar.

Als negative Folie begriffen erweist sich die Schmittsche Konzeption des Reichspräsidenten als „Hüter“ der souveränen und homogenen politischen Einheit „Volk“ tatsächlich als der konsequenteste Gegenentwurf. Für Schmitt allerdings ist die Verfassung gar kein Rechtsbegriff, sondern die vom „Ausnahmestand“ her gedachte „Freund-Feind-Entscheidung“ des Volkes als homogener und souveräner politischer Einheit (1996b und d) – sein „Hüter“ der des Volkswillens im Sinne einer *volonté général* (insgesamt Thiele 2003). Dieser äußere sich daher auch nicht in formalen demokratischen Verfahren – schon gar nicht in denen des Parlamentarismus –, sondern etwa durch Akklamation (Schmitt 1993b, S. 243ff.). Das Politische – d.h. der „Souverän“ – geht so der Verfassung (im Sinne der Summe der Verfassungsgesetze) voraus; es kann als das „formlos Formende“ (Schmitt 1993b, S. 81) jederzeit, schöpferisch und sich selbst erschaffend wie ein irdischer Gott, deren Legalität im „Ausnahmestand“ suspendieren oder gar neu schöpfen. Insoweit löst das Politische bei Schmitt „souverän“ die Verfassung als Rechtsbegriff permanent auf; und nicht von ungefähr bezeichnet er selbst seine Theorie ja als „Politische Theologie“ (Schmitt 1996d). Konsequenter folgt hieraus die rigorose Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit, weil über das „souveräne“ Politische nicht justizförmig gerichtet werden kann. Schmitts „Hüter“ kann daher keine „juristische“, sondern nur eine „politische“ Instanz sein. Damit schied ein Gericht, etwa der nach Art. 108 WRV errichtete Staatsgerichtshof beim Reichsgericht in

Leipzig, als „Hüter“ aus. Der Reichstag als politische Instanz war dagegen für Schmitt infolge der pluralistischen Parteiendemokratie Ausdruck eines „degenerierten“ und überholten Parlamentarismus, den er ohnehin als Teil des politischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts mit echter Demokratie für unvereinbar hielt (Schmitt 1996c). So blieb im Weimarer Institutionengefüge nur der Reichspräsident. Er ist für Schmitt die „neutrale Gewalt im pluralistischen Parteienstaat“ (Schmitt 1996a, Überschrift zu Kap. III.2; auch 1993a, S. 85ff.), in der Einheit der Person schon die politische Einheit symbolisierend und plebiszitär legitimiert. Direkt gegen Kelsens entontologisierte Staats- und Verfassungslehre einer an Verfahren ausgerichteten Demokratie gerichtet kritisierte Schmitt polemisch die „Neutralisierungen“ der Substanz der politischen Einheit durch die pluralistischen „Wucherer“ (Schmitt 1994, S. 164). Denn „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 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“ (Schmitt 1996a, S. 63). Dagegen ließe sich aber nur „auf den Satz *pacta sunt servanda*... keine Einheit des Staates gründen, denn die einzelnen sozialen Gruppen als vertragsschließende Subjekte sind dann als solche die maßgebenden Größen, die sich des Vertrages bedienen und untereinander nur noch durch ein vertragliches Band gebunden sind. Sie stehen als selbstständige politische Größen einander gegenüber, und was es als Einheit gibt, ist nur das Resultat eines... kündbaren Bündnisses“ (Schmitt 1994, S. 164).

Daraus folgte für Schmitt die Unmöglichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit, denn 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 hemmungslose Expansion der Justiz würde nicht etwa den Staat in Gerichtsbarkeit, sondern umgekehrt die Gerichte in politische Instanzen verwandeln. Es würde nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert. Verfassungsjustiz wäre dann ein Widerspruch in sich“ (Schmitt 2003, S. 98; auch Schmitt 1996a Kap. I4c).

In seiner Replik entgegnete Kelsen:

Dass mit dem Reichspräsidenten als „Hüter“ keine gute Wahl getroffen sei, zeige sich nicht nur an der überholten Lehre der obrigkeitsstaatlichen konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts, der Schmitt verhaftet bleibe. Vielmehr könne von einer „neutralen Instanz“ kaum gesprochen werden, wenn man sich das „unter Hochdruck parteipolitischer Strömungen gewählte Staatsoberhaupt“ (Kelsen 2019b, S. 63) in Weimar vor Augen führe. Es mache aber aus der Funktion der Verfassung heraus betrachtet gar keinen Sinn, ausgerechnet die Institution zum Schutz der Verfassung zu bestellen, von der wegen ihrer umfangreichen Kompetenzen gerade einen Verfassungsbruch am ehesten erwartet werden müsse (Kelsen 2019b, S. 59; auch 2019a, S. 23).

Aufgrund des funktionalen Verständnisses ist für Kelsen das Problem von Politik und Justiz überhaupt ein Scheinproblem. Denn dieses resultiere entweder aus dem verkürzten Gewaltenteilungsbegriff der konstitutionellen Monarchie (s.o.). Oder es zeige sich als Folge eines Verständnisses von „hoher Politik“, indem das Politische gegenüber dem Recht metaphysisch überhöht werde („Souveränität“), sodass sich Politik diesem als nicht „justiziabel“ überhaupt entziehe und die Verfassung gar nicht mehr als Rechtsbegriff verstanden werde. Schmitt gehe daher „von der irrigen Voraussetzung aus, dass zwischen der Funktion der Justiz und politischen Funktionen ein Wesensgegensatz bestehe, dass insbesondere die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen... ein politischer Akt, ... dass solche Tätigkeit nicht mehr Justiz sei... Erblickt man das Politische in der Entscheidung von Interessenkonflikten, in der Dezision – um in der Terminologie von C. S. zu sprechen –, dann steckt in jedem richterlichen Urteil bald mehr bald weniger ein Dezisionselement, ein Element der Machtausübung... Die Meinung, dass nur die Gesetzgebung, nicht aber die echte Justiz politisch sei, ist ebenso falsch wie die, dass nur die Gesetzgebung produktive Rechtserzeugung, die Gerichtsbarkeit aber nur reproduktive Rechtsanwendung sei... Indem der Gesetzgeber den Richter ermächtigt, innerhalb gewisser Grenzen gegensätzliche Interessen gegeneinander abzuwägen und Konflikte zu Gunsten des einen oder des anderen zu entscheiden, überträgt er ihm eine Befugnis zur Rechtsschöpfung und damit Macht, die der richterlichen Funktion denselben politischen Charakter gibt, den die Gesetzgebung – wenn auch in höherem Maße – hat“ (Kelsen 1996b, S. 67).

Handle es sich bei der Teilung von Macht als Kontrolle von Herrschaft um ein zentrales politisches Phänomen, dann sei ein Verfassungsgericht eben genauso eine politische Institution wie Parlament, Regierung und

Präsident; der aus dem Dualismus von Politik und Recht abgeleitete Widerspruch des Begriffs „Verfassungsjustiz“ löse sich als Spiegelfechtereie auf.

Schließlich benannte Kelsen den tieferen Grund, Parlamentarismus und Verfassungsgerichtsbarkeit für unvereinbar mit der Demokratie zu erklären und den Reichspräsidenten zum „Hüter“ zu bestimmen – die Ablehnung der Demokratie als Verfahren und Institution des Ausgleichs pluralistischer Interessen (Schmitt 1993b, S. 83 bzw. 243ff.; Caldwell 1997, S. 115f.): So würden bei Schmitt aus „dem pluralistischen System... unversehens die staatsauflösenden Methoden des pluralistischen Parteienstaats, die verfassungszerstörenden Methoden des pluralistischen Systems und schließlich: der verfassungswidrige Pluralismus, gegen den Staat zu retten, die Aufgabe des Reichspräsidenten ist. Die Verfassung, das sind nicht die die Organe und das Verfahren der Gesetzgebung sowie die Stellung und Kompetenz der höchsten Vollzugsorgane regelnden Normen, das sind überhaupt keine Normen oder Gesetze. Verfassung; das ist ein Zustand, der Zustand der Einheit des deutschen Volkes. Worin diese Einheit... besteht, das wird nicht näher bestimmt... An Stelle des positivrechtlichen Verfassungsbegriffes schiebt sich die Einheit als ein naturrechtliches Wunschideal. Mit dessen Hilfe kann man das pluralistische System, dessen Schauplatz das Parlament ist, und damit die Funktion dieses Trägers der Verfassung, weil sie die – an Stelle der Verfassung getretene – Einheit zerstört oder gefährdet, als Bruch, die Funktion des Staatsoberhauptes, weil sie diese Einheit wieder herstellt oder verteidigt, als Hütung der Verfassung deuten“ (Kelsen 2019b, S. 103).

Und so sei „der eigentliche Sinn der Lehre vom *pouvoir neutre* des Monarchen, die C. S. auf das republikanische Staatsoberhaupt überträgt, dass sie die effektiv vorhandene, radikale Interessengegensätzlichkeit verhüllen soll, die sich in der Tatsache der politischen Parteien... ausdrückt. In einer scheidemokratischen Fassung lautet die Formel dieser Fiktion etwa so: Das den Staat bildende Volk ist ein einheitliches homogenes Kollektiv, hat also ein einheitliches Kollektivinteresse, das sich in einem einheitlichen Kollektivwillen äußert. Diesen jenseits aller Interessengegensätze und sohin über den politischen Parteien stehenden Kollektivwillen – es ist der wahre Staatswille – erzeugt nicht das Parlament; dieses ist Schauplatz der Interessengegensätze, parteipolitischer – C. S. würde sagen pluralistischer – Zersplitterung“. (Kelsen 2019b, S. 93). Die Schmittsche Annahme eines substanzhaften „Volkswillens“ sei daher eine Ideologie mit totalitärer Implikation (Kelsen 2019b, S. 81; Schmitt 1996a, S. 73 ff.), die letztlich auf die Totalität der politischen Einheit als Gegensatz zur pluralistischen Gesell-

schaft ziele (Kelsen 2019b, S. 81) – und damit auf die Beseitigung der positiven Rechtsordnung in Form der Weimarer Verfassung.

8. *Der Staatsgerichtshof – kein „Hüter“: Schmitts und Kelsens Kritik am „Preußenschlag-Urteil“*

Mitte 1932 „rückt Schmitt zum ‚Kronjuristen‘ des Präsidialsystems auf. Wer sonst hatte auch jahrelang konsequent für die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten argumentiert?“ (Mehring 2009, S. 292). Dabei ist „heute weitgehend gesichert, dass Schmitt eine Machtübergabe... Hitlers ablehnte und verhindern wollte“, wenn er „freilich auch nicht für den Weimarer Liberalismus und Parlamentarismus“ optierte (ebd., S. 301; ausführlich Seiberth 2001, S. 111ff.) Entgrenzt in Theorie und Praxis führte die „Diktaturgewalt“ des Reichspräsidenten zum „Staatsstreich“ von Papens (Bracher 1955, S. 491). Der Staatsgerichtshof beim Reichsgericht in Leipzig fällte 1932 ein „zweispältige(s) und scheinbar vermittelnde(s) Urteil“, das „am Ende doch vor den geschaffenen Fakten kapitulierte“ und so zu einem „Markstein“ des Untergangs Weimars wurde (Stolleis 1999, S. 121). Mit einem Kompromiss wollte man verfassungspolitisch weder den Weg in die Diktatur juristisch offen gebilligt haben, noch aber den Vorrang der Verfassung verteidigen. Die „Tradition eines obrigkeitstaatlichen Autoritätsbewusstseins“ verstärkte noch das „Zurückweichen des Staatsgerichtshofs vor der Notverordnungsgewalt eines Reichspräsidenten, der so persönlich nach Herkunft und Prestige auf jene Tradition hinwies“ (Bracher 1955, S. 559). Im Ergebnis war nun die wichtigste Bastion der SPD, die unter dem Ministerpräsidenten Otto Braun (1872–1955) geschäftsführende Minderheitsregierung in Preußen, entmachtet und die dualistische Gewalt zwischen Preußen und dem Reich in einer Hand. Damit war ein „zentrales Element der von der Reichsregierung angestrebten Verfassungsreform, die nicht auf Erhaltung, sondern auf Überwindung der WRV gerichtet war“, erreicht (Gusy 1997, S. 266).

Für Kelsen beinhaltete der „Preußenschlag“ folglich die Aufhebung der „beiden organisatorischen Grundprinzipien der Weimarer Verfassung: das Prinzip des Bundesstaates und das Prinzip der Demokratie“ (Kelsen 1932, S. 67; Seiberth 2001, S. 195ff.). Zwar stellte auch der Staatsgerichtshof in seiner Begründung die Verfassungswidrigkeit der Absetzung der preußischen Regierung als Reichsexekution nach Art. 48 I fest, hielt jedoch die Maßnahmen teilweise für gedeckt durch Art. 48 II. Zugleich verzichtete das Gericht darauf, die Verfassungswidrigkeit in den juristisch verpflicht-

tenden Teil des Urteilstenors aufzunehmen, so dass der Reichspräsident hierdurch unmittelbar gebunden gewesen wäre. Kelsen musste daher aus positivistischer Sicht feststellen, dass infolge der viel zu vagen Formulierung des Art. 48 II auch solch extensiven Interpretationen der präsidialen Kompetenzen zulässig blieben (ebd., S. 90f.). So bekäme Weimar letztendlich die „Quittung“ für die aus seiner Sicht zwei zentralen Versäumnisse der Verfassungskonstruktion: 1. die fehlende, begrenzende Konkretisierung des Art. 48 durch ein Verfassungsgesetz und 2. die völlig unzureichende Institutionalisierung eines starken Verfassungsgerichts mit klaren Kassationskompetenzen zum Schutz des Vorrangs der Verfassung. Dies treffe zudem auf eine Tradition des „Widerwillen(s)...., den die deutsche Jurisprudenz gegen eine derartige Rechtskontrolle der von ihr für außerrechtlich gehaltenen ‚politischen‘ Sphäre seit jeher gehabt hat“ (Kelsen 1932, S. 89).

Schmitt wiederum ging die Entscheidung nicht weit genug. Er hatte den „Preußenschlag“ als Maßnahme zur Wahrung der politischen Einheit gegen den pluralistischen Parteienbundesstaat in einer bürgerkriegsähnlichen Situation des Ausnahmezustands gerechtfertigt, der in die präsidiale Kompetenz nach Art. 48 fiel und sich gerichtlicher Kontrolle entzöge (m.w.N. Neumann 2015, S. 273f.). Mit der Übernahme der Prozessvertretung brachte er sich zwar selbst in die paradoxe Situation, den Staatsgerichtshof als justizförmige Instanz für *politische* Streitigkeiten anerkennen zu müssen (Hermanns 2018, S. 230). Dieser Widerspruch zu seiner eigenen Lehre schien ihm aber als Preis vielleicht hinnehmbar, wenn das Gericht dann seiner Konzeption einer unbeschränkten Diktaturgewalt des Reichspräsidenten gefolgt wäre. Vom praktischen Ergebnis her hatte Schmitt nun den Prozess für die Reichsregierung gewonnen, in puncto seiner Theorie des „Hüters der Verfassung“ jedoch zugleich verloren. Als Prozessbeteiligter hielt er sich zunächst mit Urteilskritik zurück und spannte vielmehr seinen Schüler Ernst Rudolf Huber (1903–1990) ein (m.w.N. Mehring 2009, S. 295ff.; Walkenhaus 1997, S. 94ff.), der schon als Helfer am Prozessgeschehen teilgenommen hatte. Mit Schmittschen Argumentationen zum „Hüter“ verfasste dieser nun eine Fundamentalkritik, die Schmitt im November 1932 dann selbst in seinem Vortrag über das Urteil des Staatsgerichtshofs wiederum übernahm (Mehring 2009, S. 296, 298; Huber 1932).

Staatstheoretisch war die Leipziger Entscheidung Ausdruck des überholten deutschen Etatismus im Sinne Triepels (s.o.), da man zwar Regierungshandeln juristisch durch ein Verfassungsgericht prüfen wollte, vor einem direkten gerichtlichen Eingreifen in die „souveräne“ Politik des Notstands

aber zugleich dann doch zurückscheute. Und genau deshalb waren sich Schmitt und Kelsen nun ausnahmsweise in ihrer Kritik am Urteil einig – wenn auch aus der jeweiligen Perspektive ihrer Theorie des „Hüters“. Rückblickend mag es zwar naiv anmuten, überhaupt und ausgerechnet von der Weimarer Justiz die Rettung der Republik durch Richterspruch zu erwarten, wie es vielleicht Teile der SPD erhofft hatten, indem sie „einen politischen Akt allein mit der Anrufung der Justiz beantworteten“ (Bracher 1955, S. 560; skeptisch auch Gusy, nicht nur wegen der generellen Rolle der Justiz, sondern auch weil der Staatsgerichtshof vorher Art. 48 zugunsten der republikanischen Kräfte ausgelegt und damit juristisch diesen Pfad schon beschritten hatte. Verfassungspolitisch betrachtet wäre zudem ein offenes Vorgehen gegen den Reichspräsidenten schwierig gewesen, der gerade in seiner zuvor erfolgten Wiederwahl „als einziger Damm gegen den nationalsozialistischen Zugriff auf das Präsidentenamt erschienen war“; 1997, S. 222). Diese Absicht aber gar den Kräften des Staatsstrechs zu unterstellen (Berthold 1999), die wie Schmitt und von Papen die parlamentarische Parteiendemokratie verachteten, erscheint abwegig – und z. T. auch der Selbststilisierung Schmitts nach 1945 geschuldet (Korioth 2000, S. 526). In der historischen Situation traf daher Kelsens Diktum von 1932 zu, dass, wer glaube, die Demokratie mit solch undemokratischen Mitteln verteidigen zu können, diese selbst schon beseitigt habe (Kelsen 2006; vgl. Voigt 2019, S. 116).

Literatur

- Anschütz, Gerhard (1933), *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Ndr., 14. Aufl., Bad Homburg u.a.
- Anter, Andreas (2012), *Max Webers Nachwirken in den politischen Debatten und der Verfassungspolitik der Bundesrepublik Deutschland*; in: van Ooyen/Möllers, Martin (Hrsg.), *Der Bundespräsident im politischen System*, Wiesbaden, S. 47–73.
- Berthold, Lutz (1999), *Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am Ende der Weimarer Republik*, Berlin.
- Blomeyer, Peter (1999), *Der Notstand in den letzten Jahren von Weimar*, Berlin.
- Bracher, Karl D. (1955), *Die Auflösung der Weimarer Republik*, 5. Aufl., Villingen.
- Caldwell, Peter (1997): *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham – London.

- Di Fabio, Udo (2019), Grundgesetz und Weimarer Verfassung. „Die Verfassung von Weimar war wehrhafter als man denkt“; Interview mit Christoph Heine-
mann im DLF vom 16.8.2019, www.deutschlandfunk.de/grundgesetz-und-weimarer-verfassung-die-verfassung-von-694.de.html?dram:article_id=456448
- Dreier, Horst (1993), Hans Kelsen (1881–1973). „Jurist des Jahrhunderts“?, https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Beitraege_24_Hans_Kelsen__Jurist_des_Jahrhunderts_1993.pdf (download 21.11.2019).
- Ely, John H. (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge.
- Fraenkel, Ernst (1965), „Martial Law“ und Staatsnotstand in England und USA; in: Ders. (Hrsg.), *Der Staatsnotstand*, Berlin, S. 138–164.
- Gassner, Ulrich M. (1999), *Heinrich Triepel*, Berlin.
- Groh, Kathrin (2010), *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Tübingen.
- Groh, Kathrin (2015), Legitimität im Jurisdiktionsstaat? Carl Schmitt und die Verfassungsgerichtsbarkeit; in: Voigt, S. 111–131.
- Gusy, Christoph (1985), *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin.
- Gusy, Christoph (1997), *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen.
- Gusy, Christoph (Hrsg.) (2000), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden.
- Gusy, Christoph (2018a), Die Weimarer Verfassung zwischen Überforderung und Herausforderung; in: Ders./van Ooyen/Wassermann, S. 57–83.
- Gusy, Christoph (2018b), *100 Jahre Weimarer Verfassung*, Tübingen.
- Gusy, Christoph/van Ooyen, Robert Chr./Wassermann, Hendrik (Hrsg.) (2018), *100 Jahre Weimarer und Wiener Republik – Avantgarde der Pluralismustheorie*, Berlin.
- Heller, Hermann (1926), Die Krisis der Staatslehre; in: *ASuS*, Nr. 2, S. 289–315.
- Hermanns, Stefan (2018), Carl Schmitts Rolle bei der Machtkonsolidierung der Nationalsozialisten, Wiesbaden.
- Huber, Ernst Rudolf (1932), *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, Osnabrück.
- Kelsen, Hans (1930), *Der Staat als Integration*, Wien.
- Kelsen, Hans (1932), Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932; in: *Die Justiz*, Nr. 2–3, S. 65–91.
- Kelsen, Hans (1981a), *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2. Neudr. der 2. Aufl. von 1928, Aalen.
- Kelsen, Hans (1981b), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2. Neudr. der 2. Aufl. von 1928, Aalen.
- Kelsen, Hans (1981c), *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Neudr. der 2. Aufl. von 1929, Aalen.
- Kelsen, Hans (1993), *Allgemeine Staatslehre*, Nachdruck der Aufl. von 1925, Wien.
- Kelsen, Hans (2006), *Verteidigung der Demokratie*; in: Ders., *Verteidigung der Demokratie*, hrsg. von Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius, Tübingen, S. 229–237.

- Kelsen, Hans (2019a), *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*; in: Ders., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, hrsg. von Robert Chr. van Ooyen, 2. Aufl., Tübingen, S. 1–57.
- Kelsen, Hans (2019b), *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*; ebd., S. 58–105.
- Kielmannsegg, Peter Graf (2018), *Der Reichspräsident – ein republikanischer Monarch?*; in: Dreier, Horst/Waldhoff, Christian (Hrsg.), *Das Wagnis der Demokratie*, München 2018, S. 219–240.
- Koriath, Stefan (2000), *Rettung oder Überwindung der Demokratie – Die Weimarer Staatsrechtslehre im Verfassungsnotstand 1932/33*; in: Gusy, S. 505–531.
- Lehnert, Detlef (2012), *Das pluralistische Staatsdenken von Hugo Preuß, Baden-Baden*.
- Lepsius, Oliver (2000), *Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik*; in: Gusy, S. 366–414.
- Mehring, Reinhard (2009), *Carl Schmitt*, München.
- Neumann, Volker (2015), *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen.
- Olechowski, Thomas (2018), *Hans Kelsen und die österreichische Verfassung*; in: APuZ, Nr. 34–35, S. 18–24.
- van Ooyen, Robert Chr. (2003), *Der Staat der Moderne*, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr. (2015), *Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht*; in: Ders./Möllers, Martin (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl., Wiesbaden, S. 169–187.
- van Ooyen, Robert Chr. (2017), *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, 2. Aufl., Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr. (2018a), „Weimar“ – ein Paradigmenwechsel; in: Gusy/van Ooyen/Wassermann, S. 84–94.
- van Ooyen, Robert Chr. (2018b), *Staatspräsident*; in: Voigt, S. 885–893.
- Schmetterer, Christoph (2018), *Die Entstehung der ersten Republik Österreich 1918–1920 aus rechtshistorischer Sicht*; in: Gusy/van Ooyen/Wassermann, S. 95–114.
- Schmitt, Carl (1993a), *Legalität und Legitimität*, 5. Aufl., Berlin.
- Schmitt, Carl (1993b), *Verfassungslehre*, 8. Aufl., Berlin.
- Schmitt, Carl (1993c), *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2. Aufl., Berlin.
- Schmitt, Carl (1994), *Staatsethik und pluralistischer Staat*; in: Ders., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939*, 3. Aufl., Berlin, S. 151–165.
- Schmitt, Carl (1996a), *Der Hüter der Verfassung*, 4. Aufl., Berlin.
- Schmitt, Carl (1996b), *Der Begriff des Politischen*, 6. Aufl., Berlin.
- Schmitt, Carl (1996c), *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 8. Aufl., Berlin.
- Schmitt, Carl (1996d), *Politische Theologie*, 7. Aufl., Berlin.

- Schmitt, Carl (2003), Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung; in: Ders.: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 4. Aufl., Berlin, S. 63–109.
- Schmitt, Carl (2006), Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung; in: Ders., Die Diktatur, 7. Aufl., Berlin, S. 211–257.
- Seiberth, Gabriel (2001), *Anwalt des Reiches*, Berlin.
- Sمند, Rudolf (1955), *Verfassung und Verfassungsrecht*; in: Ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, S. 119–276.
- Stier-Somlo, Fritz (1920), *Reichsverfassung*, 2. Aufl., Bonn.
- Stolleis, Michael (1999), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, München.
- Thiele, Ulrich (2013), *Advokative Volkssouveränität*, Berlin.
- Thiele, Ulrich (2018), *Ausnahmestand*; in: Voigt, S. 405–414.
- Triepel, Heinrich (1927), *Staatsrecht und Politik*, Berlin – Leipzig.
- Triepel, Heinrich (1928), *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin.
- Triepel, Heinrich (1929), *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*; in: *VVDStRL*, Bd. 5, Berlin – Leipzig, S. 2–29.
- Voigt, Rüdiger (2001), *Zwischen Mythos und Wirklichkeit. Zur Staatskonzeption von Carl Schmitt*; in: Ders. (Hrsg.), *Mythos Staat*, Baden-Baden, S. 35–57.
- Voigt, Rüdiger (Hrsg.) (2015), *Legalität ohne Legitimität?*, Wiesbaden.
- Voigt, Rüdiger (Hrsg.) (2018), *Handbuch Staat*, Wiesbaden.
- Voigt, Rüdiger (2019), *Ausnahmestand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur*; in: Ders. (Hrsg.), *Ausnahmestand*, 2. Aufl., Baden-Baden, S. 89–122.
- Voßkuhle, Andreas (2018), *Hugo Preuß als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus*; in: Gusy/van Ooyen/Wassermann, S. 39–56.
- Walkenhaus, Ralf (1997), *Konservatives Staatsdenken*, Berlin.
- Wendenburg, Helge (1984), *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Göttingen.