

Recht oder Politik?

Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse
zur Verfassungsgerichtsbarkeit
und die heutige Lage

Von
Dieter Grimm



DIETER GRIMM

Recht oder Politik?

Carl-Schmitt-Vorlesungen

Band 4

Herausgegeben von der Carl-Schmitt-Gesellschaft e.V.

Recht oder Politik?

Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse
zur Verfassungsgerichtsbarkeit
und die heutige Lage

Von

Dieter Grimm



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Die vierte Carl-Schmitt-Vorlesung
„Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse über Verfassungsgerichtsbarkeit
aus heutiger Sicht“ wurde von Dieter Grimm
am 2. November 2017 im Tieranatomischen Theater der Charité
in Berlin gehalten.

Das Motiv auf dem Umschlag zeigt den Bundesadler
im Bundesverfassungsgericht (© Bundesverfassungsgericht /
foto USW. Uwe Stohrer, Freiburg)

Alle Rechte für die deutsche Übersetzung vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2367-1149
ISBN 978-3-428-18099-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58099-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Carl Schmitt-Vorlesung muss sich nicht notwendig mit Carl Schmitt beschäftigen. Aber diesmal lag es nahe, weil die berühmte Weimarer Kontroverse zwischen ihm und Hans Kelsen über Nutzen und Schaden der Verfassungsgerichtsbarkeit neue Aktualität erlangt hat. Nachdem es in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu einer weltweiten Ausbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit gekommen war, macht sich seit der Jahrhundertwende wieder eine Gegenbewegung bemerkbar, die über die immer vorhandene Kritik an einzelnen Urteilen oder ganzen Rechtsprechungslinien hinausgeht und zur Beschneidung oder gar Abschaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit auffordert. Was in vielen Ländern bisher eine wissenschaftliche und publizistische Meinung bleibt, wird von Staaten, in denen populistische Parteien an die Macht gelangt sind, aber bereits in politische Maßnahmen übersetzt. Verfassungsgerichte werden kompetenziell beschränkt oder personell auf Parteilinie gebracht. Im ersten Teil der Vorlesung geht es um die Auseinandersetzung der beiden Antipoden, im zweiten um die heutige Lage der Verfassungsgerichtsbarkeit. Dabei wird sich zeigen, dass die Argumente von gestern nicht die von heute sind. Zusammengehalten werden die beiden Stationen jedoch durch die übergreifende Fragestellung, ob Verfassungsrechtsprechung zum Recht oder zur Politik gehört. Sie ist bis heute umstritten. Die Vorlesung möchte zu ihrer Klärung beitragen.

Dieter Grimm

Inhaltsverzeichnis

I. Die historische Kontroverse	9
II. Die heutige Lage	29
Namenregister	50

I. Die historische Kontroverse

In seiner 1928 erschienenen „Verfassungslehre“ hatte Carl Schmitt für die Verfassungsgerichtsbarkeit nur ein paar verstreute Bemerkungen, meist im Kleindruck, übrig. Ein Jahr später war sie zu seinem Hauptthema geworden. 1929 publizierte er den Beitrag „Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung“ in der Reichsgerichts-Festschrift, der nach eigenem Bekunden im August 1928 abgeschlossen war, und einen weiteren Aufsatz mit dem Titel „Der Hüter der Verfassung“ im Archiv des öffentlichen Rechts. Diesen weitete er 1931 zu einem Buch mit demselben Titel aus. Hatte das Thema plötzlich Brisanz gewonnen? War es gar erst nach der Arbeit an der Verfassungslehre, der Schmitt sich in der zweiten Hälfte des Jahres 1927 gewidmet hatte, ins Blickfeld der Staatsrechtslehre gerückt?

Nichts davon trifft zu. Das Thema stand seit den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung auf der Tagesordnung.¹ Im Verfassungsausschuss fand der Preußische Entwurf Kritik, weil er zwar einen Staatsgerichtshof, aber keine Normenkontrolle für Reichsgesetze, nur für Landesrecht vorsah. Der entsprechende Artikel folgte auf die Bestimmung „Reichsrecht bricht Landesrecht“, diente also ihrer Durchsetzung im Streitfall. Die Prüfungskompetenz sollte durch Gesetz einem obersten Gerichtshof des Reiches zugewiesen werden. Eine Kompetenz zur Prüfung von Reichsgesetzen hielt Preuß für überflüssig, weil in Deutschland ohnehin jeder Richter die Befugnis habe, Reichsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.

Das wurde von verschiedenen Ausschussmitgliedern bestritten, sogar als logisch unmöglich bezeichnet. Die Diskussion mündete in

¹ Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336, S. 483 ff. Vgl. *Helge Wendenburg*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Göttingen 1984, S. 43 ff.; *Jörg-Detlef Kühne*, Die Entstehung der Weimarer Verfassung, Düsseldorf 2018, S. 74 ff.; *Christoph Gusy*, 100 Jahre Weimarer Verfassung, Tübingen 2018, S. 68 ff.

einen interfraktionellen Antrag, dem Staatsgerichtshof die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen auf Antrag von einhundert Reichstags-Abgeordneten zu übertragen. Bei Stimmengleichheit zu vorgerückter Stunde, einige Ausschussmitglieder hatten die Sitzung bereits verlassen, wurde der Antrag nicht angenommen. Die Befürworter behielten sich vor, ihn in der nächsten Lesung und gegebenenfalls im Plenum weiter zu verfolgen. Dazu kam es aber in der Hektik der Schlussberatungen nicht mehr. Die Frage war also offen geblieben. Ihr widmete sich nun die Staatsrechtslehre mit besonderem Eifer. Von Hippel zählt nicht weniger als 65 Beiträge zu diesem Thema.² Unter anderem war es Gegenstand der Gründungskonferenz der Staatsrechtslehrervereinigung 1922 und mehrerer deutscher Juristentage.³

Die Aufmerksamkeit, welche gerade dieses Thema erregte, erklärt sich daraus, dass es politisch aufgeladen war. Dem richterlichen Prüfungsrecht wurde Bedeutung für das Schicksal des Verfassungsprojekts zugeschrieben. Dementsprechend verlief die Front entlang der Einstellung zur Weimarer Republik. Weimar-kritische konservative Juristen, die sich im Kaiserreich noch gegen das richterliche Prüfungsrecht ausgesprochen hatten, waren nun dafür, weil sie ein von linken Kräften beherrschtes Parlament fürchteten und in der konservativen Richterschaft ein Gegengewicht erblickten, während demokratisch gesonnene Juristen gerade dies fürchteten und zur Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechts neigten, um die parlamentarische Gesetzgebung vor einer parlamentsskeptischen Justiz zu schützen. Die parlamentarische Demokratie war also der eigentliche Gegenstand des Streits, der sich nach dem Inkrafttreten der Verfassung in der Debatte um das richterliche Prüfungsrecht fortsetzte.

Die Diskussion war Carl Schmitt selbstverständlich bekannt. In der „Verfassungslehre“ wird auf einige markante Beiträge Bezug genommen. Das Thema gewann allerdings durch die Rechtsprechung

² *Ernst von Hippel*, Das richterliche Prüfungsrecht, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, Tübingen 1932, S. 554f., Fn. 32 und 33.

³ *Richard Thoma*, Das richterliche Prüfungsrecht, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* (im Folgenden: AöR) 43 (1922), S. 267; 32. Deutscher Juristentag 1921; 33. DJT 1924; 34. DJT 1926.

erhöhte Bedeutung. In seinem Aufsehen erregenden Urteil im Aufwertungsstreit nach der Hyperinflation nahm das Reichsgericht das Recht in Anspruch, Reichsgesetze nicht nur auf formelle, sondern auch materielle Vereinbarkeit mit der Verfassung zu prüfen.⁴ Aber auch dieses Urteil lag bei der Niederschrift der „Verfassungslehre“ bereits vor. Es war im November 1925 ergangen. Die Staatsrechtslehrrer-tagung und der Deutsche Juristentag beschäftigten sich 1926 damit.⁵ Der DJT sprach sich einstimmig für eine von den Berichterstattern Anschütz und Mende vorgeschlagene Verfassungsänderung aus. Ende 1926 wurde dem Reichstag ein entsprechender Gesetzentwurf des Reichsjustizministeriums zugeleitet.⁶

Auch politische Ereignisse, die Schmitts plötzlich erwachtes Interesse an der Verfassungsgerichtsbarkeit erklären könnten, sind zwischen der „Verfassungslehre“ und dem AöR-Aufsatz nicht sichtbar. Zwar gingen die „Goldenen Jahre“ der Weimarer Republik 1929 zu Ende. Doch standen der Sturz der letzten parlamentarischen Regierung und der Übergang zu den vom Wohlwollen und den Notstands-befugnissen des Reichspräsidenten abhängigen Präsidialkabinetten noch bevor, als Schmitt sich intensiver der Verfassungsgerichtsbarkeit zuwandte. Es ist also wohl doch Hans Kelsens entschiedene Stellungnahme zu Gunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit auf der Wiener Staatsrechtslehrrer-tagung vom April 1928⁷, die Schmitt dazu herausforderte, seine Position zur Verfassungsgerichtsbarkeit näher zu bestimmen.⁸

⁴ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 111, 320.

⁵ Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinn des Art. 109 der Reichsverfassung, Berichte von *Erich Kaufmann* und *Hans Nawiasky*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL) 3 (1927), S. 2–24 und 25–43; Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs auf andere als die in Art. 19 Abs. 1 RV bezeichneten Verfassungsstreitigkeiten auszudehnen?, in: 34. DJT 1926, Bd. II, S. 193–288.

⁶ Vgl. *Wendenburg*, Debatte (Fn. 1), S. 37 ff.; *Horst Dreier*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik, in: *Der Staat*, Beiheft 22 (2014), S. 363 ff. Der Entwurf kam in der 3. und 4. Legislaturperiode des Reichstags nicht zur Abstimmung und wurde danach nicht mehr eingebracht.

⁷ *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDSStRL 5 (1929), S. 30–88.

⁸ Schmitt gibt das selbst zu erkennen, s. *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, in: AöR 55 (1929), S. 181: Er schreibe das Folgende „unter