

Der Hüter der Verfassung

Der „Hüter der Verfassung“ ist eine Wendung, die im juristischen Diskurs permanent gebraucht wird. Es gibt kaum einen Text über das Bundesverfassungsgericht, der ohne dieses Schlagwort auskommt. Der Begriff ist so geläufig, dass seine Herkunft scheinbar keiner Erklärung bedarf. Dabei lohnt es, seine Geschichte zu kennen.

Geradezu tiefgründig arbeitet, wer immerhin auf *Carl Schmitt* verweist. In der Tat hat dieser 1931 eine Schrift mit dem Titel „Der Hüter der Verfassung“ veröffentlicht. Doch das Anliegen *Schmitts* ist es klarzustellen, dass ein Gericht keinesfalls die Aufgabe der Verfassungsbewahrung übernehmen könne. Zu politisch sei diese Aufgabe und damit dem Wesen der Gerichtsbarkeit zu fremd. Stattdessen entnimmt *Schmitt* der Weimarer Reichsverfassung nicht nur exzessive Notkompetenzen zu Gunsten des Reichspräsidenten, sondern auch dessen Aufgabe, Hüter der Verfassung zu sein. Der Reichspräsident sei neutraler Dritter in einem pluralistisch zersplitterten Staatswesen und nur er könne die notwendige Einheit des Volkes garantieren.

Ist die Wendung vom Hüter der Verfassung also eine gelungene Begriffsschöpfung eines Gegners der Verfassungsgerichtsbarkeit, vom Bundesverfassungsgericht in seiner Denkschrift souverän aus dem Kontext gerissen und für sich vereinnahmt?

Was weniger bekannt ist: Kaum hat *Carl Schmitt* seinen „Hüter der Verfassung“ veröffentlicht, erntet er eine scharfe Replik von seinem Kollegen *Hans Kelsen*. Unter dem Titel „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“ votiert *Kelsen* für ein Verfassungsgericht und lehnt den Reichspräsidenten als Verfassungsbewahrer strikt ab. Kontrolleur könne nicht werden, wer selbst der Kontrolle bedürfe. Auch sei der Reichspräsident mitnichten als „neutraler Dritter“ anzusehen, sondern es brauche eben eine dritte Instanz jenseits von Parlament und Regierung. Das Argument, Verfassungsgerichtsbarkeit sei zu politisch für die Rechtsprechung, geißelt *Kelsen* als Begriffsjurisprudenz.

Ausläufer dieser Begriffsjurisprudenz finden sich aber noch heute, wenn in teilweise monographischem Umfang über die Frage philosophiert wird, ob das Bundesverfassungsgericht angesichts seiner „politischen“ Tätigkeit überhaupt als Gericht bezeichnet werden könne. So unscharf wie das dabei gern bemühte „Wesen der Rechtsprechung“, so unklar bleibt der Erkenntnisgewinn. Das Bundesverfassungsgericht ist eine von der Verfassung vorgesehene Institution mit abschließend (Enumerationsprinzip) geregelten Befugnissen. Ob es einem – wie auch immer definierten – Erscheinungsbild von Rechtsprechung entspricht oder nicht, ist für seine rechtliche Existenz völlig irrelevant.

Doch jenseits der Frage, wer Hüter der Verfassung sein soll, und der historischen Antwort, dass das Bundesverfassungsgericht zwanzig Jahre später seine Arbeit aufnehmen wird, ohne den Namen *Hans Kelsens* jemals zu erwähnen, geht es um mehr. Hinter der Frage des Hüters liegt ein fundamentales politisches Problem: die Frage, was überhaupt behütet werden soll.

Carl Schmitt hegt keinerlei Sympathien für die stolpernden Versuche der Weimarer Republik in Sachen demokratisches Staatswesen. Zentral ist für ihn die Einheit des Volkes, die vom allgegenwärtigen Pluralismus bedroht wird. Ausdruck des Pluralismus soll das parlamentarische Mehrparteiensystem sein, Verkörperung der Einheit des Volkes der Reichspräsident. *Schmitt* erklärt Reichstag und Reichsregierung zu zwei unterschiedlichen Systemen, die er dann gegeneinander ausspielt. Die dabei unvermeidlichen logischen Sprünge und ideologischen Argumentationen hat schon *Kelsen* umfassend aufgedeckt. Es ist für ihn eine Gelegenheit zu warnen, dass Wissenschaft sich nicht in den Dienst politischer Ideologien stellen soll. Schon ein Jahr später wird *Schmitt* mit „Legalität und Legitimität“ eine weitere Denkschrift gegen das parlamentarische System verfassen, in der er mit ähnlichen Mitteln – benenne die vorgeblichen Voraussetzungen von Legalität und beweise ihre Unmöglichkeit – wieder Homogenität und Autorität fordern wird.

Carl Schmitts Wunsch nach völkischer Einheit und starker Führung wird sich sehr rasch erfüllen. Seiner überschäumenden Begeisterung wird er in Schriften wie „Der Führer schützt das Recht“ Ausdruck geben. Dass er sich nie vom Nationalsozialismus distanziert, kostet ihn in der Bundesrepublik zwar den Lehrstuhl, hindert seine wissenschaftliche Reputation aber keineswegs. Generationen deutscher Staatsrechtslehrer werden von ihm geprägt, seine Schriften immer wieder gedruckt und nicht nur in der Rechtswissenschaft kontrovers diskutiert. Noch Anfang des 21. Jahrhunderts ist das Interesse am „Theoretiker des Ausnahmezustandes“ ungebrochen.

Dagegen wird *Hans Kelsen* nicht mehr lange *Schmitts* Kollege bleiben. Mit dem „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ verliert er 1933 sein Amt als Hochschullehrer. Aufgrund seiner jüdischen Herkunft wird er auch gezwungen, seine Herausgeberschaft der „Zeitschrift für Öffentliches Recht“ niederzulegen. *Kelsen* geht nach Genf und nach Prag und emigriert schließlich in die Vereinigten Staaten, wo er bis zu seinem Tod viel beachtet lehrt und publiziert. Die deutsche Staatsrechtslehre vergisst ihn für einige Jahrzehnte und entdeckt ihn erst langsam wieder.

Der Hüter der Verfassung ist, wie die meisten juristischen Begriffe, ein Begriff mit Geschichte. Und hier lohnt es mehr als anderswo, die Geschichte zu kennen. Nicht zuletzt, weil sie uns daran erinnert, dass es einiges zu behüten gibt, und dass, wen immer wir benennen, ein Hüter gewiss nicht genug ist.

Ulrike Lembke, Hamburg