Stud. jur. Clemens Löser, Greifswald*

Carl Schmitt: Verfassungslehre (1928)

Klassikerrezension

Will man ein Werk *Carl Schmitts* besprechen, so sieht man sich von vornherein genötigt, weiter auszuholen. Das hat verschiedene Gründe, zuvorderst die Frage der Rezeption *Schmitts*: Für die einen ist der „Kronjurist des Dritten Reiches" *(Waldemar Gurian)*, der sich anders als die meisten Juristen fnicht von seiner Tätigkeit unter dem NS-Regime[1] distanziert hat und nicht rehabilitiert wurde, schlicht diskreditiert.[2] Andere schenken zumindest seinen vor der NS-Zeit geschriebenen Werken Beachtung oder lesen seine Schriften unter Ausblendung der Person ihres Verfassers. Wieder andere setzen sich kritisch mit seinen Werken auseinander, knüpfen daran an oder machen – wie beispielsweise der ehemalige Bundesverfassungsrichter *Ernst-Wolfgang Böckenförde*[3] – seine Arbeiten systematisch für den freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat fruchtbar. Zum mehr als nur oberflächlichen Verständnis seiner 1928 erschienenen *Verfassungslehre* erscheint jedenfalls ein Blick auf den geistesgeschichtlichen Entstehungshintergrund, namentlich den Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre, unabdingbar.

I. Hintergrund

Aus der seinerzeit überschwänglichen Begeisterung nicht nur der Rechtswissenschaften für die im Vordringen befindlichen exakten Naturwissenschaften hatte sich bis zum Ende des 19. Jahrhunderts in der Staatsrechtslehre der Rechtspositivismus durchgesetzt:[4] Das positivierte (gesetzte) Recht wurde von den Juristen wie eine naturwissenschaftliche Tatsache behandelt; alles formell rechtmäßig zustandegekommene Recht hatte unabhängig von seinem materiellen Gehalt Gültigkeit. Zu den Positivisten gehörten so prominente Staatsrechtler wie *Paul Laband*, *Otto Mayer*, *Gerhard Anschütz*, *Richard Thoma* oder auch *Heinrich Triepel*. In den 1920er Jahren begann dann aber teilweise eine Abkehr vom Rechtspositivismus. Während die Wiener Schule der österreichischen Staatsrechtslehrer, allen voran *Hans Kelsen*, in neukantianischer Scheidung von Sein und Sollen noch immer meinte, das positive Recht von allem Nicht-Rechtlichen wie Ethik oder Moral trennen zu können und den klassischen Rechtspositivismus mittlerweile zur „Reinen Rechtslehre"[5] weiterentwickelt hatte, waren es unter den deutschen Staatsrechtlern die Protagonisten *Carl Schmitt*, *Rudolf Smend* und *Hermann Heller*, die sich – jeder auf seine Weise – vom Rechtspositivismus abwandten.

Indem *Schmitt* das Primat der (Entscheidungs-) Macht postulierte, trat bei ihm an die Stelle des staatsrechtlichen Positivismus ein „soziologischer Positivismus".[6] In einer weithin bekannt gewordenen Formulierung in Bezug auf den Ausnahmezustand, der sich niemals völlig verrechtlichen lasse, drückte er das 1922 so aus: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet".[7] Konkret in Bezug auf die Verfassung als den Gegenstand der *Verfassungslehre* ist festzuhalten, dass der Geltungsgrund der Verfassung (als der Grundentscheidung über Art und Form der staatlichen Existenz) nach *Schmitt* die Dezision[8] des (Entscheidungs-)Machthabenden ist.[9]

II. Stil

Schmitts Stil wird zumeist als okkasional polarisierend bezeichnet und sein Gesamtwerk als systematisch nicht geschlossen bzw. Widersprüche in sich vereinend angesehen.[10] Gleichwohl ist ausgehend vom Begriff des Politischen (siehe dazu *Schmitts* gleichnamigen Aufsatz,[11] in dem er ausführlich die Freund-Feind-Distinktion als Charakteristikum des Politischen herausstellt) ein Groß-

* *Clemens Löser* studiert Jura an der Universität Greifswald.

1 Siehe *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 3, 1999, S. 181.

2 Zu den Rezeptionsarten ähnlich auch *Helmut Quaritsch*, in: ders. (Hrsg.) Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt, 1988, S. 20.

3 Exemplarisch etwa die Freiburger Antrittsvorlesung *Böckenfördes* über den verdrängten Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881 ff.

4 Dazu *Bernd Rüthers*, Rechtstheorie, 3. Aufl. 2007, § 13; *Michael Stolleis*, Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre, 2001, S. 8.

5 So auch der Titel *Kelsens* 1934 veröffentlichten Werks.

6 So *Gerhard Robbers*, Die Staatslehre der Weimarer Republik, Jura 1993, 69 (70 f.), wenngleich *Schmitt* selbst einer soziologischen Verortung der Dezision entgegengetreten ist, siehe Politische Theologie, 8. Aufl. 2004 (fehlerbereinigter Neusatz der Zweitauflage von 1934), S. 19.

7 *Schmitt* (Fn. 6), S. 13.

8 Die Dezision (von lat. *decisio* für Entscheidung) ist einer der Grundbegriffe der politischen Theorie *Schmitts*, der Dezisionismus (das Entscheidungsdenken) nach *Schmitt* eine der drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, dazu näher *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Aufl. 1993, insbesondere S. 20–24.

9 *Schmitt*, Verfassungslehre, 9. Aufl. 2003 (fehlerbereinigter Neusatz der Erstauflage von 1928), S. 22, 75, 87; ders. (Fn. 6), S. 16. Die Dezision tritt also an die Stelle, an der *Kelsen* mit der Fiktion einer Grundnorm operierte.

10 Vgl. etwa *Stolleis* (Fn. 1), S. 180; *Robbers* (Fn. 6), 70; *Frieder Günther*, Denken vom Staat her, 2004, S. 37. In diesem Sinne ist auch der Titel „Complexio Oppositorum" des Sammelbandes zum anlässlich *Schmitts* Tod gehaltenen Seminar zu verstehen (Fn. 2), der wiederum auf *Schmitt* selbst zurückgeht, der in seiner 1923 veröffentlichten Schrift „Römischer Katholizismus und politische Form" die katholische Kirche als *complexio oppositorum* (lat. für Verknüpfung bzw. Vereinigung der Gegensätze) bezeichnete.

11 Erstmals erschienen im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1927, S. 1; seit 1932 als eigenständige Veröffentlichung (siehe unten, Fn. 12).

teil seines Werks weitaus konsistenter als dies auf den ersten Blick erscheinen mag.[12]

Viele Abschnitte in seinen Werken beginnen mit ebenso schlichten wie prägnanten Aussagen, die einen hohen Wiedererkennungswert haben und sich meist schon beim ersten Lesen einprägen. In eben dieser Art von Aussagen, die man selbst als dezisionistisch bezeichnen kann, liegen die gute Lesbarkeit und die hohe Verständlichkeit auch der *Verfassungslehre* begründet.[13]

III. Inhalt

Verfassungstheorie behandelt keine konkrete Verfassung, sondern das, was an und in Bezug auf Verfassungen – sei es durch horizontale Verfassungsvergleichung und/oder durch vertikale Vergleichung der Verfassungen und der Verfassunggebung verschiedener Epochen – verallgemeinerungsfähig ist. *Schmitt* war der erste, der bewusst eine Theorie der Verfassung, und zwar insbesondere des modernen Verfassungstypus des bürgerlichen Rechtsstaates, ausführte, während bis 1928 nur Werke zur (allgemeinen) Staatslehre existierten, zu deren bekanntesten wohl die von *Johann Caspar Bluntschli*, *Friedrich Julius Stahl*, *Georg Jellinek* und *Hans Kelsen* gehören. Zwar überschneiden sich Staats- und Verfassungstheorie unweigerlich, doch behandelte *Schmitt* in seiner *Verfassungslehre* erstmals systematisch genuin verfassungstheoretische Fragen.

Sein Werk ist unterteilt in vier Abschnitte: Im ersten Abschnitt werden zunächst die verschiedenen Verfassungsbegriffe, sodann die Entstehung und der Geltungsgrund von Verfassungen behandelt sowie verfassungstheoretische Grundkategorien wie verfassunggebende versus verfasste Gewalt oder Verfassungsvernichtung, -beseitigung, -änderung, -durchbrechung und -suspension herausgestellt. Im zweiten und dritten Abschnitt werden die einzelnen Bestandteile der modernen Verfassung abgehandelt. *Schmitt* unterscheidet dabei grundlegend zwischen politischen und rechtsstaatlichen Bestandteilen: Während die politischen Bestandteile, zu denen er Staats- und Regierungsform zählt, notwendig Bestandteil jeder modernen Verfassung seien,[14] treffe dies auf die rechtsstaatlichen Bestandteile wie Grundrechte und Gewaltenteilung nicht zu; sie seien lediglich *per definitionem* Bestandteil der bürgerlich-liberalen Verfassungen.[15] Nicht deckungsgleich ist diese Unterscheidung mit seiner ebenfalls grundlegenden Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz, wenngleich er in etwas missverständlicher Weise die Verfassungsidentität auf die „grundlegenden[n] politische[n] Entscheidung[en]“ zurückführt,[16] die jedoch neben politischen auch rechtsstaatliche Verfassungsbestandteile zum Gegenstand haben können.[17] Die Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz ist insofern relevant, als nach *Schmitt* Verfassungsgesetze der Änderung zugänglich sind, während die Verfassung, mithin die Grundentscheidungen über Art und Form der staatlichen Existenz, nicht geändert werden können, ohne gleichzeitig Verfassungsdiskontinuität durch Verfassungsbeseitigung oder gar Verfassungsvernichtung zu bewirken.[18] Der vierte und letzte Abschnitt seines Werks schließlich hat seine Verfassungslehre des Bundes zum Gegenstand, die er losgelöst von der Staatenbund-Bundesstaat-Dogmatik[19] entwirft, und die im Gegensatz zur herrschenden Völkerrechtslehre wie auch der heutigen Staats- und Verfassungstheorie steht und auch nie eigenständige Bedeutung erlangt hat.

IV. Bedeutung und Aktualität

Schon dadurch, dass die *Verfassungslehre* keine konkrete Verfassung zum Gegenstand hat, sondern einen modernen Verfassungstypus, ist sie dem (Ver-) Alterungsprozess weitaus weniger ausgesetzt, als dies etwa Kommentare sind, wie *Schmitt* in der Vorbemerkung zur zweiten Auflage von 1954 selbst bemerkte.[20] Dass sie 2003 in mittlerweile neunter Auflage erschienen ist hat gute Gründe: Insbesondere ist sie – sieht man von *Karl Loewensteins* 1959 in deutscher Übersetzung und 2000 in vierter Auflage erschienenen *Verfassungslehre*[21] ab – bis heute das einzige relevante deutschsprachige Werk zur gesamten Verfassungstheorie.[22] Auch dürfte sie das mit Abstand meistzitierte Werk *Schmitts* sein.[23]

12 So auch *Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: Quaritsch (Fn. 2), S. 298 = *Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 2006, S. 365. *Schmitt* selbst erachtete den Begriff des Politischen als zentralen Begriff jedweder Staatstheorie, vgl. *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 7. Aufl. 2002 (5. Nachdruck der Neuausgabe von 1963), S. 45.

13 *Quaritsch* nannte *Schmitt* diesbezüglich einen Ästhet, der zugunsten der Wirkmächtigkeit oft von einer ausgewogenen wissenschaftlichen Fundierung absah, vgl. *Quaritsch* (Fn. 2), S. 21.

14 *Schmitt* (Fn. 9), S. 125, 200.

15 *Schmitt* (Fn. 9), S. 125 f.

16 *Schmitt* (Fn. 9), S. 23.

17 Wie auch aus der dann folgenden Aufzählung ersichtlich wird, siehe insbesondere die „Entscheidung für den bürgerlichen Rechtsstaat“, *Schmitt* (Fn. 9), S. 24.

18 *Schmitt* (Fn. 9), S. 104 f.

19 Explizit *Schmitt* (Fn. 9), S. 366, implizit insbesondere S. 380.

20 *Schmitt* (Fn. 9), S. IX.

21 Auch *Loewenstein* hatte dem Rechtspositivismus den Rücken gekehrt; er baute auf dem soziologischen Ansatz *Max Webers* auf. Wohl in Anlehnung an den amerikanischen *legal realism*, mit dem sowohl *Loewenstein* als auch *Fraenkel* in der Zeit ihres amerikanischen Exils in Berührung kamen, charakterisierte *Fraenkel Loewensteins* Herangehensweise als „Verfassungsrealismus“ (vgl. *Ernst Fraenkels* Geleitwort in: *Karl Loewenstein*, Beiträge zur Staatssoziologie, 1961, S. XV; seit neuestem auch *Robert Christian van Ooyen* (Hrsg.), Verfassungsrealismus. Das Staatsverständnis von Karl Loewenstein, 2007).

22 *Böckenfördes* im Suhrkamp Verlag erschienene Studien zur Staats- und Verfassungstheorie (Fn. 12) etwa behandeln jeweils nur Einzelaspekte.

23 Das jedenfalls ergibt sich aus der induktiven Verallgemeinerung einer auf die VVDStRL begrenzten Zitationsanalyse *Schmitts* im Vergleich zu *Hermann Heller*, die nur die bis einschließlich 1934 erschienenen Werke berücksichtigt. Siehe *Rüdiger Voigt*/*Wolfgang Luthardt*, in: Erk Volkmar Heyen (Hrsg.), Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, 1986, S. 135.

Im Folgenden soll anhand von drei Themenbereichen die ungebrochene Bedeutung und Aktualität der *Verfassungslehre* – mit Ausnahme ihrer bereits oben angesprochenen Verfassungslehre des Bundes – veranschaulicht werden.

1. Verfassungsdurchbrechungen

Während in der Weimarer Republik auch Gesetze Geltung erlangten, die zwar mit der Verfassung materiell nicht im Einklang standen, aber mit mindestens Zwei-Drittel-Mehrheit beschlossen wurden, mit der gem. Art. 76 Abs. 1 WRV auch verfassungsändernde Gesetze hätten beschlossen werden können, sind solche sog. (verfassungsachtenden) Verfassungsdurchbrechungen[24] nach Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG nicht mehr möglich, auch wenn dort von Grundgesetzänderung und nicht von Grundgesetzdurchbrechung die Rede ist. Man könnte nun mit Blick auf die Bundesverfassung die in dieser Bedeutung letztlich auf *Erwin Jacobi* zurückgehende[25] Kategorie der Verfassungsdurchbrechung für obsolet oder als zumindest seit Grundgesetzgebung nicht mehr aktuell halten. Tatsächlich aber kam es in Hamburg noch bis vor einigen Jahren immer wieder zu Durchbrechungen der Landesverfassung; erst seit der Neufassung des Art. 51 Abs. 1 Hmb LVerf im Jahr 1996[26] ist diese Praxis nicht mehr möglich.

2. Ewigkeitsgarantie

Als eine weitere Lehre aus dem Umbau des Staatswesens zum totalen Staat durch das NS-Regime erklärt die so genannte Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG Grundgesetzänderungen, die das Bundesstaatsprinzip, die Menschenwürdegarantie oder die übrigen Staatsstrukturprinzipien Demokratie, Sozialstaatlichkeit, Nicht-Monarchie, Volkssouveränität, Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung in ihren Grundsätzen berühren, ausdrücklich für unzulässig. Damit scheint die verfassungstheoretische Herleitung *Schmitts*, dass solche politischen Grundentscheidungen über Art und Form der staatlichen Existenz die Verfassungsidentität ausmachen und einer Verfassungsänderung nicht zugänglich sind an Bedeutung zu verlieren. Tatsächlich ist Art. 79 Abs. 3 GG als konkretes positives Recht überpositiven Begründungen vorzuziehen. Das herrschende Verständnis der Ewigkeitsklausel, wonach diese sich nur an den verfassungsändernden Gesetzgeber, nicht aber an den Verfassunggeber richtet,[27] steht dabei im Einklang mit *Schmitt*: Die Ewigkeitsklausel gilt nur innerhalb des Grundgesetzes; dem Verfassunggeber bleibt es unbenommen, sich eine neue Verfassung zu geben, mithin eine neue Verfassungsidentität mit politischen Grundentscheidungen über Art und Form der staatlichen Existenz zu schaffen, vgl. auch Art. 146 GG.

In Wirklichkeit aber verschiebt sich durch die Ewigkeitsklausel das Begründungsproblem lediglich, da nun ihrerseits die Unabänderlichkeit der Ewigkeitsklausel unter Begründungszwang steht. Bei aller Zustimmung für das Ergebnis teleologischer Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG kann nicht geleugnet werden, dass eine Norm nicht ihre eigene Unabänderlichkeit begründen kann, und die Begründung ihrer Unabänderlichkeit durch eine andere Norm des positiven Rechts zu einem infiniten Regress hinsichtlich der Unabänderlichkeitsbegründung führen würde.[28] Überpositive Herleitungen einer Unabänderlichkeit wie die verfassungstheoretische Begründung *Schmitts* bleiben also durchaus aktuell.

3. Souveränität und Kompetenz-Kompetenz

Noch immer nicht abgeschlossen ist die europarechtliche Diskussion, ob im Rahmen der europäischen Integration die Souveränität weiterhin bei den Mitgliedstaaten liegt. Sie ist die wohl aktuellste und bekannteste Diskussion, in der auch immer wieder mit Kompetenz-Kompetenz argumentiert wird. Unabhängig von den konkreten Fragestellungen, etwa ob im Primärrecht eine Kompetenz-Kompetenz zugunsten supranationaler Organe besteht oder die Mitgliedstaaten nach wie vor die Herren der Verträge sind, scheint nicht bei allen Diskutanten Klarheit darüber zu bestehen, dass es sich bei Souveränität und Kompetenz-Kompetenz um zwei zu unterscheidende Kategorien handelt. Dies ergibt sich aus der Dichotomie von *pouvoir constituant* (verfassunggebender Gewalt) und *pouvoir constitué* (verfasster Gewalt), die von *Emmanuel Joseph Sieyès*, dem wohl einflussreichsten Verfassungstheoretiker der Französischen Revolution, durch seine 1789 veröffentlichte Schrift *Qu'est-ce que le Tiers État?* in die Verfassungsdiskussion eingebracht wurde und die seitdem zum Allgemeingut nicht nur des französischen Verfassungsverständnisses gehört. Auch *Schmitt* legt diese Unterscheidung seinen Ausführungen zugrunde: Der verfassunggebende Souverän[29] ist selbst nicht verfasst, d. h. nicht an irgendwelche Normen gebunden,[30] während die erst durch die Verfassung[31] geregelten Kompetenzen, zu der eben auch die – wenngleich herausgehobene – Kompetenz-Kompetenz als die Kompetenz zur Änderung der Verfassung gehört, zur verfassten Gewalt zu rechnen sind.[32] Es ist folglich nicht möglich, vom Vorliegen ei-

24 *Schmitt* (Fn. 9), S. 99.

25 So *Schmitt*, (Fn. 9), S. 100, mit Verweis auf VVDStRL 1 (1924), S. 109, 118.

26 Gesetz vom 20.06.1996 (HmbGVBl. S. 129).

27 *Karl-Eberhard Hain*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 79 Rn. 31, 36.

28 *Hain* (Fn. 27), Rn. 41.

29 *Schmitt* (Fn. 9), S. 75. Die bei *Schmitt* angesprochene Unterscheidung von Souveränität und Autorität sei hier der Einfachheit halber ausgeblendet.

30 *Schmitt* (Fn. 9), S. 82, 84, 87.

31 Nach *Schmitt* gehört die Kompetenz-Kompetenz wie die übrigen Kompetenzen in den Bereich der Verfassungsgesetze, ist jedoch wie die politischen Grundentscheidungen über Art und Form der staatlichen Existenz und damit die Verfassung (im Gegensatz zu den Verfassungsgesetzen, die ja der Verfassungsänderung gerade zugänglich sind) änderungsfest. *Schmitt* (Fn. 9), insbesondere S. 103.

32 *Schmitt* (Fn. 9), S. 102 f., 98. Die in der Bundesrepublik übliche

ner Kompetenz-Kompetenz auf das Vorliegen von Souveränität zu schließen. So wie die Unterscheidung von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* und viele ihrer Implikationen im französischen wie Schweizer Bewusstsein allgegenwärtig sind, sollten sich auch die Autoren der überwiegend deutschsprachigen europarechtlichen Fachliteratur um ein ausreichendes verfassungstheoretisches Grundverständnis und dessen Transfer auf völker- und europarechtliche Sachverhalte bemühen.

Bezeichnung „verfassungsändernder Gesetzgeber" ist somit treffender als die französischen Bezeichnungen *„pouvoir constituant institué"* bzw. *„pouvoir constituant dérivé"*.

V. Fazit

Carl Schmitts Verfassungslehre eignet sich zu mehr als einer bloßen Reminiszenz im Fußnotenapparat oder der vermeintlichen Erhöhung der eigenen wissenschaftlichen Reputation durch Nennung dieses prominenten Werks. Die Lektüre ist allen Studenten der Rechts- und Politikwissenschaften zu empfehlen, um ein tieferes Verständnis für Verfassungsfragen und ähnlich gelagerte europarechtlichen Fragen zu erlangen und in Diskussionen über ein breiteres Repertoire an Argumenten zu verfügen.