

1.

Wer die Vertragsfreiheit nur für Diskriminierungstäter anerkennt, denkt zu kurz.⁷⁵ Auch für die Diskriminierungsopfer geht es um den Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Vertragsfreiheit.⁷⁶ Nicht das Gegensatzpaar der Gleichheit auf Seiten der Diskriminierungsopfer und der Vertragsfreiheit auf Seiten der Diskriminierungstäter beschreibt das Spannungsverhältnis zutreffend, sondern das Verhältnis von positiver und negativer Vertragsfreiheit.

2.

Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz liegt kein pauschaler Eingriff in die Vertragsfreiheit vor. Der Eingriff auf Seiten der Diskriminierungstäter stellt sich als Umverteilung der Freiheitssphären zu Gunsten der Diskriminierungsopfer dar. Der – im Arbeitsrecht nur faktisch wirkende – Kontrahierungszwang stärkt im Ergebnis das Rechtsinstitut der Vertragsfreiheit. Dabei handelt es sich um keine Paradoxie, sondern um das richtige Verständnis der staatlich begrenzten Freiheit.

Joachim Perels Überwindung des NS-Systems durch Pluralismus – Ernst Fraenkel

Wandlung und Kontinuität des Begriffs der Demokratie

I.

Die Konstituierung der politischen Wissenschaft nach 1945 ist ein zentrales Element des demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Neubeginns nach der Zerschlagung der NS-Despotie. Die Gedankenwelt der Aufklärung, des Ausgangs aus gesellschaftlicher und politischer Unmündigkeit, bildete bei allen Unterschieden im Einzelnen die theoretische und konzeptionelle Grundlage. Dies beruhte wesentlich darauf, dass, anders als in den Nachbarwissenschaften vor allem des öffentlichen Rechts und der Geschichte, die Begründer der politischen Wissenschaft, vielfach durch den Widerstand und die Emigration geprägt, schon personell mit der NS-Herrschaft ganz überwiegend nicht verbunden waren.¹

⁷⁵ Vgl. *Baer*, ZRP 2002, 290, 292.

⁷⁶ Siehe Fn. 49.

¹ Vgl. Michael Stolleis, Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben, *Kritische Justiz* H. 4/1993, S. 293 ff.; Horst Dreier, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, *VVDStRL* 60, Berlin 2001, S. 10 ff.; Joachim Perels, Das Grundgesetz zwischen historischen Erfahrungen und tradierter Interpretationsmacht, in: ders., *Entsorgung der NS-Herrschaft? Konfliktlinien im Umgang mit der NS-Herrschaft*, Hannover 2004, S. 119 ff.; Götz Aly/Susanne Heim, *Vordenker der Vernichtung: Auschwitz und die deutschen Pläne für eine neue europäische Ordnung*, Hamburg 1991; *Geschichtsschreibung als Legitimationswissenschaft*, hrsg. v. Peter Schöttler, Frankfurt am Main 1997; *Deutsche Historiker im Nationalsozialismus*, hrsg. v. Winfried Schule/Otto Gerhard Oexle, Frankfurt am Main 1999; Ingo Haar, *Historiker im Nationalsozialismus: Deutsche Geschichtswissenschaft und der »Volkstumskampf« im Osten*, Göttingen 2002.

Dies gilt in besonderem Maße für Ernst Fraenkel, der als geduldeter jüdischer und sozialistischer Anwalt die Nazi-Zeit hautnah im Kampf gegen die »bürokratisierte Rechtlosigkeit« erfährt, ehe er 1938 Deutschland mit einem Pass verlässt, in den ein – u. a. von Hans Globke, dem Ministerialrat im Innenministerium konzipiertes – großes »J« eingeprägt ist.² In den Vereinigten Staaten ist Fraenkel vor der beginnenden Politik der Vernichtung der europäischen Juden gerettet.

Für die Überwindung des NS-Systems entwickelt Fraenkel in der historischen Abfolge zwei unterschiedliche, z.T. gegensätzliche Perspektiven für die Konstituierung einer genuin demokratischen Ordnung. In den ersten zehn Jahren des Dritten Reiches ist für Fraenkel, übereinstimmend mit der Programmatik der zeitgenössischen Sozialdemokratie, wie sie etwa im Prager Manifest von 1934, aber auch in seinen rechtstheoretischen Schriften der Weimarer Republik zum Ausdruck kommt, der Sturz der NS-Diktatur daran gebunden, dass deren politische und ökonomische Strukturen durch eine rechtsstaatliche Demokratie auf der Basis eines freiheitlichen Sozialismus überwunden werden. In der letzten Phase der NS-Herrschaft in den Jahren 1943/44 verändert sich, zunächst noch widersprüchlich, die theoretische Blickrichtung Fraenkels in der Weise, dass die Prinzipien der westlichen Demokratie, wie sie insbesondere in den USA ausgebildet sind, nicht mehr mit der Umgestaltung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung verbunden werden.

Diese Entwicklung von Fraenkels Denken, die in der Literatur überwiegend als ein theoretischer Reifungsprozess gegenüber dem ursprünglichen marxistischen Ausgangspunkt begriffen wird,³ ist durch eine eigentümliche Verbindung von Bruch und Kontinuität bestimmt, der ich im Folgenden näher nachgehe und dabei auch die Frage aufwerfe, ob die Pluralismustheorie, bei allem konstitutiven Gewicht für die zweite Republik, analytischen Ausblendungen unterliegt, die mit der Abkehr von sozialistischen Fragestellungen verbunden sind.

II.

Dass für Fraenkel die Niederwerfung der NS-Diktatur nur möglich ist, wenn die kapitalistische Gesellschaft in eine Ordnung gesellschaftlicher Selbstbestimmung transformiert wird, beruht auf dem theoretischen Ansatz seines bis heute, auch in der Geschichtswissenschaft, vielfach maßgebenden Buchs »Der Doppelstaat«, das in Nazi-Deutschland gleichsam unter den Augen der Gestapo geschrieben wurde und 1941 zuerst in New York erschien. Die Kernthese des zumal empirisch äußerst gehaltvollen Buchs gründet nicht zuletzt in der paradoxen Beobachtung, dass ein der politischen Willkür ausgelieferter KZ-Häftling aus dem Konzentrationslager heraus »erfolgreich seine Steuerbeschwerden bearbeiten konnte.«⁴ Das heißt: Der nationalsozialistische Staat stellte im politischen Sektor die Rechtsordnung zu Lasten der diskriminierten und verfolgten Gruppen der Bevölkerung beliebig zur Disposition und ließ gleichzeitig die Rechtsregeln im Bereich der privaten Wirtschaft, jedoch nicht für die Juden, bestehen. Da der gegen die Rechtsordnung gerichtete, von Fraenkel so genannte Maßnahmen-

2 Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat* (1941), Frankfurt am Main 1974, Widmung; Dr. Hans Globke, *Aktenauszüge – Dokumente*, hrsg. v. Reinhard M. Strecker, Hamburg 1961, S. 144 ff.; Ernst Fraenkel, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2: *Nationalsozialismus und Widerstand*, hrsg. v. Alexander v. Brünneck, Baden-Baden 1999, *Dokumente aus den Jahren 1934 bis 1940 in Faksimile*, S. 634.

3 Gerhard Göhler, *Vom Sozialismus zum Pluralismus. Politiktheorie und Emigrationserfahrung bei Ernst Fraenkel*, *Politische Vierteljahresschrift H.* 1/1986, S. 6 ff.

4 Fraenkel, *Gesammelte Schriften* (Fn. 2).

staat vor allem die Organisationsfreiheit der Arbeiterbewegung, die Koalitionsfreiheit und die innerbetrieblichen Kontrollpositionen beseitigt und damit »Willkürherrschaft und kapitalistische Wirtschaftsordnung« vereinigt,⁵ ist die Wiederherstellung einer demokratischen Ordnung an die Prämisse gebunden, den gesellschaftlichen Bedingungen für die Ausbildung der NS-Diktatur ihre Wirkungsmacht zu entziehen. Folgerichtig mündet die Auseinandersetzung von Fraenkel mit dem Nationalsozialismus, der noch in den USA von der »Hochpäpplung der Hitlerpartei durch die westdeutsche Schwerindustrie« spricht, leitmotivisch in das Ziel einer »Mitarbeit am sozialistischen Aufbau«, wie es in einem Artikel über den Sinn illegaler Arbeit von 1935 heißt.⁶

Ausdrücklich widerspricht Fraenkel im ursprünglichen Manuskript des »Doppelstaats« der These, dass rechtsstaatlich-demokratische Prinzipien unter kapitalistischen Bedingungen realisiert werden können. Er nennt es ein »Verhängnis, bereits unter den gegebenen kapitalistischen Bedingungen naturrechtliche Postulate (einer rechtsstaatlichen Demokratie, J.P.) als Gebote praktischer Politik zu verfechten«.⁷ Erst eine Gesellschaft, die die private Disposition über die großen Produktionsstätten beendet und die Selbstbestimmung der unmittelbaren Produzenten herbeiführt, kann nach Fraenkel eine wirkliche Demokratie begründen.

In einer Rezension von 1941 drückt dies Fraenkel so aus: »Marx und Engels ... sahen die Freiheit des Individuums ... durch die ungezügelter Herrschaft der kapitalistischen Wirtschaftsweise gefährdet, wenn nicht gar zerstört. Der Sozialismus fordert die Bändigung dieser als nihilistisch entlarvten Kräfte ..., um den entscheidenden Störfaktor zu beseitigen, der der Selbstentfaltung des Individuums entgegenstand.«⁸ Im strikten Gegensatz zu der despotischen Verfügungsgewalt über die in Staatseigentum übergegangene Wirtschaft der stalinistischen Sowjetunion, aber auch im Unterschied zum Theorem des Absterbens des Staates und des Rechts von Friedrich Engels,⁹ bindet Fraenkel die Konzeption einer neuen Gesellschaft an die Verfassungstradition der Aufklärung und hebt, ohne revolutionsromantischen Überschwang, die fehlende geschichtliche Verbürgung einer derartigen Ordnung hervor: »Wenn sich die Rechtsstaatlichkeit in Deutschland überhaupt wiederherstellen lässt, dann nur in einer geplanten Gesellschaft. Es muss zugegeben werden, dass die Geschichte bisher kein Beispiel einer geplanten Gesellschaft mit rechtsstaatlicher Ordnung kennt. Diese Feststellung allein«, fährt Fraenkel fort, »berechtigt aber noch nicht zur Verneinung der Frage, ob Rechtsstaatlichkeit in einer geplanten Gesellschaft denkbar ist.«¹⁰

In der gleichen Zeit entwickelt sich im Gegensatz zu der skizzierten Perspektive infolge neuer politischer Erfahrungen ein grundlegender Positionswechsel. Eine demokratische Ordnung konstituiert sich für Fraenkel nicht mehr gegen den Kapitalismus, sondern auf seiner unüberschreitbaren Basis.

Der Grund für diesen Positionswechsel ist zunächst weniger theoretischer Natur im Sinne einer Abkehr von der sozialistischen Gedankenwelt. Er resultiert aus der Bewertung der gesellschaftsverändernden Potenzen der Arbeiter-

5 Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 22.

6 Ernst Fraenkel, Fritz Thyssen – Die Beichte eines Toren (1941), in: Fraenkel, gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 566; Ernst Fraenkel, Der Sinn illegaler Arbeit (1935), in: Fraenkel ebd., S. 247.

7 Ernst Fraenkel, Der Urdoppelstaat (1938), in: Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 399.

8 Ernst Fraenkel, Hermann Rauschnig – Appeaser Nummer 1 (1941), in: Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 560.

9 Friedrich Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates (1884), Stuttgart 1948, S. 96.

10 Ernst Fraenkel, »Rule of Law« in einer sich wandelnden Welt in: Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 271.

bewegung nach der Niederringung des Hitler-Regimes. Schon 1939 wendet sich Fraenkel gegen das »Dogma des orthodoxen Marxismus, dass aus dem Zusammenbruch der kapitalistischen Wirtschaft ... die sozialistische Zukunftsgesellschaft erwachsen werde,« denn es stehe nicht fest, ob nach dem Ende der Destruktionsgewalt des Nationalsozialismus »im kritischen Moment der sozialistische Erbe noch einen Nachlass vorfinden werde.«¹¹ In dem Aufsatz mit dem Titel »Aussichten einer deutschen Revolution« von 1943 zieht Fraenkel hieraus die Summe. Für ihn ist die Möglichkeit einer sozialen Revolution in Deutschland, die Fraenkels wohl engster intellektueller Freund Franz Neumann in seinem 1942 in den USA erschienenen, epochemachenden Werk »Behemoth – Struktur und Praxis des Nationalsozialismus« als *conditio sine qua non* für die Niederringung des NS-Systems ansah, wegen der weitgehenden Auszehrung der Arbeiterbewegung vollkommen ausgeschlossen: »Es gibt nach zehn Jahren Hitler-Regime keine politisch aktionsfähige Arbeiterschaft. Die ›Arbeiterschaft‹ ist eine Erinnerung und eine Hoffnung, sie ist der Leitstern unseres politischen Denkens. Die ›Arbeiterschaft‹ ist jedoch keine politische Realität.«¹²

Diese, wie die Landesverfassungen zeigen,¹³ nach 1945 zunächst nicht eingetretene Entwicklung verbindet sich bei Fraenkel mit dem neuen konzeptionellen Ziel, die Restgruppen der Arbeiterbewegung und das »Wollen und Denken der westlichen Demokratien« auf der Basis der privatwirtschaftlichen Ordnung zu verbinden.¹⁴ Der Kern der später näher ausgeführten Pluralismustheorie ist geboren.

III.

Die Pluralismustheorie, die Fraenkel nach seiner Rückkehr aus der Emigration in einer Fülle von Veröffentlichungen entfaltet, ohne dass daraus eine zusammenhängende, systematisch entfaltete Gesamtuntersuchung hervorgegangen ist, die den gleichen Empirie und Theorie verbindenden Status wie der »Doppelstaat« hat, ist in wesentlichem Maße als konzeptionelle Antwort auf die Strukturen der NS-Herrschaft zu begreifen.

Der Kerngedanke von Fraenkel besteht bekanntlich darin, dass es in der Demokratie einen nichtkontroversen Sektor durch die Bindung aller politischen Kräfte an Rechtsregeln, die ihrer Disposition entzogen sind, geben müsse, der mit einem kontroversen Sektor verknüpft ist, in dem sich die unterschiedlichen politischen und gesellschaftlichen Kräfte und Organisationen ihre Vorstellungen für die Gestaltung des Gemeinwesens entwickeln und nach dem Mehrheitsprinzip durchsetzen können.¹⁵ Diese Position hat wesentlich die Funktion, das Denken Carl Schmitts zu überwinden, des scharfsinnigen, gegenrevolutionären Juristen und maßgeblichen Ideologen der nationalsozialistischen Diktatur, der an der Spitze des antisemitischen, auch gegen Ernst Fraenkel gerichteten Kampfes gegen das Legali-

11 Ernst Fraenkel, Es ist später, als ihr denkt (1939), in: Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 529.

12 Ernst Fraenkel, Aussichten einer deutschen Revolution (1943), in: Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 278; anders Franz Neumann, Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus (1942/44), Köln 1977, S. 550.

13 Wolfgang Abendroth, Das Grundgesetz, Pfullingen 1966, S. 19 ff.

14 Ernst Fraenkel, Aussichten einer deutschen Revolution (1943), in: Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 281.

15 Ernst Fraenkel, Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung (1963), in: ders., Deutschland und die westlichen Demokratien, 7. Aufl. Stuttgart 1979, S. 64 f.

tätsdenken jüdischer Juristen stand.¹⁶ In seinem programmatischen Aufsatz über den »Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie«, ursprünglich ein Festvortrag auf dem Deutschen Juristentag von 1964 – fünf Jahre nachdem in der Bundesrepublik eine Festschrift für Carl Schmitt erschienen war –,¹⁷ kritisiert Fraenkel dessen Kerntheorem.¹⁸ Er wendet sich gegen Schmitts Weimarer Schrift über die »geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus«, die sich gegen den verfassungsrechtlich verbürgten, pluralistische Strukturen ermöglichenden Parlamentarismus richtet. An einer Schlüsselformulierung von Schmitt macht Fraenkel deutlich, dass dessen dem Parlamentarismus entgegengesetzte Vorstellungswelt mit einer freiheitlichen Verfassung unvereinbar ist, die politische und gesellschaftliche Vielfalt verbürgt. Schmitt schrieb 1926: »Zur Demokratie gehört als notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung und Vernichtung des Heterogenen.«¹⁹ Diesen Satz, der die autoritäre Zwangshomogenisierung der Gesellschaft, die Aufhebung der durch das Mehrheitsprinzip vermittelten Teilhabe aller an der politischen Willensbildung, fälschlicherweise zur Selbstregierung des Volkes erklärt, zitiert Fraenkel hintereinander aus zwei Ausgaben, um die autokratische Kontinuität des Denkens von Schmitt vor Augen zu führen.²⁰ Denn die Einleitung zu der Schrift über den Parlamentarismus findet sich auch – und nicht umsonst – in dem 1940 erschienenen Sammelband mit dem Titel »Positionen und Begriffe – im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles.«²¹ Nebenbei gesagt hatte der kritische Verweis auf diese Schrift, in der auch Schmitts Rechtfertigung der staatlich angeordneten Morde an Funktionsträgern der SA vom 30. Juni 1934 abgedruckt ist, auch insofern Bedeutung, als, nach Umfragen in der frühen Bundesrepublik, die Diktatur Hitlers in der Zeit vor dem Krieg von erheblichen Teilen der Bevölkerung positiv bewertet wurde.²² Was Carl Schmitt und seine Adepten auf den Lehrstühlen der Öffentlichrechtler als Negativum betrachteten, ist für Fraenkel gerade der Inbegriff der mit dem Grundgesetz festgelegten politischen Ordnung. Die pluralistischen Kräfte, die sich auf der Grundlage der für alle in gleicher Weise geltenden Freiheitsrechte entwickeln können, und der demokratisch legitimierte Staat werden zur Ausdrucksform der Gesellschaft, der die öffentliche Gewalt nicht mehr als unabhängige Instanz übergeordnet wird. Fraenkels Entfaltung der Pluralismustheorie hatte dadurch besondere Bedeutung, dass eine Reihe einflussreicher Schüler Carl Schmitts die Auslegung des Grundgesetzes in die Bahnen eines etatistischen Anti-Pluralismus, insbesondere zu Lasten der Organisationen der abhängig Beschäftigten, zu lenken versuchten.²³

16 Carl Schmitt, Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, Berlin o.J. (1936), Ansprachen, Vorträge der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB am 3. und 4. Oktober 1936, S. 14 ff.

17 Festschrift für Carl Schmitt, hrsg. v. Hans Barion u.a., Berlin 1959.

18 Ernst Fraenkel, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie (1964), in: Fraenkel (Fn. 15), S. 197 ff.

19 Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 3. Aufl. Berlin 1926, S. 14.

20 Fraenkel (Fn. 18), S. 209.

21 Carl Schmitt, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923-1939, Berlin (1940), 1994, S. 60 ff.

22 Carl Schmitt, Der Führer schützt das Recht, ebd., S. 227 ff.; Joachim Perels, Das juristische Erbe des »Dritten Reiches«, Frankfurt am Main 1999, S. 18 f.

23 Vgl. Ernst ForsthoFF/Alfred Hueck, Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anlässlich der parlamentarischen Beratungen des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Bedeutung. Zwei Rechtsgutachten, Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände H. 6/1952; Michael Freund, Demokratie – Wagnis des Vertrauens, in: Notstandsgesetze – aber wie?, hrsg. v. Adolf Arndt, Köln 1962, S. 69 ff.; Werner Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. Berlin 1970, S. 360.

Es war kein Wunder, dass sich Fraenkel maßgeblich an der Diskussion um die Frage der verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustands, die die Bundesrepublik von 1960 bis 1968 in einer konfliktreichen politischen Auseinandersetzung in Atem hielt, mit dem Ziel beteiligte, die Prinzipien des Pluralismus auch unter den Bedingungen des Notstands zu bewahren. Nachdem die Regierung Adenauer 1960 den Entwurf für eine Notstandsverfassung im Bundestag eingebracht hatte und sich dabei an der Gedankenwelt Carl Schmitts mit der vom damaligen Innenminister Schröder geprägten, die Rechtsordnung zurückdrängenden Formel – »Der Notstand ist die Stunde der Exekutive« – orientierte,²⁴ organisierte Fraenkel im Sommersemester 1964 am Otto-Suhr-Institut der Freien Universität Berlin eine Vortragsreihe über den Staatsnotstand. Sein Beitrag über »Martial Law und Staatsnotstand in England und in den USA«²⁵ hatte die Kernfrage eines Notstandsverfassungsrechts der pluralistischen Demokratie zum Gegenstand: nämlich die Frage, welche Rechtsvorkehrungen erforderlich sind, um das Umschlagen des Ausnahmezustands in einen rechtsfreien, auf Dauer gestellten Maßnahmenstaat, der den politischen und gesellschaftlichen Pluralismus beseitigt, zu verhindern. Fraenkel nimmt in seinem Betrag ausdrücklich auf seinen seinerzeit nur auf Englisch vorliegenden »Dual State« Bezug und kündigt sein baldiges Erscheinen auf Deutsch an, zu dem es aber erst 10 Jahre später, vor allem durch das Engagement von Alexander v. Brünneck kommt, der das Buch in der gerade gegründeten Zeitschrift »Kritische Justiz« 1969 in einer Besprechung herausgestellt hatte.²⁶ Gegen die in der »Politischen Theologie« Carl Schmitts von 1922 entwickelte, in der Begründung des Notstandsverfassungsentwurfs von 1960 wieder auftauchende, anti-rechtsstaatliche These, dass im Ausnahmezustand »der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt«, dass »die zwei Elemente des Begriffs ›Rechts-Ordnung‹ ... einander gegenüber (treten) und ... ihre begriffliche Selbständigkeit beweisen«, vergegenwärtigt Fraenkel das amerikanische Verfassungsdenken, um »gegen ideologische Aversionen« die überragende Bedeutung der Anwendungsmöglichkeiten eines »wie immer gearteten Rechts des Staatsnotstands« in den Blick zu rücken.²⁷

Die Rechtsprechung des Supreme Court entwickelt schon im 19. Jahrhundert in der Tradition der amerikanischen Verfassung, in der die Regierung, im Unterschied zum Obrigkeitsstaat, ein rechtlich legitimer Teil des gesellschaftlichen Gesamtgefüges ist, eine systematische rechtliche Strukturierung des Notstands, durch die die Unterwerfung der politischen und sozialen Sphäre unter die unkontrollierbaren Interessen des Staatsapparats ausgeschlossen werden sollen. In einer über Jahrzehnte wegweisenden Entscheidung von 1866 hatte der Supreme Court der Entgrenzung von Notstandsbefugnissen einen verfassungsrechtlichen Riegel vorgeschoben. Die Ausweitung des Ausnahmezustands war dadurch erfolgt, dass ein Bürger des Staates Indiana wegen Hochverrat von einer Militärkommission zum Tode verurteilt worden war, obgleich für den Fall die ordentlichen Gerichte zuständig waren.

In der Entscheidung wird die Aufhebung von rechtlichen Schranken für die Träger der staatlichen Macht prinzipiell ausgeschlossen und nur in stark begrenzten

24 Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Sten. Berichte, 124. Sitzung, 28. September 1960, S. 7777 C.

25 Ernst Fraenkel, »Martial Law« und Staatsnotstand in England und den USA, in: Der Staatsnotstand, hrsg. v. Ernst Fraenkel, Berlin 1965, S. 138 ff.

26 Ebd., S. 26; Alexander v. Brünneck, Kritische Justiz H. 23/1969, S. 319 ff.; Fraenkel selber verweist auf den Anteil v. Brünnecks am Zustandekommen der deutschen Übersetzung des Dual State, vgl. Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 18.

27 Carl Schmitt, Politische Theologie, Berlin 1922, S. 19; Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes v. 11. März 1963, Begründung, BT-Drs. IV/91, S. 5; Fraenkel (Fn. 2), S. 152.

Sonderfällen zugelassen: »Es bedeutet eine äußerst bedenkliche Usurpation von Machtbefugnissen, wenn das Kriebsrecht aufrechterhalten würde, wenn die Gerichte wieder eingesetzt worden sind.«²⁸

Auch innenpolitisch besteht in den USA, wie Fraenkel zeigt, die Gefahr, dass das extensiv eingesetzte martial law das pluralistische Kräftespiel einseitig verändert. Nach der Feststellung, dass martial law »nicht nur in wenigen Ausnahmefällen dazu verwandt und (öfters einmal dazu missbraucht) wurde, die Koalitions- und Streikfreiheit einzuschränken und gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen im Keime zu ersticken,«²⁹ stellt sich Fraenkel mit dem Hinweis, dass historisch immer wieder Notstandsbefugnisse zu innenpolitischen Kampfzwecken umfunktioniert worden sind, mit großer Entschiedenheit – auch in einem Brief von 1965 an Jürgen Seifert, den damaligen Notstandsexperten der IG-Metall³⁰ – an die Seite der Gewerkschaften in ihrer Auseinandersetzung mit der geplanten Notstandsregelung: »Wenn die deutschen Gewerkschaften nicht ohne Grund der Befürchtung Ausdruck geben, dass eine Notstandsverfassung denkbarer Weise zur Beeinträchtigung ihrer Aktionsfähigkeit zu führen vermag, haben sie allen Anlass, mit größter Sorgfalt die Frage zu studieren, welche Erfahrungen ihre amerikanische Schwesterorganisationen mit martial law gemacht haben.«³¹ So gesehen ist Fraenkels Insistieren darauf, dass das gesellschaftliche und politische Kräftegleichgewicht durch einen Ausnahmezustand nicht verändert wird, ein direkter Ausdruck seiner Pluralismustheorie. Die noch heute gültige, in einer großen Koalition verabschiedete Notstandsregelung von 1968 – maßgeblichen Anteil hatte der damalige Innenminister Ernst Benda –, die die Souveränität des Parlaments gewährleistet und wesentliche Grundrechte wie die Meinungsfreiheit und die Koalitionsfreiheit gegen eine Suprematie der Exekutive nahezu einschränkungslos sichert, entspricht – ungeachtet mancher problematischer Ermächtigungen – in weitem Maße der verfassungstheoretischen Position von Fraenkel, den Ausnahmezustand rechtlich so zu begrenzen, dass durch ihn die politischen Freiheiten nicht grundsätzlich verändert werden können.³²

IV.

Da jedoch Fraenkel die Pluralismustheorie im wesentlichen Maße in Form eines theoretischen Postulats entwickelt, das in die Zielsetzung mündet, dass die pluralistischen Kräfte im Gegeneinander und im Miteinander dem Gemeinwohl als einer zwar nicht feststehenden, aber regulativen Idee verpflichtet werden,³³ enthält Fraenkels Ansatz eine Art normativen Überschuss. An diesem Punkt kehrt sich bei Fraenkel die in den dreißiger Jahren in seiner marxistischen Periode vertretene und bereits erwähnte These, dass das rationale, in den modernen Verfassungen kodifizierte Vernunftrecht unter den Bedingungen einer kapitalistischen, auf die Sicherung partikularer Interessen gegründeten Klassengesellschaft

28 Fraenkel (Fn. 25), S. 149 = Ex Parte Miligan 4 Wall 2 (1866); im »Doppelstaat« nimmt Fraenkel (ebd., S. 290 Fn. 26) auf diese, einem Maßnahmenstaat entgegen gesetzte Entscheidung ausdrücklich Bezug: Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 187.

29 Fraenkel (Fn. 25), S. 154.

30 Brief v. 11. Februar 1965, Notstandsarchiv des Instituts für Politische Wissenschaft der Leibniz Universität Hannover.

31 Fraenkel (Fn. 25), S. 154 f.

32 Joachim Perels, Der Kampf gegen die Notstandsgesetze als Aneignung der Verfassung, in: Perels (Fn. 22), S. 150 ff.

33 Fraenkel (Fn. 15), S. 200.

a limine nicht verwirklicht werden kann, vollständig um: Auch und gerade in einer privatwirtschaftlich organisierten Gesellschaft können die Prinzipien des verfassungsrechtlich gesicherten Pluralismus in vollem Maße zum Ausdruck kommen.

Diese zentrale These Fraenkels ist in der politikwissenschaftlichen Literatur im Gefolge der gesellschaftskritischen Bewegung Ende der 60er Jahre von Grund auf in Frage gestellt worden. Das Argument lautete, dass der verfassungsrechtlich verbürgte Pluralismus auf Grund »einer gänzlich unpluralistischen Wirklichkeit« »ungleicher Machtverteilung in einer am Privateigentum orientierten und nach dem Profitprinzip organisierten kapitalistischen Gesellschaft«³⁴ in die politische Dominanz klassengesellschaftlicher Herrschaftsstrukturen umschlage. So wurde der Pluralismus als ideologischer Schein, als »Programm und Technik« des »sozialen Friedens« begriffen, der gegen grundlegende gesellschaftliche Änderungsprozesse abgeschottet ist.³⁵ Diese – man muss sagen: ultra-linke – Sichtweise, die in der Kritik des Pluralismuskonzepts an das Denken von Marx anzuknüpfen suchte, findet sich freilich bei Marx gerade nicht. Er fasst das Verhältnis von kapitalistischer Gesellschaft und demokratischer Verfassung nicht dualistisch im Sinne eines bloßen Scheins des Systems politischer Freiheit, sondern dialektisch im Blick auf das widersprüchliche Verhältnis von gesellschaftlicher Emanzipation und Machtsicherung. Er spricht »vom umfassende(n) Widerspruch«, durch den eine demokratische Verfassung auf der Basis der kapitalistischen Gesellschaft charakterisiert ist: »Die Klassen, deren gesellschaftliche Sklaverei sie verewigen soll, Proletariat, Kleinbürger, setzt sie durch das allgemeine Stimmrecht in den Besitz der politischen Macht. Und der Klasse, deren gesellschaftliche Macht sie sanktioniert, der Bourgeoisie entzieht sie die politischen Garantien dieser Macht: Sie zwingt ihre politische Herrschaft in demokratische Bedingungen, die jeden Augenblick den feindlichen Klassen zum Sieg verhelfen und die Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaft selbst in Frage stellen. Von den einen verlangt sie, dass sie von der politischen Emanzipation nicht zur sozialen fort-, von den anderen, dass sie von der sozialen Restauration nicht zur politischen zurückgehen.«³⁶ In dieser Analyse von Marx enthält der durch die Verfassung verbürgte Pluralismus antagonistischer gesellschaftlicher Kräfte unter bestimmten Bedingungen ein politisch selbständiges Potential, dessen gegen die Verdoppelung von ökonomischen Herrschaftsverhältnissen gerichtetes Gewicht in der bereits erwähnten Auseinandersetzung um eine Notstandsverfassung mit der rechtlichen Sicherung der sozialen Organisationsmacht der Gewerkschaften besonders deutlich zum Ausdruck kam. Insofern lag eine Kritik an Fraenkel, die von einer Fusion ökonomischer und politischer Machtverhältnisse ausging und den Pluralismus einschränkungslos als Instrument der Verschleierung der Wirklichkeit begriff, neben der Sache.³⁷

Allerdings enthält die Pluralismustheorie dadurch eine innere Schranke, dass in ihr gesellschaftliche Tendenzen, die der Wirkungsweise des Pluralismus empirisch entgegenstehen, nicht systematisch in die Theoriebildung einbezogen werden. An dem Problem der Folgewirkungen des Hitler-Regimes in der

34 Bernhard Blanke/Ulrich Jürgens/Hans Kastendiek, *Kritik der Politischen Wissenschaft 1*, Frankfurt am Main 1975, S. 205, 206.

35 Ebd., S. 210.

36 Karl Marx, *Die Klassenkämpfe in Frankreich 1948-1850*, in: ders., *Politische Schriften Bd. 1*, hrsg. v. Hans Joachim Lieber, Stuttgart 1960, S. 162.

37 Zur Kritik einer ökonomistischen Reduktion des demokratischen Verfassungsrechts vgl. auch Jürgen Seifert, *Verrechtlichte Politik und die Dialektik der marxistischen Rechtstheorie*, *Kritische Justiz H. 2/1971*, S. 150 ff.

Bundesrepublik, dem Fraenkel in einzelnen Partien seiner Arbeiten Aufmerksamkeit schenkt, ohne diese Frage mit den Geltungsvoraussetzungen der Pluralismustheorie zu verknüpfen, lässt sich dies zeigen.

Fraenkel konstatiert – ähnlich wie Eugen Kogon, Hannah Arendt, Theodor W. Adorno und Max Horkheimer –,³⁸ dass die Aufarbeitung der NS-Herrschaft, die schon im Grundgesetz mit der Unterordnung des Staates unter die Rechtsordnung und dem Gebot der Achtung der Würde des Menschen ihren Niederschlag gefunden hatte, in der politischen Realität der Bonner Republik durch ein systematisches Beschweigen ersetzt wird. Fraenkel schreibt 1963: »Da alles, was sich seit dem 30. Januar 1933 abgespielt hat, weitgehend tabu ist, da niemand bereit ist, das Hitler-Regime öffentlich zu verteidigen, fühlen sich nur allzu viele zu ihrer inneren Befriedigung der Aufgabe enthoben, es zu kritisieren.«³⁹ An anderer Stelle – in einer Rezension von 1957 – konstatiert Fraenkel: »Während des ersten Jahrzehnts nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes herrschte eine Art Rat- und Hilflosigkeit im deutschen rechts-, staats- und politikwissenschaftlichen Schrifttum, soweit es sich um eine geistige Auseinandersetzung mit dem historisch-politischen Phänomen des Dritten Reiches handelt. Kennzeichnender Weise übergibt Ernst Forsthoff in dem historischen Überblick seines vielbenutzten Lehrbuchs des Verwaltungsrechts mit eisigem Schweigen die Zeit zwischen 1933 und 1945 ... (Es wäre) verhängnisvoll, wenn diese Phase der deutschen Geschichte aus dem Bewusstsein verdrängt ... werden sollte.«⁴⁰

Diese eher skizzenhaft formulierten Beobachtungen einer moralischen und rechtlichen Wahrnehmungsstörung im Umgang mit dem Nationalsozialismus, die mittlerweile durch systematische historische und politikwissenschaftliche Forschungen vielfach analysiert ist,⁴¹ werden von Fraenkel nicht mit der soziologisch-politischen Frage der Geltungsbedingungen einer rechtsstaatlichen Demokratie verknüpft.

Auf dem für die Nachkriegsordnung zentralen Feld der juristischen Aufarbeitung der Gewaltverbrechen des nationalsozialistischen Regimes – etwa 12 Millionen Menschen sind außerhalb von Kriegshandlungen Opfer des NS-Terrors geworden⁴² – hatte insbesondere die Tatsache, dass der Staats- und Justizapparat des Dritten Reiches fast vollständig zum Rückgrat der jungen Republik wurde, fatale Wirkungen im Blick auf die Geltungsbedingungen der demokratischen Rechtsordnung. Für große Teile derer, die an Staatsverbrechen beteiligt waren,

³⁸ Eugen Kogon, *Der SS-Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager*, München 1946, S. 324 ff.; Hannah Arendt, *Besuch in Deutschland (1950)*, in: dies., *Zur Zeit. Politische Essays*, hrsg. von Marie Luise Knott, Berlin 1986, S. 43 ff.; Theodor W. Adorno, *Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit (1959)*, in: ders., *Eingriffe. Neun kritische Modelle*, Frankfurt am Main 1963, S. 125 ff.; Max Horkheimer, *Notizen 1950 bis 1969*, hrsg. v. Werner Brede, Frankfurt am Main 1974, S. 161 f.

³⁹ Fraenkel (Fn. 15), S. 51.

⁴⁰ Ernst Fraenkel, *Zur Auseinandersetzung mit Carl Schmitt*, Rezension von Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre Carl Schmitts, Stuttgart 1957, in: Fraenkel, *Gesammelte Schriften* (Fn. 2), S. 595.

⁴¹ Norbert Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München 1996; Ulrich Herbert, *Best. Biographische Studien über Justizradikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903-1989*, Bonn 1996, S. 403 ff.; Michael Greve, *Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren*, Frankfurt am Main 2001; Kerstin Freudiger, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Tübingen 2002; Marc v. Miquel, *Ahnden oder amnestieren. Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren*, Göttingen 2004; Gesine Schwan, *Politik und Schuld. Die Zerstörerische Macht des Schweigens*, Frankfurt am Main 1997; *Wandlungsprozesse in Westdeutschland. Belastung, Integration, Liberalisierung*, hrsg. v. Ulrich Herbert, Göttingen 2002; Perels (Fn. 1), (Fn. 15).

⁴² Sir Hartley Shawcross, *Plädoyer, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof*, Bd. XIX, Nürnberg 1948, S. 483.

entstand durch die Rechtsprechung ein gegen den Gleichheitssatz gerichtetes Sonderrecht, durch das die Ahndung der Verbrechen durch die Umdeutung von Gewalthandlungen in Recht blockiert wurde oder durch die Verwandlung von Tätern in Gehilfen minimiert wurde: Die Ermordung von Admiral Canaris und Pfarrer Bonhoeffer im Konzentrationslager durch einen SS-Richter galt als rechtmäßig, Otto Bradfisch, der als hoher SS-Führer für die Tötung von 15000 Juden verantwortlich war, erschien als Gehilfe, dem eine Nichtidentifikation mit den Zielen des Nationalsozialismus unterstellt wurde.⁴³

Da Fraenkel den Realbedingungen der Durchsetzung des Rechtsstaats nach 1945 nicht genügend historisch-empirische Aufmerksamkeit schenkt, kann er die naheliegende Frage nicht stellen, ob die von ihm mit entwickelten Kategorien des Maßnahmenstaats in der Bundesrepublik im juristischen Umgang mit den Nazi-Verbrechen in der Form der Aushöhlung und Ausschaltung des Rechts zu Lasten der Opfer in mancher Beziehung fortwirkten. Dass Fraenkel dieser für den demokratischen Rechtsstaat zentralen Frage, für deren Behandlung er als Jurist und Politikwissenschaftler besonders qualifiziert war, nicht nachging, hat gewiss Gründe, die wir nicht kennen. Unabhängig davon zeigt die Ausklammerung der Behandlung der nationalsozialistischen Verbrechen – im Unterschied etwa zu Otto Kirchheimer, der ebenfalls in der Emigration eine bedeutende Gesamtanalyse der juristischen Herrschaftsgrundlagen des NS-Systems vorgelegt hat⁴⁴ –, dass Fraenkel dem Problem der politischen und sozialen Tendenzen, die der Wirksamkeit egalitären Rechts entgegenwirkten, kein Gewicht beigemessen hat.

Dies gilt auch im Blick auf andere konflikthaltige Rechtsmaterien wie des Arbeitsrechts, des politischen Strafrechts und der Eigentumsgarantie, die Fraenkel in der Weimarer Republik, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Normen aushöhlenden Klassenjustiz analysiert hatte. So wurde die Grundlage des Pluralismus, die Geltung des Gleichheitssatzes in der gesellschaftlichen Wirklichkeit der Bundesrepublik – anders als in den Arbeiten von Franz Neumann⁴⁵ – nicht in zureichendem Maße thematisiert. Dabei stand in der ersten Periode des Denkens von Fraenkel in den zwanziger und dreißiger Jahren die Spannung zwischen der Rechtsordnung und den Machtverhältnissen im Zentrum.⁴⁶

V.

In Anlehnung an einen Vers von Wolf Biermann lässt sich im Blick auf Fraenkel sagen: Wie nah sind uns manche, die tot sind. Dies gilt auch für manche Tendenzen in der gegenwärtigen politischen Wissenschaft. Bei bestimmten Autoren bleibt vom differenzierten wissenschaftlichen Instrumentarium Fraenkels, das historische und theoretische Analysen im Bezugsrahmen eines emphatisch kon-

⁴³ Perels (Fn. 15), S. 194 ff.; Perels (Fn. 1), S. 155 ff.

⁴⁴ Otto Kirchheimer, Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, Neuwied 1961, S. 473 ff.; Otto Kirchheimer, Über den Rechtsstaat (1967), in: ders., Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat, Frankfurt am Main 1967, S. 137 ff.

⁴⁵ Franz Neumann, Die Umerziehung und das Dilemma des Wiederaufbaus (1947), Militärregierung und Wiederbelebung der Demokratie in Westdeutschland (1948), Deutsche Demokratie (1950), in: ders., Wirtschaft, Staat und Demokratie. Aufsätze 1930-1954, hrsg. v. Alfons Söllner, Frankfurt 1978, S. 290 ff., 309 ff., 327 ff.; zur wissenschaftlichen und politischen Wertschätzung Neumanns durch Fraenkel s. Ernst Fraenkel, Gedenkrede auf Franz L. Neumann, in: Fraenkel, Gesammelte Schriften (Fn. 2), S. 168 ff.

⁴⁶ Vgl. Ernst Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjustiz (1927) und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32, Darmstadt 1968; Fraenkel (Fn. 4), S. 214 ff., 225 ff., 235 ff.; Fraenkel (Fn. 2), Gesammelte Schriften, S. 267 ff.

zipierten und legitimierten Demokratiebegriffs – Fraenkels Mitmigrant in den USA, Ernst Bloch, nennt die Demokratie den ersten humanen Wohnort der Menschheitsgeschichte⁴⁷ – nur eine inhaltlich stark entleerte Sichtweise übrig, die von normativen Fragestellungen, die durch die Verfassung vorgegeben sind, getrennt ist. In einem jüngeren Aufsatz in der »Politischen Vierteljahresschrift« schreibt Dieter Fuchs: »Die Frage, wie präskriptive Merkmale einer idealen Demokratie durch deskriptive Indikatoren operationalisiert werden können, ist bislang völlig ungeklärt.«⁴⁸ Diese These eines notwendigen Dualismus von empirischer Analyse und kritischer Urteilsbildung zeugt von einer gegenstandsfernen und ahistorischen Begriffsbildung, mit deren Kategorien große, auf die Totalität eines politischen Systems bezogene Arbeiten – wie Eugen Kogons »SS-Staat«, Rudolf Bahros »Kritik des real existierenden Sozialismus« oder Norbert Frei »Vergangenheitspolitik«⁴⁹ – nicht hätten geschrieben werden können. Fraenkel legte großen Wert »auf die Verknüpfung empirischer und normativer Forschungsmethoden«. Wenn man aber, wie in dem zitierten Aufsatz, deskriptive und normative Methoden gegeneinander stellt und ihre Verbindung in ein gewissermaßen nicht zu lösendes Rätsel verwandelt, setzt man sich diesem durch Fraenkels gesamtes Werk beglaubigtem Urteil aus: »Da Zentralbegriffe der Wissenschaft von der Politik ... an einem Wertsystem ausgerichtet sind, können sie mit den Methoden einer empirisch-deskriptiven Wissenschaft nicht einmal im Ansatz begriffen werden.«⁵⁰

Duncan Kennedy A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation

Der Text greift zunächst die vorwiegend von der linken Rechtskritik vorgebrachten Einwände gegen den Rechtspositivismus von H.L.A. Hart und Hans Kelsen auf und versucht, diese phänomenologisch zu präzisieren. Ausgangspunkt ist die Frage nach der (Un-)Bestimmtheit bzw. Bestimmung von Normen. Im Unterschied zu Hart und Kelsen geht die phänomenologische Kritik davon aus, dass Rechtsanwendung nicht nur aus Kognition und Ermessen besteht, sondern zunächst die Konstruktion der Normanwendungssituation voraussetzt. Sie rückt damit »Begriffskerne«, »Rahmen«, Lücken und Konflikte ins Zentrum der Rechtsarbeit. Diese ist sowohl dynamisch als auch strategisch, geleitet von Vorurteilen wie von Ideologien und politischen Projekten, und entfernt sich damit vom Bild der positivistischen Rechtsanwendung. Im zweiten Teil des Textes verteidigt der Autor die im Rahmen der Critical Legal Studies (CLS) entwickelte Unbestimmtheitskritik gegen »Misreadings« durch die Vertreter des Mainstream, insbesondere gegen den Vorwurf des Rechtsnihilismus. CLS geht, im Anschluss an die Hart/Kelsen-Kritik, davon aus, dass die (Un-)Bestimm-

47 Ernst Bloch, *Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt am Main 1959, S. 1608.

48 Dieter Fuchs, *Konzept und Messung von Demokratie*, *Politische Vierteljahresschrift* H.1 / 2002, S. 104 f.

49 Kogon (Fn. 38); Rudolf Bahro, *Die Alternative. Zur Kritik des real existierenden Sozialismus*, Köln 1977; Frei (Fn. 41).

50 Ernst Fraenkel, *Die Wissenschaft von der Demokratie und die Gesellschaft* (1963), in: Fraenkel, *Gesammelte Schriften* (Fn. 2), S. 337.