

# Volker Neumann

## Verfassungstheorien politischer Antipoden: Otto Kirchheimer und Carl Schmitt

235

Kirchheimer hatte 1928 bei Carl Schmitt in Bonn promoviert mit dem Thema »Zur Staatstheorie des Sozialismus und Bolschewismus«<sup>1</sup>. Die Dissertation greift jene Themenstränge auf, die Schmitt in der Studie »Die Diktatur«<sup>2</sup>, in den zu dem Band »Politische Theologie«<sup>3</sup> zusammengestellten Aufsätzen zur Souveränitätstheorie und in der »Parlamentarismusschrift«<sup>4</sup> erarbeitet hatte. Nun ist es gewiß nicht ungewöhnlich, daß ein Promovend aus dem wissenschaftlichen Werk seines Doktorvaters zitiert, immerhin ist die ins Auge springende Affinität in der Analyse und Einordnung sozialer Bewegungen und politischer Prinzipien bemerkenswert. So geht die Dissertation, ganz in Übereinstimmung mit dem materialen Demokratie-begriff Schmitts, von der Fragwürdigkeit einer Verbürgerung gesellschaftlicher Homogenität über das Medium des Nationalbewußtseins aus, nachdem der kapitalistische Produktionsprozeß die Nation in zwei feindliche Klassen aufgespalten hat. Die Option für das Zusammenleben der sozialen Klassen erfordere nun die Konzeption einer formalen Demokratie auf der Grundlage eines Klassengleichgewichts.<sup>5</sup> Dabei teilt Kirchheimer die beispielhaft in der Souveränitätstheorie der »Politischen Theologie« entwickelte Skepsis hinsichtlich der Dauerhaftigkeit eines jeden sozialen Gleichgewichtsmodells. Die Politik der Balance ist nach Schmitt charakteristisch für den bürgerlichen Liberalismus, der um ein labiles Gleichgewicht zwischen der Arbeiterklasse und den traditionellen Machträgern Monarchie, Adel, Armee, Kirche zum Zwecke der Sicherung bürgerlicher Herrschaft bemüht ist.<sup>6</sup> Kirchheimer überträgt dieses Modell mitsamt seiner Konnotationen auf die sozialdemokratische Arbeiterbewegung, die in der »Theorie vom doppelten Fortschritt« die politische Legitimation für ihren Emanzipationskampf unter den Bedingungen der formalen Demokratie entworfen habe. Weil das stetige Wachstum der kapitalistischen Wirtschaft notwendig vom Fortschritt in der Entwicklung der Menschheit zu mehr Humanität begleitet werde, vermag der sozialdemokratische Politiker zu glauben an die Möglichkeit friedlicher Mehrheitsbildung in der formalen Demokratie und zu vertrauen auf den »Kampf organisierter, aufgeklärter Massen voll Stetigkeit und Besonnenheit.«<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Auszugsweise wiedergedruckt in: Kirchheimer, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt am Main 1976, S. 32 ff.

<sup>2</sup> Schmitt, *Die Diktatur*, 3. Aufl., Berlin 1964 (Erstauffl. 1921).

<sup>3</sup> Ders., *Politische Theologie*, München 1934 (Erstauffl. 1922).

<sup>4</sup> Ders., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 4. Aufl., Berlin 1969 (Erstauffl. 1923).

<sup>5</sup> Kirchheimer, FN 1, S. 35. Schmitt hatte die an die Gleichgewichtstheorie ansetzenden Überlegungen Kirchheimers als »sehr beachtenswerte (!) staats- und verfassungstheoretische Konstruktion« gelobt. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 2. Aufl., Berlin 1969, S. 142 (Erstauffl. 1931).

<sup>6</sup> Vgl. Schmitts Ausführungen im 4. Kapitel der *Politischen Theologie*, S. 67 ff., »Zur Staatsphilosophie der Gegenrevolution«.

<sup>7</sup> Kirchheimer, FN 1, S. 39 f.

Schmitt hat gegen die liberale Politik der Balance und ihren Glauben an den Ausgleich gesellschaftlicher Widersprüche im »ewigen Gespräch« des Parlamentarismus den spanischen Gegenrevolutionär Donoso Cortés als Zeugen aufgerufen.<sup>8</sup> Donoso habe die liberale Taktik des lachenden Dritten als schlaunen Schwindel der Bourgeoisie durchschaut und als illusionäres Ausweichmanöver vor der historisch unumgehbaren Entscheidung zwischen proletarischer »Diktatur des Dolches« und elitärer »Diktatur des Säbels«<sup>9</sup> gebrandmarkt. Die Unumgebarkeit der Unterscheidung von Freund und Feind und der gewaltsamen Lösung des Klassenkonflikts ist eine Erkenntnis, die Kirchheimer gleichermaßen in der »Theorie vom doppelten Fortschritt« vermißt. Weil Lenin und Sorel den Kompromiß ablehnen und Freund und Feind zu unterscheiden wissen, werden sie als revolutionäre Vorbilder gegen den Pazifismus der Sozialdemokratie benannt. Die bolschewistische Revolutionstheorie ist politisch, weil sie – auch dies genuin Schmittsche Theoreme – den auf eine Entscheidung drängenden Ausnahmezustand anerkenne und willens sei, den Klassenfeind in der »souveränen Diktatur« des Proletariats niederzuhalten bis zur Verwirklichung sozialer Homogenität im sozialistischen Staat.<sup>10</sup>

Kirchheimer trägt diese Gedanken nicht als persönliche Glaubenssätze vor. Und doch ist ein waches Interesse an der militanten Kritik Lenins und Sorels nicht zu verkennen, ein Interesse, das sich mitunter auch von der Wucht dieser Kritik mitreißen läßt. Aus diesem Interesse, das aus der Analyse mehr macht als eine bloße Diagnose, spricht jene Sympathie für eine aktive, kämpferische, entscheidungsfreudige Politik, die für Kirchheimers politische Theorie und Verfassungstheorie so überaus bedeutsam ist.

Die Ausführungen mögen als erster Beleg dienen für den Erkenntnisgewinn einer Rekonstruktion der Weimarer Arbeiten Kirchheimers im kritischen Vergleich mit der Theorie Carl Schmitts. Ein weiteres Indiz für die sachliche Nähe der beiden Theorien ist im Wissenschaftsverständnis und im methodischen Vorgehen angezeigt. Einschränkend und zugleich bestätigend ist vor auszuschicken, daß Äußerungen zum Wissenschaftsbegriff und zur angewandten Methode im Werke Schmitts rar sind und bei Kirchheimer fast vollständig fehlen. Die Vernachlässigung methodischer und wissenschaftstheoretischer Fragestellungen wird erhellt von der Selbstverständlichkeit, mit der beide Staatsrechtler die enge Verwandtschaft ihrer Wissenschaft zur Politik bejahen. Das Bestreiten dieser Verwandtschaft ist für Schmitt ein »politischer Kunstgriff«, mit dem die eigene Position als unpolitische überhöht und die des Gegners als politisch zweckorientierte denunziert werden solle.<sup>11</sup> Staatsrechtliche Theorien werden gewonnen in konkreten politischen Auseinandersetzungen mit der Folge, daß die wissenschaftliche Diskussion die Spannung des politischen Kampfes erhält. Die Bezogenheit auf politische Situationen und Bewegungen untersagt ein Verständnis von Wissenschaft als methodisches und systematisierendes Arbeiten auf allgemeingültige Erkenntnisse hin. Jede Erkenntnis ist Gegenwartserkenntnis, jeder Geist nur gegenwärtiger Geist, es gibt keine intersubjektiv nachvollziehbare Erkenntnis, sondern nur Aussagen zur konkreten, immer im Streit befindlichen politischen Lage. Kirchheimers Wissenschaftsbegriff ist zutiefst geprägt von dem seines Doktorvaters. 1964 schreibt er in einem der ganz wenigen

8 Schmitt, FN 3; s. auch die Aufsatzsammlung Schmitts »Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation«, Köln 1950.

9 Donoso Cortés, Rede vom 4. Januar 1849 über die politischen Grundsätze der Gegenwart und die Diktatur, in: ders., Briefe, parlamentarische Reden und diplomatische Berichte aus den letzten Jahren seines Lebens (1849–53), Hrsg. A. Maier, Köln 1950, S. 179 ff.

10 Kirchheimer, FN 1, S. 45.

11 Schmitt, Hugo Preuß – Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, Tübingen 1930, S. 6.

Sätze, die sein Wissenschaftsverständnis thematisieren, es sei das »Handwerk« des politischen Analytikers, »Regierungssysteme in voller Aktivität zu dechiffrieren, zu diagnostizieren oder in seinem Geiste bessere für sie zu substituieren«.<sup>12</sup>

Wie aber können aus den Kraftlinien des politischen Geschehens wenn schon nicht »Wahrheiten«, so doch Evidenzen gewonnen werden? Woher bezieht die Sensibilität für politische Prozesse die Kraft, den Mut und das Selbstvertrauen, in einer »Zeit raschen Verschleißes politischer Systeme« die Dynamik der Politik zu überführen in staatsrechtliche Begrifflichkeit? Schmitt hat 1970 eine späte Antwort gegeben. »Ich habe eine Methode, die mir eigentümlich ist: die Phänomene an mich herankommen zu lassen, abzuwarten und sozusagen vom Stoff her zu denken, nicht von vorgefaßten Kriterien.«<sup>13</sup> Was hier proklamiert wird, ist die Priorität des intuitiven Verstehens vor dem Geschäft logifizierter Hypothesen- und Begriffsbildung. Intuition hat ein innigeres Verhältnis zur Ästhetik als zur Logik. Wenn eine gedankliche Struktur nicht über »vorgefaßte Kriterien« zum rationalen Nachvollzug einlädt, wird sie ihre Wirkung in der Faszination des Prägnanten und Schönen erproben müssen. Soll ein Gedanke »einleuchten«, wird er sich an den Anforderungen an ein Kunstwerk hinsichtlich innerer Harmonie, Stimmigkeit und Plastizität zu messen haben. Der Stil wirkt als Eindringhilfe, die dem Text erleichtert, »in die subjektiven Tiefen« derer, die es angeht, vorzudringen und dort auf Wohlwollen und Entgegenkommen zu treffen«.<sup>14</sup> Bilder helfen beim Eindringen abstrakter Begriffe in die subjektiven Schichten des Verstehens.<sup>15</sup> Die an Schmitt bewunderte Formulierungskraft und Brillanz der Darstellung bedient sich einer Prägnanz und eines Bilderreichtums, die den Leser überraschen und überwältigen – oder aber ihn erschrecken und abstoßen. Auch Kirchheimers Schriften betonen den Aspekt des Stils und der Rhetorik, sie sind packend geschrieben, verzichten keineswegs auf ein Fortissimo starker Worte, sie sind agitatorisch. Denn die bezogenen Positionen sollen ja nicht im wissenschaftlichen Diskurs überprüft, sondern geworfen werden in die »Waagschale der Zeit«<sup>16</sup>, in den politischen Kampf, wo sie sich zu bewähren haben. Die Arbeitsweise erfordert auf der subjektiven Seite des Analytikers ein Gespür für politische Vorgänge, eine – wie Herz/Hula schreiben – »sensitivity to the historically relevant and the uniquely political«.<sup>17</sup>

Ein Ergebnis dieser Arbeitsweise liegt auf der Hand. Die sensitive Wahrnehmung poliischer Geschichte erzeugt Unstetigkeit im Interesse für Erkenntnisgegenstände und Sprunghaftigkeit bei der Rezeption theoretischer Traditionen. Das Urteil von Herz/Hula »Otto Kirchheimer was not a systematic thinker«<sup>18</sup> trifft gleichermaßen Schmitts Werk, das jedoch kaum als »Werk« im Sinne einer systematisch entwickelten Theorie gelten kann. Die Form des wissenschaftlichen Arbeitens korrespondiert dem wissenschaftstheoretischen und methodischen Selbstverständnis. Unter den Arbeiten Kirchheimers dominieren Aufsätze, abgesehen von dem voluminösen Alterswerk »Politische Justiz«<sup>19</sup> führt die von Luthardt erstellte Auswahlbibliogra-

12 Kirchheimer, Vorbemerkung zu der Aufsatzsammlung: Politik und Verfassung, Frankfurt am Main 1964, S. 7.

13 Schmitt in einem Gespräch mit J. Schickel, in: Schickel, Guerilleros, Partisanen. Theorie und Praxis, München 1970, S. 11.

14 D. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, Berlin 1976, S. 29.

15 H. Triepel, Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts, Heidelberg 1947, S. 46 ff.

16 So lautet eine gelungene Formulierung Schmitts in dem 1957 geschriebenen Vorwort zu: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 2. Aufl., Berlin 1973, S. 8.

17 In: Burin/Shell, Politics, Law, and Social Change. Selected essays of Otto Kirchheimer, New York 1969, S. X.

18 A. a. O. S. IX.

19 Kirchheimer, Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, Neuwied 1965.

phie<sup>20</sup> kaum Bücher. Eine Bestandsaufnahme der Arbeiten Schmitts ist vor einer analogen Einschätzung nicht schon dadurch gefeit, daß die von Tommissen erstellte Bibliographie aus dem Jahre 1958 in der Rubrik »Bücher und selbständige Schriften« 58 Titel zählt.<sup>21</sup> Denn bei näherem Hinsehen ergibt sich, daß ein gewichtiger Teil der Publikationen Aufsatzsammlungen, kaum über Aufsatzformat hinausgelangte Broschüren oder in Buchform publizierte Vorträge sind.<sup>22</sup> Den großen Studien liegen vielfach Aufsätze, die vorab veröffentlicht wurden, zugrunde.<sup>23</sup> Aufsätze und Rezensionen dominieren ganz eindeutig auch in der Schmitt Bibliographie.<sup>24</sup> Die Form des Aufsatzes ist weitaus besser geeignet für eine rasche Reaktion auf zeitgeschichtliche Vorgänge als die Buchform. Erschwert werden aber Systematik und Kohärenz der wissenschaftlichen Arbeit. Freilich muß der Mangel an Systematik nicht als defizitär begriffen werden, sprechen doch die Fülle der behandelten Themen und der Reichtum an Gedanken für die Produktivität der Arbeitsweise.

Trotz der wissenschaftstheoretischen und methodischen Übereinstimmungen ist die Divergenz im Erkenntnisinteresse erheblich. Kirchheimer legt sein Erkenntnisziel offen, er will verantwortlich mitarbeiten an der »Schaffung menschenwürdiger und sinnvoller gesellschaftlicher Zustände«.<sup>25</sup> Vergeblich wird man in den Schriften Schmitts nach einer vergleichbaren Darlegung forschen. Die Nachbarschaft der Wissenschaft des öffentlichen Rechts zur Politik, auch zur Tagespolitik, wird zwar ständig betont, dennoch insistiert Schmitt auf der politischen Neutralität des Wissenschaftlers. Das Mißverhältnis zwischen einem politischen Wissenschaftsverständnis und der beharrlichen Verteidigung einer über die Politik erhabenen Integrität der Person des Wissenschaftlers wird auf die Spitze getrieben im Begriff des »Schicksals«. Der Gedankengang ist folgender: Die Überschneidung von Wissenschaft und Politik ist ein sachlich festzuhaltendes Faktum; der Wissenschaftler, der dieses Spannungsfeld bearbeitet, wird wider seinen Willen hineingezogen in den Malstrom der Politik.<sup>26</sup> Die Deutung solcher Aussagen als Apologie der im »Dritten Reich« eingenommenen Rolle ist noch nicht einmal die halbe Wahrheit. Als der Fraktionsführer des Zentrums, Prälat Kaas, am 26. 1. 1933 in einem Brief an die Reichsregierung vor den »das gesamte Staatsrecht relativierenden Grundtendenzen von Karl (!) Schmitt und seinen Gefolgsmännern« warnte<sup>27</sup>, reagierte Schmitt verärgert und beleidigt. Sein Antwortbrief vom 1. 2. 1933<sup>28</sup> enthält zwei Argumentationsstränge. Er, Schmitt, sei in wissenschaftlicher Redlichkeit eben zu anderen Ergebnissen als andere Staatsrechtler gelangt; es sei »Unrecht«, aufgrund abweichender Ansichten die »rechtliche Gesinnung« eines Rechtsgelehrten »politisch zu verdächtigen«. Um was Schmitt kämpft, ist die Erhaltung eines Restes von Person, der nicht aufgeht in politischer Absicht und der generell unverfügbar bleiben soll.

20 In: Kirchheimer, FN 1, S. 246 ff.

21 In: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, hrsg. von Barion, Forsthoß, Weber, Berlin 1959, S. 273 ff.

22 Die Bibliographie führt in der genannten Rubrik 5 Aufsatzsammlungen und 15 Broschüren mit weniger als 50 Seiten. Zieht man davon noch 3 Vorträge, die nicht schon unter »Broschüren« in Anschlag gebracht sind, und die 14 Zweit- und Mehraufgaben ab, verbleiben 21 Publikationen in Buchform.

23 Hierzu gehören die Bücher: Die Diktatur, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Der Begriff des Politischen, Der Hüter der Verfassung und – bedingt – Der Nomos der Erde, Köln 1950.

24 Die zitierte Tommissen Bibliographie zählt annähernd 200 Aufsätze.

25 Kirchheimer, FN 12, S. 7.

26 Schmitt, Ex Captivitate Salus, Köln 1950, S. 56.

27 Veröffentlicht in: Jahrbuch d. öffentl. Rechts, Bd. 21, S. 141.

28 Erstmals veröffentlicht in: P. Tommissen, Over en in Zake Carl Schmitt, in: *Electica*, 5 de Jaargang – Nr. 2, Brussel, S. 111 f.



Die existentialistische Fassung und Immunisierung wissenschaftlicher Verantwortung fordert geradezu heraus, das Urteil über das wissenschaftliche Werk zu verbinden mit moralischen Einschätzungen der Person.

Aus leicht einsehbaren Gründen wurde bisher der Einfluß Schmitts auf die Theorie Kirchheimers hervorgehoben. Als Kirchheimer im Alter von 23 Jahren seine Dissertation schrieb, war der 40jährige Schmitt bereits einer der angesehensten deutschen Staatsrechtlicher. Gelernt hat aber auch Schmitt von dem jungen Promovenden, was schon die häufigen Zitierungen belegen.<sup>29</sup> Bei der Lektüre der Zitate drängt sich der Eindruck auf, daß Kirchheimer Anregungen aus der marxistischen Diskussion, zu der Schmitt den Kontakt nicht abreißen lassen wollte, vermittelte.<sup>30</sup> Über die persönlichen Beziehungen der beiden ist mir nichts bekannt.<sup>31</sup> Daß Kirchheimer von seinem Doktorvater beeindruckt war, läßt sich aus der Rezeption Schmittscher Theoreme unschwer ablesen. Im Sommersemester 1931 hatte Kirchheimer gemeinsam mit F. Neumann ein verfassungsrechtliches Seminar bei Schmitt an der Handels-Hochschule in Berlin besucht. Der ungewöhnliche Vorgang, daß ein deutscher Staatsrechtsprofessor in zwei wissenschaftlichen Aufsätzen sogar Kirchheimers Beiträge zur Semindiskussion zitiert, könnte auf ein fast freundschaftliches Verhältnis hinweisen.<sup>32</sup> Verstärkt wird die Annahme von dem Tatbestand, daß Schmitt und Kirchheimer Manuskripte ihrer wissenschaftlichen Arbeit vor deren Publikation ausgetauscht hatten.<sup>33</sup>

### 1. Verfassung und Entscheidung

Die 1930 erschienene Schrift »Weimar – und was dann?«<sup>34</sup> kann zu den klassischen Analysen der Weimarer Reichsverfassung gerechnet werden. Das Faszinosum, das von der in der »Jungsozialistischen Schriftenreihe« publizierten Studie ausgeht,

<sup>29</sup> Vgl. FN 5. Weitere Zitierungen finden sich in den Aufsätzen aus FN 16: Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929), S. 99; Freiheitsrechte und institutionelle Garantien (1931), S. 161/2, 168; Grundrechte und Grundpflichten (1932), S. 182, 192, 195; Legalität und Legitimität (1932), S. 269. In den Nachbemerkungen zu den Aufsätzen nimmt Schmitt 1957 u. a. auch Bezug auf neuere Arbeiten Kirchheimers, vgl. S. 262, 346, 366, 488.

<sup>30</sup> Dafür sprechen die Zitate S. 162 und 167, Hinweis auf K. Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Tübingen 1929, und der Kontext des Zitats FN 5: Bauer, Kautsky, Adler, Gurland.

<sup>31</sup> Rainer Erd hat in einem Gespräch mit Carl Schmitt im Juli 1980 den wertvollen Hinweis erhalten, daß Kirchheimer ihn noch in den fünfziger Jahren in Plettenberg besucht hatte.

Schmitt schrieb hierzu am 30. 9. 1968 in einem Brief an J. Seifert: »Meine Nachkriegsbeziehungen zu Herrn Kirchheimer begannen mit seinem Besuch in Plettenberg (am 27. November 1949) und endeten im Sommer 1961, als ich Einzelheiten über sein Verhalten in dem Promotionsverfahren Schwab erfuhr. . . Kirchheimer hat die Annahme der Arbeit auf eine Art und Weise verhindert, die mich einen seit 1927 von mir genährten Irrtum erkennen ließ. – Aus einer sehr persönlichen Perspektive berichtet Schwab über das Verfahren und das Rigoroseum bei Kirchheimer in dem Aufsatz: Through a Glass Darkly, in: Canadian Journal of Political and Social Theory, Vol. 4, No. 2, (Spring Summer 1980), 149 ff. Frau Gurland hat mir in einem Gespräch mitgeteilt, Kirchheimer habe das Promotionsverfahren als eine hintergründige Strategie Schmitts gewertet, seine Rehabilitation via USA und unter Benutzung der Person Kirchheimers zu betreiben; zu dieser Strategie habe er, Kirchheimer, seine Hand nicht reichen wollen.

<sup>32</sup> »Die in meinem verfassungstheoretischen Seminar Sommer 1931 von O. Kirchheimer formulierte allgemeine These, daß überhaupt nur ein Justizstaat . . . Grundrechte haben könne, soll hier wenigstens erwähnt werden.« FN 16, S. 192, ähnlich S. 168.

<sup>33</sup> So zitiert Kirchheimer aus dem »unveröffentlichten Gutachten« Schmitts zum deutsch – polnischen Abkommen vom 31. Oktober 1929 (publiziert unter dem Titel: Ratifikation völkerrechtlicher Verträge und innerstaatliche Auswirkungen der Wahrnehmung auswärtiger Gewalt, wiederabgedr. FN 16, S. 124 ff.) in seiner Arbeit: Die Grenzen der Enteignung (1930), wiederabgedr. in: ders., Funktionen des Staates und der Verfassung, Frankfurt 1972, S. 223 ff., 285. Umgekehrt muß Schmitt Kirchheimers

gründet in der gelungenen Verbindung von soziologischer Realanalyse und Verfassungstheorie. Lorenz von Stein<sup>34</sup> und Karl Marx sind unschwer als Vorbilder dieses Ansatzes auszumachen. Marx hatte den »umfassenden Widerspruch« in der französischen Konstitution vom 23. 10. 1848 damit erklärt, daß dem vierten Stand mit dem allgemeinen Stimmrecht der Zugang zur politischen Macht eröffnet und zugleich die soziale Macht des Bürgertums verfassungsmäßig garantiert sei.<sup>35</sup> Ähnlich wie in seiner Dissertation rückt Kirchheimer auch hier die Annahme, ein Gleichgewicht zwischen den sozialen Klassen verbürge die Lebensfähigkeit einer Verfassungsordnung, in das Zentrum seiner Kritik. Entgegengesetzt zur Position Anschütz, der den verfassungsgesetzlich verankerten Klassenkompromiß als Stärke der Verfassung feiert,<sup>36</sup> erblickt Kirchheimer in der Kompromißstruktur das politische Dilemma der Reichsverfassung. Denn die Reichsverfassung sei kein echter Kompromiß, der positiv definiert ist als gegenseitiges Nachgeben zur Erreichung einer dauerhaften und eindeutigen Regelung, vielmehr sei das vorgeblich Kompromißhafte eine »in der Verfassungsgeschichte bisher unbekannte, einzigartige Nebeneinanderordnung und Anerkennung der verschiedensten Wertsysteme«. Das Fehlen einer Entscheidung für ein inhaltliches Organisationsprinzip degradiere die »Verfassung ohne Entscheidung« zu einer »formalen Spielregel«, über die der sozial Mächtigere im Kräfteparallelogramm beliebig verfügen könne.

Bis hierher reicht die Analyse kaum hinaus über die Tradierung marxischer Positionen aus den politischen Schriften, angereichert mit Fragmenten der Schmittschen Verfassungslehre und Demokratietheorie.<sup>37</sup> Die Gedanken zum Wechselverhältnis von Legalstruktur und sozialer Mächtigkeit entfalten hingegen eine erstaunliche diagnostische und prognostische Qualität. Die Machtsäulen im politischen System von Weimar, vorrangig Reichswehr und Bürokratie, widerlegen drastisch die Einschätzungen der WRV als offener Verfassung. Beeindruckend ist Kirchheimers treffsichere Analyse von Art. 48 WRV. Der Diktaturartikel eröffne die legalisierte Chance, die Alternative parlamentarische Demokratie oder Diktatur zu behandeln als »Zweckmäßigkeitfrage, die nur unter dem einen Gesichtspunkt zu entscheiden ist: was dient am besten der Aufrechterhaltung des ökonomischen status quo?«<sup>38</sup> Die Kriterien jener Zweckmäßigkeit werden von Kirchheimer entwickelt im Beziehungsfeld der »Direktionssphäre«, die der Gesetzmäßigkeit des kapitalistischen Produktionsprozesses vollkommen unterworfen ist, und der »Verteilungssphäre«, in der die politischen Kämpfe um die Verteilung des Sozialprodukts ausgetragen werden. Entgegen der Kritik einiger Autoren der »Neuen Linken«<sup>39</sup> ist festzuhalten, daß die Differenzierung von Direktions- und Verteilungssphäre nicht eingeführt wird, um die gewerkschaftlich-sozialdemokratische Politik der Verteilungskämpfe zu legitimieren, sondern im Gegenteil soll das

Aufsatz »Legalität und Legitimität«, der im Juliheft der »Gesellschaft« erschien, vor der Publikation gekannt haben, da er die zentrale These des Aufsatzes in seine gleichnamige Studie, die ja am 10. Juli 1932 abgeschlossen vorgelegen haben soll, eingearbeitet hatte. Vgl. FN 16, S. 263 ff., 269. Zwar nennt Schmitt die Fundstelle des Aufsatzes, allerdings ohne Seitenangabe, woraus zu schließen ist, daß ihm der Erscheinungsort von Kirchheimer vorab mitgeteilt worden war.

34 Wiederabgedr. in: Kirchheimer, FN 12, S. 9 ff.

35 Vgl. die Fußnote 24, a. a. O., S. 155.

36 K. Marx, Die Klassenkämpfe in Frankreich 1848 bis 1850, MEW, Bd. 7, S. 9 ff., 43; hierzu Kirchheimer, a. a. O., S. 16.

37 G. Anschütz, Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1923, S. 26.

38 Herz/Hula, FN 17, S. X, urteilen ebenso: »... a peculiar amalgamation of Schmittism and Marxism«.

39 Kirchheimer, a. a. O., S. 20.

40 Müller/Neuß, Die Sozialstaatsillusion und der Widerspruch von Lohnarbeit und Kapital, in: Prokla, Sonderheft 1, (1971), S. 13 und 49, werfen Kirchheimer vor, er sei mit der Trennung von Direktions- und Verteilungssphäre zum Vorreiter moderner Sozialstaatsgläubigkeit geworden.

aufgezeigte »Mißverhältnis zwischen politischer Mechanik und ökonomischer Gewalt« allen Illusionen hinsichtlich der Autonomie der Verteilungssphäre entgegenwirken.<sup>41</sup>

Eine »hochinteressante Schrift« hat Schmitt diese Analyse genannt und ihren Ergebnissen »durchaus zugestimmt«.<sup>42</sup> Das Urteil verwundert nicht, denn analoge Ausführungen zum Weimarer Verfassungskompromiß stehen bis in einzelne Formulierungen hinein in der »Verfassungslehre« aus dem Jahre 1928. Einverstanden kann Schmitt sich zeigen mit dem verfassungstheoretischen Ansatz, soweit er positiv orientiert ist am Entwurf einer Verfassung als inhaltlicher Entscheidung. Die pauschale Zustimmung läßt jedoch die Divergenzen außer acht. Nicht übernommen hat Kirchheimer die für den positiven Verfassungsbegriff konstitutive Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz. Nur den »bloßen« Verfassungsgesetzen vornehmlich des Grundrechtsteils mit seinen sozialen Verbürgungen wird in der »Verfassungslehre« das Fehlen des Entscheidungsmoments zugeschrieben, wohingegen der *pouvoir constituant* im organisatorischen Teil eine positive Entscheidung über »Form und Art der politischen Einheit« gefällt habe, nämlich entschieden habe zugunsten des »liberalen Rechtsstaates mit demokratischer Staatsform« und gegen die »Räterepublik mit Diktatur des Proletariats«.<sup>43</sup> Verfassungstheoretisch gesehen ist die Divergenz zu Kirchheimer trotz der beiderseitigen positiven Unterstreichung des Entscheidungselements erheblich, unter dem Aspekt der soziologischen Realanalyse betrachtet aber äußerst gering. Denn die sozialen Inhalte, die Schmitts verfassungstheoretischer Dezisionismus in der »Substanz« des positiven Verfassungsbegriffs unter eine Ewigkeitsgarantie stellt, sind identisch mit den Ergebnissen jener heimlichen Entscheidung für den gesellschaftlichen status quo, die Kirchheimers sozialwissenschaftlicher Ansatz ausschaltet. Was dieser als demokratiewidrige Anomalie beschreibt, hat Schmitt nur verfassungstheoretisch verpackt: »Die Entscheidung mußte für den bisherigen sozialen status quo, d. h. für die Beibehaltung der bürgerlichen Gesellschaftsordnung fallen . . .«<sup>44</sup> Gewiß liegen der Differenz von Dezisionismus und sozialwissenschaftlicher Analyse antagonistische verfassungspolitische Optionen zugrunde. Schmitt sichert die Verfassungsordnung ab gegen Entwicklungen in Richtung Sozialismus und hält alle anderen Optionen offen, während Kirchheimer in einer konsequent sozialistischen Politik, die alle den status quo repräsentierenden sozialen Machtballungen demokratisch bändigt, die einzige Überlebenschance der Verfassung erblickt.

Wie kann die deutsche Arbeiterbewegung auf dem Boden der Weimarer Verfassungsordnung wieder politisches Terrain gewinnen? Die Frage ist das Leitmotiv der Schriften Kirchheimers. Der Sozialdemokratie wird zunächst die Einsicht abverlangt, daß die bloße Verteidigung des Erreichten, das zähe Festhalten an den einmal errungenen Positionen eine bedenkliche Selbstbeschränkung ist angesichts einer stürmisch vordringenden Konterrevolution: »Es gibt nur ein Vorwärts oder ein Rückwärts«.<sup>45</sup> Kirchheimer will keineswegs die sozialistische Revolution auf die Tagesordnung setzen, er geißelt vielmehr eine solche Politik an der KPD als »Taktik des Putsches«.<sup>46</sup> Zwischen dem heute und dem morgen gibt es keine Grenzen, dieser Satz wird den sozialdemokratischen Realpolitikern ebenso in das Stammbuch geschrieben wie den von dem großen Bruch träumenden Revolutionsenthusiasten

41 Kirchheimer, 2. a. O., S. 42 ff.

42 Schmitt, FN 29, S. 192.

43 Ders., Verfassungslehre, 5. Aufl., Berlin 1970, S. 36.

44 A. a. O., S. 31.

45 Kirchheimer, Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse, FN 1, S. 69 ff., 76.

46 A. a. O., S. 73.

der KPD. In den Kämpfen von heute muß das Morgen enthalten sein, eine linke Politik muß den Massen sozialistische Ziele, eine konkrete Utopie angeben können.<sup>47</sup>

## 2. Legalität oder Legitimität?

Franz Neumann schrieb 1930 zur Schrift seines späteren Freundes Kirchheimer, die Analyse der Weimarer Verfassung komme »sehr stark kommunistischen Ideengängen« nahe.<sup>48</sup> Das nicht näher begründete Urteil hat eine gewisse Stütze in der revolutionären Begeisterung, die aus den Schriften der Jahre 1928/29 und bedingt des Jahres 1930 spricht. Die Euphorie der Entscheidung tendiert auch zur Vereinfachung sozialer Sachverhalte, wofür die grandiose Fehleinschätzung der »Deutschen Demokratischen Partei« ein anschauliches Beispiel ist.<sup>49</sup> Trotz der kämpferischen Linie sind selbst die ersten Arbeiten Kirchheimers recht weit entfernt von den Positionen einer KPD, die für die Gleichgültigkeit der Geschichte gegenüber ihren revolutionären Deklamationen die »sozialfaschistische« SPD verantwortlich machte. Kirchheimers Blick ist nach vorn gerichtet, das Gerede vom »Verrat« der SPD bringt die Dinge nicht voran, die Sozialdemokratie muß aufgerüttelt werden aus ihrer politischen Lethargie. Aber nicht nur politische Weitsicht und höherer Realitätsbezug kennzeichnen den Unterschied zum politischen Selbstverständnis der KPD. Gerade in den Teil der Analysen, die KPD-Einschätzungen am nächsten zu kommen scheinen, nämlich im Nachweis der Instrumentalisierbarkeit der Reichsverfassung aufgrund ihrer Unentschiedenheit, ist auch die Differenz am sichtbarsten. Für Kirchheimer ist die Verfassung ein gesellschaftliches Organisationsprinzip, dessen Mängel im politischen Kampf zu beseitigen sind. Verfassungsfragen sind zwar stets auch politische Fragen, jedoch verbietet der Formalitätsvorsprung des geltenden Verfassungsrechts die Bagatellisierung der Verfassung als »ideologisches Überbauphänomen« und ihre Verflüssigung in den Stoff politischer Alltagstaktiken. In der Behandlung materialer verfassungsrechtlicher Streitfragen ist schon 1930 eine Verschiebung der verfassungstheoretischen Betrachtung weg von der These der Unentschiedenheit und hin zur Akzeptanz einer unzweifelhaften Geltung einzelner positiver Verfassungsgesetze festzustellen.<sup>50</sup>

Der tiefe Einschnitt, den der Rücktritt der letzten parlamentarisch getragenen Reichsregierung am 30. März 1930 in der Geschichte der Weimarer Republik markiert, bleibt nicht ohne Wirkungen auf die Theorie Kirchheimers. Ein Aufsatz zum Verfassungstag 1930 stellt die Weichen für eine vorsichtige Umorientierung.<sup>51</sup> Kirchheimer rückt ab von der Kritik an dem unechten, die Entscheidung vertagenden Kompromiß und charakterisiert nun die Zusammenarbeit von Sozialdemokratie und Teilen des Bürgertums als Grundbedingung »wenigstens ein Stück Demokratie«. Diesen gemeinsamen Boden habe das Bürgertum gefahrlos verlassen können,

47 A. a. O., S. 76.

48 Neumann, Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung, in: ders., Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930–1954, Frankfurt am Main 1978, S. 74.

49 Die Demokratische Partei sei »wegen ihrer Ideologie der Arbeiterschaft weit gefährlicher als deren offene Feinde«, leider sei dies »leitenden Parteikreisen« noch nicht klar geworden. Kirchheimer, Bedeutungswandel des Parlamentarismus (1928), FN 1, S. 58 ff.

50 Vgl. die Studie: Grenzen der Enteignung, FN 33, S. 223 ff., hier 251 ff.

51 Ders., Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems. Auch ein Beitrag zum Verfassungstag (1930), FN 1, S. 91 ff.

da Art. 48 WRV den Rückgriff auf Herrschaftsmittel gegen parlamentarische Mehrheiten erleichtert habe. Die Zukunft der Republik ist nunmehr untrennbar verbunden mit der politischen Strategie der Sozialdemokratie: »Die Sozialdemokratie . . . wird ihren Anhängern gegenüber auch keinen Zweifel darüber aufkommen lassen dürfen, daß die Zeit der Kompromisse vorüber ist und die Zeit der staatserhaltenden Selbsterhaltung begonnen hat.«<sup>52</sup>

Die Bestimmung des Verhältnisses von Verfassungsrecht und -politik ist das Kirchheimer und Schmitt gemeinsame Anliegen der Folgezeit. Das Begriffspaar »Legalität und Legitimität« bildet die kategoriale Struktur, in der das Thema verortet ist.<sup>53</sup> Für Kirchheimer ist die politische Ordnung der parlamentarischen Demokratie legitim, wenn alle Beschlüsse den Anforderungen legaler Verfahren genügen und zurückführbar sind auf das demokratische Mehrheitsprinzip. Legalität und Legitimität fallen zusammen unter der Bedingung gesetzmäßiger Entstehung und Ausübung von Macht. Das Notverordnungsrecht nach Art. 48 WRV aber durchbreche die scharfe Trennung von gesetzgebender und regierender Gewalt und setze sich so dem Zwang aus, außerhalb des Legalitätssystems eine neue Legitimitätsgrundlage zu finden. Die Berufung auf eine indiskutable materiale Richtigkeit der Handlungen und Ziele bürokratischer Herrschaft sind gemeinsam mit einer prätendierten Unparteilichkeit und Neutralität die Elemente der neuen Legitimität. Kirchheimer weist nach, daß die soziale Basis der Präsidialkabinette, Staatsbürokratie und Reichswehr, zu schmal ist, als daß sie real die prätendierte Rolle des höheren Dritten zwischen den rivalisierenden Parteien des Wirtschaftslebens zu tragen vermöchte. Die Präsidialdiktatur müsse deshalb Anlehnung bei jenen sozioökonomischen Kräften, die mit ihrem konservativen Sozialideal übereinstimmen, suchen.

Die Bestandsaufnahme Kirchheimers impliziert die Warnung vor den Folgen des Experiments, in die Verfassungsordnung von Weimar eine überlegale Legitimitäts-ebene einzuziehen. Dagegen lassen sich Schmitts Arbeiten seit dem Jahre 1930 interpretieren als mit wechselnden Argumenten und zunehmender Intensität vorge-tragenes Plädoyer für die Installierung der Präsidialkabinette. Im »Hüter der Verfassung« sind die Bausteine für jene Theorie des starken Staates gelegt, die den Autoren bis heute mit einem zweideutigen Berühmtheitsgrad ausgestattet hat. Zwei Strukturprinzipien kennzeichnen den kritisierten parlamentarischen Gesetzge-bungsstaat der ausgehenden zwanziger Jahre: die Herausbildung des Wirtschafts-staates und des pluralistischen Parteienstaates. Zwar profitiert der aus Schwäche totale Staat des Pluralismus und der Polykratie von den Interventionsmechanismen des Wirtschaftsstaates, jedoch besteht zwischen beiden Staatsformen keine struktu-rell notwendige Verbindung. Deshalb wird die Strategie möglich, einerseits die Mächte des Parteienstaates zurückzudrängen und andererseits den Wirtschaftsstaat zu stärken mittels der Überantwortung seiner Interventionsmöglichkeiten an eine entscheidungsfähige, sachlich neutrale Elite.<sup>54</sup> Schmitt stellt die Republik vor die Entscheidung zwischen Legitimität oder Legalität, zwischen »Anerkennung sub-stanzhafter Inhalte und Kräfte des deutschen Volkes« oder »Beibehaltung und Weiterführung der funktionalistischen Wertneutralität mit der Fiktion gleicher Chance für unterschiedslos alle Inhalte, Ziele und Strömungen«.<sup>55</sup> Der konstatier

<sup>52</sup> A. 1. O., S. 95.

<sup>53</sup> Schmitt, Legalität und Legitimität (1932), in: FN 16, S. 263 f.; Kirchheimer, Legalität und Legitimität (1932), in: Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat, Frankfurt 1967, S. 7 ff.

<sup>54</sup> »Entparticipolisierung« heißt die von Schmitt, FN 5, S. 110, vorgeschlagene Abhilfe gegen die Kräfte des Koalitionsparteienstaates.

<sup>55</sup> Ders., FN 53, S. 344.

Zusammenbruch des Legalitätssystems antizipiert die Entscheidung für die vom Reichspräsidenten über Art. 48 WRV zu wahrenen »substantziellen Inhalte« des zuvor von sozialen Verbürgungen und politischen Freiheitsrechten gereinigten Grundrechtsteils<sup>56</sup> und gegen die wertneutrale Legalität des parlamentarisch-demokratischen Gesetzgebungsstaates.

Kirchheimers gemeinsam mit Nathan Leites verfaßte Replik wurde leider erst im Jahre 1933 publiziert, also zu spät, um noch politische Wirksamkeit entfalten zu können.<sup>57</sup> Überaus deutlich wird in dieser Schrift die Emanzipation von den Lehren des Doktorvaters. Die Verfasser bestreiten das Grundtheorem der Schmittschen Demokratielehre, nämlich die Loslösung des demokratischen Gleichheitspostulats von einem rechtsstaatlich gefaßten Freiheitsbegriff. Die Verengung des Freiheitsbegriffs auf eine staatsfreie private Sphäre des Individuums müsse den Bezug von Freiheit auf öffentliche demokratische Willensbildungsprozesse aus dem Blickfeld des Ansatzes drängen mit der beklemmenden Folge, daß in den Gleichheitsbegriff die Willensemanationen freier Individuen als prinzipiell gleiche nicht mehr eingehen können. Gleichheit kann nun umgeschmolzen werden in jene Gleichartigkeiten, wie Nation, Rasse, Religion etc., die jede Verbindung mit dem demokratischen Urprinzip »Mehrheit entscheidet« abstreifen. Demgegenüber insistieren Kirchheimer/Leites auf der ideen- und realgeschichtlichen Koppelung von Freiheit und Gleichheit als demokratischer Strukturprinzipien. Die Demokratie lebt nicht von der Existenz einer bestehenden Wertgemeinschaft, sondern stellt einen Funktionsmodus bereit, mittels dessen die sozial heterogenen Gruppen einer pluralistischen Gesellschaft ihre jeweiligen Wertvorstellungen verwirklichen können.

Kirchheimer ist zu sehr politischer Analytiker, als daß er bei der Idealkonstruktion einer formalen Demokratie in einer pluralistischen Gesellschaft stehen bleiben könnte. Denn was geschieht, wenn einer Gruppe die außerlegalen Machtchancen größer erscheinen als die legalen? Kirchheimer gibt eine verfassungstheoretische und eine politische Antwort. Gerade die von Schmitt als Zerfallserscheinungen des Legalitätssystems bezeichneten materiellrechtlichen Sicherungen der Reichsverfassung könnten in dieser Situation stabilisierend wirken, indem sie bestimmte Sachgebiete dem Zugriff einfacher Mehrheiten entziehen und diejenige soziale Gruppe, in deren Interesse solche Fixierungsnormen bestehen, zu einem positiven Verhältnis zur Demokratie motivieren. Ähnliches gilt für jene Verfassungsbestimmungen, die lediglich Programmsätze und Ermächtigungsnormen sind. Sie versprechen der Partei, deren Programmatik mit dem Inhalt jener Normen übereinstimmt, die Legalität der Machterweiterung, d. h. sie wirken verfassungspädagogisch und integrierend. Trotz der Integrationskraft des positiven Verfassungsrechts aber ist es politisch immer möglich, daß eine Machtgruppe ihre Zielsetzungen mit außerlegalen Mitteln zu realisieren trachtet. Ist diese Gruppe mächtig genug, ihre Programmatik außerlegal durchzusetzen, müssen legale Gegenmittel versagen, über das Schicksal der Demokratie entscheidet nun der politische Kampf. Noch sichtbarer fällt der Bruch mit den von Schmitt und ihm selbst bis 1930 vertretenen Lehren in der Einschätzung des Parlamentarismus aus. Das Parlament wird begriffen als »plebiszitäre Zwischenschaltung« und »demokratisches Transformationsorgan« im Entscheidungsprozeß der Demokratie.<sup>58</sup> Es verbürgt eine effektive Mehrheitsermittlung, nachdem Mechanismen unmittelbarer Demokratie in den modernen Massengesellschaften fragwürdig geworden sind.

<sup>56</sup> A. a. O., S. 345.

<sup>57</sup> Kirchheimer/Leites, Bemerkungen zu Carl Schmitts »Legalität und Legitimität« (1933), FN 1, S. 113 ff.

<sup>58</sup> A. a. O., S. 145.

Die Gründe für diese Revision der eigenen Position sind zuerst zu suchen in einem Wandel des marxistischen Selbstverständnisses. In der letzten der Weimarer Periode zuzurechnenden Publikation<sup>59</sup> zweifelt Kirchheimer, ob die der Herrschaft des Proletariats vorausgehende Staatsform notwendig die bürgerliche Demokratie sein müsse. Die Erschütterung des marxistischen Glaubens an eine Gesetzmäßigkeit im historischen Geschehen ist verursacht durch die Herausforderung des Faschismus, der die Annahme einer gesetzmäßigen Entwicklung zum Sozialismus drastisch widerlegt. Das Problem der Demokratie muß sich der Arbeiterbewegung nun in zweifacher Weise neu stellen. Zum einen wird die Erhaltung der Emanzipationschancen der bürgerlichen Demokratie zum Kampfauftrag der Arbeiterklasse. Andererseits zwingt die faschistische Offensive zu einer Neubestimmung der Kampfmittel. Die Verteidigung der Legalität darf sich nicht im blinden Glauben an still wirkenden Kräfte der Legalordnung erschöpfen, vielmehr muß die Arbeiterbewegung vorbereitet sein, die Staatsmacht in dem ihr aufgezwungenen Bürgerkrieg zu erobern. Das Handlungskonzept, das – projiziert auf die Politik der beiden Arbeiterparteien – die Alternative einer reformistischen und einer revolutionären Strategie verklammert, ist das Produkt der Verarbeitung zweier verfassungspolitischer Konflikte, die drei Jahre der Agonie der Republik prägten.

### 3. Die Verfassungsreformdiskussion

In der Endphase von Weimar ließ die Spannung zwischen der Legalordnung und der Machtausübung den Gedanken verführerisch erscheinen, mittels einer Verfassungsreform die Diskrepanz zugunsten der tatsächlichen Herrschaftspraxis zu beseitigen. Die im »Herrenclub« geschmiedeten Pläne eines »Neuen Staates« zielten auf eine Entmachtung des Reichstages und die Stärkung der Regierung, auf eine »machtvoll und überparteiliche Staatsgewalt«, die über den gesellschaftlichen Kräften stehen solle wie ein »rocher de bronze«.<sup>60</sup> Auch die zahlreichen Reformvorschläge deutscher Staatsrechtler liegen nahezu einmütig auf der Linie eines Ausbaus der Befugnisse der Exekutive und einer Einschränkung der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung.<sup>61</sup>

Ein wichtiger Aspekt der Verfassungsreformdiskussion ist die Beteiligung von Juristen, die der Sozialdemokratie nahestanden. Ernst Fraenkel schrieb in einem vielbeachteten Aufsatz, wer die Aufrechterhaltung der Verfassung wolle, müsse ihre Reform bejahen, andernfalls werde der Grundgedanke der Verfassung auf illegalem Wege beseitigt. Das Faktum, daß die Machtposition der Exekutive bis zu dem »gegenwärtigen Zustand einer faktischen Diktatur«<sup>62</sup> ausgebaut worden war, wird nicht erklärt aus dem Machtwillen der hinter dem Reichspräsidenten stehenden sozialen Kräfte, sondern mit der Unfähigkeit des Reichstages, die ihm verfassungsgesetzlich zugewiesenen Aufgaben zu bewältigen. Die Funktionsunfähigkeit der Legalordnung gebiete der SPD, sich aus ihrem »Verfassungsfetischismus« zu lösen, Weimarer Reichsverfassung und Sozialdemokratie seien keine »siamesischen Zwill-

<sup>59</sup> Kirchheimer, *Marxismus, Diktatur und Organisationsform des Proletariats* (1933), in: ders., FN 33, S. 100 ff.

<sup>60</sup> Papen in einer Rede vom 12. Oktober 1932, zitiert nach: K. D. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, 2. Aufl., Stuttgart 1957, S. 544.

<sup>61</sup> Vgl. die Beiträge in: F. Berber (Hrsg.), *Zum Neubau der Verfassung*, Berlin 1933.

<sup>62</sup> Verfassungsreform und Sozialdemokratie, wiederabgedr. in: ders. *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–32*, Darmstadt 1968, S. 89 ff., 90.



linge«. Zur Wiederherstellung der Kongruenz zwischen Legalordnung und Machtausübung wird vorgeschlagen, in Art. 54 WRV ein konstruktives Mißtrauensvotum einzubauen und das Aufhebungsverlangen von Norverordnungen durch den Reichstag (Art. 48 Abs. 3 WRV) unter den Vorbehalt eines vom Reichspräsidenten einzuleitenden Volksentscheides zu stellen.<sup>63</sup>

Entgegen den Auffassungen Fraenkels und anderer sozialdemokratischer Autoren<sup>64</sup> bestreitet Kirchheimer, daß es den Befürwortern der Verfassungsreform um Papen lediglich um eine Neugewichtung der Machtverteilung zwischen zwei Verfassungsorganen als prinzipiell gleichberechtigter Legalitätsfaktoren gehe. Fraenkel habe einer funktionierenden Verfassung einen Eigenwert eingeräumt, ohne zu fragen, warum die geltende Verfassung nicht funktioniere und in welchem Interesse eine reformierte Verfassung funktionieren würde.<sup>65</sup> Für Kirchheimer ist es ausgemacht, daß die Verfassungsreformpläne der Regierung Papen – Gayl zum primären Ziel haben, die politische und soziale Machtstellung einer begrenzten Bevölkerungsschicht, nämlich der höheren Bürokratie, des Großgrundbesitzes und der Industrie nebst ihrer sozialen Annexe, verfassungsrechtlich zu stärken.<sup>66</sup> Die Analyse klingt soweit plausibel, sie gibt aber noch keine Antwort auf die drängende Frage, wie die Sozialdemokratie gegen die reale Selbstentmachtung des Reichstages und das Leerlaufen der verfassungsmäßigen Machtverteilungsmechanismen agieren könne. Die gegen die Aushöhlung der demokratischen Verfassung konzipierte Strategie gehört zu den originellsten Analysen Kirchheimers. Die real vorhandene Spannung zwischen Legalordnung und Machtausübung könne in zweifacher Weise ausgeglichen werden: entweder durch die Anpassung der Legalstruktur an eine demokratisch regrediierte Realität, oder durch eine Umgestaltung der sozialen Verhältnisse, so daß eine sinnvolle Ausfüllung der Legalordnung erreicht werde.<sup>67</sup> Vorbehaltlos optiert Kirchheimer für die zweite Alternative. Aufgabe einer linken Politik sei es, die demokratischen Defizite durch die Veränderung des sozialen status quo abzubauen.

Carl Schmitts Meinung zur Verfassungsreform ist der Kirchheimers im Grundsätzlichen verblüffend ähnlich. 1930 kritisiert er in einem Redebeitrag vor der Mitgliederversammlung des »Langnamvereins«, der Interessenvertretung der rheinischen Schwerindustrie, die Forderung nach einer Reichsreform mit der These, daß jede Reform des Staates notwendig die Alternative »Kapitalismus oder Sozialismus« entscheiden müsse.<sup>68</sup> Den Voten für einen radikalen Bruch mit der Verfassung wird entgegengehalten, daß der staatliche Apparat im Beamtentum und in der Reichswehr über ausreichende Kräfte, die im Sinne der allen Revisionsbestrebungen zugrundeliegenden Optionen zu handeln in der Lage und bereit seien, verfüge. Diese Stützpunkte gelte es auszubauen, während eine Verfassungszäsur in die Katastrophe führen werde. Zwei Jahre später kann Schmitt, nun als Hauptreferent,

63 A. 2. O., S. 96 ff. In dem 1967 geschriebenen Vorwort zu der Aufsatzsammlung bezeichnet Fraenkel den Vorschlag des »konstruktiven Mißtrauensvotums« als einen Gedankengang, der sich im Grundgesetz wiederfinde und für den er die »erste eingehende schriftlich festgehaltene wissenschaftliche Begründung« geliefert habe.

64 Vgl. Heller, Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform, in: Neue Blätter für den Sozialismus, 3. Jg., (1932), S. 376 ff.; Simons, Verfassungsreform! ebenda, S. 380 ff.

65 Ders., Verfassungsreform und Sozialdemokratie, FN 33, S. 79 ff. 83.

66 Ders., Die Verfassungsreform, FN 1, S. 96 ff., 96.

67 FN 65, S. 84 f. Kirchheimer entwickelt den Gedanken am marxistischen Basis-Überbau Modell: es könne in demokratischen Gesellschaften der Fall eintreten, daß der ideologische Überbau der Rechtsordnung den tatsächlichen Machtverhältnissen »vorausshinkt«. Aufgabe der Linken sei es dann, die Machtverhältnisse auf den Stand der Legalordnung zu bringen.

68 Schmitt, Diskussionsbeitrag, in: Mitteilungen der Langnamvereins, Jg. 1930, Nr. 4, N. F. Heft 19, S. 458 ff., 461 f.

vor dem gleichen Gremium die politischen Aktiva der Zwischenzeit aufzählen.<sup>69</sup> Verfassungsreformen seien überflüssig, weil die politischen Kräfte für die Umgestaltung des Staates längst vorhanden seien. Eine neue Verfassung schaffe nur neue Legalitäten und somit neue Schutzwälle für pluralistische Interessen.

Die Übereinstimmung der beiden Autoren zeigt sich als nicht bloß in der Ablehnung jeder Verfassungsreform, sondern auch in der Option für eine politische Lösung der Krisenerscheinungen. Diametral entgegengesetzt freilich sind die Inhalte der Strategien und dementsprechend die sozialen Kräfte, denen die Umsetzung der strategischen Entwürfe überantwortet wird.

Schmitts Konzept vertraut auf Beamtentum und Reichswehr, die aus einer vorgeblich neutralen Sachlichkeit sowie aus der »aus vorpluralistischen Zeiten stammende(n) Autorität«<sup>70</sup> des Reichspräsidenten ihre Legitimation beziehen. Erweitert wird die schmale soziale Basis von den Industriellen, denen Schmitt in seinem 2. Langnamvortrag, der unter dem programmatischen Titel »Gesunde Wirtschaft im starken Staat«<sup>71</sup> in der Zeitschrift »Volk und Reich« veröffentlicht wurde, eine öffentlich-rechtliche Funktion überträgt. Die Interventionen in die Ökonomie werden jedem sozialdemokratisch-gewerkschaftlichen Einfluß entzogen, indem die wirtschaftliche Lenkungsbefugnis eigenständigen Selbstverwaltungskörperschaften der Industrie anvertraut wird. Die Machtprämienlehre entwickelt die Techniken, die dem erwünschten Umbau der Sozial- und Wirtschaftsordnung das Stigma des offenen Verfassungsbruchs ersparen. Zu den supralegalen Prämien auf den legalen Machtbesitz<sup>72</sup> gehört die Kompetenz der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechts- und Ermessensbegriffe. Gemäß der Logik der Machtprämienlehre vermag die wissenschaftliche Praxis eines anerkannten Staatsrechtlers wie Carl Schmitt unmittelbar politische, ja tagespolitische Wirksamkeit zu erlangen, indem der Kanon der juristischen vertretbaren Meinungen um die eine machtpolitisch erwünschte Auffassung vermehrt wird. Unter Berufung auf diese in der Literatur vertretene, also vertretbare Meinung lassen sich dann zunächst einmal vollendete Tatsachen schaffen. Einige von Schmitts Arbeiten aus den Jahren 1930 bis 1933 vermitteln den Eindruck, daß sie in Absprache und zum Zwecke einer vorgezogenen oder nachträglichen verfassungsrechtlichen Legitimation des politischen Handelns der Präsidialkabinette geschrieben wurden.<sup>73</sup>

Die sozialen Gruppen, von denen Kirchheimer die Verteidigung der Republik erwartet, sind die Parteien und Gewerkschaften der Arbeiterbewegung. Seine politischen Absichten implizieren eine grundsätzliche Kritik der sozialdemokratischen Passivität und eine nicht weniger scharfe Kritik der KPD-Politik. Prinzipiell erachtet er zwar die Gewalt als ein legitimes Mittel zur Beseitigung der konstatierten demokratiewidrigen Anomalien der Sozialordnung, jedoch bezieht er die Kriterien für die Gewaltanwendung nicht aus jener marxistischen Geschichtsphilosophie, die das Recht auf die »schöpferische Gewalt« bei dem Proletariat als historisch aufsteigender Klasse immer schon gut aufgehoben weiß. Denn die Erfahrungen der russischen Revolution haben Rosa Luxemburgs Leninismuskritik bestätigt und generell das marxistische Konzept eines unproblematischen Übergangs von der Diktatur des Proletariats in eine proletarische Demokratie massiv in Zweifel

69 Ders., Hauptvortrag, in: Mitteilungen . . . , Jg. 1932, Nr. 1, N. F. Heft 11, S. 13 ff.

70 Ders., Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland, FN 16, S. 365.

71 In: Volk und Reich, Jg. 1933.

72 Ders., FN 53, S. 283 ff. Schmitt bestimmt die Machtprämie als » . . . einen zur bloß normativistisch-legalen Macht hinzutretenden zusätzlichen politischen Mehrwert, eine überlegale Prämie auf den legalen Besitz der legalen Macht«, S. 288.

73 Daß diese These keine Unterstellung ist, belegen die nachträglichen Kommentierungen der Aufsätze jener Periode durch Schmitt selbst. Vgl. etwa die Nachbemerkung zu dem Aufsatz FN 70.

gezogen. Selbst ein Sieg des Proletariats in einem Offensiv-Bürgerkrieg ist zu teuer erkauft, wenn die proletarische Herrschaftsform nicht imstande ist, »... auch die persönliche Freiheit des Individuums als einen unvergänglichen Bestandteil unserer europäischen Kulturordnung aufrechtzuerhalten.«<sup>74</sup> Die Ausübung proletarischer Gewalt steht demnach unter zwei Bedingungen. Zum einen muß die Austragung politischer Konflikte in demokratischen Formen unmöglich geworden sein infolge der Absage des Bürgertums an die Demokratie. Diese Bedingung sieht Kirchheimer im Jahre 1932 erfüllt, nachdem das deutsche Bürgertum den von Georg Lukács einst der Arbeiterklasse erteilten Rat beherzigt und ein »bloß taktisches« Verhältnis zur Legalität eingenommen hat.<sup>75</sup> Die zweite Bedingung nimmt Bezug auf die politische Entwicklung und Reife der Arbeiterklasse. Die Zielsetzung des revolutionären Kampfes muß bestimmt sein durch das Programm eines demokratischen Sozialismus, der die Notwendigkeit einer festgefügt proletarischen Kampforganisation zu verbinden weiß mit der »Bewahrung der breitesten Vertrauensbasis des ganzen arbeitenden Volkes.«<sup>76</sup> Dieses Vertrauen gründet in der Gewißheit von der Respektierung der Errungenschaften der bürgerlichen Demokratie in einer nachrevolutionären Gesellschaft. Der Arbeiterbewegung wird die Erhaltung der demokratischen Substanz der Reichsverfassung anvertraut, nachdem das Bürgertum seine eigene Geschichte und politische Kultur verraten hat. Im Gegensatz zu Schmitt, der die Legitimität der Verfassung reduziert auf einen bürgerlichen Kerngehalt und mit den sozialen Grundrechten die verfassungsgesetzlichen Verbürgungen zugunsten der Arbeiterklasse eliminiert, entwirft Kirchheimer eine Legitimität, in der die sozialen Hoffnungen der Arbeiterklasse verschmelzen mit der bürgerlichen Freiheitstradition. Diese Legitimität, die die Emanzipationschancen der Weimarer Verfassung aufbewahrt, soll verteidigt werden mit außerlegalen, revolutionären Mitteln. Inhalt und Genese der Strategie sind zurückzuführen auf die Erfahrungen jenes Julitages des Jahres 1932, an dem die letzten Weichen für den Untergang der Republik gestellt wurden.

#### 4. Der »Preußenschlag«

Carl Schmitts Name ist wie der keines anderen deutschen Staatsrechtlers mit der Amtsenthebung der preußischen Regierung und der Bestellung Papens zum Reichskommissar für das Land Preußen durch Verordnung des Reichspräsidenten vom 20. Juli 1932<sup>77</sup> verbunden. Umstritten ist in der Geschichtswissenschaft<sup>78</sup> lediglich das Ausmaß seiner Mitwirkung an der Vorbereitung des »Preußenschlags«, im Zuge dessen die letzte von den Parteien der Weimarer Koalition gebildete Länderregierung abgesetzt wurde. Immerhin steht fest, daß Papen in der Kabinettsitzung vom 25. Juli Schmitt als einen der Prozeßvertreter des Reiches im Verfassungskstreitver-

<sup>74</sup> Kirchheimer, FN 63, S. 81.

<sup>75</sup> G. Lukács, Legalität und Illegalität, in: Geschichte und Klassenbewußtsein, Berlin 1923, S. 261 ff., 275.

<sup>76</sup> Kirchheimer, FN 59, S. 114.

<sup>77</sup> Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preußen, RGBl. I (1932), S. 377.

<sup>78</sup> Bracher, FN 60, S. 381, berichtet von einem Treffen einiger Gefolgsleute Papens und Gayls bei Hindenburg auf Gut Neudeck am 14. Juli 1932 und fügt den mit keinem Quellennachweis belegten Satz an: »Ferner scheint man zur Beurteilung der Begründungen Carl Schmitt beigezogen zu haben, um Hindenburgs Bedenken begegnen zu können.« H. Muth, Carl Schmitt in der deutschen Innenpolitik des Sommers 1932, Beiheft 1 der HZ, München 1971, S. 103, verweist demgegenüber die Annahme Brachers in den Bereich der politischen Legendenbildung.

fahren um die Preußenaktion nannte und ankündigte, derselbe werde in einigen Tagen einen staatsrechtlichen Aufsatz, der der Regierung »Recht geben«, werde, publizieren.<sup>79</sup> Jenseits von Spekulationen liegt zudem ein Vorgang, der zumindest darüber Auskunft gibt, daß Schmitt schon vor dem 20. Juli, wenn auch nicht im Auftrage der Reichsregierung, so doch motiviert durch deutschnationale Aufrufe und Publikationen gegen das »schwarz-rote Preußen«, für ein wie immer geartetes Eingreifen gegen die Preußenregierung seine Stimme erhob. Gerade der seiner Schrift »Legalität und Legitimität« vorangestellte, politische Zweckfreiheit suggerierende Vermerk »Diese Abhandlung lag am 10. Juli 1932 abgeschlossen vor« verleiht dem Vorabdruck eines Auszuges aus eben dieser Schrift im zweiten Juliheft der Zeitschrift »Deutsches Volkstum« eine tagespolitische Dimension. Unter dem Titel »Legalität und gleiche Chance der Machterringung«<sup>80</sup> wird hier die oben bereits erwähnte Machtprämiolenlehre in einem eindeutig aktuellen politischen Kontext entwickelt. Sobald zwischen den politischen Parteien die Annahme einer »beiderseitig gleich legalen Gesinnung« entfalle, werde die im Besitze der legalen Macht befindliche Partei die Machtprämiolen rücksichtslos ausspielen müssen, um der Schließung der Tür der Legalität durch den politischen Gegner zuvorzukommen. Exemplifiziert wird die These an der Geschäftsordnungsänderung des preußischen Landtages. Mit deutlicher Anspielung auf die Preußenregierung heißt es weiter, auch das verfassungsmäßig ansonsten unbedenkliche Institut des Geschäftsministeriums sei nicht mehr praktikierbar, weil die interparteiliche Illoyalität gegenüber der Legalität die Unterscheidung zwischen »laufenden« und »allen« Geschäften nicht zulasse. Die Konsequenz ist der Zusammenbruch des Legalitätssystems, ein »legalitäts- und verfassungsloser Zustand«. Damit steht das politische System vor der Alternative einer gewaltförmigen Austragung des politischen Konflikts, also dem Bürgerkrieg, oder der Intervention eines »höheren Dritten«.

Der wenige Tage nach der Preußenaktion in der »Deutschen Juristen-Zeitung« publizierte Aufsatz antizipiert das Ergebnis der staatsrechtlichen Überlegungen im Titel: »Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preußen«. Gerechtfertigt wird das Vorgehen des Reichspräsidenten und der Reichsregierung mit Art. 48 Abs. 1 und 2 WRV. Die Feststellung der Verletzung der Treuepflicht Preußens gegenüber dem Reich bzw. der erheblichen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Preußen sei eine präsidiale Ermessensentscheidung, die der justiziellen Überprüfung entzogen sei. Schmitt verfolgte diese Linie auch im Prozeß vor dem Staatsgerichtshof, in dem er als Vertreter der Reichsregierung auftrat.<sup>81</sup> Staatsrechtlich betrachtet erscheinen seine Ausführungen

79 Muth, 2. a. O., S. 107 mit Nachweisen. Der zugesagte Aufsatz erschien in Heft 15 der DJZ vom 1. August 1932, Sp. 953 ff. – Die Daten von Schmitts belegter Mitwirkung geben Anlaß zu Spekulationen. Die Vorstellung, die Reichsregierung habe erst nach der Preußen Aktion die Zustimmung der als Prozeßvertreter fungierenden Juristen eingeholt und sei damit das Risiko eingegangen, im Prozeß ohne staatsrechtliche Fürsprecher zu verbleiben, mutet wenig wahrscheinlich an. Wenn aber bereits vor dem 20. Juli um diese Mitwirkung nachgesucht worden war, ist dann nicht anzunehmen, daß die Regierung zugleich Rat für eine einigermaßen tragfähige staatsrechtliche Begründung ihrer Aktion einholte? Weiter wäre zu fragen nach dem Redaktionsschluß von Heft 15 der DJZ und danach, welche Zeit auch ein Schnellschreiber wie Schmitt für die Erarbeitung eines Aufsatzes von solcher Tragweite benötigte.

80 In: Deutsches Volkstum, 1932, 2. Juliheft, S. 557 ff.

81 Der Parteivorstand der SPD hatte die Verhandlungen stenographisch protokollieren lassen. Der Dietz Verlag publizierte die Protokolle nebst einem Anhang mit Urteil und Dokumenten: Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932, Berlin 1933. Das Buch wurde 1976 nachgedruckt vom Verlag Detlef Auvermann KG, Glashütten im Taunus. Neben Schmitt trat im Preußenprozeß die erste Garde der deutschen Staatsrechtswissenschaft auf. Der Band ist nicht nur ein verfassungsgeschichtliches Dokument ersten Ranges, sondern gibt auch einen hervorragenden Überblick über die Weimarer Staatsrechtsschulen. Darüber hinaus wird im Prozeß das

äußerst problematisch, prozeßtaktisch und politisch aber war die eingenommene Position ungeheuer durchschlagskräftig. Belegt wird die Einschätzung von den beharrlichen Versuchen des Reichsgerichtspräsidenten Bumke, die Stellung und Person Hindenburgs aus dem Prozeß herauszuhalten.<sup>81</sup> Denn eine Prozeßentscheidung, die die Integrität des Reichspräsidenten tangierte und seine Verfassungsloyalität in Zweifel zog, konnte im Herbst 1932 kein deutsches Gericht vertreten. Hindenburg fungierte im – nicht nur bürgerlich<sup>82</sup> – Bewußtsein jener virulenten Zeit als letzte intakte Säule der Weimarer Republik, als Bollwerk gegen die Parteien der Anarchie und des Kulturverfalls. Carl Schmitt jedenfalls durchschaute das Anliegen des Reichsgerichtspräsidenten und stieß in seinem Schlußplädoyer gezielt in die offene Wunde: »Wo ist dieses alles, die Dignität und die Ehre Preußens besser aufgehoben? Bei den am 20. Juli ihres Amtes enthobenen geschäftsführenden Ministern, die es dank dem Kunstgriff vom 12. April noch sind, oder beim Reichspräsidenten von Hindenburg?«<sup>84</sup>

Das in der Hauptsache ergangene Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. 10. 1932<sup>85</sup> peilte einen Kompromiß an. Die Reichsexekution wurde als verfassungswidrig eingestuft, soweit sie auf Art. 48 Abs. 1 WRV gestützt wurde, da eine Pflichtverletzung des Landes Preußen gegenüber dem Reich nicht bewiesen werden konnte. Gerechtfertigt wurde das Vorgehen des Reiches mit Art. 48 Abs. 2 WRV. Bei der Feststellung der erheblichen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Preußen sei weder ein Ermessensmißbrauch noch eine -überschreitung zu verzeichnen, also durfte der Reichspräsident die Aktion für geboten erachten.

Otto Kirchheimer ist auf die mit dem »Preußenschlag« aufgeworfenen staatsrechtlichen und politischen Fragen in einem Aufsatz in der »Gesellschaft« ausführlich eingegangen.<sup>86</sup> Hier sollen weniger seine verfassungsrechtlichen Argumente, die zudem weitgehend nur die Meinungen liberaler Staatsrechtler zusammenfassen, interessieren als die Einschätzung jener Verfassungslehre, die den Staatsstreich juristisch legitimierte. Dieser Verfassungslehre sei ein ungeheurer Machtzuwachs zugekommen, nachdem die parlamentarische Demokratie in Deutschland ihre soziale Basis verloren habe, andererseits die gegenseitig sich aufhebenden Kräfte der Parteien eine Umstrukturierung der politischen und organisatorischen Grundlagen der Verfassung verunmöglicht hätten. Deshalb müsse jedoch politische Streitfrage auf der Grundlage der Reichsverfassung entschieden werden. Anstatt nun diesen Machtgewinn zur Erhaltung und Stärkung des brüchigen Verfassungskompromisses von 1919 zu nutzen, also – um einen Begriff Schmitts positiv zu wenden – als »Hüter der Verfassung« zu fungieren, leiste die herrschende Verfassungslehre bei der Demontage der Reichsverfassung durch die Präsidialkabinette juristische Schützenhilfe. In Anlehnung an eine gelungene Formulierung in einer venezianischen Gesandtschaftschrift nennt Kirchheimer das hier grundgelegte Wissenschaftsverständnis »scienza delle circonstanze«, Wissenschaft der konkreten Umstände.<sup>87</sup> Unausge-

Scharnier von Politik, Staatsrecht und Justiz in einer Anschaulichkeit sichtbar, wie es wohl nur in der historischen Ausnahmesituation des Jahres 1932 möglich war. – Die herausragende Rolle Schmitts ist dokumentiert in einem Plädoyer Peters, das einer Rezension der Schmittschen Arbeiten seit 1930 gleichkommt. S. 56–60.

82 »... ich habe im Verlaufe der Verhandlungen nachdrücklich gebeten, die Person des Herrn Reichspräsidenten nach aller Möglichkeit aus dem Spiel zu lassen. Ich glaube, daß man der Verehrung, der Ehrfurcht dem Herrn Reichspräsidenten gegenüber am besten dadurch Ausdruck gibt, daß man ihn in diesem Saale so wenig wie möglich erwähnt.« A. a. O., S. 470.

83 Selbst die Prozeßvertreter Preußens hielten die Konvenienz gegenüber Hindenburg durch. Vgl. die Aussage Brechts, a. a. O., S. 8.

84 A. a. O., S. 469.

85 A. a. O., S. 492 ff.

86 Kirchheimer, Die Verfassungslehre des Preußen Konflikts, FN 33, S. 42 ff.

87 A. a. O., S. 45.

sprochen zielt die Kritik auf Schmitt. Kirchheimers Kritik der »Verfassungslehre des Preußen-Konflikts« kommt der Meinung Hellers nahe, der Schmitts Schlußplädoyer vor dem Staatsgerichtshof mit dem Zwischenruf »Situationsjurisprudenz« unterbrochen hatte.<sup>88</sup>

Kirchheimer hatte mit der spöttischen Bemerkung, die apostrophierte Verfassungslehre zeige nur noch Interesse für die »richtige Art zu regieren und den Herrschenden zu dienen«, die Indienstellung des Rechts unter die Geschäfte der Politik treffend charakterisiert. Die Programmatik der Unterwerfung des Rechts war begründet in der strategischen Unterordnung der Legalität unter die Legitimität. Die Legalordnung wurde unter Berufung auf die Legitimität staatlichen Handelns partiell aufgehoben, die solchermaßen eroberte Machtposition wurde ausgestattet mit der Vermutung der Legalität, um von dem gesicherten Terrain aus einen neuen Vorstoß anzutreten. Die »Prämien auf den legalen Machtbesitz«, Ermessensausübung, Vermutung legalen Handelns, sofortiger Vollzug, wurden exzessiv ausgeschöpft. Die Legalität wurde zur Schlinge, die sich um den Hals des politischen Gegners immer fester zuzog. Während die Sozialdemokratie auf die Entscheidung des Staatsgerichtshofs wartete, sorgte Papens Kommissar in Preußen für vollendete Tatsachen. In wenigen Tagen wurden die demokratisch gesinnten Beamten aus dem Staatsdienst entfernt und die Erfolge, die die Weimarer Koalition in der Demokratisierung des Staatsaufbaus während der vorangegangenen 12 Jahre erreicht hatte, rückgängig gemacht. Das Agieren der SPD in und nach der Preußenaktion erhellt die von Kirchheimer seit 1928 vorgetragene Kritik der sozialdemokratischen Politik, die oben mit dem unscharfen Begriff »Legalismus« belegt wurde. Legalismus heißt Reduktion von Politik auf die Mittel der Rechtsordnung in politischen Situationen, in denen die Macht die Legalität als ein taktisches Herrschaftsmittel verwendet. Die SPD verzichtete auf den Generalstreik und vertraute voll und ganz auf die justizförmige Konfliktlösung.

Kirchheimers strategischer Gegenentwurf zur offiziellen Politik der Sozialdemokratie bedient sich zwar des Schmittschen Rasters von Legalität und Legitimität, er füllt dieses Raster aber nicht bloß auf mit anderen politischen Inhalten. Bei Schmitt ist das Begriffspaar Legalität und Legitimität gespalten bis in die Wurzeln, die geforderte Entscheidung erhält die Dimension einer »letzten Unterscheidung« wie die zwischen Freund und Feind. Kirchheimer hingegen macht zum einen den Übergang vom Modell legaler Konfliktlösung zum legitimen revolutionären Handeln abhängig vom Eintritt der politischen Bedingung, daß der Funktionsmechanismus der Legalität infolge von Änderungen im sozialen Kräfteparallelogramm leerläuft. Zum anderen läßt er in die revolutionäre Legitimität die zu bewahrenden Inhalte des positiven Verfassungsrechts einfließen. Die so konzipierte Legitimität entwirft ein politisches Programm, das konsensfähig sein muß durch die sozialen Klassen hindurch. Dagegen ist Schmitts Legitimität inhaltsleer und offen für die beliebigen politischen Absichten und Taktiken. Kirchheimer hatte 1933 aus der Emigration Schmitts Legitimitätstheorie eingestuft als »doctrine of the totalitarian State«. <sup>89</sup> Diese Doktrin sei so inhaltsleer und formal », . . . that it equally favoured the Bolshevik and Fascist forms of government«. Die verhängnisvolle Offenheit der Legitimitätsdoktrin wurde bereits in ihrer Geburtsstunde des Preußen Konflikts unter Beweis gestellt. Denn hier ging es von Anfang an auch um die Frage der Regierungsfähigkeit der Nationalsozialisten. Papen hatte die Absetzung der Preu-

<sup>88</sup> Dokumentiert in FN 81, S. 469

<sup>89</sup> Kirchheimer, *The Growth and the Decay of the Weimar Constitution*, in: *Contemporary Review*, Bd. 11, 1933, Nr. 815, S. 559 ff., 566.



ßen Regierung u. a. begründet mit deren Politik, die die »staatsfeindlichen Kräfte des Kommunismus« mit der »aufstrebende(n) Bewegung der NSDAP« gleichgesetzt hatte.<sup>90</sup> Papens Traum vom »Neuen Staat« als »rocher de bronze« in den Wogen des Parteienhaders war schlechte Ideologie und leichtfertige Politik. Entworfen für die autoritäre Herrschaft einer staatstragenden Elite wurde die Theorie und Praxis des starken Staates zum Einfallstor für nationalsozialistische Machtgelüste.

##### 5. Die Wege trennen sich

Reichspräsident v. Hindenburg ernannte am 30. Januar 1933 Adolf Hitler zum Reichskanzler. Im Jahre 1972 hat Carl Schmitt, der seit der Vorbereitung des Preußenprozesses als Mann Schleichers im Machtzentrum agierte, eine intime Schilderung der Vorgänge der letzten Januartage vorgelegt.<sup>91</sup> Schmitt war ein Gegner der Ernennung Hitlers, er vertrat und unterstützte das politische Programm General v. Schleichers, der bereit war, es auf »Hauen und Stechen« ankommen zu lassen, und, nachdem der Plan einer Spaltung der NSDAP und eines Bündnisses zwischen Strassers »linkem« Parteiflügel und einer Gewerkschaftsachse nicht realisiert werden konnte, den Reichstag auflösen, den Staatsnotstand ausrufen und NSDAP und KPD verbieten wollte. Die Militanz des Planes spiegelt sich in Schmitts Aufsätzen des Winters 1932/33. Das dem Staat reservierte »Monopol des Politischen« wird nun gedeutet als »Monopol der Waffen«.<sup>92</sup> Es ist müßig, über die Erfolgsaussichten des abenteuerlichen Planes zu spekulieren. Die historischen Ereignisse machten solche Pläne zur Makulatur.

Kirchheimers und Schmitts politische Biographien kreuzten sich noch einmal im Jahre 1935. Kirchheimer lebte damals in Paris und verfaßte für den deutschen Widerstand eine staatsrechtliche Analyse zu dem Thema »Staatsgefüge und Recht des dritten Reiches«.<sup>93</sup> Die Studie wurde als antifaschistische Kampfschrift in Deutschland verbreitet, wobei die Publikation unter dem Pseudonym Dr. Hermann Seitz und unter Verwendung der Aufmachung der von Carl Schmitt herausgegebenen Reihe »Der deutsche Staat der Gegenwart« erfolgte.<sup>94</sup> Der Titel der Schrift bezieht sich auf die Publikation Schmitts »Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches«<sup>95</sup>, im Text wird auf Schmitts zweiten Langnamvortrag »Gesunde Wirtschaft im starken Staat« angespielt. Kirchheimer analysiert das Dritte Reich als ein »System gegenseitiger Garantien«, die siegreiche Bürgerkriegspartei Hitlers sei ein partielles Bündnis mit Reichswehr, Staatsbürokratie und Wirtschaft zum gemeinsamen Zwecke der Herrschaftssicherung und Ausbeutung des deutschen Volkes eingegangen. Die Aufteilung des staatlichen Monopols des Politischen ist eine Erkenntnis, die auch Schmitts Studie »Staat, Bewegung, Volk«<sup>96</sup> durchzieht. Der Staat als Ämter- und Behördenwesen ist der »politisch – statische Teil« der

<sup>90</sup> Papen in einer Rundfunkrede vom 20. Juli 1931, zitiert nach FN 81, S. 483.

<sup>91</sup> Vorgetragen hat Schmitt die Schilderung in einem Gespräch mit D. Groh und K. Figge in der Sendung »Zeitgenossen« des Südwestfunks Baden-Baden am 6. Februar 1972, 18–19 Uhr. Der Sender hat den Text in einem maschinenschriftlichen Manuskript festgehalten.

<sup>92</sup> Schmitt, *Machtpositionen des modernen Staates*, in: FN 16, S. 367 ff.

<sup>93</sup> Abgedruckt in: FN 1, S. 152 ff., und in: KJ, 1976, S. 44 ff.

<sup>94</sup> Über die Geschichte der Schrift wurde erstmals berichtet von Herz/Hula, FN 17, S. XVI, Fußnote 16. Die politischen Hintergründe der Publikation hat W. Luthardt, KJ, 1976, S. 33 ff. ausgeleuchtet. J. Seifert teilte mir dazu mit, daß der Text nach Ansicht von A. R. L. Gurland, eines Freundes von Kirchheimer, in Teilen vermutlich von Willi Münzenberg verändert worden ist.

<sup>95</sup> In der Reihe: *Der deutsche Staat der Gegenwart*, Heft 6. Hamburg 1934.

<sup>96</sup> Ebenda, Heft 1, Hamburg 1933.



politischen Einheit, die Bewegung deren »politisch – dynamisches Element«, das Volk sei die »im Schutz und Schatten der politischen Entscheidungen wachsende unpolitische Seite« der dreigliedrigen Einheit. Die Formulierungen belegen die Angemessenheit des Anspruchs Kirchheimers, »hinter dem Nebel nationalsozialistischer Phrasen die brutale zynische Wirklichkeit des neuen Rechts zu erkennen«. Was man unter dem »deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers« real zu verstehen habe, sei »insbesondere aus den Interpretationen des Professors und Staatsratsmitglieds Carl Schmitt zu entnehmen.«<sup>97</sup> Eine in der »DJZ« abgedruckte Replik<sup>98</sup> auf Kirchheimers Studie beweist, daß der Schlag getroffen hatte. Der Verfasser Hermann Seitz wird eingeordnet in eine »internationale Verbrecherfront«, die versuche, die »geistige Zusammenarbeit der Völker und damit die Verwirklichung eines echten Friedens zu hintertreiben«. Der Name des Autors der Replik wurde nicht genannt. Jedenfalls hat Schmitt als Herausgeber der »DJZ« den Text zu verantworten, gleichgültig, ob er ihn selbst verfaßt hat. Schmitt scheint den von ihm oft und gern zitierten Satz Rimbauds: »Le combat spirituel est plus brutal que la bataille d'hommes«<sup>99</sup> verifizieren zu wollen. Brutaler als eine kriegerische Auseinandersetzung wird der Kampf der Argumente, wenn sogar die Einschränkungen und Hegungen, die Schmitts Freund Feind Theorie dem politischen Feind einräumen, dem wissenschaftlichen Kontrahenten entzogen werden. Denn Verbrecher sind keine ebenbürtigen Gegner, der Kampf gegen sie zielt auf Vernichtung. Werk und Biographie der beiden Antipoden stehen als Paradigma für die Geschichte der deutschen Intelligenz dieses Jahrhunderts. Der Sozialist und Jude Kirchheimer mußte emigrieren, erst nach Frankreich und schließlich in die USA, wo er bis zu seinem Tode lebte.<sup>100</sup> Carl Schmitts Engagement im Dritten Reich<sup>101</sup> und seine rückblickende Selbstinterpretation der Weimarer Arbeiten<sup>102</sup> nähren die These von der Einheit seiner Theorie. Schmitt geht es insoweit nicht anders als jenen ideengeschichtlichen Strömungen und sozialen Bewegungen der Weimarer Republik, die nicht ausgehend von ihrer Genese, sondern rückblickend von ihrer partiellen Integration in der Gleich- und Selbstgleichschaltungswelle des Jahres 1933 beurteilt werden. Die Schmitt-Sekundärliteratur begründet die Kontinuitätsthese unterschiedlich. Fijalkowski<sup>103</sup> arbeitet mit einer vorgängigen Option für den Führerstaat, weitaus differenzierter argumentiert Maus<sup>104</sup>, die zur Begründung die soziale Funktion der Theorie heranzieht. Alle Ansätze, die eine über das Jahr 1933 hinausreichende Kontinuität der Theorie Schmitts annehmen, rekurrieren, soweit sie sich nicht mit der naiven Unterstellung verborgener Motive begnügen, auf eine theorieexterne Ebene, auf der das Einheit organisierende Kohäsionsprinzip gefun-

97 Kirchheimer, FN 93, S. 152.

98 DJZ, 40. Jg., (1935), Sp. 1104 f.

99 Schmitt, Clausewitz als politischer Denker, in: Der Staat, Bd. 6, (1967), S. 479 ff., 502.

100 Kirchheimer arbeitete von 1934–37 in der Pariser Zweigstelle des Instituts für Sozialforschung, danach bis 1942 in der New Yorker Niederlassung. In den letzten Kriegsjahren bis in das Jahr 1955 arbeitete er an wissenschaftlichen Aufträgen der amerikanischen Bundesregierung. Von 1955–62 war er Professor für politische Wissenschaft an der New School for Social Research, danach bis zu seinem Tode Professor an der Columbia Universität. Näheres im chronologischen Lebenslauf in FN 17, S. XXXIX, und im Nachruf H. Ehmkes, AöR, 91. Bd., S. 117 ff. Gestorben ist Kirchheimer am 22. 11. 1965, seinem letzten Wunsch entsprechend wurde seine Asche beigesetzt auf dem Friedhof seiner Geburtsstadt Heilbronn neben dem Grab seiner Eltern.

101 Vgl. dazu meine Arbeit: Der Staat im Bürgerkrieg. Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie Carl Schmitts, Frankfurt 1980, insbes. S. 138 ff.

102 Schmitt, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939, Hamburg 1940.

103 J. Fijalkowski, Die Wendung zum Führerstaat, Köln/Opladen 1958.

104 I. Maus, Zur »Zäsur« von 1933 in der Theorie Carl Schmitts, in: KJ, 1969, Heft 1, S. 113 ff.; und: Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, München 1976.

den wird. Die Widersprüche, die eine theorieimmanente Rekonstruktion – überaus deutlich etwa am Beispiel der Schmittschen Rezeption der übelsten Antisemitismen<sup>105</sup> – aufwirft, werden als Epiphänomene eines tieferliegenden Geschehens, als unwesentliche diffuse Spiegelungen eines einzigen Fokus begriffen, dessen Ermittlung die ersehnte Einheit verheißt. Meine Bedenken gegen den Begriff der »sozialen Funktion«, der den Fokus in den (sozio) ökonomischen Verhältnissen ertastet, richten sich gegen das ihm eigene reduktionistische Verfahren, das den Blick für Nuancen und Schattierungen einer Theorie verstellt. Demgegenüber ist m. E. ein Zugang zu den Weimarer Arbeiten Schmitts fruchtbarer, der die unbestreitbare Nähe der Theorie zur Zeitgeschichte in der Absicht angeht, die begriffliche Verarbeitung politischer Herausforderungen theorieimmanent zu rekonstruieren.<sup>106</sup> Daß ein solcher Ansatz Schmitts Engagement im Dritten Reich nicht aus seiner in Weimar entwickelten Theorie widerspruchsfrei ableiten kann, er vielmehr auf die Kategorie des »Bruches« verwiesen ist, mag ihn in den Augen des Ideologiekritikers desavouieren. Gewonnen wird mit der Akzeptanz des Ansatzes eine doppelte Chance. Zum einen läßt er die politische und intellektuelle Kultur von Weimar selbst sprechen, zum anderen erhält er ein Forschungsfeld für die Frage nach der morbiden Faszinationskraft des Nationalsozialismus auf den relevanten Teil einer Generation deutscher Intellektueller.

Kirchheimers politische Biographie und wissenschaftliches Werk bietet Kriterien an für die Auseinandersetzung mit dem Thema »Intellektuelle und Macht«. Er blieb bis zu seinem frühen Tode der unbestechliche Analytiker der Nahtstellen von Politik, Recht und Justiz, sein Erkenntnisinteresse blieb beseelt von einem konstanten, leidenschaftlichen Willen zum Rechtsstaat<sup>107</sup> und einer humanen Solidarität mit den Opfern der Instrumentalisierung des Rechts durch die Politik.<sup>108</sup> Seine wissenschaftliche Redlichkeit und politische Integrität begründen die Hoffnung, daß es möglich ist, die sachliche Nähe der Wissenschaft des öffentlichen Rechts zur Politik auszuhalten, ohne den Anfechtungen des Politischen in schicksalhafter Unausweichbarkeit ausgeliefert zu sein. Carl Schmitt muß es sich gefallen lassen, an dieser Möglichkeit gemessen zu werden.

105 Die antisemitischen Ausfälle waren nicht bloß »lip service to the terminology of National-Socialist propaganda«, wie George Schwab, *The Challenge of the Exception*, Berlin 1970, S. 101, allzu wohlmeinend schreibt.

106 Diesen Ansatz habe ich in meiner in FN 101 zitierten Arbeit aus zwei Gründen nicht konsequent durchgehalten. Einmal hatte ich mich dem Schmittschen Werk über die 1930–1931 geschriebenen Arbeiten, die in der Tat überaus deutliche Bezüge zur Zeitgeschichte aufweisen, angenähert und von daher die Bedeutung des zeitgeschichtlichen Einflusses für die vor 1914 und in der ersten Phase von Weimar publizierten Studien etwas überschätzt. Sodann war für mich ein Geschichtsverständnis, das den Abriß historischer Kontinuitäten akzeptiert, nicht nachvollziehbar. (Vgl. FN 101, S. 18). Erst die Arbeiten Foucaults, vor allem das Buch »Archäologie des Wissens, Frankfurt 1973«, haben mich gelehrt, die Kategorie der »Zäsur« unter anderen als ideologiekritischen Aspekten zu betrachten.

107 So urteilt H. Ridder in einem Nachruf auf Kirchheimer, in: NPL, Jg. XIII, (1968), S. 301.

108 Kirchheimers Buch »Politische Justiz« trägt die Widmung: »Allen Opfern der politischen Justiz in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.«