

Joachim Perels

Die Grenzmarken der Verfassung*

SICHERUNG GESELLSCHAFTLICHER MACHTVERHÄLTNISSE ODER RAHMENREGELUNG DES DEMOKRATISCHEN PROZESSES?

In der verfassungsrechtlichen Diskussion und in der verfassungsrechtlichen Praxis der Bundesrepublik spielen die Argumentationsfiguren der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes und der streitbaren Demokratie eine zentrale Rolle. Diesen Argumentationsfiguren, die sich in einer Vielzahl von Entscheidungen, Einzelmaßnahmen und Gesetzen finden, liegt die Idee zugrunde, daß das demokratische Verfassungsrecht bestimmte Konsensprinzipien festsetzt, an die sich alle am politischen Geschehen Beteiligten zu halten haben. Der Begriff des verfassungsrechtlichen Konsens ist freilich alles andere als eindeutig. Unspezifisch verwandt deckt er höchst unterschiedliche Sachverhalte und Zielsetzungen. Erst wenn die entgegengesetzten verfassungstheoretischen Bezugspunkte herausgearbeitet werden, welche in der technisch-juristischen Anwendungsform kaum mehr kenntlich sind, können die in dem Konsensbegriff eingekapselten gesellschaftlichen und politischen Konfliktlinien ans Licht treten.

In dem Begriff Konsens wird das zentrale Problem einer durch den Staat vermittelten Ordnung des Gemeinwesens angesprochen: An welchen Eckpfeilern ist das einheitsstiftende Prinzip dieser Ordnung festzumachen? Nicht umstritten ist zwischen der konservativen und der demokratischen Verfassungslehre von C. Schmitt über R. Smend bis zu H. Ridder und W. Abendroth daß, solange es ein System öffentlicher Gewalt gibt, ein einheitsstiftendes Prinzip existieren müsse, dessen Funktion darin zu bestehen habe, den physischen bellum omnium contra omnes auszuschließen. Grundsätzlich kontrovers ist hingegen die Formbestimmung des einheitsstiftenden Prinzips der staatlichen Ordnung: die Frage nach den Grenzmarken der Verfassung. Hierzu lassen sich wesentlich zwei Grundpositionen unterscheiden. Auf der einen Seite wird das verfassungsrechtliche Konsensprinzip mit den überkommenen Strukturen der gesellschaftlichen Machtverhältnisse gleichgesetzt, wobei Konfliktformen, sofern sie überhaupt akzeptiert werden, an diesen Strukturen ihre Grenze finden. Auf der anderen Seite wird das verfassungsrechtliche Konsensprinzip als eine Rahmenregelung interpretiert, die der inhaltlichen Ausfüllung durch das politische Kräftespiel bis zur Umwandlung der gesellschaftlichen Grundlagen offensteht. Zugespitzt lautet die Frage, ob der Begriff des verfassungsrechtlichen Konsens mit der Einhaltung der demokratischen Rahmenregelung zusammenfällt oder ob er in der Weise zu materialisieren ist, daß er die Ausgliederung gesellschaftlicher und politischer Machtlagen aus dem Prozeß der demokratischen Willensbildung bezeichnet.

Diese Alternative hatten die Väter des Grundgesetzes zu entscheiden. Das Konsen-

* Dem Andenken meines Vaters Friedrich-Justus Perels (geb. 1910), Rechtsberater der Bekennenden Kirche, beteiligt an der Verschwörung des 20. Juli 1944, vom Volksgerichtshof zum Tode verurteilt und von der SS am 22. April 1945 erschossen.

sprinzip des GG ist nach allgemeiner Ansicht darin begründet, daß der Parlamentarische Rat bewußt von der wertrelativistischen Verfassung der Weimarer Republik abgegangen sei, weil sie dem Nationalsozialismus den Weg geebnet habe, der sich der Institutionen und Garantien des demokratischen Verfassungsrechts für dessen Zerstörung habe bedienen können. Bei der interpretativen Bestimmung des Konsensprinzips des Grundgesetzes ergibt sich allerdings eine paradoxe Situation. Die in der Verfassungslehre und in den Obergerichten vorherrschende Richtung knüpft mit der Konstruktion eines materialen, über verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen hinausgehenden Konsensprinzips der Sache nach bei denjenigen Positionen der Weimarer Staatsrechtslehre an, deren innere Logik darauf hinauslief, die demokratische Rechtsordnung zu zerstören. Umgekehrt werden bei der Bestimmung des Konsensprinzips des Grundgesetzes diejenigen Positionen der Weimarer Staatsrechtslehre, die dem republikanischen Verfassungssystem als einer demokratischen Rahmenregelung verpflichtet waren, in den Hintergrund gedrängt, zuweilen mit der Begründung, das Festhalten an einem strikten Positivismus habe dem Faschismus in den Sattel geholfen.

Da in der Auseinandersetzung um die Grenzmarken der Bonner Verfassung die Weimarer wie die nationalsozialistische Staatsrechtslehre stets einbezogen sind, erscheint ein Rückblick geboten. An der in den 20er Jahren formulierten Integrationslehre Rudolf Smends und den ihr entgegengesetzten Positionen lassen sich paradigmatisch die divergierenden verfassungstheoretischen Konsensprinzipien demonstrieren, um die der Streit im Kern bis heute geht. Diese Kontroverse wird an der verfassungstheoretischen Ausdrucksform des siegenden Faschismus weiterverfolgt, um zu zeigen, in welcher Weise das Grundgesetz und verschiedene Interpretationsarten auf die Weimarer Staatsrechtslehre und auf die des Faschismus negativ wie positiv bezogen sind.

In nur groben Zügen wird der gesellschaftliche Hintergrund der gegensätzlichen verfassungstheoretischen Konstrukte skizziert, gewissermaßen als interpretatorischer Hinweis, keineswegs als Ersatz für eine genaue Untersuchung der jeweiligen Konstitutionsbedingungen. Die Analyse konzentriert sich vornehmlich auf den immanent aufweisbaren politischen Gehalt der staatsrechtlichen Argumentationsfiguren. Für den Zweck einer demokratietheoretischen Politisierung zentraler staatsrechtlicher Fragestellungen erscheint ein derartiges Vorgehen vertretbar, auch wenn es dem Anspruch, geistige Kontroversen aus der inneren Widersprüchlichkeit der materiellen Lebensverhältnisse zu entwickeln, nicht in vollem Maße genügt.

1. Zur divergenten Bestimmung des verfassungsmäßigen Konsensprinzips in Weimar – am Beispiel der Integrationslehre Rudolf Smends und der ihr entgegengesetzten Grundposition

Das Problem der Herstellung staatlicher Einheit tritt in der ursprünglichen Gestalt der Integrationslehre Rudolf Smends klassisch hervor. Smends Lehre ausgearbeitet in der bekannten, 1928 veröffentlichten Schrift »Verfassung und Verfassungsrecht«¹, ist auf den gesellschaftlichen Grundsachverhalt bezogen, daß das 1919 in Weimar kodifizierte Verfassungsrecht nicht mehr ein bloßes Herrschaftsinstrument der bürokratischen und ökonomischen Machttträger ist, sondern als ambivalenter Klassenkompromiß erscheint, der die gesellschaftliche Ordnung durch Handlungs- und

¹ Zuerst München und Leipzig 1928, wiederabgedruckt in: R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. erweiterte Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff.

Transformationsgarantien für die Arbeiterbewegung grundsätzlich zur Disposition stellt.² Die konservative Staatsrechtslehre, als deren neben C. Schmitt, H. Triepel und A. Kaufmann einflußreichster Vertreter Smend gelten kann, ist nur zu verstehen, wenn man sie als Reaktionsform auf die von einer demokratischen Verfassung für die besitzenden und die administrativen Schichten (Bürgertum, Großagrarier, Beamtenschaft und Reichswehr) potentiell ausgehenden Gefahren interpretiert. Schon in der klassischen Theorie der Politik war der Begriff der Demokratie ein Synonym für die Herrschaft der Besitzlosen,³ ein Hinweis darauf, daß die Demokratie als Ordnung politischer Gleichheit den Herren über die soziale Ungleichheit bereits per definitionem ein Dorn im Auge sein mußte.

Smend macht die Kategorie der Integration zum Angelpunkt der Funktionsweise des Staates und des Verfassungsrechts. Die staatliche Ordnung wird als homogenes System konzipiert, dem eine »sachliche Wertgemeinschaft«⁴ zugrundliegt. Der dem Staat aufgegebenen Integrationszweck zielt gegen diejenigen politischen Kräfte, Normen und Institutionen, die der Desintegration und der Zerstörung der »Wertgemeinschaft« Vorschub leisten. Die spezifische Färbung des Integrationsbegriffs beruht auf einer verfassungspolitischen Option, die sich in der Verherrlichung des Bismarckschen Obrigkeitsstaats und im Angriff auf wesentliche Elemente der Weimarer Verfassung ausdrückt.

Wenn auch Smend systematisch in keiner Weise auf das Kaiserreich zu sprechen kommt, so zeigen doch bereits seine wenigen Äußerungen, daß er der Verfassungsstruktur des Bismarckschen Systems im ausdrücklichen Unterschied zur demokratischen Verfassung der Paulskirche und der Weimarer Republik leitbildhafte Bedeutung beimißt.⁵ Am Bismarckschen System exemplifiziert Smend das Kernelement seiner Verfassungstheorie: den Begriff der Integration bzw. der Wertgemeinschaft. Die Wertgemeinschaft zeichnet sich dadurch aus, daß ihre Prinzipien im politischen Kampf nicht in Frage gestellt werden dürfen. Dies geschieht nach Smend jedoch durch diejenigen »Gruppenteile, die nicht genügend durch solche Wertgemeinschaft mit dem Ganzen verbunden sind« und »sich leicht der Spielregeln des Kampfes und damit seiner integrierenden Wirkung entziehen: etwa im Wege der Obstruktion.«⁶ Den soziologischen und politischen Gehalt des Begriffs der Wertgemeinschaft deckt Smend selber auf, wenn er den eben zitierten Satz mit der Fußnote erläutert: »Mangelnde politische Wertgemeinschaft und damit zugleich mangelnden politischen Integrationswillen hat Bismarck den »staatsverneinenden« im Gegensatz zu den staatsbejahenden Parteien vorwerfen wollen – eine im Grundsatz sehr berechnete Unterscheidung [. . .]«⁷

² Vgl. W. Abendroth, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in der Weimarer Republik, in: J. Mück (Hrsg.), Verfassungsrecht, Opladen 1975, S. 33 ff. sowie J. Perels, Kapitalismus und politische Demokratie, Privatrechtssystem und Verfassungsstruktur in der Weimarer Republik, Frankfurt/M. 1973, S. 33 ff.

³ Vgl. Platon, Der Staat, Aches Buch (557), Deutsch von August Horneffer, Stuttgart 1955, S. 280; Aristoteles, Politik, in: Aristoteles Hauptwerke, ed. Nestle, Stuttgart 1934, S. 310; s. dazu W. Euchner, Demokratietheoretische Aspekte der politischen Ideengeschichte, in: G. Kress / D. Senghaas (Hrsg.), Politikwissenschaft. Eine Einführung in ihre Probleme, Frankfurt/M. 1969, S. 38 ff. (46) sowie A. Rosenberg, Demokratie und Klassenkampf im Altertum (1921), in: ders.: Demokratie und Klassenkampf, ed. Wehler, Frankfurt/M., Berlin, Wien 1974, S. 19 ff. (22).

⁴ R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 159.

⁵ Ebd., S. 141, S. 231 ff.

⁶ Ebd., S. 155.

⁷ Ebd., Anm. 29. Der spezifischen politischen Färbung des Begriffs der Wertgemeinschaft entsprechen die philosophischen Anleihen Smends (S. 121 ff.). Indem sich Smend auf die von Theodor Litt repräsentierte Position einer Verbindung von Lebensphilosophie und Neuhelgelianismus bezieht, knüpft er auch philosophisch an diejenigen Richtungen an, in denen die brüchige Legitimation bürgerlicher Herrschaft ihren zeitgemäßen Ausdruck gefunden hat. Weil die bürgerliche Klasse den gesellschaftlichen und

Indem Smend das Bismarcksche System positiv wertet und das Konstrukt der Wertgemeinschaft als Kriterium dafür verwendet, ob politische Kräfte als staatsbejahend oder staatsverneinend innerhalb bzw. außerhalb der durch die öffentliche Gewalt definierten Ordnung angesiedelt sind, wird deutlich, an welchem Herrschaftstypus sich sein Begriff von Integration orientiert. Geht der »staatsverneinenden« Arbeiterbewegung der politische Integrationswille ab, so kann Integration nichts anderes bedeuten als den Prozeß der Identifikation mit den ökonomischen Grundlagen und der politischen Apparatur des Obrigkeitsstaates. Die »Spielregeln des Kampfes« sind dann Funktionselemente einer im Kern unverrückbaren Machtlage. Deren verfassungsstrukturelles Profil bestand im Kaiserreich darin, die politische Artikulation gesellschaftlicher Antagonismen, demokratischer Willensbildungsprozesse und Aktionsformen der lohnabhängigen Klassen grundsätzlich oder ad hoc zu beschneiden: so daß, im Wechselverhältnis, die ökonomischen Strukturen und die staatlichen Institutionen zu einem legal nicht überwindlichen System werden. Daß die Wertgemeinschaft des Obrigkeitsstaates sich durch den Ausschluß der Unterklassen von der Verfügungsmacht über die öffentliche Gewalt definiert, zeigte sich sowohl in der Verfassung von 1871, welche die bestimmende Entscheidungsgewalt in die Hände des Monarchen, seines Regierungschefs und der zivilen und militärischen Bürokratie legte, wie an den konkreten Repressionsformen des wilhelminischen Staatsapparats, die die Herrschaftsverhältnisse direkt sicherten.⁸ Die gesellschaftliche Interessengrundlage einer antidemokratischen Verfassung hat kaum einer besser erkannt als Bismarck selber. In seinen Erinnerungen schreibt er: »Für die Sicherheit und Fortbildung des Staates ist das Übergewicht derer, die den Besitz vertreten, das Nützlichere [...]«.⁹

Die affirmative Einschätzung der Verfassung des Obrigkeitsstaates – Smend verleiht ihr die für ihn höchsten Insignien der »Geistigkeit« –¹⁰ steht im Kontrast zu der Kritik an demokratischen Strukturelementen der Weimarer Verfassung. Ist hierfür schon die Tatsache, daß Smend den schwarz-weiß-roten Fahnen des wilhelminischen Militärstaates jene Integrationswirkung zuschreibt, die er den schwarz-rot-goldenen Farben der Weimarer Demokratie abspricht,¹¹ ein bemerkenswertes Bei-

politischen Zusammenhang nicht mehr wie noch in der Periode der Französischen Revolution aus den Prinzipien der Vernunft der vereinigten Individuen begründen konnte, nachdem sich durch die Klassenbewegung des Vierten Standes die Interessen des Dritten Standes nicht mehr als allgemeine Gattungsinteressen ausgeben ließen, sondern sich nur zu offensichtlich als partikuläre etabliert hatten, ist die Selbstgeltung der bürgerlichen Gesellschaft nur durch die Versteinierung irrationaler, dem Geschichtsprozeß entzogener objektiver Werte zu retten. – Zur Analyse der philosophischen Grundlagen der Smendschen Lehre s. W. Bauer, Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie, Berlin 1968, S. 267 ff.; eine materialistische Untersuchung der Lebensphilosophie und des Neuhegelianismus, die zuweilen jedoch mit allzu groben soziologischen Zuordnungen arbeitet, bietet G. Lukács, Die Zerstörung der Vernunft, 2. Auflage, Neuwied/Berlin 1962, S. 351 ff., S. 474 ff., zur Lebensphilosophie s. ferner, H. J. Lieber, Die deutsche Lebensphilosophie und ihre Folgen, in: Universitätstage 1966, Nationalsozialismus und Universität, Berlin 1966, S. 92 ff.

⁸ Vgl. H.-U. Wehler, Das Deutsche Kaiserreich, 2. Aufl. Göttingen 1975, S. 60 ff. K. Saul, Industrie und Arbeiterbewegung im Kaiserreich. Zur Innen- und Sozialpolitik des Wilhelminischen Deutschland, 1903–1914, Düsseldorf 1974, S. 189 ff.

⁹ O. v. Bismarck, Gedanken und Erinnerungen (1898), vollständige Ausgabe in einem Band, Stuttgart, Berlin 1919, S. 382.

¹⁰ R. Smend a. a. O. (Anm. 1), S. 231.

¹¹ Ebd., S. 143 Anm. 9, S. 217. Nicht nur bestimmten Staatsfarben, sondern auch bestimmten Menschen mangelt es nach Smend an Integrationswirkung: »Es gibt Personen, die ihrem Wesen nach zu integrierender Funktion ungeeignet [sind]« (Ebd. S. 145); in einer Fußnote (ebd. Anm. 12) heißt es erläuternd: »So hat Max Weber offenbar die Ostjuden als unmögliche Führer deutschen Staatslebens, selbst in der Revolution empfunden«. Entsprechend war, mag man schlußfolgern, die polnische Jüdin Rosa Luxemburg »ihrem Wesen nach zu integrierender Funktion ungeeignet«. Im Fall der »schöpferischen Persönlichkeit« wie der Friedrichs II. ist jedoch die »integrierende Wirkung auf jeden Einzelnen nicht nur belebend, sondern gestaltend. Mit voller Schärfe hat schon der alte Schläger das gesehen: »Zwei Augen, Friedrich des Adlers, schließen sich; und sechs Millionen Menschen werden umgestaltet« (ebd., S. 146).

spiel, so erschließt sich der staatsrechtliche und politische Gehalt der Integrationslehre erst dann, wenn man ihren Bezugsrahmen rekonstruiert.¹²

Das organisierende Zentrum der Smendschen Lehre besteht darin, die Einheit der Staatsgewalt gegen desintegrierende Konsequenzen des von der Weimarer Verfassung legalisierten Antagonismus und Pluralismus der politischen Kräfte wiederherzustellen. Hieraus lassen sich die einzelnen Argumentationselemente der Smendschen Theorie entwickeln.

Smend spaltet die der öffentlichen Gewalt zugemessene Aufgabe der Integration (»Verfassung«) vom positiven verfassungsrechtlichen System (»Verfassungsrecht«) ab, sofern es die Homogenität der staatlichen Ordnung stört. Im Zweifel gilt der Vorrang des Staatsapparates vor der Verfassung: Indem das positive Verfassungsgesetz zum »zufälligen Inhalt geschriebener Verfassungsparagraphen« entwickelt wird, die »nur einzelne . . . Seiten« der »Lebenstotalität des Staates«¹³ regeln, werden die jenseits der normativen Ordnung angesiedelten Funktionen des Staatsapparates als positive Größe herausgehoben. Die »Erhaltung und Stärkung des Staates« (Jellinek) fungiert als »beherrschender Wert«, der »neben den Rechts- und Wohlfahrts (oder Verwaltungs-)wert als dritter gleichgeordneter tritt«; dieser beherrschende Wert reicht »viel weiter« als die Diktaturgewalt in der schon extensiven Interpretation des Art. 48 WRV durch Carl Schmitt.¹⁴ Die »Lebensfülle« der »überpersönlichen Totalität des Staates« »kann von wenigen . . . Verfassungsartikeln nicht voll erfaßt und normiert, sondern nur angedeutet, und, was ihre integrierende Kraft angeht, angeregt werden.« Um die »Totalität seines [des staatlichen] Integrationsprozesses« zu gewährleisten, ist eine »elastische, ergänzende, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende Verfassungsauslegung nicht nur erlaubt, sondern sogar [ge]fordert«.¹⁵ Der Kern des Smendschen Konsensbegriffs ist die normlose Integrationsfunktion des Staatsapparates.

Aus diesem Bezugspunkt ergibt sich, daß die demokratischen Organisationsformen der Weimarer Verfassung als Störfaktor erscheinen, weil sie den Staatsapparat in Gestalt der politischen Freiheitsrechte und des Parlamentarismus in das ökonomisch-politische Kräftefeld einbinden: so daß der gesellschaftliche Antagonismus auf der Ebene der staatlichen Institutionen sowohl zum Ausdruck kommen als auch potentiell zu Lasten des Bürgertums überwunden werden kann.

Der Parlamentarismus, wie ihn die Weimarer Reichsverfassung als Gegenmodell zur Rechtsetzungsbefugnis einer von der Souveränität des Volkes losgelösten Exekutive installiert, »versagt« nach Smend als »Integrationsweise«.¹⁶ Dem Parlamentarismus wird der Charakter einer das Verfassungsgefüge definierenden Staatsform abgesprochen, »weil auf funktionelle Integration allein kein Staat gegründet werden kann«; Parlamentarismus und Demokratie ständen in einem »radikalen inneren Gegensatz«.¹⁷ Zur Begründung greift Smend auf Carl Schmitts Kritik des demokratisierten

Daß die Integrationswirkung des preußischen Königs besonders »belebend« war, dürften »gewiß diejenigen am meisten empfunden haben [. . .], die in den zahlreichen Kriegen Friedrich des Adlers zu Tode integriert wurden« (H. Kelsen, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien 1930, S. 51).

¹² Nützlich zur kritischen Analyse der Smendschen Lehre vor allem: H. Kelsen, a. a. O. (Anm. 11), H. Mayer, *Staatstheorie und Staatspolitik*. Bemerkungen zu Hans Kelsens Schrift »Der Staat als Integration«, *Die Justiz* Bd. VII, 1931, H. 5/6, S. 249 ff., W. Bauer, *Wertrelativismus*, a. a. O. (Anm. 7), S. 262 ff. Vgl. auch Smends selbstkritische Bemerkung ders., *Integrationslehre* (1956), in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, a. a. O. (Anm. 1), S. 480.

¹³ R. Smend, a. a. O. (Anm. 2), S. 189.

¹⁴ Ebd., S. 194.

¹⁵ Ebd., S. 189 f.

¹⁶ Ebd., S. 153.

¹⁷ Ebd., S. 219.

Parlamentarismus von Weimar zurück.¹⁸ In dieser Sicht wird der Parlamentarismus in dem Augenblick funktionsuntüchtig, in dem die Arbeiterparteien grundsätzlich legalen Einfluß auf die Gesetzgebung erhalten und die durch Besitz und Bildung hergestellte Klassenhomogenität verlorengelht: »[...] Es ist nicht zulässig, die schöpferische, d. h. integrierende Diskussion des liberalen Frühparlamentarismus durch die »schöpferische Diskussion der Fraktionszimmer, des Kabinetts, der interfraktionellen Besprechungen, der Erörterungen mit Sachverständigen und Wirtschaftskreisen« [R. Thoma] ersetzt zu finden. Das letztere ist eine Technik zu einem bestimmten geschäftlichen Zweck; das andere war integrierende, d. h. das Wesen von Volk und Staat bestimmende und begründende Institution als Selbstzweck.«¹⁹ Smend verwirft den Weimarer Parlamentarismus als ein System ohne »Wertgeltungsanspruch« und ohne »legitimierende Kraft«.²⁰ Das ist nicht verwunderlich angesichts der Tatsache daß das Parlament als eine Ausdrucksform des politischen Konflikts zwischen den Klassen unter bestimmten Voraussetzungen den stärksten Einfluß auf die staatliche Tätigkeit hat, die sich sogar – man denke an die auf Parlamentsmehrheiten gestützten Regierungen von SPD und KPD in Thüringen und Sachsen im Jahre 1923 – gegen die gesellschaftlichen Grundlagen richten kann.

Auch die Grundrechte werden unter das Postulat der Herstellung widerspruchsfreier staatlicher Einheit gebeugt. In der Sichtweise von Smend sind die Grundrechte nicht so sehr Garantien zur Abwehr staatlicher Eingriffe bzw. Garantien für konfliktorische politische Willensbildungsprozesse. Die Grundrechte verwandeln sich vielmehr in Prinzipien, durch die die Individuen vorgegebenen staatlichen und gesellschaftlichen Strukturen zugeordnet werden. Der Grundrechtskatalog erhält die Aufgabe, die »zunehmende geistige und soziale Inhomogenität des Volksganges« zu kompensieren: er soll die Funktion des monarchischen Verfassungselements übernehmen, das der Ideologie nach über den streitenden politischen Kräften angesiedelt ist.²¹ Die Grundrechte werden »vor aller positiven Rechtsgeltung«, welche gerade die freie gesellschaftliche Auseinandersetzung insbesondere durch Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sichern müßte, zu einem »Kultur«- und »Wertsystem« überhöht, das mit der bürgerlichen Privatrechtsordnung zusammenfällt.²² Werden aber die Grundrechte zu bloßen Konstitutionsprinzipien einer homogenen staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung herabgesetzt, so können diejenigen Freiheitsrechte, die zum Medium des Klassenkonflikts werden, nur als desintegrierend begriffen werden. Smend deutet diese Konsequenz an, indem er feststellt, »daß mancherlei Mißgriffe in den Weimarer Grundrechten enthalten sind, und daß vieles, vom Flaggenartikel [!] angefangen, mehr desintegrierende als sinngemäße, erfolgreich legitimierende Wirkung geübt hat.«²³

Wenn das demokratische Verfassungsrecht für die staatlich vermittelte bürgerliche Gesellschaft potentiell desintegrierende Konsequenzen hat, so muß an seine Stelle eine einheitsstiftende Konstruktion treten, die diese Gefahren vermeidet: der von

¹⁸ Ebd., S. 153, 221.

¹⁹ Ebd., S. 153.

²⁰ Ebd., S. 222.

²¹ R. Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1927), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, a. a. O. (Anm. 1), S. 92. Kelsen (a. a. O., Anm. 11, S. 87) machte auf den Widerspruch aufmerksam, daß »eine konservative Staatsrechtslehre, die vor der Weimarer Verfassung alles, was an einen liberalen Grundrechtskatalog erinnerte als liberale Deklamation verächtlich ablehnte, nach der Weimarer Verfassung ihr Herz für die Grundrechte entdeckte. Wahrlich nicht«, fügt Kelsen hinzu, »dieser Weimarer Verfassung zuliebe.«

²² R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, a. a. O. (Anm. 2), S. 264 ff.

²³ Ebd., S. 268.

liberaldemokratischen Bindungen befreite Exekutivstaat. In der Diktatur des italienischen Faschismus, der die Klassenantagonismen integrativ zu überwinden vorgibt, deutet sich für Smend 1928 ein neues positives Konsensprinzip an: Indem der Faschismus »Demokratie, Liberalismus und Parlament« durch »unmittelbare Integration« im Wege des »Korporativismus, Militarismus, Mythos« überwindet, folgt er der »Einsicht«, daß die »Massenbürgerschaft heutiger Demokratien, die von den zarteren und wenig literarischen Lebensformen des bürgerlichen Repräsentativstaats nicht recht erfaßt wird, der elementaren, syndikalistischen, sinnlichen, jedenfalls aber unmittelbaren politischen Lebensformen der neuen Zeit bedarf«. »Es gehört zu den starken Seiten des Faschismus, über den man im übrigen urteilen mag, wie man will, daß er die [...] Notwendigkeit allseitiger Integration mit großer Klarheit gesehen hat [...] und die abgelehnte sozialistische Sachintegration bewußt durch eine andere (nationaler Mythos, Berufsstaat usw.) ersetzt.«²⁴

Die Struktur der Smendschen Integrationslehre läßt sich spiegelbildlich durch die von Kelsen vertretene Gegenposition schärfer konturieren. Hans Kelsen, einer der scharfsinnigsten Gegner der konservativen Staatsrechtslehre, Diskussionspartner des zentristischen und des linken Flügels der österreichischen Sozialdemokratie, ist den von Smend in den Vordergrund gestellten Integrationsarten der Trennung von Staats- und Rechtsordnung und der korporativistischen, sprich berufsständischen Organisation der Wirtschaft ebenfalls nachgegangen. Die Loslösung des Staates aus den Kautelen der demokratischen Verfassung und die Etablierung einer berufsständischen Ordnung erkennt Kelsen als zwei Seiten eines Vorgangs. Kelsen arbeitet den »politischen Mißbrauch des metarechtlichen Staatsbegriffs« heraus und weist darauf hin, daß der Begriff des Staates in der deutschen Geschichte überhaupt erst zu dem Zweck eingeführt wurde, eine gegen die »demokratische Rechtsordnung [...] gerichtete, auf die Interessen des Fürsten und seines Anhangs abgestellte [...] autokratische [...] Ordnung« zu begründen.²⁵ Diese ursprüngliche Funktion des Staatsbegriffs bleibt für die konservative Staatslehre bis in die Zeit der liberal-demokratischen Verfassung erhalten: »Der Gegensatz von Staat und Recht [...] ist letzten Endes aus dem Bestreben zu erklären, die positive, konstitutionell-demokratische Verfassung [...] im Wege einer Interpretation aus dem Wesen des ›Staates« [...] zu verdrängen.«²⁶ Wird die Staatsgewalt von demokratischen Teilhabennormen und von der legalen Einflußmöglichkeit der Arbeiterbewegung freigesetzt, so wird sie in die Lage versetzt, den Parteienstreit niederzuhalten und die Arbeiterklasse in sogenannte gemeinschaftsbildende Organisationsformen zu zwingen. Kelsen zeigt, daß das Modell berufsständischer Gliederung, das Smend im Gefolge seiner Bewertung des italienischen Faschismus als den Parlamentarismus ersetzendes Verfassungsprinzip in den Vordergrund rückt, dazu führt, die demokratische Organisationsform der öffentlichen Gewalt zu beseitigen: »Ist es nicht merkwürdig, daß der Ruf nach berufsständischer Organisation gerade in dem Augenblicke erhoben wird, da sich die Möglichkeit ergibt, daß das bisher in der Minorität gebliebene Proletariat zur Mehrheit wird, und der demokratische Parlamentarismus sich gegen jene Gruppe zu kehren droht, der er bisher die politische Vorherrschaft gesichert hat?

²⁴ Ebd., S. 157, S. 175. Zur Staatsrechtslehre des Faschismus vgl. G. Arias, B. Giuliano, E. Codignolo, A. de' Stefani, Mussolini und sein Faschismus, eingeleitet von B. Mussolini, Heidelberg 1928 und als positivistische Darstellung W. Tempel, Aufbau der Staatsgewalt im faschistischen Italien, 2. Auflage, Leipzig 1933.

²⁵ H. Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, (2. Auflage 1928), Neuauflage Aalen 1962, S. 136 f., vgl. auch H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (2. Auflage 1923), Neuauflage Aalen 1960, S. 439.

²⁶ H. Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, ebd., S. 139; ders., Der Staat als Integration, a. a. O. (Anm. 11), passim.

[...] Solange besitzlose Arbeitnehmer verschiedener, ja aller Berufe [...] sich miteinander zu einer innigeren Interessengemeinschaft verbunden fühlen, als mit den kapitalistischen Arbeitgebern derselben Berufsgruppe [...] kann es kaum zu einer aus den sozialen Verhältnissen selbst hervorstehenden berufsständischen Organisation kommen, die imstande wäre, die heutige parlamentarisch-demokratische Staatsform zu verdrängen, ohne zugleich sich mehr oder weniger einem autokratischen Typus zu nähern, d. h. in Wahrheit die diktatorische Herrschaft der einen Klasse über die andere zu sein.«²⁷

Besteht die Bestimmung des an die Weimarer Integrationslehre Rudolf Smends geknüpften konservativen Konsensprinzips darin, die gesellschaftlichen Klassenverhältnisse und den sie schützenden Staatsapparat zu einem unangreifbaren Zusammenhang zu überhöhen, der von demokratischen Willensbildungsprozessen abgeschottet ist, so sind die Grundpositionen der die Weimarer Koalition repräsentierenden demokratischen Staatsrechtslehre bürgerlicher, sozial-liberaler und sozialistischer Provenienz (G. Anschütz, R. Thoma; H. Kelsen, G. Radbruch, H. Heller; F. Neumann, E. Fraenkel, O. Kirchheimer) gerade an demjenigen Konsensprinzip festgemacht, das von der konservativen Staatsrechtslehre bekämpft wird. Da die Implikationen dieser Position bei der Erörterung der Smendschen Lehre als stetiges Gegenbild mitbehandelt worden sind, seien sie nur in wenigen Strichen resümiert. Ungeachtet aller sonstigen Differenzen, die sich wesentlich auf die Frage der Erhaltungswürdigkeit der kapitalistischen Gesellschaft und auf die Möglichkeiten der Zusammenarbeit der divergierenden sozialen Kräfte beziehen, gehen die demokratischen Staatsrechtler von der gemeinsamen Auffassung aus, daß die Weimarer Verfassung ein Konsensprinzip formuliert, dessen zentrale Pole mit den Begriffen des Pluralismus und der Legalität bezeichnet werden können.²⁸ Pluralismus meint, daß der Verfassung nicht die Vorstellung einer substantiellen Einheit des Volkes zugrundeliegt. Das Staatsvolk erscheint als »Inbegriff streitender Parteien«.²⁹ Die aus seiner Souveränität sich ableitenden Staatsorgane, insbesondere die Legislative und die Exekutive, können daher nicht auf die Fiktion überparteilicher Homogenität vereidigt werden. Die Verfassung enthält kein objektives Wertsystem, ihr ist vielmehr ein sogenannter Wertrelativismus immanent, dessen Funktion darin besteht, die Vertretbarkeit gegensätzlicher politischer Ziele zu ermöglichen. Die Legalität des Verfassungssystems ist wertneutral, seine Institutionen und Garantien stehen den antagonistischen gesellschaftlichen Kräften in gleicher Weise zur Verfügung. Sind die Bestimmungen über die ökonomische Struktur dadurch charakterisiert, daß sie den gesellschaftlichen status quo sowohl festschreiben (Art. 153 ff. WRV) als auch der qualitativen Änderung in Richtung auf den Sozialismus eröffnen (Art. 156 WRV) und sorgen die politischen Freiheitsrechte dafür, daß die gesellschaftlichen Konflikte legal zum Ausdruck kommen können, so bezieht sich die Souveränität des demokratischen Gesetzgebers auf alle Materien des Gemeinwesens. Sie schließt insbesondere die Verfügungsgewalt über die gesellschaftlichen Grundlagen ein. Die Legalität sichert nicht nur den konfliktorischen politischen Willensbildungsprozeß, sie ist gleichzeitig die Geltungsform der staatlichen Organe, welche keine von den demokratischen Normen getrennte originäre Substanz besitzen. In

27 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, (2. Auflage 1929), Neuaufgabe Aalen 1963, S. 51, ebenso, H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Neuaufgabe Bad Homburg, Berlin, Zürich 1966, S. 361.

28 Ich übernehme dieses Begriffspaar in Anlehnung an die gleichnamige Schrift (Frankfurt/M. 1973) von U. K. Preuß.

29 G. Radbruch, *Parteienstaat und Volksgemeinschaft, Die Gesellschaft* 1929, H. 2, S. 97 ff. (99) kritisch bezogen auf Smends Integrationslehre.

der Auseinandersetzung mit der konservativen Gegenposition, der er freilich noch stark entgegengekommen ist, hat Richard Thoma das Organisationsprinzip der Weimarer Verfassung prägnant bezeichnet: »Die Gefahren des Pluralismus und der Lähmung der Staatsgewalt [werden] in Kauf genommen, um den Gefahren des Monismus und seiner Entartung zum Despotismus zu entgehen.«³⁰ Kurz: Das einheitsstiftende Moment des demokratischen Konsensprinzips bezieht sich allein auf die Einhaltung der Spielregeln der Weimarer Verfassung; die ökonomischen Strukturen und die öffentliche Gewalt sind keine unveränderliche Substanz, sie sind der politischen Auseinandersetzung überantwortet.³¹

II. Zur Bindung des Konsensprinzips an die gesellschaftlichen Klassenfronten im beginnenden Faschismus – am Beispiel der Carl-Schmitt-Schule

Das Gegeneinander der divergierenden verfassungsrechtlichen Konsensprinzipien ist mit dem Sieg des Faschismus gewaltsam entschieden. Die weitere Geltung der demokratischen Verfassung wird zum Hindernis für die kapitalistische Überwindung der Krise in Deutschland. Eine Krisenlösung, die darauf zielt, die Lohnrate gewaltsam zu senken, die Rüstungsproduktion zu forcieren und die militärische Eroberung Osteuropas für Zwecke einer neokolonialen Ausbeutung vorzubereiten, konnte unter Beibehaltung der wertneutralen Legalität der Weimarer Verfassung nicht in Angriff genommen werden. Von den legalen Machtpositionen der Arbeiterbewegung wäre eine Gefährdung der imperialistischen Regierungspolitik ausgegangen.³²

Der Prozeß des faschistischen Umbaus des Verfassungsrechts findet in der konservativen Staatsrechtslehre einen unterschiedlichen Reflex. Rudolf Smend ging gegenüber dem gekommenen Faschismus auf Distanz. Er hatte am 18. Januar 1933 wenige Tage vor der Machtübernahme Hitlers eine Rede über Bürger und Bourgeois gehalten, die in der positiveren Bewertung der sozialstaatlich orientierten Sozialdemokratie und des Liberalismus manche Positionen von 1928 revidierte,³³ um jedoch gleichzeitig die Interpretation der Verfassung als einer Waffenstillstandsordnung zwischen den gesellschaftlichen Kräften zu verwerfen und ihr die konservative Zielsetzung homogener, vom Klassenkonflikt unberührter staatlicher Einheit entge-

³⁰ R. Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, in: G. Anschütz / R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1930, S. 112.

³¹ Zu den Grundpositionen der demokratischen Staatsrechtslehre vgl. G. Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Auflage Berlin 1933, insb. S. 523 ff., R. Thoma, Das Reich als Demokratie, in: G. Anschütz / R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I Tübingen 1930, S. 186 ff., H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, a. a. O. (Anm. 27), S. 368 ff., G. Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934), in: ders., Der Mensch im Recht, 2. Auflage Göttingen 1963, S. 80 ff., H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? Tübingen 1930, F. Neumann, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, Berlin 1932, E. Fraenkel, Um die Verfassung (1932), in: ders., Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–32, Darmstadt 1968, S. 73 ff., O. Kirchheimer, Weimar – und was dann? Analyse einer Verfassung (1930), in: ders., Politik und Verfassung, Frankfurt/M., 1964, S. 9 ff.

³² Vgl. F. Neumann, Behemoth, The Structure and Practice of National Socialism (1942), New York 1963, S. 260, dt. hrsg. von G. Schäfer, Köln, Frankfurt/M. 1977, S. 313, E. Fraenkel, Der Doppelstaat (1940), Frankfurt/M., Köln 1974, S. 212; zur Arbeit von Fraenkel vgl. B. Blanke, Der Faschismus als Doppelstaat, KJ 3/1975, S. 221 ff.

³³ R. Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, a. a. O. (Anm. 2), S. 319: »In einem Staat der breitesten demokratischen Grundlage ist die verfassungsmäßige Mitbestimmung der Arbeiterschaft . . . nur gesichert, wenn sie nicht nur formaldemokratisch stimmberechtigt, sondern auch sozial in der Lage freier aktiver demokratischer Staatsbürger ist«; Smend spricht vom »allzu sehr geschmähten Liberalismus«, »der Staatsbürger« drohe »unterzugehen« (ebd., S. 324).

genzustellen.³⁴ Während der Smendsche Integrationsbegriff ambivalente, d. h. gesellschaftliche Fronten transzendierende wie befestigende Züge annimmt, denkt C. Schmitt gerade in der Endphase der Weimarer Republik konsequent aus der Perspektive, die politische Klassenposition des Bürgertums auf die Ebene der verfassungsrechtlichen Gesamtordnung zu übersetzen. Indem er die auf Art. 48 WRV gestützte Diktaturgewalt des Reichspräsidenten als vorgeblich überparteilichen Machtfaktor in den Vordergrund rückt, ist der Angelpunkt gegeben, von dem aus das Verfassungsrecht als Rahmenregelung für die Austragung der gesellschaftlichen Gegensätze von oben außer Kraft gesetzt werden kann.³⁵ So war es kein Zufall, daß es Carl Schmitt und seiner Schule vorbehalten blieb, die faschistische Funktionsänderung des Verfassungsrechts aus dem Bezugspunkt eines autoritären Konsensprinzips zu begründen.

Die »Links-Parteien« haben »die Logik des bürgerlichen Verfassungsstaates auf ihrer Seite«³⁶. Diese von Carl Schmitt in polemischer Absicht formulierte Einsicht liegt der konservativen Verfassungslehre, welche 1933 dem Faschismus zur Hand geht, zugrunde. Die klassenpolitischen Gefahren des wertneutralen Konsensprinzips der Weimarer Verfassung erwachsen aus diesem Blickwinkel daraus, daß es den »Kampf organisierter Interessen«³⁷ legalisierte und damit zugleich die Bestimmungsgewalt eines von »politisch unverantwortlichen nichtstaatlichen Mächten beherrschten Legalitätssystems über den Behördenapparat«³⁸ begründete. »Alle politischen Faktoren [. . .], Regierung wie Opposition, [. . .] volkstreu und volksfeindliche Parteien benutzten rücksichtslos alle legalen Möglichkeiten eines solchen Staats- und Verfassungssystems, weil die Verfassung zu einem bloß funktionalistischen, neutralen Mittel und der Bestand der politischen Einheit des Volkes zu einem bloßen Abfallprodukt des »täglichen Kompromisses« geworden war [. . .]. Das Verfassungsrecht eines solchen Systems muß mit innerer Logik zu einer rein instrumental, technischen Waffe werden, die [. . .] auch der Volksfremde und Staatsfeind gegen den Volksgenossen handhabt.«³⁹

Besteht das Defizit der demokratischen Legalität aus der Perspektive Carl Schmitts in der »Nichtunterscheidung von Staatsfeind und -Freund, von Volksgenossen und Artfremden«,⁴⁰ so wird genau diese Unterscheidung zum konstituierenden Zentrum der faschistischen Verfassungslehre: Die verfassungsrechtlichen Grenzmarken wer-

34 »Versteht man sie [die Weimarer Verfassung] im bourgeoisen Sinne als die Ordnung einer Lage, in der jeder nur das Seine und nicht das Ganze sucht, sich nicht dem Ganzen verpflichtet weiß, dann ist sie [. . .] ein Waffenstillstand oder eine taktische Lage im Klassenkampf, wie sie oft charakterisiert wird [. . .]. Es bedarf keines Wortes näherer Begründung, daß die Beurkundung eines Handelsgeschäfts zwischen Interessenhäufen keine Verfassung wäre [. . .]« Ebd., S. 323. In einer Anmerkung zu diesem Satz bezieht sich Smend positiv auf Carl Schmitt: »Die zerstörende Wirkung dieses Pluralismus auf Staat und Verfassung hat C. Schmitt hinlänglich beschrieben« (ebd., Anm. 23); dagegen wird O. Kirchheimer Analyse der die Verfassung tragenden Klassenkräfte (Weimar – und was dann? a. a. O., Fn. 31) von Smend verworfen (ebd., Anm. 23). Smends positives Verfassungsverständnis drückt folgender Satz aus: »Nur wenn man den sittlich gebundenen Bürger einsetzt [. . .], bleibt der Grundgedanke der Verfassung erhalten, ein Volk in die Form zu bringen, in der es handelnde Einheit wird.« Ebd., S. 323.

35 Vgl. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), Neuauflage Berlin 1969, ders., *Legalität und Legitimität* (1932), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, Berlin 1958, S. 263 ff., sowie zur staatsphilosophischen Grundlegung: ders., *Politische Theologie* (1922), 2. Auflage Berlin 1933, insb. S. 69 ff. Die durchgehende gegenrevolutionäre Struktur der Schmittschen Theorie analysiert scharfsichtig I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung Carl Schmitts*, München 1976. Zu C. Schmitt s. auch V. Neumann, *Die innerstaatliche Feinderklärung*, DuR 4/1976, S. 353 ff.

36 C. Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, Hamburg 1934, S. 19 bereits mit Bezug auf das Bismarck-Reich.

37 E. Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg 1933, S. 44.

38 C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg 1933, S. 16.

39 Ebd., S. 25 f., S. 25.

40 Ebd., S. 5.

den fast vollständig an die gesellschaftlichen Klassenfronten gebunden, um die Arbeiterbewegung der Garantien des Weimarer Wertrelativismus zu berauben. Mit dem Reichskanzler Adolf Hitler, bemerkte Carl Schmitt, »fand der deutsche Staat die Kraft, den staatsfeindlichen Marxismus zu vernichten«;⁴¹ die Kommunistische Partei, die Sozialdemokratie in Gestalt des Reichstagsabgeordneten Dittmann und der in Friedrich Wilhelm Förster repräsentierte schwache Rest bürgerlicher Demokraten wurden dementsprechend von Schmitt und Forsthoff unter den Begriff des artfremden Staatsfeindes subsumiert.⁴²

Um die Einbruchsstelle des Klassenkonflikts in die staatliche Ordnung im Wege einer derartigen Freund-Feindbestimmung zu schließen, wird die Exekutive als diejenige Instanz definiert, die die verfassungsrechtlichen Garantien für die Austragung politischer und sozialer Gegensätze zu beseitigen hat. In der Unterdrückung gesellschaftlicher Antagonismen sieht die konservative Verfassungslehre die Zielbestimmung der nationalsozialistischen Regierungsgewalt: »Versuche, dem Staat das neu gewonnene umfassende Wirkungsrecht zu bestreiten, bedeuten«, schrieb E. Forsthoff, »eine Sabotage der nationalsozialistischen Revolution. Diese Art des gesellschaftlichen Denkens mit aller Schonungslosigkeit auszurotten, ist die vornehmste Pflicht des heutigen Staates«.⁴³ Folgerichtig wird die an der politischen Selbstbestimmung des citoyen orientierte revolutionäre bürgerliche Verfassungstheorie als »Auflösung des Ordnungsdenkens«⁴⁴ verworfen.

Das verfassungsrechtliche Konsensprinzip des Faschismus findet seine theoretische Formulierung in jener Doktrin Carl Schmitts, die an dem Begriffspaar des Dezisionismus und des konkreten Ordnungsdenkens festgemacht ist. Steht der Dezisionismus für die ungebundene exekutivische Entscheidungsgewalt, deren zentrale Zielbestimmung darin besteht, den Klassengegner von gesetzlichem Schutz freizustellen, so dient das konkrete Ordnungsdenken der positiven Sicherung der bürgerlichen Eigentumsordnung; sie wird in der Form eines vergeblich interessengleichen Gemeinschaftsverhältnisses von Kapital und Arbeit festgehalten. Dezisionismus und konkretes Ordnungsdenken sind in der Negation des demokratischen Normensystems notwendig miteinander verbunden.⁴⁵

Was die staatsrechtliche Lehre in die Schärfe des gegenrevolutionären Begriffs faßt, war in der Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 23. März 1933 eindeutig vorbestimmt. Zur Begründung des Ermächtigungsgesetzes, daß Carl Schmitt zum »vorläufigen Verfassungsgesetz des neuen Deutschland«⁴⁶ weiht, sagte Hitler: »Der durch die marxistische Irrlehre systematisch herbeigeführte Zerfall der Nation in weltanschaulich unvereinbare Gegensätze bedeutet die Vernichtung der Basis eines möglichen Gemeinschaftslebens. Die Auflösung ergreift alle Grundlagen unserer Gesell-

⁴¹ Ebd., S. 31.

⁴² Ebd., S. 5, E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 39. Für Juden, die als sogenannte Artverschiedene »den geistigen Lebensraum eines Volkes antasten« (ebd.) galt nach E. Forsthoff: »Darum wurde der Jude, ohne Rücksicht auf guten oder schlechten Glauben und wohlmeinende oder böswillige Gesinnung zum Feind und mußte als solcher unschädlich gemacht werden.« (Ebd.)

⁴³ E. Forsthoff, ebd., S. 29. »Die äußerliche Ausscheidung [...] aus der nationalen Gemeinschaft, die durch den Staat zu geschehen hat, findet in ihrer Unwiderruflichkeit ein Gegenstück allein in der Todesstrafe« (ebd., S. 41). Es wäre eine lohnende Aufgabe, die Struktur von Forsthoffs frühen Schriften mit der seiner Schriften aus der Zeit der Bundesrepublik zu vergleichen. Dabei würde sich m. E. zeigen, daß sich bestimmte Topoi – etwa die antidemokratische Hypostase des Staates – relativ konstant durchhalten. S. dazu etwa E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971.

⁴⁴ C. Schmitt, *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, S. 44. Vgl. auch E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 18.

⁴⁵ Vgl. C. Schmitt, ebd., insb. S. 13 ff., S. 63 f. »... Das Gesetz zerstört mit der »Herrschaft des Gesetzes« die konkrete [...] Führer-Ordnung [...]« (ebd., S. 15). Zur Interpretation dieser Schrift C. Schmitts vgl. E. Fraenkel, a. a. O. (Anm. 32), S. 174 ff.

⁴⁶ C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 38), S. 7.

schaftsordnung [. . .]. Ausgehend vom Liberalismus des vergangenen Jahrhunderts als Schrittmacher der Sozialdemokratie endet diese Entwicklung der Destruktion naturgesetzlich im kommunistischen Chaos [. . .]. Die Regierung der nationalen Revolution sieht es [. . .] als ihre Pflicht an, diejenigen Elemente von der Einflußnahme auf die Gestaltung des Lebens der Nation fernzuhalten, die bewußt und mit Absicht dies Leben negieren. Die theoretische Gleichheit vor dem Gesetz kann nicht dazu führen, grundsätzliche Verächter der Gesetze und der Gleichheit zu tolerieren, ja ihnen am Ende aus irgendeiner demokratischen Doktrin die Freiheit der Nation auszuliefern [. . .]. Grundsätzlich wird die Regierung die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen des deutschen Volkes nicht über den Umweg einer staatlich zu organisierenden Wirtschaftsbürokratie betreiben, sondern durch stärkste Förderung der privaten Initiative unter Anerkennung des Privateigentums.«⁴⁷

III. Zum Konsensprinzip des Grundgesetzes

Nach einer weitverbreiteten These liegt dem Bonner Grundgesetz die Formel ›Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit‹ zugrunde. Damit sei das wertrelativistische Konsensprinzip der Weimarer Verfassung negiert, das die nationalsozialistische Machtübernahme förmlich herausgefordert habe.⁴⁸

Es kann nicht bestritten werden, daß ein Teil der liberalen Staatsrechtler, allen voran G. Anschütz, bei der Interpretation des Art. 76 WRV den Schutz der Weimarer Verfassung nicht ausreichend reflektiert hat; Anschütz ging davon aus, daß die dort geregelte umfassende Gesetzgebungskompetenz des Parlaments die Möglichkeit der legalen Aufhebung der demokratischen Verfassung einschließen würde.⁴⁹ Diese Auffassung wurde jedoch im Lager des Wertrelativismus keineswegs generell geteilt, denn die Schule Kelsens z. B. bestand auf der Unaufhebbarkeit der mit der Weimarer Verfassung gegebenen Grundnorm der Volkssouveränität.⁵⁰

Zwar hat eine bestimmte Richtung des Weimarer Wertrelativismus der Frage der tatsächlichen Erhaltung der demokratischen Verfassung nicht genügend Beachtung geschenkt. Das bedeutet aber nicht, daß daraus bei der Wiederherstellung der Demokratie nach 1945 der Schluß gezogen wurde, die an materialen Wertprinzipien orientierte konservative Position, die sich gerade gegen den Kernbestand des demokratischen Verfassungsrechts von Weimar richtete, verfassungsgesetzlich zu kodifizieren.⁵¹ Sollen die verfassungstheoretischen Instrumentarien, die gegen die erste deutsche Republik eingesetzt wurden, sich nicht erneut gegen das demokratische Verfassungsrecht kehren, so verbietet es sich, das Problem, wie das Grundgesetz besser zu schützen ist als die Weimarer Verfassung, in einem autoritären Bezugsrahmen zu lösen. Wird dies dennoch versucht, so landet man am Ende in jener die Diktatur legitimierenden Frontstellung, wie sie in dem zitierten Ideologem Hitlers: ›Keine Freiheit für die Feinde der Nation‹ zum Ausdruck kam.

47 Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Bd. 457, 2. Sitzung vom 23. März 1933, Berlin 1934, S. 26–28.

48 Vgl. K. Nicolai, Demokratiegründung in Westdeutschland, Die Entstehung der Bundesrepublik von 1945–1949, München 1974, S. 111 ff.

49 G. Anschütz, a. a. O. (Anm. 31), S. 403.

50 S. dazu die zusammenfassende Darstellung bei H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, S. 27 ff.

51 Vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar, München 1977, Art. 79 RdNr. 22/24. Maunz vertritt tatsächlich die These, daß das Grundgesetz die Unterscheidung Carl Schmitts zwischen vorgängiger »Verfassung« und ihr untergeordnetem, ja entgegengesetztem »Verfassungsgesetz« übernommen habe.

In eindeutiger Abgrenzung gegen das politische System des Faschismus konstituiert sich das Konsensprinzip des Grundgesetzes anknüpfend wie abweichend von der Verfassung der ersten demokratischen Republik in Deutschland. Die konfliktgarantierenden Prinzipien des Grundgesetzes, die einer ähnlichen, wenn auch für das Bürgertum günstigeren politischen Gleichgewichtslage der Klassenkräfte wie 1919 entspringen, unterscheiden sich im Kern nicht von denjenigen der Weimarer Verfassung. Mit den politischen Freiheitsrechten, insbesondere der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, ist die Auseinandersetzung der gegensätzlichen gesellschaftlichen Kräfte unter die Garantie der Legalität gestellt. So konstituieren die politischen Freiheitsrechte keine fertige objektive Ordnung, in die die Individuen eingefügt werden, sie sind vielmehr Teilhabennormen für den unabgeschlossenen Prozeß der Konstituierung des Gemeinwesens. Dessen gesellschaftliche Grundlagen sind damit zugleich dem politischen Kampf überantwortet. Das Parlament fungiert, der Konstruktion nach, als diejenige Instanz, in der der konfliktreiche politische Prozeß sich nach dem Mehrheitsprinzip in politische Entscheidungen übersetzt, die Reparaturen wie Änderungen des gesellschaftlichen Systems betreffen können (vgl. Art. 20 iVm Art. 15 GG). Die Funktion der Verfassung, als legaler Rahmen für die Klassenauseinandersetzung zu wirken, verstärkt sich dadurch, daß die Macht einer verselbständigten Exekutive, die sich in der Endphase der Weimarer Republik als Gegenspieler des demokratischen Diskussions- und Gesetzgebungsprozesses erwiesen hatte, gebrochen wird. Ein vom Herrenchiemseer Verfassungskonvent noch vorgesehenes Notverordnungsrecht der Exekutive verbannt der Parlamentarische Rat aus der Verfassung⁵² – unter trauernder Anteilnahme der Konservativen: »[. . .] Von der ganzen Kraft der Ausnahmebefugnisse der Weimarer Verfassung [ist] nur eine Attrappe übrig geblieben«,⁵³ klagte Werner Weber.

Unterscheidet sich also das Grundgesetz von der Weimarer Verfassung nicht etwa dadurch, daß es den zulässigen Inhalt der gesellschaftlichen und politischen Auseinandersetzung durch eine sogenannte Wertgebundenheit beschränkt, so sucht es anders als das Weimarer Staatsrecht die Regelungsformen des demokratischen Systems der Disposition der politischen Kräfte zu entziehen. Insoweit sind die in Art. 79 III GG niedergelegten Verfassungsgrundsätze tatsächlich ein Sperriegel gegen einen »selbstmörderischen Legalismus« (Wiethölter). Dem gleichen Zweck des verstärkten Schutzes der demokratischen Legalität dienen bekanntlich die Bestimmungen über die Möglichkeit, Vereinigungen und Parteien zu verbieten und Individuen einzelne Grundrechte abzuerkennen (Art. 9 II, 18, 21 II GG). Der springende Punkt ist dabei, daß die stärkere »Wertbestimmtheit« der Verfassungsordnung ihren Zweck genau darin hat, den Wertrelativismus, also die Freiheit der politischen Auseinandersetzung zu sichern. Dies leuchtet im Blick auf die Fundamentalnorm des Art. 79 III GG insofern ohne Weiteres ein, als dieser Artikel mit dem Verweis auf die politischen Formprinzipien von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit den Gegensatz zu einer autoritären, konfliktunterdrückenden Ordnung bezeichnet und durch die Nennung der Sozialstaatlichkeit die gesellschaftliche Struktur zur Disposition des politischen Entscheidungsprozesses stellt. Auch die ratio der Bestimmungen über die teilweise oder völlige Aufhebung der politischen Betätigungsfreiheit besteht darin, für die allseitige Einhaltung der legalen politischen

⁵² Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, 50. Sitzung vom 10. Februar 1949, 57. Sitzung vom 5. Mai 1949, S. 656 ff., S. 755.

⁵³ W. Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Auflage, Stuttgart 1958, S. 30.

Verkehrsformen zu sorgen: so daß keine der konkurrierenden gesellschaftlichen Kräfte ihre Position zu einer Verschiebung oder Aufhebung der demokratischen Regelungsformen verwenden kann. Die Normen zum Bestandsschutz der Demokratie konstituieren kein materiales Wertsystem, das die inhaltliche Bestimmung des politischen Prozesses vorab entscheidet. Die Rahmenregelungen, die das Bundesverfassungsgericht später wesentlich an die Kriterien der Geltung der Menschen- und Bürgerrechte, der Volkssouveränität, der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Mehrparteienprinzips und des Rechts auf Opposition gebunden hat,⁵⁴ fungieren vielmehr als Grenzmarken, innerhalb deren der Kampf um die gesellschaftliche und politische Gestaltung des Gemeinwesens ausgefochten werden soll.⁵⁵

Daß die Bestimmungen zum verstärkten Schutz der Verfassung den Weg zu einer autoritären bzw. faschistischen Aufhebung der Demokratie gerade deswegen verbauen wollten, um ein wertrelativistisches Normensystem funktionsfähig zu erhalten, ergibt sich nicht zuletzt daraus, daß die Entscheidung über die Außerkraftsetzung der Garantien politischer Freiheit nicht von jener Institution getroffen werden sollte, die die Republik von Weimar zerstört hatte: der Exekutive. Gerade um die Definitionsmacht der Exekutive über die Grundrechte auszuschalten, ist die Regelung der Art. 18 und 21 II GG getroffen worden, daß nur in einem förmlichen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht über die Einschränkung der politischen Handlungsfreiheit befunden werden kann. Dieser Zielsetzung hat Thomas Dehler im Parlamentarischen Rat in der Auseinandersetzung mit der CDU, die die Bestimmungsgewalt über die Grundrechte in die Hände der Exekutive legen und nur eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle zulassen wollte, unzweideutig Ausdruck verliehen. Den Vorstellungen der CDU hielt Dehler entgegen: »Wer gegen irgendeines dieser Grundrechte verstößt, wäre praktisch vogelfrei. Jede Verwaltungsstelle könnte ihm die Grundrechte absprechen. Er müßte sich dann an das Gericht wenden, wie und wann er wieder zu seinem Recht kommt. Das gleiche könnte gegen eine Gruppe von Menschen geschehen. Jede Polizeibehörde könnte sagen: Du hast ein Grundrecht verletzt, jetzt hast du nicht das Recht der Meinungsfreiheit, du hast nicht das Recht der Versammlungsfreiheit, du hast dieses Recht verwirkt. Das wäre die Statuierung des Polizeistaates.«⁵⁶

Bringt man das Konsensprinzip des Grundgesetzes auf eine Formel, so läßt sich sagen: Das GG hat denjenigen Machtzusammenhang, an dem die Weimarer Verfassung zerbrochen ist, die durch eine fessellose Exekutivgewalt hergestellte Substantialisierung ökonomischer Klassenherrschaft, als konsensbildendes Prinzip verworfen und an dessen Stelle den von verfassungsrechtlichen Grenzmarken geschützten

⁵⁴ BVerfGE 2, S. 13.

⁵⁵ J. Seifert, Das Auslegungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts, bei der Verwirkung von Grundrechten, in: E. Denninger (Hrsg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Bd. 1, Frankfurt/M. 1977, S. 236. Anderer Ansicht offenbar Preuß, a. a. O. (Anm. 28), S. 22 ff. (26), demzufolge die Bestimmungen zum Schutz der Demokratie bereits verfassungsgesetzlich das System einer zweistufigen Legalität mindestens ansatzweise begründen, die es ermöglicht, die freiheitsverbürgende Legalordnung durch eine substanzielle Wertordnung auszuemanzipulieren. Im zweiten Teil seines Buches (ebd., S. 152 ff.), dem ein Rechtsgutachten zugrundeliegt, interpretiert Preuß jedoch diese Bestimmungen als »Rückwärtssperre« gegen die Möglichkeit eines Rückfalls hinter den »erreichten politisch-kulturellen und zivilisatorischen Standard [...]« (ebd., S. 153).

⁵⁶ Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, 44. Sitzung vom 19. Januar 1949, S. 590. Dehler fuhr fort: »Die Polizei könnte jeden vogelfrei machen. Darum halte ich die Fassung, die wir im Redaktionsausschuß gefunden haben, nach der ein so weittragender Verlust von Grundrechten nur durch den Verfassungsgerichtshof ausgesprochen werden kann, für notwendig.« Ebd.

offenen demokratischen Prozeß treten lassen, dessen normative Grundlage die politischen Freiheits- und Staatsbürgerrechte sind.⁵⁷

389

IV. Die Rahmenregelung des Grundgesetzes im Spannungsfeld gegenläufiger verfassungstheoretischer Konsensprinzipien

Angesichts des ökonomischen Restaurationsprozesses, in dessen Zusammenhang die administrativen, judikativen und universitären Führungsschichten des Dritten Reiches in das mit dem Grundgesetz geänderte politische System im großen und ganzen inkorporiert wurden,⁵⁸ veränderte sich die Geltungsform der verfassungsgesetzlichen Rahmenregelung. Sie wird einem Gegeneinander konservativer und liberaldemokratischer Interpretationssysteme unterworfen.

In konservativer Perspektive droht das Grundgesetz zu zerreißen, indem es den Klassenkonflikt zum Ausdruck kommen läßt. So ist das Konsensprinzip des Grundgesetzes von Anfang an der Gefahr ausgesetzt, sich dergestalt zu verschieben, daß der gesellschaftliche Antagonismus verfassungstheoretisch stillgelegt wird, der status quo den Wirkungsbereich für die demokratischen Regelungsformen vorschreibt, Staat und Gesellschaft also von Prinzipien politischer Selbstbestimmung abgeschottet werden. An Hand der vorliegenden kritischen Analysen zur Entwicklung des Verfassungsrechts, des Arbeitsrechts und des politischen Strafrechts⁵⁹ läßt sich die ungleichgewichtige Koexistenz der divergierenden Konsensprinzipien verfolgen. Dem kann hier nicht im einzelnen nachgegangen werden. Stattdessen seien die Argumentationsfiguren der gegenläufigen Konsensprinzipien skizziert, die in je verschiedener Weise auf die Frage antworten, in welcher Beziehung Staatsapparat und Gesellschaftsordnung zu dem mit dem Grundgesetz institutionalisierten offenen demokratischen Prozeß stehen.

Dies Problem läßt sich am Beispiel der Grundposition Rudolf Smends, welche den Spannbogen der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre bis zu einem erheblichen Grade in sich vereinigt, entwickeln. Smend nimmt nach 1945 eine verwickelt ambivalente Haltung ein. In ihr mischen sich liberale und konservative Denkmuster.

⁵⁷ Zur jüngeren Diskussion um das Konsensprinzip des Grundgesetzes vgl. auch G. Stuby, Bemerkungen zum verfassungsrechtlichen Begriff der freiheitlich demokratischen Grundordnung, DuR 2/1976, S. 143 ff.; W. Borchers, u. a., Das Grundgesetz – eine antifaschistische Wertordnung? ebd., S. 153 ff.; P. Römer, Verfassungssubstanz und demokratischer Prozeß, DuR 4/1976, S. 346 ff. Die meisten älteren Interpretationen des Begriffs der freiheitlich demokratischen Grundordnung (G. Leibholz, E. Kaufmann, G. Dürig, W. Schmitt Glaeser, H. L. Brill, P. v. Oertzen, Hamann/Lenz, J. Seifert) finden sich in dem Band E. Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, Bd. 1, Frankfurt 1977, S. 82–240 abgedruckt.

⁵⁸ Zum Problem der Übernahme der Führungsschichten des Dritten Reiches vgl. die Darstellung von W. Sörgel, Konsensus und Interessen. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1969, S. 120 ff., 142 ff.; zum Versanden der Entnazifizierung vgl. J. Fürstenau, Entnazifizierung, Neuwied, Berlin 1969; L. Niethammer, Entnazifizierung in Bayern, Frankfurt/M. 1972; für den Bereich der Universität vgl. R. Wahsner, Das Arbeitsrechtskartell. Die Restauration des kapitalistischen Arbeitsrechts in Westdeutschland, Kritische Justiz 4/1974, S. 369 ff. Eine Untersuchung, die in voller empirischer Breite jener für die Struktur der Bundesrepublik zumal in den 50er Jahren zentralen Frage der Kontinuität der Führungsschichten systematisch nachgeht, steht bis heute aus.

⁵⁹ Vgl. dazu exemplarisch W. Abendroth, Arbeiterklasse, Staat und Verfassung. Materialien zur Verfassungsgeschichte und Verfassungstheorie der Bundesrepublik, Frankfurt/M., Köln 1975, U. K. Preuß, a. a. O. (Anm. 28), H. Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975; J. Seifert, Grundgesetz und Restauration, 3. Aufl. Neuwied 1977; W. Däubler, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, in: M. Kittner (Hrsg.), Streik und Aussperrung. Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der IG-Metall vom 13.–15. September 1973 in München, Frankfurt/M. o. J. 1973, S. 411 ff.; H. Copic, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, Tübingen 1967, A. v. Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten von 1949 bis 1968, Diss. Frankfurt/M. 1977.

Das liberale Konstruktionselement der Smendschen Lehre bildet sich angesichts des siegenden Faschismus heraus und kulminiert in der Auseinandersetzung mit der bundesdeutschen Carl-Schmitt-Schule in der Einsicht, daß die Demokratie ein »Schmerzkind der deutschen Staatstheorie«⁶⁰ sei. Smend mißt dem demokratischen Verfassungsrecht einen totalisierenden Geltungsanspruch zu. Der staatliche und gesellschaftliche Bereich werden nicht als substanzhafte Größen vorausgesetzt, sondern als Resultante eines durch die Verfassung geformten Integrationsvorgangs begriffen. Die gesellschaftliche Vielfalt, wie sie sich in der Aktivbürgerschaft, in den Parteien, der öffentlichen Meinung und auch der Außerparlamentarischen Opposition ausprägt, konstituiert das Gemeinwesen.⁶¹ Smend akzentuiert die Grundrechte nicht als Abwehrrechte gegenüber einer nur eingeschränkten, im Kern aber unbeeinflussbaren öffentlichen Gewalt, er sieht in ihnen vielmehr positive Gestaltungsnormen für die politische Sphäre insgesamt. Die Integrationslehre, formuliert Smend 1956, »lehnt jedes Verfassungsdenken ab, das auf eine hinter oder über der Verfassung bestehende Faktizität ausgerichtet ist, sei es im Sinne des Vorbehalts außerkonstitutioneller ›sovereäner Entscheidung‹, sei es im Sinne der Kontrastierung ›pluralistischen‹ Verfassungslebens mit einer willkürlich angenommenen statischen Einheit irgendwelcher Art [. . .].«⁶²

In offenem Widerspruch zu dieser liberalen Linie hält Smend gleichzeitig an der vordemokratischen Hypostasierung des Staates, wie sie schon in seiner Schrift von 1928 zum Ausdruck kam, auch in der Zeit der Bundesrepublik fest. Das Verhältnis von politischem Prozeß und staatlicher Ordnung wird nach Maßgabe eines gleichsam patriarchalischen Demokratieverständnisses bestimmt, das zwischen den Gegensatzpolen »tyrannischer Machtausübung« und »regellosem Kampf und Aufruhr«⁶³ angesiedelt ist. Zwar werden Individuum und Staat in eine wechselseitige Beziehung gebracht, jedoch so, daß die öffentliche Gewalt am Ende eine selbstgesetzte Substanz behält. Smend interpretiert den Staat als »umgreifende Vorgegebenheit«, die »neben dem politischen Lebensprozeß«⁶⁴ ein eigenes Recht besitzt. Die Verfassungslehre der bürgerlichen Aufklärung, welche die öffentliche Gewalt aus erbmonarchischer »Vorgegebenheit« herauszuführen suchte, bildet für Smend eine »Sackgasse«, weil sie die »Einordnung des Menschen in die Gemeinschaft, vor allem den Staat« verhindert habe.⁶⁵ Gegen das »positivistische und formalistische Verfassungsdenken«, das den in ein Organ- und Funktionsrecht eingefügten Staat zu einem beliebig verwendbaren Instrument werden läßt, setzt Smend das Leitbild eines originären Ämterrechts, das um die »Würde des Gehorchens und die Verantwortlichkeit des Gebietens«⁶⁶ zentriert ist.⁶⁷

60 R. Smend, Deutsche Staatsrechtswissenschaft vor hundert Jahren – und heute, in: Festschrift für A. Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt/M. 1969, S. 460.

61 R. Smend, Staat (1959), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, a. a. O. (Anm. 1), S. 524 f., ders., Deutsche Staatsrechtswissenschaft, a. a. O. (Anm. 57), S. 461.

62 R. Smend, Integrationslehre (1956), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, a. a. O. (Anm. 1), S. 478 f.

63 R. Smend, Das Problem der Institutionen und der Staat (1956), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, a. a. O. S. 506.

64 Ebd., S. 508.

65 Ebd., S. 501 f.

66 Ebd., S. 507.

67 Die innere Zerrissenheit der Smendschen Lehre, welche sich in seiner Schülerschaft nach der liberalen und der konservativen Seite auflöst – als Beispiel können die Positionen von K. Hesse und H. Krüger fungieren –, wird auch an dem Tatbestand deutlich, daß E. ForsthoFF einerseits gegen die liberalen Implikationen der Interpretationsmethode der Smend-Schule polemisiert, weil sie gesellschaftliche und politische Spannungslagen in der Verfassung zum Ausdruck kommen lasse, daß er sich aber andererseits durchaus positiv auf jene Komponente der Smendschen Lehre bezieht, in der der Staat als autonomer Herrschaftsverband von den gesellschaftlichen Kräften gesondert ist. E. ForsthoFF, Zur Problematik der Verfassungsauslegung (1961), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen

Die praktische Bedeutung der beiden Linien der Verfassungsinterpretation zeigt sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. An Hand von vier Entscheidungen, die allesamt die Verhältnisbestimmungen von demokratischem Prozeß und staatlicher bzw. gesellschaftlicher Ordnung betreffen, seien die Anwendungsformen der gegenläufigen Konsensprinzipien exemplarisch veranschaulicht. Zu Beginn der 50er Jahre fand zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof eine große Auseinandersetzung um die Frage statt, ob die Beamtenschaft des Dritten Reiches als Funktionsträger eines Terrorregimes oder als neutrale Verwalterin von Staatsfunktionen anzusehen sei. Der Bundesgerichtshof vertrat die Auffassung, daß die Funktion des Staates von politischen und verfassungsrechtlichen Formveränderungen abgeschieden werden könne; daher müßte das Herrschaftssystem des Nationalsozialismus und die Rolle des Staates auseinandergehalten werden – mit dem Ergebnis, daß die Beamtenschaft des Dritten Reiches nicht dem Faschismus, sondern dem Staat an sich gedient habe.⁶⁸ In dem Beschluß des großen Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 20. Mai 1954 heißt es: »[...] Das Beamtentum [hat] verwaltende und rechtssprechende, nicht aber im eigentlichen Sinne politische Funktionen [...], also Funktionen, die der Staat als solcher immer übt und die weitgehend unabhängig sind von seiner wechselnden Erscheinungsform und den in diesem Wechsel sich ausdrückenden politischen Kräften«; der »wahre [...] innere [...] Kern des Staates« sei vom »nationalsozialistischen Terror nicht berührt« worden.⁶⁹ Abgesehen davon, daß man sich von der Verstrickung ins Regime des Faschismus freisprechen konnte, wenn man seine Rolle als Beamter, als Richter oder als Universitätslehrer zu einem Dienst am Abstraktum Staat erklärte, folgt aus dieser Auffassung, daß der Staat ein gewissermaßen naturhaftes Metaphysikum darstellt, das auch ohne demokratische Verfassungsordnung, also auch als Diktatur eine positive Größe ist.

Das Bundesverfassungsgericht, von juristischen Funktionsträgern des Faschismus im Unterschied zu anderen Zweigen der Justiz relativ frei,⁷⁰ widersetzte sich entschieden dieser antidemokratischen Staatsmetaphysik.⁷¹ Klar wies es die künstliche Trennung von faschistischem System und staatlicher Ordnung zurück. Es sei ein »begriffsjuristischer Irrweg, von einem gewissermaßen über- oder vorstaatlichen Begriff des Berufsbeamtentums auszugehen«⁷², die Stellung der Beamtenschaft könne nicht von der verfassungsrechtlichen Gesamtlage des Nationalsozialismus abgesondert werden. Indem das Bundesverfassungsgericht die diktatorische Funk-

1954–1973, 2. Auflage, München 1976, S. 172, ders., *Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung* (1963), ebd., S. 178.

68 Vgl. die genaue Einzelanalyse dieser Kontroverse bei M. Kirn, *Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum Dritten Reich*, insbesondere die Konflikte um die Kontinuität der Beamtenrechte und Art. 131 GG, Berlin 1972, s. dazu auch die Rezension von H. Ridder KJ 2/1976, S. 210 ff.

69 BGHZ 13, S. 296, S. 301.

70 J. Feest, *Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite*, in: W. Zapf (Hrsg.), *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, 2. Aufl. München 1965, S. 104 f.

71 BVerfGE 6, S. 132 ff.

72 BVerfGE 6, S. 152, vgl. auch S. 181 f., wo die These vom Dienst am Staat an sich durch den Verweis auf die faschistische Spruchpraxis des Reichsgerichts als Verhüllungsformel kenntlich gemacht wird. Das Engagement des Bundesverfassungsgerichts wurde in dieser Frage offensichtlich durch die Tatsache verstärkt, daß die vom BGH exekutierte herrschende Lehre mehrheitlich von jener Juristenschicht vertreten wurde, die dem Faschismus zur Hand gegangen war, eine Tatsache, die in dem Diktum eines Repräsentanten der herrschenden Lehre noch im Jahre 1954 unvergleichlichen Ausdruck fand: Es sei, referiert das BVerfG eine Äußerung Koellreutters, »zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft bis weit in den zweiten Weltkrieg hinein viel rechtsstaatlicher« zugegangen »als in dem kommunistisch-demokratischen Bürgerkrieg nach 1945« (Neue Deutsche Beamtenzeitung 1954, S. 43, zit. BVerfGE 6, S. 143).

tion des faschistischen Staates in nichts beschönigte, machte es zugleich Front gegen eine Loslösung des Staates von der demokratischen Verfassungsordnung. Genau dem entgegengesetzten Konsensprinzip folgt das Bundesverfassungsgericht in der Radikalenentscheidung.⁷³ In diesem Beschluß entwickelte das Bundesverfassungsgericht ein Raster, das die Inanspruchnahme der Grundrechte in eine faktisch aussichtslose Realkonkurrenz mit den Interessen »des« Staates verstrickte. Der freiheitsverbürgenden Legalität, die notwendigerweise den unterschiedlichsten Positionen offensteht, wird eine materiale Gesinnungsordnung vorgeschaltet, die sich auf nicht objektivierbare Tatbestandselemente wie »uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung« gründet.⁷⁴ Mit dieser materialen Gesinnungsordnung werden die wertrelativistischen Grundrechtsgarantien unterlaufen und der politischen Bestimmungsgewalt der Exekutive überantwortet. Entsprechend werden die politischen Freiheitsrechte ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt, die Funktionsfähigkeit des Staatsapparats nicht zu stören: Um die »Erhaltung eines intakten Beamtentums« zu sichern, wird die »Wahrnehmung von Grundrechten durch die Beamten ein[ge]schränkt.«⁷⁵ Die Grundrechte ziehen nicht nur infolge der Vorrangstellung des Staatsapparats den kürzeren, sie werden auch von innen durch gezielte Umdeutung ausgehöhlt. Das mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG gegebene Verbot, Individuen wegen ihrer politischen Anschauung zu benachteiligen, wandert in die Sphäre der bloßen Innerlichkeit. Sobald der Grundrechtsträger seine Anschauung nicht für sich behält, sondern sie auch äußert, ist nach der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts der Schutz des Gleichheitssatzes für Beamte dahin,⁷⁶ und der Staatsapparat wiederum von lästigen Fesseln befreit.

In der Lüth-Entscheidung⁷⁷ hatte das Bundesverfassungsgericht die Frage zu klären, ob die Grundrechtsgarantie der Meinungsfreiheit an privatrechtlich geschützten gesellschaftlichen Positionen ihre Grenze findet. Das Ergebnis der Entscheidung, der Meinungsfreiheit prinzipiell den Vorrang einzuräumen, ist bekannt. Sie setzt jenen klassischen Mechanismus außer Funktion, der den Geltungsgrad der politischen Freiheitsrechte an den gesellschaftlichen Hierarchien, wie sie in den einfachen Gesetzen des Privatrechts kodifiziert sind, enden läßt; die Konstellation von einfachen Gesetzen und politischen Freiheitsrechten verschiebt sich zu deren Gunsten. Hieraus kann eine verfassungstheoretische Konsequenz extrapoliert werden, die in der Entscheidung objektiv angelegt, wenn auch nicht explizit thematisch gemacht worden ist: Indem sich das Privatrecht im Prinzip der Ausstrahlungskraft der demokratischen Teilhabennormen beugen muß, wird ein Interpretationsgrundsatz entwickelt, der, einmal zu Ende gedacht, keine dem Prozeß politischer Selbstbestimmung entzogenen gesellschaftlichen Besitzstände übrig ließe. Insofern die privatrechtlich geschützten sozialökonomischen Grundlagen damit ihren Ewigkeitsanspruch einbüßten, wäre die Schranke einer bürgerlichen Verfassungstheorie überschritten.

Von dem umgekehrten Konsensprinzip wie im Fall Lüth ließ sich das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Niedersächsi-

73 BVerfGE 39, S. 334 ff.

74 Ebd., Leitsatz 2.

75 Ebd., S. 367.

76 Ebd., S. 368 s. hierzu die Kritik von J. Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 1975, Nr. 18, S. 557 f. und J. Seifert, Rechtsprechung nach dem, »was auf der Hand liegt«, Vorgänge, 1975, H. 5, S. 8 f.

77 BVerfGE 7, S. 189 ff.

schen Hochschulgesetzes leiten.⁷⁸ Bei der Prüfung der Beziehung zwischen dem demokratischen Gesetzgeber und den politischen Freiheitsrechten einerseits und den sozialen Hierarchien der gesellschaftlichen Ordnung andererseits folgte das Bundesverfassungsgericht mehrheitlich dem Grundsatz, gesellschaftliche Privilegienpositionen, in diesem Fall dargestellt in der Entscheidungsgewalt der Ordinarien, aus dem Eingriffsbereich des demokratischen Gesetzgebers, letztlich also der Volkssouveränität, auszugliedern – gleichsam nach dem Motto: Alle Gewalt geht vom Volke aus, soweit nicht die Herrschaftsrechte gesellschaftlicher Minoritäten betroffen sind. In gleichem Maße wie der Geltungsbereich der Volkssouveränität eingegrenzt wird, büßen auch die politischen Freiheitsrechte ihren umfassenden Anspruch ein. Hatten die Grundrechte in der revolutionären bürgerlichen Verfassungstheorie noch die Funktion, als Konnexformen der politischen Gleichheit die privilegienlose Teilnahme an den Geschäften des Gemeinwesens zu ermöglichen, so wird der Gleichheitssatz vom Bundesverfassungsgericht in ein ständisches Gruppenprivileg der Ordinarien verwandelt, durch das die Wissenschaftsfreiheit für die Studenten und wissenschaftlichen Mitarbeiter nur im Rahmen vorgängiger Sonderrechte der Professoren gilt.⁷⁶

V. Schluß

In der differentiellen Bestimmung der Grenzmarken der Verfassung, wie sie sich in den um Gesellschaftsstruktur und Staatsapparat einerseits und um den demokratischen Prozeß andererseits gruppierten Konsensprinzipien ausdrückt, reflektieren sich die gegenläufigen Handlungskomponenten der gesellschaftlichen Kräfte. Seit die kapitalistische Gesellschaft eine demokratische Verfassungsordnung besitzt, ist das Bürgertum im Konfliktfall darauf verwiesen, ein Konsensprinzip zu vertreten, das um die gegen Freiheitsrechte instrumentierbare Exekutivgewalt und die Unantastbarkeit der gesellschaftlichen Klassenordnung zentriert ist. Diese Linie, welche der politisch handelnden Bourgeoisie mit der kapitalistischen Produktionsweise als äußeres Zwangsgesetz aufgeherrscht wird, bezeichnet den epochalen Bezugspunkt konservativer Verfassungslehre, der so lange bestehen wird wie die bürgerliche Gesellschaft existiert und mit dem ihr potentiell entgegengesetzten Störfaktor der demokratischen Legalität versehen ist.⁸⁰ Wie für die das Bürgertum repräsentierende Staatsrechtslehre die Demokratie ein »Schmerzkind« ist, um die Formulierung von Smend zu wiederholen, so sind umgekehrt die Kräfte der Arbeiterbewegung auf das Konsensprinzip des demokratischen Prozesses vereidigt, weil sie nur auf der Basis politischer Handlungsfreiheit für ihre Nahziele und Fernziele mit Aussicht auf Erfolg kämpfen können. Das prinzipielle Gegeneinander der beiden Konsensprinzipien verweist darauf, daß die Demokratie auf der Basis der bürgerlichen Gesellschaft

⁷⁸ BVerfGE 35, S. 79 ff.

⁷⁹ Grundlage dieser Kritik ist das Sondervotum der Richter W. Rupp-v. Brünneck und H. Simon, ebd., S. 148 ff. – In dem Sondervotum werden die Bezugspunkte des Lüth-Urteils und des Hochschulurteils kritisch miteinander verknüpft. W. Rupp-v. Brünneck und H. Simon machen darauf aufmerksam, daß die im Hochschulurteil erfolgte Einschränkung des demokratischen Prozesses sich zu Unrecht auf die zentrale Argumentationsfigur aus dem Lüth-Urteil bezieht, weil mit ihr gerade die Ausweitung des demokratischen Prozesses begründet worden war. Vgl., ebd., S. 154.

⁸⁰ Dies erklärt im übrigen auch, warum die Marxschen Analysen zur Ambivalenz bürgerlicher Demokratie weiterhin aktuell sind, ungeachtet dessen, daß sich die Formen des kapitalistischen Vergesellschaftungsprozesses seit der Zeit etwa der 48er Revolution erheblich geändert haben. Zur Marxschen Position vgl. die klassische Formulierung in: Die Klassenkämpfe in Frankreich (1848/49), Marx-Engels-Werke, Bd. 7, Berlin [Ost] 1971, S. 43.

ein zerbrechliches Gebilde bleibt. Ein Jahr vor der nationalsozialistischen Machtergreifung hat Ernst Fraenkel diese Überlegung in den Satz zusammengedrängt: »Funktionsstörungen der Demokratie in klassengespaltenen Gesellschaft beweisen, daß [das] Substrat der echten Demokratie klassenlose Gesellschaft ist.«⁸¹

81 E. Fraenkel, *Die Staatskrise und der Kampf um den Staat* (1932), in: ders., *Reformismus und Pluralismus*, Hamburg 1973, S. 184. Angemerkt sei, daß damit die Frage der demokratischen Organisation einer klassenlosen Gesellschaft nicht dogmatisch als gelöst unterstellt wird. Zu den aus objektiv fortexistierenden Interessendivergenzen resultierenden Organisationsproblemen einer derartigen Gesellschaft vgl. K. Korsch, *Was ist Sozialisierung?* (1919), in: ders., *Schriften zur Sozialisierung*, Frankfurt/M. 1969, S. 15 ff.