

## AUFSATZ

Tim Reiß

### Lässt sich Carl Schmitts Verfassungsverständnis entnazifizieren?<sup>1</sup>

Oder: Carl Schmitts doppeldeutiger Begriff des »bürgerlichen Rechtsstaats«

Ging es Carl Schmitt in den letzten Jahren der Weimarer Republik darum, den Verfassungskern der Weimarer Reichsverfassung gegen Angriffe von links und rechts zu verteidigen? In einer neueren Publikation wird nicht nur auf diese Frage eine positive Antwort formuliert.<sup>2</sup> Ihr Verfasser verteidigt zugleich die These, dass Schmitt als überzeugender Theoretiker eines Liberalismus mit starkem Selbstbehauptungswillen gelesen werden könne. In Anbetracht des Umstands, dass liberale Demokratien gegenwärtig durch illiberale Populismen vielfältig herausgefordert würden, sei Schmitts »unorthodoxe Verteidigung der liberalen Demokratie«<sup>3</sup> von hoher Aktualität und Relevanz. Schmitt vertrete eine »normative Theorie beschränkter Demokratie«<sup>4</sup>, die von einer eindeutigen legitimatorischen Hierarchie zugunsten individueller Freiheitsrechte und zu Lasten demokratischer Verfahren ausgehe.<sup>5</sup> Im Zweifel, so habe Schmitt sagen wollen, und hierin habe er Recht, müsse man sich für den Rechtsstaat und die Freiheitsgrundrechte und gegen zu viel Demokratie entscheiden.

Ich möchte im Folgenden zeigen, dass diese Thesen in einigen Hinsichten falsch, in anderen Hinsichten zumindest irreführend sind. Gleichwohl Schmitts verfassungsrechtliche Schriften als eine Verteidigung der »Verfassungssubstanz« der Weimarer Reichsverfassung (WRV) gelesen werden können, so liegt doch die entscheidende Frage darin, *worin* für Schmitt dieser Verfassungskern besteht. Schmitts »Verteidigung« der WRV liegt nämlich eine fundamentale Doppeldeutigkeit im Begriff des »bürgerlichen Rechtsstaats« zugrunde. Ich werde zunächst diese Doppeldeutigkeit durch eine textimmanente Lektüre einiger wichtiger verfassungsrechtlicher Schriften Schmitts<sup>6</sup> herausarbeiten. Die Behauptung, Schmitt habe die libe-

1 Für Hinweise, Kommentare, Kritik und Formulierungsvorschläge möchte ich mich sehr herzlich bei Hauke Brunkhorst, Claudia Czingon, den Gutachter\*innen des *Leviathan* und bei Sibylle Reiß bedanken.

2 Schupmann 2017; vgl. bereits (wenn auch im Urteil etwas zurückhaltender) Roth 2005.

3 Schupmann 2017, S. 200; Übersetzung T.R.

4 Ebd., S. 203; Übersetzung T.R.

5 Ebd., S. 213, vgl. S. 32.

6 Ich werde mich dabei zunächst auf die *Verfassungslehre* (Schmitt 1993 [1928]) beziehen und dann in einem nächsten Schritt noch hauptsächlich folgende Schriften einbeziehen: »Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung« (Schmitt 1958 [1931]), »Grundrechte und Grundpflichten« (Schmitt 1958 a [1932]), »Legalität und Legitimität« (1958 b [1932]).

ralen Grundrechte gegen zu viel Demokratie verteidigen wollen, geht vor allem daran vorbei, dass für Schmitt die Verfassung insgesamt und auch die Grundrechte eine gesellschaftliche Ordnungsstruktur garantieren und dafür zur Not auch individuelle Freiheiten geopfert werden dürften. Ich werde dann argumentieren, dass die sich als originelle Lesart präsentierende, aus der Schmitt-Apologetik jedoch zur Genüge bekannte Trennung von »theoretischen Beiträgen« und »persönlichen Fehlritten«<sup>7</sup> gerade von den entscheidenden theoriesystematischen Kontinuitäten ablenkt, die zwischen Schmitts autoritärer Verteidigung der bürgerlichen Gesellschaftsordnung und seinem Engagement für den Nationalsozialismus bestehen. Anschließend werde ich darauf eingehen, wie die These einer dualistischen Struktur rechtsstaatlicher Verfassungen im Staatsrecht der Bundesrepublik nachgewirkt hat. Jede Rezeption der Verfassungstheorie Schmitts ist mit konzeptuellen Hypothesen belastet, auch wenn sie ausdrücklich das Ziel verfolgt, Schmitt zu »liberalisieren«; dies möchte ich am Beispiel von Ernst-Wolfgang Böckenförde zeigen. Schmitts Aktualität liegt auf einer anderen Ebene: Sein autoritäres Verfassungsverständnis bietet sich gegenwärtig als ideologische Legitimationsressource für Prozesse der Entdemokratisierung geradezu an.

## 1. Der »Gegensatz von Liberalismus und Demokratie« in der *Verfassungslehre*

Eine der bekanntesten verfassungstheoretischen und -rechtlichen Thesen Carl Schmitts ist, dass die Weimarer Reichsverfassung eine dualistische Struktur besitzt: Die WRV stelle eine »gemischte Verfassung«<sup>8</sup> dar und bestehe aus einem *rechtsstaatlichen* und einem *demokratischen* Bestandteil. In dieser Hinsicht sei die WRV für »bürgerlich-rechtsstaatliche« Verfassungen typisch.<sup>9</sup>

Es erscheint aber zunächst unklar, wie sich Schmitt in der *Verfassungslehre* zum »Gegensatz von Liberalismus und Demokratie«<sup>10</sup> positioniert. Es ist jedenfalls nicht offenkundig, in welche Richtung er diesen Dualismus auflösen möchte:<sup>11</sup> Geht es Schmitt primär um eine Kritik des dem Liberalismus zugeschriebenen Programms einer durchgehenden Verrechtlichung der Politik im Namen der Demokratie und der Irreduzibilität des Politischen?<sup>12</sup> Oder geht es ihm, anscheinend gegensätzlich, um die Verteidigung eines unantastbaren rechtsstaatlichen Verfassungskerns gegen den »Absolutismus der Gesetzgebungsstellen«?<sup>13</sup>

Um es vorwegzunehmen: Ich möchte zeigen, dass dies im Hinblick auf die tieferen Argumentationslinien Schmitts eine Scheinalternative ist. Schmitts Kritik am Libe-

7 So Schupmann 2017, S. 27; Übersetzung T.R.

8 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 200–204, 216.

9 Ebd., S. XIII, 41.

10 Ebd., S. 309.

11 Zu dieser grundsätzlichen Ambivalenz vgl. Cristi 1998, S. 16; Dyzenhaus 1997, S. 39 f.

12 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 107, 133, 150.

13 Ebd., S. 151, vgl. auch S. 130–133.

ralismus im Namen der Demokratie *und* seine Kritik an der Demokratie im Namen des Liberalismus besitzen nämlich denselben, antiparlamentarischen Fluchtpunkt.

Tatsächlich, so möchte ich zeigen, vertritt Schmitt die These von der dualistischen oder antithetischen Struktur der WRV (»Gegensatz von Liberalismus und Demokratie«) nur im Hinblick auf ihre Oberflächengrammatik. Er schreibt nämlich explizit – und dies scheint zunächst im Widerspruch zur Dualismusthese zu stehen –, dass die WRV »die grundlegenden politischen Entscheidungen [...] klar und eindeutig trifft«.<sup>14</sup> Schmitt behauptet also einerseits, dass die WRV eine »gemischte Verfassung«<sup>15</sup> ist, und andererseits, dass der WRV eine »existentielle[.] Totalentscheidung«<sup>16</sup> und eine einheitsbegründende »Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit«<sup>17</sup> zugrunde liegt. Dieser Widerspruch lässt sich nur auflösen, wenn man Schmitt so versteht, dass die WRV eine *eindeutige* Gesamtentscheidung für eine *gemischte* Verfassung trifft: Die Verfassungsentscheidung für den »bürgerlichen Rechtsstaat« ist für Schmitt gleichbedeutend mit der Verfassungsentscheidung für die Komposition von rechtsstaatlichem (nach Schmitt: »unpolitischen«) und demokratischem (»politischen«) Verfassungsbestandteil. Der Rechtsstaatsbegriff tritt also auf zwei Ebenen auf: zum einen als Inhalt der einheitsbegründenden Gesamtentscheidung, zum anderen als *einer* ihrer antithetischen Bestandteile.<sup>18</sup>

Und tatsächlich lässt sich zeigen, dass Schmitt den Begriff des bürgerlichen Rechtsstaats in der *Verfassungslehre* doppeldeutig verwendet. Schmitt erläutert ihn einerseits in einem verfassungsrechtlich-normativen Sinn, nämlich als Garantie der »Grundrechte und Gewaltenunterscheidung«.<sup>19</sup> Der Rechtsstaat, so heißt es, sei ein »System von Rechtsnormen zum Schutze des einzelnen gegenüber dem Staat«.<sup>20</sup> Es sind demnach bestimmte »organisatorische Kriterien«, die den Rechtsstaat ausmachen.<sup>21</sup> An einer anderen, sehr aufschlussreichen Stelle schreibt Schmitt dagegen: »Die große Alternative: bürgerliche oder sozialistische *Gesellschaftsordnung* [!] ist scheinbar nur durch einen Kompromiß erledigt [...]. Die fundamentale Entscheidung ist durchaus für den bürgerlichen Rechtsstaat und die konstitutionelle Demokratie gefallen.«<sup>22</sup> Und diese Entscheidung sei zugleich die »Entscheidung [...] für den bisherigen sozialen *status quo*, d.h. für die Beibehaltung der bürgerlichen *Gesellschaftsordnung*«.<sup>23</sup> Schmitt identifiziert die Entscheidung für den »bürgerli-

14 Ebd., S. 35; Hervorhebung T.R.

15 Vgl. ebd., S. 200–204, 216.

16 Ebd., S. 24.

17 Vgl. ebd., S. 20.

18 Vgl. dazu Hofmann 1992, S. 127; Neumann 2015, S. 112 f.

19 Schmitt 1993 [1928], S. 24, vgl. S. 126 ff.

20 Ebd., S. 125, vgl. S. 200.

21 Ebd., S. 130; Hervorhebungen im Original.

22 Ebd., S. 30; Hervorhebung T.R.

23 Ebd., S. 31; Hervorhebung im Original.

chen Rechtsstaat« hier mit der Entscheidung für die – mit einem bei ihm später prominenten Begriff – »konkrete Ordnung« der bürgerlichen Gesellschaft.

Der Begriff des bürgerlichen Rechtsstaats hat damit in der *Verfassungslehre* zwei ganz unterschiedliche Bedeutungen: einmal einen verfassungsrechtlich-normativen und organisatorischen Sinn (»Grundrechte und Gewaltenunterscheidung«, im folgenden: *Rechtsstaat1*), einmal einen gesellschafts- beziehungsweise ordnungspolitischen Sinn (»bürgerliche Gesellschaftsordnung«, im folgenden: *Rechtsstaat2*).<sup>24</sup> Mit Hilfe dieser Differenzierung lässt sich nun der *Verfassungslehre* folgende Hauptthese zuschreiben: Die WRV besitzt zwar oberflächengrammatisch eine dualistische verfassungsrechtliche Struktur, die allerdings mediatisiert ist durch die *einheitliche* gesellschafts- und ordnungspolitische Grundentscheidung für die bürgerliche Gesellschaftsordnung. Die Komposition von demokratischem und rechtsstaatlichem Verfassungsbestandteil (im Sinne von *Rechtsstaat1*) ist für Schmitt durch eine gesellschafts- und ordnungspolitische Verfassungssubstanz (im Sinne von *Rechtsstaat2*) vermittelt.<sup>25</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch ein Blick auf Schmitts Lehre von den verfassungsrettenden Verfassungsdurchbrechungen aufschlussreich.<sup>26</sup> Nach seiner Auffassung befugt die WRV den Reichspräsidenten dazu, Verfassungsnormen sowohl zeitweilig generell außer Kraft zu setzen (»Verfassungssuspension«) als auch *beliebige* Verfassungsnormen tatsächlich situativ zu durchbrechen (»Verfassungsdurchbrechungen« mit Maßnahmencharakter),<sup>27</sup> und zwar dann, wenn diese Verfassungssuspensionen beziehungsweise -durchbrechungen zum Ziel haben, die »Substanz der Verfassung« zu bewahren: »Die *Verfassung ist unantastbar*, die Verfassungsgesetze dagegen können während des Ausnahmezustands suspendiert und durch Maßnahmen des Ausnahmezustands durchbrochen werden.«<sup>28</sup>

Diese Auffassung erscheint zunächst konsistent, wenn man Schmitts kategoriale Unterscheidung zwischen Verfassungssubstanz und Verfassungsgesetzen akzeptiert. Schmitt behauptet nun allerdings weiter, dass, um die Verfassungssubstanz zu ret-

24 Vgl. zu »Schmitts doppelte[m] Begriff der Verfassungssubstanz« Thiele 2003, S. 385 ff.; vgl. auch Elbe 2015, S. 277 ff.

25 Vgl. so auch Cristi 1998.

26 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 106 ff., insbesondere S. 109 f., 112. Zur Renaissance von Schmitts Durchbrechungslehre im EU-Kontext siehe Oberndorfer 2012.

27 Ob diese Unterscheidung zwischen Außerkraftsetzung und Durchbrechung konsistent ist, ist umstritten. Sie hat bei Schmitt Züge einer Ad-hoc-Unterscheidung, die vor allem dem argumentationsstrategischen Ziel einer extensiven Interpretation des Diktaturparagraphen der WRV dient: Schmitt möchte die Befugnis des Reichspräsidenten, eine abschließend aufgezählte Reihe von Grundrechten »außer Kraft [zu] setzen« (Art. 48 Abs. 2 Satz 2 WRV), nicht als Präzisierung und das heißt *Begrenzung* der in Abs. 2 Satz 1 ausgesprochenen allgemeinen Ermächtigung auffassen, sondern als *zusätzliche* Befugnis. Davon bleibt, so behauptet Schmitt, die in Abs. 2 Satz 1 ausgesprochene Befugnis zu jeder situativ notwendigen *Maßnahme*, das heißt zur tatsächlichen Durchbrechung *jedes beliebigen* Verfassungsgesetzes im Einzelfall, unberührt. Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 111; Schmitt 1958 b [1932], S. 323. Vgl. dazu Kaiser 2011; Thiele 2003, S. 421 f.; Neumann 2015, S. 179 ff.

28 Schmitt 1993 [1928], S. 26; Hervorhebungen im Original; vgl. S. 109.

ten, insbesondere auch »die typisch rechtsstaatlichen Normierungen zum Schutz der bürgerlichen Freiheit«<sup>29</sup> suspendiert werden dürften. Auch die Außerkraftsetzung von Freiheitsgrundrechten, so Schmitt, »berührt [...] die Substanz der Verfassung nicht, sondern steht gerade im Dienste der Aufrechterhaltung und Herstellung dieser Verfassung«.<sup>30</sup> Schmitt zufolge ist sogar der Grenzfall denkbar, dass die »zeitweilige Außerkraftsetzung [...] aller verfassungsgesetzlichen Bestimmungen«<sup>31</sup> notwendig sein kann, um die Verfassungssubstanz zu retten. Was ist dann aber für Schmitt die Verfassungssubstanz, wenn sie offenkundig *nicht* in einem Kernbestand an Freiheitsrechten besteht, ja sogar gegenüber der *Gesamtheit* verfassungsgesetzlicher Bestimmungen selbstständig sein soll?

Mit Hilfe der oben eingeführten Unterscheidung im Rechtsstaatsbegriff lässt sich folgende Antwort formulieren: Die Lehre von den verfassungsrettenden Verfassungsdurchbrechungen ist nur dann nicht manifest selbstwidersprüchlich, wenn man Schmitt so versteht, dass die Verfassungssubstanz des Rechtsstaats nicht in einem verfassungsrechtlich-normativen Kernbestand etwa an individuellen Freiheitsrechten besteht (*Rechtsstaat1*), sondern in einem gesellschaftlichen Ordnungszustand (*Rechtsstaat2*).

Der Begriff der bürgerlichen Gesellschaftsordnung bleibt bei Schmitt eigentlich vage.<sup>32</sup> Es wird aber erkennbar, *wogegen* er sich damit richtet: Es geht darum, eine reformistische Praxis *innerhalb* der Verfassungsstruktur von »Rechtsstaat1« zu verunmöglichen, indem die bestehende Gesellschaftsordnung gegen Eingriffe des Gesetzgebers verfassungsrechtlich abgeschirmt wird.<sup>33</sup> Das heißt: Schmitt interpretiert die Verfassungsentscheidung für den bürgerlichen Rechtsstaat nicht nur als Entscheidung gegen die Diktatur des Proletariats, sondern gleichermaßen als Entscheidung gegen den *sozialen* Rechtsstaat.<sup>34</sup>

29 Ebd., S. 109 f.

30 Ebd., S. 27. Schmitt verweist an dieser Stelle explizit auf die in Art. 48 Abs. 2 WRV aufgezählten Grundrechte, von denen einige gerade zu den klassischen Freiheitsrechten (Freiheit der Person, Unverletzlichkeit der Wohnung, Briefgeheimnis, freie Meinungsäußerung) gehören und von Schmitt auch entsprechend klassifiziert werden (vgl. ebd., S. 170).

31 Ebd., S. 109; Hervorhebung T.R.

32 In der *Verfassungslehre* identifiziert Schmitt an einer aufschlussreichen Stelle die Verfassung schlicht mit »öffentliche[r] Sicherheit und Ordnung« (Schmitt 1993 [1928], S. 112; Hervorhebung aufgehoben; vgl. dazu Thiele 2003, S. 386). Es könnte auch »keinen bürgerlichen Rechtsstaat ohne Privateigentum geben« (Schmitt 1993 [1928], S. 172). In *Legalität und Legitimität* heißt es knapp, das »Kernstück der Verfassung« sei »Freiheit und Eigentum« (Schmitt 1958 b [1932], S. 325). Vgl. Maus 1980, S. 108.

33 Vgl. Elbe 2015, S. 281.

34 Vgl. dazu Heller 1930. Dabei ist folgende begriffliche Verschiebung aufschlussreich. In der *Verfassungslehre* lautet die grundsätzliche Alternative noch: »bürgerlicher Rechtsstaat oder proletarischer Klassenstaat« (Schmitt 1993 [1928], S. 31). In »Grundrechte und Grundpflichten« behauptet Schmitt dagegen, dass durch die Verfassungsentscheidung für den »bürgerlichen Rechtsstaat« nicht nur der »proletarische Klassenstaat«, sondern *auch* ein »sozialistischer Rechtsstaat« und auch ein »wirtschaftsdemokratische[r] Gewerkschaftsstaat« (Schmitt 1958 a [1932], S. 197, vgl. S. 212) ausgeschlossen

## 2. Grundrechte als »substanzhafte Ordnung«

Schmitt wird die Doppeldeutigkeit im Rechtsstaatsbegriff in nur kurze Zeit später folgenden Schriften auflösen: Er spricht nun, wenn er den »Rechtsstaat1« meint, vom »Gesetzesstaat« beziehungsweise »Gesetzgebungsstaat«<sup>35</sup> und stellt diesem den Grundrechtsteil der WRV gegenüber, der die eigentliche Verfassungsentscheidung (»inhaltliche Gesamtentscheidung«) treffe.<sup>36</sup> Schmitt projiziert in der Schrift *Legalität und Legitimität* die Ambivalenz im Rechtsstaatsbegriff auf die Gegenüberstellung von Gesetzgebungsstaat vs. Grundrechte. Der Gegensatz von Demokratie und Rechtsstaat wird nun ersetzt durch einen angeblichen Gegensatz zwischen der »wert- und inhaltslosen Neutralität einer Verfassung des demokratisch-parlamentarischen Gesetzgebungsstaates«<sup>37</sup> und »der prinzipiellen Wertbetonung inhaltlicher Verfassungsgarantien«<sup>38</sup>, die sich im Grundrechtsteil finden ließen: »Die Weimarer Verfassung ist zwischen der Wertneutralität ihres ersten und der Wertfülle ihres zweiten Hauptteils buchstäblich gespalten.«<sup>39</sup> In Bezug auf *diesen* Dualismus verschwindet jede Ambivalenz in der Bewertung durch Schmitt: »Stellt man nun, in der Erkenntnis, daß die Weimarer Verfassung *zwei* Verfassungen sind, eine dieser beiden Verfassungen zur Wahl, so muß die Entscheidung für das Prinzip der *zweiten* Verfassung und ihren Versuch einer substanzhaften Ordnung fallen.«<sup>40</sup>

Auch hier stellt sich aber wieder die Frage: Worin besteht für Schmitt denn die »Wertfülle« und die sich angeblich allein im Grundrechtsteil artikulierende Verfassungssubstanz? Das ist alles andere als offenkundig, spricht Schmitt doch selbst von der »Heterogenität, Inkohärenz und Pleonexie«<sup>41</sup> des Grundrechtsteils. Die Verfassungssubstanz ist für Schmitt deshalb weder mit der Gesamtheit aller Verfassungsgesetze noch mit dem Grundrechtsteil in seiner positivrechtlichen Textgestalt

sei. Der bürgerliche Rechtsstaat sei, so behauptet Schmitt, grundsätzlich mit einer »Wirtschaftsverfassung« *unverträglich* (ebd., S. 191, 196; vgl. so auch Schmitt 1985 [1931], S. 97f.; Schmitt 1995 [1932], S. 80). Die These, dass sich bürgerlicher Rechtsstaat und Sozialstaat auf Verfassungsebene ausschließen, nimmt in der Bundesrepublik dann Ernst Forsthoff auf.

35 Schmitt 1929, S. 99 (»Gesetzesstaat«); Schmitt 1985 [1931], S. 76 (»Gesetzgebungsstaat«).

36 Schmitt 1958 a [1932], S. 195, vgl. S. 193.

37 Schmitt 1958 b [1932], S. 296.

38 Ebd., S. 300. Diese Verschiebung ist in der *Verfassungslehre* bereits angelegt, wenn Schmitt dort schreibt, »die im zweiten Hauptteil der Weimarer Verfassung [also im Grundrechtsteil; T.R.] aufgestellten Prinzipien [...] enthalten eine politische Gesamtentscheidung« (Schmitt 1993 [1928], S. 162). Das steht im Widerspruch dazu, dass Schmitt in demselben Werk als grundlegende Verfassungsentscheidung die Entscheidung für die Verbindung von Demokratie, Föderalismus, Parlamentarismus und Rechtsstaat verstanden hat (ebd., S. 23 f.).

39 Schmitt 1958 b [1932], S. 303.

40 Ebd., S. 344.

41 Schmitt 1958 a [1932], S. 196.

identisch.<sup>42</sup> Der Grundrechtsteil müsse zunächst, so Schmitt, »von Selbstwidersprüchen und Kompromißmängeln befreit und nach seiner inneren Folgerichtigkeit entwickelt [...] werden«.<sup>43</sup> Um den Grundrechtsteil in die Position einer »Gegen-Verfassung«<sup>44</sup> zum »Gesetzgebungsstaat« zu bringen, muss Schmitt den Grundrechtsteil interpretativ homogenisieren.

Dabei sind zwei Argumentationszüge entscheidend: Schmitt hierarchisiert zum einen die Grundrechte zugunsten der liberalen Freiheitsrechte und bringt zudem den Grundrechtsteil in eine den Gesetzgeber limitierende Funktion (a). Und er nimmt den liberalen Freiheitsrechten *selbst* ihren individualistischen Gehalt, indem er den Grundrechtsteil als Begründung einer »substanzhaften Ordnung« uminterpretiert (b).

(a) Schmitt knüpft dabei an die Typologie der Grundrechte an, die er in der *Verfassungslehre* bereits entworfen hat.<sup>45</sup> Originäre (»absolute« beziehungsweise »echte«) Grundrechte sind danach *ausschließlich* die liberalen Freiheits- als Abwehrrechte.<sup>46</sup> Politische Grundrechte sind nur in einem uneigentlichen Sinn Grundrechte.<sup>47</sup> Auch soziale (Schmitt: »sozialistische«<sup>48</sup>) Grundrechte sind für Schmitt keine »echten« Grundrechte. Von den Grundrechten insgesamt grenzt er dann nochmals die Kategorie der »institutionellen Garantien« ab – auf die entscheidende Bedeutung dieser Kategorie für Schmitts Verfassungsverständnis komme ich gleich zurück.

Schmitt bringt nun bereits in der *Verfassungslehre* den Grundrechtsteil in eine den parlamentarischen Gesetzgeber *limitierende* Funktion, indem er zum einen die »absoluten« den »relativen« Grundrechten kategorisch vorordnet und behauptet, dass die »absoluten« Grundrechte grundsätzlich nicht ausgestaltungsbedürftig seien, dass sie also einen feststehenden Inhalt besäßen und damit keiner gesetzgeberischen Interpretation und Konkretisierung mehr bedürften. Der Gesetzesvorbehalt sei bei den Freiheitsrechten deshalb *ausschließlich* als Eingriffs-, nicht als Inhaltsbestimmungs- oder Ausgestaltungsvorbehalt zu verstehen.<sup>49</sup> Zum anderen schränkt er auch den Eingriffsvorbehalt bei »echten« Grundrechten vielfach ein.<sup>50</sup>

42 Vgl. dazu Meinel 2007.

43 Schmitt 1958 b [1932], S. 345.

44 Ebd., S. 307, 311, vgl. S. 294, 304.

45 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 157–182; vgl. Schmitt 1958 a [1932].

46 Schmitt 1993 [1928], S. 166. Vgl. dazu Böckenförde 1993 [1988].

47 Dem Dualismus von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip korreliert insofern »ein Dualismus der Grundrechte«; vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 168; vgl. Schmitt 1958 a [1932], S. 212.

48 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 169.

49 Ebd., S. 166; vgl. Schmitt 1958 a [1932], S. 209.

50 Erstens müssten – aufgrund des »rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips« – Eingriffe in »echte« Grundrechte begründungsbedürftige *Ausnahmen* bleiben (Schmitt 1993 [1928], S. 126, 131, 166; vgl. Neumann 2015, S. 133 ff.). Zweitens müsse das den Eingriffsvorbehalt ausfüllende Gesetz bestimmten Anforderungen genügen, deren wichtigste für Schmitt die *inhaltliche Allgemeinheit* des Gesetzes ist (vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 139–

Schmitt versteht die Garantie der »echten« Grundrechte in erster Linie als gegen den Gesetzgeber gerichtet, und zwar sowohl gegen den einfachen *als auch* gegen den verfassungsändernden Gesetzgeber.<sup>51</sup> Das heißt: Die Grundrechte begrenzen auch den inhaltlichen Spielraum für Verfassungsänderungen.

(b) Es scheint sich nun aber wiederum folgender Widerspruch zu ergeben, wenn Schmitt in *Legalität und Legitimität* den Grundrechtsteil als »substanzhafte[.] Ordnung«<sup>52</sup> interpretiert und andererseits die »echten« Grundrechte, also die Freiheitsrechte, zum Kern des Grundrechtsteils erklärt: Schmitt insistiert darauf, dass das Charakteristikum der »echten« Grundrechte darin liege, nicht normierte Freiheitssphären zu gewährleisten, das heißt, sie sollen eine Freiheit des individuellen Beliebens schützen und nicht bloß die Freiheit zum Tun des sozial Erwünschten.<sup>53</sup> Wie aber kann die Gewährleistung einer solchen Freiheit eine »substanzhafte Ordnung« begründen? Schmitt antwortet darauf eindeutig: gar nicht.<sup>54</sup>

Der Widerspruch, dass Schmitt einerseits Grundrechte als Gewährleistungen nicht normierter Freiheit und andererseits den Grundrechtsteil als »substanzhafte Ordnung« versteht, lässt sich nur dann auflösen, wenn man ihn hier so versteht, dass auch die Bedeutung der verfassungsrechtlich garantierten »echten« Freiheitsrechte nicht primär in der Sicherung einer als intrinsisch wertvoll erachteten individuellen Freiheit besteht. Die Freiheitsrechte garantieren in erster Linie nicht individuelle Freiheit, sondern, wie Schmitt in *Legalität und Legitimität* expliziert formuliert, »die soziale Struktur einer individualistischen Ordnung«.<sup>55</sup> Der durch Schmitt prominent gewordene Begriff der »institutionellen Garantie« ist deshalb der Schlüssel zum Verfassungsverständnis Schmitts überhaupt.<sup>56</sup> Schmitt hat später selbst ausgesprochen, dass sein Verfassungsverständnis der Verfassung insgesamt die Struktur einer institutionellen Garantie unterschiebt: »Man kann auch das Wesen der Verfassung selbst in institutionellen Garantien erblicken. Das würde der Lehre vom

142, 151–157; vgl. Neumann 2015, S. 122 ff.). Worauf dieses Kriterium genau verpflichtet, ist unklar, jedenfalls bedeutet es, dass der Gesetzgeber inhaltlichen Beschränkungen unterliegt. Drittens garantieren die Freiheitsgrundrechte für Schmitt auch eine Limitierung der *Eingriffstiefe* auf »das traditionelle typische und übliche Maß der Eingriffe in die Freiheit« (Schmitt 1958 [1931], S. 166; Hervorhebung im Original) und die »überlieferte[.] typische[.] Art und Weise der Regelung« (Schmitt 1958 a [1932], S. 209; Hervorhebung im Original; vgl. dazu Meinel 2007, S. 246 ff.).

51 Und erst nachrangig als »an die übrigen staatlichen Behörden, insbesondere die sog. Exekutive« gerichtet (Schmitt 1993 [1928], S. 178). Schmitt führt zudem durch die Kategorie der »institutionellen Garantie« zusätzliche an den (Verfassungs-)Gesetzgeber adressierte Limitierungen ein (ebd., S. 170 ff.; vgl. Schmitt 1985 [1931], S. 153 ff., 164). Dazu gleich unten.

52 Schmitt 1958 b [1932], S. 344.

53 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 163 f.; Schmitt 1958 [1931], S. 167; Schmitt 1958 a [1932], S. 208.

54 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 200; vgl. so auch Schmitt 1958 [1931], S. 167 ff.; Schmitt 1958 a [1932], S. 207 ff.

55 Schmitt 1958 b [1932], S. 311; vgl. Dyzenhaus 1997, S. 83.

56 Vgl. Croce, Salvatore 2013, S. 26 ff.

konkreten Ordnungsdenken entsprechen [...].«<sup>57</sup> Er versteht die Verfassung des bürgerlichen Rechtsstaats als eine Art institutionelle Gesamt-Garantie oder, seiner begrifflichen Differenzierung zufolge,<sup>58</sup> als *Institutsgarantie* der bürgerlichen Gesellschaftsordnung.<sup>59</sup>

Im Lichte dieser Überlegungen zeigt sich nun, wie verfehlt Interpretationen sind, die Schmitts verfassungstheoretischen Schriften der 1920er und frühen 1930er Jahre die Intention zuschreiben, grundlegende Freiheitsrechte gegen ihre Gefährdungen durch zu viel Demokratie zu verteidigen.<sup>60</sup> Eine solche Interpretation kann zwar daran anknüpfen, dass Schmitt stellenweise durchaus zu einer rhetorischen Emphase subjektiver Abwehrrechte im Sinne eines individualistischen Freiheitsverständnisses neigt. Sie geht aber völlig daran vorbei, dass diese Emphase bei Schmitt stets mit der »bonapartistischen« Tendenz kollidiert,<sup>61</sup> die »typisch rechtsstaatlichen Normierungen zum Schutz der bürgerlichen Freiheit«,<sup>62</sup> also auch die klassischen Freiheitsrechte, für einschränkbar und disponibel zu erklären, wenn sie im Hinblick auf die Reproduktion der durch die Verfassung angeblich garantierten »konkreten Ordnung« dysfunktional werden. Am konkreten Beispiel: Sakrosankt ist das Eigentum als objektives Ordnungsprinzip einer besitzindividualistischen Gesellschaft, aber nicht jedes individuelle Eigentumsrecht. Die der Verfassung unterstellte unbedingte Garantie des Ordnungsprinzips kann es nämlich für Schmitt erforderlich machen, das individuelle Recht zu opfern.<sup>63</sup>

Schmitts Grundrechtsverständnis ist nicht primär an einem intrinsischen Wert individueller Freiheit interessiert.<sup>64</sup> Was Schmitt über das Verhältnis von subjektiven Rechten und »Gewährleistung der Institution« im Hinblick auf einzelne inhaltlich bestimmte institutionelle Garantien formuliert, lässt sich deshalb auch auf sein Verfassungsverständnis im Ganzen übertragen: »Es ist eine [...] unrichtige Denkweise, institutionelle Garantie oder subjektives Recht alternativ einander entgegenzustellen. Beides kann miteinander verbunden sein, doch muß für die Auslegung im Auge behalten werden, daß die Gewährung subjektiver Rechte der Gewährleistung der Institution untergeordnet ist und ihr zu dienen hat [...].«<sup>65</sup> In dieser Bestimmung

57 So Schmitt im Nachtrag (1958) zu »Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung« (Schmitt 1958 [1931]), hier S. 172.

58 Schmitt 1958 [1931], S. 143; Schmitt 1958 a [1932], S. 215 f.

59 Vgl. Maus 1980; Perels 1973.

60 Vgl. so Schupmann 2017; etwas vorsichtiger, aber in dieselbe Richtung Roth 2005.

61 Vgl. zum Begriff des Bonapartismus in diesem Zusammenhang Elbe 2015, S. 233–237; Faber 2000.

62 Schmitt 1993 [1928], S. 109 f.; vgl. Schmitt 1958 b [1932], S. 325.

63 Ohne diese Differenzierung wäre der Widerspruch nicht aufzulösen, dass im Ausnahmestand, um den Verfassungskern zu retten, »das Kernstück der Verfassung selbst, Freiheit und Eigentum, für bestimmte Zeit suspendiert« werden könne (Schmitt 1958 b [1932], S. 325).

64 Croce und Salvatore sprechen von »an organicist conception of basic rights« (Croce, Salvatore 2013, S. 27).

65 Schmitt 1958 [1931], S. 149; Hervorhebungen im Original.

artikuliert sich, bezieht man sie auf die Verfassung insgesamt, in einem Satz das Verfassungsverständnis des »autoritären Liberalismus« (Hermann Heller):<sup>66</sup> Die Sicherung der Reproduktion der bürgerlichen Gesellschaftsordnung wird *gegen* »das individualistisch-egoistische Interesse«<sup>67</sup> des einzelnen Rechtssubjekts ausgespielt.

Es ist deshalb eine in entscheidender Hinsicht verkürzte Feststellung, dass Schmitt dazu tendiert, die Verfassungssubstanz auf die »echten« Grundrechte, also die liberalen Freiheitsrechte, zu reduzieren. Es ist zwar vollkommen zutreffend, dass er die Unterscheidung zwischen »echten« und »unechten« Grundrechten und den Rechtsstaatsbegriff »als Keule gegen den Sozialstaat«<sup>68</sup> benutzt. Er verwendet aber darüber hinaus die Unterscheidung von Verfassungssubstanz und Verfassungsgesetzen sowie die Interpretation der Grundrechte als »substanzhafte Ordnung« auch als Keule gegen die parlamentarische Demokratie *und* gegen die rechtsstaatliche Verfassungsstruktur insgesamt. Die Feststellung, dass Schmitt als Theoretiker eines wehrhaften Liberalismus ein Stück Demokratie zu opfern bereit gewesen sei,<sup>69</sup> ist nur die halbe Wahrheit. Denn Schmitt opfert nicht nur die parlamentarische Demokratie für die »Substanz« des Grundrechtsteils, sondern *auch* individuelle Freiheitsrechte für die Garantie des »sozialen Status quo«.<sup>70</sup> In einem Satz: Schmitt spielt einen als »substanzhafte Ordnung« interpretierten Grundrechtsteil *gegen* die Garantie individueller Rechte aus.<sup>71</sup>

### 3. Parlamentarismuskritik im Namen der Volkssouveränität

Ähnlich mehrdeutig wie mit dem Rechtsstaatsbegriff verhält es sich mit Schmitts Demokratiebegriff. Er entwickelt bereits in der *Verfassungslehre* einen ausdrücklich anti-parlamentarischen Demokratiebegriff. Die Spezifität der Position Schmitts liegt in dieser Hinsicht darin, dass er seine Parlamentarismuskritik nicht als Kritik an, sondern *im Namen* der modernen Volkssouveränitäts-Doktrin formuliert.<sup>72</sup> Schmitt

66 Bereits Hermann Heller (1933) hat Schmitts Verfassungstheorie unter den Begriff eines »autoritären Liberalismus« gebracht, der die Einheit von ordnungs- und wirtschaftspolitischem Liberalismus einerseits sowie autoritarem Etatismus andererseits bezeichnen soll; vgl. auch Marcuse 1968 [1934].

67 Schmitt 1958 [1931], S. 149.

68 Roth 2005, S. 150; Hervorhebung aufgehoben.

69 Vgl. Schupmann 2017.

70 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 31.

71 Der Begriff des »autoritären Liberalismus« ist insofern irreführend, weil er so verstanden werden könnte, als ginge es Schmitt tatsächlich primär um die autoritäre Sicherung *individueller* Freiheit. Vielleicht sollte man deshalb besser von einer Verbindung von ordnungs- beziehungsweise wirtschaftspolitischem Liberalismus mit einem *autoritären Institutionalismus* sprechen. Zur Ambivalenz des Liberalismusbegriffs in diesem Zusammenhang vgl. Hansen 1988; zum Institutionalismus Schmitts vgl. Croce, Salvatore 2013.

72 Vgl. Breuer 2012, S. 45–79, insbesondere S. 59 ff.; vgl. zum Folgenden auch Thiele 2003, S. 165 ff.

bedient sich dazu einer sehr spezifischen Uminterpretation der Unterscheidung zwischen konstituierender (verfassunggebender) und konstituierter (verfasster) Gewalt.<sup>73</sup> Er verlagert mit ihrer Hilfe den Souveränitätsbegriff von der parlamentarischen Legislative als verfasster Gewalt auf den als »Totalentscheidung« existenzialisierten Akt der Verfassungsgebung. Damit ordnet Schmitt den im Volkssouveränitätsbegriff implizierten Voluntarismus, das heißt die prinzipielle inhaltliche Nicht-Begrenztheit demokratischer Entscheidungsgewalt, *ausschließlich* der verfassunggebenden Gewalt des Volkes zu – und kann damit im Ergebnis die »überverfassungsrechtliche Volkssouveränität«<sup>74</sup> gegen den parlamentarischen Gesetzgeber als konstituierter Gewalt ausspielen.<sup>75</sup> Darin liegt der »antidemokratische Gehalt seiner Volkssouveränitätslehre«.<sup>76</sup>

Auf diese Weise greifen die Parlamentarismuskritik im Namen der Demokratie und die im Namen des bürgerlichen Rechtsstaats ineinander: Schmitt spielt einerseits die Verfassungssubstanz des bürgerlichen Rechtsstaats gegen die Verfügungsgewalt des parlamentarischen Gesetzgebers aus. Auf der anderen Seite überhöht er die Verfassungsentscheidung für den bürgerlichen Rechtsstaat aber gerade unter Verwendung einer Rhetorik der Volkssouveränität, wodurch die Begrenzung des Gesetzgebers nicht mehr als Einschränkung, sondern geradezu als *Ausdruck* des Demokratieprinzips erscheint.

Schmitt ist nicht nur Theoretiker des »autoritären Liberalismus«, sondern auch der »illiberalen Demokratie«. Er versteht unter Demokratie eine Diktatur, die sich durch Akklamation legitimiert.<sup>77</sup> Demokratie setzt für ihn eine vorpolitische »Gleichartigkeit des Volkes«<sup>78</sup> voraus, welche die »Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten«<sup>79</sup> garantiere. Die Exekutive kann sich in dieser Konstruktion durch den angeblichen Durchgriff auf den Volkswillen selbst ermächtigen und aus jeder rechtlichen Bindung freisetzen.

Zwischen Schmitts Polemik gegen die parlamentarische Demokratie und seiner Polemik gegen liberales Rechtsstaatsdenken besteht deshalb *kein* Gegensatz. Die Frage, ob Schmitt für die Demokratie und gegen den Liberalismus oder, scheinbar gegensätzlich, für den Liberalismus und gegen die Demokratie optiert, geht am entscheidenden Punkt vorbei. Sowohl Schmitts Verteidigung einer rechtsstaatlichen Verfassungssubstanz gegen den perhorreszierten demokratischen Gesetzgebungsabsolutismus als auch seine Verteidigung des demokratischen (als des politischen) Verfassungsbestandteils gegen »normativistische« Verrechtlichungillusionen sind gleichermaßen gegen parlamentarisch-gesetzgeberisch vermittelte Eingriffe in den Status quo der gesellschaftlichen Macht- und Ordnungsstrukturen gerichtet. Gerade

73 Vgl. dazu detailliert Thiele 2003, S. 165 ff.; Maus 1980, S. 107 ff.

74 Thiele 2003, S. 241.

75 Vgl. Elbe 2015, S. 280; vgl. Maus 1980, S. 116; Maus 2011, S. 105 ff.

76 Vgl. Elbe 2015, S. 281.

77 Vgl. Schmitt 1993 [1928], S. 237, 243.

78 Schmitt 1993 [1928], S. 234.

79 Ebd.

die von Schmitt als »eigentliche« Demokratie ausgezeichnete Diktatur auf plebisziärer Legitimationsbasis<sup>80</sup> hat die Funktion, die liberale Verfassungssubstanz, und das heißt für Schmitt: eine bestimmte gesellschaftliche Ordnungsstruktur, zu garantieren. Die »illiberale Demokratie« soll eine konkrete Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung gegen gesetzgeberische Interventionen immunisieren, die durch einen Verfassungsliberalismus durchaus ermöglicht werden.<sup>81</sup> Insofern *konvergieren* bei Schmitt »illiberale Demokratie« und »autoritärer Liberalismus«.

#### 4. Zur Kontinuität des »autoritären Liberalismus« Schmitts

Mit Hilfe der oben eingezogenen Unterscheidung zwischen »Rechtsstaat1« und »Rechtsstaat2« lassen sich auch die Kontinuitätsmomente in Schmitts Werk besser herausarbeiten:<sup>82</sup> Schmitt hat stets ein *taktisches* Verhältnis zu »Rechtsstaat1« (Grundrechte und Gewaltenteilung), wohingegen es ihm *durchgehend* um die Sicherung von »Rechtsstaat2« (bürgerliche Gesellschaft als »konkrete Ordnung«) geht.<sup>83</sup> Schmitt argumentiert immer dann für »Rechtsstaat1«, wenn ihm dieser als ein geeignetes Mittel erscheint, die bürgerliche Gesellschaftsordnung zu stabilisieren. Dies mag auch den »überraschenden« Befund erklären, dass Schmitt nach 1945/49 die Verfassungsstruktur des Gesetzgebungsstaates, die er in Weimar noch bekämpfte, plötzlich verteidigt.<sup>84</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheinen Schmitts oberflächlich dramatische politische Positionswechsel in weitaus geringerem Maße einem politischen Dezisionismus, Okkisionalismus oder auch Opportunismus geschuldet, als in gängigen Deutungen

80 Vgl. ebd., S. 237, 243–246.

81 Schmitt hat insofern mit seiner These der dualistischen Struktur der Verfassung in einer Hinsicht recht: Der *Verfassungsliberalismus* kann in einen Gegensatz zum *ordnungspolitischen Liberalismus* geraten (vgl. dazu sehr eindrücklich Kriele 1990, S. 111–116, 194–223). Aber für Schmitt ist klar, dass dieser Gegensatz im Sinne des Letzteren aufgelöst werden muss.

82 Vgl. dazu Cristi 1998.

83 Schmitts Verhältnis zum Rechtsstaatsbegriff bleibt auch nach dem Ende der Weimarer Republik ambivalent. Nach seinem Wechsel vom Verteidiger der autoritären Präsidialkabinette und Berater Schleichers zum offenen Engagement für den NS-Faschismus übersetzt Schmitt die Dichotomie »wertneutrale Legalität vs. substanzhafte Ordnung« nun in die neue Dichotomie von *Gesetzesstaat* vs. *Gerechtigkeitsstaat*. Vgl. den Artikel aus dem *Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung* »Der Rechtsstaat« (Schmitt 1995 a [1935]) sowie den Artikel »Was bedeutet der Streit um den ›Rechtsstaat?« (Schmitt 1995 b [1935]). Schmitt diskutiert dann, ob nicht die Bezeichnung »Rechtsstaat« gerade für den »Recht und Sittlichkeit nicht mehr trennenden Weltanschauungsstaat« des NS (ebd., S. 128) übernommen werden sollte: »Indem der bürgerliche Rechtsstaat sich als bloßer Gesetzesstaat erweist, wird das Wort ›Rechtsstaat‹ zu einer prägnanten Bezeichnung gerade des nationalsozialistischen Staates.« (Ebd.) Da der Begriff des Rechtsstaats aber »stets eines der wirksamsten Vehikel liberaler Suggestionen« gewesen sei, seien der – von Schmitt begrüßten – »Entliberalisierung und Umdeutung des Rechtsstaatsbegriffs« Grenzen gesetzt (ebd., S. 129).

84 Vgl. Schmitt 1958 [1952]; vgl. Maus 1980, S. 117f.

unterstellt wird. Insbesondere müssen jene Interpretationen zurückgewiesen werden, die seine politischen Wechsel, anknüpfend an Schmitts Exkulpationsstrategie, durch seine wissenschaftliche Neutralität gegenüber den grundlegenden Verfassungsentscheidungen und im Sinne eines normativen »Agnostizismus«<sup>85</sup> verstehen: Schmitt habe sich demzufolge nach jeder verfassungsgeschichtlichen Zäsur (1918/19, 1933, 1945/49) *jeweils neu* auf den Boden der dann geltenden Verfassung gestellt. Nach der oben vertretenen Interpretation ist eher das Gegenteil richtig: Die Einheit von Schmitts Verfassungslehre über alle drei Zäsuren hinweg liegt in ihrer Unterstellung, dass es in diesem Zeitraum überhaupt nur *eine* Verfassungsentscheidung (»existentielle Totalentscheidung«), nämlich diejenige für die konkrete Ordnung der bürgerlichen Gesellschaft, gegeben hat. Die Verfassungssubstanz bleibt für Schmitt über die Zäsuren von 1918/19, 1933 und 1945/49 hinweg *identisch*.

Wenn diese Interpretation zutrifft, dann folgt daraus auch, dass die Frage, ob Schmitt in Weimar zeitweise einen sozusagen robusten Liberalismus vertreten habe und sein späteres Engagement für den NS-Faschismus hierzu im Gegensatz stünde und eher durch biografische Kontingenzen erklärt werden könne *oder* ob Schmitt vielmehr den Liberalismus immer schon abgelehnt habe, eine Scheinfrage ist. Sie eignet sich nämlich dazu, die Frage nach den *systematischen Kontinuitätsmomenten* zwischen Schmitts autoritärer Verteidigung der bürgerlichen Gesellschaftsordnung und dem Eifer auszublenden, mit dem Schmitt sich dem Nationalsozialismus dienstbar gemacht hat.<sup>86</sup> Die Trennung von »theoretischen Beiträgen« und »biographischen Fehlritten«<sup>87</sup> lenkt von der entscheidenden *theoretischen Kontinuität* im Hinblick auf den »autoritären Liberalismus« Schmitts ab.<sup>88</sup>

Damit will ich nun keinesfalls behaupten, dass Schmitts verfassungsrechtlichen Schriften bereits in Weimar eine implizite Positionierung für den Nationalsozialismus zu entnehmen ist. Der von Verfechtern der Diskontinuitätsthese immer wieder angeführte Verweis darauf, Schmitt habe sich jedenfalls bis 1932 seinem Selbstverständnis nach durchaus als Verteidiger der Weimarer Verfassung verstanden, geht allerdings auch dann, wenn er zutrifft, am entscheidenden Punkt vorbei: Schmitt

85 So explizit Schupmann 2017, S. 215; vgl. S. 25, 30.

86 Das wird beispielsweise in einem langen Gespräch Ernst-Wolfgang Böckenfördes mit seinem Schüler Dieter Gosewinkel deutlich, wenn Gosewinkel formuliert: »Ich würde gern das Thema Liberalismus und Rechtsstaat aufgreifen. Carl Schmitt hat eine klare Strukturanalyse des bürgerlichen Rechtsstaats gegeben *in seinen Schriften vor 1933 und nach 1945*.« (Böckenförde, Gosewinkel 2011, S. 366; Hervorhebung T.R.) Schmitts rechtstheoretische Option für den und im NS-Faschismus erscheint dann als ein *äußerlicher* Einbruch, der theoriesystematisch mit Schmitts Schriften vor 1933 und nach 1945 in keinem internen Zusammenhang steht. Vgl. zur Behauptung einer Zäsur der Theorie Schmitts 1933 aber Maus 1986 [1969]; Maus 1980.

87 So aber Schupmann 2017, S. 27; Übersetzung T.R.

88 Vgl. dazu aber Cristi 1998. Auch Croce, Salvatore 2013 betonen die Kontinuität des »institutionalistischen« Denkens Schmitts. Die Betonung dieses Kontinuitätsmoments soll allerdings weder eine Behauptung über die persönliche Affinität Schmitts zum NS-Faschismus zu einem bestimmten Zeitpunkt noch die Behauptung einer Zwangsläufigkeit der Entwicklung implizieren.

hat *auch* die Verfassungssubstanz der WRV schon als »konkrete Ordnung« verstanden, zu deren Verteidigung nicht nur demokratische Mitwirkungs-, sondern eben auch individuelle Freiheitsrechte massiv eingeschränkt oder sogar gänzlich zur Disposition gestellt werden dürften.<sup>89</sup> Dieses Kernargument seiner Verfassungstheorie ließ sich dann ungezwungen zu einer faschistischen Staatstheorie radikalisieren. An diesem Kontinuitätsmoment geht die spätere Eingemeindung Schmitts in einen diffusen »Antitotalitarismus« und seine Stilisierung zum angeblichen Verteidiger der liberalen Demokratie gegenüber den »Extremisten« vollkommen vorbei.<sup>90</sup>

## 5. Carl Schmitt »liberalisieren«? – Nachwirkungen und Gegenentwurf

Schmitts Konstruktion des Grundrechtsteils als »Gegen-Verfassung« zum parlamentarischen Gesetzgebungsstaat wirkt lange Zeit in der auch noch im Staatsrecht des Grundgesetzes einflussreichen Auffassung nach, dass zwischen Rechtsstaats- und Demokratieprinzip eine (regelmäßig zugunsten des Rechtsstaatsprinzips hierarchisierte) Legitimationskonkurrenz bestehe. Diese These findet sich später auch bei Autoren, die sich eindeutig positiv auf das Rechtsstaats- *und* Demokratieprinzip des Grundgesetzes beziehen und weder das Demokratieprinzip autoritär verkürzen noch einfach Schmitts substantialisierendes Verfassungsverständnis übernehmen und erst recht nicht seinen weltanschaulichen Antiliberalismus teilen, etwa bei Ernst-Wolfgang Böckenförde. Im Hinblick auf Böckenförde und andere Autoren wird häufig der Topos einer »Liberalisierung Schmitts« benutzt.<sup>91</sup> Am Beispiel der Rechtsstaats- und Demokratietheorie Böckenfördes lässt sich jedoch gut aufzeigen, welche konzeptuellen Grenzen bestimmte Prämissen der Verfassungstheorie Schmitts auch einer Rezeption setzen, die ausdrücklich eine liberalisierende Absicht verfolgt: Zwar wird die Legitimationskonkurrenz von Rechtsstaat und Demokratie von Böckenförde nicht mehr im Sinne einer strikten Dichotomie verstanden, die eine Entscheidung für eines von zwei miteinander strukturell inkompatiblen Prinzipien

89 Dieser Zusammenhang bleibt bei Schupmann 2017 ganz unberücksichtigt.

90 So wieder bei Schupmann 2017, vgl. insbesondere S. 24 f., 180 f., 192 f., 195 ff.; vgl. aber Neumann 2015, S. 255 ff. Schupmann bringt sogar wieder das aus der apologetischen Schmitt-Literatur wohlbekannte Argument, der von Schmitt als Anwalt der Reichsregierung verteidigte sogenannte »Preußenschlag« (zur Problematik des Begriffs vgl. Neumann 2015, S. 271) – der wohl eher als ein Staatsstreich der Reichsregierung gegen die preußische Landesregierung verstanden werden kann, der wesentlich zur Erosion des Weimarer Verfassungsgefüges beigetragen hat – habe zum Ziel gehabt, die Weimarer Verfassung gegen den Extremismus von rechts und links zu verteidigen und im Besonderen den preußischen Staatsapparat vor dem Zugriff der NSDAP zu retten (Schupmann 2017, S. 196). Vgl. dazu aber Dyzenhaus 2016, S. 499 ff.; sowie Neumann 2015, S. 264 ff., insbesondere S. 284 ff.

91 Vgl. Günther 2004, S. 152 f.; Mehring 1995, S. 196; Künkler, Stein 2017. Diese Einschätzungen entsprechen dem Selbstverständnis Böckenfördes; vgl. Böckenförde, Gosewinkel 2011, S. 361, 378, 486. Vgl. zum Topos der »Liberalisierung« Schmitts auch den sozusagen klassischen Text Lübbe 1988.

erzwinge. Gleichwohl begreift Böckenförde Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip als zwei selbstständige Prinzipien, die in ein Verhältnis des äußerlichen Ausgleichs und der Balancierung gebracht werden müssten.<sup>92</sup> Das lässt die begriffliche Möglichkeit zu, dass die Optimierung des einen auf Kosten des anderen Prinzips geschehen kann.<sup>93</sup>

Böckenfördes Position ist auch im Hinblick auf die Frage nach der ordnungspolitischen Offenheit der rechtsstaatlichen Verfassung ambivalent: Einerseits besteht er sehr entschieden auf dem Charakter der Verfassung als einer *Rahmenordnung*.<sup>94</sup> Gerade als Rahmenordnung hat die Verfassung andererseits aber für Böckenförde auch die Funktion einer »Begrenzung des politischen Prozesses«.<sup>95</sup> Die für die Demokratie wesentliche »Offenheit des politischen Prozesses«<sup>96</sup> steht Böckenförde zufolge nämlich unter den »inhaltlichen Bindungen und Begrenzungen«,<sup>97</sup> die durch das Rechtsstaatsprinzip gesetzt sind. Weil Böckenförde die Unvollständigkeit der Verfassung im Sinne einer *Garantie* ihres »fragmentarische[n] Charakter[s]«<sup>98</sup> versteht, unterlegt auch er, jedenfalls indirekt, der Verfassung eine ordnungspolitische Grundentscheidung: Die »Unvollständigkeit« der Verfassung bedeutet insofern für Böckenförde nicht ihre ordnungspolitische »Offenheit«.<sup>99</sup>

Auch grundrechtstheoretisch ist Böckenfördes Position in einer wichtigen Hinsicht ambivalent. Einerseits polemisiert er gegen ein Verständnis der Grundrechte als »objektive Grundsatznormen«: Weil diesem Verständnis zufolge die Grundrechte Prinzipien für die gesamte Rechtsordnung darstellten und ihre Konkretisierung und Interpretation der Zwischenschaltung des Gesetzgebers nicht bedürften, verlagere sich ein großer Teil der Rechtsetzungsfunktion auf die Judikative. Dieses Grundrechtsverständnis führe deshalb zu einer Entdifferenzierung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung und beschädige die funktionale Gewaltenteilung.<sup>100</sup>

92 Vgl. Böckenförde 1991, Rn. 82 ff., S. 365 ff. Böckenförde selbst bezeichnet als eine zentrale »Einsicht«, die er von Schmitt übernommen habe, »daß Rechtsstaat und Demokratie nicht auf derselben Ebene liegen, sondern unterschiedliche Dinge sind, die einander zugeordnet werden müssen« (vgl. Böckenförde, Gosewinkel 2011, S. 368).

93 Gleichwohl Böckenförde hervorhebt, dass das normativ nicht wünschenswert ist: »Die Demokratie ohne Einbindung in den Rechtsstaat kann auch totalitär werden, der Rechtsstaat für sich kann selbstläufig und autoritär werden, wenn er nicht von der Demokratie getragen wird.« (Ebd., S. 484) Böckenförde unterstreicht deshalb die Notwendigkeit einer Verbindung von Demokratie und Rechtsstaat, aber er versteht diese Verbindung als *äußerliche* Balancierung.

94 Vgl. Böckenförde 2011 [1976], S. 125, 152 f.; Böckenförde 2011 [1990], S. 228; Böckenförde 2011 [2003], S. 256 f.

95 Böckenförde 2011 [2003], S. 256; Hervorhebung T.R.

96 Böckenförde 1991, Rn. 40, S. 326.

97 Ebd., Rn. 38, S. 325.

98 Böckenförde 2011 [1976], S. 125.

99 So Bahners 2014, S. 185. Es ist deshalb bezweifelt worden, dass Böckenfördes Begriff der Verfassung als *Rahmenordnung* tatsächlich als Gegenentwurf zu einem materialisierten Verfassungsverständnis verstanden werden kann. Vgl. dazu Hwang 2013.

100 Vgl. Böckenförde 2011 [1990], S. 219 ff.

Demgegenüber unterstreicht Böckenförde, dass durch das Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung gerade die »*Offenheit* für die Rechtsgestaltung durch den Gesetzgeber erhalten bleiben« solle.<sup>101</sup>

Andererseits schreibt Böckenförde den Freiheitsgrundrechten aber nicht nur einen bereits je feststehenden, deshalb vor allem durch historisch-genetische Analyse und für jedes Grundrecht eigenständig zu ermittelnden Inhalt zu.<sup>102</sup> Er begrenzt diesen »Gewährleistungsinhalt«<sup>103</sup> der Grundrechte auch von vornherein auf Freiheit von »bestimmte[n] Einwirkungen der *öffentlichen* Gewalt«.<sup>104</sup> Die Grundrechte sind gegen den Staat gerichtet, strahlen aber nicht in die Gesellschaft aus. In dieser Hinsicht kann Böckenfördes auf ihre Ausgrenzungsfunktion verengtes Grundrechtsverständnis auch als *gegen* ein programmatisches, dynamisches und pluralistisches Grundrechtsverständnis gerichtet verstanden werden.<sup>105</sup>

Ein grundsätzlicher Gegenentwurf zu Schmitts Verständnis des »bürgerlichen Rechtsstaats« ist die systematische Verteidigung der Einheit von Grundrechten und parlamentarischer Demokratie, die von Ingeborg Maus und Jürgen Habermas ausgearbeitet worden ist.<sup>106</sup>

Diejenige verfassungsrechtliche Struktur, die Schmitt »Gesetzgebungsstaat« nennt, bezeichnet Habermas als demokratischen Rechtsstaat.<sup>107</sup> In diskurstheoretischer Perspektive ist die Vorstellung einer Legitimationskonkurrenz zwischen Rechtsstaats- und Demokratieprinzip irreführend. Das Rechtsstaatsprinzip gerät nur dann in einen Gegensatz zum Demokratieprinzip, wenn der Rechtsstaat als Garant einer »konkreten Ordnung« verstanden wird. Habermas hat den Rechtsstaatsbegriff drastisch entsubstantialisiert<sup>108</sup> und besteht auf der Nicht-Identität des Rechts-

101 Böckenförde 2011 [2003], S. 257; Hervorhebung T.R.

102 Vgl. ebd., S. 241 f. Patrick Bahners hat deshalb im Hinblick auf Böckenförde von einem grundrechtstheoretischen »Originalismus« gesprochen; vgl. Bahners 2014, S. 152 ff.

103 Der Begriff des Gewährleistungsinhalts dient Böckenförde dazu, eine gegenüber dem Begriff des Schutzbereichs, mit dem die Eingriffsdogmatik typischerweise arbeitet, *restriktivere* Inhaltsbestimmung der Grundrechte vorzunehmen (vgl. Böckenförde 2011 [2003], S. 241 ff.): Während der Begriff des Schutzbereichs beliebiges Verhalten innerhalb des durch das Grundrecht bezeichneten Sach- und Lebensbereichs umfasst (»*abstrakte[n]* Beliebigkeits-Freiheit«; ebd., S. 242), nimmt die Bestimmung des Gewährleistungsinhalts bereits eine normative Eingrenzung des durch das Grundrecht geschützten Handelns der Grundrechtsträger\*in vor.

104 Ebd., S. 243; Hervorhebung T.R.

105 Vgl. dazu Bryde 2004, Rn. 22, S. 690; Koppe 1997, S. 54. Deshalb halte ich es nicht für zwingend, Böckenfördes Plädoyer für ein subjektiv-rechtliches Grundrechtsverständnis mit einem Verständnis des Grundgesetzes als »offene Verfassung« und mit der Forderung nach »Redemokratisierung der Grundrechtskonkretisierung« ambivalent-frei zu *identifizieren* (so aber Thiele 2003, S. 522).

106 Maus 1994; Maus 2011; Habermas 1998 [1992].

107 Vgl. Maus 2018 [2005], S. 88 f.

108 Ich nehme hier eine Formulierung auf, die Ingeborg Maus in einem anderen, aber verwandten Zusammenhang geprägt hat; vgl. Maus 2011, S. 275.

staatsprinzips mit einem »bestimmte[n] Gesellschaftsideal«.<sup>109</sup> Er unterscheidet dementsprechend zwischen der Unverfügbarkeit bestimmter *Kategorien* von Grundrechten auch für den Gesetzgeber einerseits und ihrer Ausgestaltung und Interpretation andererseits. Die historisch bekannten »liberalen Grundrechte« sind in der Perspektive des radikalen Reformismus von Habermas deshalb keineswegs mit dem Rechtsstaatsprinzip identisch, sondern stellen *mögliche* »Interpretationen und Ausgestaltungen« derjenigen Kategorien von Rechten dar, die zum Begriff des legitimen Rechts überhaupt gehören.<sup>110</sup> Zwar ist mit der Verfassungsentscheidung für den Rechtsstaat auch für Habermas, wie für Schmitt, ein »proletarischer Klassenstaat«<sup>111</sup> ausgeschlossen, aber sie bedeutet in der diskurstheoretischen Interpretation, anders als Schmitt behauptet, *keine* unveränderliche ordnungspolitische Festlegung. In dieser Hinsicht ist Habermas von Wolfgang Abendroths Verfassungsverständnis nicht abgewichen und ist sich übrigens auch mit John Rawls ganz einig.<sup>112</sup>

Die Diskurstheorie des demokratischen Rechtsstaats insistiert zudem darauf, dass die Vorstellung, die Gewährleistung von Grundrechten stünde grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip, an einem kollektivistischen oder majoritanistischen Demokratiebegriff hängt, der Demokratie mit der Herrschaft eines binnennhomogenen Kollektivsubjekts oder mit Mehrheitsherrschaft identifiziert. Die Diskurstheorie versteht dagegen den allgemeinen Willen nicht als den einheitlichen Willen eines vorpolitisch bestehenden Kollektivsubjekts. Ihrem intersubjektivistischen und prozeduralistischen Demokratiebegriff zufolge kann sich ein allgemeiner Wille überhaupt erst in der demokratischen Öffentlichkeit bilden. Grundrechte können deshalb auch im Hinblick auf ihre Funktion thematisiert werden, die Zugangsmöglichkeiten zur demokratischen Öffentlichkeit und damit diejenigen Bedingungen zu schützen, unter denen ein allgemeiner Wille überhaupt erst hervorgebracht werden kann.<sup>113</sup> Aus der Sicht der Diskurstheorie haben die Grundrechte im parlamentarischen Gesetzgebungsstaat deshalb nicht nur die Funktion einer bereichsspezifischen Konkretisierung des allgemeinen Prinzips, dass Ein-

109 Habermas 1998 [1992], S. 536.

110 Ebd., S. 159.

111 Schmitt 1993 [1928], S. 31.

112 Vgl. Abendroth 1968 [1954]. Rawls geht durchgehend von der Möglichkeit eines »liberalen demokratischen Sozialismus« aus; vgl. Rawls 1998, S. 447; Rawls 2003, S. 215; Rawls 1979 [1971], S. 306 ff., 314 f. Rawls tendiert sogar zu der Auffassung, dass zwar eine Wirtschaftsdemokratie – sowohl in Form einer »property-owning-democracy« als auch in Gestalt eines liberalen Sozialismus – mit grundlegenden Gerechtigkeitsgrundsätzen kompatibel ist, dies aber weder für den »Laissez-faire-Kapitalismus« noch für den »wohlfahrtsstaatlichen Kapitalismus« zutreffe (vgl. Rawls 2003, S. 211–218).

113 Habermas 1998 [1992]; Maus 1994; Brunkhorst 1994, S. 186 ff.

griffe in die Freiheit nur auf gesetzlicher Grundlage stattfinden dürfen.<sup>114</sup> Sie haben zugleich auch die entscheidende Funktion, die Kommunikationsvoraussetzungen des demokratischen Prozesses und damit die Bedingungen der Möglichkeit der Bildung eines allgemeinen Willens zu sichern.<sup>115</sup>

Vor diesem Hintergrund wird nun deutlich, wie problematisch Deutungen sind, die sich in durchaus kritischer Absicht auf gegenwärtige Entwicklungen in liberal-demokratischen Verfassungsstaaten beziehen, aber die Dichotomisierung zwischen Rechtsstaats- und Demokratieprinzip übernehmen.<sup>116</sup> Dadurch wird eine Art Nullsummenspiel zwischen den konkurrierenden Legitimationsprinzipien von Demokratie und Rechtsstaat suggeriert, im Sinne von: mehr Demokratie gleich weniger Rechtsstaat (»illiberale Demokratie«), mehr Rechtsstaat gleich weniger Demokratie (»autoritärer Liberalismus«). Dieses Deutungsschema scheint aber im Lichte der oben vorgebrachten Überlegungen nicht nur insofern problematisch, als dass es das Selbstverständnis autoritärer »Populismen« unkritisch reproduziert. Es wird hier auch der Zusammenhang verkannt, dass die Zerstörung der Verfassungsstruktur des Rechtsstaats *zugleich* als Zerstörung der Ermöglichungsbedingungen demokratischer Willensbildung verstanden werden muss<sup>117</sup> – und zudem als Zerstörung der Bedingungen der Möglichkeit, die Staatsapparate an das demokratisch gesetzte Recht zu binden.<sup>118</sup>

Schmitts Verfassungsverständnis ist in einer anderen Hinsicht von bedrückender Aktualität. Hier ist an eine Vielzahl von Entdemokratisierungstendenzen zu denken,

114 Im *Gesetzgebungsstaat* gibt es – nach Schmitts eigener Analyse (vgl. dazu Maus 2018 [2005], S. 89) – keinen Gegensatz von Grundrechten und Demokratie, weil die Grundrechte dort unter einem umfassenden Eingriffsvorbehalt durch den Gesetzgeber stehen. Dass die Grundrechte nicht als gegen den Gesetzgeber gerichtet verstanden werden, heißt aber nicht, dass sie dort keine Bedeutung hätten. Sie sind bereichsspezifische Konkretisierungen des allgemeinen Abwehrrechts gegenüber allen Eingriffen in die persönliche Freiheit ohne gesetzliche Grundlage (vgl. Dreier 2018, S. 183 f.). Insofern haben die Grundrechte hier die Funktion, die funktionale Gewaltenteilung abzusichern. Die Grundrechte sind gewissermaßen subjektivierte Garantien der parlamentarischen Monopolisierung der Rechtsetzung. Der verfassungsrechtlichen Struktur des Gesetzgebungsstaats liegt damit die Auffassung zugrunde, »daß die Abgrenzung zwischen akzeptablem und inakzeptablem Freiheitsgebrauch [...] in erster Linie Sache des Gesetzgebers und nicht der Verwaltungsbehörden und Gerichte sein sollte« (Lübbe-Wolff 1988, S. 99).

115 Habermas 1998 [1992]; Habermas 1999 [1994]. Die Dominanz der Vorstellung, dass Grundrechte wesentlich eine den Gesetzgeber limitierende Funktion besäßen, hat allerdings auch wieder die Rezeption der diskurstheoretischen Grundrechtstheorie erschwert, die dies gerade nicht für ihre primäre Funktion hält. So ist dem »Habermasschen Grundrechtsverständnis« als Desiderat angekreidet worden, was dessen Pointe ausmacht: dass es ihm »an einer Stoßrichtung gegen den einfachen Gesetzgeber [fehlt]«; Lieber 2007, S. 190.

116 Vgl. Mounk 2018, insbesondere S. 49.

117 Vgl. Heller 1930, S. 20; Habermas 1998 [1992], S. 151 ff.; Brunkhorst 1999; Gerstenberg 1997.

118 Vgl. Maus 1994, S. 289; Maus 2011, S. 347 ff.

die sowohl im nationalstaatlichen Rahmen als auch auf EU-Ebene beschrieben werden sind:<sup>119</sup> Entparlamentarisierung, Verlagerung der Rechtsetzungsfunktion auf die Exekutive, Tendenz zu Maßnahmengesetzgebung, apokryphen Rechtsetzungsketten und Informalisierung der Rechtsetzung (Fiskalpakt, »Bankenrettung«<sup>120</sup>) und schließlich allgemein die »neokorporatistische[n] Verflechtungen von Staats- und Wirtschaftsbürokratie«.<sup>121</sup> Für diese Verfassungsentwicklung zum »autoritären Liberalismus« beziehungsweise »autoritären Konstitutionalismus« bietet sich, wie schon häufiger bemerkt worden ist, Schmitts Verfassungstheorie als theoretischer Unterbau geradezu an, kreist sie doch wesentlich um die Legitimation einer starken, aus parlamentarischer Verantwortlichkeit und verfassungsgesetzlichen Bindungen in weitem Umfang freigesetzten Exekutive.<sup>122</sup>

Nun erscheint es nicht als abwegig, dass diejenigen gegenwärtigen Legitimationskrisen, die häufig im Sinne einer Bedrohung der liberalen Demokratie durch den »Populismus« verstanden werden, durch die Verfassungsentwicklung zum »autoritären Liberalismus« jedenfalls mitverursacht worden sind.<sup>123</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Behauptung, ausgerechnet Schmitts Verfassungstheorie könne als normativ attraktive Theorie »beschränkter Demokratie« ein Mittel der Selbstbehauptung der liberalen Demokratie gegen den »Populismus« darstellen, zutiefst zweifelhaft.

Schmitts Verfassungstheorie kann allerdings für einen womöglich genau umgekehrten Zusammenhang sensibilisieren: Auch der »autoritäre Liberalismus« braucht Legitimationsressourcen.<sup>124</sup> Weil er zugleich aber das exekutive Handeln von der parlamentarischen Willensbildung entkoppelt, tritt an deren Stelle die Selbstlegitimation durch Berufung auf einen parlamentarisch nicht vermittelten, als einheitlich vorgestellten Volkswillen und auf »einen unmittelbaren Kontakt mit den wirklichen sozialen Kräften des Volkes«.<sup>125</sup> Schmitts Begriff des bürgerlichen Rechtsstaats als Garanten einer bestimmten Gesellschaftsordnung und sein Begriff der Demokratie als rechtlich ungebundener Herrschaft eines homogenen Volkswillens sind auf diese Weise intern verknüpft. Die Alternative »autoritäre Verteidigung des Liberalismus« vs. »Wehrlosigkeit gegenüber dem Populismus« blendet genau

119 Zum Folgenden vgl. Brunkhorst 2014; Brunkhorst 2019; Oberndorfer 2012; Wilkinson 2013; Wilkinson 2018.

120 Vgl. dazu Tooze 2018.

121 Maus 2011, S. 31.

122 Schmitts Verfassungsverständnis scheint zudem noch in einer weiteren Hinsicht präsent: Nicht nur wird der Rechtsstaatsbegriff »zivilreligiös aufgeladen«, er dient zugleich auch als »symbolische Waffe in einem Kulturmampf, der sich mit konservativ-autoritärer Stoßrichtung gegen den politischen Liberalismus richtet« – und regrediert so zur Formel für »Law and Order« (Weidenbach 2018). Dies lässt nun sehr an Schmitts Verständnis des Rechtsstaats »als de[s] bewaffneten Garanten dieser bürgerlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit« (Schmitt 1993 [1928], S. 130) denken.

123 Vgl. dazu die Beiträge in Beck, Stützle 2018; Jörke, Nachtwey 2017.

124 Vgl. Oberndorfer 2012.

125 Schmitt 1995 a [1932], S. 84.

diesen *Zusammenhang* zwischen »autoritärem Liberalismus« und »illiberaler Demokratie« aus.

## Literatur

- Abendroth, Wolfgang 1968 [1954]. »Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland«, in *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*, hrsg. v. Forsthoff, Ernst, S. 114–144. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Bahners, Patrick 2014. »Im Namen des Gesetzes. Böckenförde, der Dissenter«, in *Voraussetzungen und Garantien des Staates. Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis*, hrsg. v. Mehring, Reinhard; Otto, Martin, S. 145–193. Baden-Baden: Nomos.
- Beck, Martin; Stützle, Ingo. Hrsg. 2018. *Die neuen Bonapartisten. Mit Marx den Aufstieg von Trump & Co. verstehen*. Berlin: Karl Dietz.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1991. »Demokratie als Verfassungsprinzip«, in *Ernst-Wolfgang Böckenförde: Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, S. 289–378. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1991 [1988]. »Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitt«, in *Ernst-Wolfgang Böckenförde: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, S. 344–366. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 2011 [1976]. »Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik«, in *Ernst-Wolfgang Böckenförde: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, S. 120–155. Berlin: Suhrkamp.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 2011 [1990]. »Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik«, in *Ernst-Wolfgang Böckenförde: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, S. 189–229. Berlin: Suhrkamp.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 2011 [2003]. »Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik«, in *Ernst-Wolfgang Böckenförde: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, S. 210–263. Berlin: Suhrkamp.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang; Gosewinkel, Dieter 2011. »Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung.. Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde«, in *Ernst-Wolfgang Böckenförde: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, S. 307–486. Berlin: Suhrkamp.
- Breuer, Stefan 2012. *Carl Schmitt im Kontext. Intellektuellenpolitik in der Weimarer Republik*. Berlin: Akademie Verlag.
- Brunkhorst, Hauke 1994. *Demokratie und Differenz. Egalitärer Individualismus*. Frankfurt a. M.: Fischer.
- Brunkhorst, Hauke 1999. »Menschenrechte und Souveränität – ein Dilemma?«, in *Recht auf Menschenrechte*, hrsg. v. Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias, S. 157–175. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Brunkhorst, Hauke 2014. *Das doppelte Gesicht Europas. Zwischen Kapitalismus und Demokratie*. Berlin: Suhrkamp.
- Brunkhorst, Hauke 2019. »Autoritärer Liberalismus«, in *Liberalismus: Traditionenbestände und Gegenwartskontroversen*, hrsg. v. Huhnholz, Sebastian; Fischer, Karsten, S. 291–314. Baden-Baden: Nomos.
- Bryde, Brun-Otto 2004. »Programmatik und Normativität der Grundrechte«, in *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, hrsg. v. Merten, Detlef; Papier, Hans-Jürgen, § 17. Heidelberg: Müller.
- Cristi, Renato 1998. *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism. Strong State, Free Economy*. Cardiff: University of Wales Press.
- Croce, Mariano; Salvatore, Andrea 2013. *The Legal Theory of Carl Schmitt*. London et al.: Routledge.
- Dreier, Horst 2018. »Grundrechtsrepublik Weimar«, in *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, hrsg. v. Dreier, Horst; Waldhoff, Christian, S. 175–194. München: C. H. Beck.

- Dyzenhaus, David 1997. *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Dyzenhaus, David 2016. »The Concept of the Rule-of-Law-State in Carl Schmitt's *Verfassungslehre*«, in *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, hrsg. v. Meierhenrich, Jens; Simons, Oliver, S. 490–509. New York: Oxford University Press.
- Elbe, Ingo 2015. »Es ist nicht gut, daß der Mensch ohne Feind sei.« Das Politische und die ›Vernichtung des Einzelnen‹ im Denken Carl Schmitts«, in *Ingo Elbe: Paradigmen anonymer Herrschaft. Politische Philosophie von Hobbes bis Arendt*, S. 216–333. Würzburg: Königshausen & Neumann.
- Faber, Richard 2000. »Autoritärer Liberalismus. Von Thomas Hobbes zu Carl Schmitt«, in *Liberalismus in Geschichte und Gegenwart*, hrsg. v. Faber, Richard, S. 59–77. Würzburg: Königshausen & Neumann.
- Gerstenberg, Oliver 1997. *Bürgerrechte und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, Dieter 2018. »Weimars Ende und Untergang«, in *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, hrsg. v. Dreier, Horst; Waldhoff, Christian, S. 263–287. München: C. H. Beck.
- Günther, Frieder 2004. *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970*. München: Oldenbourg.
- Habermas, Jürgen 1998 [1992]. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen 1999 [1994]. »Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie«, in *Jürgen Habermas: Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, S. 293–305. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Hansen, Klaus 1988. »Feindberührung mit versöhnlichem Ausgang. Carl Schmitt und der Liberalismus«, in *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, hrsg. v. Hansen, Klaus; Lietzmann, Hans, S. 9–14. Opladen: Leske + Budrich.
- Heller, Hermann 1930. *Rechtsstaat oder Diktatur?* Tübingen: Mohr Siebeck.
- Heller, Hermann 1933. »Autoritärer Liberalismus?«, in *Die Neue Rundschau* 44, S. 289–298.
- Hofmann, Hasso 1992. *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- Hwang, Shu-Perng 2013. »Materialisierung durch Entmaterialisierung. Zur Kritik der Schmitt-Schule am wertorientierten Grundrechtsverständnis unter dem GG«, in *Der Staat* 52, S. 219–244.
- Jörke, Dirk; Nachtwey, Oliver 2017. *Das Volk gegen die (liberale) Demokratie. Leviathan-Sonderband* 32. Baden-Baden: Nomos.
- Kaiser, Anna-Bettina 2011. »Die Verantwortung der Staatsrechtslehre in Krisenzeiten – Art. 48 WRV im Spiegel der Staatsrechtslehrertagung und des Deutschen Juristentages 1924«, in *Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, hrsg. v. Schröder, Ulrich Jan; Ungern-Sternberg, Antje von, S. 119–142. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Köppé, Olaf 1997. »Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft. Ambivalenzen der Verfassungstheorie Ernst-Wolfgang Böckenfördes«, in *Kritische Justiz* 30, S. 45–62.
- Kriele, Martin 1990. *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. 4. Auflage. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Künkler, Mirjam; Stein, Tine 2017. »Staat, Recht und Verfassung. Ernst-Wolfgang Böckenfördes politisches und verfassungstheoretisches Denken im Kontext«, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF Band 65, S. 573–610.
- Lieber, Tobias 2007. *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewalten-Teilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lübbe, Hermann 1988. »Carl Schmitt liberal rezipiert«, in *Complexio Opppositorum. Über Carl Schmitt*, hrsg. v. Quaritsch, Helmut, S. 427–440. Berlin: Duncker & Humblot.
- Lübbe-Wolff, Gertrude 1988. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*. Baden-Baden: Nomos.
- Marcuse, Herbert 1968 [1934]. »Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung«, in *Herbert Marcuse: Kultur und Gesellschaft I*, S. 17–55. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

- Maus, Ingeborg 1980. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*. 2., erweiterte Auflage. München: Fink.
- Maus, Ingeborg 1986 [1969]. »Zur ›Zäsur‹ von 1933 in der Theorie Carl Schmitts«, in *Ingeborg Maus: Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, S. 93–110. München: Fink.
- Maus, Ingeborg 1994. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Maus, Ingeborg 2011. *Über Volkssovereinheit. Elemente einer Demokratietheorie*. Berlin: Suhrkamp.
- Maus, Ingeborg 2018 [2005]. »Zur Ideengeschichte der Gewaltenteilung und der Justizfunktion. Demokratie und Justiz in nationalstaatlicher und europäischer Perspektive«, in *Ingeborg Maus: Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie*, S. 46–99. Berlin: Suhrkamp.
- Mehring, Reinhard 1995. »Carl Schmitt und die Verfassungslehre unserer Tage«, in *Archiv des öffentlichen Rechts* 120, S. 177–204.
- Meinel, Florian 2007, »Die Grundrechtstheorie Carl Schmitts. Systematik, Wirkung, Bedeutung«, in *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft* 2/2007, S. 237–262. www.hjr-verlag.de/out/pictures/wysiwigpro/Die%20Grundrechtstheorie%20Carl%20Schmitts%20Systematik.pdf (Zugriff vom 19.06.2019).
- Mounk, Yascha 2018. *Der Zerfall der Demokratie. Wie der Populismus den Rechtsstaat bedroht*. München: Droemer.
- Neumann, Volker 2015. *Carl Schmitt als Jurist*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Oberndorfer, Lukas 2012. »Die Renaissance des autoritären Liberalismus? Carl Schmitt und der deutsche Neoliberalismus vor dem Hintergrund des Eintritts der ›Massen‹ in die europäische Politik«, in *PROKLA* 168, 42, S. 413–431.
- Perels, Joachim 1973. *Kapitalismus und politische Demokratie. Privatrechtsystem und Gesellschaftsstruktur in der Weimarer Republik*. Frankfurt a. M.: Europäische Verlagsanstalt.
- Rawls, John 1979 [1971]. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Rawls, John 1998. *Politischer Liberalismus*. Übersetzt von Wilfried Hirsch. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Rawls, John 2003. *Gerechtigkeit als Fairneß. Ein Neuentwurf*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Roth, Klaus 2005. »Carl Schmitt – ein Verfassungsfreund? Seine Stellung zur Weimarer Republik in der Phase der relativen Stabilisierung (1924–29)«, in *Zeitschrift für Politik* 52, S. 141–155.
- Schmitt, Carl 1958. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1958 [1929]. »Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung«, in *Carl Schmitt: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, S. 63–100 (Nachtrag S. 100–109). Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1958 [1931]. »Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung«, in *Carl Schmitt: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, S. 140–173 (Nachtrag S. 171–173). Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1958 a [1932]. »Grundrechte und Grundpflichten«, in *Carl Schmitt: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, S. 181–230 (Nachtrag S. 230–231). Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1958 b [1932]. »Legalität und Legitimität«, in *Carl Schmitt: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, S. 263–345 (Nachtrag S. 345–350). Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1958 [1952]. »Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug«, in *Carl Schmitt: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, S. 263–345 (Nachtrag S. 452–486). Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1985 [1931]. *Der Hüter der Verfassung*. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1993 [1928]. *Verfassungslehre*. 8. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1995. *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*, hrsg. v. Maschke, Günter. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1995 [1932]. »Starker Staat und gesunde Wirtschaft«, in *Carl Schmitt: Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*, hrsg. v. Maschke, Günter, S. 71–85. Berlin: Duncker & Humblot.

- Schmitt, Carl 1995 a [1935]. »Der Rechtsstaat«, in *Carl Schmitt: Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*, hrsg. v. Maschke, Günter, S. 108–120. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1995 b [1935]. »Was bedeutet der Streit um den ›Rechtsstaat‹?«, in *Carl Schmitt: Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*, hrsg. v. Maschke, Günter, S. 121–132. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schupmann, Benjamin A. 2017. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A Critical Analysis*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Thiele, Ulrich 2003. *Advokative Volkssouveränität. Carl Schmitts Konstruktion einer »demokratischen« Diktaturtheorie im Kontext der Interpretation politischer Theorien der Aufklärung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Tooze, Adam 2018. *Crashed. Wie zehn Jahre Finanzkrise die Welt verändert haben*. München: Siedler.
- Weidenbach, Verena 2018. »Der neue Law-and-Order-Fetischismus. Wir sind wir, die anderen sind der Feind: Deutsche Unionspolitiker kapern den Begriff ›Rechtsstaat‹ und schaffen gefährliche politische Realitäten«, in *ZEIT Online* vom 25. Mai 2018. [www.zeit.de/kultur/2018-05/rechtsstaat-begriff-cdu-csu-alexander-dobrindt-horst-seehofer-10nach8](http://www.zeit.de/kultur/2018-05/rechtsstaat-begriff-cdu-csu-alexander-dobrindt-horst-seehofer-10nach8) (Zugriff vom 19.06.2019).
- Wilkinson, Michael A. 2013. »The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union«, in *German Law Journal* 14, S. 527–560.
- Wilkinson, Michael A. 2018. *Authoritarian Liberalism as Authoritarian Constitutionalism*. LSE Legal Studies Working Paper 18/2018. <https://ssrn.com/abstract=3281320> (Zugriff vom 19.06.2019).

**Zusammenfassung:** Der Beitrag wendet sich kritisch gegen Versuche, Schmitts Verfassungstheorie zu einer normativ attraktiven Theorie des wehrhaften Liberalismus zu stilisieren. Es wird im Zuge einer genauen Lektüre seiner verfassungsrechtlichen Schriften nachgewiesen, dass Schmitts »Verteidigung« der Weimarer Reichsverfassung eine fundamentale Doppeldeutigkeit im Begriff des »bürgerlichen Rechtsstaats« zugrunde liegt. Schmitt interpretiert den Rechtsstaat zu einer institutionellen Gesamt-Garantie der bürgerlichen Gesellschaftsordnung um. Dieses Verfassungsverständnis lässt sich nicht liberalisieren. Seine Aktualität liegt auf einer anderen Ebene: Es sensibilisiert für den Zusammenhang von »autoritärem Liberalismus« und »illiberaler Demokratie«.

**Stichworte:** Carl Schmitt, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Rechtsstaat, Grundrechte, autoritärer Liberalismus, illiberale Demokratie.

### Denazifying Carl Schmitt's Constitutional Theory? Carl Schmitt's Ambivalent Notion of the »Civil State under the Rule of Law«

**Summary:** This contribution critically opposes attempts to stylize Schmitt's constitutional theory as a normatively appealing theory of a well-fortified liberalism. Through a precise analysis of his writings on constitutional law, Schmitt's »defense« of the Weimar Constitution will be proven to rest on a fundamentally ambiguous notion of the »civil state under rule of law« (»bürgerlicher Rechtsstaat«). Schmitt re-interprets the state founded on rule of law as an overall institutional guarantee of civil social order. This understanding of constitutional theory defies liberalization. In contrast, this approach is topical because it sensitizes us to the connection between »authoritarian liberalism« and »illiberal democracy«.

**Keywords:** Carl Schmitt, Ernst-Wolfgang Böckenförde, state under the rule of law, fundamental rights, authoritarian liberalism, illiberal democracy

#### Autor

Tim Reiß

Katholische Hochschule für Sozialwesen Berlin (KHSB)  
Köpenicker Allee 39–57  
10318 Berlin  
tim.reiss@khsb-berlin.de