

**Dieter Grimm, Recht oder Politik?
Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und
die heutige Lage, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, 51 S.**

Jonas Heller

In den modernen liberal-demokratischen Rechtsstaaten stehen Recht und Politik in einem spannungsreichen Verhältnis. Einerseits gewinnt das Recht seine Legitimität daran, dass es aus dem demokratisch-politischen Prozess hervorgeht. Andererseits setzen rechtsstaatliche Prinzipien wie Grundrechte und Gewaltenteilung, die diesen Prozess ermöglichen, ihm und seinen Ergebnissen auch Grenzen. In rechtsstaatlich-demokratischen Verfassungen, in denen das politische Funktionieren des Gemeinwesens rechtlich bestimmt wird, ist dieses konstitutive Spannungsverhältnis angelegt. In der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit, die prüft, ob politisch beschlossene Normen mit der Verfassung rechtlich vereinbar sind, wird diese Spannung zwischen Politik und Recht aktuell. Die Frage, ob „Verfassungsrechtsprechung zum Recht oder zur Politik gehört“ (5), war ein Streitpunkt zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt. In einer veränderten Lage ist sie heute wieder umstritten. Die Funktionen, die der Verfassungsgerichtsbarkeit zugeschrieben werden, sind heute andere als damals, denn die rechtlich-politische Lage hat sich gewandelt. Die Antworten, die Kelsen und Schmitt geben, lassen sich daher nicht auf die Gegenwart übertragen. Doch um das Problem zu verstehen, um das es beim Verhältnis von Recht und Politik heute geht, kann der Blick auf die in der Weimarer Republik geführte juristische Auseinandersetzung Klärendes beitragen. Diese Auseinandersetzung rekonstruiert Grimm mit beeindruckender Sorgfalt und Kenntnis.

I. Eher Kelsen als Schmitt

Grimms schmales Büchlein „Recht oder Politik“ beruht auf seiner im November 2017 gehaltenen Carl-Schmitt-Vorlesung, die damals zum vierten Mal von der Carl-Schmitt-Gesellschaft ausgerichtet worden ist. Diese Gesellschaft „pflegt das Andenken an Carl Schmitt im Sinne einer historisch-kritischen Begleitung“.¹ Eine nach Carl Schmitt benannte Vorlesung, das gehört zum Rahmen eines solchen Formats, tut aber noch mehr. Als Ehrerweisung an den Namensgeber, dem sie gewidmet wird, ist sie immer eine Würdigung nicht nur des Werks, sondern auch der Person. In Bezug auf Carl Schmitt ist dies ein schwieriges, wenn nicht fragwürdiges Unterfangen, zumal sich der wissenschaftliche Schmitt nicht vom politischen Schmitt trennen lässt, dessen Biographie zeitweilig von dezidiert nationalsozialistischen und antisemitischen Stellungnahmen, Zeit seines Lebens von reaktionären und autoritaristischen Positionen geprägt war. Nun muss sich die Carl-Schmitt-Vorlesung zwar nicht mit Schmitt befassen (vgl. 5), sondern kann auch auf Fragen oder Themen fokussieren, die mit ihm in Bezie-

¹ So die Selbstbeschreibung auf der Webseite: <https://www.carl-schmitt.de>; letzter Zugriff: 21.03.2021.

hung stehen. Doch weil es sich angesichts der gewählten Thematik der Verfassungsgerichtsbarkeit angeboten hat, setzt sich Grimm in seiner Vorlesung direkt mit Schmitt auseinander (ibid.). Angesichts des Schmitt würdigenden Formats der Vorlesung, drängt sich dem*der Leser*in beim Aufschlagen des Büchleins die Hoffnung auf, dass diese Auseinandersetzung kritisch ausfallen wird.

Grimm kommt diesem Wunsch entgegen. Dass er in seiner Auseinandersetzung stärkere Kritik an Schmitt als an Kelsen übt, hat seinen Grund allerdings in der konkreten Thematik der Vorlesung und in der Weise, in der diese Thematik wieder aktuell geworden ist. Die Verfassungsgerichtsbarkeit steht heute, nachdem sie seit dem Zweiten Weltkrieg in zahlreichen Ländern eingeführt und praktiziert worden ist, unter Druck. Populistische Machthaber, etwa in Polen oder in Ungarn, haben ihre autoritären Systemveränderungen jeweils „mit der Gleichschaltung oder Lahmlegung der Verfassungsgerichte“ begonnen, weil diesen eine die Regierung kontrollierende und hemmende Funktion zukommt (49). Es besteht kein Zweifel, dass diese Entwicklungen verheerend und dass die Verfassungsgerichte gegen solche populistischen Autoritarismen zu verteidigen sind. Nun war Schmitt ein Gegner der Verfassungsgerichte, Kelsen ihr Befürworter, und es liegt vor dem aktuellen Hintergrund nahe, sich auf die Seite des Letzteren zu stellen. Dazu tendiert auch Grimm. Allerdings macht er es sich nicht so einfach. Er zieht die Positionen von Kelsen und Schmitt nicht so in Betracht, dass sie je für sich genommen eine – richtige oder falsche – Lösung formulieren, sondern stellt sie so dar, dass sie in ihrer Spannung zueinander das Problem erst hervortreten lassen.

II. Politisch fragwürdig oder rechtlich geboten? Die Positionen zur Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Kontroverse

Im Hinblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit geht es für Kelsen und Schmitt um die Frage, ob einem Verfassungsgericht die Aufgabe zukommen soll oder kann, die Gesetze, die vom Parlament als Gesetzgeber beschlossen werden, auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Die Antworten von Schmitt und Kelsen fallen gegensätzlich aus, weil sie das Problem, zu dessen Lösung ein Verfassungsgericht ins Spiel käme, ganz anders verorten. Nach Schmitt liegt dieses Problem in der Verfassung. Es taucht auf, weil bei der Verfassungsgebung gewisse Uneinigkeiten nicht entschieden wurden und stattdessen hinter formelhaften und dadurch vage bleibenden Wendungen bestehen blieben. Dies lässt Raum für Meinungsverschiedenheiten über die Verfassungsauslegung (vgl. 12), der sich dann öffnet, wenn die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen in Frage steht. So liegt für Schmitt die Aufgabe eines Verfassungsgerichts nicht darin, über den Inhalt der Gesetze, sondern über den offen gebliebenen Inhalt der Verfassung zu entscheiden. Diese Entscheidung ist nach Schmitt rechtsetzend, denn sie bezieht sich nicht auf die Anwendung, sondern auf die Setzung der Verfassung (vgl. 17). Sie liegt damit nicht im Bereich der Justiz, sondern der Politik. Deshalb darf für Schmitt auch die Instanz, die eine solche Entscheidung trifft, keine justizförmige, sondern muss eine politische sein. Entsprechend votiert er in seiner Debatte mit Kelsen dafür, dass die Entscheidungskompetenz nicht einem Verfassungsgericht, sondern dem Reichspräsidenten obliegen soll (vgl. 23 f.).

Für Kelsen stellt sich das Problem anders dar. Ihm zufolge sind Rechtsanwendung und Rechtsetzung „nicht absolute, sondern nur relative Gegensätze“ (15). Gemäß seiner Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung beruht jede Anwendung einer Norm auf

einer ihr gegenüber höheren Norm, bis hin zur vorausgesetzten Grundnorm, der zufolge „man sich so verhalten soll, wie die historisch erste Verfassung, der gemäß die positive Rechtsordnung erzeugt ist, vorschreibt“.² Die jeweils geltende Verfassung (in diesem Fall die Weimarer Verfassung) gilt damit, ganz anders als bei Schmitt, nicht aufgrund einer politischen Setzung, sondern aufgrund einer normativen Voraussetzung. Weil nach Kelsen die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen keine Frage der Verfassungssetzung berührt, ist ein Verfassungsgericht nicht mit politischen Entscheidungen beschäftigt, sondern operiert vollständig im Rahmen der spezifisch rechtlichen Normativität. Gerade die lückenlose Normativität, d.h. der Stufenbau der Rechtsordnung, macht nach Kelsen, wie Grimm (etwas knapp) erläutert, eine Verfassungsrechtsprechung erforderlich: Verfassungsgerichte sind notwendig, um die Verfassung mit Verbindlichkeit auszustatten, die ansonsten, so Kelsen, kaum mehr wäre als bloßer „Wunsch“ (16).

III. Demokratische Politik und Schutz durch Rechte: Von Weimar zur Gegenwart

Für Schmitt wie für Kelsen richtet sich die Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Ausräumung eines Zweifels bzw. einer Unsicherheit. Sie verorten diese Unsicherheit aber an einem je anderen Ort. Für Schmitt liegt die Unsicherheit in der Verfassung selbst und betrifft so ein politisches Problem der Verfassungsgebung, das nicht durch die Justiz, sondern nur durch eine politische Instanz zu entscheiden ist. Für Kelsen betrifft die Unsicherheit nicht den Inhalt der Verfassung, sondern deren Befolgung. Weil diese Befolgung „nicht ins Belieben der Politik“ gestellt werden darf (29), muss sie innerhalb der rechtlichen Normativität, d.h. durch ein Verfassungsgericht als einem Organ der Justiz sichergestellt werden. Beide Perspektiven haben nach Grimm ihre Berechtigung und beide gilt es daher im Blick auf die gegenwärtige Lage zu bedenken. Infolge der Schrecken des Nationalsozialismus und der „Unterhöhlung“ (ibid.) der Weimarer Verfassung zwischen 1933 und 1945 lag der Fokus in der Nachkriegszeit auf dem Schutz der in Verfassungen niedergelegten Grundsätze. Dabei kamen angesichts der historischen Erfahrung zwei Aspekte in Betracht, die in Kelsens und Schmitts Überlegungen keineswegs im Vordergrund standen: der Schutz der Demokratie und der Schutz der Einzelnen. Ersteres war eine Reaktion auf die Aushebelung der politischen Tätigkeit des Parlaments, letzteres eine Reaktion auf die Erfahrung der Missachtung individueller Rechte.

Dabei war die parlamentarische Demokratie bereits „der eigentliche Gegenstand des Streits“ (10) um die Verfassungsgerichtsbarkeit, in den sich Kelsen und Schmitt in der Weimarer Zeit einschalteten. Allerdings schieden sich ihre Argumentationen für bzw. gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht daran, ob diese eine problematische Einschränkung der parlamentarischen Gesetzgebungskompetenz und damit der parlamentarischen Demokratie bedeutete. Zwar plädierte Schmitt für die politische Entscheidung und damit gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit. Doch wollte er damit die politische Kompetenz gerade nicht dem Parlament einräumen, in dem nur gesellschaftliche Partikularinteressen (vgl. 24), nicht der Volkswille als ganzer zur Geltung komme und das als repräsentierende Instanz das Volk auch nur mittelbar vertreten könne. Stattdessen

² Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1960, 443.

sah er die Entscheidungsbefugnis beim Reichspräsidenten, der unmittelbar „die Einheit des Volks verkörpert“³ (26 f.). Kelsen wiederum wandte zwar gegen Schmitt ein, „dass nach der Weimarer Verfassung das Parlament dieselbe unmittelbare demokratische Legitimation besitze wie der Reichspräsident“ (27), doch legte er das Gewicht seiner Argumentation darauf, dass die Einhaltung der Verfassungsnormativität keine politische, sondern eine rechtliche Frage sei, weshalb darüber nicht das Parlament, „sondern eine andere, vom Parlament unabhängige Instanz“ wachen müsse (15). Als in der Nachkriegszeit die Verfassungsgerichtsbarkeit „zum konstitutionellen Standard“ wurde, „hinter den man nicht zurückfallen konnte, wenn man es mit dem Neuanfang ernst meinte oder zumindest diesen Anschein erwecken wollte“ (30), folgte die Entwicklung im Ergebnis Kelsen, ohne sich dabei aber von seinen, insbesondere in der *Reinen Rechtslehre* (1934) entwickelten Argumenten leiten zu lassen.⁴

Dabei war auch für Kelsen entscheidend, dass eine Verfassung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit unverbindlich bliebe, doch war seine Argumentation eine rein rechtliche (vgl. *ibid.*). Hingegen avancierte nach dem Zweiten Weltkrieg, angesichts der *politischen* Erfahrung absoluter Entrechtung, die Klagemöglichkeit von Individuen gegen durch den Staat verübte Grundrechtsverletzungen zu einem zentralen Aspekt in der Realisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Während sich gegen dieses Instrument der Verfassungsbeschwerde nicht nur Schmitt, sondern auch Kelsen ausgesprochen hatte (vgl. 31), wurde für „die Verfassungsstaaten des demokratisch-liberalen Typs“, die Grimm vor Augen hat, nun entscheidend, dass der demokratische Wille der Mehrheit – die parlamentarische Gesetzgebung – durch jene verfassungsmäßigen Grundrechte begrenzt wird, die die Freiheit und Gleichheit der Individuen garantieren sollen, ohne dabei in „Demokrateschutz“ aufzugehen (37).

Daraus ergibt sich „zwischen Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit ein Spannungsverhältnis“ (35), nämlich eine Spannung zwischen Politik und Recht, die in der Diskussion zwischen Kelsen und Schmitt nicht thematisch war. Während Schmitt die Auffassung vertreten hatte, („unmittelbare“) Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit stünden in einem äußeren Gegensatz, hatte Kelsen deren innere Fügung postuliert, insofern er die Verfassungsgerichtsbarkeit als „Konsequenz aus dem demokratischen Prinzip“ (27) auffasste. Äußerer Gegensatz und innere Fügung sind aber etwas jeweils anderes als die innere Spannung, die später und bis heute als Problem erscheint. Zu dieser Spannung gehört auch, dass im dominierenden rechtsstaatlichen Demokratieverständnis die Mehrheitsregel maßgebend ist, die in den Verfassungsgerichten deshalb nicht zum Zug kommt, weil deren Mitglieder nicht direkt durch demokratische Mehrheiten gewählt sind und „für ihr Verhalten auch nicht demokratisch zur Verantwortung

³ Für Schmitt kommt es nicht darauf an, wer den Volkswillen formuliert, sondern dass es sich dabei um einen einzigen handelt; vgl. dazu *Martinez Mateo*, Politik der Repräsentation. Zwischen Formierung und Abbildung, 2018, 117. Anders als heute weithin umstritten und etwa auch in Art. 20 Abs. 2 GG verankert, ist „Volk“ dabei für Schmitt in keiner Weise eine Instanz der Selbstregierung; vgl. dazu *Zabel*, Politische Gewalt. Zur Dekonstruktion eines umkämpften Begriffs, in: Voigt (Hrsg.), Freund-Feind-Denken. Carl Schmitts Kategorie des Politischen, 2. Aufl. 2021, 187 (193). Zu den Bedeutungen des Begriffs „Volk“ in Schmitts Werk und insbesondere in der Verfassungslehre vgl. *Augsberg*, Schmitt-Lektüren. Vier Versuche über Carl Schmitt, 2020, 102–115.

⁴ Kelsen war nach 1945 aufgrund seines positivistischen Ansatzes zunächst diskreditiert (Grimm, Recht oder Politik?, 2020, 30); vgl. zu den bereits in den 1930er Jahren formulierten Kritiken von „legal realists“ an Kelsens Formalismus auch *Siegelberg*, Statelessness. A Modern History, 2020, 146 f.

gezogen werden können“ (36). Insofern sind Verfassungsgerichte „anti-majoritäre Institutionen“ (ibid.). Grimm wirft allerdings nicht alle Verfassungen in einen Topf, sondern differenziert sehr sorgfältig und kenntnisreich zwischen unterschiedlichen Ausprägungen insbesondere in Europa und den USA. Eine entscheidende Differenz ist hier darin zu sehen, inwieweit Verfassungen jeweils durch Parlamente geändert werden können, also nicht grundsätzlich bzw. vollständig über dem Gesetzgeber stehen. Im Hinblick auf die Gegenwart bleibt für ihn die Frage grundlegend, wie das für die Verfassungsrechtsprechung charakteristische Verhältnis zwischen Politik und Recht zu verstehen ist. Hier helfen die Antworten Kelsens und Schmitts nach Grimm nicht oder kaum weiter (vgl. 44). Leitend ist für Grimm allerdings das Problem, das durch das Konfligieren ihrer Positionen freigelegt wird. Dieses Problem ernst zu nehmen, heißt auch, dass „die Alternative rechtlich oder politisch womöglich zu undifferenziert ist, um den Beobachtungsgegenstand Verfassungsrechtsprechung hinreichend zu erfassen“. Eher haben nach Grimm beide Sichtweisen „ihre relative Berechtigung“ (39).

IV. Recht und Politik!

Grimms eigener Vorschlag zielt daher auf Recht *und* Politik, wobei darunter allerdings je unterschiedliche Aspekte der Verfassungsrechtsprechung in Betracht kommen. *Politisch* ist diese im Hinblick auf ihren *Gegenstand*, da Verfassungsgerichte Streitfälle über die Verfassung verbindlich entscheiden und die Verfassung jenes Recht darstellt, das die politische Herrschaft und damit auch die Gesetzgebung regelt⁵ (vgl. 40). Auch im Hinblick auf ihre *Wirkungen* ist sie *politisch*, weil sie bei festgestellter „Unvereinbarkeit mit der Verfassung“ fordern kann, politische Entscheidungen wie Gesetzesbeschlüsse oder Regierungsakte nicht zu vollziehen oder sie wieder aufzuheben (ibid.). In ihrem *Vorgang*, nämlich in der Weise, in der sie die Verfassung interpretiert, ist die Verfassungsrechtsprechung nach Grimm dagegen *rechtlich*. Diese Interpretation ist, so Grimm im Gegensatz zu Schmitt, deshalb nicht politisch, weil es zu einem „Arenenwechsel“ komme, „wenn eine politische Entscheidung zur verfassungsrechtlichen Prüfung gestellt wird“ (43). Wird die Politik von der Trägerin zum Gegenstand der Entscheidung, kommen andere Kriterien in Anschlag:

„Bei der rechtlichen Prüfung der politischen Entscheidung gelten nicht mehr politische Maßstäbe, sondern allein verfassungsrechtliche. Dementsprechend ist das Verfahren auf Kognition, nicht auf Dezision ausgerichtet.“ (ibid.)

Grimm zieht zwar den Einwand in Betracht, dass ungewiss sei, ob sich „die Antwort auf eine Rechtsfrage“ aus dem „vorgegebenen Rechtsstoff“ ableiten lasse (ibid.), was allerdings zähle, sei nicht die Erreichung des Ziels, sondern die Art des Wegs: „Es genügt zu prüfen, ob die im Klärungsprozess stattfindenden Kommunikationen der spezifischen Rationalität des rechtlichen oder des politischen Systems folgen“ (44). Insofern sich die Verfassungsrechtsprechung in ihrer Verfassungsinterpretation durch „Dogmatik, Methode und Präzedenzfälle“, d.h. von spezifisch juristischen Gesichtspunkten leiten lasse, ist sie in ihrem Vorgang rechtlich (ibid.). Auch wenn diese

⁵ Vgl. dazu auch Möllers, Freiheitsgrade. Elemente einer liberalen politischen Mechanik, 2020, 195, demzufolge die Verfassung politische Herrschaft „ausdrücklich“ macht.

Gesichtspunkte und insbesondere die Methoden umstritten und wandelbar sind, sind sie gleichwohl „Ausdruck einer spezifisch rechtlichen Rationalität“ (ibid.), einer „Eigenart des Rechts“ (41) und damit „etwas anderes als Politik“ (45). Legitimität bezieht der Vollzug der Verfassungsrechtsprechung gerade aus diesem „Anderssein“ als Politik. (ibid.) Das gelingt jedoch nur dann, wenn Verfassungsgerichte den Vorgang auch tatsächlich so, nämlich spezifisch rechtlich praktizieren und sich damit „funktionsgerecht verhalten“ (ibid.). Eben dies ist hinsichtlich der eingangs genannten populistischen Bestrebungen und autoritären Regimewechsel nicht der Fall (vgl. 47–49). Vor dem Hintergrund von Grimms Ausführungen erscheint der in Polen und Ungarn betriebene institutionelle Umbau der Verfassungsgerichte dann so, dass deren spezifisch rechtliche Dimension negiert und politisch unterwandert wird. Deshalb ist – gegen den Populismus und den Autoritarismus – an der spezifischen Rechtsförmigkeit des Verfassungsrechtsprechungsvorgangs festzuhalten und dieser vor seiner Politisierung, d.h. vor der Negation seiner konstitutiven Andersheit zu schützen. Im Hinblick auf den Vorgang der Rechtsprechung postuliert Grimm damit also nicht für Recht *und* Politik, sondern für Recht *statt* Politik.

V. Politik *im* Recht? Zum Problem der rechtlichen „Eigenart“

Kelsen befürwortete die Institution der Verfassungsgerichte, weil er die Aufgabe, die sie erfüllen soll, als eine normativ-rechtliche auffasste. Schmitt lehnte sie ab, weil er diese Aufgabe als dezisiv-politisch und damit der Justiz äußerlich einstuft. Grimm hat, im Hinblick auf die Verfassungsrechtsprechung der Gegenwart, eine dritte Option im Blick, die politische und rechtliche Bestandteile nebeneinander bestehen lässt: *Was* Verfassungsgerichte beurteilen und *was* aus diesen Urteilen folgt, ist politisch; *wie* sie es beurteilen ist hingegen rechtlich. Auf den ersten Blick scheint Grimms Position Kelsen näher zu stehen – nicht nur deshalb, weil sie sich für die Verfassungsgerichtsbarkeit ausspricht, sondern auch, weil sie deren Legitimität (und deren Vulnerabilität) in einer spezifisch-rechtlichen Normativität verortet, die zur Politik in einer konstitutiven Differenz steht: Die rechtliche Normativität des Beurteilungsverfahrens ist vor politischer Instrumentalisierung und vom politischen Prozess überhaupt abzuschirmen. Das intakte Funktionieren von Verfassungsgerichten ist dann durch die Einhaltung der Linie bedingt, die das Recht von der Politik trennt. Auf einen zweiten Blick zeigt sich aber auch eine Nähe zu Schmitt, die Grimm selbst nicht thematisiert und die einen Einwand gegen seine Auffassung des Problems der Spannung zwischen Recht und Politik aufwirft, das er mit seinem Vorschlag klären möchte. Ganz anders als Kelsen hat nämlich auch Schmitt zwar nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit, aber doch der (rechtsstaatlich-demokratischen) Verfassung zwei Bestandteile zugeschrieben, einerseits einen rechtsstaatlichen Bestandteil, andererseits einen politischen Bestandteil.⁶ Den beiden Teilen der Verfassung entsprechen unterschiedliche Gesetzesbegriffe: ein rechtsstaatlicher, der die Form der Norm, und ein politischer, der die Form eines Aktes bzw. einer Ent-

⁶ Vgl. Schmitt, Verfassungslehre, 2010, 41 (Hervorh. im Orig.).

scheidung hat.⁷ Das Normativ-Rechtliche und das Politisch-Dezitive sind nach Schmitt in jeder Verfassung nicht nur „verbunden“, sondern auch „vermischt“.⁸

Mir scheint, dass für Schmitt die Schwierigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit in dieser Vermischung begründet ist. Denn ginge es nur um die Beurteilung rein „rechtsstaatlicher“ verfassungsgesetzlicher Bestimmungen, ließe sich nach Schmitt darüber normativ-rechtlich, d.h. im Rahmen justizförmiger (verfassungsgerichtlicher) Vorgänge urteilen.⁹ Probleme tauchen hingegen hinsichtlich jener Bestimmungen auf, in denen das Normative mit einem politischen Aspekt verbunden ist, der allerdings absichtlich uneindeutig gehalten wurde, um eine umstrittene Entscheidung zu entschärfen oder aufzuschieben. Die politische Dimension liegt dann gerade nicht in einer Entscheidung, die durch die Norm ausgedrückt (und dadurch ins Normative transformiert) wird, sondern in der Unentschiedenheit der Norm. Schmitt nennt hier im Hinblick auf die Weimarer Verfassung die Verhältnisse von Kirche und Staat bzw. von Schule und Staat, die er als uneindeutig gelassen ansieht.¹⁰ Gerade hier träten rein rechtlich nicht aufzulösende Meinungsverschiedenheiten auf, die ein Verfassungsgericht „auch – und vor allem“ zu entscheiden hätte.¹¹ Worauf es Schmitt ankommt, ist die Tatsache, dass eine Beurteilung solcher (rechtlich-politischer) Normen nicht allein normativ, sondern auch politisch erfolgen muss. Es geht damit also bei Schmitt (anders als bei Kelsen) nicht um die Alternative Recht versus Politik, sondern um eine spezifische Vermischung von Recht *und* Politik, in deren Verbindung er die „spezifische Eigenart der Rechtsform“ sieht.¹² „Rechtsfragen von politischen Fragen zu trennen“,¹³ erscheint dann deswegen nicht möglich, weil ihre Verbindung oder vielmehr Vermischung *innerhalb* der Normen auftritt. Aus dieser Perspektive erschien es dann aber zunächst nicht so einfach, zwischen einem politischen Gegenstand und einem rechtlichen Vorgang der Entscheidung trennscharf die Linie zu ziehen und das „Und“ zwischen Recht und Politik als deren Nebeneinander zu verstehen, wie Grimm es vorzuschlagen scheint. Grimm macht mit Recht geltend, dass es einen gewichtigen Unterschied bedeutet, ob bei der Interpretation einer Frage juristische Mittel und Kriterien oder politische Erwägungen zum Zug kommen. Offen bleibt allerdings, wie genau dadurch jene Spannung von Recht und Politik aufgelöst werden kann, die den zur Beurteilung kommenden Fragen selbst inhärent ist.

Grimms Rekonstruktion der Weimarer Debatte, sein Durchgang durch die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit nach dem Zweiten Weltkrieg sowie seine Darstellung der aktuellen Bedrohungen, denen sich Verfassungsgerichte in einigen Ländern ausgesetzt sehen, sind äußerst lehrreich und erhellend. Auch die Rolle, die ein im Sinne Schmitts antipluralistisches Konzept des einheitlichen Volks für populistische Delegitimationsversuche von Verfassungsgerichten spielt, zeigt Grimm im Hinblick auf jüngere Lahmlegungen von Verfassungsgerichten sehr überzeugend auf (vgl. 47 f.). Grimms eigener Vorschlag, wie wir das Verhältnis von Politik und Recht im Hinblick auf eine intakte Verfassungsgerichtsbarkeit denken sollen, ist vor diesem Hintergrund

⁷ Vgl. *ibid.*, 146.

⁸ *Ibid.*, 200.

⁹ Vgl. *ibid.*, 118.

¹⁰ Vgl. *ibid.*, 31–34.

¹¹ *Ibid.*, 118.

¹² Schmitt, *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 2009, 38.

¹³ Schmitt, *Verfassungslehre*, 2010, 118; vgl. den Bezug auf diese Stelle auch bei Grimm, *Recht oder Politik?*, 2020, 12.

zu verstehen, weil gegen solche Angriffe gerichtet. Allerdings stellt sich die Frage, ob in diesem – seinem Ziel nach berechtigten – Vorschlag das Problem von Recht und Politik nicht etwas zu kurzgriffig gefasst wird. Um die Autonomie der Verfassungsgerichte zu schützen, ist nach Grimm deren *rechtliche* Funktion gerade im Unterschied von Politik und damit in Abschirmung von politischer Einmischung zu beschreiben. Weil Grimm dabei allerdings die politische Dimension nicht ignorieren will, ordnet er sie solchen Aspekten der Verfassungsgerichtsbarkeit zu, die den rechtlichen Aspekt nicht berühren. Doch bleiben Zweifel, ob sich politischer Gegenstand und rechtlicher Vorgang der verfassungsgerichtlichen Beurteilung so trennen lassen, wie Grimm es darstellt. Es ist schwer einzusehen, dass der politische Aspekt des *Gegenstands* dem rechtlichen *Vorgang* der Beurteilung ganz äußerlich bleiben kann, oder anders gefasst: inwieweit die rechtliche Methode unbeeinflusst von der Art ihres Gegenstands operieren kann. Die Lösung, die Schmitt vorschlägt, vermag gewiss nicht zu überzeugen. Statt die Verfassungsgerichtsbarkeit als Möglichkeit auszuschließen, weil sie zu politisch wäre (Schmitt), oder die Möglichkeit eines politischen Aspekts aus der Verfassungsgerichtsbarkeit auszuschließen, weil diese sonst nicht rechtlich wäre (Kelsen), oder innerhalb der Verfassungsgerichtsbarkeit einen politischen Gegenstand von einer rechtlichen Beurteilung zu trennen (Grimm), ließe sich auch darüber nachdenken, inwiefern innerhalb dieser Beurteilung ein rechtlicher und ein politischer Aspekt (aber womöglich anders, als Schmitt es denkt) zusammenwirken und welche Folgen daraus gezogen werden sollen. Jedenfalls wird in Schmitts *Verfassungslehre* doch deutlich, dass das Problem noch vertrackter sein könnte, als Grimm es skizziert und daher auch Grimms Vorschlag nicht das letzte Wort ist. Das ist aber wohl, da ist Grimm *Nicht-Schmittianer* genug, auch nicht der Anspruch, unter den er seine Carl-Schmitt-Vorlesung stellt.

Jonas Heller,
Goethe-Universität Frankfurt, E-Mail: jheller@em.uni-frankfurt.de