

*Hauke Brunkhorst*

## Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus

### *Parlamentarismus zwischen Untertanenrepräsentation und Volkssouveränität*

Den Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung beginnt Gerhard Anschütz mit der Unterscheidung von Staat und Staatsform, um das Resultat der Revolution von 1918 in dem lapidaren Satz zusammenzufassen: „Die Verfassung hat gewechselt, der Staat ist geblieben.“<sup>1</sup> Auch wenn für Anschütz diese Unterscheidung von altem Reich und neuem Recht nur eine juristische Unterscheidung ist, die er der *neuen* Verfassung selbst entnimmt, so spiegelt sich darin doch die harte soziale Tatsache, dass die Revolution von 1918 nicht tief genug ging, um den *institutionellen* Sonderweg des Bismarckreichs definitiv zu beenden, den antidemokratischen Rechtsstaat in einen demokratischen zu verwandeln und Verwaltung, Militär und Justiz dem gesetzgebenden Willen des Volkes zu unterwerfen. Der Dualismus des konstitutionellen Systems, der sich in der juristischen Trennung des Staats vom Recht spiegelt, verschwindet zwar (weitestgehend) im Weimarer Verfassungstext, überdauert aber als machtvoll und machtgestütztes, soziales Apriori im Staatsapparat und in den Köpfen der bürgerlichen Amts- und der Bildungsschichten.

Ich beginne deshalb mit einer knappen Skizze des Staatswillenspositivismus, dann folgt eine erste Differenzierung zwischen demokratischen Rechtspositivisten und antidemokratischen Antipositivisten im Weimarer Verfassungsdiskurs und eine weitere Unterscheidung zwischen *input*- und *output*-orientierten Theorien demokratischer Legitimation, die das Lager der demokratischen Positivistinnen nochmals in einen rechten und einen linken Flügel spaltet, aber auch quer zur ersten Differenzierung verläuft. Dabei wird sich die Dichotomie zugunsten einer komplexeren Kreuztabellierung auflösen. Das aber führt keineswegs zum Verschwinden der Unterscheidung von „rechts“ und „links“, von „Demokraten“ und „Antidemokraten“, sondern im Gegenteil überhaupt erst zur trennscharfen, *idealtypischen* Ausprägung eines *konsequent* oder *radikal* demokratischen Legalismus. Es geht mir dabei nicht um „radikale Historisierung“, – ein methodisch durchaus legitimes

1 *Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin: Stilke 1926, S. 1.*

Unternehmen –, sondern um „radikale Systematisierung“.<sup>2</sup> Das nannte man vor einigen Jahren noch rationale Rekonstruktion, und dieses Programm möchte ich mir nach wie vor zu eigen machen.<sup>3</sup>

### I. Staatswillenspositivismus

Dietrich Jesch hat 1961 den staatsrechtlichen Positivismus des Bismarckreichs als Versuch dargestellt, vom Absolutismus einen Kernbestand in ein Zeitalter hinüberzueretten, das, nach Kants berühmtem Wort, die französische Revolution nicht mehr vergessen konnte.<sup>4</sup> Ganz ähnlich hatte es schon Hans Kelsen 1920 gesehen und den Staatswillenspositivismus des Kaiserreichs als den „politisch zwar geglückten, rechtslogisch aber mißglückten Versuch“ bezeichnet, „ein Stück des monarchischen Absolutismus auch unter der Geltung der konstitutionellen Verfassung zu konservieren“.<sup>5</sup>

Vor allem Hegels Trennung der Sphären von *Staat* und *Gesellschaft* wurde für das politische und staatsrechtliche Denken in Preußen und Deutschland zwischen 1820 und 1918 zur entscheidenden Weichenstellung für diesen Weg. Sie ermöglichte – in der Praxis ebenso wie in der Theorie – die Verschränkung des parlamentarischen Prinzips mit seinem *Gegenteil*, der Monarchie unter der Dominanz der monarchischen Staatsexekutive. Der Preis dieser höchst ungleichen Verbindung war freilich hoch.

Das Parlament schrumpfte zum Organ der unpolitischen *Gesellschaft* und musste sich, wie Christoph Schönberger gezeigt hat, mit der höchst bescheidenen Rolle

2 Für diese Unterscheidung danke ich Christoph Schönberger.

3 Vgl. Karl-Otto Apel, „Scientistik, Hermeneutik, Ideologiekritik“, in: Hermeneutik und Ideologiekritik, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1971, S. 7-44, hier S. 36 ff.; Imre Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes*, Philosophical Papers, V.I, London 1974; Paul Lorenzen, *Scientismus versus Dialektik*, in: Rüdiger Bubner/Konrad Cramer/Rainer Wiehl (Hrsg.), *Hermeneutik und Dialektik I*, Tübingen 1970; Jürgen Habermas, „Rekonstruktive vs. verstehende Sozialwissenschaften“, in: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1983, S. 29-52; am Beispiel des Marxismus: J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1976. Mit einer Unterscheidung von Derrida ist rationale Rekonstruktion ein Verfahren der „kritischen“ oder „produktiven Lektüre“, die er vom „verdoppelnden Kommentar“ abgrenzt: Jacques Derrida, *Grammatologie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1974, S. 273 ff. Will die historistisch verdoppelnde Einstellung des Interpreten der Geschichte *intern* „gerecht“ werden, so ist die systematisierende und rationalisierende Lektüre *extern* und ausbeuterisch an Gegenwartsanschluss und Theoriegewinn orientiert, kurz: „ungerecht“, „gewaltsam“, „verfremdend“, vgl. Albrecht Wellmer, „Zur Kritik der hermeneutischen Vernunft“, in: Christoph Dämmerling u.a. (Hrsg.), *Vernunft und Lebenspraxis*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995, S. 145.

4 Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen: Mohr 1961, S. 79.

5 Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Scientia: Aalen 1960, Nachdruck der 2. Aufl. von 1928, 1. Aufl. 1920, S. 27.

der Untertanenrepräsentation *gegenüber* der Krone und dem von Volk und Gesellschaft getrennten, autonomen Beamten- und Verwaltungsstaat begnügen.<sup>6</sup> Zwischen Staat und Gesellschaft verschwindet das Parlament als *politisch gestaltende Macht*. Zwar konnte es, sofern die bürgerlichen Freiheiten betroffen waren, Gesetze *verhindern*, aber autonom Gesetze *machen* konnte es nicht, es konnte an der Gesetzgebung *mitwirken*, aber nicht *regieren*. An der staatlichen *Herrschaft* ist es noch nicht einmal beteiligt.<sup>7</sup>

Das durch parlamentarische Mitwirkung zustandegekommene Recht ist, anders als in der parlamentarischen Demokratie, nur der Zaun, der die *vor* und *neben* dem Recht immer schon bestehende Staatsmacht *begrenzt*, nicht aber als solche überhaupt erst *erzeugt* und *gestaltet*. Es gibt *Abwehrrechte gegen den Staat*, aber keine gesetzliche *Programmierung* der Staatsgewalt durch die Volkslegislative.<sup>8</sup> Das Parlament bringt in den von ihm mitbeschlossenen Gesetzen nur die Rechte, die das Volk immer schon *hat* und nicht mehr durch außer- und innerparlamentarische Willensbildung immer wieder neu *hervorbringen* muss, zur Geltung.<sup>9</sup> Auch Verfassungen und Rechteerklärungen (wie die von 1786, 1789 oder 1791) sind diesem Selbstverständnis zufolge nicht *Gründungsurkunden* einer souveränen Nation, sondern *Grenzziehungen*, durch die der präexistente *Staat* seine Souveränität – letztlich um seine Macht zu effektivieren – freiwillig beschränkt.<sup>10</sup> In der Beschränkung zeigt sich erst der Meister, und im Anstaltsstaat hat das Volk den seinigen gefunden.<sup>11</sup>

6 D. Jesch (FN 4); Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, Frankfurt a.M.: Klostermann 1997. Dieses Buch räumt *by the way* auch mit dem von Carl Schmitt bis Böckenförde immer wieder nacherzählten Narrativ vom konstitutionellen Klassenkompromiss des Kaiserreichs auf, der zwischen Fürsten- und Volkssouveränität vermittelt und die Gewichte langsam zugunsten der letzteren verschoben hätte. Das Gegenteil ist wahr. Die Volkssouveränität hatte zu keinem Zeitpunkt eine Chance, und alle Veränderungen unterhalb der Schwelle der Revolution mussten Flickwerk bleiben. Die einzige *interne* Entwicklungsmöglichkeit, die innerhalb der Verfassungsinstitutionen des Kaiserreichs eine Chance hatte, war der Bonapartismus: das charismatische Führertum, nicht die Herrschaft des souveränen, sondern die akklamative Gefolgschaft des heteronomen Volks.

7 So auch Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen: Mohr 1997, S. 31.

8 Vgl. C. Schönberger (FN 6), S. 255 f.

9 Vgl. zur Unterscheidung Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, S. 504 ff. (im Anschluss an Iris Young).

10 C. Schönberger (FN 6), S. 239 f. Die *demokratische* Bedeutung der Verfassung als selbstbewusster *Gründung* des Gemeinwesens durch die revolutionäre Tätigkeit einer sich selbst konstituierenden Aktivbürgerschaft erkannt zu haben, ist die große Leistung des Buches von Hannah Arendt, *Über die Revolution*, München: Piper 1974; vgl. dazu a. Albrecht Wellmer, „Arendt on Revolution“, in: Dana Villa (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*, Cambridge Univ.-Press, Cambridge 2000, S. 220 ff.

11 C. Schönberger (FN 6), S. 234 ff. Vgl. a. C. Schönberger, „Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille. Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende“, in: Stanley L. Paulsen/Martin Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen: Mohr 2000, S. 6. Zur nachhaltenden Wirkungsgeschichte: Christoph Möllers, *Staat als Argument*, München: Beck 2001.

In der Labandschen Konstruktion des Konstitutionalismus war der Innenraum des Staates ein rechtsfreier Raum jenseits des Wirkungskreises parlamentarischer Gesetzgebung. Zu sich selbst könne der Staat, das war Labands berühmtes Argument, in keinem Rechtsverhältnis stehen. Der Staat durfte zwar, wie *jedes* Rechtssubjekt, nicht *gegen* die Gesetze verstoßen, aber ihren gesellschaftlichen Auftrag verwirklichen und umsetzen musste er nicht. Die Funktion von Regierung und Verwaltung bestand dementsprechend – so Paul Laband – „nicht in der Ausführung der Gesetze, sondern in der Durchführung der dem Staat obliegenden (also durch Gesetze gar nicht fassbaren und damit zwangsläufig *überpositiven* – H.B.) Aufgaben unter Beobachtung, d.h. ohne Verletzung der Gesetze“. <sup>12</sup> Wie der Bürger, so durfte der Staat *alles*, was das Gesetz nicht verbietet. <sup>13</sup> „Nur das von der Gesellschaft eroberte Terrain“, so Dietrich Jesch, „war vom Recht beschienen; im übrigen herrschte das (Labandsche – H.B.) 'Nicht-Recht' des Absolutismus“. <sup>14</sup>

Der Staat selbst galt der herrschenden Staatsrechtslehre als eine von außen undurchdringliche, *impermeable Rechtsperson*. Die Transzendentalphilosophie wurde verstaatlicht, ihr formales und universelles Subjekt zum in sich geschlossenen Staatswillenssubjekt partikularisiert und substanzialisiert. Der anthropomorphisierte Staat sollte, wie jede freie Person selbstständig über ihre inneren Angelegenheiten befinden. <sup>15</sup> Ganz so wie *Völkerrecht* und *Landesrecht* nach der damals herrschenden Lehre „verschiedene Rechtsordnungen“ darstellen, die sich – so Heinrich Triepel 1899 – wie „zwei Kreise“ „höchstens berühren, niemals schneiden“, <sup>16</sup> so stellt innerhalb des Landesrechts die staatliche Sphäre *öffentlicher* Angelegenheiten (Haushalt, Regierung, Verwaltung, öffentliche Erziehung, Strafvollzug, Polizei, Militär, Kolonien) eine Ordnung eigenen Rechts dar, die sich mit der rechtsstaatlichen und parlamentarischen Verfassung der *privaten* Angelegenheiten der Gesellschaft allenfalls berühren, niemals aber überschneiden durfte. Man könnte das – in Analogie zur Völkerrechtslehre der untergegangenen Sowjetunion – das *etatistische Nichteinmischungsprinzip* nennen: Keine Einmischung in die inneren Angelegenheiten der aparten Staatsperson! Das hieß aber: Keine Einmischung der Bürger in die eigentlich öffentlichen Angelegenheiten. <sup>17</sup> (Wie schwer es mittlerweile ge-

12 Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. II, Tübingen 1878, S. 200.

13 P. Laband, (FN 12).

14 D. Jesch (FN 4), S. 90. Knapp und prägnant: C. Gusy, „Der Vorrang des Gesetzes“, in: JuS 3/1983, S. 189 ff.

15 Zur Kritik dieses Anthropomorphismus: Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Scientia: Aalen 1960, Vorwort zur 2. Aufl. 1928, S. 19 f., 23, 44; Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin: Julius Springer 1927, S. 160, 169; Margit Kraft-Fuchs, „Kelsens Staatstheorie und die Soziologie des Staates“, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. IX, 1930, Nachdruck Frankfurt a.M.: Sauer & Auvermann 1969; vgl. a. Peter Römer, „Die reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik“, in: Politische Vierteljahresschrift, 12/1971.

16 Heinrich Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig: Hirschfeld 1899, S. 111.

17 Hannah Arendt hat das später als – in ihren Augen – modernitätstypische Verkehrung von öffentlicher und privater Sphäre und als Politikverlust diagnostiziert, dabei aber den Fehler

worden ist, in der westlichen Staatenwelt noch einen Raum rechtsfreier Staatstätigkeit zu finden, zeigt der Ortsname Guantamano an.)

Auch bei Georg Jellinek, der – als politischer *Liberaler* – das Volk wiederentdeckt, die Autonomie des Staats *gegenüber* der Gesellschaft relativiert und den Einstieg des späteren demokratischen Rechtspositivismus zum Umstieg vom Anstalts- zum Körperschaftsstaat immerhin vorbereitet, triumphiert am Ende der staatsrechtliche *Etatist* über den politischen Liberalen.<sup>18</sup> Der Staat ist ein historisch und/oder ontologisch präexistentes Willens- und Herrschaftssubjekt, das sich in einem *überpositiven*, sei es moralischen, sei es naturrechtlichen Akt der Selbstverpflichtung „zum Rechtssubjekt ernennt und den Regeln der Rechtsordnung, (die er selbst setzt), unterwirft“.<sup>19</sup> Der Punkt ist, dass dieser Staat – worauf Kelsen hingewiesen hat – als „Besitzer“ der Rechtsordnung sich jederzeit, wenn es Not tut, von seinem Besitz auch wieder *trennen* und auf seine überpositiv legitimierte Herrschaftsmacht zurückziehen oder, wie Forsthoff es noch zu Beginn der 70-er Jahre formulierte, das Recht wie einen Mantel abstreifen kann.<sup>20</sup> Hinter dem Recht steht der Staat, der – so Möllers – „bei Gelegenheit sein Haupt erhebt, um (überlegale und überpositive H.B.) normative Ansprüche anzumelden“.<sup>21</sup> Der von antidemokratischen Antipositivisten des Weimarer Staatsrechts wie Carl Schmitt später beerbt und keineswegs überwundene Staatswillenspositivismus

gemacht, ähnlich wie Carl Schmitt die Verkehrung nicht einem sehr spezifisch deutschen Konstitutionalismus anzulasten, sondern ebenso, und zu Unrecht, der Massendemokratie westlichen Typs. *H. Arendt*, *Vita Activa*, München: Piper 1981.

- 18 *C. Schönberger*, „Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille“ (FN 11); *C. Möllers*, „Skizzen zur Aktualität Georg Jellineks“, in: *S.L. Paulsen/M. Schulte* (FN 11), S. 155-171.
- 19 *C. Möllers* (FN 18), S. 163; vgl. a. *Georg Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen: Scientia 1979, Meudruck der 23. Aufl. 1919, S. 85 f., 136 ff.; *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Springer 1922, S. 476 ff., bes. S. 481 f.; vgl. a. die Darstellung bei *C. Schönberger* (FN 6), S. 238 f., 255.
- 20 *H. Kelsen* (FN 15), S. 44; das Recht als Mantel bzw. „Gewand“: *Ernst Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München: Beck 1971. Forsthoff polemisiert hier – in ungebrochener Traditionslinie mit der Jellinekschen Zweiseiten-Lehre – gegen eine „zur Rechtsstaatswissenschaft geschrumpfte Staatswissenschaft“, weil es zur wahren Staatlichkeit „eines Staates“ bedürfe, „dessen Selbstverständnis sich nicht darin erschöpft, ein perfekter Rechtsstaat zu sein. Ein solcher Staat braucht nicht aufhören, ein Rechtsstaat zu sein, sondern die Rechtsstaatlichkeit würde er als das Gewand verstehen, in das die Staatlichkeit als eine reale, souveräne Macht gekleidet ist“ (S. 46 f.). Einen solchen Staat stelle – zum Bedauern von Forsthoff, der auch von einem „Geburtsfehler“ (S. 106) spricht – „die Bundesrepublik [...] nicht dar“ (S. 47). Ein wirkliches „Staatswesen“ sei im Unterschied zur Bundesrepublik mehr „um nicht zu sagen: etwas anderes“ als eine Rechtsgenossenschaft (S. 55). Nur dort, wo die Staatsautorität nackt und ohne den Umhang des „rechtsstaatlichen Normativsystems“ erscheine, nur „dort, wo Regierung und Verwaltung ohne den Vollzugsbefehl des Gesetzes auftreten, sind sie 'der Staat' und nichts weiter“ (S. 105).
- 21 *C. Möllers* (FN 18), S. 164.

steht und fällt letztlich mit der Idee eines „rechtsfreien Staates“, „der im Zweifel von ihm gewährte Rechtspositionen wieder zurückrufen kann“.<sup>22</sup>

Die sich selbst durchs positive Recht bindende Staatperson geht – in ihren rechtsphilosophischen Prämissen – nicht aus einem *Gesellschaftsvertrag* hervor, den die Bürger untereinander (als Freie und Gleiche) schließen, sondern aus einem (dem Naturrecht nicht minder verhafteten) *Unterwerfungsvertrag*. Die Bürger konstitutionalisieren sich nicht selbst als „Staat des Volkes“,<sup>23</sup> sondern werden vom Staat als *dessen* Volk konstitutionalisiert. Der Staat ist nicht ihre Kreation, sie sind die Kreaturen des Staates. Während der bürokratische Staatsapparat – so Schönberger – „als Person *anerkannt* wird“, wird dem wirklichen Volk „eine eigene Persönlichkeit *aberkannt*“.<sup>24</sup> Labands These, „Herrschen“ sei das „*Recht*, freien Personen [...] Handlungen, Unterlassungen und Leistungen zu befehlen und sie zur Befolgung derselben zu *zwingen*“, die auch noch hinter Jellineks Selbstbindungslehre steht, erweist sich im fraglos vorausgesetzten, *höheren* Recht des Staatswillenssubjekts als ein nicht konsequent genug durchgeführter Rechtspositivismus.<sup>25</sup> Genau das hatte Kelsen gemeint, wenn er von einem politisch zwar gelungenen, rechtslogisch aber missglückten Versuch sprach.

## II. Demokratischer Rechtspositivismus

Mit der Konstruktion einer dem Recht vorhergehenden und als Herrschaftssubjekt über den Bürgern, der Nation, dem Volk stehenden *Staatssoveränität* waren die Weichen für einen *politischen und institutionellen Sonderweg* gestellt. Staatssoveränität ist letztlich mit *Volkssouveränität* unvereinbar. Man kommt nämlich keineswegs von der Staats- zur Volkssouveränität, indem man einfach die *Subjektstelle* der Souveränität austauscht.<sup>26</sup> Dazu hätte es keiner Revolution, die, wie Anschütz im Kommentar zur Reichsverfassung vom 11. August 1919 feststellt, den Bruch alten Rechts in *neues* ummünzt, bedurft.<sup>27</sup> Ein Staatsstreich hätte genügt. Während sich die Souveränität des, zum rechtlich undurchdringlichen Willenssubjekt hypostasierten Staats in der *einseitigen* Erzeugung der Rechte *seiner* Untertanen be-

22 C. Möllers (FN 18), S. 165.

23 Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 266.

24 C. Schönberger (FN 6), S. 66.

25 P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. I, 1911, S. 68. Zur Kritik: H. Kelsen (FN 15), S. 67 ff.

26 Paradigmatisch und mit fataler Wirkungsgeschichte (bis heute und bis weit ins linksliberale *juste milieu*) hat Carl Schmitt den Wandel von der *subjektivistischen* Fürstensouveränität zur *intersubjektiven* Volkssouveränität als schlichten Austausch des individuellen durch ein kollektives Subjekt gedeutet und damit die procedurale Intersubjektivität demokratischer Willensbildung objektivistisch verkürzt (vgl. *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker&Humblot 1989, S. 51). Aber auch das war bereits Selbstverständnis des Staatswillenspositivismus, vgl. z.B. G. Jellinek, *Staatslehre* (FN 19), S. 483.

27 G. Anschütz (FN 1), S. 4 f.

weist, kann das Volk ohne den „Verfahrensfilter“ (Olivier Beaud) *wechselseitig* zugeschriebener Freiheitsrechte gar nicht erst als rechtsetzender Souverän tätig werden.<sup>28</sup> Der demokratische Produzent des Rechts ist, anders als die anthropomorphisierte Staatsperson, *kein* verstaatlichtes oder sonstwie kollektiviertes Transzendentsubjekt, sondern überhaupt nur als vielstimmige und heterogene Kommunikationsgemeinschaft denkbar. So beschreibt ihn dann auch Thoma in dem Artikel „Das Reich als Demokratie“ des Anschütz/Thoma-Handbuchs.<sup>29</sup> In der Verhinderung der Volkssouveränität und in nichts anderem bestand der *deutsche Sonderweg* in die moderne Gesellschaft.<sup>30</sup>

Diesen Sonderweg beendet der in Weimar beschlossene *Verfassungstext*, und die Republik ist nicht an diesem Text, sondern seiner höchst unzureichenden Umsetzung, seiner, über weite Strecken, nur nominalistischen Gesetzeskraft gescheitert.<sup>31</sup> Der Rechtstext verpflichtet die Republik auf Volkssouveränität und parlamentarische Repräsentation.<sup>32</sup> Beim Übergang von der Staats- zur Volkssouveränität ist es deshalb auch gar nicht so überraschend, dass sich die Verteidiger der Republik unter den – größtenteils noch im Kaiserreich ausgebildeten – Staatsrechtlern, im Lager eines nun demokratischen Rechtspositivismus oder demokratischen Legalismus wiederfinden, selbst wenn sie das so heftig bestreiten wie der

28 Scharf herausgearbeitet in Habermas Kritik am Modell der Abwehrrechte in: *J. Habermas* (FN 9).

29 *Richard Thoma*, „Das Reich als Demokratie“, in: *G. Anschütz/R. Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, § 16, Tübingen: Mohr 1930.

30 Im Vergleich mit dem englischen Verfassungsmodell zeigt schon *Franz Neumann*, „Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft“, in: *ZfS* 1937, S. 542-596, hier: S. 566 ff., dass die Besonderheit des deutschen Wegs in die politische Moderne in der Opposition von Rechtsstaat und Demokratie und der eigentümlich antidemokratischen und antiparlamentarischen Akzentuierung der deutschen Rechtsstaatsideologie bestand: „Die deutsche Theorie ist liberal-konstitutionell, die englische“ – mit ihrer Gleichursprünglichkeit der „Souveränität des Parlaments und der Herrschaft des Gesetzes“ – „demokratisch-konstitutionell“ (a.a.O., S. 567 f.). Das sind freilich verschiedene Entwicklungspfade desselben Verfassungstyps einer *herrschaftsbegrenzenden* Verfassung, in der ein schon existierender Staat sich selbst ans Recht bindet, während die eigentlich moderne, *herrschaftsbegründende* Verfassung der Volkssouveränität aus den Verfassungsrevolutionen des 18. Jahrhunderts in Frankreich und Amerika hervorgegangen ist. Zur Differenz vgl. jetzt auch: *C. Möllers*, „Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa“, in: *Armin v. Bogdandy* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin: Springer 2003.

31 Zum Begriff der nominalistischen Verfassung: *Karl Löwenstein*, *Verfassungslehre*, Tübingen: Mohr 1997, S. 148 ff. Ein wichtiger Grund des Scheiterns der Normativität der Weimarer Reichsverfassung dürfte in der alle politischen Parteien übergreifenden Ablehnung des Rechtsformalismus und dem inhaltlichen Verständnis von Demokratie als Führerauslese gelegen haben (s.u.). Vgl. hierzu a.: *C. Möllers*, „Das parlamentarische Gesetz als demokratische Entscheidungsform – Ein Beitrag zur Institutionenwahrnehmung in der Weimarer Republik“, in: *C. Gusy* (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden: Nomos 2000, S. 415-468.

32 *G. Anschütz* (FN 1), S. 30.

jüngere, durch den Weltkrieg geprägte Hermann Heller.<sup>33</sup> Neben Heller, der eher ein Außenseiter ist, gehören zu dieser höchst heterogenen Gruppe vor allem die liberale Heidelberger Schule von Anschütz und Thoma und die Wiener Kelsen-Schule, aber auch jüngere, linke Juristen wie die durchaus folgenreich von Carl Schmitt beeinflussten Franz Neumann und Otto Kirchheimer. Kirchheimers 1932 gegen Carl Schmitt gerichtete These, dass die Legitimität der parlamentarischen Demokratie „allein in ihrer Legalität“ bestehe, bringt das dieser Gruppe gemeinsame Verfassungsverständnis treffend zum Ausdruck.<sup>34</sup> Umgekehrt wird man die Feinde der Republik bei den antipositivistischen Antidemokraten vermuten dürfen, und zwar umso heftiger, je deutlicher jene Feindschaft ausgeprägt ist. Wer die Legitimität des kaiserlich sanktionierten Gesetzes prinzipiell höher bewertet hatte als den Beschluss der Volkslegislative, für den traf in der Regel Kelsens Feststellung aus dem Jahr 1926 zu: „Juristen, die ehemals die strikteste Bindung des Richters an das Gesetz lehrten, (möchten) heute dem Richter mit Berufung auf Naturrecht weitgehende Freiheit gegenüber dem Gesetz zuerkennen.“<sup>35</sup> Den gemeinsamen Kern dieser wiederum in sich höchst heterogenen Gruppe bringt Carl Schmitts Parole *Legitimität contra Legalität* auf den Begriff.

Das *pattern*, das den verschiedenen Strömungen des demokratischen Legalismus gemeinsam ist, lässt sich erkennen am Vorrang des demokratischen Gesetzes, am einheitlichen und durch partizipative Allgemeinheit bestimmten Gesetzesbegriff, an der These, dass die individuelle Freiheit kein zusätzliches, sondern ein konstitutives Element der Demokratie ist, an der Bestimmung nicht nur der Staatsform, sondern des Staats durch die Verfassung, schließlich an der Offenheit der Verfassung für einen radikalen Reformismus, der gewaltsame Revolutionen überflüssig macht, weil sich ihre Ziele auch im Rahmen legaler Verfassungsrevolutionen realisieren lassen.<sup>36</sup> Im Zentrum des demokratischen Legalismus steht der *Gesetzesbegriff* und damit eng verbunden die These von der Verfassung als *offener Form*.<sup>37</sup>

33 Dazu: *Ingeborg Maus*, „Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik“, in: *Ilse Staffl/Christoph Müller* (Hrsg.), *Staatslehre in der Weimarer Republik*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1985, S. 194-220; *C. Müller*, „Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen“, in: *I. Staffl/C. Müller* (FN 33), S. 128-157.

34 *Otto Kirchheimer*, „Legalität und Legitimität“, in: *O. Kirchheimer*, *Politische Herrschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1967, S. 13. Zum Begriff des „demokratischen Rechtspositivismus“: *Hauke Brunkhorst*, „Die unheroische Demokratie. Sozialphilosophische Kontexte der Weimarer Staatsdiskussion“, in: *Arno Waschkuhn/Alexander Thumfart* (Hrsg.), *Politisch-kulturelle Zugänge zur Weimarer Staatsdiskussion*, Baden-Baden: Nomos 2002, S. 91-97.

35 *H. Kelsen*, Diskussionsbeitrag, in: *VVdStRL* 3, S. 54.

36 Zur Aktualität der Idee einer Verfassung als Ermöglichung *permanenter, legaler Revolution* vgl. *J. Habermas*, „Ist der Herzschlag der Revolution zum Stillstand gekommen?“ in: *Die Ideen von 1789*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1989, S. 7-36.

37 Vgl. *O. Kirchheimer* (FN 34); ähnlich: *M. Krafi-Fuchs*, „Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre“, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. IX, 1930, Nachdruck Frankfurt a.M.: Sauer & Auvermann 1969, S. 533; *Hermann Heller*, *Staatslehre*, Leiden: Sijthoff 1934, S. 257 f.

(1) *Zum Gesetzesbegriff*: Zentrales Organ der Gesetzgebung, die Verwaltung und Justiz bindet und bestimmt, ist in der Reichsverfassung das Parlament. Die in der Verfassung festgelegte „Rangordnung der Rechtsquellen“ drängt den Reichspräsidenten an den Rand und gibt – so Kirchheimer – „dem Parlamentsgesetz des demokratischen Volkswillens den unbestreitbaren Vorrang“.<sup>38</sup> Dasselbe konstatiert auch Thoma, wenn er im Vergleich zur dualistischen Gewaltentrennung des Kaiserreichs von einer „monistischen Gewaltenvereinigung“ spricht: Die Regierung ist die Regierung *des* Parlaments und sein Gesetz bindet *und* bestimmt die übrigen Staatsgewalten.<sup>39</sup> Das demokratische „Rechtsstaatsideal“, so Thoma weiter, geht „nicht auf Bindung des Gesetzgebers, sondern auf Bindung von Justiz und Verwaltung einschließlich ihrer obersten Spitze. Diese sollen dem Rechte unterworfen sein. Die rechtsgestaltende Souveränität soll sich in die Legislative zurückziehen“.<sup>40</sup>

Das von der Volkslegislative beschlossene Gesetz gewinnt seine Gültigkeit *nur noch durch die partizipative Allgemeinheit auf der Eingabeseite des Gesetzgebungsprozesses*. Es kann, und das erst ermöglicht eine auch technisch effektive Herrschaft der Volkslegislative über den Staatsapparat, Einzelfallgesetze (im Unterschied zu Einzelpersonengesetzen) und generelle und spezielle Zweckprogrammierung ebenso enthalten wie generelle Konditionalprogramme. Da das demokratische Gesetz die Verwaltung nicht nur (wie schon der Konstitutionalismus) durch ein Abweichungsverbot *konditioniert*, sondern durch ein Anwendungsgebot *determiniert*, wäre der (von Schmitt seit der Debatte um die Fürstenenteignung im Jahr 1926 vorgeschlagene) Ausschluss von Einzelfallgesetzen und wohlbestimmten Zweckprogrammen nichts anderes als die Reduktion parlamentarischer Demokratie auf eine mehr oder minder diktatorische Variante des alten Konstitutionalismus.<sup>41</sup> Wie im bismarckschen Anstaltsstaat bliebe dem Parlament bestenfalls die „unselbstständige Organsouveränität“ Georg Jellineks.<sup>42</sup> „Rechtsetzung“, so Heller deshalb im Anschluss an Merkl und in diesem entscheidenden Punkt übereinstimmend mit Kelsen und *gegen* Laband, Jellinek und Schmitt, ist „jeder staatliche Befehl“. Im demokratischen Rechtsstaat aber „heißen“ „Gesetze [...] *nur, aber auch alle* von der Volkslegislative gesetzten obersten Rechtsnormen“.<sup>43</sup> Nicht die inhaltlich-semant-

38 O. Kirchheimer „Die Verfassungslehre des Preußenkonflikts“, in: Die Gesellschaft 32, S. 195.

39 R. Thoma (FN 29), S. 119; R. Thoma, „Grundbegriffe und Grundsätze“, in: G. Anschütz/R. Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 2, Tübingen 1930, S. 108-159, hier: S. 196; vgl. a. Hans Diether Rath, Positivismus und Demokratie, Berlin 1981, S. 129 f. Die *Bestimmung* der Organgewalten durch das Gesetz ist der entscheidende Unterschied. Die *Bindung* des Richters an das Gesetz gab es schon in der alten, Preußischen Verfassung (Art. 68).

40 R. Thoma, „Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen“, in: Hans Carl Nipperday, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, Kronberg: Scriptor 1930, S. 43.

41 Ähnlich im Rückblick F. Neumann (FN 30), S. 576 ff.

42 Vgl. G. Jellinek, Staatslehre (FN 19), S. 566 ff.; vgl. a. D. Jesch (FN 4), S. 84 ff.

43 H. Heller, „Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung“ (1927), in: Gesammelte Schriften, Leiden: Sijthoff 1971, S. 235 ff, hier: S. 227, 226.

tische Allgemeinheit macht das Gesetz zum Gesetz, sondern die derogative Bindungskraft des Parlamentsbeschlusses. Eine Begrenzung der Gesetzgebung auf die semantische Form allgemeiner Gesetze hätte nur, so auch Thoma gegen Schmitt, den durchsichtigen politischen Zweck, die Volkslegislative zu entmachten.<sup>44</sup> An den Vorbehalt allgemeiner Gesetze darf – so Thoma – der einfache Gesetzgeber, soll er selbstständige Organsouveränität bleiben, nur in den Fällen gebunden sein, in denen die Verfassung das ausdrücklich vorschreibt.<sup>45</sup> Diesen Punkt hat die Kelsen-Schülerin Kraft-Fuchs in ihrer bis heute unübertroffenen Kritik an der „Verfassungslehre“ Carl Schmitts scharf herausgearbeitet: „Die Einengung des Begriffs des Gesetzes hat nur den Zweck, eine rechtsfreie Sphäre zu schaffen, die die Möglichkeit gibt, Staatshandlungen eventuell auch *ohne* oder *gegen* das positive Recht vornehmen zu können. Diese Theorie ist in der Geschichte der – speziell der autokratisch orientierten – Staatslehre allerdings nicht gerade originell.“<sup>46</sup> In der Tat handelt es sich nur um eine jungkonservative Wiederkehr von Labands Zweiteilung des Gesetzesbegriffs in formelle und materielle Gesetze.

Kelsen und Heller – die Antipoden unter den Verteidigern von Weimar – sind sich darin einig, dass „Rechtsetzung“ immer „Rechtssätze“ erzeugt, die höherstufige Rechtssätze konkretisieren und individualisieren.<sup>47</sup> *Das schließt jede rechtsfreie Staats- und Verwaltungstätigkeit* – wie Kelsens Schüler Merkl im Detail zeigt – *aus*.<sup>48</sup> Der Witz der Unterscheidung Hellers zwischen „Gesetz“ und sonstiger „Rechtssprechung“ liegt gerade darin, dass jede Rechtssetzung *außerhalb* des Parlaments zwar produktiv wie der Teubnersche Rechtspluralismus, aber an das vom Parlament beschlossene Gesetz gebunden ist und eigene Kraft nur auf Grund des gesetzlichen Anwendungsgebots *und* in den Grenzen des Gesetzes entfalten kann.<sup>49</sup> Das Parlamentsgesetz ist also in einem zweifachen Sinn generell oder allgemein: Es ist als proceduraler Wille *aller* Rechtsadressaten in einem *absoluten* Sinn generell, und es ist in dem höchst *relativen* Sinn als konkreter *Rechtssatz* generell, in dem

44 R. Thoma (FN 39), S. 147 ff.; R. Thoma (FN 40), S. 35 ff.

45 Z.B. bei Eingriffen in die allgemeine Freizügigkeit, die Religionsfreiheit oder die Redefreiheit, nicht jedoch bei Enteignungen.

46 M. Kraft-Fuchs (FN 37), S. 537.

47 H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin: Springer 1925, S. 229 ff.; H. Heller, „Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung“, a.a.O., S. 227 ff. Zur Kontroverse Heller/Kelsen, die über weite Strecken ein gutes Beispiel für wechselseitiges Nicht-Verstehen-Wollen ist, vgl. C. Müller, „Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen“, a.a.O. Vgl. a. Kelsen, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 4/1928, S. 171, 179.

48 Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin: Julius Springer 1927, S. 160, 169; A. Merkl, „Prolegomena zu einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus“, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Wien: Europa Verlag (ursprünglich 1931: Festschrift Kelsen), S. 1352 f.

49 H. Heller (FN 43). Zum aktuellen Rechtspluralismus: Gunther Teubner, „Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus“, in: Rechtshistorisches Journal 15/1996, S. 255-290; G. Teubner, „Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts“, in: H. Brunkhorst/Matthias Kettner, Globalisierung und Demokratie – Wirtschaft, Recht, Medien, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2000, S. 240-273.

das Gesetz, es mag noch so präzise bestimmt sein, stets mehrere, genau genommen *unbegrenzt* viele *Individualisierungen* durch Verordnungen und Gerichtsurteile zulässt und so für die nötige Varianz der Rechtsevolution sorgt.<sup>50</sup> In diesem Sinn ist auch das Gesetz, das die Hohenzollern enteignet, semantisch genereller und abstrakter als die konkreten Durchführungsverordnungen oder Gerichtsurteile im Fall einer Klage.

Der demokratische Gesetzesbegriff zwingt schließlich dazu, das Demokratieprinzip so auszulegen, dass der Staat „kraft Anordnung der Verfassung“ mit der demokratischen Staatsform ebenso zu *identifizieren* ist wie die Verfassung mit dem positiven Verfassungsgesetz, während die konservative Gegenseite nicht müde wird, die Differenz von Staat und Staatsform, überpositivem und positivem Recht, Legitimität und Legalität, Verfassung und Verfassungsgesetz zu traktieren und den „Ewigkeitswert“ (Heinrich Triepel) des Staates gegen die vergängliche Demokratie auszuspielen. Dagegen Thoma knapp: „Der Staat, das sind wir.“<sup>51</sup> Wenn Anschütz den Staat im Wechsel seiner Verfassungen bestehen lässt, dann ist diese Unterscheidung von Staat und Staatsform als *Satz* des Verfassungsgesetzes *durch* die Verfassung selbst als „oberster Konstitutionsnorm des Staates“ hervorgebracht worden.<sup>52</sup> Es gibt eben in der Demokratie nur soviel Staat, „wie die Verfassung zum entstehen bringt“ (Adolf Arndt).<sup>53</sup> Der Staat „ist eine Republik“, heißt es in Art 1 Satz 1 WRV, und das Wort „ist“ bedeutet hier die *Identität*. So wie der Staat die Republik, so *ist* die Republik der Staat.<sup>54</sup> Deshalb darf die Verfassung auch nicht mehr bloß abwehrrechtlich als Limitierung des Staates von außen, – denn es *gibt* rechtsnormativ ja keinen Staat *außerhalb* der Verfassung –, sondern muss demokratisch als *Hervorbringen, Herausstellen, Produzieren der Staatsgewalt durch parlamentarische Legeferien* verstanden werden.<sup>55</sup> Die Verfassung, so argumentiert denn auch Thoma, begrenzt den Staat nicht von außen oder von der hegelschen „Gesellschaft“ her, sondern bringt seinen Willen *als* Volkswillen von innen hervor.<sup>56</sup> Konstruktive Volkswillensbildung, nicht die Abbildung eines verfahrensfrei vorab schon festehenden, von außen erkennbaren, substanziellen Staatswillens ist dementsprechend die einzige „Organisationsaufgabe“ des Verfassungsgesetzes.<sup>57</sup>

50 Prägnant: *H. Kelsen*, „Demokratie und Sozialismus“, in: *Demokratie und Sozialismus*, Wien: Volksbuchhandlung 1967, S. 172 f. (im Kontext einer scharfen Kritik an Hayek).

51 *R. Thoma* (FN 29), S. 187.

52 Zit. n. *C. Gusy* (FN 7), S. 434.

53 *Adolf Arndt*, „Umwelt und Recht“, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1963, S. 25, zit. n. *C. Möllers* (FN 11), S. 422.

54 Vgl. a. *C. Gusy* (FN 7), S. 434.

55 *Oliver Lepsius*, „Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik“ in: *C. Gusy* (FN 31), S. 366-416, hier: S. 390 ff.

56 *R. Thoma* (FN 29).

57 *O. Lepsius* (FN 55), S. 399 ff.; vgl. a. *R. Thoma* (FN 29), S. 188; *R. Thoma*, „Staat (Allgemeine Staatslehre)“, in: *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. VII, Jena 1926, S. 724-756, hier: S. 746; vgl. a. *H.D. Rath* (FN 39), S. 100 ff.

(2) *Offenheit der Verfassung*. Die inhaltliche Normierungsgewalt des verfassungändernden Gesetzgebers (Art 76 WRV) hat, so Thoma, vom Völkerrecht abgesehen, keine juristische oder „staatsrechtliche Schranke“.<sup>58</sup> Thoma wendet sich damit entschieden gegen den (wie immer scheinheiligen) *Grundrechtsfundamentalismus* Carl Schmitts: den Versuch, das Demokratieprinzip dadurch zu schwächen, dass ein Grundrechtskern gegen jede Änderung durch die Volkslegislative immunisiert wird. Es ist bei Schmitt immer dasselbe Argumentationsschema. Der Staat wird der Staatsform, die Verfassung dem Verfassungsgesetz, das Recht dem Gesetz, die Legitimität der Legalität substanzial als materiales Apriori vorgeordnet.<sup>59</sup> Danach wird, je nach politischer Situation, irgendeine *Grundentscheidung* zur eigentlichen *Verfassung im politischen Sinn* erklärt, erst der institutionelle Kern der parlamentarischen Demokratie (Verfassungslehre), dann der Grundrechtsteil der Verfassung mit Eigentumskern (Legitimität und Legalität), später die extralegale Existenz des Staates (Hüter der Verfassung), und am Ende wird die konkrete Führer-Gefolgschaftsordnung (Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens) mit der höheren Legitimität des höheren Rechts der substanzialen Verfassung ausstaffiert. Gegen den Buchstaben der Verfassung wird ihr Geist als Geist eines revolutionären Mythos beschworen, für tabu erklärt und der Reichspräsident oder irgendein Führer als Wächter des Gründungsmythos inthronisiert.<sup>60</sup> Dabei verbirgt sich hinter Schmitts jungkonservativer Notstands- und Mythosrhetorik nur die alte These des Staatswillenspositivismus vom *höheren* Recht eines herrschaftlichen Willenssubjekts: einer juristischen oder metajuristischen Ordnung *vor* der Legalordnung.<sup>61</sup> Die politische Absicht dieser Konstruktion liegt klar zutage und ist von derjenigen Labands in *einer* Hinsicht (auf die andere komme ich gleich zurück) ununterscheidbar. Das Parlament soll dem exekutivisch verstandenen Staat (bzw. später der dreigliedrigen Führer-Gefolgschaftstotalität aus Volk, Bewegung, Staat) unterworfen und in eine herrschaftsferne Untertanenvertretung (bzw. später in ein vollständig dem Führerwillen untergeordnetes „Institut“<sup>62</sup>) zurückzuverwandelt werden.

58 R. Thoma (FN 39), S. 154 f.

59 Vgl. C. Gusy (FN 7), S. 441 f.; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, München: Beck 1999, S. 105, 110 ff., zur verhängnisvollen Wirkung der Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz, s.a. S. 103, 113 ff., 189. Für eine entsprechende Verfassungsinterpretation des Grundgesetzes, die die substanziale Verfassung dem Verfassungsgesetz vorordnet, vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Das Grundrecht der Gewissensfreiheit“, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 216 f.

60 Vgl. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin: Duncker & Humblot 1985. Der demokratische Gesetzgeber ist die Quelle aller Gefahr für den Staat (S. 24 f.). Vgl. a. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), Berlin: Duncker & Humblot 1968.

61 C. Schmitt, *Politische Theologie*, Berlin: Duncker&Humblot 1990, S. 18 f.

62 Zu dieser Art institutioneller Garantie vgl. C. Schmitt, „Das Staatsnotrecht im modernen Verfassungsleben“, *Deutsche Juristenzeitung* 1933, S. 255, wo Schmitt höhnisch den Reichstag *nach* Verabschiedung des Ermächtigungsgesetzes und der Aufhebung aller subjektiv- und organisationsrechtlichen Garantien und Kompetenzen als „schönes Beispiel einer institutionellen Garantie“ durch eben jenes Gesetz anpreist.

Schmitt sieht – so Kelsens Replik auf Schmitts „Hüter der Verfassung“ – die Gefahr für die Verfassung nur beim Parlament und sieht keinen Bedarf für einen Hüter der Verfassung bei Verstößen der Exekutive. Der Schmittsche Hüter soll nur die Parlamentsgesetze prüfen, um desto ungestörter die anderen Verfassungsverstöße machen zu können, auf dem Verordnungsweg.<sup>63</sup> Diese Verfassungslehre läuft, wie auch Thoma sofort erkannt hat, keineswegs „auf eine besondere Heiligung, sondern auf eine Entwertung der geschriebenen Verfassungen hinaus, denen eine Härte angedichtet wird, an der sie unter Umständen zerspringen müssten“.<sup>64</sup>

Thoma lehnt deshalb – nicht anders als Anschütz, Heller zumindest anfangs, Neumann, Kirchheimer oder Fraenkel – ein richterliches Prüfungsrecht ebenso entschieden ab wie das des Reichspräsidenten, der als Hüter der Verfassung ohnehin indiskutabel ist, hieße das doch, den Bock zum Gärtner machen.<sup>65</sup> Thoma sieht im richterlichen Prüfungsrecht einen Rückfall in „mittelalterlich-ständestaatliches Denken“, der am Ende zu einer Ablösung der Demokratie durch eine „Gerontokratie des Richteramtes“ führen müsste.<sup>66</sup> (Eine ganz ähnliche Polemik gab es übrigens wenige Jahre später in den Vereinigten Staaten von Seiten der progressiven Regierung Roosevelt gegen die konservative Herrschaft der alten Männer im *Supreme Court*.<sup>67</sup>) Nur Kelsen plädiert am Ende der Republik für eine Verfassungsgerichtsbarkeit, freilich ist sie politisch als Gegengewicht nicht gegen das Parlament gerichtet, sondern ganz im Gegenteil gegen die starke Stellung des Weimarer Reichspräsidenten. Prinzipiell will Kelsen die Kompetenz des Verfassungsgerichts auf die Überprüfung des verfassungsgemäßen Zustandekommens der Gesetze beschränkt wissen. Ein verfassungsänderndes Gesetz kann dann und nur dann als verfassungswidrig zurückgewiesen werden, wenn es nicht auf dem dafür vorgesehenen Weg „als verfassungsänderndes Gesetz zustande gekommen ist“.<sup>68</sup> Bei der Verfassungsgesetzgebung kann es ausschließlich um die Anfechtung „kompetenzwidriger“ Gesetze gehen.<sup>69</sup> Die Stoßrichtung ist also bei denjenigen demokratischen Legalisten, die eine Verfassungsrechtsprechung ablehnen und denen, die sie

63 H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin-Grünwald: Rothschild 1931, S. 12, 14.

64 R. Thoma (FN 40), S. 45.

65 Vgl. G. Anschütz (FN 1), S. 280 (Kommentar zu Art. 102, Pkt. 4); F. Neumann, „Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung“, in: *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1978, S. 74; O. Kirchheimer (FN 34), S. 25; Ernst Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, Darmstadt: Wiss. Buchges. 1968, S. 25 f., 47, 52; zu Heller vgl. I. Maus (FN 33), S. 194-220.

66 R. Thoma (FN 39), S. 144; vgl. a. R. Thoma (FN 40), S. 12, 41.

67 William Seagle, *Weltgeschichte des Rechts*, München/Berlin 1951, S. 446 ff.

68 H. Kelsen (FN 53), S. 19.

69 H. Kelsen (FN 53), S. 36. Vgl. a. S. 20: „Bei der Verfassungsgerichtsbarkeit geht es nicht darum, [...] dass (im Sinne der naturrechtlichen Legeshierarchie – H.B.) ein schwächeres Gesetz durch ein stärkeres [...] geschützt wird, sondern einfach darum, dass eine Norm aus dem Grunde, weil der Tatbestand ihrer Erzeugung in Widerspruch zu der diesen Tatbestand regelnden und eben darum höheren Norm, in ihrer individuellen und generellen Geltung aufgehoben werden soll.“

wie Kelsen befürworten, dieselbe: das Volk und sein Legislativorgan vor verfassungswidrigen Übergriffen der Exekutive zu schützen.

### III. Input-Legitimation

Carl Schmitt unterscheidet sich in *einem* wesentlichen Punkt vom Staatswillenspositivismus, und das soll hier zum Ausgangspunkt für die oben angekündigte, komplexere Typologie werden, bei der sich freilich der Unterschied von „links“ und „rechts“, „demokratisch“ und „undemokratisch“ nicht sogleich im Sande verläuft, – wie es heute im Zuge radikaler, postmodern inspirierter Historisierung häufiger geschieht –, sondern im Gegenteil schärfer ausprägt. Der jungkonservative Intellektuelle Schmitt ist kein Reaktionär oder gar Monarchist, und der Konstitutionalismus ist 1918 – auch in Schmitts Wahrnehmung – unwiderruflich untergegangen.<sup>70</sup> Die neue Realität, die es zunächst als solche (mit heroischem Realismus) zu akzeptieren gilt, *ist* die Massendemokratie, und genau das spiegelt sich – Schmitt zufolge zumindest widersprüchlich – in der Verfassung von Weimar. Schmitt nimmt diese Verfassung deshalb *als* Verfassung der Demokratie durchaus *ernst* und macht sie zum Ausgangspunkt der produktivsten Zeit seines politischen Denkens. Für ihn ist – *und hier trifft er sich mit Kelsen* (und mit Kirchheimer und Neumann in einigen ihrer hellsichtigsten Analysen am Ende der Republik) – die Demokratie einzig und allein durch das Prinzip der *input*-Legitimation in ihrem Wesen bestimmt.<sup>71</sup> Demokratie ist *Identität von Herrschenden und Beherrschten*.<sup>72</sup> Genauso sieht es Kelsen, und er schreibt es schon lange vor Schmitt 1920 in seiner Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“. Demokratie ist für ihn mit Rousseau Selbstgesetzgebung des Volkes,<sup>73</sup> und das heißt gerade dann, wenn – worauf es bei Kelsen im Unterschied zu Schmitt ankommt – bei der „Herrschaft Beherrschter“<sup>74</sup> kein Beherrscher ausgeschlossen werden soll, *Identität von Subjekt und Objekt der Herrschaft*.<sup>75</sup>

70 Zum Begriff des Jungkonservatismus und seiner Abgrenzung von Alt- und Neokonservatismus: J. Habermas, „Die Moderne – ein unvollendete Projekt“, in: Kleine Politische Schriften I-IV, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1981, S. 444-464, hier: S. 463.

71 Zur Input-Legitimation: H. Brunkhorst, Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2002, Kap. I.3. Zur Unterscheidung Input- vs. Output-Legitimation vgl. a. Fritz Scharpf, Regieren in Europa – Effektiv und demokratisch? Frankfurt a.M.: Campus 1999, S. 18 ff., 33 f., 111, 167 f.

72 C. Schmitt (FN 26), S. 234 ff.

73 Vgl. H. Kelsen, Wesen und Wert der Demokratie (1921), zit. n. d. Neudruck der zweiten Auflage 1928, Aalen: Scientia 1981, S. 6 ff., 60 f., 84 f.

74 Vgl. C. Möllers, „Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat“, in: Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, München: Boorberg 1997, S. 97.

75 H. Kelsen (FN 50), S. 11.

Das Identitätsprinzip<sup>76</sup> unterscheidet Schmitt *und* Kelsen deutlich von der elitetheoretischen Version der politikwissenschaftlich-soziologischen Demokratietheorie, wie sie (unter den demokratischen Positivisten vor allem) Richard Thoma vertreten und ausgearbeitet hat, und zwar in Ergänzung seiner – in dieser Hinsicht eher unauffälligen, wenn nicht gar gegenläufigen – Verfassungsdogmatik und (methodisch strikt positivistischen) Verfassungsinterpretation. Während die *Verfassungsinterpretation* Thomas auf den ersten Blick ziemlich gut zum Muster demokratisch-egalitärer *input*-Legitimation passt,<sup>77</sup> widerstreitet dem Thomas Demokratietheorie, die demokratische Legitimation letztlich mit *output*-Legitimation identifiziert und sich darin mit den so genannten realistischen Demokratietheorien trifft. Thomas elitedemokratische Deutung des Parlamentarismus ist stark von Weber (und Steffens) beeinflusst.<sup>78</sup> Aber sie steht damit keineswegs allein. Zur selben Zeit entwickeln in Amerika Walter Lippman und in Deutschland in der Gierke-Schule Hugo Preuß,<sup>79</sup> in der Sozialdemokratie Gustav Radbruch und der spätere Vater der realistischen Theorie, der neokonservative Österreicher Josef Schumpeter, ganz ähnliche Vorstellungen.<sup>80</sup> Für sie ist Demokratie, wie für Thoma<sup>81</sup> (aber anders als für seinen Heidelberger Mitstreiter Anschütz<sup>82</sup>), durch die *Effektivität* der Führerauslese und die Beschaffung von Massenloyalität zur *wirksamen* Herrschaftslegitimation, kurz: durch erfolgreiche *Selbsterhaltung* vor allen konkurrierenden Staatsformen des 20. Jahrhunderts ausgezeichnet und legitimiert.<sup>83</sup> Demgegenüber wird von den „Realisten“ in aller Regel die *input*-Legiti-

76 H. Brunkhorst (FN 71).

77 O. Lepsius (FN 55); vgl. a. H. Brunkhorst (FN 34), S. 81-97.

78 C. Schönberger, „Elitenherrschaft für den sozialen Ausgleich: Richard Thomas 'realistische' Demokratietheorie im Kontext der Weimarer Diskussion“, in: C. Gusy (FN 31), S. 156-190; R. Thoma, „Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff – Prolegomena zu einer Analyse des demokratischen Staates der Gegenwart“, in: Hauptprobleme der Soziologie: Erinnerungsgabe für Max Weber, München: Duncker&Humblot 1923, S. 37-64.

79 Dazu: Markus Llanque, *Demokratisches Denken im Krieg – Die deutsche Debatte im Ersten Weltkrieg*, Berlin: Akademie 2000.

80 Zur scharfen Kritik an Schumpeters Bibel der Realisten (*Capitalism, Socialism, Democracy* von 1942) vgl. a. H. Kelsen (FN 50), S. 182 ff. Kelsen kritisiert hier die *output*-Legitimation im Lichte der einzig angemessenen *input*-Legitimation, S. 183 f.

81 R. Thoma (FN 78), bes. S. 40 f., 64.

82 Vgl. G. Anschütz, „Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung“. Rede, gehalten bei der Jahresfeier der Universität Heidelberg am 22. November 1922, Heidelberg 1923; vgl. a. zur generell positiven, von „demokratischem Idealismus“ inspirierten Einstellung zur Weimarer Nationalversammlung: G. Anschütz, *Aus meinem Leben*, Frankfurt a.M.: Klostermann 1993, S. 233; vgl. a. Horst Dreier, „Ein Staatslehrer in Zeiten des Umbruchs: Gerhard Anschütz (1867-1948)“, in: *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 20/1998, S. 28-48.

83 Vgl. C. Schönberger (FN 78). Nimmt man die Mobilisierung von Wissensressourcen und „Reflexivität“, „sozialem Kapital“ und Bürgertugend hinzu, dann rudern auch viele der heutigen Verfechter „deliberativer Demokratie“ in diesem Boot elitärer *output*-Legitimation.

mation durch den Willen der Beherrschten als utopisch, bestenfalls illusionär, schlimmstenfalls totalitär abgetan. Freiheitsgesänge, feierliche Erklärungen der Herrschaftslosigkeit, Verfassungstexte, Allgemeine Wahlen, Abstimmungen, egalitär inszenierte Debatten, alles nur *Scheindemokratie*, um im *Wesen* eine zur Zeit besonders effektive und der Zeit angemessene Herrschaftsform zu ermöglichen.

Im Unterschied zur *input*-Legitimation hat aber die *output*-Legitimation – mit der *by the way* auch heute versucht wird, etwa die fortschreitende Entdemokratisierung Europas demokratisch zu bemänteln<sup>84</sup> – überhaupt nichts Spezifisches mit der Demokratie zu tun. Während es ohne effektive *input*-Legitimation keine Demokratie gibt, gibt es im Licht möglicher *output*-Legitimation jede Menge funktionaler Alternativen zur Demokratie, die möglicherweise i.S. der Selbsterhaltung *effektiver* sind oder in den Augen breiter Mehrheiten einfach besser *ausschauen*.

Das heißt aber, dass bei einer Umstellung der Demokratietheorie von normativer *input*- auf funktionale *output*-Legitimation *Staat* und *Staatsform* getrennt werden müssen. In diesem Punkt stimmt die *output*-orientierte Legitimationstheorie vollständig mit dem alten Staatswillenspositivismus überein. Die Verfassungen kommen und gehen, der Staat bleibt bestehen, *gibt es doch funktionale Äquivalente für die demokratische Verfassung*. Ein solches, funktionales Äquivalent sah denn auch, um ein extremes, von Thoma weit entferntes Beispiel zu zitieren, Josef Schumpeter im Jahr 1932, er hatte gerade den Ruf nach Harvard angenommen, in „einem Ungeheuer von unendlichem Impuls“. In seiner Abschiedsrede vor seinen wirtschaftswissenschaftlichen Fachkollegen sagt Schumpeter am 20. Juni 1932:

„Stellen sie sich die *heutige Lage unseres Vaterlandes* vor! Wir stehen einer gewaltigen Bewegung gegenüber, die einzigartig ist in der Geschichte. Nie ist es einer Organisation gelungen, gegenüber den etablierten Parteien sich durchzusetzen. Dieser gewaltige Machtapparat gleicht einem Ungeheuer von unendlichem Impuls, *und er kann für das deutsche Volk Katastrophe oder Glorie bedeuten*, je nachdem er verwendet wird. Aber *wie wichtig wäre es, wenn dieser Koloss ökonomisch richtig beraten wäre; und wenn es unter Ihnen Leute gäbe, die nationalsozialistisch fühlen und trotzdem die ökonomische Technik nicht verachten – welche ungeheuren subjektiven Möglichkeiten für einen jungen Mann!*“<sup>85</sup>

Wie passt aber, um auf Thoma zurückzukommen, die egalitär-demokratische Verfassungsdogmatik mit der *output*-orientierten Theorie elitärer Demokratie zusammen?<sup>86</sup> Ich denke, die Antwort liegt in der zentralen Rolle, die Thoma der *Sou-*

84 F. Scharpf (FN 71); dagegen: H. Abromeit/Heidrun Abromeit, Ein neuer Minimalismus, Man. Frankfurt a.M./Darmstadt 2002; H. Brunkhorst, Verfassung ohne Staat? – Das Schicksal der Demokratie in der Europäischen Union, in: Leviathan 4/2002, S. 530-543, hier: S. 540 f.

85 Josef A. Schumpeter, „Das Woher und Wohin unserer Wissenschaft“, in: Aufsätze zur ökonomischen Theorie, Tübingen 1952, S. 606.

86 Diese Frage stellt sich insbesondere nach der Lektüre der Arbeiten von O. Lepsius (FN 55), der das Element der egalitär-proceduralen Verfassungsinterpretation bei Thoma herausarbeitet, und C. Schönberger (FN 78), der den Akzent auf dessen elitäre Demokratietheorie legt.

*veränität des Parlaments* zuschreibt. Diese lässt sich entweder egalitär aus der Souveränität Volkes als *dessen* Organsouveränität ableiten, und so hält es Anschütz im Kommentar fest: In der Reichsverfassung ist Demokratie nicht „Parlaments-souveränität, sondern [...] Volkssouveränität“. <sup>87</sup> Oder man zieht stillschweigend, und das macht Thoma, die Souveränität vom Konto des Volkes ab und schreibt sie dem Parlament gut, das fortan *einerseits* den gesamten Staatsapparat *beherrscht*, – das trennt Thoma von Laband und Jellinek –, *andererseits* aber das Volk als einen ihm anvertrauten Untertan repräsentiert und in dessen wohlverstandenen Interesse (sozialer Ausgleich, Privilegienlosigkeit usw.) *über* das Volk herrscht. An dieser Stelle stoßen wir auf den bereits von Marx im „18. Brumaire“ scharf markierten Unterschied demokratisch-parlamentarischer Repräsentation, bei der die Bürger in ihrem Parlament *sich vertreten*, von jeder Form submissiver Untertanen-Repräsentation, durch die Knechte von ihren Herrn *vertreten werden*. <sup>88</sup> Thomas Parlament liegt genau in der Mitte: In der Beziehung zum Staatsapparat ist es souverän, aber es bleibt auch in der Beziehung zum Volk der Souverän. Wie im Staatswillenspositivismus die Staatsexekutive, so ist bei Thoma das nun primäre, repräsentative Legislativorgan letztlich der Herr des Volkes.

Damit komme ich zum Schluss auf den Unterschied zwischen den beiden Verfechtern demokratischer *input*-Legitimation, Kelsen und Schmitt, zurück, der nun freilich ein Unterschied ums Ganze ist. Er liegt bei Kelsen

1. in der *proceduralen* Konstruktion des Volkswillens als einer *Methode der Normerzeugung*, <sup>89</sup>
2. im *inclusiven* Charakter des Prinzips der Identität von Herrschenden und Beherrschten als einer *Norm, die keinen Beherrschten ausschließen darf*, <sup>90</sup>
3. in der *proceduralen Reziprozität* der Interessen verschiedener Bürger, durch die das (quasi-kontraktualistische) „Sich-gegenseitig-*vertragen*“ vom kollektiven „*Ertragen* [...] der Last der Herrschaft“ unterschieden ist. <sup>91</sup>

Ohne Legalismus keine Demokratie, die den Namen verdient. Und genau hier trennen sich auch Kirchheimer und Neumann (erst zögerlich, aber dann umso entschiedener) von Schmitt. Während für Schmitt *in der Tradition Labands* die neue, durch Weimarer Verfassung zur Rechtsnorm positivierte, Identität von Herr-

<sup>87</sup> G. Anschütz (FN 1), S. 30.

<sup>88</sup> Marx zeigt im 18. Brumaire, auf den Schmitt – worauf schon Habermas (FN 9) im Zusammenhang der bürgerlichen und politischen Grundrechte hingewiesen hat – sich ganz zu Unrecht beruft, dass gerade das demokratische Prinzip der Identität von Herrschenden und Beherrschten weit davon entfernt ist, dem Parlamentarismus zu widerstreiten, sondern durch ihn überhaupt erst als *sich vertretendes Volk* realisiert wird. Das konstruktive Prinzip der Identität von Herrschenden und Beherrschten *ist* das Rechtserzeugungsprinzip der Demokratie, und es ist als notwendige „Fiktion“ (Kelsen) real wirksam: a) als Stachel permanenter Demokratisierung und b) als Verfahrensnorm.

<sup>89</sup> H. Kelsen (FN 73), S. 63, 86 f., 94, 101.

<sup>90</sup> H. Kelsen (FN 73), S. 3, 63, 51 f., 85 ff.

<sup>91</sup> H. Kelsen (FN 73), S. 65.

schenden und Beherrschten partikularistisch, kollektivistisch, präsentistisch, überpositiv und extralegal als reales Willenssubjekt existiert, ist für Kelsen, Neumann und Kirchheimer dieselbe Identitätsrelation universalistisch, individualistisch, procedural verzeitlicht und vollständig positiviert und legalisiert. Während für Kelsen die demokratischen Identität von Herrschenden und Beherrschten die gleiche individuelle Freiheit aller Beherrschten zwingend voraussetzt, verbindet Schmitt die universalistische Formel von der Identität der Herrschenden und Beherrschten auf eine höchst widersprüchliche Weise mit der partikularistischen Bestimmung des *Politischen* als Freundschaft der Gleichartigen (oder gar Artgleichen). Den zum äußersten gesteigerten „Intensitätsgrad“ des „Politischen“ kann die Freundschaft der Gleichartigen/Artgleichen nämlich überhaupt erst durch die existenzielle Feindschaft gegen alle ungleichartigen (oder gar „artfremden“) Objekte aktueller oder potenzieller Herrschaft innerhalb und außerhalb des je eigenen Gemeinwesens erlangen.<sup>92</sup> Die Freund-Feind-Bestimmung des Politischen zwingt so zum Ausschluss der *ungleichartigen* Beherrschten von jeder Beteiligung an der Herrschaft der *gleichartigen* Beherrschten. Das aber widerspricht eklatant der postulierten *Identität* von Herrschenden und Beherrschten. In der Verbindung der Identitätsformel mit der Unterscheidung von Freund und Feind liegt Schmitts diabolische Originalität, die ihn von Rousseau ebenso wie von Kelsen trennt. Diese Verbindung aber läuft auf nicht anderes als die (logisch inkonsistente) Aufhebung des Begriffs der Volkssouveränität hinaus.

An dieser Stelle wird offensichtlich, dass nur diejenigen Protagonisten des Weimarer Verfassungsdiskurses, die das Modell der *input*-Legitimation mit einem procedural-positivistischen Begriff des Rechts verbinden, wirklich aus dem Schatten des Staatswillenspositivismus herausgetreten sind. Denn auch Carl Schmitt tauscht beim Übergang vom Konstitutionalismus zur Demokratie nur das partikularistische, statische und bürokratische *Staatswillenssubjekt* Labands gegen die dynamisierte, *politische Einheit des Volkes* als herrschaftliches Willenssubjekt aus, das aber nicht minder partikularistisch ist als Labands Staat, und immer die Herrschaft eines Teils des Volks über den anderen impliziert. Das als herrschend fingierte, gleichartige/artgleiche Mehrheitsvolk ist freilich, *weil* es seiner (heterogen strukturierten) Gleichheitsrechte beraubt ist, nur noch ein Schattern seiner selbst: eine procedural enthauptete, vollkommen rechtlose und gefügte Akklamationsmonade, zur Ausübung der ihm zugeschriebenen Souveränität ebenso unfähig wie das Volk in Labands Staatslehre. Auch die Repräsentation des jubelnden Volks durch den Führer bleibt Untertanenrepräsentation, Herrschaft des Führers über die Gefolgschaft.

Die doppelte Unterscheidung zwischen

(1) *prozeduralistisch* argumentierenden, demokratischen Positivisten (wie Thoma, Anschütz, Kelsen, Weber, Radbruch oder Kirchheimer) und *substanziellistisch*

92 C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, Berlin: Duncker&Humblot 1987, S. 27.

- argumentierenden, antidemokratischen Antipositivisten (wie Schmitt, Kaufmann, Koellreutter, Smend, Huber oder Forsthoff) und
- (2) Verfechtern der radikaldemokratischen *input*-Legitimation (wie Kelsen, Kirchheimer oder Schmitt) und Theoretikern der elitedemokratischen *output*-Legitimation (wie Thoma, Radbruch, Weber oder Schumpeter)

lässt sich für die aktuelle Diskussion um die große Transformation der Demokratie in den nationalen und transnationalen politischen und juristischen Regimes des beginnenden 21. Jahrhunderts fruchtbar machen.

An dieser Diskussion fällt auf, dass auf der einen Seite die (vorgeblich) unüberwindliche Bindung demokratischer Verfassungen mit parlamentarisch dominierter Gesetzesherrschaft an den notwendig partikularistischen, in Mythen und Geschichten gemeinsamer Herkunftssprache und geteilten Schicksals verstrickten Nationalstaat behauptet wird. Das Spektrum ist breit. Es reicht von konservativen<sup>93</sup> und liberalen<sup>94</sup> deutschen Staatsrechtslehrern über die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht und zu Maastricht<sup>95</sup> bis zu den kulturalistischen „critical legal studies“.<sup>96</sup> Gemeinsam ist dem ganzen Spektrum ein substanzialistisches Verständnis herrschaftsbegründender, demokratischer *input*-Legitimation.

Auf der andern Seite wird parlamentarische Demokratie als Herrschaft des Volkes durch sein Parlament mitsamt dem Gedanken der Selbstgesetzgebung realpolitisch verabschiedet, und dieser Abschied wird oft mit antitotalitären Motiven gerechtfertigt, indem der egalitären *input*-Legitimation pauschal die Konstruktion substanzialistischer Homogenität zugeschrieben wird. An die Stelle egalitärer *input*-Legitimation tritt die, sei es instrumentalistische,<sup>97</sup> sei es „deliberative“<sup>98</sup> Begrenzung

93 Paul Kirchhof, Stetige Verfassung und politische Erneuerung, Das Recht offener Staaten, Tübingen: Mohr 1998, S. 83 f., 88, 158; Goldbach: Keip 1995, S. 227 ff., 247 ff.; Udo Di Fabio, „Der neue Art. 23 des Grundgesetzes“, in: Der Staat 27/1993, S. 191-217; ders., Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, Tübingen: Mohr 2001, S. 18, 64, 73, bes. 89 ff.

94 Dieter Grimm, „Vertrag oder Verfassung?“, in: D. Grimm/J.J. Hesse/R. Jochimsen/F.W. Scharpf (Hrsg.), Zur Neuordnung der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos 1997, S. 9-31; D. Grimm, „Braucht Europa eine Verfassung?“, in: ders., Die Verfassung und die Politik, München: Beck 2001.

95 BVerfGE 83, 37; BVerfGE 89, 155.

96 Paul W. Kahn, The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship, Chicago: Univ. Press 1999; Ulrich Haltern, „On the Finality of the European Union“, in: European Law Journal 9, 1/2003.

97 Fritz Scharpf, Regieren in Europa – Effektiv und demokratisch? Frankfurt a.M.: Campus 1999.

98 Zu Europa: Christian Joerges/Jürgen Neyer, „From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Democracy“, in: European Law Journal 3/1997, S. 274-300; C. Joerges/Ellen Vos (Hrsg.), EU Committees: Social Regulation, Law and Politics, Oxford: Hart 1999; generell: James Boman, Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy, Cambridge: MIT 1996; J. Bohman/William Rehg (Hrsg.), Deliberative Democracy, Cambridge: MIT 1997; Joshua Cohen/Charles Sabel, „Directly-Deliberative Polyarchy“, in:

postnationaler Rechtsgenossenschaften auf *output*-Legitimation, oder die parlamentarische (und direktdemokratischer) Gesetzgebung wird durch „gubernative Rechtssetzung“ gleich auf beiden Ebenen, der nationalen und der supranationalen, substituiert.<sup>99</sup> In beiden Fällen wird die reale und direkt repräsentierte Selbstherrschaft *des* Volkes durch eine nurmehr demokratisch *gemeinte* Expertenpolitik für das Volk substituiert. Demokratische Selbstbestimmung schrumpft dabei – exemplarisch im *white-paper* der EU-Kommission *On Good Governance* – auf ein Recht auf Äußerung zusammen.<sup>100</sup>

Herrschaftsbegrenzende, rechtsstaatlich proceduralisierte *output*-Legitimation wird entweder zum poststaatlichen Komplement (Scharpf, Grimm u.a.) oder – radikaler – zur Alternative substanzial-nationalstaatlicher *input*-Legitimation (Joerges, Bogdandy u.a.). Auf beiden Seiten der Debatte, der des liberalen Proceduralismus gubernativer *output*-Legitimation und der des demokratischen Substanzialismus national beschränkter *input*-Legitimation, fällt die in Weimar nur von der Kelsen-Schule konsequent vertretene, radikalere Demokratieidee proceduraler *input*-Legitimation durch die Maschen des Netzes der postnationalen Konstellation. Die egalitäre Idee proceduraler *input*-Legitimation stand aber schon, wie Hannah Arendt in ihrem Buch „Über die Revolution“ gezeigt hat, am Ursprung der modernen Verfassungsrevolution,<sup>101</sup> und keineswegs nur, wie Arendt – mit fatalem Rezeptionserfolg – geglaubt hat, nur in den Vereinigten Staaten von Amerika, sondern ebenso in Paris und Frankreich zur Zeit der Großen Revolution.<sup>102</sup> Dieser Ursprung der Volkssouveränität in einer „Kultur des Rechtsformalismus“ wurde durch die „Kultur des Dynamismus“, durch Nationalismus, Etatismus und (in den USA der fünfziger und sechziger Jahre) „nationales Interesse“ (Morgenthau) nur verdeckt und verdrängt.<sup>103</sup> Die Kultur des demokratischen Formalismus ist heute überall in der Defensive. Aber sie ist die einzige Hoffnung Alteuropas.

European Law Journal, Vol. 3, No. 4/1997; kritisch: Rainer Schmalz-Bruns, „Deliberativer Supranationalismus“, in: Zeitschr. f. int. Bez. 2/1999, S. 185-243.

99 Vgl. Armin v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, Tübingen: Mohr 2000.

100 Christoph Möllers, Policy, Politics oder Politische Theorie, Man. 2002, S. 5; vgl. a. Erik Oddvar Eriksen, „Democratic or technocratic governance“, Jean Monnet Working Paper, NYU Law School 2001.

101 Hannah Arendt, Über die Revolution, München: Hanser 1974.

102 Vgl. C. Möllers (FN 30).

103 Zur Unterscheidung und zur Rehabilitierung der „culture of formalism“ im Völkerrecht: Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations, Cambridge: Univ. Press 2002.