

det er die grundlegende (Verfassungs-)Gesetzgebung durch das Volk von der einfachen rechtlichen Verordnungs macht der Regierung. Die Grundbedingungen der radikalen Demokratie im Rousseauschen Verfassungsstaat sind demnach die Autorität des souveränen Volkes über die Funktion der grundsätzlichen Gesetzgebung, und die notwendige Orientierung der Gesetze am Allgemeingut.

### Summary

Against the common, often unspecific assumption that Jean-Jacques Rousseau's essential contribution to democratic theory consists in the idea of a self-administered microstate that is organized through direct-democratic means, this article suggests an alternative reading. The core of Rousseau's theory of radical democracy is located in the idea of periodic constitutional amendments by the sovereign people. As the constitutive power determining the direction of the republic must stand outside the institutions of the state, while a modern state is governed and administrated by representatives, Rousseau distinguishes the extraordinary constitutional amendment power of the people from the government's ordinary power to issue decrees and regulations. The two fundamental conditions of Rousseau's theory of radical democracy are therefore the authority of the sovereign people over fundamental lawmaking, and the grounding of all laws in the public good.

*Felix Petersen*, Radical Democracy and the Constitutional State. Jean-Jacques Rousseau and the Limits of Constitutional Sovereignty

Hubertus Buchstein

## Von der umstrittenen Verfassung zur streitbaren Verfassung: Otto Kirchheimers verfassungspolitische Grenzziehungen während der Weimarer Republik\*

### 1. Einleitung

Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist die einer ›Wehrhaften Demokratie‹. Sie setzt Grenzen im Hinblick auf die Änderungsmöglichkeiten der Verfassung und sie setzt den Gegnern der Verfassung Grenzen ihres politischen Agierens. Dieses Selbstverständnis und die Instrumentarien der Wehrhaften Demokratie fanden bei der Gründung der Bundesrepublik unter Hinweis auf die Erfahrungen bei der Auflösung der Weimarer Republik ab 1930 Eingang in das Grundgesetz. Die Behauptung der Wehrlosigkeit der Weimarer Verfassung (WRV) gegenüber ihren Feinden gehört zwar zum Gründungsmythos des Grundgesetzes und langjähriger Verfassungsrechtssprechung, sie ist bei genauer Betrachtung aber unzutreffend. Denn es mangelte der Weimarer Republik nicht an einem ausreichenden Verfassungsschutzrecht, sondern es gab ein eklatantes Vollzugsdefizit bei der Anwendung der einschlägigen Gesetze auf Seiten der überwiegend republikfeindlichen Beamtenschaft und unter den Richtern. Die Weimarer Rechtsordnung kannte sehr wohl Ermächtigungsnormen für Parteienverbote, es wurden 1922 und 1930 Republikenschutzgesetze verabschiedet und das klassische politische Strafrecht enthielt ebenfalls eine Reihe von Eingriffsnormen zur Verteidigung der Verfassungsordnung.<sup>1</sup>

Diese Rechtslage fand jedoch nur wenig Widerhall in der Weimarer Staatsrechtslehre, die vielfach der Weimarer Republik gegenüber ablehnend eingestellt war.<sup>2</sup> Aus diesem Grund verwundert es auch nicht, dass trotz der Weimarer Rechtslage die staatsrechtlichen und politiktheoretischen Konzeptionen und die Termini der ›Wehrhaften Demokratie‹, der ›Militant Democracy‹ bzw. der ›Streitbaren Demokratie‹ tatsächlich erst nach 1933 (von zumeist exilierten) Rechts- und Sozialwissenschaftlern wie Karl Löwenstein programmatisch ausformuliert wurden.<sup>3</sup>

Allerdings gab es schon während der Weimarer Republik auch in der Verfassungstheorie einige Vorläufer für die Theorie und Praxis der Wehrhaften Demokratie. Hermann Heller ist das bekannteste Beispiel.<sup>4</sup> Demgegenüber galt Otto Kirchheimer in der Sekundärliteratur lange Zeit als Prototyp der Gegenposition zu Heller auf der

\* Für Hinweise und kritische Kommentare danke ich Michael Hein, Kerstin Pohl, Silvia von Steinsdorff und Rieke Trimçev.

1 Vgl. Christoph Gusy, *Weimar – die wehrlose Republik?*, Tübingen 1992.

2 Vgl. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band 1914–45*, München 1999, S. 93f.

3 Vgl. Markus Lang, *Karl Löwenstein – Transatlantischer Denker der Politik*, München 2007, S. 207–221.

4 Vgl. Michael Henkel, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tübingen 2011, S. 333–349.



Linken, als ein Autor, der in den Weimarer Debatten vor allem als scharfzüngiger Verfassungskritiker von sich reden machte.<sup>5</sup> Erst in der jüngeren Rezeption haben auch solche Schriften von Kirchheimer, in denen er sich für die Verteidigung der Republik einsetzte, größere Aufmerksamkeit erfahren.<sup>6</sup> Diesen Interpretationsfaden möchte ich im Folgenden aufnehmen und nachzeichnen, wie Kirchheimer im Zuge der Krise der Weimarer Republik zu einem frühen Verfechter der Wehrhaften Demokratie wurde.

Otto Kirchheimer wurde 1905 in Heilbronn geboren.<sup>7</sup> Er studierte von 1924 bis 1928 Philosophie, Soziologie und Rechtswissenschaften in Münster, Köln, Berlin und Bonn. 1928 legte er sein Erstes Juristisches Staatsexamen und seine Promotion bei Carl Schmitt in Bonn ab. Von 1928 bis 1931 arbeitete er als Rechtsreferendar in Erfurt und Berlin und trat als Autor zu verschiedenen verfassungspolitischen Themen vor allem in linkssozialistischen und sozialdemokratischen Zeitungen und Zeitschriften in Erscheinung. Nach seiner Zulassung als Rechtsanwalt in Berlin bemühte er sich um eine akademische Karriere. Diese Pläne wurden jedoch durch die Machtübergabe an die Hitler-Regierung jäh unterbrochen. Als Gegner des Regimes wurde er im Mai 1933 kurzzeitig inhaftiert und konnte nach seiner Freilassung nach Paris flüchten. Dort schlug er sich als Zuarbeiter von internationalen Pressediensten und als gelegentlicher Mitarbeiter des ebenfalls emigrierten Instituts für Sozialforschung finanziell durch.

1937 gelang ihm die Emigration in die USA, wo er am mit der Columbia Universität kooperierenden Institute of Social Research, und somit wieder akademisch arbeitete. 1943 verließ Otto Kirchheimer das Institut und übernahm eine Tätigkeit im Office for Strategic Services (OSS), von wo aus er 1945 an das State Department wechselte. Kirchheimer befasste sich in diesen Jahren mit den Plänen für einen demokratischen Neuaufbau Deutschlands nach Ende des Krieges und widmete sich insbesondere rechtstheoretischen und -praktischen Fragen für die Besatzungszeit. Er gehörte zu der kleinen Gruppe von Juristen und Politikwissenschaftlern im State Department, die die rechtstheoretische Begründung für die Strafverfolgung der NS-Verbrechen erarbeitete und die Nürnberger Prozesse vorbereitete. 1955 übernahm Kirchheimer eine Professur für Politikwissenschaft an der New School for Social Research in New York und wechselte 1961 an die Columbia University. Er starb im November 1965 in Washington.

Dieser Beitrag konzentriert sich auf das Weimarer Frühwerk Kirchheimers. In vier Abschnitten sollen die unterschiedlichen verfassungspolitischen Grenzziehungen nachgezeichnet werden, die Kirchheimer in den damaligen Debatten vornahm. Beson-

5 Zu diesem Bild und der daraus entsponnenen Debatte über einen ›Links-Schmittianismus‹ vgl. die kritische Zusammenfassung bei Frank Schale, *Zwischen Engagement und Skepsis. Eine Studie zu den Schriften von Otto Kirchheimer*, Baden-Baden 2006, S. 71-80, sowie Stefan Breuer, *Carl Schmitt im Kontext. Ideenpolitik in der Weimarer Republik*, Berlin 2012.

6 Riccardo Bavaj, »Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik« in: *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte* 55 (2007), S. 33-51; Patrick Stellbrink, »Wehrhafte Demokratie von links? Otto Kirchheimer in der Weimarer Republik« in: Eckard Jesse / Roland Sturm (Hg.), *Demokratie in Deutschland und Europa*, Berlin 2015, S. 229-246.

7 Zu Kirchheimers Biografie vgl. Ulrich von Alemann, »A hidden champion – Otto Kirchheimer« in: *Heilbronner Köpfe VIII*, hg. von Christhard Schrenk, Heilbronn 2016, S. 131-144.

ders instruktiv bei der Suche nach Veränderungen in den Kirchheimer'schen Positionen ist der in seinen Beiträgen nahezu permanent mitlaufende Dialog mit seinem ehemaligen Doktorvater Carl Schmitt, auf den in diesem Beitrag auch besonders eingegangen werden soll.<sup>8</sup> Dabei wird zunächst die Schrift ›Weimar ... und was dann?‹ aus dem Jahre 1930 in den Blick genommen, in der Kirchheimer die WRV als eine »Verfassung ohne Entscheidung« kritisierte (2). Zwei Jahre später modifizierte er seine Kritik in dem Aufsatz ›Legalität und Legitimität‹, indem er nun mangelnde verfassungspolitische Grenzziehungen monierte (3). Im selben Jahr verschärfte sich die politischen Auseinandersetzungen um den Bestand der Republik und Kirchheimer verfasste mehrere Kampfauftrufe zu ihrer offensiven Verteidigung (4). Welche Grenzen Kirchheimer der Verfassungsreformpolitik am Ende der Weimarer Republik gesetzt sah, steht im Fokus des vierten werkbiografischen Abschnitts, der sich zwei kleineren Schriften aus den Jahren 1932 und 1933 widmet (5). Abschließend wird die Frage erörtert, welchen Nutzen die Grenzmetapher in der verfassungspolitologischen Analyse des Frühwerks von Otto Kirchheimer und darüber hinaus bringt (6).

## 2. Verfassung ohne Grenzentscheidung: »Weimar... und was dann?«

Einen Monat nach Amtsantritt des Reichskanzlers Heinrich Brüning im März 1930 erschien Kirchheimers Schrift ›Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung?‹ auf dem Buchmarkt und sollte ihn schlagartig über seine bisherigen Kreise hinaus bekannt machen.

Kirchheimer bezieht sich darin noch nicht auf den Regierungswechsel, sondern hat die Weimarer Republik unter der Großen Koalition Herrmann Müllers vor Augen. Die Schrift ist in neun Abschnitte unterteilt, in denen er nacheinander die Entstehung der Republik, das Verhältnis von Demokratie und Diktatur, das Wahlrecht, den Parlamentarismus, die Grundrechte, die Regierungsbildung und Regierungsführung, Rechtsstaatlichkeit und Beamtenum sowie die Stellung des Reichspräsidenten abhandelt und schließlich eine generelle Charakterisierung der Weimarer Verfassung vorstellt. Seine Analyse gipfelt in der These, die Weimarer Verfassung sei eine »Verfassung ohne Entscheidung«.<sup>10</sup> Dabei stützt er sich im Sinne Rosa Luxemburgs auf ein konstitutionelles Grundverständnis, wonach es der Sinn einer jeden Verfassung sein müsse, »ein bestimmtes Aktionsprogramm zu verkünden, in dessen Namen die Organisation einer neuen Gesellschaftsordnung stattfinden soll«.<sup>11</sup> Mit diesem schöpferischen und gesellschaftsverändernden Anspruch geht Kirchheimer sogar noch über Carl Schmitts Verfassungsverständnis hinaus, der von einer Verfassung verlangt hatte, dass sie eine

8 Zu den verschiedenen Facetten im komplexen Verhältnis zwischen Kirchheimer und Schmitt vgl. Hubertus Buchstein, »Einleitung« in: *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, Bd. 1, hg. von Hubertus Buchstein, Baden-Baden 2018, S. 15-126.

9 Otto Kirchheimer, »Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung« in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, aaO. (FN 8), S. 209-250.

10 Kirchheimer, *Weimar... und was dann?*, aaO. (FN 9), S. 246.

11 Kirchheimer, *Weimar... und was dann?*, aaO. (FN 9), S. 248.



Gesamtentscheidung über die Art und Form der politischen Einheit treffen soll.<sup>12</sup> Dass im Zuge der Revolution keine klare Entscheidung für eine sozialistische Gesellschaft habe getroffen werden können, ist für Kirchheimer der »prinzipielle und nie wieder-gutzumachende Fehler dieser Verfassung«.<sup>13</sup>

Vor dem Hintergrund seiner These einer von vornherein systematisch angelegten Zerstörung der in der Verfassung niedergelegten Legalitätsordnung präsentiert Kirchheimer eine Diagnose und Strukturanalyse der zentralen politischen Institutionen der Republik. Dazu rechnet er das Wahlrecht, den Reichstag und den umfangreichen Katalog des Grundrechtessystems. Kirchheimer spricht sich an dieser Stelle explizit dagegen aus, diesen Katalog als einen »Kompromiss« zu bezeichnen; auch Schmitts Rede vom »dilatorischen Formelkompromiss«<sup>14</sup> hält er aus Gründen der Klarheit für wenig hilfreich. Die Weimarer Grundrechte seien »in ihren entscheidenden Punkten kein Kompromiss, sondern eine in der Verfassungsgeschichte bisher unbekannte, einzigartige Nebeneinanderordnung und Anerkennung der verschiedensten Wertsysteme«.<sup>15</sup> Zu den von Kirchheimer analysierten Institutionen zählt auch die Regierung und wie sie laut Verfassung gebildet und geführt wird. Kirchheimer unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen einer »Direktionssphäre« und einer »Verteilungssphäre« der Regierungstätigkeit in modernen kapitalistischen Gesellschaften. In der Direktionssphäre haben sich Regierungen der Eigengesetzlichkeit der kapitalistischen Wirtschaftsordnung immer weiter anzupassen. Als Aktivitätsbereich bleibt ihnen die Verteilungssphäre, in der sie zu einem »Clearing-House« der verschiedenen an sie herangetragenen Ansprüche werden, wobei selbst dieser Handlungsbereich zunehmend eingengt werde. Zu den von Kirchheimer in den Blick genommenen Institutionen gehört auch das Beamtentum. Erneut nutzt er für seine Diagnose seine Unterscheidung zwischen den beiden Sphären. Soweit das Beamtentum in Aufgaben der Direktionssphäre involviert ist, befinde es sich ausschließlich im Einflussbereich des Bürgertums und seiner großen wirtschaftlichen Organisationen. Soweit es Aufgaben in der Verteilungssphäre wahrnehme, fungiere es als ausgleichende Instanz zwischen den Ansprüchen der unterschiedlichen Sozialgruppen.

Die politische Form, in der dieser Ausgleich vonstattengehe, ist der Rechtsstaat, der seit seinen ersten Tagen einen »tiefgreifenden Funktionswechsel«<sup>16</sup> erfahren habe. Ursprünglich sei er das Kampfmittel des Bürgertums gegen die monarchistische Exekutive gewesen. Heute sei der Rechtsstaat die institutionelle Gestalt, in der ein großer Teil der Verteilungssphäre »in einer scheinbar juristischen Form, umgeben von einem Haufen prozesstechnischer Vorschriften, getätigt werde«.<sup>17</sup> Kirchheimer schließt seine Strukturanalyse der politischen Institutionen mit dem Reichspräsidentenamt ab. Der gesamte Abschnitt richtet sich gegen die »irrigie [...] Auffassung«<sup>18</sup>, dass der Reichs-

12 Vgl. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. 20-36.

13 Kirchheimer, *Weimar... und was dann?*, aaO. (FN 9), S. 218.

14 Schmitt, *Verfassungslehre*, aaO. (FN 12), S. 32.

15 Kirchheimer, *Weimar... und was dann?*, aaO. (FN 9), S. 230.

16 Kirchheimer, *Weimar... und was dann?*, aaO. (FN 9), S. 241.

17 Kirchheimer, *Weimar... und was dann?*, aaO. (FN 9), S. 241.

18 Kirchheimer, *Weimar... und was dann?*, aaO. (FN 9), S. 243.

präsident den Partei- und Sonderinteressen entrückt und somit der einzige wahre Repräsentant der Nation sei. Auch die Wahl des Reichspräsidenten werde von den politischen Parteien beherrscht. Die Vorstellung der Klassenjenseitigkeit seines Amtes sei eine in die politische Irre führende Fiktion.

Kirchheimers skeptisch-radikale Schrift »*Weimar... und was dann?*« stieß nach ihrem Erscheinen sowohl auf lebhaft Kritik als auch auf regen Zuspruch. Auch in seinem engeren Umfeld fiel die Bewertung sehr unterschiedlich aus. Die umgehende Replik von Franz L. Neumann auf Kirchheimers im Buchtitel zu findende Frage war der Imperativ: »Erst einmal Weimar!«. Er hielt Kirchheimer vor, die Bedeutung der Grundrechte zu bagatellisieren und dabei stehenzubleiben, sie als Sammelsurium unvereinbarer Wertentscheidungen zu denunzieren, anstatt beherzt das Handwerk des Juristen zu ergreifen und sich um eine rechtswissenschaftliche Systematisierung zu bemühen. Die damit verbundene generelle Gegenthese zu Kirchheimer lautete, dass die Verfassung nicht als widersprüchlich, sondern als offen und damit als für die Arbeiterbewegung in ihrem Sinne gestaltbar verstanden werden müsse.<sup>19</sup> Weitaus positiver fiel demgegenüber Carl Schmitts Urteil aus. Er lobte die Abhandlung als eine »hochinteressante Schrift« und bezog sich dabei vor allem auf Kirchheimers Diagnose der These einer Verfassung ohne Entscheidung.<sup>20</sup>

### 3. Verfassungspolitik ohne Grenzsetzung: »Legalität und Legitimität«

Nach zweijähriger Pause erschien im Juli 1932 in der sozialdemokratischen Theoriezeitschrift »Die Gesellschaft« unter dem Titel »*Legalität und Legitimität*« wieder eine umfangreichere Abhandlung Kirchheimers.<sup>21</sup> Kirchheimer wusste während der Abfassung seines Artikels noch nichts von der im Geheimen vorbereiteten Ablösung von Reichskanzler Brüning, die am 30. Mai 1932 zu dessen Rücktritt führte. Gleichwohl zieht er in dem Artikel eine umfassende Bilanz der während der Ära Brüning erfolgten verfassungspolitischen Veränderungen in der Republik. Die zentrale These Kirchheimers lautet, dass es in Deutschland ohne formelle Änderungen der Verfassung zu einem »Strukturwandel des Legalitätsbegriffs«<sup>22</sup> und damit zu einem tiefgreifenden Verfassungswandel gekommen sei. Die Periode der parlamentarisch-demokratischen Legalordnung der Republik sei dabei, von einer neuen Legitimitätsordnung abgelöst zu werden. Kirchheimers analytischer Schlüsselbegriff ist die »zweistufige [...] Legalität«.<sup>23</sup> Die Idee zu dem Begriff geht zurück auf den französischen Rechtstheoretiker Maurice Hauriou, der eine »superlégalité constitutionnelle« der grundlegenden Frei-

19 Franz. L. Neumann, »Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung« in: *Die Arbeit* 7, Nr. 9 (1930), S. 569-582.

20 Carl Schmitt, »Grundrechte und Grundpflichten (1932)« in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin 1958, S. 195.

21 Otto Kirchheimer, »Legalität und Legitimität« in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, aaO. (FN 8), S. 376-395.

22 Kirchheimer, *Legalität und Legitimität*, aaO. (FN 21), S. 381.

23 Kirchheimer, *Legalität und Legitimität*, aaO. (FN 21), S. 379.



heitsbestimmungen in der französischen Verfassung postulierte.<sup>24</sup> In Deutschland, wo die Vielzahl an materiell-rechtlichen Bestimmungen im zweiten Teil der Verfassung wie eine Einladung verstanden werden kann, den Gesetzgeber bei allen nicht genehmen Entscheidungen mit angeblich abweichenden Bestimmungen der Verfassung zu konfrontieren, komme diese Problematik besonders zum Tragen. Anders als Carl Schmitt in *Der Hüter der Verfassung* behauptete,<sup>25</sup> sei in Deutschland aufgrund der Vielzahl der Bestimmungen des zweiten Hauptteils der WRV die konsequente Formalisierung und Technisierung des Gesetzesbegriffs zwar erschwert, aber nicht prinzipiell unmöglich gemacht. Der von Schmitt zur Verteidigung des Präsidialregimes behauptete Pluralismus der Legalitätsbegriffe habe in Deutschland noch nicht Platz gegriffen. Schon vor der Installierung des Brüning'schen Notverordnungsregimes konnte die Bürokratie in Deutschland deshalb zwar gelegentlich zu einer Art »Siegelbewahrerin«<sup>26</sup> dieser zweistufigen Legalität werden, wurde aber durch den funktionierenden Parlamentarismus zumeist in Schach gehalten.

In seinem Artikel legt Kirchheimer für vier Bereiche dar, wie sich die Legitimitätsbasis der Republik sukzessive verschoben hat: bei der Reichsregierung, bei den Länderregierungen, bei den politischen Parteien und bei der Arbeitsgerichtsbarkeit. Die Ausweitung der Handhabung des Art. 48 für Notverordnungen mit unbestimmter oder unbegrenzter Geltungsdauer habe die Möglichkeiten der Überprüfung der Verwaltung an Maßstäben des Gesetzes zerstört. Jede Kritik an der offensichtlichen Illegalität einer per Notverordnung dekretierten Maßnahme oder Auslegung durch die Bürokratie pralle ab an der Berufung auf die Legitimität der Regierung und der undiskutablen Richtigkeit ihrer Ziele und Handlungen. Dadurch seien sämtliche legale Schranken für das Regierungshandeln verschwunden, die Regierung legitimiere sich selbst. Im Ergebnis seiner vierteiligen Analyse gelangt Kirchheimer zu dem Befund, dass der Begriff der Legalität in der Ära Brüning »einem sinnentleerenden Auflösungsprozess unterworfen«<sup>27</sup> worden sei. Das parlamentarisch-demokratische System der Republik von 1919 bis 1930 habe sich im Rückblick als ein Zwischenstadium auf dem Weg zur Herrschaft des Berufsbeamtentums im Verbund mit Reichswehr und Justiz erwiesen.

So umfassend Kirchheimers Transformationsthese ist, so sehr stellt er in Frage, dass sich die gegenwärtige Herrschaft einer solchen bürokratischen Aristokratie auf lange Sicht halten könne. Er sieht auch im gegenwärtigen Zustand nur ein weiteres verfassungspolitisches »Zwischenstadium«<sup>28</sup>. In Abgrenzung zu zeitgenössischen Plädoyers für einen autoritären Wirtschaftsstaat hält er die »soziale Basis« der Bürokratie für »zu schwach, als dass sie als überlegener Dritter zwischen den sich befehrenden Wirtschaftsgruppen einen Ausgleich«<sup>29</sup> zu schaffen vermöchte. Die Bürokratie werde sich überhaupt nur dann noch eine Weile an der Macht halten können, wenn sie sich an ex-

24 Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1923, S. 297.

25 Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, [1931], Berlin 1985, S. 31-91.

26 Kirchheimer, Legalität und Legitimität, aaO. (FN 21), S. 379.

27 Kirchheimer, Legalität und Legitimität, aaO. (FN 21), S. 378.

28 Kirchheimer, Legalität und Legitimität, aaO. (FN 21), S. 378.

29 Kirchheimer, Legalität und Legitimität, aaO. (FN 21), S. 394.

trem konservative gesellschaftliche Gruppen der Agrarier, der Kleinunternehmer und des Militärs anlehnt, die den gegenwärtigen kapitalistischen Entwicklungsprozess zurückzudrehen versuchen. Kirchheimer sieht aber auch noch eine gesellschaftliche Gegenkraft gegen die von ihm diagnostizierten Tendenzen und appelliert an den »vorwärtsstrebende[n] Wille[n] der demokratischen Bevölkerungsmassen«.<sup>30</sup> Auf eine Prognose über den Ausgang der anstehenden Konflikte verzichtet er.

#### 4. Militante Demokraten als Grenzsetzer: Kampfaufbrufe zur Verteidigung der Republik

Kirchheimer konnte nach Abschluss seiner Arbeit an »Legalität und Legitimität« in Berlin aus nächster Nähe beobachten, wie sich die politischen Ereignisse überschlugen. Brüning bekam für seine Politik und für seine Abgrenzung gegenüber der NSDAP zunehmend weniger Unterstützung aus dem Präsidialamt und musste schließlich am 30. Mai 1932 seinen Rücktritt einreichen. Zuvor hatte im Präsidialamt General Kurt von Schleicher vertrauliche Gespräche mit Adolf Hitler geführt und ihn für die Tolerierung eines anderen Präsidialkabinetts gewinnen können, das nicht länger auf die Tolerierung der SPD angewiesen war. Dies entsprach einer ultimativen Forderung von Hindenburg an seine Mitarbeiter. Im Gegenzug für seinen Tolerierungskurs wurde Hitler unter anderem zugesagt, dass der Reichspräsident nach der Ernennung der neuen Regierung den Reichstag auflösen und damit Neuwahlen herbeiführen werde. Das Kalkül Hitlers bei diesen vertraulichen Abmachungen war, dass seine Partei nach diesen Wahlen auf legalem Wege an die Regierung gelangen werde. Das neue Kabinett mit Franz von Papen an der Spitze war in seiner personellen Zusammensetzung noch weiter nach rechts gerückt. Am 1. Juni 1932 übernahm der neue Kanzler die Regierungsgeschäfte, und am 4. Juni 1932 erfüllte der Präsident eine der Bedingungen, die Hitler an die Duldung der neuen Regierung geknüpft hatte: er löste den Reichstag auf. Als Termin für die Neuwahlen setzte er den 31. Juli fest.

Kirchheimer reagierte im August-Heft der »Gesellschaft«<sup>31</sup> mit dem Artikel »Die staatsrechtlichen Probleme der Reichstagsauflösung« auf diese Wendung der politischen Ereignisse. Mit Papen und seinem Kabinett sei der letzte Anschein einer formalen Neutralität des Reichspräsidenten dahingegangen. Damit habe sich auch die verfassungspolitische Situation in Deutschland geändert. Kirchheimer zufolge muss nun »jede Gruppe selbst unter ihrer eigenen Verantwortung prüfen, welche Handlungen der Regierung den verfassungsmäßigen Gehorsam verdienen«.<sup>32</sup> Solange das Parlament als Stätte der politischen Entscheidung erhalten bliebe, sei die Gehorsampflicht gegeben. Für die Bekenner des demokratischen Sozialismus erlösche sie dann, wenn eine Regierung versuche, mit Hilfe von verfassungswidrigen Auslegungen des Art. 25 der Reichsverfassung, der das Auflösungsrecht des Präsidenten regelt, die Institution des Parla-

30 Kirchheimer, Legalität und Legitimität, aaO. (FN 21), S. 394f.

31 Otto Kirchheimer, »Die staatsrechtlichen Probleme der Reichstagsauflösung« in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, aaO. (FN 8), S. 396-407.

32 Kirchheimer, *Die staatsrechtlichen Probleme*, aaO. (FN 31), S. 396.



ments selbst »zu vernichten«.<sup>33</sup> Genau diesen Fall sieht Kirchheimer mit dem Auflösungsbeschluss vom 4. Juni gegeben.

Noch vor den Neuwahlen am 31. Juli folgte durch die Präsidialregierung ein weiterer Schlag gegen die demokratische Linke in der Republik. Am 20. Juli 1932 wurde die preußische Regierung mit der Begründung abgesetzt, dass sie nicht in der Lage sei, die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preußen zu gewährleisten. Formaljuristisch unter Anwendung von Art. 48 als Reichsexekution tituliert, war diese Aktion ein »kaum getarnter Staatsstreich«.<sup>34</sup> Anstelle der preußischen Regierung übernahm ein von der Reichsregierung installierter Reichskommissar die Macht im größten und wichtigsten Land des Reiches. Die SPD schätzte die Chancen für einen erfolgreichen Widerstand gegen diesen Putsch – vermutlich realistisch – als nicht Erfolg versprechend ein. Sie entschloss sich für einen strikten Legalitätskurs und vertraute auf einen Sieg des Rechts bei einer Klage gegen den Verfassungsbruch vor dem Leipziger Reichsgericht. Bei diesem Prozess, der vom 10. bis zum 17. Oktober stattfand, waren zwei der wichtigsten Mentoren Otto Kirchheimers die Exponenten der konträren Positionen: Carl Schmitt als der von der Reichsregierung und Hermann Heller als der von der abgesetzten preußischen Regierung beauftragte Prozessvertreter.

In seinem Artikel »Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts«, der in der September-Ausgabe der »Gesellschaft« erschien,<sup>35</sup> mischt Kirchheimer sich mit seinen Argumenten in die vor dem Leipziger Gericht anstehenden staatsrechtlichen »Gefechtsvorbereitungen« ein. Er nimmt eindeutig Stellung zu der zwischen Schmitt und Heller auszutragenden Auseinandersetzung und bezeichnet den »Preußenschlag« als einen offensichtlichen Verfassungsbruch von zugleich eminenter politischer Bedeutung. Kirchheimer wirft den Unterstützern dieses »Schrumpfungsprozess[es] der Weimarer Verfassung«<sup>36</sup> aus der deutschen Staatsrechtswissenschaft vor, sich bei der Beantwortung positiver Rechtsfragen längst nicht mehr an der Weimarer Verfassung zu orientieren, sondern eine verfassungsjenseitige »Wissenschaft der konkreten Umstände«<sup>37</sup> zu betreiben. Die zitierte Formulierung macht deutlich, dass Kirchheimer sich in seinem Artikel direkt an Schmitt wendet. Er beharrt darauf, dass jede staatsrechtliche Frage ausschließlich auf Basis der Weimarer Verfassung entschieden werden dürfe und erinnert Schmitt in diesem Zusammenhang an dessen Diktum aus seiner »Verfassungslehre«, dass es grundlegende Institutionen des geltenden Verfassungsrechts gebe, die gegen verfassungsändernde Beschlüsse des Parlaments und damit auch gegenüber Eingriffen des Reichspräsidenten immun seien.<sup>38</sup>

Kirchheimer gelangt abschließend zu dem Urteil, bei dem Vorgehen vom 20. Juli 1932 läge »ein so schwerer Fall des Ermessensmissbrauchs vor, dass demgegenüber eine Vermutung der subjektiven Gutgläubigkeit der Reichsregierung nicht mehr Platz

33 Kirchheimer, Die staatsrechtlichen Probleme, aaO. (FN 31), S. 397.

34 Karl Dietrich Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Villingen 1955, S. 513.

35 Otto Kirchheimer, »Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts« in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, aaO. (FN 8), S. 408-424.

36 Kirchheimer, Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts, aaO. (FN 35), S. 410.

37 Kirchheimer, Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts, aaO. (FN 35), S. 410.

38 Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, aaO. (FN 12), S. 25-27.

greifen kann«.<sup>39</sup> Der Konflikt zwischen Preußen und dem Reich zeige, dass die Reichsregierung gar keinen Wert mehr auf die Aufrechterhaltung der Rechtsgemeinschaft in Deutschland lege. Nicht nur die wesentlichen sozialen Grundrechtspositionen der Verfassung, sondern nun auch die grundlegenden innerorganisatorischen Bestimmungen der Verfassung unterlägen einem »planmäßigen Vernichtungsprozess durch die derzeitige Reichsregierung«.<sup>40</sup> Der damit geschaffene »nachdemokratische Staat« sei ein »autoritäre[r] Staat«.<sup>41</sup> Für Kirchheimer resultiert aus dieser Diagnose keine ausschließlich pessimistische Aussicht. Die neue Situation hat in seinem Verständnis zumindest den Vorzug unmissverständlicher Klarheit und »zwingt der Arbeiterklasse neue Kampfformen auf«,<sup>42</sup> d.h. außerparlamentarische Aktionen. Mit dem Preußenschlag hätten sich die nun herrschenden Schichten auf einen politischen Weg begeben, dessen Ausgang sie so wenig beeinflussen könnten wie ein Kapitän auf dem offenen Meer »den Bau seines Schiffes, die Winde und die ihm entgegendstürmenden Wellen.«<sup>43</sup>

##### 5. Die taktischen Grenzen von Verfassungsreformen

Franz von Papen hatte in seiner Regierungserklärung die Notwendigkeit eines »Neuen Staates« proklamiert. Die politische Existenz seines Präsidialkabinetts hing ab vom Gelingen einer Verfassungsreform. Aber auch manche seiner politischen Gegner aus dem Lager der Republiktreuen erhofften sich von einer Verfassungsreform den Ausweg aus der gegenwärtigen krisenhaften politischen Lage. Die Debatte über den Sinn, die Richtung und die Möglichkeit einer Verfassungsrevision wurde jedoch überlagert von den Turbulenzen der politischen Ereignisse nach dem Amtsantritt Franz von Papens. Nur ein Vierteljahr nach dem Urnengang vom 31. Juli fanden am 6. November 1932 erneut Reichstagswahlen statt. Dabei konnten die Papens Präsidialkabinetts unterstützenden Parteien nur leicht zulegen. Für die SPD hatte sich ihr Oppositionskurs gegen Papen nicht ausgezahlt, sie verlor leicht an Stimmen, während die KPD erneut hinzugewann. Als bemerkenswertestes Ergebnis der Wahl wurde wahrgenommen, dass der scheinbar unaufhaltsame Siegeszug der NSDAP der vergangenen beiden Jahre gebrochen zu sein schien, denn Hitlers Partei verlor mehr als vier Prozentpunkte. Am 17. November trat Papen zurück. Seinen Platz als Kanzler nahm am 3. Dezember Kurt von Schleicher ein.

Im Dezember-Heft der Monatszeitschrift »Die Arbeit«, die vom Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbund herausgegeben wurde, veröffentlichte Kirchheimer als Beitrag zur Verfassungsreformdebatte den Artikel »Die Verfassungsreform«.<sup>44</sup> Seine Auf-

39 Kirchheimer, Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts, aaO. (FN 35), S. 421.

40 Kirchheimer, Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts, aaO. (FN 35), S. 421.

41 Kirchheimer, Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts, aaO. (FN 35), S. 423.

42 Kirchheimer, Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts, aaO. (FN 35), S. 423.

43 Kirchheimer, Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts, aaO. (FN 35), S. 424 (in Anlehnung an eine Formulierung von Tocqueville).

44 Otto Kirchheimer, »Die Verfassungsreform« in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, aaO. (FN 8), S. 443-457.



merksamkeit widmet Kirchheimer in diesem Aufsatz vor allem den Vorschlägen aus Kreisen der Sozialdemokratie. Besonders ausführlich äußert er sich zu den Reformvorschlägen Ernst Fraenkels aus dessen Aufsatz ›*Verfassungsreform und Sozialdemokratie*‹, der im selben Monat veröffentlicht worden war.<sup>45</sup> Fraenkel wollte mit seinem aus drei Teilen bestehenden Vorschlag ein neues Gleichgewicht zwischen Reichstag, Reichsregierung und Reichspräsident schaffen. Dazu gehörte zum einen die Einführung eines konstruktiven Misstrauensvotums, die Erschwernis der Reichstagsauflösung durch den Reichspräsidenten sowie die Möglichkeit eines Plebiszits auf Initiative des Reichspräsidenten, sofern das Parlament eine Notverordnung abgelehnt hat. Kirchheimer wägt die einzelnen Komponenten von Fraenkels Vorschlägen nacheinander ab. Zu seiner letztlich ablehnenden Skepsis gelangt er nicht, weil er die einzelnen Vorschläge für falsch erachtet, sondern aus einer grundsätzlichen Erwägung: Die Vorschläge Fraenkels würden an den »politischen und sozialen Strukturverhältnissen«<sup>46</sup> der Republik nichts Entscheidendes ändern. Eine Verfassungsordnung, die auf Schritt und Tritt Gefahr laufe, dass ihre gegenwärtigen oder zukünftigen organisatorischen Positionen dazu missbraucht werden, die Demokratie selbst zu zerstören, leide nicht an Problemen, die eine Verfassungsreform beheben kann, sondern an strukturellen Problemen im Bereich ihrer sozialen Basis. Bei dem von Fraenkel propagierten Weg handle es sich um einen »aussichtslosen Wettlauf«<sup>47</sup> mit den Befürwortern der Diktatur.

Am Ende seines Artikels wiederholt Kirchheimer sein Bekenntnis zur Verteidigung der Grundinstitutionen der Weimarer Demokratie. Um die Gesellschaft wieder für die Demokratie passförmig zu machen, bedürfe es aber keiner gut gemeinten Verfassungspolitik, sondern einer Annäherung der beiden Arbeiterparteien und einer »Neuordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse selbst«.<sup>48</sup> Offensichtlich war Kirchheimer der Ansicht, in dieser Situation der Weimarer Republik bestünde nur die Wahl zwischen einer Präsidialdiktatur und einer sozialistischen Demokratie.

Für einen Beitrag im Januar-Heft 1933 von ›*Die Gesellschaft*‹ griff Kirchheimer über die Weihnachtstage 1932 erneut in die Tastatur seiner Schreibmaschine, um sich zur Verfassungsreformdebatte zu äußern. Mittlerweile hatte Schleicher die Kanzlerschaft übernommen und in der Hauptstadt hielten sich hartnäckig Gerüchte um eine bevorstehende Reichsreform mittels Staatsstreich seitens der Regierung. Kirchheimers Aufsatz trägt den gleichen Titel wie derjenige Fraenkels aus dem Monat zuvor in derselben Zeitschrift, ›*Verfassungsreform und Sozialdemokratie*‹.<sup>49</sup> Kirchheimer setzt sich darin erneut besonders ausführlich mit Fraenkels Vorschlägen auseinander. Diesmal ist seine Kritik im Ton wie in der Sache aber deutlich schärfer. Er wirft Fraenkel vor, den Frageansatz nicht richtig gewählt zu haben, den Wert des Funktionierens einer Verfassung

45 Ernst Fraenkel, »Verfassungsreform und Sozialdemokratie (1932)« in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, hg. von Hubertus Buchstein, Baden-Baden 1999, S. 516-529.

46 Kirchheimer, *Die Verfassungsreform*, aaO. (FN 44), S. 452.

47 Kirchheimer, *Die Verfassungsreform*, aaO. (FN 44), S. 452.

48 Kirchheimer, *Die Verfassungsreform*, aaO. (FN 44), S. 457.

49 Otto Kirchheimer, »Verfassungsreform und Sozialdemokratie« in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, aaO. (FN 8), S. 495-510.

zum Fetisch zu machen, die Verfassungsnormen an die Verfassungswirklichkeit anzupassen und letztlich dadurch die Herrschaft des bürokratischen und militärischen Machtapparates zu legalisieren. Fraenkel betreibe lediglich »staatsrechtliche Deduktion«,<sup>50</sup> die zwar juristisch haltbar, aber »soziologisch im entscheidenden Punkt irrelevant«<sup>51</sup> sei. Er lasse außer Acht, dass die gegenwärtig zum eisernen Bestand des Staatsrechts gehörende Notstands- oder Lückentheorie »soziologisch gesehen durchaus eine Machtusurpation durch eine sonst nicht zum Zuge gelangende gesellschaftliche Klasse darstellen kann«.<sup>52</sup> Eine Aufhebung der gegenwärtigen Spannungslage zwischen der Weimarer Verfassung und den gesellschaftlichen Machtverhältnissen hält Kirchheimer nicht durch eine Änderung der Staatsordnung, sondern allein durch eine Neuordnung der ökonomischen Machtverteilung im Lande für möglich. In diesem Sinne handele es sich beim gegenwärtigen Deutschland um einen Fall, in dem der ideologische Überbau der Rechtsordnung den tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnissen »vorhinkt«.<sup>53</sup>

Kirchheimer zufolge müsse bei der Erörterung von Vorschlägen zur Verfassungsrevision in erster Linie geprüft werden, welche Wirkungen sie in der konkreten gesellschaftlichen Situation, in der man sich momentan befinde, auslösen würden. Und diesbezüglich spricht seiner Überzeugung nach alles für eine Bewahrung des verfassungsrechtlichen Status quo. Angesichts der gegenwärtigen gesellschaftlichen Machtverhältnisse würde momentan jegliche durchsetzbare Reform, und sei sie noch so gut gemeint, gegen die Arbeiterbewegung instrumentalisiert werden. Er sieht es deswegen auch als müßig an, sich gegenwärtig mit der Frage einer zukünftigen Verfassung des demokratischen Sozialismus zu beschäftigen. Mit dieser Kritik liefert Kirchheimer eine gleichsam materialistische Begründung für einen Verfassungskonservatismus.

#### 6. Schluss: Zum begrenzten verfassungspolitologischen Nutzen der Grenzmetapher

Die metaphorische Rede von der ›Grenze‹ weckt in der Verfassungstheorie und -forschung vielfältige Assoziationen und erlaubt die Auffächerung eines breiten und interdisziplinären Themenspektrums für das Thema Verfassung. An ihr wird aber auch deutlich, inwieweit eine bestimmte gewählte Metaphorik spezifische Problemwahrnehmungen in den Vordergrund schiebt und dafür andere in den Hintergrund treten lässt.

Auch für das Verständnis des Weimarer Werkes von Otto Kirchheimer stellt die metaphorische Rede von ›Grenzen der Verfassung‹ eine erkenntnisproduktive Heuristik bereit. Dies wird bereits deutlich bei der Analyse von ›*Weimar ... und was dann?*‹. Kirchheimer fordert in dieser Schrift von Verfassungen, dass sie eine klare gesellschaftspolitische Grundentscheidung dokumentieren. Eine solche Grundentscheidung fehle der WRV. Dieser Diagnose folgend ist die Verfassung im Hinblick sowohl auf ihre Auslegungs- wie auch ihre Änderungsmöglichkeiten grenzenlos, es fehlt ihr an

50 Kirchheimer, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, aaO. (FN 49), S. 499.

51 Kirchheimer, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, aaO. (FN 49), S. 500.

52 Kirchheimer, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, aaO. (FN 49), S. 500.

53 Kirchheimer, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, aaO. (FN 49), S. 499.



einer klaren Grenzfestlegung. Daraus folgt für Kirchheimer in der konkreten Situation einer seit 1929 immer katastrophalere Ausmaße annehmenden Wirtschaftskrise die Anfälligkeit der Republik für den Übergang in ein autoritäres Regime. Die analytische These Kirchheimers in seinem Aufsatz ›*Legalität und Legitimität*‹ lautet, dass es in Deutschland ohne formelle Änderungen der Verfassung zu einem Strukturwandel des Legalitätsbegriffs und damit zu einem tiefgreifenden Verfassungswandel gekommen sei. Die Bürokratie als Trägerin der neuen Legitimität legitimiere sich als Regierung selbst, beschränke mit der legitimen Partei die Freiheit ihrer Feinde und beherrsche das Arbeitsrecht mit der legitimen Tarifpartei und dem legitimen Arbeitskampf. Rückblickend habe sich das parlamentarisch-demokratische System der Republik von 1919 bis 1930 als ein Zwischenstadium auf dem Weg zur Herrschaft des Berufsbeamtentums im Verbund mit Reichswehr und Justiz erwiesen. Damit hat Kirchheimer seine vorherige Position insofern modifiziert, als er nun der WRV zumindest implizit einen positiven Kompromisscharakter mit festen Grenzsetzungen attestiert. Die Grenzverletzungen, die er kritisiert, liegen im Bereich der konkreten Verfassungspolitik.

Nach dem ›Preußenschlag‹ des 20. Juli 1932 beharrt Kirchheimer darauf, dass jede staatsrechtliche Frage ausschließlich auf Basis der Weimarer Verfassung entschieden werden dürfe. Er beruft sich dabei auf Passagen in Carl Schmitts ›*Verfassungslehre*‹, wonach es grundlegende Institutionen des geltenden Verfassungsrechts gebe, die gegen verfassungsändernde Beschlüsse des Parlaments und damit auch gegenüber Eingriffen des Reichspräsidenten immun seien. Diese Grenze sieht er als überschritten an. Der Konflikt zwischen Preußen und dem Reich zeigt ihm zufolge, dass die Reichsregierung und ihre staatsrechtlichen Advokaten keinen Wert mehr auf die Aufrechterhaltung der verfassungsgemäßen Rechtsgemeinschaft in Deutschland legten. Nicht nur die wesentlichen sozialen Grundrechtspositionen der Verfassung, sondern auch die grundlegenden innerorganisatorischen Bestimmungen der Verfassung unterlägen einem planmäßigen Vernichtungsprozess. Der damit geschaffene »nachdemokratische Staat« sei ein »autoritärer Staat«. Kirchheimer zieht aus dieser Diagnose eine kämpferische Schlussfolgerung. Er verbindet sie mit dem optimistischen Appell für »neue Kampfformen« für die Wiederinkraftsetzung der demokratischen Republik. Explizit gibt Kirchheimer damit zugleich seine gewandelte Analyse der WRV zu erkennen: Sie sei sehr wohl eine Verfassung mit Grenzentscheidung – und zwar der Entscheidung für den Kompromiss. Er sieht als Aufgabe von aktiven Sozialisten, Demokraten und Republikanern, diese Grenzsetzungen zu verteidigen.

Auch Kirchheimers eigene argumentative Verteidigung der ›alten‹ Weimarer Demokratie fällt in den letzten Monaten vor dem Regierungsantritt Hitlers zunehmend positiver aus. Bei aller sonstigen Kritik an der modernen Demokratie müsse man ihr grundsätzlich zu Gute halten, dass sie die einzige Staatsform sei, die in einer Epoche wachsender sozialer und kultureller Heterogenität das Zusammenwirken verschiedener Gruppen und den Machtwechsel zwischen ihnen verfassungsmäßig ermögliche. Deswegen müsse die Demokratie mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln verteidigt werden. Bei der Erörterung von Vorschlägen zur Verfassungsrevision will Kirchheimer in erster Linie erwogen wissen, welche tatsächlichen Effekte sie in der konkreten ge-

sellschaftlichen Situation auslösen würden. Ihm geht es um die taktischen Grenzen von Verfassungsreformen. Kirchheimer liefert in diesen letzten Schriften vor dem Ende der Republik eine von den Zielen der politischen Linken inspirierte Begründung für Verfassungskonservatismus.

Mit anderen Worten: In den Weimarer Schriften des zur sozialdemokratischen Linken zählenden Otto Kirchheimer finden sich ab 1932 tatsächlich Überlegungen, die auf eine Theorie der ›Wehrhaften Demokratie von links‹ hinauslaufen. Kirchheimers rascher Positionswandel hin zu klaren verfassungspolitischen Grenzziehungen lässt sich nicht allein als ein verfassungstheorieimmanenter kognitiver Fortschritt rekonstruieren, sondern ist in erster Linie den konkreten politischen Erfahrungen der Jahre 1930 bis 1933 geschuldet.

Der Blick in das Weimarer Werk Kirchheimers mit dem optischen Instrument der Grenzmetapher macht aber auch deutlich, dass die Verfassungstheorie mit der Wahl einer ursprünglich räumlichen Metaphorik einen spezifischen interpretatorischen Rahmen für das Verständnis von Verfassungsproblemen erzeugt. Eine metaphorische Äußerung erhebt keinen Behauptungsanspruch darüber, wie die Dinge *sind*, sondern sie macht einen Vorschlag, wie die Dinge *zu sehen sind*. »Die Wahrheit der Metapher«, so Hans Blumenberg »ist eine *vérité à faire*«. <sup>54</sup> Die Grenzmetapher erzeugt ein räumliches Innen und ein Außen, und im Zuge ihrer Wortverwendung entstehen im Kopf von Zuhörern oder Lesern Bilder von Grenzposten, Grenzsicherungen, Grenzregimes, Grenzkonflikten, Grenzverschiebungen und von Grenzauflösungen. Eine Grenze ist keine Mauer, das heißt, sie ist immer überschreitbar und auf die Bedrohung von Transgressionen geradezu angelegt. Wer Grenze denkt, denkt auch ihre potentielle Überwindung.

Die Grenzmetaphorik passt in der Verfassungstheorie somit für Verfechter von klaren Bewertungen und von eindeutigen Ansagen – das gilt in der verfassungstheoretischen Diskussion der Weimarer Republik sowohl für Carl Schmitt wie auch für Otto Kirchheimer. Eine solche Metaphorik ist sicherlich auch sinnvoll, wenn es um die theoriegeschichtliche Genese der ›Wehrhaften Demokratie‹ geht. Jedoch ist die Rede von Grenzen in der Verfassungstheorie nicht alternativlos. Schließlich könnte man alternativ auch von technischen, organischen, maritimen, medizinischen oder aus Spiel und Sport stammenden Metaphoriken Gebrauch machen wollen. Wenn man beispielsweise den Verfassungstheorien von anderen einflussreichen Staatsrechtlern der Weimarer Zeit gerecht werden möchte, bietet es sich eher an, andere Metaphoriken zu nutzen. Das wären etwa technische Metaphoriken bei Hans Kelsen, maritime bei Richard Thoma, medizinische bei Hermann Heller oder organische bei Rudolf Smend. Auch für das Verständnis des Spätwerks von Otto Kirchheimer ist es hilfreicher, es mit Hilfe anderer Metaphoriken zu rekonstruieren. Seinen Überlegungen zur Politischen Justiz, zum Wandel der Opposition in modernen parlamentarischen Demokratien oder zur Etablierung eines neuen Typus politischer Parteien entsprechen eher Metaphern aus den Bereichen von Spiel und Sport – wie das Laufenlassen, der Mitspieler, der Schieds-

54 Hans Blumenberg, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*, Frankfurt am Main 1998, S. 25.



richter, das Kräfteressen, das Ringen, das Unentschieden, das Schaulaufen oder das jubelnde Publikum. So hilfreich die Grenzmetapher für das Verständnis der Weimarer Schriften von Kirchheimer ist, so wenig instruktiv erweist sie sich mit Blick auf das Werk anderer Weimarer Staatsrechtslehrer.

### *Zusammenfassung*

Dieser Beitrag konzentriert sich auf das Weimarer Frühwerk von Otto Kirchheimer und beginnt mit dessen Schrift ›Weimar ... und was dann?‹ aus dem Jahre 1930, in der er die Weimarer Verfassung als eine »Verfassung ohne Entscheidung« kritisierte. Zwei Jahre später modifizierte er seine Kritik in dem Aufsatz ›Legalität und Legitimität‹, indem er nun deren mangelnde verfassungspolitische Grenzziehungen monierte. In Reaktion auf die seit dem Sommer 1932 sich verschärfenden politischen Auseinandersetzungen verfasste er Kampfaufrufe zur offensiven Verteidigung der Republik und formulierte klare Grenzen von Verfassungsreformen. Kirchheimer ist ein früher Verfechter der ›Streitbaren Demokratie‹.

### *Summary*

The article discusses the work of young Otto Kirchheimer during the short lived Weimar Republic. In his piece ›Weimar ... und was dann?‹ from 1930, Kirchheimer denounced the Weimar constitution being a ›constitution without fundamental decisions‹. Two years later he modified his attack in his article ›Legalität und Legitimität‹ and criticized the unlimited openness of the Weimar Republic for constitutional reform. During the political battles at the end of the republic Kirchheimer emphatically defended the constitution and argued for absolute limits of constitutional reform. Kirchheimer was an early proponent of the concept of ›militant democracy‹.

*Hubertus Buchstein, Militant Democracy: Otto Kirchheimer on the Limits of Weimar Democracy*

*Michael Hein*

## Für immer und ewig? Zur Kodifikation von »Ewigkeitsklauseln« in aktuellen Verfassungen\*

### *1. Einführung*

Verfassungen »bestimmen die Regeln politischer Entscheidungsfindung« und »die grundlegenden Prinzipien, nach denen sich eine Gesellschaft sinnvollerweise ordnen, das heißt verfassung will.«<sup>1</sup> Um diese beiden Funktionen wirksam erfüllen zu können, sind nahezu alle heutigen Verfassungen schwerer änderbar als einfach-gesetzliche Normen.<sup>2</sup> Dies wird erreicht durch erhöhte Änderungshürden wie bspw. das Erfordernis einer qualifizierten parlamentarischen Mehrheit oder ein obligatorisches zusätzliches Referendum. Etwa vier Fünftel der aktuell gültigen nationalstaatlichen Verfassungen radikalieren diese Grenzziehung zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht nochmals, indem sie Änderungen an bestimmten Teilen der Verfassung oder Änderungen unter bestimmten Umständen entweder mit nochmals erhöhten Hürden versehen als »normale« Verfassungsänderungen oder gar für unzulässig erklären.<sup>3</sup> Den Extremfall solcher »Erschwernisklauseln« stellt dabei die sogenannte »Ewigkeitsklausel« dar: ein generelles Änderungsverbot für bestimmte Teile der Verfassung.

So untersagt bspw. die weltweit älteste bis heute gültige Ewigkeitsklausel in § 112 der norwegischen Verfassung von 1814 Änderungen, die »den Grundsätzen dieser Verfassung widersprechen« oder »den Geist dieser Verfassung verändern«. Deutlich konkreter erklärt Art. 89 Abs. 5 der französischen Verfassung von 1958: »Die republikanische Regierungsform kann nicht Gegenstand einer Verfassungsänderung sein.« Andere Verfassungen wiederum verbieten Änderungen exakt benannter Artikel, wie etwa die türkische Verfassung von 1982 in Art. 4: »Die Vorschrift des Artikels 1 der Verfassung über die Republik als Staatsform sowie die Vorschriften über die Prinzipien der Repu-

\* Stefan Ewert, Anna Fruhstorfer, Maria Haimerl, Felix Petersen, Theresia Smolka, Toralf Stark, Silvia von Steinsdorff und Zeynep Yanasmayan gaben mir hilfreiche Anregungen und Hinweise zu diesem Beitrag. Lisa Klingsporn sowie Irina Avdeeva und Lisa Klein leisteten zuverlässige Hilfe bei der Erstellung des Datensatzes. Tom Ginsburg und Zachary Elkins stellten mir unkompliziert den Zugang zu den Daten des Comparative Constitutions Project bereit. Ihnen allen gebührt mein herzlicher Dank. Replikationsdaten stehen unter <http://data.michaelhein.de> zur Verfügung.

1 Hans Vorländer, *Die Verfassung. Idee und Geschichte*, München 2009, S. 9f.

2 Ausnahmen sind die Verfassungen Neuseelands (1987), Papua-Neuguineas (1975) und Swasilands (2005) sowie das nicht in einer singulären Urkunde kodifizierte Verfassungsrecht des Vereinigten Königreichs und Israels.

3 Michael Hein, *Constitutional Entrenchment Clauses Dataset*, Göttingen 2018, <http://data.michaelhein.de/> (aufgerufen am 28.02.2018). Sämtliche Aussagen über einzelne Verfassungen und Berechnungen über Fallgruppen basieren auf diesem Datensatz; auch alle Zitate aus Verfassungstexten sind ihm entnommen.