

René Bahns

Humboldt Universität zu Berlin

**Verfassungshütung: Schmitts Verständnis des Art. 48 Abs. 2 der
Weimarer Reichsverfassung**

Seminar im Wintersemester 2004/2005

Politik und Recht bei Carl Schmitt

Dr. Karsten Fischer / Dr. Jens Kersten

- 28. November 2004 -

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	III
Art. 48 Weimarer Reichsverfassung	V
I. Einleitung	1
II. Die Vorschrift des Art. 48 Abs. 2 und die Problematik ihrer Auslegung	2
1. Tatbestandsvoraussetzungen	2
2. Rechtsfolgen	2
a) Die zur Wiederherstellung nötigen Maßnahmen	3
b) Außer Kraft setzen	3
3. Zusammenfassung	3
III. Der „Gesetzgebungsstaat“ in der Bewährung	4
1. Art. 48 Abs. 2 und seine Anwendung in den ersten Jahren	4
a) Vom polizeilichen zum wirtschaftlichen Notstand	4
b) Die Rolle der Rechtswissenschaft	5
(1) Die Unantastbarkeitslehre	6
(2) Die Durchbrechungslehre	6
2. Die Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1924	6
a) Die „Diktatur des Reichspräsidenten“	7
b) Befugnisse nach Art. 48 Abs. 2	9
c) Grenzen der „Diktatur des Reichspräsidenten“	11
3. Zusammenfassung und Stellungnahme	12
IV. Der Zusammenbruch des „parlamentarischen Gesetzgebungsstaates“	13
1. Übergang in die permanente Notverordnungspraxis	13
2. Der Hüter der Verfassung	14
a) Die konkrete Verfassungslage	14
(1) Der Pluralismus	14
(2) Die Polykratie	16
(3) Der Föderalismus	17
b) Wer ist der Hüter der Verfassung?	18
(1) Die Justiz als Hüter der Verfassung	18
(2) Der Reichspräsident als Hüter der Verfassung	19
c) „Verfassungshütung“ auf Grundlage des Art. 48 Abs. 2	20
(1) Die Kompetenz zum Erlass „gesetzesvertretender Verordnungen“	21

(2) Der wirtschaftliche und finanzielle Not- und Ausnahmezustand	22
(3) Die eigentliche Grenze der „Verfassungshütung“	24
3. Zusammenfassung	25
V. Abschließende Analyse und Stellungnahme	26
1. Die Einheit als Ziel der „Verfassungshütung“	26
a) Das pluralistische Parlament als (Zer-)Störer der „Einheit“	27
b) Der Reichspräsident als die Verkörperung der „Einheit“	27
c) Schmitts Begriff der „politischen Einheit“	28
2. Zur Methodik Schmitts	28
3. Fazit	28

Literaturverzeichnis

- Anschütz, Gerhard* Die Verfassung des Deutschen Reichs 1919
Band 1, 13. Aufl., Berlin 1930
Zitiert: *Anschütz*
- Berthold, Lutz* Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am
Ende der Weimarer Republik, Berlin 1999
Zitiert: *Berthold*
- Blomeyer, Peter* Notstand in den letzten Jahren von Weimar,
Berlin 1999
Zitiert: *Blomeyer*
- Brenner, Michael* in: *Eichenhofer, Eberhard* (Hrsg.), 80 Jahre
Weimarer Reichsverfassung – Was ist ge-
blieben?, Tübingen 1999, S. 95-115
Zitiert: *Brenner*, 80 Jahre WRV
- Haugg, Rudolf* Die Anwendung des Art. 48 WRV (Dissertati-
on), Würzburg 1975
Zitiert: *Haugg*
- Hofmann, Hasso* Legitimität gegen Legalität, 4. Aufl. Berlin
2003 (4. Aufl. Berlin 2002)
Zitiert: *Hofmann*
- Hoppe, Bernd* Von der parlamentarischen Demokratie zum
Präsidentialstaat, Berlin 1998
Zitiert: *Hoppe*, Präsidentialstaat
- Gusy, Christoph* Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen
1997
Zitiert: *Gusy*, WRV
- Gusy, Christoph* Weimar, die wehrlose Republik? Tübingen
1991
Zitiert: *Gusy*, Weimar
- Kelsen, Hans* Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Die Jus-
tiz VI (1930/31), S. 576-628
- Mehring, Reinhard* Schmitt zur Einführung, Hamburg 1992
Zitiert: *Mehring*, Einführung

- Ders.* Pathetisches Denken, Carl Schmitts Denkweg am Leitfaden Hegels: Katholische Grundstellung und antimarxistische Hegelstrategie, Berlin 1989
Zitiert: *Mehring*, Pathetisches Denken
- Schmitt, Carl* Der Hüter der Verfassung, 3. Aufl. Berlin 1958 (1. Aufl.: Berlin 1931)
Zitiert: *Schmitt*, HdV
- Ders.* Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit (1931), in: *Carl Schmitt*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954, Berlin 1997, S. 235-263
Zitiert: *Schmitt*, Notverordnung
- Ders.* „Die Diktatur des Reichspräsidenten“ in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1 (1924), S. 63
Zitiert: *Schmitt*, Diktatur RP in: VVdStL 1924
- Ders.* Verfassungslehre, München / Leipzig 1928
Zitiert: *Schmitt*, VL
- Schneider, Peter* Ausnahmezustand und Norm, Stuttgart 1957
Zitiert: *Schneider*, Ausnahmezustand

Artikel 48

(1) Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.

(2) Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.

(3) Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.

(4) Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen.

(5) Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz.

„Der Ausnahmezustand enthüllt den Kern des Staates überhaupt und ist immer abhängig von der Art und Struktur des Staates.“¹

I. Einleitung

Keine andere Vorschrift der Weimarer Verfassung hat in der Praxis auch nur annähernd die Bedeutung erlangt, wie die Bestimmung des Art. 48 WRV². So wurden aufgrund dieser Vorschrift 254 sog. „Diktaturverordnungen“³ zwischen dem 10.10.1919 und dem 31.12.1932 erlassen⁴. Hierbei war Abs. 2, die sog. „Diktatur des Reichspräsidenten“⁵ von besonderer Bedeutung.

Die vorliegende Arbeit behandelt Carl Schmitts Verständnis dieser Regelung des Art. 48 Abs. 2 WRV⁶. Dabei konzentriert sie sich vornehmlich auf seinen 1924 auf dem Staatsrechtslehretag gehaltenen Vortrag „Die Diktatur des Reichspräsidenten“, auf seine Monographie „Der Hüter der Verfassung“ von 1931 und seinen Aufsatz aus demselben Jahr mit dem Titel „Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit“. Anhand dieser Schriften soll herausgearbeitet werden, wie der Staatsrechtslehrer Carl Schmitt diese Vorschrift einordnete und, darüber hinaus, auch die Sicht des Rechtspolitikers Carl Schmitt aufgezeigt werden – sofern diese beiden „Rollen“ bei Schmitt überhaupt voneinander zu trennen sind.

Dafür wird zunächst die Vorschrift Art. 48 Abs. 2 selbst vorzustellen sein. Dies jedoch nur im Hinblick darauf, ein erstes Bewußtsein für die dieser Regelung innewohnende Problematik zu gewinnen.

¹ Schmitt, Notverordnung, S. 259; vgl. auch *ders.* HdV, S. 131.

² Haugg, S. 28 mwN; vgl. auch Gusy, Weimar S. 50.

³ Blomeyer, S. 87, 93 ff.; Gusy, Weimar S. 47 kritisch zur Bezeichnung der Befugnisse des Reichspräsidenten nach Art. 48 Abs. 2 als „Diktatur“; das entsprechende Handeln des Reichspräsidenten sei nicht als „diktatorisch“ sondern als „demokratisch“ zu bezeichnen.

⁴ Gusy, WRV S. 112; Brenner, S. 102 mit Verweis auf Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, S. 275 ff.

⁵ Gusy, WRV S. 107.

⁶ Im Folgenden sind alle Artikel ohne Gesetzesangabe solche der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 (RGBl. S. 1383).

Im anschließenden Hauptteil der Arbeit erfolgt in zwei Etappen, jeweils nach einer knappen historischen Einführung, die Auseinandersetzung mit dem Werk Schmitts. Methodisch ist dieser Teil bewußt darauf beschränkt, zentrale Aussagen Schmitts überwiegend in ihrer Ursprungsform aus den Texten herauszunehmen und teilweise in einen neuen Zusammenhang zu stellen. Dies geschieht in der Absicht dadurch einerseits seine ihm eigene Formulierungskunst zu veranschaulichen, andererseits dieser aber nicht zu erliegen, sondern auf diese Weise die bisweilen subtilen Argumentationsketten Schmitts freizulegen.

Abgeschlossen wird diese Arbeit von einer Analyse der Vorgehensweise Schmitts, sowie einer kritischen Stellungnahme.

II. Die Vorschrift des Art. 48 Abs. 2 und die Problematik ihrer Auslegung

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Art. 48 Abs. 2 setzte voraus, daß die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird. Diese Formulierung unterschied sich in zwei Aspekten wesentlich vom Polizeirecht⁷, dem sie entnommen worden war⁸: Die Störung oder Gefährdung mußte *erheblich* sein und sowohl für die öffentliche Sicherheit *als auch* für die öffentliche Ordnung vorliegen. Nach § 10 II 17 ALR reichte hingegen die Störung oder Gefährdung eines der genannten Rechtsgüter aus⁹. Fraglich war aber, worin die begrenzende Wirkung dieser Merkmale liegen könne¹⁰. Bedeutete dies ferner, daß Art. 48 Abs. 2 nur in den Fällen anwendbar war, in denen eine entsprechende Störung oder Gefährdung dem Bereich des Polizeirechts zuzurechnen war? Oder erstreckte sich die Vorschrift möglicherweise auch auf andere Anwendungsbereiche?

2. Rechtsfolgen

⁷ § 10 II 17 des Allgemeinen Preußisches Landrecht von 1794.

⁸ Blomeyer, S. 89.

⁹ Gusy, Weimar S. 52.

¹⁰ Gusy, WRV S. 108.

Die Rechtsfolgen des Art. 48 Abs. 2 waren überwiegend kompetenzverschiebender Art: Sie begründeten im Notfall Kompetenzen der Exekutive zu Lasten der Legislative, d.h. Reichspräsident und Regierung konnten auch ohne sonst erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen handeln¹¹.

a) Die zur Wiederherstellung nötigen Maßnahmen

Eng verbunden mit der Interpretation der Tatbestandsvoraussetzungen war auch die Frage nach den daraufhin zu ergreifenden „nötigen Maßnahmen“. Bestimmte sich die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme nur nach ihrer „Notwendigkeit“ für die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder war sie diesbezüglich durch weitere Kriterien begrenzt? Ferner, welche rechtliche Qualität war diesen „Maßnahmen“ des Reichspräsidenten beizumessen: lediglich die einer Einzelfallmaßnahme oder handelte es sich um Allgemeinverordnungen mit gesetzsgleicher Wirkung? Es stellte sich also die Frage, inwieweit der Reichspräsident nach Art. 48 Abs. 2 in Regelungsbereiche eingreifen durfte, die ihm sonst aufgrund von vom Reichstag verabschiedeten Gesetzen und der Verfassung selbst vorenthalten waren¹².

b) Außer Kraft setzen der genannten Grundrechte

Wie war ferner die Auflistung von sieben Grundrechten zu verstehen, die der Reichspräsident vorübergehend „außer Kraft setzen“ durfte? Unstreitig war zunächst einmal, daß eine solche Auflistung nach dem Prinzip *enumeratio ergo limitatio* abschließend war; folglich durfte der Reichspräsident außer den genannten keine weiteren Grundrechte außer Kraft setzen¹³. Welche Bedeutung allerdings der Formulierung *außer Kraft setzen*, sowie der Auflistung der Grundrechte zukam, war umstritten.

3. Zusammenfassung

¹¹ Brenner, S. 102; Gusy, WRV S. 107; ders. Weimar S. 47.

¹² Blomeyer, S. 94 f.

¹³ Gusy, WRV S. 110; Berthold, S. 48.

Anhand dieser Ausführungen wird deutlich, daß die Vorschrift des Art. 48 Abs. 2 generalklauselartig formuliert war, also sowohl in ihren Tatbestandvoraussetzungen als auch in ihren Rechtsfolgen höchst unbestimmt war und dementsprechend einen weiten Interpretationsspielraum eröffnete¹⁴.

III. Der „Gesetzgebungsstaat“ in der Bewährung

1. Art. 48 Abs. 2 und seine Anwendung in den ersten Jahren

a) Vom polizeilichen zum wirtschaftlichen Notstand

Die in den Folgen der „Novemberrevolution“¹⁵ immer wieder aufbrechenden Unruhen, Streiks und Aufstände waren auch nach Inkrafttreten der Verfassung noch immer an der Tagesordnung. Um die junge Republik zu stabilisieren machte Reichspräsident Friedrich Ebert von seinen Befugnissen nach Art. 48 Abs. 2 regen Gebrauch, indem er in den verschiedenen Unruheregionen des Reiches zeitweise den Ausnahmezustand verhängte¹⁶ und zahlreiche Notverordnungen erließ. In diesen ersten Jahren entsprach die Anwendung des Art. 48 Abs. 2 weitestgehend der staatspolizeilichen Auslegung, nach der er in den Fällen greifen sollte, in denen Polizei und Justiz nicht mehr in der Lage waren, Angriffen Dritter gegen „erhebliche“ Staatsfunktionen wirksam zu begegnen¹⁷.

Eine entscheidende Erweiterung der Interpretation des Art. 48 Abs. 2 stellte hingegen die nach 1922 als Reaktion auf die Wirtschaftskrise einsetzende Verordnungspraxis dar¹⁸. Die Tatbestandsvoraussetzungen (erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) konnten nun auch auf-

¹⁴ *Berthold*, S. 47.

¹⁵ Zur Frage, ob die Ereignisse des November 1918 als Revolution zu bezeichnen sind, siehe: *Eberhard Kolb*, 1918/19: Die steckengebliebene Revolution, in: *Carola Stern / Heinrich August Winkler* (Hrsg.), *Wendepunkte deutscher Geschichte 1848-1990*, 7. Aufl. Frankfurt/M 1998 (1. Aufl. Frankfurt/M 1979).

¹⁶ Schon bald verzichtete der Reichspräsident auf eine Verhängung des Ausnahmezustands als Grundlage für den Erlass von Notverordnungen und berief sich direkt auf seine Befugnisse aus Art. 48 Abs. 2. Vgl. *Gusy*, Weimar, S. 46.

¹⁷ *Gusy*, WRV S. 108; *Blomeyer*, S. 89, der in diesem Zusammenhang von der „Lehre von der staatspolizeilichen Auslegung des Art. 58 Abs.“ spricht und diverse Vertreter dieser „Lehre“ anführt.

¹⁸ *Gusy*, WRV S. 108.

grund einer wirtschaftlichen oder finanziellen Notlage vorliegen¹⁹. Diese Entwicklung wirkte sich vor allem auf das Verhältnis der finanzrechtlichen Verfassungsbestimmungen zu den außerordentlichen Befugnissen des Reichspräsidenten aus²⁰. Vom Reichspräsidenten auf Grundlage von Art. 48 Abs. 2 erlassene „gesetzesvertretende Verordnungen“ erfüllten danach den Gesetzesvorbehalt²¹ für Steuern und Abgaben nach Art. 134 und für Kreditermächtigungen und Sicherheitsleistungen nach Art. 87²². Damit erfuhr die Verordnungsgewalt aus Art. 48 Abs. 2 bereits im Jahre 1923 unter einem Reichspräsidenten Ebert eine erhebliche und – wie sich noch herausstellen sollte – folgenreiche Erweiterung.

Insgesamt wurden zwischen Oktober 1919 und Januar 1925, der ersten „Diktaturperiode“ der Republik²³, 136 Notverordnungen durch den Reichspräsidenten erlassen²⁴.

b) Die Rolle der Rechtswissenschaft

Die Befassung der Rechtswissenschaft mit der Vorschrift des Art. 48 setzte 1922, die der Rechtsprechung erstmals 1923²⁵, und damit erst nach der ersten Welle von Notstandsverordnungen ein²⁶. Somit fanden sie ein breites bereits ausgebaut Instrumentarium des Art. 48 vor, was zur Folge hatte, daß sich die verfassungsrechtlichen Fragestellungen an der Praxis orientierten, einzelne Verordnungen abgearbeitet wurden und grundsätzliche Beiträge erst spät kamen; ihre Bedeutung für die Handhabung des Art. 48 blieb daher für die Exekutive eher gering²⁷.

¹⁹ Haugg, S. 76.

²⁰ Ebd., S. 77.

²¹ Ein Gesetzesvorbehalt hat eine Verfassungsbestimmung dann, wenn sie eine Regelung enthält, nach der in sie nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden darf. Vgl. z.B. Art. 110–112 WRV oder auch Art. 4 III Satz 2, Art. 8 II GG.

²² Haugg, S. 77

²³ Ebd., S. 29, 114.

²⁴ Gusy, WRV S. 112.

²⁵ RGSt 57, 384 vom 23.10.1923 (zitiert nach Gusy, Weimar S. 51).

²⁶ Gusy, Weimar S. 51.

²⁷ Ebd., S. 51 f.

Die damalige Staatsrechtslehre teilte sich in zwei Lager: die Mehrheit folgte der sog. „Unantastbarkeitslehre“, die anderen – zu denen auch Carl Schmitt gehörte – vertraten die sog. „Durchbrechungslehre“²⁸. Kern der Auseinandersetzung war, welche Funktion die Regelung in Art. 48 Abs. 2 Satz 2 hatte, in der die sieben Grundrechte aufgezählt wurden, die vorübergehend außer Kraft gesetzt werden konnten.

(1) Unantastbarkeitslehre

Wie schon ihr Name sagt, war nach der herrschenden Lehre die Verfassung für den von seinen Befugnissen aus Art. 48 Gebrauch machenden Reichspräsidenten unantastbar. Danach durfte der Präsident mit seinen Maßnahmen aus Abs. 2 über einfache Gesetze hinweggehen, es wurde ihm aber nicht zugestanden, in die Verfassung selbst einzugreifen²⁹. Am Verfassungsgesetz sollte die dem Präsidenten verliehene Diktaturgewalt ihre letzte, unüberwindbare Hürde finden. Die Vertreter dieser Lehre schlossen dies aus der abschließenden Aufzählung der Grundrechte in Abs. 2 Satz 2.

(2) Durchbrechungslehre

Schmitt und Ernst Jacobi trugen auf dem Staatsrechtslehrertag 1924 hingegen ihre Auffassung vor³⁰, nach der die Befugnis aus Satz 2, die genannten Grundrechte außer Kraft zu setzen, eine zusätzliche Befugnis sei zu der aus Satz 1, die nötigen Maßnahmen zu treffen: aus der Begrenzung der einen Befugnis könne nicht auf die Begrenzung der anderen geschlossen werden.³¹

2. Die Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1924

Auf dem Staatsrechtslehrertag 1924 baute Schmitt in seinem Vortrag „Die Diktatur des Reichspräsidenten“ über Art. 48 Abs.

²⁸ *Berthold*, S. 48.

²⁹ *Ebd.*

³⁰ Abgedruckt in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1 (1924) S. 63,

³¹ Ausführlicher zur Auseinandersetzung: *Blomeyer*, S. 94 ff.

2 auf dem Verständnis der Diktatur auf, wie er es in seiner Schrift „Die Diktatur“ herausgearbeitet hatte³².

a) Die „Diktatur des Reichspräsidenten“

Nach dem Verständnis Schmitts verleiht Art. 48 Abs. 2 dem Reichspräsidenten eine „kommissarische Diktatur“: er erhält seinen Auftrag von der Verfassung, und Zweck dieses Auftrags ist es, ebendiese Verfassung zu sichern³³. Eine solche kommissarische Diktatur sei zu unterscheiden von der Stellung eines „souveränen Fürsten“ nach dem monarchischen Prinzip. Dieser besitze neben der ordentlichen, verfassungsmäßig geteilten Gewalt noch eine außerordentliche, durch die Verfassung niemals restlos zu erfassende Gewalt, über deren Einsatz, auch wenn sie noch so sehr auf den Notfall beschränkt sei, er jederzeit selbst entscheiden könne³⁴. Ebensovienig vergleichbar sei die Stellung des Reichspräsidenten mit der einer „souveränen Diktatur“ der Nationalversammlung. Solange sie ihr Werk, die Verfassung, noch nicht vollendet habe, also noch keine erschöpfende Normierung und Aufteilung der staatlichen Zuständigkeiten und Funktionen vorhanden sei, vereinige sie die gesamte Staatsgewalt in ihren Händen³⁵. Von dem Moment, an dem die von ihr geschaffene Verfassung in Kraft trete, höre rechtsstaatlich die Möglichkeit einer souveränen Diktatur auf³⁶. Schließlich handele es sich bei den außerordentlichen Befugnissen aus Art. 48 Abs. 2 auch nicht um „Staatsnotrecht“. Dies sei schon deshalb ausgeschlossen, weil sie verfassungsmäßig als Zuständigkeit vorgesehen seien³⁷. Das Staatsnotrecht hingegen beruhe darauf, daß außerhalb oder entgegen der Verfassung im extremen, unvorhergesehenen Fall irgendein staatliches Organ vorgehe,

³² *Blomeyer*, S. 100.

³³ *Schmitt*, Diktatur RP in: VVdStL 1924, S. 91.

³⁴ Ebd., S. 84.

³⁵ Ebd., S. 86.

³⁶ Ebd., S. 87.

³⁷ Ebd., S. 83.

um die Existenz des Staates zu retten und das nach Lage Erforderliche zu tun³⁸.

Letztlich zeichnet sich Schmitt zufolge die kommissarische Diktatur als „typische rechtsstaatliche Regelung des Ausnahmezustands“ dadurch aus, daß sowohl Voraussetzung wie Inhalt der diktatorischen Befugnisse tatbestandsmäßig umschrieben und aufgezählt werden³⁹. Es sei ein Kriterium des Rechtsstaats, in Form der Verfassung alle staatlichen Funktionen in Zuständigkeiten abzugrenzen und die staatliche Allmacht in einem System von Kompetenzen zu regulieren, so daß niemals an irgendeinem Punkt die Fülle der Staatsgewalt hemmungslos in unvermittelter Konzentration auftreten könne⁴⁰.

Für den Ausnahmefall müßten allerdings immer Vorbehalte gemacht werden: Die Diktatur sei immer etwas Abnormes, weil bei ihr die rechtsstaatliche Umgrenzung der Befugnisse abhängig bleibe von der Lage der Sache, d.h. vom Ermessen des Ermächtigten, und zwar in unberechenbarem Umfang, weil sich hier nicht, wie sonst aus der normalen Situation, von selbst eine vernünftige Abgrenzung im Lauf der Zeit ergebe⁴¹. Sich dieser Entwicklung anzupassen, und zwar durch eine Umschreibung der zulässigen Befugnisse, der Voraussetzungen wie der Wirkungen des Ausnahmezustandes, sei die Absicht gewesen, die man mit dem Hinweis auf das nach Abs. 5 zu erlassende Reichsgesetz verfolgt habe⁴².

Dementsprechend handele es sich bei der Regelung des Art. 48 Abs. 2 um ein verfassungsrechtliches Provisorium, weil die eigentliche, nach Abs. 5 in Form eines Ausführungsgesetzes vorgesehene Regelung bisher nicht ergangen sei⁴³.

Die Eigenart der zwischenzeitlich geltenden Befugnis liege

³⁸ Ebd.

³⁹ *Schmitt*, Diktatur RP in VVdStL 1924, S. 87.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Ebd.

⁴² Ebd., S. 88.

⁴³ Ebd., S. 82, 88

darin, daß einerseits die „souveräne Diktatur“ der verfassungsgebenden Versammlung mit dem Inkrafttreten der Verfassung aufhöre, andererseits eine der typischen rechtsstaatlichen Entwicklung entsprechende Umgrenzung der „kommissarischen Diktatur“ noch nicht erfolgt sei, weil sich die verfassungsgebende Versammlung angesichts der abnormen Lage des Deutschen Reichstages einen weiteren Spielraum habe sichern wollen⁴⁴. Somit sei die „Diktatur des Reichspräsidenten“ infolge des bloßen Umstandes, daß die Verfassung in Kraft getreten sein, notwendig eine kommissarische⁴⁵. Aber sie sei absichtlich weit gelassen und wirke in der Sache, nicht in ihrer rechtlichen Begründung, wie das Residuum einer souveränen Diktatur der Nationalversammlung⁴⁶. Es sei am Reichstag, ein entsprechendes Gesetz zu erlassen. Ansonsten könnte die Regelung des Art. 48 Abs. 2 ihren Charakter ändern, weil eine rechtsstaatliche, republikanische Verfassung nicht an einem wesentlichen Punkte ein Provisorium für unabsehbare Zeit offen lassen könne⁴⁷. Noch reiche aber die bis jetzt, 1924, abgelaufene Zeit wohl nicht aus, um diese „Mutation“ eintreten zu lassen⁴⁸.

b) Befugnisse nach Art. 48 Abs. 2

Aufgabe der kommissarischen Diktatur sei es also die Reichsverfassung zu schützen. Diese bestimme damit sowohl die Voraussetzung für die Diktatur, sei also Maßstab für die erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, als auch Schranke: Diktaturmaßnahmen dürften nur zum Schutz der Reichsverfassung ergriffen werden und keinen anderen Zweck verfolgen⁴⁹. Allerdings sei der Begriff der Verfassung nicht gleichzusetzen mit der Summe aller Verfassungsbestimmungen;

⁴⁴ *Schmitt*, Diktatur RP in: VVdStL 1924, S. 89.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Ebd.

⁴⁷ Ebd., S. 90.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Ebd., S. 91.

vielmehr sei zu unterscheiden zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz⁵⁰ Folglich seien keinesfalls Maßnahmen des Reichspräsidenten ausgeschlossen, welche in einzelne Verfassungsbestimmungen eingriffen und dadurch Ausnahmen schafften, ohne die Verfassung aufzuheben oder außer Kraft zu setzen. Solche Durchbrechungen einzelner Verfassungsartikel stellten keine Änderungen der Verfassung dar, sondern vielmehr das „typische Mittel der Diktatur“: durch eine Ausnahme von Verfassungsbestimmungen die Verfassung selbst als Ganzes retten⁵¹.

Daraus folgt für Schmitt auch, daß die Aufzählung in Art. 48 Abs. 2 Satz 2 nicht als Einschränkung dieser weiten Befugnisse aus Satz 1 aufgefaßt werden könne, weil ansonsten ein wirksamer Ausnahmezustand unmöglich würde⁵². Vielmehr sei das „Außerkräftsetzen“ der in Abs. 2 Satz 2 genannten Grundrechte eine weitere „Maßnahme“ neben den „nötigen Maßnahmen“ und dem „Einschreiten mit Hilfe bewaffneter Macht“ in Satz 1⁵³. Die Aufzählung in Satz 2 sei zwar abschließend, aber eben nur in Hinsicht auf ein *Außerkräftsetzen*, so daß daraus nicht gefolgert werden könne, daß im Wege des Satz 1 keine Grundrechte berührt werden dürften⁵⁴. Die Rechtsschranken eines Grundrechts im einzelnen Fall zu ignorieren, sei etwas anderes als sie für bestimmte Zeit ganz oder teilweise zu beseitigen und außer Kraft zu setzen⁵⁵. Aus dem Wortlaut des Art. 48 Abs. 2 ergebe sich also eine allgemeine Befugnis des Reichspräsidenten, alle nötigen Maßnahmen zu treffen und eine besondere Befugnis, gewisse aufgezählte Grundrechte außer Kraft zu setzen⁵⁶. Die Besonderheit dieser Befugnis liege darin, daß der Reichspräsident nicht bei jeder Gefährdung der öffentli-

⁵⁰ Schmitt, VL S. 23.

⁵¹ Schmitt, Diktatur RP in: VVdStL 1924, S. 91.

⁵² Ebd., S. 64.

⁵³ Ebd., S. 74 ff.

⁵⁴ Ebd., S. 74.

⁵⁵ Ebd., S. 76.

⁵⁶ Ebd.

chen Sicherheit und Ordnung selbst vorgehen müsse, sondern es ihm ermögliche, durch das außer Kraft setzen der genannten Grundrechte den an sich zuständigen Behörden, sprich den Polizeibehörden, den Weg freizumachen für ein wirksames Vorgehen, um die öffentliche Sicherheit und Ordnung wiederherzustellen⁵⁷.

c) Grenzen der Ermächtigung

Schmitt zufolge beruhe eine erste allgemeine Schranke darauf, daß verfassungsmäßige Einrichtungen als solche und die Verfassung als Ganzes niemals eine Gefährdung im Sinne einer Verfassungsbestimmung bedeuten könnten⁵⁸.

Ferner enthalte Art. 48 als Schranke der außerordentlichen Befugnisse ein „unantastbares organisatorisches Minimum“. Dazu zählt Schmitt neben dem Reichspräsidenten die Reichsregierung, weil sie nach Art. 50 die Maßnahmen des Reichspräsidenten gegenzeichnen müsse und auch den in Art. 48 Abs. 3 genannten Reichstag wie er als verfassungsmäßiges Institut nach der Verfassung von 1919 besteht⁵⁹. Damit seien mittelbar auch einige andere Verfassungsbestimmungen der Diktaturgewalt entzogen: die Frist des Art. 25 Abs. 2 für Neuwahlen (60 Tage) nach Auflösung des Reichstages durch den Reichspräsidenten nach Abs. 1 derselben Vorschrift und die Wahlfreiheit nach Art. 125⁶⁰.

Schließlich liegt für Schmitt eine weitere, entscheidende Grenze im Begriff der „Maßnahme“ selbst begründet: die Maßnahme ist durch eine konkret gegebene Sachlage bestimmt und ganz von einem sachlichen Zweck beherrscht, so daß sie nach Lage der Sache von Fall zu Fall verschiedenen Inhalt und keine eigentliche Rechtsform hat⁶¹. Entgegen der herrschenden Lehre sei es falsch, den Maßnahmen

⁵⁷ Schmitt, Diktatur RP in: VVdStL 1924, S. 77 f., die Befugnis aus S.2 entspreche dem sog. „kleinen Belagerungszustand“ aus § 16 des preußischen Belagerungszustandsgesetzes von 1851, vgl. auch schon S. 75.

⁵⁸ Schmitt, Diktatur RP in: VVdStL 1924, S. 93.

⁵⁹ Ebd., S. 93.

⁶⁰ Ebd., S. 94 f.

⁶¹ Ebd., S. 97.

des Reichspräsidenten Gesetzeswirkung zuzusprechen und damit einen doppelten verfassungsmäßigen Gesetzgeber anzunehmen, den ordentlichen des Art. 68 und einen außerordentlich des Art. 48. Der Reichspräsident sei kein Gesetzgeber. Er könne alle die Akte nicht vornehmen, welche durch verfassungsmäßige Bindung an ein bestimmtes Verfahren eine solche Rechtsförmigkeit erhalten hätten, daß sie aufhörten, ausschließlich durch die Lage der Verhältnisse bestimmt zu werden, also Maßnahmen zu sein⁶². Es sei ihm also beispielsweise nicht möglich, auf Grund von Art. 48 Abs. 2 gemäß Art. 45 den Krieg zu erklären oder gemäß Art. 85 den Haushaltsplan festzustellen; Voraussetzung dafür sei jeweils ein formelles Gesetz nach Art. 68 der Verfassung, die Verfassung selbst aber habe durch diese Formalisierung solche Akte aus der Reihe der Maßnahmen herausgenommen⁶³. Maßnahmen, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgenommen würden, kämen vielleicht im praktischen Resultat und in ihren Folgewirkungen derartigen Akten nahe, niemals aber deren rechtlicher Bedeutung und Wirkung gleich⁶⁴.

3. Zusammenfassung und Stellungnahme

Hervorzuheben an Schmitts Vortrag aus dem Jahre 1924 ist, daß er die aufgrund des Art. 48 Abs. 2 dem Reichspräsidenten verliehenen Kompetenzen wesentlich weiter zog, als dies die damals herrschende Unantastbarkeitslehre tat⁶⁵. Auch der Versuch einer Abgrenzung der „kommissarischen Diktatur des Reichspräsidenten“ von der Souveränität des Fürsten und der „souveränen Diktatur einer Nationalversammlung“ ändert daran nichts. Vielmehr läuft Schmitts Interpretation der Befugnisse des Reichspräsidenten gerade auf eine unbeschränkte Souveränität hinaus, liegt es doch im Ermessen des Reichspräsidenten, zu entscheiden wann die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 2

⁶² Schmitt, Diktatur RP in: VVdStL 1924, S. 99.

⁶³ Ebd.

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ Verwiesen sei hier auf die ausführliche Darstellung bei: *Blomeyer*, Notstand, S. 88-117.

vorliegen⁶⁶. Im übrigen aber hebt er selbst diese problematische Unterscheidung wieder auf, wenn er sagt, die „kommissarische Diktatur“ des Reichspräsidenten wirke aufgrund ihres provisorischen Charakters wie das „Residuum einer souveränen Diktatur der Nationalversammlung“⁶⁷. Eine Unterscheidung ließe sich allenfalls an dem durch die Verfassung vorgegeben Ziel der „kommissarischen Diktatur“ sehen, eben diese Verfassung zu sichern.⁶⁸

Bemerkenswert an Schmitts Vortrag von 1924 ist zunächst einmal, daß er den auf Grundlage des Art. 48 Abs. 2 erlassenen „Maßnahmen“ keine Gesetzesqualität zuerkennt. Zwar kann der Reichspräsident nach der auch von Schmitt „Durchbrechungstheorie“ in Verfassungsbestimmungen eingreifen, allerdings ist er dabei auf den Einzelfall beschränkt; die entsprechenden Maßnahmen erfüllen nicht die Voraussetzungen eines Gesetzesvorbehalts.

IV. **Der Zusammenbruch des „parlamentarischen Gesetzgebungsstaates“**

1. **Übergang in die permanente Notverordnungspraxis**

Während die Problematik des Art. 48 Abs. 2 zwischen 1925 und 1930 vorübergehend in den Hintergrund trat, wurde sie 1930 schlagartig wieder um so aktueller: Nachdem im Frühjahr 1930 die Regierung der Großen Koalition an der Frage der Erhöhung der Arbeitslosenversicherungsbeiträge um 0,5 % endgültig zusammengebrochen war, setzte im Sommer dieses Jahres schlagartig die zweite Periode der Diktaturverordnungen ein⁶⁹. Das mit dem Ausnahmezustand bereits „festverwachsene Institut der Notverordnung“ auf der Grundlage des Art. 48 Abs. 2 erfuhr in der Folgezeit eine außerordentlich weite Auslegung und übernahm schließlich alle Funktionen des formellen Reichsge-

⁶⁶ *Mehring*, Pathetisches Denken, S. 138; *Kelsen*, S. 582; Vgl. auch *Blomeyer*, S. 100 Fn 70.

⁶⁷ *Schmitt*, Diktatur RP in: VVdStL 1924, S. 89; ebenso: *Blomeyer*, Notstand, S. 101.

⁶⁸ *Mehring*, Pathetisches Denken, S. 139.

⁶⁹ *Haugg*, S. 114.

setzes⁷⁰. Aufgrund der Lähmung des Parlaments wurde Art. 48 Abs. 2 in Verbindung mit der Drohung der Reichstagauflösung nach Art. 25 Abs. 1 zum Mittel der Exekutive, womit sie schließlich am Reichstag vorbei regieren konnte⁷¹.

2. Der Hüter der Verfassung

Der Problematik des Art. 48 Abs. 2 widmet sich Schmitt ausführlich in seiner Schrift „Der Hüter der Verfassung“ von 1931. Ausgangspunkt dabei ist die konkrete Verfassungslage der Gegenwart⁷².

a) Die konkrete Verfassungslage

Mit dem Wandel vom Regierungsstaat des 19. Jahrhunderts zum Gesetzgebungsstaat der heutigen Zeit sei die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aufgehoben. Der dadurch zur Selbstorganisation der Gesellschaft gewordene, demnach von ihr nicht mehr zu trennende Staat ergreife alles Gesellschaftliche, d.h. alles was das Zusammenleben der Menschen angehe und vollziehe damit eine Wandlung hin zum totalen Staat der Identität von Staat und Gesellschaft⁷³. Diese Wandlung sei auf wirtschaftlichem Gebiete am auffälligsten, weil die Probleme dort am dringlichsten seien; Schmitt beschreibt dieses Phänomen als Wendung zum Wirtschaftsstaat⁷⁴.

Die Frage, die sich angesichts der Wandlung des Staates zur Selbstorganisation der Gesellschaft stelle, sei, wie die sich selbst organisierende Gesellschaft zur *Einheit* gelangen könne und ob die Einheit wirklich als Resultat der „Selbstorganisation“ eintrete⁷⁵. Dieses Ziel der staatlichen Einheit sieht Schmitt vornehmlich durch drei Phänomene bedroht: den Pluralismus, die Polykratie und den Föderalismus⁷⁶.

(1) Der Pluralismus

⁷⁰ Haugg, S. 115.

⁷¹ Ebd., S. 115.

⁷² Schmitt, HdV, Vorwort und Überschrift zu II.

⁷³ Ebd., S. 79.

⁷⁴ Ebd., S. 80 ff.

⁷⁵ Ebd., S. 82.

⁷⁶ Ebd., S. 71.

Als Pluralismus bezeichnet Schmitt eine Mehrheit festorganisierter, durch den Staat, d.h. sowohl durch verschiedene Gebiete des staatlichen Lebens, wie auch durch die territorialen Grenzen der Länder hindurchgehender, *sozialer* Machtkomplexe, die sich als solche der staatlichen Willensbildung bemächtigten, ohne aufzuhören, nur soziale (nicht-staatliche) Gebilde zu sein⁷⁷. Darunter versteht er in erster Linie die Parteien. Diese wären zunächst als Träger der Selbstorganisation der Gesellschaft gedacht gewesen, doch sie hätten sich gewandelt und könnten damit dieser Aufgabe nicht mehr gerecht werden⁷⁸. So strebten die Parteien in ihrer Ausdehnung auf alle Gebiete des menschlichen Daseins eine Totalität an und ihr Nebeneinander bilde und trage den pluralistischen Staat⁷⁹. Demgemäß ist für ihn das Parlament der zentrale Schauplatz des Pluralismus⁸⁰. Eigentlich solle es seiner Funktion nach Schauplatz eines Umschaltungsprozesses sein, durch den sich die Vielfalt der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und konfessionellen Gegensätze, Interessen und Meinungen in die Einheit des politischen Willens verwandele⁸¹. Insbesondere solle eine Partei, wenn sie zur Regierung gelange, eben dadurch gezwungen werden, weitere und höhere Gesichtspunkte gelten zu lassen als ihre Parteiinteressen⁸². Infolge der Art, Zusammensetzung und Zahl der Parteien und ihrer Umwandlung in festorganisierte Größen mit festem Verwaltungsapparat und festgebundener Klientel werde dieser Aufstieg vom egoistischen Partei- zum verantwortlichen Staatswillen aber verhindert⁸³. Schmitt titu-

⁷⁷ Schmitt, HdV S. 71.

⁷⁸ Ebd., S. 83 ff.

⁷⁹ Ebd.

⁸⁰ Ebd., S. 73 ff.

⁸¹ Ebd., S. 87 f.

⁸² Ebd., S. 88.

⁸³ Ebd.

liert den parlamentarisch-demokratischen Parteienstaat demgemäß als *labilen Koalitions-Parteien-Staat*⁸⁴.

Aus dem Parlament als Schauplatz einer einheitsbildenden, freien Verhandlung freier Volksvertreter, aus dem Transformator parteiischer Interessen in einen überparteiischen Willen, werde ein Schauplatz pluralistischer Aufteilung der organisierten gesellschaftlichen Mächte⁸⁵. Damit einhergehend trete an die Stelle der Treue gegen den Staat und seine Verfassung die Treue gegen die soziale Organisation, gegen das den Pluralismus tragende Gebilde⁸⁶. So entstünden schließlich auch ein *Pluralismus* von *Treueverpflichtungen*, durch welchen die pluralistische Aufteilung immer stärker stabilisiert und die Bildung einer staatlichen Einheit immer mehr gefährdet werde; sowie ein *Pluralismus der Legalitätsbegriffe*, der den Respekt vor der Verfassung zerstöre, während es im Sinne jeder Verfassung liege, eine politische Entscheidung zu treffen, die außer Zweifel stelle, was die gemeinsame Basis der staatlichen Einheit sei⁸⁷.

(2) Die Polykratie

Eine weitere Bedrohung entstehe mit der Wandlung zum Wirtschaftsstaat. Angesichts dieser Wandlung bedürfe die öffentliche Wirtschaft in Deutschland eines einheitlichen Finanz- und Wirtschaftsprogramms – doch das Parlament als Schauplatz und Reflex eines pluralistischen und labilen Koalitionsparteienstaates werde kaum fähig sein, ein solches Programm aufzustellen⁸⁸. Aus diesem Grunde entwickle sich in der öffentlichen Wirtschaft ein Nebeneinander und Durcheinander einer Mehrheit rechtlich autonomer Träger der öffentlichen *Wirtschaft*, an deren Selbstständigkeit der staatliche

⁸⁴ *Schmitt*, HdV S. 88.

⁸⁵ Ebd., S. 89.

⁸⁶ Ebd., S. 90.

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ Ebd., S. 91.

Wille eine Grenze finde; die *Polykratie*⁸⁹. Ein Teil jener Kräfte der Polykratie ziehe seine politische Bedeutung und Widerstandsfähigkeit aus einem Bündnis mit den Trägern des staatlichen Pluralismus, die ein Interesse an der Polykratie hätten, soweit sie ihnen gleichzeitig Machtpositionen für ihre Organisationen biete⁹⁰. So treffe die Entwicklung des pluralistischen Auseinanderbrechens des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates mit der Wendung zum Wirtschaftsstaat zusammen⁹¹.

(3) Der Föderalismus

Zu den zwei genannten Phänomenen tritt Schmitt zufolge nun noch der Föderalismus als dritte Gefahr für die staatliche Einheit hinzu. Er definiert ihn als Neben- und Miteinander einer Mehrheit von Staaten, also eine Pluralität von *staatlichen* Gebilden auf *staatlichem* Boden⁹². Hieraus drohe eine Gefahr dergestalt, daß die den pluralistischen Staat bildenden sozialen Machtkomplexe mit ihren Organisationen durch das Reich hindurch und über die Landesgrenzen hinweg daran interessiert seien, die staatlichen Machtpositionen, die sie in den einzelnen Ländern errungen haben, unter allen Umständen zu verteidigen, um sich auf diese Weise gegen eine im Reich oder in anderen Ländern herrschende, feindliche Partei oder Parteikoalition am besten zu sichern⁹³. Auf diese Weise könnten auch bundesstaatliche Einrichtungen und Positionen zu Verbündeten und Stützpunkten des Pluralismus werden, was eine Auflockerung der Geschlossenheit und Festigkeit der staatlichen Einheit zur Folge habe⁹⁴.

⁸⁹ Schmitt, HdV S. 91, Definition auf S. 71

⁹⁰ Ebd., S. 93.

⁹¹ Ebd., S. 94.

⁹² Ebd., S. 71.

⁹³ Ebd., S. 95.

⁹⁴ Ebd.

b) Wer ist der Hüter der Verfassung?

Für Schmitt stellt sich die Frage, wer die Verfassung, angesichts der zerstörerischen Kräfte eines labilen Koalitionsparteienstaates, wiederherstellen und bewahren kann; also die Frage, wer der Hüter der Verfassung ist. Die Aufgabe des Hüters der Verfassung besteht für ihn darin, das verfassungsmäßige Funktionieren der verschiedenen Gewalten zu sichern und die Verfassung zu wahren. Dafür bedürfe es eines *neutralen* Dritten, der nicht über sondern neben den anderen verfassungsmäßigen Gewalten stehe, aber mit eigenartigen Befugnissen und Einwirkungsmöglichkeiten ausgestattet sei⁹⁵. Insbesondere sei es in einem „Gewaltenunterscheidenden“ Rechtsstaat folgerichtig, keine der vorhandenen Gewalten nebenbei damit zu betrauen, weil sie sonst nur ein Übergewicht gegenüber den anderen erhalte und sich selbst der Kontrolle entziehen könnte⁹⁶.

(1) Die Justiz als Hüter der Verfassung

⁹⁵ Schmitt, HdV S. 132.

⁹⁶ Ebd.

Schmitt räumt der Möglichkeit der „Verfassungshütung“ durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit ein eigenes Kapitel ein⁹⁷. Eine Möglichkeit, die er dort, aber auch durch seine ganze Schrift hindurch immer wieder strikt ablehnt⁹⁸. So komme ein Verfassungsgericht nicht in Betracht, weil die zur Entscheidung anstehenden Fragen in der Verfassung noch nicht gelöst, sondern ihre Lösung in einem „dilatorischen Formelkompromiß“⁹⁹ nur aufgeschoben wurde¹⁰⁰. Das Gericht müsse also das, was Grundlage seiner Entscheidung sein solle, den Inhalt der Verfassung, zuerst selbst bestimmen. Damit aber würde die innere Rechtfertigung für seine Unabhängigkeit und für seine Entscheidungsbefugnis, die in der Abhängigkeit von einem bestehenden, festgelegten Gesetz- bzw. Verfassungsinhalt besteht, entfallen: Die Justiz würde sich damit übernehmen, es handelte sich gar nicht mehr um Justiz¹⁰¹.

Bevor man also für hochpolitische Fragen und Konflikte einen Gerichtshof als Hüter der Verfassung einsetze und die Justiz durch solche Politisierungen belaste und gefährde, sollte man sich zunächst des positiven Inhalts der Weimarer Verfassung und ihres verfassungsgesetzlichen Systems erinnern. Nach dem vorliegenden Inhalt der Weimarer Reichsverfassung bestehe bereits ein Hüter der Verfassung, nämlich der Reichspräsident¹⁰².

(2) Der Reichspräsident als Hüter der Verfassung

Diese Stellung des Reichspräsidenten ließe sich nur mit Hilfe einer weiterentwickelten Lehre von einer neutralen, vermittelnden, regulierenden und bewahrenden Gewalt konstruieren¹⁰³. Die Lehre vom *pouvoir neutre*, in-

⁹⁷ Schmitt, HdV Kapitel I. Die Justiz als Hüter der Verfassung, S. 12-60.

⁹⁸ Vgl. hierzu exemplarisch: Schmitt, HdV S. 155; dazu die absolut lesenswerte, sehr polemische Kritik von Kelsen, Wer ist der Hüter der Verfassung?

⁹⁹ Zum Begriff siehe Schmitt, VL S. 31 f.

¹⁰⁰ Schmitt, HdV S. 44, 48

¹⁰¹ Schmitt, HdV S. 36 ff.

¹⁰² Ebd., S. 158.

¹⁰³ Ebd., S. 137.

termédiaire und *régulateur* findet Schmitt von Benjamin Constant begründet¹⁰⁴. Dementsprechend stehe der Reichspräsident im Mittelpunkt eines ganzen auf plebiszitärer Grundlage aufgebauten Systems von parteipolitischer Neutralität und Unabhängigkeit¹⁰⁵. Er sei die zwischen Parlament und Regierung vermittelnde Größe, die *das Ganze* im Auge habe¹⁰⁶.

In der Stellung des Reichspräsidenten sei die einzige, in einer demokratischen Verfassung denkbare Möglichkeit einer *unabhängigen* Instanz geschaffen, ohne welche es keinen Hüter der Verfassung geben könne¹⁰⁷. Schmitt sieht diese Unabhängigkeit gewährleistet durch die Wahl des ganzen deutschen Volkes (Art. 41), die siebenjährige Amtsdauer (Art. 43 Abs. 1) und die erschwerte Abberufung (Art. 43 Abs. 2).

Ferner werde der Reichspräsident vom *ganzen* deutschen Volk gewählt (Art. 41) und sei somit auch demokratisch legitimiert. Schmitt zufolge enthält die Bezugnahme auf das Ganze der politischen Einheit immer einen Gegensatz gegen die pluralistischen Gruppierungen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens und soll eine Überlegenheit über derartige Gruppierungen herbeiführen¹⁰⁸.

Nach Schmitt setzt die Verfassung das ganze deutsche Volk als eine Einheit voraus, die unmittelbar, nicht erst durch soziale Gruppenorganisationen vermittelt, handlungsfähig ist, die ihren Willen zum Ausdruck bringen kann und sich im entscheidenden Augenblick auch über die pluralistischen Zerteilungen hinweg zusammenfinden und Geltung verschaffen soll. Die Verfassung suche insbesondere der Autorität des Reichspräsidenten die Möglichkeit zu geben, sich unmittelbar mit diesem

¹⁰⁴ Ebd., S. 132 ff.

¹⁰⁵ Ebd., S. 158.

¹⁰⁶ Schmitt beruft sich an dieser Stelle auf Aussagen verschiedener Abgeordneter, die sich dieser Lehre des *pouvoir neutre* sehr wohl bewußt gewesen seien: Ebd. S. 138 f.

¹⁰⁷ Ebd., S. 150.

¹⁰⁸ Schmitt, HdV S. 155.

politischen Gesamtwillen des deutschen Volkes zu verbinden und eben dadurch als Hüter und Wahrer der verfassungsmäßigen Einheit und Ganzheit des deutschen Volkes zu handeln¹⁰⁹.

- c) **„Verfassungshütung“ auf Grundlage des Art. 48 Abs. 2**
Welche Befugnisse hat also der Reichspräsident nun, 1931, in seiner Funktion als „Hüter der Verfassung“? Schmitt geht diese Frage unter der Prämisse an, verfassungsmäßig mögliche Abhilfen gegenüber den verfassungszerstörenden Methoden des pluralistischen Systems zu finden¹¹⁰. Entscheidend hierfür ist die Betrachtung des Art. 48 Abs. 2 in seiner Anwendung¹¹¹. Damit ist der Gang der Untersuchung – und deren Ergebnis! – vorgezeichnet.

So habe die verfassungsrechtliche Entwicklung für mehrere wichtige Fragen des Ausnahmezustandes und des Notverordnungsrechts zu Ergebnissen geführt, die soweit anerkannt und angenommen seien, daß man von ihnen als Bestandteil des heutigen Verfassungsrechts ausgehen müsse¹¹².

Die Auslegung des Art. 48 enthalte allerdings eine Reihe besonders schwieriger juristischer Fragen, und zwar nicht so sehr darüber, ob nach Lage der Sache eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vorliege – die Frage zu entscheiden, ob die Voraussetzung der außerordentlichen Befugnisse tatsächlich gegeben ist, sei naturgemäß Sache einer pflichtbewußten Regierung – sondern vor allem für das eigentlich verfassungsrechtliche Problem des *Inhaltes* der in Art. 48 Abs. 2 enthaltenen Befugnisse und Ermächtigungen des Reichspräsidenten¹¹³. Schmitt verweist diesbezüglich insbesondere auf die sich aus der Eigentümlichkeit eines langjährigen Provisoriums ergebenden Beson-

¹⁰⁹ Ebd., S. 159.

¹¹⁰ Ebd., S. 116.

¹¹¹ Schmitt, HdV S. 117.

¹¹² Schmitt, Notverordnung, S. 237.

¹¹³ Schmitt, HdV S. 117.

derheiten¹¹⁴. Die bereits 1924 in seinem Vortrag „Die Diktatur des Reichspräsidenten“ angesprochene Möglichkeit einer „Mutation“ sei nun, nach der bereits zehnjährigen Praxis, eingetreten¹¹⁵. Eine derartige Mutation – wohl im Sinne von entstandenem Gewohnheitsrecht¹¹⁶ – stellt er für zwei Punkte fest:

(1) Die Kompetenz des Reichspräsidenten zum Erlaß „gesetzesvertretender Verordnungen“ nach Art. 48 Abs. 2

Hatte Schmitt in seinem Vortrag von 1924 noch unter Verweis auf den Begriff der „Maßnahme“ ein Verordnungsrecht des Reichspräsidenten abgelehnt, so bezeichnet er es nun als zusätzliche, zu den übrigen Befugnissen noch hinzugetretene Kompetenz, im Rahmen des Art. 48 Abs. 2 Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen¹¹⁷.

(2) Die Entwicklung eines spezifisch wirtschaftlichen und finanziellen Not- und Ausnahmezustandes

Ferner habe die Praxis unter dem Zwang des wesentlich wirtschaftlichen und finanziellen Charakters heutiger Notlagen die Anwendung der außerordentlichen Befugnisse auf eben diese Notlagen anerkannt¹¹⁸. Daraus zieht Schmitt zwei Konsequenzen: die *Voraussetzung* des Art. 48 Abs. 2 könne in einer wirtschaftlichen und finanziellen Notlage oder in einer aus wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnissen entstehenden Gefahr begründet sein¹¹⁹. Außerdem gehöre zum *Inhalt* der außerordentlichen Befugnisse auch das Recht, gesetzesvertretende

¹¹⁴ Ebd., S. 118,

¹¹⁵ Vgl. oben S. 9.

¹¹⁶ Vgl. Schmitt, HdV S. 120: „(...) daß hier eine ständige, von einer festen Rechtsüberzeugung getragene Übung seit Jahren vorhanden ist.“; dagegen dieser Problematik ausweichend: Schmitt, Notverordnung, S. 238.

¹¹⁷ Schmitt, HdV S. 118, insb. S. 121 Fn 1; ders., Notverordnung, S. 238 f.

¹¹⁸ Schmitt, HdV S. 119; ders., Notverordnung, S. 240.

¹¹⁹ Schmitt, HdV S. 119.

Verordnungen wirtschaftlicher und finanzieller Art zu erlassen¹²⁰.

Dadurch sei dem Provisorium des Art. 48, das bis zu dem nach Abs. 5 zu erlassenden Ausführungsgesetz andauere, ein positiv-rechtlich zu beachtender Inhalt gegeben¹²¹. Allerdings stelle sich die Frage, ob der *finanzrechtliche Gesetzesvorbehalt* – für Steuern und Abgaben Art. 134, für das Haushaltsgesetz Art. 85 und für Kreditermächtigungen und Sicherheitsleistungen Art. 87 – durch eine gesetzesvertretenden Verordnung nach Art. 48 Abs. 2 erfüllt werde, oder ob dieser finanzrechtliche Vorbehalt des Gesetzes der Vorbehalt eines *formellen* Gesetzes sei¹²². Sowohl aus dem Schrifttum als auch aus der bisherigen Praxis ergebe sich, daß der finanzrechtliche Vorbehalt keineswegs als Vorbehalt eines *formellen* Gesetzes gesehen werde. So sei die Erhebung von Steuern und Abgaben längst widerspruchslos Gegenstand der Verwaltungspraxis geworden. Daraus folge aber, daß gesetzesvertretende Verordnungen nach Art. 48 Abs. 2 für den Haushaltsplan und die Kredit- und Bürgschaftsermächtigung nicht unzulässig sein könnten, denn *der finanzrechtliche Vorbehalt des Gesetzes lasse sich nur einheitlich beurteilen*¹²³. Dies ergebe sich auch notwendigerweise aus der Tatsache, daß die Situation der konstitutionellen Monarchie, die Trennung von Staat und Gesellschaft, Politik und Wirtschaft nicht mehr vorliegt. Die sei von unmittelbarer verfassungsrechtlicher Bedeutung¹²⁴. Der *formelle* Gesetzesvorbehalt sei aus dem Kampf des Parlamentes gegen die vom Parlament unabhängige königliche Regierung entstanden, nicht aus dem Kampf gegen ein verfassungsrechtlich delegiertes Ordnungsrecht. In

¹²⁰ Ebd., S. 120.

¹²¹ Schmitt, Notverordnung, S. 242.

¹²² Schmitt, HdV S. 122.

¹²³ Schmitt, HdV S. 122 f.; ders., Notverordnung, S. 245.

¹²⁴ Schmitt, HdV S. 128.

demokratischen Staaten werde daher der finanzrechtliche Vorbehalt keineswegs als absolut und unbedingt formeller Vorbehalt aufgefaßt¹²⁵. Soweit ein Vorbehalt des unbedingt formellen Gesetzes vorkomme, sei also stets vorausgesetzt, daß das Parlament einer von ihm unabhängigen Regierung gegenüberstehe, die sich in keiner Weise auf das Volk berufen könne¹²⁶. Diese Voraussetzungen lägen aber in der heutigen verfassungsrechtlichen Situation alle nicht mehr vor: So sei das Haushaltsgesetz keine „Vereinbarung“ zwischen Parlament und Regierung; die Regierung sei aufgrund der Einwirkungs- und Kontrollmittel auch nicht mehr unabhängig vom Parlament, zumindest sofern es mehrheits- und handlungsfähig sei; der Reichspräsident werde vom ganzen deutschen Volk gewählt, so daß das im monarchischen Verfassungsrecht beim Parlament vorausgesetzte *Monopol* der Volksvertretung entfiere; und schließlich beruhe die demokratische Weimarer Verfassung auf einer Ausbalancierung parlamentarischer und plebiszitärer Elemente, wodurch ihre Struktur wesentlich dadurch bestimmt sei, daß das Volk in gleicher Weise gegenüber dem Parlament wie gegenüber der Regierung und dem Präsidenten als der höhere Dritte entscheide¹²⁷. Folglich seien auch *finanzgesetzvertretende Verordnungen* nach Art. 48 Abs. 2 verfassungsrechtlich zulässig¹²⁸.

(3) Die Grenze der „Verfassungshütung“

Die eigentliche Grenze der Befugnisse des Reichspräsidenten aus Art. 48 Abs. 2 und die eigentliche Sicherung gegen einen Mißbrauch seiner Macht liege in den *Kontrollbefugnissen des Reichstags*, nicht in Normativitäten oder justizförmigen Hemmungen¹²⁹. Einem mehrheits- und handlungsfähigen Reichstag werde es

¹²⁵ Ebd., S. 129.

¹²⁶ Ebd., S. 130.

¹²⁷ Schmitt, HdV S. 130.

¹²⁸ Schmitt, Notverordnung, S. 245.

¹²⁹ Schmitt, HdV S. 131.

nicht schwerfallen, durch das Verlangen der Außerkraftsetzung und nötigenfalls durch einen ausdrücklichen Mißtrauensbeschluß seine Auffassung gegenüber Reichspräsident und Reichsregierung zur Geltung zu bringen¹³⁰. Die Reichsverfassung gebe einem mehrheits- und handlungsfähigen Reichstag alle Rechte und Möglichkeiten, deren ein Parlament bedarf, um sich als den maßgebenden Faktor der staatlichen Willenbildung durchzusetzen. Sei das zum Schauplatz des pluralistischen Systems gewordene Parlament dazu nicht imstande, so habe es nicht das Recht, zu verlangen, daß auch alle anderen verantwortlichen Stellen handlungsunfähig werden¹³¹.

Die Herausbildung der Praxis des wirtschaftlich-finanziellen Ausnahmezustandes mit einem gesetzesvertretenden Verordnungsrecht entspreche der Wendung, die ein Gesetzesstaat zum Wirtschaftsstaat nehme und die von einem pluralistisch aufgespaltenen Parlament nicht mehr vollzogen werden könne¹³². Das wirtschaftlich-finanzielle gesetzesvertretende Verordnungsrecht der Praxis des Art. 48 WRV bleibe analog in Übereinstimmung mit der bestehenden Ordnung und suche den verfassungsmäßigen Gesetzgebungsstaat, dessen gesetzgebende Körperschaft pluralistisch zerteilt sei, gegenüber einem verfassungswidrigen Pluralismus zu retten. Daß dieser stärkste Versuch einer Abhilfe und Gegenbewegung verfassungsmäßig und legal nur durch den Reichspräsidenten unternommen werden könne, bestätige gleichzeitig, daß dieser als Hüter dieser verfassungsmäßigen Gesamtordnung anzusehen sei¹³³.

3. Zusammenfassung

¹³⁰ Ebd.

¹³¹ *Schmitt*, HdV S. 131.

¹³² Ebd.

¹³³ Ebd.

Schmitt sieht also in der Stellung des Reichspräsidenten den „neutralen Dritten“, bei der es sich eigentlich um keine „Gewalt“ – höchstens um „bewahrende“ Gewalt handelt¹³⁴. Demzufolge ist es seine Aufgabe über den *Parteien*, nicht über den *Gewalten*, stehend die staatliche Einheit wiederherzustellen und zu bewahren. Als Instrument hierfür hat ihn die Verfassung mit den außerordentlichen Befugnissen aus Art. 48 ausgestattet. Dessen Grenzen seien bewußt weit gelassen worden, um dem Reichspräsidenten einen weiten Spielraum zu geben. War zur Begrenzung ursprünglich in Abs. 5 ein Ausführungsgesetz vorgesehen, so hat sich nun gewohnheitsrechtlich sogar eine Erweiterung dieser außerordentlichen Befugnisse etabliert. Einhergehend mit der Handlungsunfähigkeit des Reichstages, aufgrund seiner pluralistischen Zersetzung, fällt mit der Kontrollbefugnis aus Abs. 3 nicht nur eine weitere Begrenzung weg, sondern entsteht vielmehr eine Voraussetzung der Anwendung von Art. 48 Abs. 2 selbst: Der Reichstag stellt als Schauplatz des „verfassungswidrigen Pluralismus“ eine Gefährdung der Verfassung dar.

Beachtlich ist dabei weniger, daß sich Schmitt lediglich mit dem Hinweis auf die Bildung von Gewohnheitsrecht, von seiner 1924 vorgetragenen Auslegung des Art. 48 Abs. 2 verabschiedet, sondern vielmehr, wie er diese Argument gepaart mit einer vernichtenden Abrechnung mit dem Parlamentarismus nutzt, um das Prinzip der Gewaltenteilung, bzw. wie er sagt „Gewaltunterscheidung“, aufzuheben und Legislative und Exekutive in der Institution des Reichspräsidenten zu vereinigen.

V. Abschließende Analyse und Stellungnahme

1. Die *politische Einheit* als Ziel der „Verfassungshütung“

Ebenso wie die herrschende positivistische Lehre rechtfertigte auch Carl Schmitt die Staatspraxis zu Art. 48 Abs. 2. Allerdings erfolgte dies bei ihm von einem völlig anderen Ausgangspunkt aus. Schmitt erweiterte den Handlungsspielraum des Reichspräsidenten primär nicht im Wege einer rechtstheoretischen Ausle-

¹³⁴ Ebd., S. 135 ff.

gung, sondern benutzte diese lediglich als Mittel, um in ihrem Schatten rechtspolitische Forderungen geltend zu machen¹³⁵. *Kelsen* warf Schmitt vor, immer wieder von einem vorausgesetzten Rechtsbegriff auf eine erwünschte Rechtsgestaltung zu schließen; dies sei die typische Vermengung von Rechtstheorie und Rechtspolitik¹³⁶. Was also ist die erwünschte Rechtsgestaltung Schmitts im Rahmen der vorgestellten Auslegung der Vorschrift des Art. 48 Abs. 2? Zunächst einmal drängt sich der für Schmitt entscheidende Begriff der *politischen Einheit* auf, der sich wie ein roter Faden durch die Ausführungen Schmitts zieht. Schmitts Verständnis des Art. 48 Abs. 2 scheint demnach von einer Klärung des Begriffs der *politischen Einheit* abzuhängen.

a) **Das pluralistische Parlament als (Zer-)Störer der politischen Einheit**

Am Begriff der *politischen Einheit* verdeutlicht sich in Schmitts Schrift „Der Hüter der Verfassung“ seine anti-parlamentarische Grundhaltung. Im Fortgang dieser Schrift stellt er das Parlament Schritt für Schritt in einen Gegensatz zur politischen Einheit des Volkes und damit in einen Gegensatz zum Staat als Ganzen: Das Parlament spaltet, zerstört und verhindert die politische Einheit. Einen Höhepunkt findet dieser Prozeß in der Feststellung eines „verfassungswidrigen Pluralismus“, nachdem er diesen eindeutig und untrennbar mit dem Parlament verknüpft hat. Dem Leser drängt sich die unausgesprochene Konsequenz auf: Das Parlament als solches ist verfassungswidrig! Folgerichtig führen Schmitts Überlegungen zu dem Schluß, daß im parlamentarischen System selbst *die* Voraussetzung zur Handhabung der außerordentlichen Befugnisse liegt¹³⁷.

b) **Der Reichspräsident als die Verkörperung der politischen Einheit**

¹³⁵ Vgl. *Blomeyer*, S. 199.

¹³⁶ *Kelsen*, S. 593.

¹³⁷ Vgl. *Schneider*, Ausnahmezustand, S. 188; ebenso *Kelsen*, S. 626.

In seiner Auslegung der Verfassung und dabei insbesondere der Vorschrift des Art. 48 Abs. 2 konstruiert Schmitt den Reichspräsidenten zum Hüter der Verfassung. Er erscheint als die einzige Alternative, die pluralistischen Zersplitterungen zu beenden, indem er seine überlegene Stellung gegenüber dem Schauplatz dieses Pluralismus, dem Reichstag, nutzt.¹³⁸ So ist nur er in der Lage den „wahren“ Staatswillen zu erzeugen. Dabei geht es Schmitt um die Installation einer „Dezisionsinstanz“, die außerhalb geregelter Zugangsmöglichkeiten und organisierter Machtverteilungskämpfe steht und die an die Stelle der parlamentarischen Souveränität die eigene setzt¹³⁹. Damit ist aber auch die Substanz der Weimarer Reichsverfassung preisgegeben und in eine Präsidialdiktatur uminterpretiert.¹⁴⁰

c) **Schmitts Begriff der „politischen Einheit“**

Schmitts Begriff der politischen Einheit ist nichts Bestimmtes und Eindeutiges, sondern in sich zwiespältig und doppeldeutig, ja mehrdeutig¹⁴¹. Im Hüter der Verfassung benutzt Schmitt den Begriff der politischen Einheit in erster Linie, um die Kompetenzverschiebung von der Legislative zur Exekutive, vom Reichstag zum Reichspräsidenten zu legitimieren und die Gewaltenteilung damit faktisch aufzuheben.

2. Zur Methodik Schmitts

Mehring bezeichnet die Vorgehensweise Schmitts als „dekonstruktive Argumentation“¹⁴². Schmitts Verfahren sei es, die jeweiligen juristischen Materien prinzipiell zu begreifen und staats- und verfassungstheoretische Modelle von hoher Abstraktheit in perspektivisch-pointierter Wahrnehmung der Gegenwart zu konstruieren, um dann deren historische Selbstersetzung infolge der Entfaltung immanenter Inkonse-

¹³⁸ Vgl. *Hoppe*, Präsidialstaat, S. 252.

¹³⁹ *Hoppe*, Präsidialstaat, S. 253.

¹⁴⁰ Ebd., (mit Verweis auf *Ingeborg Maus*, KJ 1969, S. 113).

¹⁴¹ *Hofmann*, S. 123 f.

¹⁴² So war es zumindest auf S. 72 nachzulesen, bevor sein Buch „Schmitt zur Einführung“ in den Tiefen des Juristischen Seminars verschwunden ist...

quenzen und Selbstwidersprüche zu beschreiben¹⁴³. Vereinfacht dargestellt, läßt sich dieses Vorgehen gut an Schmitts Parlamentarismuskritik veranschaulichen: er setzt ein idealtypisches Bild des Parlaments voraus, um dieses dann mit seiner Wahrnehmung der Wirklichkeit zu konfrontieren und so aufzuzeigen, daß es zum Schauplatz eines verfassungswidrigen, weil die politische Einheit zerstörenden Pluralismus pervertiert ist.

3. Fazit

Hoppe ist deshalb zuzustimmen, wenn für ihn Carl Schmitt nicht zu den Verteidigern der Weimarer Reichsverfassung gehört, sondern vielmehr in die Reihe derer, die die Weimarer Republik und ihr Regierungssystem ablehnten. Seine Position folge einer antidemokratischen Logik mit dem Ziel, eine autoritäre bürgerliche Herrschaft ohne legitimierendes politisches Subjekt zu installieren. Sein Kampf gegen Parlamentarismus, Parteien und Pluralismus sei eine leidenschaftliche Parteinahme für den autoritären Staat, für ein offen autoritäres Integrationsmodell¹⁴⁴. In Anlehnung an das an den Anfang dieser Arbeit gestellte Zitat von Carl Schmitt, ließe sich also sagen: Der Ausnahmezustand enthüllt nicht nur den Kern, sondern wohl auch die Feinde des Staates.

¹⁴³ *Mehring*, Einführung, S. 72.

¹⁴⁴ *Hoppe*, Präsidentialstaat, S. 253.