

# Ernst Friesenhahn – Ein Hüter der Verfassung

Dr. Dan Bastian Trapp, Bonn\*

## A. Wissen und Gewissen<sup>1</sup>

*Ernst Friesenhahn* war keiner der Staatsrechtslehrer, deren Bedeutung für das Fach man an einer bestimmten wissenschaftlichen Publikation festmachen kann. Er hat in vielen Bereichen grundlegende Arbeiten geleistet, sein wissenschaftliches Ansehen beruht aber vor allem auf seiner Persönlichkeit.<sup>2</sup> Von 1946 bis zu seiner Emeritierung im Wintersemester 1969/70 war er Professor für Staats-, Verwaltungs- und Steuerrecht an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. 1947/48 Dekan der Fakultät. 1950 und 1951 Rektor der Bonner Universität. 1962-1966 Präsident des Deutschen Juristentages. Von 1951 an war er zwölf Jahre lang Richter des *Bundesverfassungsgerichts*, gehörte also zur ersten Besetzung. Es ist seine Persönlichkeit, die diesen rasanten Aufstieg erklärlich macht.

*Ernst Friesenhahn* wurde 1901 in Oberhausen in eine religiöse Lehrerfamilie hineingeboren. Die Familie lebte in bescheidenen finanziellen Verhältnissen, die Mutter verstarb früh; zur Finanzierung seines Studiums arbeitete er zeitweise unter Tage in der Zeche Concordia, einem Steinkohle-Bergwerk in Oberhausen.<sup>3</sup>

Als er 1920 das Studium der Nationalökonomie aufnimmt, befand sich Deutschland seit knapp zwei Jahren in einer republikanischen Staatsform, die von den meisten der zerstrittenen politischen Kräfte nur als Übergangsstadium – allerdings in entgegengesetzte Richtungen – angesehen wurde.<sup>4</sup> Die Stimmung dieser Zeit bringt *Sloterdijk* jüngst auf den Begriff „Unmöglichkeit der Demobilisierung“. „Unmittelbar nach dem Weltkrieg taucht unter dem Namen Faschismus ein Syndrom auf, das in zahlreichen politischen, militärischen und kulturellen Formationen wirksam wurde, die nach 1917 und 1918 den Übergang aus dem einen Krieg in den folgenden fühlten, forderten, glorifizierten und praktizierten – in den Freikorps, in den Bürgerkriegsverbänden, in den Sturmabteilungen der parlamentarischen Parteien, in den revolutionären Kadern der Linken und in manchen Sektionen der aufgewählten Kunst. Es

ist der verbreitete Wille zum Weiterkämpfen nach dem Krieg.“<sup>5</sup> Diese Wirren erlebt *Friesenhahn* hautnah mit, als einer seiner Schulfreunde im Zusammenhang mit Protesten gegen den sog. Spartakusaufstand ums Leben kommt.<sup>6</sup>

Von den juristischen Vorlesungen, die das Ökonomiestudium begleiten, ist *Friesenhahn* so begeistert, dass er ab dem Sommersemester 1921 zunächst in Tübingen, danach wieder in Bonn Jura studiert. Als er im Sommer 1924 sein erstes juristisches Staatsexamen ablegt, ist das Krisenjahr 1923 vorbei, in dem die Oktoberrevolution erwartet wurde, im November *Hitler* im Münchener Bürgerbräukeller die „Nationale Revolution“ ausrief, die bis zum Mittag des nächsten Tages andauerte und Reichspräsident *Ebert* der Heeresleitung den Oberbefehl über die Wehrmacht übertrug, um die bayerische Reichswehr in eine Frontstellung gegen die Putschisten zu bringen. Erst mit der Einführung der Rentenmark durch das Rumpfkabinett Stresemann gelang ab Mitte November 1923 die allmähliche Stabilisierung der wirtschaftlichen Lage. Mit dem Dawes-Plan von 1924 begann schließlich der wirtschaftliche Aufschwung der mittleren Weimarer Jahre.<sup>7</sup>

In seinen letzten beiden Semestern in Bonn war er *Carl Schmitt* begegnet. Dessen Vorlesungen und Übungen haben *Ernst Friesenhahn* fasziniert und sein Interesse am öffentlichen Recht geweckt. Von *Schmitt* ließ er sich das Dokorthema stellen und dieser bot ihm im Wintersemester 1924/25 eine Assistentenstelle an. *Friesenhahn* nahm an und wurde vom 1. April 1925 an für vier Jahre Fakultätsassistent, als welcher er hauptsächlich *Carl Schmitt* zuarbeitete.<sup>8</sup> 1928 wurde er von der Bonner Fakultät mit einer Arbeit über den politischen Eid<sup>9</sup> promoviert; von 1929 an übernahm er für weitere sechs Jahre die öffentlich-rechtliche Assistentenstelle an der Fakultät und assistierte nun vor allem bei den Übungen von *Richard Thoma*. *Thoma* führte ihn 1932 auch zur Ha-

\* Der Autor ist Akademischer Rat a.Z. am Institut für Öffentliches Recht (Abteilung Staatsrecht) der Universität Bonn.

<sup>1</sup> „Wissen und Gewissen machen den Juristen“, so lautet der Titel der Schlussansprache, die *Ernst Friesenhahn* als Präsident des 44. Deutschen Juristentags 1962 in Hannover hielt, NJW 1962, 1841.

<sup>2</sup> *Frowein*, Ernst Friesenhahn als Verfassungsjurist, in: Joseph Listl, Ernst Friesenhahn zum Gedächtnis, 1985, S. 33 (37); Isensee, ebd., S. 21 (22).

<sup>3</sup> *Stolte*, Ernst Friesenhahn, in: Schmoeckel (Hrsg.), Die Juristen der Universität Bonn im „Dritten Reich“, 2004, S. 186 (188).

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Winkler*, Der lange Weg nach Westen, Band 1, Deutsche Geschichte 1806-1933, 2000, S. 378 ff.

<sup>5</sup> *Sloterdijk*, Die schrecklichen Kinder der Neuzeit, 2014, S. 146 f.; vgl. aber *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914-1945, 1999, S. 153 der davor warnt, die genannte Stimmung zu verallgemeinern und zu sehr vom verhängnisvollen Ende her zu denken. Auf der anderen Seite verweist aber auch er auf eine depressive Grundstimmung, in der Werke wie Spenglers Untergang des Abendlandes (1919) und vergleichbare „gierig aufgenommen“ wurden, S. 157.

<sup>6</sup> *Stolte*, (Fn 3), S. 186 (189) unter Verweis auf die Abschrift einer Tonbandaufzeichnung eines Vortrags *Friesenhahns* vor dem sog. Friesenhahnkreis anlässlich seines 80. Geburtstags.

<sup>7</sup> *Winkler*, (Fn 4), S. 434 ff.

<sup>8</sup> *Knütel*, Ernst Friesenhahns Lebensweg, in: In Memoriam Ernst Friesenhahn, 1985, S. 7 (8).

<sup>9</sup> *Friesenhahn*, Der politische Eid, 1928.

bilitation für die Fächer Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Steuerrecht und Völkerrecht. Die fragmentarisch gebliebene Habilitationsschrift trug den Titel „Grundfragen der Staatsgerichtsbarkeit“ und wurde später auszugsweise im Handbuch des Deutschen Staatsrechts veröffentlicht.<sup>10</sup>

Ein wichtiger Grund für seinen späteren Aufstieg in der Bundesrepublik war seine Entscheidung, sich gegen jede Karriereerwägung von dem aufsteigenden *Carl Schmitt* und den nationalsozialistischen Bestrebungen in der Disziplin fern zu halten.<sup>11</sup> *Friesenhahn* schlug sich mit schlecht bezahlten Lehrtätigkeiten durch. 1934 bot ihm *Schmitt* an, Hauptschriftleiter der unter seiner Herausgeberschaft gleichgeschalteten „Deutschen-Juristen-Zeitung“ zu werden und wies dabei ausdrücklich auf etwas hin, was *Friesenhahn* da schon erfahren hat: als „praktizierender Katholik“ hatte er keine Chance auf einen Lehrstuhl berufen zu werden; die Disziplin wurde ideologisiert. *Friesenhahn* lehnte ab, schlug sich weiter mit Lehraufträgen durch. Nachdem sich das wahre Gesicht des Nationalsozialismus in dem Pogrom der sog. Reichskristallnacht erstmals offen gezeigt hatte, zog er sich mehr und mehr aus der Lehrtätigkeit zurück. Recht und Gesetz zu lehren hatte im Unrechtsstaat keinen Sinn. *Friesenhahn* wurde Rechtsanwalt und konzentrierte sich hier auf das unpolitische Steuerrecht.<sup>12</sup>

## B. Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik

Wer sich wie *Friesenhahn* in den 1920er Jahren mit dem Staatsrecht beschäftigte, hatte es mit einer Disziplin im Aufbruch zu tun. Ein Aufbruch, der für die Zeitgenossen erst einmal alle Möglichkeiten bot und nicht zwangsläufig auf die Katastrophe hinauslief, wie es in der Rückschau erscheinen mag.<sup>13</sup> In den autoritären politischen Machtstrukturen des Kaiserreiches war die Staatsrechtslehre darauf beschränkt, die Probleme der Verfassungspraxis „theoretisch-kontemplativ“, d.h. letztlich unverbindlich reflektierend zu einer lückenlosen juristischen Konstruktion zu verarbeiten.<sup>14</sup> Aus diesem System heraus waren juristische Fragen nach der herrschenden juristischen Methode des staatsrechtlichen Positivismus zu beantworten. Zur Begründung juristischer Entscheidungen sollte nicht auf historische, philosophische oder politische Argumente zurückgegriffen werden. Juristische Dogmatik soll zur „objektiven rechtlichen Substanz“ der Rechtssätze gelangen, unter „Ausscheidung alles Fremdartigen“.<sup>15</sup> In den verschachtelten Machtstrukturen des Kaiserrei-

ches konnte es kein realistischer Anspruch sein, mit der Staatsrechtslehre den gesamten Staat zu beschreiben; man beschäftigte sich mit dem Recht des Staates und hatte Verständnis dafür, dass es daneben einen Bereich des politisch-diplomatischen gab, für den eine Regelung durch Recht unmöglich, jedenfalls aber nicht wünschenswert schien. Die Verfassungsordnung war eine Organisationsordnung, deren Austarierung im Einzelfall den politischen Akteuren vorbehalten war.

Nicht nur der aus der Revolution hervorgegangene parlamentarisch-demokratische Staat als solcher, sondern insbesondere eine von der Weimarer Verfassung herbeigeführte umfangreiche Geltungserweiterung und Aufwertung der realen Bedeutung des Verfassungsrechts gelangte erst nach und nach in das Bewusstsein der Staatsrechtslehrer.<sup>16</sup> Um die Rolle der Disziplin entbrannte der Methoden- und Richtungsstreit der Weimarer Staatsrechtslehre. Der Methodenstreit beherrschte zwar nicht die gesamte Staatsrechtslehre, er wurde von eher „handwerklichen“ Staatsrechtslehrern zum Teil sogar als unbedeutend oder als Modeerscheinung abgetan<sup>17</sup>, als Assistent *Carl Schmitts* arbeitet *Friesenhahn* aber für einen Protagonisten des Streits, der genauso ernsthaft wie scharf ausgetragen wurde.

Methodisch ging es um die Auseinandersetzung von Positivisten und verschiedenen antipositivistischen Neuerern.<sup>18</sup> Anschließend an den Neukantianismus und an ein naturwissenschaftliches Verständnis wollten die einen die Staatsrechtslehre zu einem im strikten Sinne „wissenschaftlichen“ Arbeitsfeld machen, indem man sie endgültig von allen außerjuristischen Elementen befreite und auf die normative Ebene konzentrierte. Die Gegenposition ging davon aus, dass man sich gerade umgekehrt gegenüber den Sozial- und Geisteswissenschaften, insbesondere Ethik, Politik und Geschichte, wieder intensiv zu öffnen habe.<sup>19</sup>

## C. Von der Staatsgerichtsbarkeit zur Verfassungsgerichtsbarkeit

### I. Staatsgerichtsbarkeit unter der WRV

Die Frage nach der Staatsgerichtsbarkeit war ein wissenschaftliches Grundthema<sup>20</sup> *Ernst Friesenhahns* und eine damals hoch aktuelle Materie. Im Kaiserreich traten sich nicht nüchtern Verfassungsorgane als Beteiligte gegenüber, sondern die Repräsentanten einer gewachsenen Ordnung mit jeweils eigenen Souveränitäts- und Achtungsansprüchen. Staatsgerichtsbarkeit meinte die judikative Bewältigung von Konflikten zwischen Mit-

<sup>10</sup> Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 2, 1932, § 98.

<sup>11</sup> Zu den Umständen des Bruchs mit C. S., *Mehring*, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall, 2009, S. 314, 350.

<sup>12</sup> *Knüttel*, Ernst Friesenhahns Lebensweg, in: In Memoriam Ernst Friesenhahn, 1985, S. 7 (14).

<sup>13</sup> Darauf weist *Stolleis*, (Fn 5), S. 153 zu Recht hin.

<sup>14</sup> *Friedrich*, Der Methoden- und Richtungsstreit, AöR 102 (1977), 161 (178 f.); *Korioth*, Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich, AöR 117 (1992), 212 (215).

<sup>15</sup> Nachweise bei *Koch*, Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S. 61 f.

<sup>16</sup> *Friedrich*, Der Methoden- und Richtungsstreit, AöR 102 (1977), 161 (168).

<sup>17</sup> *Stolleis*, (Fn 5), S. 154 f.

<sup>18</sup> *Korioth*, Normativität mit Vorbehalt – Günther Holsteins Greifswalder Beitrag zur Methodendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre, AöR 123 (1998), 606 (607).

<sup>19</sup> *Stolleis*, (Fn 5), S. 156.

<sup>20</sup> *Frowein*, (Fn 2), S. 33.

gliedstaaten des Bundes respektive zwischen den Verfassungsorganen eines einzelnen Gliedstaates, bzw. des Zentralstaates.<sup>21</sup> Streitigkeiten in diesem Kreise pflegte man mit den Mitteln der Diplomatie beizulegen und hätte es als wenig sachgerecht empfunden, sie in die Gerichtsöffentlichkeit zu ziehen. Beispielhaft standen dafür vielfach zitierte Äußerungen *Otto v. Bismarcks*,<sup>22</sup> in denen er sich dezidiert gegen eine Staatsgerichtsbarkeit aussprach: Wenn der Richter entscheiden würde, ob „die Verfassung verletzt ist oder nicht, so wäre damit dem Richter zugleich die Befugnis des Gesetzgebers zugewiesen; er wäre berufen, die Verfassung authentisch zu interpretieren oder materiell zu vervollständigen“. Er „wird berufen, durch sein Urteil zugleich die Zukunft der Entwicklung des preußischen Verfassungslebens festzulegen, indem er (...) präjudiciert die Verfassung interpretiert“. <sup>23</sup> Neben diesen eher politisch-praktischen Erwägungen waren es aber auch theoretische Traditionslinien, die diese Meinung festigten. Ausgehend vom aufklärerischen Ideal der Gewaltenteilung ist es gerade die Kräftebalance zwischen den drei Gewalten, die einer umfassenden Staatsgerichtsbarkeit entgegen zu stehen schien. In diese Richtung schreibt *Hegel*, dass die Judikative „ganz aus ihrer Natur“ träte, wenn Staatsgewalt ihr Gegenstand werden soll, „weil hiermit sie, die wesentlich nur ein Teil des Staates ist, hiermit über das Ganze gesetzt würde“. <sup>24</sup> Man könne sich in wichtigen politischen Entscheidungen einfach nicht einem richterlichen Gremium ausliefern. „Das heißt für Fragen, die nicht rein privatrechtlicher Natur sind, sondern recht eigentlich Fragen, die sich auf politischem Gebiete bewegen sollen, könnte man einem Staate wie Preußen (...) nicht anempfehlen, sich a priori dem Urteil eines Collegiums zu unterwerfen, das wenn es auch aus noch so namhaften und bedeutenden Elementen zusammengesetzt sein sollte, jedenfalls doch vorzugsweise bloß nach rein juristischen Grundsätzen und nach Maßgabe rein juristischer Gesichtspunkte entscheiden würde. (...) Wir glauben aber, dass Fragen von eminent politischer Natur weit besser so behandelt werden, wie es ihrer Natur erheischt und wie es ihre Natur indiciert“. <sup>25</sup>

Die Weimarer Verfassung sieht nun erstmals <sup>26</sup> einen Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich vor. <sup>27</sup> In dessen Zuständigkeit fielen neben Minister-, Kanzler- und Präsidentenanklagen auch Streitigkeiten, die aus der föderativen Struktur des Reiches herrührten, sowie schließlich Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes. <sup>28</sup> Keine Zuständigkeit besaß der Staatsgerichtshof für Streitigkeiten zwischen den obersten Reichsorganen (heutiges Organstreitverfahren), Normkontrollverfahren sowie Individualverfassungsbeschwerden. Diesen Stand des geltenden Rechts, systematisierte *Friesenhahn* in seinem Beitrag zum Handbuch des Deutschen Staatsrechts umfassend. <sup>29</sup> Diskutiert wurde über die Ausweitung der Staatsgerichtsbarkeit, <sup>30</sup> etwa die Einführung eines Organstreitverfahrens. Der Zusammenhang mit dem Verfassungsverständnis wird deutlich, wenn *Friesenhahn* über die Diskussion schreibt: „Es ist ein grundsätzlicher Unterschied, ob eine Verfassung den höchsten Staatsorganen nur objektiv ihre Aufgabe stellt und den Ausgleich zwischen ihnen dem freien Spiel der politischen Kräfte überlässt bzw. eine politische Instanz als neutrale Gewalt mit dieser Aufgabe betraut, oder ob sie durch Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit das Zusammenspiel der politischen Kräfte zu gegenseitigen Rechtsbeziehungen erhebt, um deren Einhaltung die beteiligten Faktoren als Parteien vor einem unabhängigen Richter in justizförmigem Verfahren streiten können.“ <sup>31</sup>

## II. Hüter der Verfassung

Es ist dieser von *Friesenhahn* so unaufgeregt beschriebene Unterschied im Verfassungsverständnis, der den mit großer Polemik zwischen den beiden Antipoden *Carl Schmitt* und dem gerade nach Köln gewechselten *Hans Kelsen* besser verständlich macht. Man stritt sich – als Teil des großen Weimarer Richtungsstreits – über den geeigneten „Hüter der Verfassung“ <sup>32</sup>. *Carl Schmitt* versteht unter Verfassung – die er vom Verfassungsgesetz unterscheidet – die Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit. <sup>33</sup> Über diese Identität, die Verfassung, disponiere ausschließlich das Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt, die ihrerseits unverfasst und an keine Regeln gebunden ist. Diese

<sup>21</sup> *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Ders./Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77 (96 f.).

<sup>22</sup> Diese Einschätzungen waren noch bis in die Beratungen des Parlamentarischen Rates hinein wirksam, vgl. *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetzkommentar, 6. Auflage 2010, Art. 93 Rdnr. 6, 10.

<sup>23</sup> v. *Bismarck* in einer Diskussion im preußischen Parlament am 22. April 1863, zitiert bei *Fricke*, Zur Kritik an der Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit im verfassungsstaatlichen Deutschland, 1995, S. 30.

<sup>24</sup> *Hegel*, Die Verfassung Deutschlands, S. 66 zitiert bei *Fricke*, a.a.O.

<sup>25</sup> *Savingy*, Sten.Ber. Band I, S. 665 f. zitiert nach *Fricke*, (Fn 23), S. 34; Interessant ist, dass dieses Argument in historisch unbeschwerten politischen Kulturen nach wie vor Geltung beanspruchen kann, so in der Diskussion über die Einführung einer geschriebenen Verfassung in Großbritannien, dazu *Barner*, Against a written constitution, in: Public Law 2008, 11 (14): "A further difficulty with appointing the judges as the policemen of the constitution is that many of its parts appear inherently non-justiciable."

<sup>26</sup> Abgesehen von den Regelungen der gescheiterten Paulskirchenverfassung, die schon weitergehende Verfassungsgerichtsbarkeit vorsah.

<sup>27</sup> Zu den weiter zurückreichenden Wurzeln *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 93 Rdnr. 2 f.

<sup>28</sup> *Vofßkuhle*, a.a.O., Art. 93 Rdnr. 7 m.w.N.

<sup>29</sup> *Friesenhahn*, (Fn 10), § 98.

<sup>30</sup> Vgl. insbesondere die Wiener Tagung der Staatsrechtslehrer von 1928 mit dem Thema „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“, VVDStRL, Band 5, 1929; *Wendenburg*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Göttingen 1984; *Fricke*, (Fn 23).

<sup>31</sup> *Friesenhahn*, (Fn 10), S. 532.

<sup>32</sup> Der pathetisch klingende Begriff reicht ideengeschichtlich zurück bis zu Platon, dazu instruktiv *Lembcke*, Hüter der Verfassung, 2007, S. 2 ff.

<sup>33</sup> *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 21.

Verfassungsentscheidung ist dabei nicht auf einen einzigen Akt beschränkt, sondern bleibt permanent erhalten.<sup>34</sup> Verfassung ist für *Schmitt* kein Rechts-, sondern ausschließlich ein politischer Begriff, er meint die Entscheidung einer als souverän und homogen begriffenen politischen Einheit „Volk“ über ihre eigene Verfasstheit.<sup>35</sup> Die rechtliche Beurteilung solchermaßen politischer Entscheidungen durch ein Verfassungsgericht habe eine „Juridifizierung“ zur Folge, bei der „die Politik nichts zu gewinnen und die Justiz alles zu verlieren hat“.<sup>36</sup> *Schmitts* „Hüter der Verfassung“ kann, da der Begriff der Verfassung bei ihm nicht Rechtsbegriff sondern politischer Begriff ist, keine „juristische“, sondern nur eine „politische“ Instanz sein.<sup>37</sup> In einer Situationsanalyse der Verfassungswirklichkeit gelangte er bekanntermaßen zu dem Ergebnis, dass nach der konkreten Verfassungslage der Weimarer Republik diese Substanz – angesichts schwacher Parteien, organisierter Wirtschaftsinteressen und eines die Einheit schwächenden Föderalismus – nur vom Reichspräsidenten gehütet, weil notfalls auch im diktatorischen Alleingang zur Geltung gebracht werden kann.<sup>38</sup>

Die für *Schmitts* Verständnis wesentliche Unterscheidung zwischen dem Verfassungsgesetz und der Verfassung und der unmittelbare Durchgriff auf das Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt, das „wirklich versammelte Volk“, die öffentliche Volksmenge,<sup>39</sup> ist ein keineswegs untypischer Versuch, den Staat als eigentümliches lebendiges Wesen verfassungstheoretisch zu begreifen. Die Staatsrechtslehre nahm ganz selbstverständlich Rücksicht auf die Eigenarten des „Lebewesens“ Staat, dessen Wesen sie in einem ganzheitlichen Staatsbild möglichst vollständig zu erfassen suchte. Im Hintergrund stand die Philosophie *Hegels*, der vom Staat als dem „lebendigen Geist schlechthin“ spricht.<sup>40</sup> Auch *Smend* beschreibt den Staat als ein lebendiges eingengesetzliches Gebilde, dessen Vitalität durch eine Verfassung nicht eingegrenzt, sondern nur unterstützt werden darf.<sup>41</sup>

Dieser im Grundsatz bestehende breite Konsens der „Staatsverstehrer“ wird gestört durch einen dissonanten *Kelsen*, der vermutet: „Hinter der treuherzigen Versicherung, dass der Staat ‚leben‘ müsse, verbirgt sich meist nur

der rücksichtslose Wille, dass der Staat so leben müsse, wie es diejenigen für richtig halten, die sich des Staatsrechts bedienen“.<sup>42</sup> Der Staat *Kelsens* existiert nicht außerhalb des Rechtssystems, er ist die Rechtsordnung.<sup>43</sup> Die Verfassung bildet die positivrechtlich höchste Stufe der Rechtsordnung mit der Funktion, die Organe und das Verfahren der generellen Rechtserzeugung – der Gesetzgebung – zu regeln, darüber hinaus aber auch durch Gesetzesaufträge und Grundrechte bestimmte Gesetzesinhalte vorzuschreiben oder zu verbieten.<sup>44</sup> Politik ist in diesem Sinne die nicht durch höheres Recht vorab determinierte Rechtserzeugung – ein Willensakt. Immer wenn es dagegen um die Erkenntnis des Rechts geht, um die Interpretation und Auslegung der jeweils ranghöheren Norm, handelt es sich um Rechtsanwendung, auch wenn dabei stets auch Entscheidungselemente beinhaltet sind.<sup>45</sup> Ein Verfassungsgericht hütet insofern die Verfassung, als es nach *Kelsen* die Funktion übernimmt, das Handeln der anderen Staatsgewalten anhand der Verfassung zu überprüfen und verfassungswidrige Akte aufzuheben; eine Aufgabe die gerichtsförmig im Sinne einer Verfassungsgerichtsbarkeit erledigt werden kann und soll.<sup>46</sup> Dabei ist das Verfassungsgericht nicht der Hüter der Verfassung, sondern *ein* Hüter der Verfassung, der sich diese Aufgabe mit anderen auf die Verfassung Verpflichteten, insbesondere den politischen Mächten teilt.<sup>47</sup>

### III. Verfassungsrechtsprechung unter dem GG

Die Erfahrung des totalen Staates drängten in der jungen Bundesrepublik die Vorbehalte der Staatsräson gegenüber einer Verfassungskontrolle zurück. Es wurde eine echte Verfassungsgerichtsbarkeit etabliert, d.h. eine richterliche Konfliktbewältigung am Maßstab einer Verfassung,<sup>48</sup> wie sie wesentlich von *Kelsen* vorgezeichnet war. Einer Verfassung, die zwar dem Rang und dem Regelungsstand nach besonders ist, aber von ihrer Struktur und Textur her reguläres, d.h. positives Recht ist.<sup>49</sup> Indes nicht beschränkt im Sinne einer Grundnorm der Rechtserzeugung, sondern als ein Grundgesetz, das eine gesellschaftliche Werteordnung normativ bestimmt, das dabei offen ist für übernationale Einwirkungen und in einem Wechselspiel steht mit gesellschaftlichen Wertauffassungen.<sup>50</sup> Eine Koppelung von Recht und Politik wurde dadurch insofern vorgenommen, als „keine politische Frage (...) per

<sup>34</sup> Vgl. *Isensee*, Die Staatlichkeit der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 199 (214 f.).

<sup>35</sup> Vgl. *van Ooyen*, Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel–Kelsen–Schmitt–Leibholz, in: Ders./Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2006, S. 99.

<sup>36</sup> *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, S. 35 unter Rückgriff auf ein entsprechendes Zitat von Guizot.

<sup>37</sup> *van Ooyen*, (Fn 35), S. 99 (105).

<sup>38</sup> *Lembcke*, (Fn 32), S. 17.

<sup>39</sup> *Schmitt*, (Fn 33), S. 243 f.

<sup>40</sup> Zitiert bei *Isensee*, (Fn 34), S. 199 (212).

<sup>41</sup> Eindrücklich *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in: Ders., Staatsrechtliche Abhandlungen 1968, S. 190; typisch auch die Ausführungen von *Triepel*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL, Bd. 5, 1929, S. 2 ff.; einen guten Überblick bietet *Isensee*, (Fn 40), S. 212 f.

<sup>42</sup> *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 157.

<sup>43</sup> *Kelsen*, a.a.O., S. 16 ff.

<sup>44</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 73 ff. zitiert nach *Isensee*, (Fn 40), S. 221.

<sup>45</sup> Vgl. *Lembcke*, (Fn 32), S. 22.

<sup>46</sup> *Isensee*, (Fn 34), S. 221.

<sup>47</sup> Vgl. *van Ooyen*, (Fn 35), S. 99 (105).

<sup>48</sup> *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Ders./Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77 (96 f.).

<sup>49</sup> *Jestaedt*, a.a.O., S. 77 (100).

<sup>50</sup> *Di Fabio*, Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmgrundsätze, 2000, S. 41.

se verfassungs- und damit (...) verfassungsgerichtsexem<sup>51</sup> (ist).<sup>51</sup> Diese Entscheidung des Verfassungsstaates sollte das Missverständnis einer kategorialen Trennung von Politik und Recht ausräumen.<sup>52</sup> Das *Bundesverfassungsgericht* ist „politisch“ weil es durch seine Rechtsprechung in teilweise hochpolitische Fragestellungen hineingezogen wird und über Normen entscheidet, die im politischen Prozess zustande gekommen sind. Das *Bundesverfassungsgericht* ist aber bei alledem deshalb nicht politisch, weil es bei seiner Beschäftigung mit all den politischen Fragestellungen auf die Anwendung von positivem Recht beschränkt ist. „Gerichtbarkeit über das Politische ist aber nicht gleichzusetzen mit politischer Gerichtbarkeit.“<sup>53</sup> Im freiheitlichen Verfassungsstaat behauptet das Recht gegenüber der Politik seine Eigenständigkeit. Damit ist keine Verrechtlichung der Politik gemeint, gleichzeitig ist es aber die Aufgabe der Verfassung und damit der Verfassungsrechtsprechung, dem politisch Machbaren Grenzen aufzuzeigen, die sich aus ihrer positivierten Wertordnung ergeben.<sup>54</sup> Dabei erlegt sich das *Bundesverfassungsgericht* schon früh explizit den Grundsatz des *judicial selfrestraint* auf, der nicht „eine Verkürzung oder Abschwächung seiner [...] Kompetenz (bedeutet), sondern den Verzicht ‚Politik zu treiben‘, d. h., in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen. Er zielt also darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offen zu halten.“<sup>55</sup>

## D. Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit

### I. Recht und Politik

Als *basso continuo* zieht sich die bereits oben skizzierte Sorge von der Politisierung des Rechts und der Verrechtlichung der Politik bis heute durch die Diskussion um Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>56</sup> Es gibt zahlreiche Beispiele, in denen das *Bundesverfassungsgericht* die ihm durch die Beschränkung auf das Verfassungsrecht gezogene Grenze überschritten oder sich zumindest

in einen Graubereich bewegt hat.<sup>57</sup> Wird diese Grenze überschritten, dann ist Kritik insbesondere vor dem Hintergrund des Zusammenspiels von Recht und Politik im freiheitlichen Verfassungsstaat berechtigt und ist ernst zu nehmen. Die „Frage nach den ‚Grenzen‘ der Justiz im allgemeinen und der Verfassungsjustiz im besonderen“ hielt schon *Kelsen* – übereinstimmend mit *C. Schmitt* – für durchaus legitim.<sup>58</sup> Gleiches gilt für das Nachdenken über Möglichkeiten eines effektiven Ausschlusses des Übergreifens der Rechtsprechung in den Bereich der Politik.<sup>59</sup> Verfassungsrechtsprechung hört da auf, wo keine Rechtsnorm besteht oder nach ihrer Interpretation den politischen Organen Handlungsfreiheit eingeräumt ist.<sup>60</sup> Hier soll nur eine Begrenzung der politischen Rolle des *Bundesverfassungsgerichts* etwas näher beleuchtet werden, die in der Debatte möglicherweise zu kurz kommt, auch weil sie sehr banal klingt: es ist die Gerichtsförmigkeit des *Bundesverfassungsgerichts* und die Tatsache, dass seine Senate aus Richterinnen und Richtern zusammengesetzt sind.

## II. Gerichtliche Eigengesetzlichkeit

Eine womöglich unterschätzte Begrenzung der politischen Rolle des *Bundesverfassungsgerichts* besteht eben in seiner Konzeption als materielles Gericht.<sup>61</sup> Der Vorschlag der SPD, für die nicht aus dem Kreis der Bundesrichter kommenden Mitglieder des Gerichts keine juristische Qualifikation, sondern nur „Erfahrung im öffentlichen Leben“ zu verlangen,<sup>62</sup> konnte sich gerade nicht durchsetzen. In der entsprechenden Diskussion um den *Supreme Court* in den USA war dies für *Alexander Hamilton* das ausschlaggebende Argument für ein Gericht als letztverbindlichen Verfassungsausleger: Er verließ sich darauf, dass der Richter ein Gesetz, also auch ein Verfassungsgesetz, immer nach den erlernten Regeln auslegen würde.<sup>63</sup> Dies werde etwaigen Bestrebungen der Richter, sich als politische Macht zu verselbständigen, Zügel anlegen. Er zitiert dazu *Montesquieu*, die richterliche Gewalt sei „en quelque façon nulle“, und zwar nicht in der naiven Meinung, von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen gingen keine politischen Wirkungen aus, sondern um zu begründen, dass die Bindung des Richters an das Gesetz, die von ihm zu fordernde Vorurteilslosigkeit und

<sup>51</sup> *Jestaedt*, (Fn 48), S. 77 (103 f.).

<sup>52</sup> Vgl. nur *Stern*, Handbuch des Staatsrechts II, § 44 II 2 b s. insb. die Nachweise bei Fn 100.

<sup>53</sup> *Stern*, a.a.O., § 44 II 2 b.

<sup>54</sup> Vgl. *Schiedermair*, Das Bundesverfassungsgericht auf der Grenze zwischen dem Recht und der Politik, in: Brenner u.a. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, S. 477 (478).

<sup>55</sup> BVerfGE 36, I (14 f.).

<sup>56</sup> Nachweise zur neueren Kritik bei *H.H.Klein*, in: Kaufmann/Schwarz (Hrsg.), Das Parlament im Verfassungsstaat, 2006, S. 433 f.; *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2010; *Walter*, Hüter oder Wandler der Verfassung?, AöR 125 (2000), 517 ff.; zuletzt *Nettesheim*, Postpolitik aus Karlsruhe, Merkur 781 (2014), S. 481 ff.

<sup>57</sup> *Schiedermair*, (Fn 54), S. 477 (482 f.); vgl. mit in diesem Zusammenhang passenden Titel die Kritik von *Tettinger*, Kein Ruhmesblatt für „Hüter der Verfassung“, JZ 2002, 1146 ff. am Urteil des Ersten Senats vom 17. Juli 2002 zur eingetragenen Lebenspartnerschaft.

<sup>58</sup> *Lembcke*, (Fn 32), S. 21.

<sup>59</sup> Dazu ausführlich *H.H.Klein*, (Fn 56), S. 435 ff.

<sup>60</sup> *Stern*, (Fn 52), § 44 II 2 b.

<sup>61</sup> Zu fehlgeleiteten Kompetenzen aus seiner Stellung als Verfassungsorgan *Korioth*, in: Schlaich/Ders., Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 31 ff.

<sup>62</sup> *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Ders.* (Hrsg.) Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 11 (17).

<sup>63</sup> Zu ähnlichen Überlegungen Anselm von Feuerbachs vgl. *Friesenhahn*, Der Richter in unserer Zeit, Deutsche Richterzeitung 1969, S. 169 (170).

Sachlichkeit, einen autonomen Machtanspruch ausschließe oder doch in Grenzen halten werde.<sup>64</sup> Eine Verfassung duldet keine Beliebigkeit der Auslegungsprozeduren.<sup>65</sup> Wer den Gerichtscharakter des *Bundesverfassungsgerichts* vorschnell beiseite schiebt und seine Geschichte als politische Biographie von Aufstieg und Fall begreift,<sup>66</sup> verstellt sich in der Konzentration auf das Politische womöglich den Blick auf eine näher liegende Interpretation: Das Gericht erfüllt möglicherweise die ihm von der Verfassung zugewiesene Rolle<sup>67</sup> der letztverbindlichen Auslegung einer positivierten Wertordnung und zeitigt dabei – im Verlauf der Geschichte der Bundesrepublik unterschiedlich starke – (politische) Reaktionen. Vielleicht ist es gerade diese juristische Sturheit der Verfassungsanwendung unabhängig von politischen Stimmungslagen, die zu dem herausgehobenen Ansehen beigetragen hat, das das *Bundesverfassungsgericht* in der Bevölkerung immer noch genießt.<sup>68</sup>

### III. Der Richter

Eine damit eng verknüpfte, ganz wesentliche Voraussetzung einer gelingenden Begrenzung des Verfassungsgerichts auf die rechtliche Verfassungskontrolle, formuliert *Richard Thoma* – der spätere akademische Lehrer *Friesenhahns* – inmitten des Streits um die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik auf der Staatsrechtslehrertagung in Wien 1928. Er fragt: „Wird man instande sein, seinen Verfassungsgerichtshof aus Männern zu bestellen, denen man ein solches Vertrauen entgegenbringt, dass man sagt: in einem solchen Falle (scil. einem politisch brisanten Fall, Anm. d. Verf.) werden sich diese Männer gewiss, auch wenn sie eine Bewertung vornehmen müssen, niemals von irgendwelchen subjektiven politischen oder gar parteipolitischen oder macht- oder wirtschaftspolitischen Voreingenommenheiten oder Vorurteilen leiten lassen? Wird man solche Richter finden, zu denen man ein so hohes Vertrauen haben kann, denen man sich unterwerfen kann, weil sie in einem gewissen Sinne trotz der politischen Einschläge ein objektives Urteil fällen werden, oder wird man solche Richter nicht finden?“<sup>69</sup>

*Ernst Friesenhahn* hat diese Aufgabe nach übereinstimmenden Berichten in einer selbstquälerischen Akribie gemeistert. So schreibt einer seiner Schüler: „Alle

Kollegen und Schüler sehen *Friesenhahn* (...) lebendig vor sich, wie er mit etwas grimmigem Gesicht, schneidender Stimme, kreisenden Handbewegungen seinen gedanklichen Argumentationsweg sucht, wie er sich durch das Gestrüpp nach und nach als fehlerhaft entlarvter Ansätze und Entgegnungen Schritt für Schritt vorankämpft. Oft war man Zeuge einer gewaltsamen Loslösung von sehr persönlichen Vorstellungen, Ängsten, Affinitäten – mochten sie überkommen sein oder sich weltanschaulich für ihn aufdrängen oder von der Eleganz der Gedankenführung her bestechen. Erst nach einer gewissen Selbstbefreiung und strengen Läuterung von der den Zugang zum objektiven Recht verstellenden Subjektivität wurde der Weg frei zur reinen Abwägung, zur „unbeteiligten“ Entscheidung, zur heteronom erschlossenen Lösung.“<sup>70</sup> Dem entsprechen die Ausführungen, die *Ernst Friesenhahn* in einem Vortrag 1969 macht: „Selbstverständlich kann der Richter nicht von seiner individuellen Persönlichkeit abstrahieren; er wird sie mit allen ihren Vorzügen und Nachteilen, mit seiner weltanschaulichen Grundhaltung in das Amt einbringen, und es ist ganz natürlich, wenn zunächst auch sein persönliches Gewissen spontan reagiert. Aber dem richterlichen Gewissen geziemt skeptischer Rationalismus; der Richter muss sich seine Vorurteile und Bedingtheiten bewusst machen und sie so weit abbauen, dass es ihm möglich ist, die Entscheidung nicht auf das zu gründen, was er persönlich glaubt und für sein privates Leben als verbindlich anerkennt, sondern auf die Ordnungsprinzipien, die *hic et nunc* das soziale Zusammenleben bestimmen.“<sup>71</sup> Das in diesen Quellen vom Bundesverfassungsrichter gezeichnete Bild kann man angesichts moderner methodenkritischer Erkenntnisse leicht naiv erscheinen lassen. Aber vielleicht sollte zumindest die Möglichkeit erwogen werden, dass *Friesenhahn* die Arbeitsweise der Bundesverfassungsrichter tatsächlich aus einer Innenansicht als Erfahrungsbericht beschreiben kann,<sup>72</sup> während es sich bei den Kritiken meist um Außenansichten handelt, für die auf die einfache Weisheit der dritten Strophe aus *Matthias Claudius*' Abendlied zu verweisen ist, nach der man Dinge nicht vorschnell „belachen“<sup>73</sup> soll, die man nicht sehen kann. Natürlich muss die Beschreibung der

<sup>64</sup> Nachweise bei *H.H. Klein*, (Fn 56), S. 450.

<sup>65</sup> *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Barion/Forsthoff/Weber (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, 1959, S. 35 (41), Zitat bei *Sodan*, Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit, 2010, S. 50.

<sup>66</sup> In diese Richtung *Schönberger*, (Fn 62), S. 11 ff.

<sup>67</sup> Vgl. *Friesenhahn*, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR NF 73 (1954), S. 158 f.

<sup>68</sup> Vgl. *Diestelkamp*, Die Historischen Wurzeln der Deutschen Rechtsstaatskonzeption, Der Staat 2012, Nr. 51, S. 591 ff., der die professionelle formale Rechtsbezogenheit beispielsweise schon des Reichskammergerichts als einen wesentlichen Grund für das Vertrauen der Deutschen in die Gerichtsbarkeit deutet.

<sup>69</sup> *Thoma*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 5 (1929), S. 108 f.

<sup>70</sup> *Salzwedel*, Werk und Wirken Ernst Friesenhahns, In Memoriam Ernst Friesenhahn, 1985, S. 22 (30); inwieweit der Katholik *Friesenhahn* dabei aus den Lehren eines *Ignatius von Loyola* und dessen Haltung der Indifferenz schöpfte, kann hier nicht ausgemacht werden.

<sup>71</sup> *Friesenhahn*, Der Richter in unserer Zeit, Deutsche Richterzeitung 1969, S. 169 (174).

<sup>72</sup> Vgl. auch *Lembcke*, (Fn 32), S. 252 ff., der in seiner breit angelegten Studie z.T. ähnliche Innenansichten zu Tage befördert hat; widerlegt werden diese Erfahrungen auch nicht durch historische Forschungen anhand nun zugänglicher Prozessakten, dazu *Meinel/Kram*, Das Bundesverfassungsgericht als Gegenstand historischer Forschung, JZ 2014, 913ff.

<sup>73</sup> Zur Erinnerung: „Seht ihr den Mond dort stehen? /Er ist nur halb zu sehen, /Und ist doch rund und schön! /So sind wohl manche Sachen, /Die wir getrost belachen, /Weil unsre Augen sie nicht sehn.“

bundesverfassungsrichterlichen Arbeitsweise nicht repräsentativ für alle Richter zutreffen. Aber es ist auch klar, dass ein solches Ethos bei der Ausübung des Amtes für die Begrenzung des Verfassungsgerichts auf die Auslegung der Verfassung wesentlich sein dürfte und insofern höchst wünschenswert ist. Für die Institution gefährlich wäre es, wenn sich das Amtsverständnis der Bundesverfassungsrichter überwiegend in Richtung auf eine politische Rolle verschöbe; wenn sie mehrheitlich nicht mehr das Anliegen hätten, die Verfassung auszulegen, sondern sich etwa als „juristische Trendscouts“<sup>74</sup> mit eigener Agenda sähen. Dann wäre nicht mehr sichergestellt, dass in den Beratungen das juristische Argument das politische sticht; dann wäre die Grenze zu einer politischen Gerichtsbarkeit überschritten. Wenn *Arnold Gehlen* treffend ausdrückt: „Eine Persönlichkeit: das ist eine Institution in einem Fall“<sup>75</sup>, dann kann dem bezogen auf den Bonner Staatsrechtslehrer *Ernst Friesenhahn* und das *Bundesverfassungsgericht* jedenfalls nur zugestimmt werden.

---

<sup>74</sup> Vgl. *Schönberger*, (Fn 32), S. 58, der dem *BVerfG* diese Rolle als Selbstbild zuschreibt.

<sup>75</sup> *Gehlen*, *Anthropologische und sozialpsychologische Untersuchungen*, 1986, S. 259.