

Hauke-Hendrik Kutscher

Politisierung oder Verrechtlichung?

Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit
in Deutschland (1921–1958)

Politisierung oder Verrechtlichung?

Historische Politikforschung

Herausgegeben von Wolfgang Braungart, Neithard Bulst, Christian Büschges,
Heinz-Gerhard Haupt und Willibald Steinmetz

Band 24

Hauke-Hendrik Kutscher, Dr. phil., war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Sonderforschungsbereich 584 »Das Politische als Kommunikationsraum in der Geschichte« an der Universität Bielefeld.

Hauke-Hendrik Kutscher

Politisierung oder Verrechtlichung?

Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit
in Deutschland (1921–1958)

Campus Verlag
Frankfurt/New York

Dieser Band ist im Rahmen des Sonderforschungsbereichs 584 »Das Politische als Kommunikationsraum in der Geschichte« an der Universität Bielefeld entstanden und wurde auf Veranlassung des SFB unter Verwendung der ihm von der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Verfügung gestellten Mitteln gedruckt.

Zugleich Diss. Univ. Bielefeld 2014.

ISBN 978-3-593-50618-0 Print

ISBN 978-3-593-43499-5 E-Book (PDF)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Copyright © 2016 Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Umschlaggestaltung: Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Gesetzt aus: Garamond

Druck und Bindung: CPI buchbücher.de, Birkach

Gedruckt auf Papier aus zertifizierten Rohstoffen (FSC/PEFC).

Printed in Germany

www.campus.de

Inhalt

I.	Einleitung	9
1.	Gegenstand und Fragestellung	9
2.	Methodisches Vorgehen	18
3.	Forschungsstand, Literatur und Quellen	23
II.	Begriff und historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit.....	33
III.	Das Politische als Problem: Die Debatte in der Weimarer Republik	40
1.	Die Debatte um das richterliche Prüfungsrecht auf dem Deutschen Juristentag 1921–1926	44
2.	Die Debatte in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	60
2.1	Die Staatsrechtslehrertagungen von 1922, 1925 und 1926.....	60
2.2	Die Auseinandersetzung zwischen Triepel und Kelsen über »Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit« 1928	70
3.	Zwischenfazit	85
IV.	Das Politische als Aufgabe: Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Entstehung des Grundgesetzes.....	91
1.	Die Vorarbeiten zum Grundgesetz auf dem Verfassungskonvent von Herrenchiemsee	94
2.	Die Entstehung des Grundgesetzes im Parlamentarischen Rat....	97

3. Funktion und Status des Bundesverfassungsgerichts	100
4. Selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit oder Verfassungsgerichtsbarkeit als Teil des Obersten Bundesgerichts?	103
5. Wahl und Qualifikation der Verfassungsrichter	109
6. Die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts	116
6.1 Der Organstreit	116
6.2 Föderative Streitigkeiten	121
6.3 Die Normenkontrolle	122
6.4 Die Verfassungsbeschwerde	125
6.5 Weitere Kompetenzen	132
7. Zwischenfazit	133
 V. Politik oder Recht: Die Entstehung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes	 137
1. Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts als ›Verfassungsorgan‹	140
2. Die Zusammensetzung des Spruchkörpers	143
3. Die vorgeschlagene Einführung eines Bundesanwalts	147
4. Die Wahl des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts	148
5. Die Einführung der Verfassungsbeschwerde	150
6. Zwischenfazit	156
 VI. Das Politische als Grenze: Reaktionen der Staatsrechtslehre auf Grundgesetz und Verfassungsgerichtsbarkeit	 159
1. Das Grundgesetz und das Politische: Fesseln oder Grenzen?	161
2. Die »Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit«: Die ›Natur der Politik‹ und das ›Wesen der Justiz‹	167
3. Zwischenfazit	180

VII. Politik und Recht: Wer ist Hüter der Verfassung?	184
1. Richterwahl und Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts	185
2. Der Streit um den Status des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes	194
3. Der Streit um die Wiederbewaffnung	203
4. Das Beamtenurteil (1953)	212
5. Rechtsprechung als Medium der Verrechtlichung des Politischen: Die Konstituierung der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes	222
5.1 Die wehrhafte Demokratie: Die Parteiverbote von SRP (1952) und KPD (1956)	223
5.2 Das Elfes-Urteil (1957)	226
5.3 Das Lüth-Urteil (1958)	229
6. Zwischenfazit	234
VIII. Fazit	237
IX. Quellen und Literatur	246
1. Abkürzungen	246
2. Rechtsprechung	247
3. Archivalien	248
4. Gedruckte Quellen und Literatur	248
Dank	267

I. Einleitung

1. Gegenstand und Fragestellung

Im modernen Verfassungsstaat steht das Recht in einem besonderen Verhältnis zur Politik. Einerseits sind Rechtsnormen Produkte des politischen Prozesses. Es sind politische Akteure und politische Verfahrensweisen, die über den Inhalt des Rechts entscheiden. Politik kann sich des Rechts als Instrument bedienen, um ihre Zwecke zu verfolgen. Andererseits wird die Politik ihrerseits durch das Recht bestimmt. Einmal gesetzte Rechtsnormen verlangen Beachtung auch von politischen Akteuren, sie wirken also auf diese zurück. Recht kann sich schließlich auch unmittelbar an die Politik richten. In diesem Fall tritt es in Form von Normen auf, die den politischen Prozess selbst formal und inhaltlich zu regeln beanspruchen. Eine Form, die solche Rechtsnormen bevorzugt angenommen haben, ist die moderne (schriftlich fixierte) Verfassung.¹

In modernen, demokratischen Staaten hat sich dabei ein Verständnis entwickelt, nach dem Verfassungen die grundlegenden und wichtigsten Rechtsnormen für die Konstituierung des Staates beinhalten. Verfassungen heben sich von allen weiteren Rechtsnormen ab und stehen zumindest im Bereich des positiven, gesetzten Rechts an der Spitze einer Normenhierarchie.² Das bedeutet, dass unterverfassungsrechtliche Normen, wie einfache Gesetze oder Rechtsverordnungen, nicht im Widerspruch zum Verfassungsrecht stehen dürfen. Insofern kommt dem Verfassungsrecht eine größere Bedeutung und höhere Verbindlichkeit zu als dem sonstigen positiven Recht. Die herausgehobene Stellung des Verfassungsrechts zeigt sich aber noch in einem weiteren Sinne. Auch das Verfassungsrecht verdankt sich politischer Setzung und ist durch politische Entscheidung grundsätzlich wieder änderbar. Im Falle einer Verfassungsänderung gelten dabei

¹ Vgl. Grimm, »Recht und Politik«; Ders., »Politik und Recht«; Gusy, »Considérations«.

² Vgl. Vorländer, *Die Verfassung*, S. 11.

jedoch üblicherweise erhöhte Anforderungen an die politischen Akteure. Beispielsweise müssen in den zur Entscheidung berufenen parlamentarischen Körperschaften in der Abstimmung über eine Verfassungsänderung größere Mehrheiten erreicht werden als im Falle der Änderung einfachen Gesetzesrechts. Damit ist das Verfassungsrecht dem politischen Prozess in geringerem Maße verfügbar als unterverfassungsrechtliche Normen.³

So werden gerade die formalen und inhaltlichen Vorgaben des Verfassungsrechts an die Politik auf größere Dauer gestellt und gegenüber wechselnden Konjunkturen des politischen Prozesses stabilisiert.⁴ Betrachtet man das Politische nicht als einen mehr oder weniger klar umrissenen und wesenhaft-natürlich bestimmten Zusammenhang von Fragen, Akteuren oder Verfahrensweisen, sondern versteht Politisches als einen historisch wandelbaren Kommunikationsraum, dessen Grenzen, Zugangsberechtigungen und internen Regeln stets neu ausgehandelt werden,⁵ so lässt sich für das Recht insgesamt und für das Verfassungsrecht im Besonderen eine spezifische Funktion annehmen. Als These lässt sich formulieren, dass das (Verfassungs-)Recht entpolitisiert wirkt. Denn dadurch, dass politische Programme in rechtliche Normen überführt werden, wird die politische Kommunikation zwar nicht notwendig beendet, aber doch in charakteristischer Weise begrenzt.⁶ Solange die entsprechenden Rechtsnormen gelten, ist der Verbindlichkeitsanspruch, den politische Kommunikation erreichen kann, dem Anspruch der Rechtsnormen unterlegen.⁷

Der entpolitisierende Charakter des (Verfassungs-)Rechts äußert sich darin, dass bestimmte fundamentale Grundsätze des politischen Gemeinwesens tendenziell außer Streit gestellt werden.⁸ Zwar kann im Prinzip jede Sachfrage jederzeit zum Gegenstand politischer Aushandlung und politischen Streits werden, auch dann, wenn sie bereits in der Verfassung entschieden worden ist. Aber die politische Kommunikation muss sich dann dem grundsätzlich überlegenen Verbindlichkeitsanspruch der Verfassung beugen oder sie muss den Weg der Verfassungsänderung beschreiten, um

3 Vgl. Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, § 6, Rn. 14.

4 Vgl. Vorländer, *Die Verfassung*, S. 12–13.

5 Vgl. Frevert, »Neue Politikgeschichte: Konzepte und Herausforderungen«; Dies., »Neue Politikgeschichte«.

6 Vgl. Gusy, »Considérations«, S. 4.

7 Die Handhabung von Rechtsnormen obliegt dann nicht mehr allein der Politik, sondern auch der Verwaltung und den Gerichten. Vgl. Gusy, »Laws as the Basis«, S. 205.

8 Dennoch kann die Verfassung offen für dynamische Veränderungen sein. Vgl. dazu Enzmann, *Der demokratische Verfassungsstaat*, S. 97–98.

eine neue Verbindlichkeit zu setzen.⁹ Umgekehrt ist plausibel, dass die angenommene entpolitizierende Funktion der Verfassung im demokratischen Rechtsstaat sich umso eher realisiert, je mehr die Verfassung gewissermaßen bescheiden ist und sich auf die Normierung lediglich solcher fundamentaler Grundsätze beschränkt, über die unter den Rechtsunterworfenen weitgehende Einigkeit hergestellt werden kann. Ziel einer solchen Verfassung wäre es, den demokratischen und pluralistischen politischen Prozess zu ermöglichen, nicht, ihn zu ersticken.¹⁰ Diese Ermöglichungsfunktion betrifft ebenfalls den Inhalt der Verfassung. Da sie Normen enthält, die den politischen Prozess in einer bestimmten Weise, formal und inhaltlich, strukturieren wollen, lässt sich als eine weitere These formulieren: Verfassungsrecht wirkt auch politisierend. Es enthält Vorgaben, die politische Akteure in Rechnung stellen müssen,¹¹ und es hält Ressourcen bereit, die diese Akteure nutzen können, wenn sie bestimmte Sachverhalte politisieren wollen.¹²

Streit darum, welchen Inhalt die Verfassung haben sollte, kann es stets geben. Es ist aber auch möglich, dass darüber gestritten wird, was aktuell Inhalt der Verfassung ist. Dann geht es darum, welche politischen Entscheidungen bereits zu Verfassungsrecht geronnen sind und deshalb Verbindlichkeit beanspruchen können. Die Möglichkeit eines solchen Streits ist gegeben, weil Rechtsnormen stets in mehr oder weniger großem Um-

9 Natürlich kann jede Norm des (Verfassungs-)Rechts in Frage gestellt werden und in diesem Sinne politisiert werden. Solange sie jedoch in Geltung ist, verlangt sie Beachtung auch von denjenigen, die eine alternative Regelung bevorzugen. Dieses gewissermaßen idealisierte Bild geht davon aus, dass die (Verfassungs-)Rechtsnormen tatsächlich befolgt werden.

10 Vgl. Hesse, »Verfassung und Verfassungsrecht«, Rn. 16. Recht ist immer ein mögliches Produkt politischer Kommunikation. Vgl. Gusy, »Considérations«, S. 3: »le droit est le résultat du Politique dans une certaine forme.« Es ist eine im Regelfall effektive Form, um den mit politischer Kommunikation verbundenen Verbindlichkeitsanspruch zu realisieren. Dies gelingt nicht zuletzt dadurch, dass ein in Recht umgeformtes politisches Programm auf Dauer gestellt ist, jedenfalls so lange, wie das Recht Geltung beansprucht. Das Recht ist ferner in der Lage, durch die Ausdifferenzierung von Normen unterschiedlicher Hierarchiestufen mögliche Konkurrenzen zwischen verschiedenen Verbindlichkeitsansprüchen entscheidbar zu machen.

11 Vgl. ebd., S. 4.

12 Eine solche Ressource ist die rechtliche Regelung zuvor unpolitischen Gegenständen durch Gesetzgebung, die ihrerseits durch politische Partizipation angetrieben wird. Vgl. Gusy, »Laws as the Basis«, S. 204–205.

fang interpretationsbedürftig sind.¹³ Da es sich bei verfassungsrechtlichen Normen typischerweise um Regelungen handelt, die grundlegende inhaltliche Prinzipien, Verfahrensweisen und die Kompetenzverteilung eines politischen Gemeinwesens betreffen, kann der Streit um sie rasch zu einer »hochpolitischen« Angelegenheit werden.¹⁴

In beiden Fällen kommt es zu einer Politisierung des Verfassungsrechts. Im ersten Fall, dem Streit darüber, was Inhalt der Verfassung sein soll, ist das Verfassungsrecht ein Medium, in dem der Streit um einen politischen Grundkonsens¹⁵ ausgetragen wird. Ein solcher Streit ist in einer demokratischen Republik der typische Fall einer »hochpolitischen« Auseinandersetzung zwischen politischen Akteuren – sein Ausgang hängt wesentlich von demokratischen Verfahrensweisen, einer gegebenen Machtverteilung und dem politischen Kalkül der Akteure ab. Er lässt sich nicht ohne demokratischen Substanzverlust anderen als den legitimierten politischen Akteuren zur Entscheidung überantworten. Dies gilt mindestens dann, wenn die Verfassung tatsächlich als die Spitze der Normenhierarchie angesehen wird und ihr Ursprung allein in der Setzung durch einen demokratisch legitimierten Verfassungsgeber liegt. Das »letzte Wort« kommt dann dem Verfassungsgeber bzw. dem verfassungsändernden Gesetzgeber zu.¹⁶

Auch Streitigkeiten darüber, was aktuell Inhalt der Verfassung ist, können politischen Instanzen zur Entscheidung überlassen werden. Ohnehin lässt sich der Streit zwischen politischen Akteuren um die vorzugswürdigen politischen Programme und parlamentarischen Gesetzgebungsvorhaben zu einem Gutteil auch als die Konkurrenz verschiedener Verfassungsinter-

13 Nach Hesse, »Verfassung und Verfassungsrecht«, Rn. 17 »hat die Unbestimmtheit und Weite mancher Verfassungsnormen [...] zur Folge, daß verfassungsrechtliche Fragen oft schwerer zu beantworten sind als Fragen aus anderen Rechtsgebieten, die eine detaillierte normative Regelung gefunden haben.«

14 Verfassungsrecht kann daher kein gänzlich unpolitischer Vorhof der Politik sein, von dem aus ein Verfassungsgericht agieren könnte. Vgl. Denninger, »Das Bundesverfassungsgericht«, S. 291.

15 Vgl. Hesse, »Verfassung und Verfassungsrecht«, Rn. 10–12. Vgl. zum Verständnis des Grundgesetzes als einer »Grundordnung, die (fast) sämtlichen Bereichen von Politik und Recht mit normativer Verbindlichkeit Richtung und Maßstab gibt« Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, § 5, Rn. 23.

16 Hier steht der Prozess der Regelung bestimmter Sachverhalte durch Rechtsetzung im Zentrum. Vgl. Gusy, »Laws as the Basis«, S. 205: »The regulations are politically intended, politically discussed and politically decided. Thus, law-making is without any doubt a politicizing process.«

pretationen begreifen. Wenn die Verfassung sich auf die Regelung nur der grundlegenden Prinzipien beschränken muss, so sind die politischen Akteure, insbesondere der parlamentarische Gesetzgeber, aufgerufen, die Verfassung durch die Setzung einfachen Rechts zu konkretisieren.¹⁷ In der Regel gibt es mehrere unterschiedliche Möglichkeiten, verfassungsrechtliche Normen gesetzgeberisch zu konkretisieren bzw. umzusetzen. Dass bei der Entscheidung zwischen verschiedenen gesetzgeberischen Programmen ein mehr oder weniger klares Verfassungsverständnis eine wichtige Rolle spielt, ist sehr wahrscheinlich. Insofern wird auch politisch um die jeweils als »richtig« erkannte Interpretation der Verfassung gestritten. Es gibt keinen zwingenden Grund, nach dem ein demokratisches Gemeinwesen es nicht dabei belassen könnte, das heißt den Streit um den Inhalt und die »richtige« Interpretation ihrer Verfassung allein durch politische Instanzen auszutragen. Ein Verfassungsgericht ist also kein notwendiges Element einer demokratischen Verfassung.¹⁸

In der Bundesrepublik Deutschland wurden dennoch mit dem Bundesverfassungsgericht und den Verfassungsgerichtshöfen der Länder besondere, unabhängige Gerichte zur Austragung von Verfassungsstreitigkeiten eingerichtet.¹⁹ Damit verbunden ist die Vorstellung, dass manche Verfassungsstreitigkeiten zumindest teilweise dem politischen Streit entzogen werden können. Neben den politischen Instanzen gibt es dann einen weiteren Akteur, der zur Konkretisierung der Verfassung berufen ist. Ihrem Anspruch nach zielt die Verfassungsgerichtsbarkeit auf Entpolitisierung. Sie folgt damit der Funktionsbestimmung, die oben bereits für die Verfassung als These formuliert wurde. Demnach wäre ein Verfassungsgericht als Institution zu verstehen, welche die entpolitisierende Wirkung des Verfassungsrechts zu realisieren versucht – und zwar dadurch, dass sie zur Erledigung von Verfassungsstreitigkeiten Verfahrensweisen bereithält, bei denen politische Akteure, politische Argumente und Machtkalküle nur eine Nebenrolle spielen sollen. Als Gericht bietet die Institution dafür einen

17 Es ist also nicht allein die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit, die das Verfassungsrecht fortentwickelt, sondern dies geschieht insbesondere auch durch den Gesetzgeber als »Erstinterpret der Verfassung«. Vgl. Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, § 7, Rn. 67–68, Zitat ebd. Rn. 68.

18 So gibt es beispielsweise in den Niederlanden keinen Verfassungsgerichtshof. Vgl. Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht*, S. 12.

19 Dem entspricht insgesamt eine Bedeutungssteigerung der Judikative unter dem Grundgesetz. Vgl. dazu Kröger, *Einführung in die Verfassungsgeschichte*, S. 117–123.

anderen Kommunikationsmodus an, nämlich den des Rechts.²⁰ Auf diese Weise soll die Funktion der Verfassung verwirklicht werden, die politische Kommunikation zu begrenzen, das heißt den Raum des Politischen auf eine bestimmte Weise – nämlich: rechtlich – einzugrenzen und zu strukturieren. Dieser Anspruch ist voraussetzungs- und voraussetzungsreich. Er beinhaltet mindestens die impliziten Annahmen, dass zwischen Recht und Politik unterschieden werden kann, dass die Verfassung »echtes« Recht darstellt und dass ein Verfassungsgericht ein »wirkliches« Gericht ist.

All diese Annahmen sind zu verschiedenen Zeiten und in unterschiedlicher Gewichtung bestritten worden.²¹ Daher war auch die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit nie unumstritten. Eine Grundkontroverse begleitet die Verfassungsgerichtsbarkeit seit ihrer Entstehung. Auf der einen Seite wurde (und wird) argumentiert, dass zwar zwischen Recht und Politik (mehr oder weniger strikt) getrennt werden kann, dass jedoch Letztentscheidungen über den Inhalt der Verfassung stets politische Entscheidungen seien und dass die Verfassungsrechtsprechung daher eine Form politischen Handelns in Gerichtsform darstelle. Tatsächlich handele es sich jedoch nicht um »echte« Justiz. Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit sei vielmehr ein der Justiz »wesensfremdes«, nämlich politisches Element institutionalisiert worden. Dadurch gerieten genuin politische Fragen, die einer rechtlichen Entscheidung unzugänglich seien, vor das Forum eines Gerichts. Dies führe zu einer Politisierung des Rechts und der Justiz.²²

Auf der anderen Seite wird angeführt, dass der Raum des Politischen sehr wohl durch die Verfassung begrenzt und strukturiert werden kann. Das Politische sei also kein für Recht und Justiz prinzipiell unzugänglicher Raum.²³ Verfassungsnormen seien, auch wenn diese sich auf das Politische bezögen, »echte« Rechtsnormen, Verfassungsgerichtsbarkeit stelle »echte« Justiz dar. Ihre Funktion bestünde gerade in einer Verrechtlichung des Politischen, das heißt in einer Form der Geltendmachung der Verfassung gegenüber politischen Instanzen. Diese führe in der Konsequenz zu einer Entpolitisierung, indem der Streit über bestimmte Prinzipien, Verfahrens-

20 Vgl. Enzmann, *Der demokratische Verfassungsstaat*, S. 112: Verfassungsgerichtsbarkeit ist »immer letztentscheidend«, es geht ihr »nicht um freiwillige Selbstkontrolle der Politik oder unverbindliche Schlichtersprüche.« Vgl. auch Gusy, »Considérations«, S. 3–4.

21 Historischer Überblick bei Fricke, *Zur Kritik*.

22 Zusammenfassend ebd., S. 208–210.

23 Diese Einsicht war in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik in Ansätzen von einzelnen Autoren artikuliert worden. Vgl. Gusy, »Verfassungsumbruch und Staatsrechtswissenschaft«, bes. S. 194–199.

weisen und Kompetenzen der politischen Kommunikation zumindest teilweise entzogen wird. Wird jedoch das Politische als durch das Recht strukturierbar begriffen, so stellt sich die Frage nach der Abgrenzung von Recht und Politik auf andere Weise erneut. Solange nicht jede politische Frage durch Gerichtsbeschluss entschieden werden soll, werden Kriterien benötigt, aufgrund derer zwischen rechtlichen und politischen Fragen unterschieden werden kann.²⁴ Ansonsten drohe, so argumentieren die Kritiker, die Verrechtlichung des Politischen in eine dysfunktionale und demokratisch nicht zu legitimierende Beschneidung des politischen Prozesses zu münden.²⁵

Gegenstand dieser Arbeit sind die Diskussionen über die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland zwischen Weimarer Republik und Bundesrepublik,²⁶ die sich zwischen den beiden Polen »Politisierung des Rechts« und »Verrechtlichung des Politischen« aufspannten. In der Weimarer Republik hat die angeführte Kontroverse vor allem in den Debatten der Staatsrechtler einen ersten Höhepunkt erlebt. Die Diskussionen aus jener Zeit bildeten später eine Grundlage, als in Herrenchiemsee und Bonn das Grundgesetz entstand, welches eine umfangreich ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit vorsah. Als das Bundesverfassungsgericht 1951 seine Arbeit aufnahm, musste es sich im schon bestehenden diskursiven Feld positionieren. Die Kontroverse um die Verfassungsgerichtsbarkeit wird hier als Kristallisationspunkt einer zugrunde liegenden Problematik begriffen. Sie ist mit der Frage nach den Leistungen des Rechts für die Grenzen und die Binnenstruktur des Raums des Politischen²⁷ grob umrissen. Dass

24 Die Abgrenzung zwischen Politischem und Unpolitischem ist allerdings ihrerseits eine politische Frage. Nach Isensee, »Verfassungsrecht«, S. 151 »bestimmt das Bundesverfassungsgericht kraft seiner Kompetenzen in rechtlichen Angelegenheiten darüber, ob eine Angelegenheit rechtlicher oder politischer Natur ist. [...] Damit aber verfügt das Bundesverfassungsgericht seinerseits über eine Macht, welche die Frage nach ihren Grenzen provoziert«.

25 Dieses Problem ist hochaktuell und nicht allein Gegenstand juristischer oder politikwissenschaftlicher Fachdebatten, sondern wird immer wieder in einer breiteren politischen Öffentlichkeit diskutiert. Vgl. beispielsweise den Essay des Journalisten und stellvertretenden Mitglieds des Baden-Württembergischen Staatsgerichtshofs Rath, *Der Schiedsrichterstaat*.

26 Ein Überblick zur vorhandenen Forschungsliteratur wird im Abschnitt 3 in diesem Kapitel gegeben.

27 Das Konzept des Politischen als Kommunikationsraum wurde im Bielefelder Sonderforschungsbereich »Das Politische als Kommunikationsraum in der Geschichte« vertreten, in dessen Kontext die vorliegende Studie entstanden ist. Vgl. Weidner, *Die Geschichte des Politischen*, S. 38–39: »Der namensgebende politische Kommunikationsraum« bezeichnete

das Verfassungsrecht dabei eine ambivalente Rolle spielt, weil es sowohl entpolitisierend, als auch politisierend wirkt, wurde bereits beschrieben. Um jene Frage zu konkretisieren, ist der gegenständliche Bezug auf die Kontroverse um die Verfassungsgerichtsbarkeit als Fokus der Untersuchung sinnvoll und naheliegend. Im Falle der Bundesrepublik scheint die Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts ein wesentlicher Faktor für die Erfolgsgeschichte des Grundgesetzes zu sein, das anfänglich vielfach nur als ein Provisorium betrachtet wurde, aber mittlerweile seit mehr als sechs Jahrzehnten eine Grundlage des politischen Gemeinwesens darstellt.²⁸ Die Fragerichtung zielt von den (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben auf deren Rolle bei der Gestaltung des politischen Raums, das heißt das Erkenntnisinteresse ist vor allem ein politikgeschichtliches. Diskussionen und Kontroversen um das Verhältnis von Recht und Politik sind für dieses Interesse relevant, da in ihnen Grenzziehungen an den Rändern und im Binnenbereich des politischen Raums verhandelt werden. Von einem konstruktivistischen Verständnis des Politischen ausgehend, nach dem das Politische nicht »wesenhaft« bestimmbar ist, sondern sich kommunikativ stets neu konstituiert, sind derartige Grenzziehungs-Diskurse in hohem Maße bedeutsam.²⁹ Denn mit ihnen vollzieht sich eine Aushandlung der Struktur des politischen Raums, über den Erhalt des *status quo* oder dessen Veränderung.

Solche Diskurse stellen eine hochpolitische Form von Kommunikation dar. In ihnen artikulieren sich konkurrierende Vorstellungen des Politischen. Daher soll zuerst gefragt werden, welche Konzepte und Begriffe oder Bilder des Politischen in den Kontroversen um die Verfassungsgerichtsbarkeit vorausgesetzt oder entwickelt wurden. Korrespondierend dazu muss die Frage gestellt werden, wie das Rechtliche als Kontrastfolie des Politischen konzeptionell gefasst wurde. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die diskursiven Bestimmungen des Politischen und des

nicht ein Gebäude oder eine Institution, keinen geografisch beschreibbaren, sondern einen relationalen Raum, der durch Kommunikationsakte konstituiert wird und zugleich Kommunikation prägt.«

28 Vgl. Ipsen, *Der Staat der Mitte*, S. VII. Vgl. ebd., S. VIII: »Verfassungsgeschichte in der Bundesrepublik ist [...] nicht zuletzt Verfassungsgerichtsgeschichte.« [Herv. i. O.]

29 Vgl. Sonderforschungsbereich 584, »Forschungsprogramm«, S. 19: »Thematisiert wird [...] vor allem die Art und Weise, wie zwischen Politischem und Nicht-Politischem Grenzen gezogen, dabei Akteure ein- oder ausgeschlossen, Themen und Aktionsformen, darunter Gewalt, in den politischen Kommunikationsprozess einbezogen und in ihm verändert wurden.«

Rechtlichen sich wechselseitig beeinflussten.³⁰ Dies erhöhte, so eine weitere Annahme, die Wahrscheinlichkeit, dass die ansonsten eher unbewusst »mitgemeinten« oder implizit vorausgesetzten Konzepte des Politischen und Rechtlichen in den untersuchten Kontroversen explizit artikuliert wurden.

Zweitens soll gefragt werden, welche Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Hinblick auf die Recht-/Politik-Unterscheidung zugesprochen wurden. Dazu gehört auch die Frage, an welchem »Ort« bzw. auf welcher »Seite« der Unterscheidung man die Verfassungsgerichtsbarkeit diskursiv angesiedelt hatte. Es sind die Wirkungen zu berücksichtigen, die von der Einrichtung eines Verfassungsgerichts erwartet oder befürchtet wurden. Dabei wird, drittens, zu klären sein, was die Zeitgenossen jeweils unter einer »Politisierung des Rechts« oder der »Justiz« und einer »Verrechtlichung des Politischen« verstanden.³¹ Wurden diese Prozesse ohne Wertung lediglich festgestellt, hat man sie gefürchtet oder waren sie gar erwünscht? Diese Fragen können nicht beantwortet werden ohne, viertens, die jeweils zugrundeliegenden Verfassungsbegriffe mit in den Blick zu nehmen. Schließlich sollen, fünftens, Fortwirkung und Wandel jener Kontroverse um Politisierung und Verrechtlichung untersucht werden. Wie sich in der jungen Bundesrepublik das neu eingerichtete Bundesverfassungsgericht zu dem vorgefundenen Diskurs verhielt, ist in diachroner Perspektive ein Fluchtpunkt dieser Arbeit.

Diese Arbeit versteht sich nicht als ein Beitrag, der inhaltlich unmittelbar an die untersuchten Kontroversen und Diskussionen um Recht, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit anschließt. Diese Diskussionen dauern bis in die Gegenwart an. Ziel kann es auch nicht sein, Lösungen für die artikulierten Probleme zu erarbeiten. Jene Kontroversen stellen vielmehr den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit dar, der bewusst aus einer externen und historisierenden Perspektive betrachtet wird. Eine eigene inhaltliche Stellungnahme und Positionierung zu dem Diskurs ist nicht intendiert. Nur so viel: Auch wenn eine Funktion von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit Entpolitisierung ist, ist es möglicherweise ein gutes Zeichen für eine lebendige Demokratie, dass die Auseinandersetzungen um die Grenzen und um die Verfassung des Politischen sich auf Dauer nicht stillstellen lassen.

30 Vgl. ebd., S. 43.

31 Die »Frage nach den Bedingungen und Erscheinungsformen von Politisierungs- und Entpolitisierungsprozessen« gehörte zu den Leitfragen des Sonderforschungsbereichs 584. Ebd., S. 29.

2. Methodisches Vorgehen

Der Arbeit liegt ein konstruktivistisches Politikverständnis zugrunde. Damit ist vor allem gemeint, dass ihr als Ausgangspunkt keine überzeitlich gültige, nicht wandelbare und insofern unhistorische Definition des Politischen – etwa als ein bestimmter Gegenstandsbereich oder als ein bestimmter Handlungsmodus – dient. Vielmehr zählt zu ihren methodischen Prämissen, dass das Politische selbst zu historisieren ist, dass also in den Blick genommen werden muss, welche Vorstellungen und Konzeptionen des Politischen unter den jeweiligen Zeitgenossen kursierten, akzeptiert oder verworfen wurden.³² Tatsächlich ist der Streit darüber, welche Probleme als politisch zu verstehen sind und deshalb Relevanz über den Kreis der unmittelbar Betroffenen hinaus beanspruchen dürfen, selbst eine politische Frage. Ebenso sind Auseinandersetzungen darüber, wer Zugang zum politischen Raum haben soll, das heißt darüber, wer als Akteur politikfähig ist, hochpolitisch. »Die Grenzziehung zwischen Politischem und Unpolitischem gehört [...] zu den wichtigsten, aber auch umstrittensten Handlungsfeldern politischer Akteure.«³³ Das Interesse an Grenzziehungen und Grenzverschiebungen des Politischen speist sich nicht zuletzt aus dem Anspruch, das Politische selbst als historisch wandelbar zu erweisen. Damit einher geht das Interesse an den Konjunkturen von Politisierungen und Entpolitisierungen, die in dieser Arbeit einen Fokus der Untersuchung bilden.

Leitend ist die Annahme, dass das Politische kommunikativ konstituiert wird, das heißt dass dem Politischen (wie anderen sozialen Sachverhalten) durch Sprache, Diskurse, Zeichen und weitere Praktiken vermittelte Austauschprozesse zugrunde liegen.³⁴ Die Arbeit erfährt vor diesem Hintergrund Anregungen durch neuere kulturgeschichtliche Ansätze, die auch die jüngere Politikgeschichtsschreibung beeinflusst haben.³⁵ Derartige Ansätze haben unter anderem den Vorteil, die traditionelle gegenständliche Einengung der Politikgeschichte auf den Staat, seine Institutionen und auf das politische Entscheidungshandeln weniger herausgehobener Akteure

32 Vgl. zu dieser Fragestellung Weidner, *Die Geschichte des Politischen*, S. 74–76. Empirische Überblicke zum historischen Wandel von Politiksemantiken bei Steinmetz, »Neue Wege«, S. 26–40; Meier/Papenheim/Steinmetz, *Semantiken des Politischen*.

33 Frevert, »Neue Politikgeschichte: Konzepte und Herausforderungen«, S. 14.

34 Vgl. Haupt, »Vorwort«, S. 9–10.

35 Vgl. Stollberg-Rilinger (Hg.), *Was heißt Kulturgeschichte des Politischen?*, Mergel, »Überlegungen zu einer Kulturgeschichte der Politik«.

aufzubrechen. Sie tragen damit der Erkenntnis Rechnung, dass die Gleichung politisch = staatlich selbst nur eine historisch kontingente Erscheinungsform des Politischen ist. Umgekehrt bedeutet eine solche Erweiterung der Perspektive nicht, dass der Staat und seine Institutionen aus dem Blick geraten. Allerdings ermöglicht es die Neuorientierung der Politikgeschichte, auch ihre klassischen Gegenstände anhand gewandelter Fragestellung neu zu untersuchen.³⁶

In dieser Arbeit stehen mit Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit typische Erscheinungsformen moderner Staatlichkeit im Mittelpunkt. Daher nimmt die Untersuchung ihren Ausgang durchaus bei einem traditionellen Verständnis von Verfassungsgeschichte als politischer Struktur- und Institutionengeschichte von Staaten.³⁷ Sie begreift jedoch ihre zentralen Kategorien – zum Beispiel ›Staat, ›Verfassung, ›Verfassungsgerichtsbarkeit, ›Politik – als historisierbar, das heißt sie geht nicht von analytischen Definitionen dieser Begriffe aus, die der weiteren Untersuchung als invariante Grundlage dienen. Gefragt wird also jeweils danach, was die historischen Zeitgenossen unter ›Recht, ›Verfassung, ›Verfassungsgerichtsbarkeit und so weiter verstanden.

Deren Konstitution wird nicht isoliert, sondern eingebettet in Diskurse über das Verhältnis von Recht und Politik betrachtet, an denen zu verschiedenen Zeiten unterschiedliche Akteure teilnahmen und die in wechselnden kommunikativen Arenen (Expertentagungen von Staatsrechtlern, parlamentarische Beratungen, medial vermittelte Öffentlichkeiten und andere) verortet waren. Angelehnt an den Diskursbegriff von Michel Foucault,³⁸ geht es dabei immer um mehr und um anderes, als ein schlichtes Bezeichnen von Dingen und Sachverhalten. Ein Diskurs ist nicht bloß eine Menge von Zeichen, Diskurse sind nach Foucault vielmehr »als Praktiken zu behandeln, die systematisch die Gegenstände bilden, von denen sie sprechen.«³⁹ Bei jenen Gegenständen handelt es sich um Gegenstände

36 Vgl. Sonderforschungsbereich 584, »Forschungsprogramm«, S. 19.

37 Für ein solches Verständnis vgl. Boldt, *Einführung in die Verfassungsgeschichte*, S. 17–26. Überblick bei Schlögl, »Politik- und Verfassungsgeschichte«.

38 Theoretisch grundlegend vor allem: Foucault, *Archäologie des Wissens*; Ders., *Die Ordnung des Diskurses*. Zur Einführung vgl. die Beiträge in: Sarasin (Hg.), *Geschichtswissenschaft und Diskursanalyse*; Ders., *Michel Foucault zur Einführung*; Landwehr, *Geschichte des Sagbaren*.

39 Foucault, *Archäologie des Wissens*, S. 74. Zu beachten bei diesem Zitat ist der explizite Hinweis, dass es sich bei Diskursen um Praktiken handelt, d.h. eine Diskursanalyse geht nicht einfach in einer Sprachanalyse auf (vgl. Daniel, *Kompendium Kulturgeschichte*, S. 357). Gleichwohl spricht aus meiner Sicht nichts dagegen, aus pragmatischen Gründen den

des Wissens, das heißt um Dinge und Sachverhalte, von denen man etwas wissen kann⁴⁰ – für den Zweck der vorliegenden Untersuchung relevant sind zum Beispiel Sachverhalte wie ›Recht‹, ›Politik‹, ›Verfassung‹, ›Staat‹. Die grundsätzliche Akzeptanz sozialkonstruktivistischer Prämissen muss nicht in einen erkenntnistheoretischen Skeptizismus münden, demzufolge es ›hinter‹ den Diskursen, Zeichen und Sprachen keinen menschlicher Erkenntnis zugänglichen Bereich der ›realen‹ Dinge gäbe. Umgekehrt kann aber die produktive Leistung von Diskursen bei der sinnhaften Deutung sozialer Sachverhalte kaum überschätzt werden. Diskurse gewinnen hier normative Kraft, indem sie etwa ›richtiges‹ von ›falschem‹ Wissen unterscheiden und damit verknüpfte Praktiken legitimieren oder deligitimieren.

Insofern besteht die Wirkung des Diskurses vor allem darin, dass er eine Ordnung konstituiert. Dies tut er gewissermaßen durch eine semiotische Verknappung: Zwar scheint die Menge dessen, was prinzipiell über die Dinge und Sachverhalte gesagt werden kann, unbegrenzt zu sein; tatsächlich jedoch schränkt der Diskurs zu jedem gegebenen Zeitpunkt diese Menge radikal ein.⁴¹ Etabliert der Diskurs zum Beispiel die Unterscheidung zwischen ›Vernunft‹ und ›Wahnsinn‹, so kann diese Differenz zur Aussortierung all jener Aussagen als irrelevant führen, die auf die Seite des ›Wahnsinns‹ zu zählen sind.⁴²

Der Diskurs selbst stellt ebenfalls eine Ordnung dar. Sie besteht in der Menge dessen, was zu einem gegebenen Zeitpunkt und in bestimmten Kombinationen sinnvoll gesagt werden kann. Der Gegenstand der Diskursanalyse ist daher nicht eine Sammlung aller tatsächlich (zu einem Thema) gemachten Aussagen. Vielmehr zielt die Diskursanalyse auf die Regeln, nach denen relevante Aussagen erzeugt werden.⁴³ Es handelt sich um Sagbarkeitsregeln, in denen grundlegende, zumeist unhinterfragte und unter Umständen nicht explizierte Überzeugungen der historischen Zeit-

diskursanalytischen Ansatz für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung weitgehend auf eine Analyse sprachlicher Praktiken zu beschränken. Dies umso mehr, als natürlich auch Sprachhandeln eine Praxis bezeichnet, die zum Gegenstand historischer Untersuchungen gemacht werden kann, zum Beispiel: Steinmetz, *Das Sagbare und das Machbare*, bes. S. 30–40.

40 Vgl. Sarasin, *Michel Foucault zur Einführung*, S. 98.

41 Foucault, *Die Ordnung des Diskurses*, S. 17, spricht von »Prozeduren der Kontrolle und Einschränkung des Diskurses.«

42 Vgl. ebd., S. 12.

43 Charakteristisch für den Diskurs ist die regelmäßige Verteilung von Aussagen. Die Anordnung von Diskurselementen folgt bestimmten »Formationsregeln« (Landwehr, *Geschichte des Sagbaren*, S. 78).

genossen über die bezeichneten Sachverhalte kondensiert sind.⁴⁴ Mit der Diskursanalyse können auch solche Sagbarkeitsregeln in den Blick genommen werden, nach denen zwischen dem Politischen und dem Unpolitischen unterschieden wird. Schließlich ist der Diskurs historisch wandelbar: In seinen Veränderungen spiegeln sich die Konjunkturen von Politisierung und Entpolitisierung nicht nur wider, der Diskurs selbst bringt diese auch hervor.

Ihrem Anspruch nach ist die Diskursanalyse geeignet, um Antworten auf die oben aufgeworfenen Fragen nach den zeitgenössischen Vorstellungen von ›Recht‹ und ›Politik‹, ›Verfassung‹ und ›Verfassungsgerichtsbarkeit‹, ›Politisierung‹ und ›Verrechtlichung‹ sowie dem Fortwirken jener Diskurse bei der Etablierung des Bundesverfassungsgerichts zu gewinnen. Um den entsprechenden Sagbarkeitsregeln auf die Spur zu kommen, war es sinnvoll, serielle Quellen (zum Beispiel Periodika) auf immer wiederkehrende Sprachmuster zu untersuchen.⁴⁵ Zu diesem Zweck wurden die Quellen in einem ersten Schritt hinsichtlich der zentralen Begriffe⁴⁶ durchgesehen. Dabei wurden solche Stellen erfasst, bei denen jene Begriffe sprachlich weiter qualifiziert worden sind. Dabei kann es sich um explizite Qualifizierungen handeln (zum Beispiel wenn das Politische als irrational bezeichnet wurde), oder aber um implizite Zuschreibungen, bei denen der weitere Kontext, zum Beispiel die Abfolge von Frage und Antwort (bei wörtlicher Rede) und anderes mehr eine Rolle spielen können. Auf diese Weise lassen sich am ehesten die unhinterfragten und nicht explizierten Diskursregeln bestimmen. In weiteren Schritten konnte auf Grundlage der so gewonnenen Ergebnisse die Analyse punktuell vertieft werden (zum Beispiel wenn auffällige Metaphern gehäuft auftraten).

Aus methodischen Gründen, und um die Analyse handhabbar zu halten, wurde die Untersuchung gegenständlich zunächst auf den fachwissenschaftlichen Diskurs der deutschen Staatsrechtslehrer beschränkt. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der untersuchte Diskurs vor allem ein (rechtswissenschaftlicher) Expertendiskurs ist. Diese Experten verfügten auch über politischen Einfluss, etwa bei den Beratungen während der Entstehung des Grundgesetzes und bei der einfachen Gesetzgebung. Schließlich bilden sie auch ein Reservoir, aus dem die Richter und Richterinnen

44 Vgl. ebd., S. 7.

45 Die verwendeten Quellen werden im folgenden Abschnitt 3 vorgestellt.

46 Im ersten Durchlauf: ›Recht‹, ›Politik‹, ›Verfassung‹, ›Verfassungsgerichtsbarkeit‹, in substantivischer, adjektivischer usw. Form.

am Bundesverfassungsgericht stammen. Für die Untersuchung des fachlichen Diskurses ist zudem günstig, dass die Staatsrechtslehrer mit den jährlich stattfindenden Tagungen der ›Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer‹ und den dazugehörigen Publikationen⁴⁷ seit der Weimarer Republik bis in die Gegenwart über ein Forum für ihre Diskussionen verfügen. Auf diese Weise war es möglich, eine zentrale Akteursgruppe auf der Grundlage einer seriellen Quelle (den Vorträgen und Diskussionen zu den Staatsrechtslehrertagungen) in diachroner Perspektive über den gesamten Untersuchungszeitraum zu verfolgen.

Nachdem in Kapitel II eine kurze historische Einordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegeben wird, widmet sich Kapitel III den Diskussionen der Juristen und speziell der Staatsrechtslehrer während der Weimarer Republik. Die Weimarer Reichsverfassung hatte mit dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich eine Institution mit verfassungsgerichtlichen Kompetenzen vorgesehen. Der weitere Ausbau dieser Institution wurde vor 1933 diskutiert, jedoch nicht mehr realisiert. Nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft wurde mit dem Grundgesetz das Bundesverfassungsgericht geschaffen. Dieses konnte seine Arbeit erst 1951 aufnehmen, nachdem auch der parlamentarische Gesetzgeber mit dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) alle nötigen Voraussetzungen geschaffen hatte. Kapitel IV und V widmen sich den Entstehungsprozessen von Verfassung und BVerfGG. Hier liegt das Augenmerk auf der Frage, ob und inwieweit die jeweiligen Beratungen an die Weimarer Diskussionen anknüpften oder davon abwichen. In beiden Fällen kommt mit den Politikern eine zweite Akteursgruppe neben den Staatsrechtlern (die zum Beispiel bei den Vorbereitungen innerhalb der Ministerialbürokratie oder als Experten beteiligt waren) in den Blick. Methodisch bot sich hier ergänzend zu dem oben beschriebenen seriellen Vorgehen beim Quellenstudium eine zweite Strategie an. Sie bestand darin, das Quellenmaterial punktuell hinsichtlich bestimmter Themen zu sichten und dabei besonders auf Situationen zu achten, in denen bestimmte Sprachhandlungen hinterfragt wurden, strittig waren oder sogar explizit als Sprachhandlungen thematisiert wurden (zum Beispiel als ›falsche‹ Sprechweise oder ähnliches).

Beide Strategien ließen sich komplementär anwenden. Dies wird besonders in Kapitel VI deutlich, das den frühen Reaktionen der Staatsrechtler auf das Bonner Grundgesetz gewidmet ist. Die Frage, wie die neue

47 Die *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDSStRL, seit 1924).

Verfassung in der Fachwissenschaft gedeutet wurde, erschien deshalb relevant, weil das Bundesverfassungsgericht erst 1951 eröffnet wurde und dann daran gehen musste, die Diskurshoheit über die Verfassung zu erobern. Dabei musste es aber den bereits zuvor etablierten Diskussionsstand in Rechnung stellen.

Kapitel VII schließlich widmet sich dem Vorgang der Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts ab 1951. Dabei wird der Frage nachgegangen, inwieweit Konflikte mit anderen Akteuren, die ihrerseits eine Deutungshoheit über die Verfassung beanspruchten, konstitutiv für die Institutionalisierung des Gerichts wirkten und welche Rolle dabei die Unterscheidung von Recht und Politik spielte. Seine Position in den Reihen der schon existierenden Verfassungsorgane musste das Gericht zunächst finden und verteidigen. Erst dann konnte es daran gehen, seine Stellung als berufener Hüter der Verfassung auszubauen.

3. Forschungsstand, Literatur und Quellen

Die vorliegende Arbeit kann an Studien anknüpfen, in denen die historisch wandelbaren Semantiken des Politikvokabulars in diachroner Perspektive untersucht worden sind.⁴⁸ Für die hier verfolgte Fragestellung sind zwei mit einander verwobene semantische Entwicklungslinien zentral: zum einen die Dynamik der Politisierung, in deren Gefolge nahezu jeder Sachverhalt, Gegenstand und Akteur als politisch deklariert werden konnte. Zum anderen korrespondiert der expansiven Politisierungsdynamik die Etablierung des Politischen als einer zunehmend autonomen Sphäre in Abgrenzung zu anderen, ebenfalls autonomen Bereichen (zum Beispiel Wissenschaft, Religion, Wirtschaft) mit je eigenen Regeln, Relevanzkriterien und Deutungsansprüchen. Diese Korrespondenz ist konfliktträchtig, insofern der Politik immer mehr Zuständigkeiten zugeschrieben wurden – gipfelnd in einer Art übergeordneten Allzuständigkeit für das »große Ganze« (Primat der Politik) –, die Erfüllung der damit verbundenen Erwartungen jedoch zunehmend an den Autonomieansprüchen der anderen gesellschaftlichen Sphären scheitern musste.⁴⁹

48 Einen Überblick ermöglichen Leonhard, »Politik«; Sellin, Art. »Politik«; Palonen, *Politik als Handlungsbegriff*.

49 Vgl. dazu pointiert Meier/Papenheim/Steinmetz, *Semantiken des Politischen*, S. 78–86.

Eine Studie, die den Sprachgebrauch von Juristen im Hinblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Recht und Politik untersucht, liegt bisher nicht vor. Für deutsche Mediziner und Ärzte hat Tobias Weidner untersucht, wie diese Akteure Politikkritik als Professionalisierungsstrategie nutzten und wie sie damit die Autonomie des Bereichs der Medizin durch Abgrenzung zur Sphäre der Politik festigten.⁵⁰ Als Grundmuster hat Weidner ein pejoratives Politikverständnis herausgearbeitet, nach dem Politik weithin als Problem erschien. Demgegenüber haben sich die Mediziner als unpolitische Experten begriffen. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts entwickelten sie zum Teil »gegenpolitische« Strategien, die in szientokratischen Denkmodellen und damit verbundenen Ansprüchen auf Deutungshoheit gegenüber der Politik mündeten. Eine Pointe von Weidners Untersuchung liegt darin, dass er Politikkritik und die pejorative Verwendung des Politikvokabulars als Teil politischer Kommunikation analysiert. Im Anschluss daran ist für die Diskussionen um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Weimar und in der Bundesrepublik zu fragen, ob und in welcher Weise die beteiligten Staatsrechtler ebenfalls »gegenpolitische« Strategien nutzten oder ob sie von dem Muster der Mediziner abwichen. Anders als Weidner nimmt Stefan Scholl in seiner Studie nicht eine abgezielte Akteursgruppe in den Blick, sondern untersucht den Diskurs über das abstrakte Verhältnis von Wirtschaft und Politik – ihre wechselseitige Abgrenzung oder Durchdringung –, an dem jeweils ganz verschiedene Akteure beteiligt sein konnten.⁵¹ Zu einer besonderen Konjunktur der Infragestellung der wechselseitigen Abgrenzung beider Sphären und von Klagen über eine Politisierung oder eine Ökonomisierung war es in der Weimarer Republik gekommen. Zu Scholls Befunden zählt ebenfalls die Beobachtung von beharrlichen pejorativen Semantiken des Politischen über seinen gesamten Untersuchungszeitraum. Beide Arbeiten eint der Anspruch, die untersuchten Diskursmuster und Semantiken situativ zu erfassen, das heißt die Verwendung des relevanten Vokabulars in konkreten kommunikativen Situationen zu verorten. Dadurch ist es möglich, in synchroner Perspektive unterschiedliche, zum Teil gegenläufige Verwendungsweisen der jeweiligen Wörter und Begriffe in den Blick zu nehmen. Gegenüber der traditionellen Begriffsgeschichte mit ihrem Schwerpunkt auf dem theoretischen »Höhenkamm« hat dieses Vorgehen den Vorteil, neue, unter Umständen unerwartete Quellengattungen zu erschließen,

⁵⁰ Weidner, *Die unpolitische Profession*.

⁵¹ Scholl, *Begrenzte Abhängigkeit*.

nämlich all jene Äußerungen in den Blick zu nehmen, die nicht mit dem Anspruch auftraten, die jeweils benutzten Begriffe zu definieren.⁵²

Für die Weimarer Republik liegt eine Studie vor, in der die Verwendung des Politikbegriffs diskurstheoretisch untersucht wird. Sabine Marquardt nimmt darin verschiedene ›Teilkulturen‹ in den Blick, darunter unterschiedliche akademische Disziplinen wie Soziologie, Geschichtswissenschaft und auch die Rechtswissenschaft.⁵³ Sie kommt zu dem Ergebnis, dass sich die Politikbegrifflichkeit je nach politischem Standpunkt der Akteure zur Republik ausdifferenziert hatte. Dementsprechend wurde ›Politik‹ zu einem ›Kampfbegriff‹. Dies deutet darauf hin, dass über Politik oder das Politische zu sprechen in den ›Krisenjahren der Klassischen Moderne‹ (Peukert)⁵⁴ eine hochpolitische Angelegenheit war. Als Besonderheit des juristischen Diskurses stellt Marquardt heraus, dass es nur bei den Juristen zu einer grundlegenden Wandlung der disziplinären Grundannahmen kam. Im ›Methodenstreit‹ geriet der aus dem Kaiserreich überkommene Rechtspositivismus, der sich grundsätzlich als unpolitisch verstand, in die Kritik.

Die Geschichte des Methodenstreits der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik ist unter verschiedenen Aspekten untersucht worden.⁵⁵ Grundlegend für die hier verfolgte Fragestellung nach der Debatte über das richterliche Prüfungsrecht ist die Arbeit von Helge Wendenburg.⁵⁶ Ihm geht es um die Korrelation von methodischem Standpunkt und Stellungnahme zur Verfassungsgerichtsbarkeit unter den Weimarer Staatsrechtslehrern. Insofern ist Wendenburgs Buch primär der Wissenschaftsgeschichte der Staatsrechtslehre zuzuordnen. Fragen nach dem Sprachverhalten der an der Debatte beteiligten Akteure behandelt er dabei zwar kaum, dennoch ist seine detaillierte Darstellung und Analyse ein geeigneter Ausgangspunkt. Denn neben der Verteidigung seiner Hauptthese, nach der ein »Zusammenhang besteht zwischen der Stellungnahme zum richterlichen Prüfungsrecht und der jeweiligen staatsrechtlichen Methode«,⁵⁷ ist Wendenburg die

52 Konzeptionelle Überlegungen dazu bei Steinmetz, »Neue Wege«, bes. S. 16–17.

53 Marquardt, *Polis contra Polemos*.

54 Peukert, *Die Weimarer Republik*.

55 Überblick mit weiterer Literatur bei Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. 3, S. 153–186.

56 Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit*. Lediglich cursorisch behandelt das Verhältnis von Recht und Politik: Fricke, *Zur Kritik*. Dogmen- und institutionengeschichtlicher Überblick unter Berücksichtigung der Rechtsprechungspraxis bei Wehler, *Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*.

57 Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 5.