

- Söllner, Alfons, 2002: Ernst Fraenkel und die Verwestlichung der politischen Kultur in Deutschland; in: Leviathan, S. 132-154.
- Sontheimer, Kurt, 1999: Ein Klassiker der Politik; in: Die Zeit vom 17.06., S. 41.
- Steffani, Winfried, 1976: Einleitung; in: Nuscheler, Franz / Steffani (Hg.): Pluralismus: Konzeptionen und Kontroversen, 3. Aufl., München, S. 9-46.
- Steffani, Winfried, 1980: Pluralistische Demokratie, Opladen.
- Steffani, Winfried, 1997: Ernst Fraenkel als Persönlichkeit; in: ZPol, S. 1261-1285.
- Stoffregen, Matthias, 2007: Von der Repression zur Rechtsstaatlichkeit. Karl Loewenstein und die Selbstverteidigung demokratischer Systeme; in: van Ooyen 2007d, S. 157-191.
- Strabner, Alexander, 2006: Ernst Fraenkel (1898-1975). Verbände als Manifestationen des Neoplatinismus; in: Sebaldt, Martin / Strabner (Hg.): Klassiker der Verbändeforschung, Wiesbaden, S. 73-89.
- Thayssen, Uwe / Falter, Jürgen W., 2007: Fraenkel versus Agnoli? Oder: Was ist aus der „Parlamentarismusverdrossenheit“ der 60er Jahre für die heutige „Postparlamentarismus“-Diskussion zu lernen?; in: ZParl, S. 401-413.
- Thiele, Ulrich, 2003: Advokative Volkssouveränität. Carl Schmitts Konstruktion einer ‚demokratischen‘ Diktaturtheorie im Kontext der Interpretation politischer Theorien der Aufklärung; Berlin.
- Vogt, Stefan, 2006: Nationaler Sozialismus und Soziale Demokratie. Die sozialdemokratische Junge Rechte 1918-1945, Bonn.
- Voigt, Rüdiger, 2007: Der Staat des Dezisionismus. Carl Schmitt in der internationalen Debatte, Baden-Baden.
- Wild, Michael, 2003: Die politische Ordnung der Volksgemeinschaft: Ernst Fraenkels „Doppelstaat“ neu betrachtet; in: Mittelweg 36, S. 45-61.

Michael Wildt

Eine spannungsvolle Beziehung: Ernst Fraenkel und Carl Schmitt

Mit kaum einem anderen Staatsrechtler hat sich Ernst Fraenkel so intensiv und kritisch auseinandergesetzt wie mit Carl Schmitt. Und kaum ein anderer hat Fraenkel so beharrlich ignoriert wie dieser. Vielleicht mag diese Verweigerung dem jüngeren Kollegen gegenüber an Fraenkels demokratischer Integrität gelegen haben. Während etliche Intellektuelle und Akademiker in den zwanziger und dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts den Sirenentönen Schmitts erlagen, stand Fraenkel nie in Gefahr, dessen totalitären politischen Vorschlägen zu folgen – und doch lässt die kritische Bezugnahme auf Schmitt erkennen, wie wichtig diese Auseinandersetzung für die eigene Theoriebildung war. Nicht zuletzt spiegelt sich in beiden Lebensläufen der Riss wider, den Nationalsozialismus und Shoah in der deutschen Geschichte bewirkten.¹

Differente Lebensläufe

Der zehn Jahre ältere Carl Schmitt wurde 1888 in einer kleinen sauerländischen Gemeinde geboren.² Er wuchs in einer kleinbürgerlichen, katholischen Umgebung – der Vater verwaltete die Kirchenkasse – auf, studierte nach dem Abitur Jura in Berlin, München und Straßburg und promovierte 1910 mit einer Dissertation zum Schuldrecht. Als überzeugter Katholik stand Schmitt dem protestantischen Wilhelmismus fern, seine frühen literarischen Versuche weisen ihn als einen vehementen Kritiker des materialistisch-bürgerlichen Zeitgeistes aus. Die Revolutionszeit erlebte er in München und begann unter diesen Eindrücken mit der Arbeit an seiner Studie über die „Diktatur“, die 1921 herauskam. In rascher Folge erschienen „Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität“ (1922), „Römischer Katholizismus und politische Form“ (1923) und „Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus“ (1923). Carl Schmitt, zu dieser Zeit bereits Professor an der Universität Bonn, avancierte mit

¹ Dieser Beitrag ist die überarbeitete und erheblich erweiterte Fassung eines Aufsatzes, der in der Festschrift für Adelheid von Saldern erschien: Wildt 2004.

² Die folgenden Angaben nach Noack 1993.

diesen Schriften zu einem der profiliertesten rechten Kritiker der Weimarer Republik. Seine politischen Ambitionen ließen ihn 1928 einen Lehrstuhl an der Berliner Handelshochschule annehmen, um in der Reichshauptstadt als Berater der Macht Einfluss zu gewinnen. Als Rechtsvertreter des Reiches verteidigte er im Oktober 1932 vor dem Reichsgericht die staatsrechtartige Absetzung der preußischen Regierung im Juli des Jahres. Seine Studie „Der Hitler der Verfassung“, mit der Schmitt für eine plebiszitäre Präsidialdiktatur eintrat, bildete gewissermaßen die Tischvorlage für den Beraterkreis um Reichspräsident Hindenburg; insbesondere für General Schleichers Pläne einer diktatorischen Querfront, gestützt auf Gewerkschaften, Sozialdemokraten und Teilen der NSDAP.³

Obwohl Schmitt sich damit eher bei Deutschnationalen als bei den Nationalsozialisten ausgewiesen hatte, überlegte er nicht lange, als er über seinen katholischen Förderer Johannes Popitz, der Finanzminister in der Hitler-Regierung geworden war, das Angebot erhielt, an der Ausarbeitung des Reichsstatthaltergesetzes mitzuwirken. Schmitt avancierte zum „Kronjuristen des Dritten Reiches“, bis er 1936 aufgrund einer Intrige der SS von der NS-Führung fallengelassen wurde, was Schmitt indes keineswegs hinderte, weiterhin als Hochschullehrer und Publizist tätig zu sein und von Göring ernannter preußischer Staatsrat zu bleiben.⁴ Nach dem Krieg durfte Schmitt zwar keine Professur mehr annehmen, lebte zurückgezogen in seinem Heimatort Plettenberg, blieb aber dennoch bis zu seinem Tod 1985 ein durchaus einflussreicher Privatier.⁵

Ernst Fraenkel, Jahrgang 1898, stammte aus einer wohlhabenden jüdischen Familie. Seine Eltern starben früh, so dass er bei einem Onkel in Frankfurt am Main aufwuchs und dort durch eine deutsch-jüdische Vorstellungswelt geprägt wurde, die ihren Ausdruck, wie Fraenkel später schrieb, in einem „wahren ‚Bildungskult‘“ fand. Man war fortschrittsgläubig und rechtsstaatlich-tolerant, verurteilte das autokratische Russland mit seinen antisemitischen Pogromen als barbarisch und bewunderte England als das vorbildlich freie Land Europas. Die Erziehung im Zeichen von Aufklärung und Assimilation vermittelte wenig von jüdischer Religion und Kultur. Fraenkel charakterisierte diese Haltung zum Judentum, die vor allem in der Abwehr des Antisemitismus bestand, mit einem Begriff Theodor Herzls als „Trotzjudentum“.⁶ Dennoch war sich Fraenkel wie

viele andere seiner Generation trotz aller Emanzipation der Juden in Deutschland durchaus bewusst, einer Minderheit anzugehören, was, so bekannte er Anfang der siebziger Jahre, sein „politisches Ur-Erlebnis“ gewesen sei.⁷

1916 als Achtzehnjähriger eingezogen, kämpfte Fraenkel an der Front, was ihn später unter die Ausnahmeparagraphen der antisemitischen Berufsverbotsgesetze des NS-Regimes fallen ließ und ihm noch eine Zeitlang ermöglichte, als Rechtsanwalt weiterzuarbeiten. Eigentlich wollte er nach seiner Entlassung aus der Armee Geschichte studieren, entschied sich aber dann doch für die Rechtswissenschaft. In Frankfurt am Main traf er auf Franz Neumann und Leo Löwenthal, gründete mit ihnen 1919 eine sozialistische Studentengruppe. Neumann trat noch im selben Jahr in die SPD ein, Fraenkel 1921. Zur Leitfigur dieser jungen Juristen wurde Hugo Sinzheimer, Sozialdemokrat und Jude, der die erste ordentliche Professur für Arbeitsrecht inne hatte und wesentlich an der Ausarbeitung der Weimarer Verfassung beteiligt gewesen war.⁸ Bei ihm studierten Fraenkel, Neumann, Otto Kahn-Freund, Hans Morgenthau und Carlo Schmid, der ebenso wie Fraenkel 1923 bei Sinzheimer promovierte. Schon als Student gehörte Fraenkel einem Debattierzirkel an, in dem die Schriften von Karl Marx, Karl Renner, Max Weber, Ferdinand Tönnies, Carl Schmitt und Hans Kelsen diskutiert wurden.⁹

Kollektive Demokratie

Arbeitsrecht klingt nach trockenen Tarifvertragsauseinandersetzungen und Arbeitsgerichtsprozessen. Und doch besaß das Fach eine politische Dimension, die diesen jungen, linken Juristen sehr bewusst war. In der deutschen Tradition war das Recht eng mit dem Staat, mit dem Gesetz verbunden, in der Hegelschen Rechtsphilosophie gar zur Kongruenz gebracht. Recht wurde vom Staat gesetzt, von niemandem sonst. Gegen diese Gleichsetzung von Staat und Gesetz stand das moderne Arbeitsrecht, anerkannte es doch nicht nur, dass gesellschaftliche Verträge wie Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen existierten, sondern auch, dass diese gesellschaftlichen Organisationen unabhängig

3 Vgl. dazu *Seibert* 2001; *Muth* 1971; *Koenen* 1995, 186-221.

4 Zur „Kaiserslung“ Schmitts siehe ausführlich *Koenen* 1995, 651-764; zum Antisemitismus Schmitts vor allem *Gross* 2000.

5 Vgl. *van Laak* 1993, *Müller* 2007.

6 *Fraenkel* 1973.

7 *Fraenkel* 1973: 15. Eine Biographie zu Ernst Fraenkel ist von Simone Ladwig-Winters für 2007 angekündigt worden, aber bislang noch nicht erschienen.

8 Sinzheimer gehörte zu den ersten Frankfurter Professoren, die 1933 entlassen und in die Emigration gezwungen wurden. Er erhielt anfänglich einen Lehrstuhl in Amsterdam, musste jedoch beim deutschen Einmarsch im Frühjahr 1940 untertauchen. Zwar überlebte er die Besatzungszeit, starb aber wenige Wochen nach der Befreiung 1945 (*Erd* 1988, *Fraenkel* 1999a, *Kubo* 1995).

9 Vgl. dazu *Buchstein/Kilhn* 1999.

gig vom Staat miteinander Tarifverträge abgeschlossen. Diese Verträge setzten kollektives Recht, auf das sich die Mitglieder der Verbände vor den Arbeitsgerichten berufen konnten, ohne dass zu dieser Rechtsfrage jemals ein Gesetz verabschiedet worden wäre. Ernst Fraenkel dachte diese neue, gesellschaftliche Dimension des Rechts, die Sinzheimer vorgezeichnet hatte, konsequent weiter und veröffentlichte bereits in den zwanziger Jahren mehrere Aufsätze, in denen er eben diese „kollektive Demokratie“ theoretisch entwickelte.¹⁰

In zwei Artikeln, die beide zum 10. Jahrestag der Weimarer Verfassung im August 1929 und damit noch vor Beginn der Weltwirtschaftskrise veröffentlicht wurden, nahm Fraenkel die damals weit verbreitete Kritik am Parlamentarismus auf: Der Reichstag repräsentiere das Volk und insbesondere die staatliche Einheit, aber er vertrete das Volk nicht mehr.¹¹ Es werde im Parlament „nicht mehr verhandelt, sondern gekuhandelt, der Abgeordnete stimmt nicht mehr nach seiner Überzeugung, sondern nach dem Fraktionsbeschluss“.¹² Statt unvoreingenommener Beratung und Diskussion beherrschten die Parteien das Parlament wie die Regierung, so dass verfassungsrechtlich gewollte Gegenspielerchaft zwischen Parlament und Regierung aufgehoben sei. Man vergleiche, so Fraenkel, nur die Wahlveranstaltungen. Fand 1919/20 im Anschluss an den Vortrag des Referenten noch eine Auseinandersetzung zwischen den politischen Opponenten statt, so war die durchschnittliche Wahlveranstaltung 1924 bereits zur bloßen Kundgebung einer Partei verkümmert. Zudem kämen die beiden ständigen Oppositionsparteien, KPD wie NSDAP, als treibende Faktoren für einen lebendigen Parlamentarismus nicht in Frage, weil sie das parlamentarische System als solches ablehnten.¹³

Zugleich kritisierte Fraenkel die Tendenz in der staatsrechtlichen Diskussion, „den Grundrechten der Verfassung eine alles überragende Bedeutung innerhalb unseres Rechtssystems einzuräumen“ und das Recht des Parlaments auf Verfassungsänderung argumentativ zu schwächen. Dabei verwies er in erster Linie auf Carl Schmitts Verfassungslehre, der zufolge auch durch ein legales Gesetz Teile der Verfassung, die diese in

10 Vgl. dazu Kühn 2000. Fraenkel habe sicherlich die Hoffnung, dass die Entwicklung auf dem arbeitsrechtlichen Sektor auch auf andere politische und soziale Bereiche ausstrahlte und damit, wie Kühn schreibt, „zum Instrument der Systemüberwindung“ wird (ebenda, 247).

11 Fraenkel bezog sich hier ausdrücklich auf die Unterscheidung zwischen „Vertretung“ und Repräsentation in Carl Schmitts Verfassungslehre (Fraenkel 1999b: 345; Fraenkel 1999c: 361); vgl. dazu Buchstein 2000.

12 Fraenkel 1999c: 360.

13 Fraenkel 1999b, 344-346.

einem Übergesetzlichen Sinn als Ganzheit repräsentierten, nicht abgeändert werden dürfen – für Fraenkel ein Symptom für die „Ausscheidung des Parlaments“.¹⁴

Jedoch anders als Schmitt zog Fraenkel keineswegs die Konsequenz der Entmachtung des Parlaments und damit des Systems repräsentativer Demokratie. Sein Modell einer „kollektiven Demokratie“ im Bereich der Wirtschaft sollte die politische Demokratie nicht verdrängen, sondern ergänzen. „Im Gegenteil“, fuhr Fraenkel fort, „wir glauben, dass durch den Ausbau der kollektiven Demokratie die Parlamentsverdrossenheit, von der oben die Rede war, überwunden werden kann, dann nämlich, wenn die Bevölkerung nicht nur im Augenblick der Stimmabgabe an der Bildung des Staatswillens beteiligt sein wird, sondern durch ihre Organisationen ständig an der Integration des realen Staates teilnimmt.“¹⁵

Als Beispiel nannte Fraenkel die Schöffen- und Geschworenengerichte, in die nun, anders als im Kaiserreich, gesellschaftliche Organisation die Besitzer hineinschicken und sich deshalb auch um deren Qualifikation und politische Verantwortung kümmern würden. Eine solche korporatistisches Akzentuierung hätte durchaus Nähe zum faschistischen Modell Italiens besitzen können, das auch innerhalb der Sozialdemokratie durchaus beobachtet und diskutiert wurde.¹⁶ Doch grundsätzlich anders als die Carta del Lavoro von 1926, die alle Wirtschaftsverbände unter staatliche Kontrolle stellte, seien die Verbänden im demokratischen Rechtsstaat frei und autonom. Die „kollektive Demokratie“ sei vielmehr dazu da, „Elemente der Freiheit in Bewegung zu setzen“.¹⁷ Sie sei keine selbständige Gesellschaftsverfassung neben der Staatsverfassung, sondern schiebe sich gleichsam in die Staatsverfassung selbst ein.

Um die Verfassung

Zwei Jahre später – inzwischen regierte Brüning ohne eigene parlamentarische Mehrheit vor allem aufgrund präsidialer Notverordnungen – konstatierte Fraenkel das Versagen des Parlaments, das zu grundlegenden gesetzgeberischen Aufgaben, die ihm die Weimarer Verfassung aufgetragen hatte, offensichtlich nicht mehr willens oder fähig sei. Statt-

14 Fraenkel 1999b, 348.

15 Fraenkel 1999b, 352.

16 Siehe zum Beispiel Hermann Hellers 1929 erschienenen Bericht über seinen halbjährigen Studienaufenthalt in Italien: „Europa und der Faschismus“.

17 Fraenkel 1999b: 355.

dessen bilde sich in der Handhabung des Artikels 48 ein zweites Gesetzgebungsverfahren heraus mit der fatalen Konsequenz, dass die Justiz in ihrer Entscheidungspraxis nicht mehr zwischen den Staatsakten, die der Reichspräsident als kommissarischer Diktator erließ, und Gesetzen zu unterscheiden wisse. „Wenn die Justiz nicht mehr erkennen kann, was ein Gesetz ist, läuft sie Gefahr, sich selbst in die Abhängigkeit von Nichtgesetz zu begeben.“¹⁸ Es war eben dieser Satz, den Carl Schmitt als „sehr treffend“ in seiner Schrift „Legalität und Legitimität“ zitierte¹⁹ – der einzige Verweis meines Wissens, den Schmitt je in einer seiner Veröffentlichungen auf Ernst Fraenkel unternommen hat! In kennzeichnender Weise verdrehte Schmitt den Sinn, denn Fraenkel sorgte um die Stellung des Parlaments fügte er als scheinbar bestätigendes Zitat in seine, gänzlich anders intendierte Kritik am parlamentarischen Gesetzgebungsstaat ein, der den politischen Anforderungen der Zeit nicht mehr gerecht werde.

In seinem Ende 1932 – nach der katastrophalen Reichstagswahl im Juli, in der die NSDAP zur stärksten Partei wurden, und der anschließenden handstreichartigen Übernahme der Macht in Preußen durch den neuen Reichskanzler Franz v. Papen – erschie-nenen Aufsatz „Um die Verfassung“ nahm Fraenkel ganz explizit Bezug auf Schmitt: „So leitet denn auch Carl Schmitt, dessen Gedankengänge ganz augenscheinlich das Verfassungsdenken der gegenwärtigen Regierung in ihrem Streben nach ‚autoritärer Demokratie‘ auf plebiszitärer Grundlage beeinflussen, seine neue Schrift ‚Legalität und Legitimität‘ mit der Feststellung ein, die heutige innerstaatliche Lage Deutschlands müsse verfassungsrechtlich als Zusammenbruch des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates gekennzeichnet werden.“²⁰

Schmitt begründe seine Kritik mit der Feststellung, so zitiert Fraenkel aus „Legalität und Legitimität“, dass „jede Demokratie auf der Voraussetzung des unteilbar gleichartigen ganzen einheitlichen Volkes beruht“ und es für sie „in der Sache und im Wesentlichen überhaupt keine Minderheit und noch weniger eine Mehrzahl fester, konstanter Minderheiten“ geben könne.²¹ Fraenkel weist zunächst darauf hin, dass diese Überlegung Schmitts, ohne dass dieser es an dieser Stelle erwähne, auf Rousseaus Konzept der vo-

lonté générale beruhe, auf dem allgemeinen, homogenen Willen des versammelten Volkes, der allein die Grundlage der Gesetzgebung bilden könne.²²

Dann bezog Fraenkel klar und eindeutig Stellung: „Zu behaupten, jegliche Demokratie setze die völlige Homogenität des Volkes voraus, das seine Staatsverfassung demokratisch zu gestalten beabsichtige, ist nicht nur geschichtlich unrichtig, sondern vor allem politisch irreführend.“²³ Schmitts Streben nach einem „autoritären Staat“ mit plebiszitärer Legitimität sei an Rousseaus Utopie einer „absolutistischen Demokratie“ orientiert. Demgegenüber beziehe sich die „relativistische Demokratie“ des 19. Jahrhunderts auf die Einsicht, dass niemandem mit Sicherheit die Wahrheit erkennen könne und deshalb unterschiedliche Urteile zu akzeptieren seien. Allerdings könne, so Fraenkel, eine „relativistische Demokratie“ nur in einer Gesellschaftsordnung funktionieren, in der das Wahlrecht auf eine gleiche soziale Schicht beschränkt sei. In einer „diakritischen Demokratie“, wie sie Fraenkel entwarf, sollten sich zwar auch Parteien um die Mehrheit im Parlament bewerben. Aber die Staatsverfassung würde die soziale Spaltung der Gesellschaft berücksichtigen und die Arbeiter in den politischen Gestaltungsprozess einbeziehen.

Fraenkel wird an dieser Stelle – darauf weist Robert van Ooyen zu Recht hin – dem theoretischen Konzept einer „relativistischen Demokratie“ Hans Kelsens nicht gerecht, der bürgerliche Demokratie von der Freiheit des Einzelnen her dachte und sicher nicht, wie Fraenkel es nahe legte, mit dem 19. Jahrhundert identifiziert und damit als Vergangenheit abgetan werden konnte.²⁴ Doch anders als um Beispiel Fraenkel's Freund und Anwaltskollege Franz Neumann, der in der Schlussphase der Weimarer Republik Carl Schmitt gewissermaßen von links las, die Freund-Feind-Kennung auf den Gegensatz von Kapital und Arbeit übertrug und die parlamentarische Demokratie für unfähig erklärte, diesen Gegensatz zu lösen,²⁵ oder Otto Kirchheimer, der bei Schmitt promoviert hatte und, zwar in durchaus kritischer Distanz zu seinem akademischen Lehrer, aber dennoch von dessen radikaler Kritik am liberalen Parlamentarismus beeinflusst war, hielt Fraen-

22 Aus der Fülle der Literatur zu Rousseaus „Contract social“ sei an dieser Stelle auf den exzellenten Erläuterungsband verwiesen: Rousseau 2000.

23 Fraenkel 1999f: 499; zu Schmitts Verfassungsverständnis vgl. den perspektivreichen Aufsatz Prenz 2001.

24 van Ooyen 2003: 243-268.

25 So schrieb Neumann am 7. September 1932 an Schmitt: „Stellt man sich nämlich auf den Standpunkt, daß der grundlegende politische Gegensatz in Deutschland der ökonomische ist, so leuchtet die Freund/Feind-Gruppierung in Deutschland die Gruppierung Arbeit und Eigentum ist, so leuchtet ein, daß bei einer solchen politischen Gegensätzlichkeit parlamentarisch nicht mehr regiert werden kann.“, abgedruckt in: Erd 1985: 79 f.; vgl. auch Neumann 1984.

18 Fraenkel 1999d: 453.

19 Schmitt 1998: 77. Vielleicht war dieser Bezug auch der Tatsache geschuldet, dass Fraenkel zusammen mit Franz Neumann und Otto Kirchheimer im Sommersemester 1931 an Schmitts verfassungsrechtlichem Seminar teilgenommen hatten (so Fraenkel's eigene Aussage in: Fraenkel 1999c: 482 Anm. 3; siehe auch die Hinweise Schmitts, der jedoch Fraenkel's Anwesenheit verschweigt, in: Schmitt 1985: 168).

20 Fraenkel 1999f: 499.

21 Schmitt 1998: 29.

kel unabdingbar an der Pluralität der Demokratie und am Kompromiss als Charakteristikum parlamentarischer Arbeit fest.²⁶

Für den Sozialdemokraten Fraenkel blieb die Herausforderung bestehen, wie sich das Problem von repräsentativer Demokratie und sozialer Ungleichheit verfassungstheoretisch lösen ließ. „Die dialektische Demokratie berücksichtigt die Verschiedenheit in der Klassenlage der Staatsangehörigen. Im ausgesprochenen Widerspruch zu Carl Schmitt muß daher betont werden, daß die Weimarer Verfassung nicht von einem homogenen, sondern von einem gespaltenen Volke ausgeht. [...] Das charakteristische Merkmal der dialektischen Demokratie ist es, die vorhandenen Gegensätze aufzudecken und sich frei entfalten zu lassen. Durch die Betätigung der notwendigerweise gegnerischen Kräfte soll der Staatswille gebildet werden.“²⁷

Dagegen versuche die Regierung unter dem rechtsnationalen Franz von Papen eben diese demokratische Kontroverse zu eliminieren. „Nicht mehr wird an das politische Bewußtsein appelliert, dem die Gegensätzlichkeiten innerhalb der klassengespaltenen Demokratie nicht verborgen bleiben können, Grundlage der Mitwirkung des Volkes bei der Willensbildung des Staates soll vielmehr das Gefühl sein, das als Ausdruck der im Unbewußtsein der Nation vorhandenen Gemeinsamkeiten herangezogen wird. So erklärt sich die Ablehnung des Parlaments, die Zuneigung zu dem Plebiszit.“²⁸ Der Reichspräsident, der vom Volk gewählt wird, werde in dieser Perspektive zum Repräsentanten der Einheit des Volkes, die ganz nach Carl Schmitt nur als homogen betrachtet werden kann.

Schmitt hat diese Homogenität übrigens durchaus keineswegs bloß theoretisch gedacht. In seiner 1923 erschienenen Schrift „Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus“ formulierte er: „Jede wirkliche Demokratie beruht darauf, daß nicht nur Gleiches gleich, sondern, mit unvermeidlicher Konsequenz, das Nichtgleiche nicht gleich behandelt wird. Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen.“²⁹ Die „Substanz der Gleichheit“ konnte Schmitt zufolge in besonderen moralischen oder physischen Qualitäten, in religiösen Überzeugungen oder – zumal seit dem 19. Jahrhundert – in der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Nation bestehen. Da zur Gleichheit immer

Ungleichheit gehöre, könne Demokratie einen Teil der Bevölkerung ausschließen, ohne dadurch aufzuhören, Demokratie zu sein, mögen die Ausgeschlossenen nun „Barbaren, Unzivilisierte, Atheisten, Aristokraten oder Gegenrevolutionäre“ sein. Schmitts Liste aus dem Jahr 1923 ließe sich mühelos in das Jahr 1933 fortschreiben, wo sie sich dann um „Juden“, „Fremdassige“ und „Gemeinschaftsfremde“ erweitert fände. In seiner „Verfassungslehre“ von 1928 konstatierte er kalt, dass in der europäischen staatlichen Wirklichkeit nationale Homogenität nicht vorhanden sei. Zwar gebe es die Möglichkeit friedlicher Assimilation der Minderheiten, aber, so Schmitt wörtlich, eine andere Methode sei „schneller und gewaltsamer“, nämlich „Beseitigung des fremden Bestandteils durch Unterdrückung, Ausstiedlung der heterogenen Bevölkerungsteile und ähnliche radikale Mittel“.³⁰

Nach den Reichstagswahlen im Juli 1932, die eine Blockademehrheit von KPD und NSDAP im Parlament brachten, traten die Grenzen der Weimarer Verfassung offen zu tage. Es müsse jedoch alles geschehen, formulierte Carlo Mierendorff im September 1932 eindringlich, „um zu verhindern, daß die Verfassungsrevision von heute in reaktiverem Geist erfolgt. Nicht der Buchstabe von Weimar ist unser Kampf, sondern eine arbeitsfähige Demokratie, im Gegensatz zu einem Obrigkeitisstaat vorbismarckscher Prägung. Mit der Aktionsunfähigkeit der Weimarer Verfassung ist noch nichts gegen das Prinzip der parlamentarischen Demokratie an sich bewiesen.“³¹ Im Unterschied zur Haltung des SPD-Vorstandes, der strikt die Verfassung in der gegebenen Form festhielt, sahen sozialdemokratische Juristen wie Carlo Mierendorff, Hermann Heller, Hans Simons, Otto Kirchheimer und Ernst Fraenkel, dass durch eine politische Praxis, in der am Parlament vorbei mit Notverordnungen des Reichspräsidenten regiert wird, die Verfassung fundamental herausgefordert ist und reformiert werden muss.³²

Doch während Mierendorff die Weimarer Demokratie nur als zeitbedingten Kompromiss, als Durchgangsstadium begriff, dem eine sozialistische Demokratie folgen müsse, wartete Ernst Fraenkel im August 1932 mit einem praktischen Vorschlag auf. Auch Fraenkel diagnostizierte, dass um des Staates und der Verfassung willen alles daran gesetzt werden müsse, die Diskrepanz zwischen Verfassungsordnung und tatsächlicher Handhabung der Staatsmacht dringend überwunden werden müsse. Aber, so schrieb er der Parteilinken ins Stammbuch, man wäre einäugig, „wollte man die Erweiterung der

26 Zur Debatte um die Haltung der „Frankfurter Schule“ zu Carl Schmitt siehe den Sonderband der Zeitschrift *Telos*: A Quarterly Journal of Post-Critical Thought, Number 71, Spring 1987, sowie: *Kennedy* 1986, *Söllner* 1986; zu Kirchheimer auch *Bavaj* 2007.

27 *Fraenkel* 1999f: 501, 504.

28 *Fraenkel* 1999f: 506.

29 *Schmitt* 1996: 13 f.

30 *Schmitt* 1993: 232.

31 Zitiert nach *Winkler* 1987: 802.

32 Zur Verfassungsdebatte in der SPD vgl. *Winkler* 1987: 802-809, *Schwirianski* 2008: 431-446; übergründend: *Kortoth* 2000, *Stollers* 1999: 153-202, *Gusy* 2005.

Macht des Reichspräsidenten bis zu dem gegenwärtigen Zustand einer faktischen Diktatur einzig und allein, ja vornehmlich, auf den Machtwillen des Präsidenten und der hinter ihm stehenden Kreise zurückführen. Wenn der Reichstag zur Bewältigung der ihm gesetzten Aufgaben unfähig wird, muß ein anderes Staatsorgan die Funktionen übernehmen, die erforderlich sind, um in gefährdeten Zeiten den Staatsapparat weiterzuführen. Solange eine Mehrheit grundsätzlich staatsfeindlicher in sich uneiniger Parteien im Parlament besteht, kann ein Präsident, wie immer er auch heißen mag, gar nichts anderes tun, als den rein destruktiven Beschlüssen dieses Parlaments auszuweichen.³³ Unzweifelhaft, so fährt Fraenkel an dieser Stelle fort, habe Carl Schmitt recht, wenn er in „Der Hüter der Verfassung“ argumentiere, dass die geltende Reichsverfassung einem mehrheits- und handlungsfähigen Reichstag alle Rechte und Möglichkeiten gebe, deren ein Parlament bedarf, um als maßgeblicher Faktor den staatlichen Willensbildung durchzusetzen.

Aber anders als Schmitt, der eben aus dieser Voraussetzung den Schluss zog, dass der Reichstag sein Recht auf politische Gestaltung selbst verspielt habe, da er diese Möglichkeiten nicht genutzt hatte, beharrte Fraenkel darauf, dass alle Anstrengungen auf eine Verfassungsreform hin unternommen werden müssten, um wieder einen mehrheits- und handlungsfähigen Reichstag zu etablieren. Das Kernstück der Verfassung, dass der Reichskanzler wie die Minister vom Vertrauen des Parlaments abhängig seien, dürfe keinesfalls aufgegeben werden. Aber es könne wiederum auch nicht sein, dass durch eine destruktive Mehrheit die Reichsregierung politisch blockiert und entweder zur Präsidialpolitik oder zu Neuwahlen gezwungen wird. Fraenkels innovativer Vorschlag ging dahin, „einen Mißtrauensvotum des Parlaments gegen den Kanzler oder Minister nur dann die Rechtsfolge des Rücktrittzwangs zu verleihen, wenn die Volksvertretung das Mißtrauensvotum mit einem positiven Vorschlag an den Präsidenten verbindet, eine namentlich präsenzierte Persönlichkeit an die Stelle des gestürzten Staatsfunktionärs zum Minister zu ernennen“.³⁴ Was Ernst Fraenkel hier vorschlug, wurde erst nach dem Krieg im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland verankert: das konstruktive Mißtrauensvotum.³⁵ In der Endphase der Weimarer Republik fand seine Idee keine Zustimmung, vor allem keine Anhänger mehr, die eine entsprechende Verfassungsänderung hätten durchsetzen können.

33 Fraenkel 1999g: 517 f.

34 Fraenkel 1999g: 523.

35 Fraenkel hat in einer Nachkriegskontroverse mit Carlo Schmid die Urhebererschaft der Idee des konstruktiven Mißtrauensvotums für sich reklamiert, gab aber auch zu, dass diese Idee damals in der Luft lag; vgl. dazu van Ooyen 2003: 256 Anm. 168.

Konzepte für eine demokratische Lösung der Weimarer Verfassungskrise hatte keine politische Chance mehr. Nicht nur weil die Weltwirtschaftskrise die wirtschafts- und finanzpolitische Kompetenz der damaligen Regierungen überforderte, auch das Vertrauen in die Fähigkeit eines parlamentarischen Krisenmanagements war sowohl innerhalb der politischen Elite wie bei der Bevölkerungsmehrheit verschwunden. Eine autoritäre Lösung jenseits der Weimarer Verfassung, sei es eine Präsidial- oder Militärdiktatur, schienen den meisten der einzig mögliche Ausweg. Die Ernennung Adolf Hitlers zum Reichskanzler am 30. Januar 1933 bedeutete daher für viele die längst überfällige Einbindung der stärksten Partei in die Regierungsverantwortung und die Bündelung aller so genannten nationalen Kräfte, um Deutschland vor dem Bürgerkrieg zu bewahren und in eine bessere Zukunft zu führen.

In seinem letzten Artikel, den er im Frühjahr 1933 in Deutschland publizieren konnte, schrieb Fraenkel verzwweifelt an der Hoffnung auf den aufrechten Gang festhaltend: „Erschreibt die Basis, von der aus rechtsstaatliches Denken überhaupt möglich ist, sie proklamiert den Grundsatz der Willkür. Niemand weiß heute in Deutschland, wie lange es noch seine Stimme erheben darf. Die heutigen Machhaber sollen aber wissen, daß es Millionen und Abermillionen in Deutschland gibt, die, solange sie noch reden können, öffentlich den Kampf gegen jede Willkürherrschaft aufnehmen, daß, falls sie aber zum Schweigen gebracht werden sollten, ihr Wille, gegen Willkür zu kämpfen, zwar nicht mehr öffentlich in Erscheinung treten kann, jedoch durch keinen Druck und durch keinen Terror vernichtet zu werden vermag. Wir halten die Fahne aufrecht. Auf dieser Fahne stehen die Worte: Gegen die Willkür!“³⁶

Es sollte anders kommen. Während sich die Mehrheit der Deutschen wie Carl Schmitt mit dem NS-Regime arrangierten und ihre Vorteile, auch auf Kosten der Verfolgten und Vertriebenen, suchten, gehörte Fraenkel zur jüdischen Minderheit, die aus der deutschen Volksgemeinschaft vertrieben wurde. Bis zum Herbst 1938 war er noch als Anwalt in Berlin tätig, schrieb unter Pseudonym Artikel in der Emigrantepresse und sammelte Fakten, Texte, Informationen, Beobachtungen für seine Analyse des nationalsozialistischen Herrschaftsystems. Im September 1938 emigrierten Ernst Fraenkel und seine Frau, von Freunden vor der drohenden Verhaftung gewarnt, nach England und wenig später in die USA.

36 Fraenkel 1999h: 612.

Der Doppelstaat

Dort publizierte er 1941 „The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship“, eine der ersten und scharfsinnigsten Analysen des Nationalsozialismus, die bezeichnenderweise erst dreißig Jahre später, 1974, in deutscher Sprache veröffentlicht wurde.³⁷ Man könnte den „Doppelstaat“ auch als eine große Auseinandersetzung mit Carl Schmitt lesen, denn kein anderer Autor wird in diesem Buch so häufig zitiert, mit niemand anderem setzte sich Fraenkel so ausführlich auseinander wie mit ihm. Schmitt erscheint in Fraenkel Studie weniger als der „Kronjurist des Dritten Reiches“, der die Maßnahmen des Regimes in opportunistischer Weise im Nachhinein zu legitimieren suchte, als vielmehr der rechtstheoretische Vordenker des NS-Regimes.

Wie in Anspielung auf Schmitts „Politische Theologie“ begann Fraenkel sein Buch in ähnlich epigrammatischem Stil: „Die Verfassung des Dritten Reiches ist der Belagerungszustand. Seine Verfassungsurkunde ist die Notverordnung zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933.“³⁸ Die – nach dem Anlass ihres Erlasses benannte – Reichstagsbrandverordnung setzte die wesentlichen bürgerlichen Grundrechte wie die Freiheit der Person, die Unverletzbarkeit der Wohnung, das Post- und Telefontelegraphen-, die Meinungs- und Versammlungsfreiheit, das Vereinigungsrecht sowie die Gewährleistung des Eigentums außer Kraft. Statt wie bisher mit lebenslangem Zuchthaus konnten nun Hochverrat, Brandstiftung, Sprengstoffanschläge, Attentate und sogar die Beschädigung von Eisenbahnanlagen mit dem Tod bestraft werden.³⁹

Zwar knüpfte die Verordnung durchaus an entsprechende, ebenfalls auf den Artikel 48 der Weimarer Verfassung gestützte Notstandsverordnungen früherer Reichsregierungen an, unterschied sich aber in signifikanten Punkten.⁴⁰ Erstens waren in den bisherigen Ausnahmeverordnungen die Anwendung des Schutzhaftgesetzes von 1916 eingebaut worden und damit wichtige Habeas-Corpus-Rechte der Verhafteten wie das Recht auf Vorführung vor einen Richter spätestens am Tag nach der Verhaftung oder das Recht auf einen Verteidiger und der Beschwerde gewährleistet. Dieser Bezug fehlte 1933. Zweitens erlaubte der § 2 der Reichstagsbrandverordnung erstmals einer Reichsregierung, zur angeblichen „Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ die

Befugnisse einer Landesbehörde zu übernehmen, ohne dass, wie es der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung vorschrieb, der Reichspräsident eine solche Maßnahme anordnen musste. Damit war zum einen der Weg frei für die nationalsozialistische Machtergreifung in den Ländern, indem die gewählten Landesregierungen durch nationalsozialistische Reichskommissare ersetzt wurden. Zum anderen gewann dadurch die Reichsergreifung Befehlsgewalt über die jeweiligen den Landesregierungen unterstellten Polizeikräfte, was insbesondere wegen der Tatsache, dass die Reichstagsbrandverordnung eben nicht den militärischen Ausnahmezustand ausrief, von eminenter Bedeutung war.

Drittens vermißte die Reichstagsbrandverordnung bewusst, den militärischen Ausnahmezustand auszurufen. Sie übertrug die exekutive Gewalt nicht wie bisher üblich an einen Militärbefehlshaber, sondern hielt diese Frage offen und bestätigte damit wiederum die Machtbefugnis der Reichsregierung, die über die „nötigen Maßnahmen“ entscheiden konnte. Zusätzlich wurde mit der Reichstagsbrandverordnung der zivile Ausnahmezustand erstmals auf das gesamte Reich ausgedehnt. Die Reichstagsbrandverordnung stärkte die Macht der Polizei im NS-Regime und ließ erkennen, wie wenig die nationalsozialistische Führung in den traditionellen Kategorien eines vorübergehenden Staatsnotstands oder Belagerungszustandes dachte als vielmehr ein Instrument zur dauerhaften Festschreibung nationalsozialistischer Herrschaft mittels Polizei und Konzentrationslager schaffen wollte. Bis zum Ende des Regimes legitimierte die Geheime Staatspolizei ihre Maßnahmen, Erlasse, Anweisungen mit der „Verordnung zum Schutz von Staat und Volk“ vom Februar 1933.

Die Verordnung diente weder der „Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, wie der Artikel 48 der Weimarer Verfassung, auf den sich sämtliche Notstandsverordnungen bezogen, vorschrieb, noch der „Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte“, wie es in der Präambel der Reichstagsbrandverordnung hieß. Der Ausnahmezustand, der mit der Reichstagsbrandverordnung begründet wurde, sollte nicht für eine begrenzte Zeit gelten, um dann wieder zu den Normen der Weimarer Verfassung zurückzukehren, sondern im Gegenteil deren normative Grundlagen zerstören und eine neue, nationalsozialistische Ordnung errichten. Deshalb stellte die Reichstagsbrandverordnung für Ernst Fraenkel die „Verfassungsurkunde des Dritten Reiches“ und dessen zentrales Instrument dar, um die Sphäre des Rechts, den „Normenstaat“, zugunsten des Politischen, des „Maßnahmenstaats“, zurückzuziehen. Der Begriff „Doppelstaat“ sollte eben das „Nebeneinander eines seine eigenen Gesetze im allgemeinen res-

37 Fraenkel 1941; Fraenkel 1999; zur Publikationsgeschichte siehe ausführlich Brünneck 1999. Vgl. dazu auch Wildt 2003.

38 Fraenkel 1999: 55. Den Hinweis auf diese stilistische Ähnlichkeit verdanke ich Stefan Breuer.

39 „Verordnung zum Schutz von Volk und Staat“ vom 28.2.1933, Reichsgesetzblatt I, 1933, 83. Zur Entstehung der Verordnung siehe die Rekonstruktion und Analyse bei Mommsen 1991.

40 Ich folge hier dem Aufsatz von Rathel/Strenge 2000.

pektierenden ‚Normenstaates‘ und eines die gleichen Gesetze mißachtenden ‚Maßnahmenstaates‘,“ bezeichnen.⁴¹

Bereits 1921 hatte Carl Schmitt in seiner Studie zur Diktatur zwischen einer ‚kommissarischen‘ und einer ‚soveränen Diktatur‘ unterschieden. Diese, so Schmitt, „suspendiert nicht eine bestehende Verfassung kraft eines in dieser begründeten, also verfassungsmäßigen Rechts, sondern sucht einen Zustand zu schaffen, um eine Verfassung zu ermöglichen, die sie als wahre Verfassung ansieht. Sie beruft sich also nicht auf eine bestehende, sondern auf eine herbeizuführende Verfassung.“⁴² Ernst Fraenkel nahm diesen Gedanken auf und charakterisierte als entscheidende Funktion des Maßnahmenstaates, „die verfassungsmäßige vorübergehende Diktatur (zwecks Wiederherstellung der gestörten öffentlichen Ordnung) in die verfassungswidrige dauernde Diktatur (zwecks Errichtung des nationalsozialistischen Staates mit unbegrenzten Hoheitsbefugnissen) umzuwandeln. Diese ihnen von Hindenburg und seiner Clique gebotene Gelegenheit haben sie [die Nationalsozialisten, M.W.] sich nicht entgehen lassen. Vielmehr verwandelten sie die kommissarische in eine souveräne Diktatur. Der Ausbau und die Handhabung dieser souveränen Diktatur ist die Funktion des Maßnahmenstaates.“⁴³ Wenige Seiten später unterstrich Fraenkel noch einmal, dass Schmitts Lehre vom Ausnahmezustand als Suspendierung des Rechts mit einer prinzipiell unbegrenzten Befugnis, frei von jedweder normativen Gebundenheit, von der Gestapo übernommen worden sei.⁴⁴

Auch im rechtstheoretischen Teil seiner Studie verwies Fraenkel immer wieder auf Schmitt als einen Vordenker einer nationalsozialistischen Rechtstheorie. In seiner 1934 erschienenen Schrift über „Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ unterschied Schmitt in Normativismus als Gesetzes- und Regeldenken und Dezisionismus, das heißt Recht von der Entscheidung des Richtenden her gedacht, sowie schließlich das konkrete Ordnungsdenken, das sich auf konkrete Gemeinschaften innerhalb des Volkes bezieht. „Für das konkrete Ordnungsdenken“, so Schmitt, „ist ‚Ordnung‘ auch juristisch

nicht in erster Linie Regel oder eine Summe von Regeln, sondern, umgekehrt, die Regel ist nur ein Bestandteil und ein Mittel der Ordnung.“⁴⁵

Zwar sei die These, stellte Fraenkel fest, dass das im konkreten Fall tatsächlich angewandte Recht weniger in den geschriebenen Gesetzen als vielmehr in den Rechtsgewohnheiten der jeweiligen Rechtsgenossen zu finden sei, nicht neu. Aber Schmitts konkretes Ordnungsdenken in Verbindung mit dem Konzept einer Volksgemeinschaft markierte nach Fraenkel den Wendepunkt in der Entwicklung einer nationalsozialistischen Rechtstheorie. „Der Vorstellung“, so Fraenkel, „daß die Gemeinschaft alleinige Quelle des Rechts sei, entspricht die Lehre, daß es außerhalb der Gemeinschaft kein Recht geben könne. [...] Wer außerhalb der Gemeinschaft steht, ist der wirkliche oder potentielle Feind. Innerhalb der Gemeinschaft gelten Friede, Ordnung und Recht. Außerhalb der Gemeinschaft gelten Macht, Kampf und Vernichtung.“⁴⁶

Nicht dass es Schmitt darum gegangen sei, konkrete Gemeinschaften, sobald sie nur ein geordnetes Ganzes darstellen, gleichermaßen zur Rechtsquelle konkreter Ordnungen werden zu lassen. Das würde in der Tat auf eine Art Liberalismus autonomer Gruppen hinauslaufen – für Schmitt ohne Zweifel eine Schreckensvision. Erst in der Verbindung mit der nationalsozialistischen Gemeinschaftsvorstellung erhielt das Konzept das dezisionistische Element, da nur diejenigen Gruppen als Träger konkreter Ordnungen anerkannt worden sei, die als „Gemeinschaft“ im nationalsozialistischen Sinn akzeptiert wurden.⁴⁷ Konkretes Ordnungsdenken legitimierte damit die rassistische Hierarchisierung von Gemeinschaften: Während die deutsche Volksgemeinschaft in relativ hoher Rechtsicherheit leben konnte, wurden andere Gruppen, allen voran die Juden und darüber hinaus sämtliche sogenannten „Fremdvölkische“ und „Gemeinschaftsfeinde“, in die Rechtslosigkeit gestoßen und uneingeschränkt verfolgt. In den Worten von Heydrichs Stellvertreter Werner Best hatte eine nationalsozialistische Polizei folgerichtig eine umfassende Aufgabe zu bewältigen, indem sie „den politischen Gesundheitszustand des deutschen Volkskörpers sorgfältig überwacht, jedes Krankheitssymptom rechtzeitig er-

41 Fraenkel 1999f: 49. Unter „Maßnahmenstaat“ verstand Fraenkel das „Herrschaftssystem der unbeschränkten Willkür und Gewalt, das durch keinerlei rechtliche Garantien eingeschränkt ist“, unter „Normenstaat“ das „Regierungssystem, das mit weitgehenden Herrschaftsbefugnissen zwecks Aufrechterhaltung der Rechtsordnung ausgestattet ist, wie sie in Gesetzen, Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakten der Exekutive zum Ausdruck gelangen“ (ebenda).

42 Schmitt 1994: 134.

43 Fraenkel 1999f: 56 f. In der entsprechenden Fußnote verweist Fraenkel explizit auf Schmitts Diktaturbuch. Auch nach dem Krieg kam Fraenkel in einem Rundfunkvortrag auf diesen Gedankengang wieder zu sprechen (Fraenkel 1999k: 612).

44 Fraenkel 1999f: 79.

45 Schmitt 1934: 13.

46 Fraenkel 1999f: 193.

47 Fraenkel 1999f: 194 f.

kennt und die Zerstörungskeime [...] feststellt und mit jedem geeigneten Mittel beseitigt.“⁴⁸

Wenn die Gemeinschaft zum Wert an sich hypostasiert wird, ohne sie inhaltlich bestimmen oder auf ein Ziel orientieren zu können, wird das Vorhandensein eines ständigen Feindes zur alleinigen Grundlage ihrer Existenz. Nur die Grenze zwischen „uns“ und „denen“, zwischen Freund und Feind vermag der Gemeinschaft Kontur zu geben. Schmitts Lehre von der Freund-Feind-Kennung als dem ausschließlichen Unterscheidungskriterium des Politischen war daher im buchstäblichen Sinn konstitutiv für die nationalsozialistische Volksgemeinschaft. Schmitt, so Fraenkel, lieferte den Nationalsozialisten „eine Legitimation, indem er bewies, daß fehlender Inhalt kein Mangel, sondern die vollkommene Realisierung des Politischen ist“.⁴⁹

Ernst Fraenkel's Blick auf Schmitt hatte sich durch den Machtantritt der Nationalsozialisten und dessen Bereitwilligkeit, sich den neuen Machthabern zur Verfügung zu stellen, grundsätzlich geändert. In seinen Weimarer Schriften bezog sich Fraenkel mit viel Respekt, mitunter auch Bewunderung, auf den älteren und berühmten Kollegen, dessen Abhandlungen die staatsrechtliche Debatte der Weimarer Jahre nachhaltig beeinflussten und die Begriffe prägten. Obwohl die Kritik an Schmitts Überlegungen nicht zu verkennten war, war doch Fraenkel zu dieser Zeit nicht daran interessiert, die Brücken abzubauen. Stattdessen war er davon überzeugt, dass in der rechtswissenschaftlichen Diskussion letztlich das bessere Argument überzeugen würde. Immer wieder klang in Fraenkel's Auseinandersetzung mit Schmitt an, dieser sei trotz aller Kritik am Weiterbestand und Geltungskraft der Weimarer Verfassung und nicht an ihrer Zerstörung interessiert.

Im Lichte von Schmitts Rechtfertigung des NS-Regimes nahmen dessen Schriften in Fraenkel's Augen eine Färbung an, die jene Elemente stärker hervorreten ließen, die das nationalsozialistische Rechtsdenken vorweggenommen hatten. Carl Schmitt verwandelte sich vom autoritären „Hüter der Verfassung“ zum Vordenker des NS-Regimes. Klarer

48 Best, Geheime Staatspolizei, zitiert nach *Herbert* 1996: 164. Nicht von ungefähr ist Werner Best, Heydrichs Stellvertreter als Leiter des Geheimen Staatspolizeiamtes in Berlin, einer der wichtigsten Kronzeugen für die Theorie vom Doppelstaat. Fraenkel selbst berichtet, dass der Justiziar des lutherischen Rats Martin Gauger, der ein enger Vertrauter Fraenkel's war und 1941 im KZ Buchenwald ermordet wurde, bei einer Besprechung mit Werner Best, in der es um die Freigabe von beschlagnahmten Geldern der Bekennenden Kirche ging, diesem beiläufig die Theorie des Doppelstaates klarzumaachen suchte und Best tatsächlich wenig später in einem Zeitschriftenbeitrag ähnliche Überlegungen ausbreitete (*Fraenkel* 1999i: 45; vgl. auch *Herbert* 1996: 163 f., 179 f.).

49 *Fraenkel* 1999i: 253; zur Freund-Feind-Kennung vor allem: *Schmitt* 1932; zur Konstituierung der Volksgemeinschaft vgl. *Wildt* 2007.

als zuvor sah Fraenkel, wie wenig Schmitt an der rechtsstaatlichen Grundlage der Republik interessiert war. Weit mehr ging es Schmitt um den universalen Herrschaftsanspruch des Souveräns, um den *nómos*, in dem Recht und Gewalt in eins fällt.⁵⁰ Souveränität, nicht Recht stelle die Leitidee im Denken Schmitts dar.

Fraenkel's geschärfte Minoritätsbewusstseins ist es vielleicht zu verdanken, dass er in Carl Schmitts „Leviathan“-Vorlesungen im Frühjahr 1938 die antijüdische Polemik erkannte. Die zentrale Kritik an Hobbes rechtlich-politischen Entwurf bezog sich auf eine, so Schmitt, „signifikante Bruchstelle in der sonst so geschlossenen, unwiderstehlichen Einheit“.⁵¹ Während Hobbes den Staatsbürgern durchaus zumutete, der offiziellen Religion öffentlich Gehorsam zu leisten, überließ er es indes dem Einzelnen, privat eine andere Meinung zu besitzen. Der Souverän könne die *confessio* der Bürger verlangen, das öffentliche Bekenntnis zur Staatsreligion, nicht aber den innerlichen Glauben (*fides*).⁵² Für Schmitt geriet dieser Vorbehalt der inneren, privaten Gedanken- und Glaubensfreiheit zum „Todeskeim, der den mächtigen Leviathan von innen her zerstört und den sterblichen Gott zur Strecke gebracht hat“.⁵³

Schmitt verwandelte die Gewissensfreiheit, den Kern protestantischen Glaubens, der von Hobbes in keinem Fall aufgegeben werden konnte, in ein jüdisches Instrument zur Zerstörung des souveränen Staates. Spinoza habe, so Schmitt, „sofort die große Einbruchsstelle des modernen Liberalismus“ erkannt und statt des öffentlichen Friedens und des Rechts der souveränen Gewalt, die bei Hobbes noch im Vordergrund gestanden hätten, nun die individuelle Gedankenfreiheit als den „formgebenden Grundsatz“ bestimmt. Schmitt wörtlich: „Eine kleine, umschaltende Gedankenbewegung aus der jüdischen Existenz heraus, und in einfachster Folgerichtigkeit hat sich im Laufe von wenigen Jahren die entscheidende Wendung im Schicksal des Leviathan vollzogen.“⁵⁴

Fraenkel, dem durchaus nicht entging, dass katholisch geprägte Intellektuelle wie Carl Schmitt, Martin Heidegger, Joseph Goebbels eine auf dem Naturrecht basierende Staatstheorie zu zertümmern suchten und sich mit dem Überschwang der Bekehrten dem lutherischen preußischen Staate zuwandten, ohne dessen inhärente, protestantische Schranke, die Gewissensfreiheit, zu verstehen, geschweige denn akzeptieren zu kön-

50 Vgl. dazu jüngst das Kapitel „Nomos basilicus“, in: *Agamben* 2002, 41-49.

51 *Schmitt* 1995: 84.

52 Siehe *Hobbes* 1984: 31. Kapitel „Vom natürlichen Reich Gottes“.

53 *Schmitt* 1995: 86.

54 *Schmitt* 1995: 89. Vgl. dazu *Gross* 2000: 277-284.

nen,⁵⁵ machte in einer langen, 1941 eingefügten Fußnote auf die Schmittschen Ausführungen zu Spinoza in den Leviathan-Vorlesungen aufmerksam: „Es ist nicht schwer, die politische Absicht dieser neuartigen Geschichtsinterpretation zu entdecken. Indem Schmitt erklärt, die Lehre von der Gewissensfreiheit sei ein Produkt jüdischen Denkens, versucht er den Kampf der Bekennenden Kirche für diese Lehre als eine jüdische Angelegenheit zu brandmarken.“⁵⁶ Es sei dahingestellt, ob Schmitt in einem solch engen politisch-konkreten Horizont verstanden werden wollte oder ob er nicht vielmehr mit einer großen, dramatischen Geste den Zerfall des souveränen Staates im christlichen Abendland durch das Judentum skizzieren wollte. Dass Ernst Fraenkel zu so einem frühen Zeitpunkt den antisemitischen Kern von Schmitts Argumentation aufdeckte, ist in jedem Fall bemerkenswert.

Nachkriegsppluralität

Der alliierte Sieg über NaziDeutschland drehte die Verhältnisse um. Während Schmitt künftig die Universität verwehrt war, kehrte der jüdische Emigrant Fraenkel, den die Nationalsozialisten 1938 vertrieben hatten, nach Deutschland zurück und wurde 1953 auf Betreiben von Otto Suhr Professor für Vergleichende Lehre der politischen Herrschaftssysteme an der Freien Universität Berlin und später ebenfalls Direktor des 1964 gegründeten John F. Kennedy Institut für Amerikastudien. Fraenkel, der in den USA noch einmal die Universität besucht und angelsächsisches Recht studiert hatte, entwickelte nach dem Krieg sein Pluralismuskonzept weiter, das für die junge, erwachende westdeutsche Politikwissenschaft, die jenseits der vormaligen autoritären Staatsrechtsdiskussion wissenschaftliche Leitlinien und Analysen für ein westlich orientiertes, demokratisches Regierungssystem erarbeiten musste, prägend werden sollte.⁵⁷

Carl Schmitt spielte in Fraenkels Nachkriegsschriften die Rolle des Protagonisten des Alten, Autoritären, Überkommenen, ohne dass er ihm im Nachhinein persönlich an-

griff.⁵⁸ Schmitts Kritik des Parlamentarismus diente Fraenkel in verschiedenen Aufsätzen als Negativfolie, um die Vorzüge des westlichen parlamentarischen Systems zu entwickeln. So „verschimmelt“ wie Schmitt in seiner Schrift „Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Parlamentarismus“ glauben machen wollte, heißt es beispielsweise in Fraenkels Aufsatz über „Parlament und öffentliche Meinung“, seien die parlamentarischen Debatten keineswegs. Nur indem Schmitt in der Analyse die wechselseitige Abhängigkeit von Parlamentsdiskussionen und Formen der öffentlichen Meinung ignorierte, könne er parlamentarische Debatten als antiquiert betrachten und die Institutionen des modernen Parlaments diskreditieren.⁵⁹

Immer wieder warnte Fraenkel vor der Demokratietheorie Rousseaus und sah in Schmitt dessen wichtigsten modernen Epigonen: „Carl Schmitts Demokratielehre ist ohne Kenntnis des ‚Contrat Social‘ nicht voll verständlich. Sein Antipluralismus ist echter Jean Jacques Rousseau. Carl Schmitts Definition der Demokratie als Identität von Regierenden und Regierten geht, wie er in der zweiten Auflage der Parlamentarismus-Schrift selbst ausgeführt hat, auf Rousseau zurück.“⁶⁰

Den wesentlichen Unterschied zwischen beiden sah Fraenkel darin, dass sich Rousseaus Denken sich im Rahmen eines überschaubaren Kleinstates bewege, Schmitt hingegen seine Konzept in einer Großraumordnung zu verwirklichen bestrebt war. Schmitt glaubte, „daß die homogene Großraumordnung mittels der Artgemeinschaft begründet werden kann – wie dies in ‚Staat, Bewegung, Volk‘ zwar nicht des näheren begründet, aber um so apodiktischer behauptet wird. Durch Eliminierung der als heterogen qualifizierten Gruppen, d. h. aber durch ihre politische Ausschaltung und notfalls durch ihre physische Vernichtung, soll gewährleistet werden, daß ein einheitlicher Gemeinwille entsteht, dessen Substrat das rassische homogene Volk und dessen Exponent der Führer einer hierarchisch strukturierten Bewegung ist.“⁶¹ Klarer ließ sich dies 1968 wohl kaum ausdrücken.

Überhaupt stand Carl Schmitt in Fraenkels Nachkriegsaufsätzen als Repräsentant für die grundsätzliche Aversion gegen Pluralismus. Das Wort „pluralistisch“ habe in Deutsch-

55 Fraenkel 1999i: 170. Allerdings hat Fraenkel die Erwähnung Martin Heideggers, der im Manuskript 1938 wie in der amerikanischen Erstausgabe 1941 gleich an erster Stelle genannt wird, in der deutschen Ausgabe von 1974, ohne dass die Gründe zu erkennen sind, gestrichen.

56 Fraenkel 1999i: 170 Anm. 5.

57 Vgl. Rupp/Noetzel 1991: 33-44; Buchstein 1991.

58 So berichtete ein Seminarleitnehmer Anfang 1954, dass in Fraenkels Veranstaltung klassische Texte der deutschen Rechtswissenschaft gelesen wurden, unter anderem die Rede Carl Schmitts über Hugo Preuß, die Fraenkel als besondere moralische Tat hervorgehoben habe, da Schmitt im Jahr 1930 einen jüdischen Kollegen gelobt hätte (van Laak 1993: 168 Anm. 163).

59 Fraenkel 1991a: 226 f.

60 Fraenkel 1991b: 307.

61 Fraenkel 1991b: 313.

land einen schlechten Klang, seitdem Schmitt in der pluralistischen Struktur der Weimarer Republik eine der Ursachen erblickt habe. „Pluralismus“, so Fraenkel weiter, „ist ein echt politischer Begriff, weil er ein polemischer Begriff ist. In der Gegenwart steht der Begriff des Pluralismus im polemischen Gegensatz zum Begriff des Totalitarismus. Stets aber stelle ein pluralistische Demokratie das kontradiktorische Gegenteil einer Demokratie Rousseauscher Observanz dar.“⁶² Gegenüber Schmitts Warnung vor der Aufspaltung öffentlicher Macht in ein Nebeneinander von Föderalismus, Pluralismus und Polykratie, setze Fraenkel bewusst ein pluralistisches Konzept, das gerade in der Streuung von politischer und gesellschaftlicher Macht die adäquate Form eines demokratischen Systems sah, das zudem, wie Fraenkel im Nachkriegsdeutschland nicht müde wurde zu wiederholen, mit den USA einen ebenso stabilen wie erfolgreichen Ausdruck gefunden habe.⁶³

Sicher hatte die Tatsache, dass der Nationalsozialismus geschlagen und die repräsentative Demokratie gesiegt hatte, dazu beigetragen, dass Schmitts Thesen nicht mehr ihre destruktive Kraft entfalten konnten und an Relevanz verloren. Aber auch in der Nachkriegszeit ist immer noch zu spüren, welch wichtigen Stellenwert Schmitts rechtstheoretisches und politisches Denken in Fraenkels eigenen Überlegungen besaß. Mit Schmitts Thesen hatte er sich seit seiner Studienzeit beschäftigt, auseinandergesetzt, an ihnen abgearbeitet und in expliziter Kritik sein eigenes antitotalitäres, demokratisches Pluralitätskonzept entwickelt. Schmitt blieb in all den Jahrzehnten die wichtigste negative Bezugsperson für Fraenkel und es ist nicht zufällig, dass er 1957 in einer Rezension wohl eines der treffendsten Urteile zur destruktiven Situatvität dieses gefährlichsten Staatsrechters des 20. Jahrhunderts gefällt hat: „Carl Schmitt hat in einer seiner früheren Schriften gesagt, daß ein jedes Recht Situationsrecht sei. Ist aber jedes Recht aus einer konkreten Situation geboren, so kann es auch nur aus der Situation begriffen werden, aus der es entstanden ist. Carl Schmitt's Jurisprudenz ist eine Situationswissenschaft. Ja, man mag füglich bezweifeln, ob das Objekt seiner wissenschaftlichen Bemühungen jemals Rechtswissenschaft im herkömmlichen Sinne dieses Wortes gewesen ist. Das Ziel einer jeden Rechtswissenschaft ist, ein gegebenes Rechtssystem zu erklären, ohne die der konkreten Rechtsordnung zu Grunde liegenden Wertentscheidungen anzuzweifeln.“

62 Fraenkel 1991c: 274.

63 Auf Fraenkels Ambivalenz in der Kritik an Kelsens Pluralismuskonzept weist Robert van Ooyen hin. Fraenkels vor allem auf Carl Schmitt bezogener „Anti-Anti-Pluralismus“, der aus einer Negation (Schmitt) des Weimarer Pluralismus (Kelsen) entstanden sei, führe zu einer etatistischen Konsequenz, die dem Staat auch in einer pluralistischen Demokratie eine normative Funktion zuweise (van Ooyen 2003: 256-264; ähnlich kritisch mit Fraenkel im Vergleich mit Hermann Heller: *Panquino* 1985).

Schmitts Lebenswerk spielt sich nicht im rechtlichen, sondern im vorrechtlichen Raum ab. Sein primäres Anliegen ist es aufzuzeigen, welche Rechtsordnung unter den vorgegebenen geographischen, technischen, geistigen, sozialen und wirtschaftlichen Voraussetzungen *hic et nunc* möglich, vor allem aber, welche unmöglich ist.⁶⁴

64 Fraenkel 1999i; Gross 2003: 597.


Literatur

- Agamben, Giorgio, 2002: Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben, Frankfurt am Main.*
- Bavji, Riccardo, 2007: Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, 55. Jg., S. 33-51.*
- Brüning, Alexander v., 1999: Einleitung, in: Fraenkel, Gesammelte Schriften, Bd. 2: Nationalsozialismus und Widerstand, Baden-Baden, S. 7-32.*
- Buchstein, Hubertus, 1991: Auf der Suche nach einer "modernen Demokratietheorie": Otto Suhr, Franz L. Neumann und Ernst Fraenkel, in: Göhler / Zeuner (Hg.), Kontinuitäten und Brüche in der deutschen Politikwissenschaft, Baden-Baden, S. 171-194.*
- Buchstein, Hubertus, 2000: Von Max Adler zu Ernst Fraenkel. Demokratie und pluralistische Gesellschaft in der sozialistischen Demokratietheorie der Weimarer Republik, in: Gusy (Hg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 534-606.*
- Buchstein, Hubertus / Kühn, Rainer, 1999: Vorwort, in: Fraenkel, Gesammelte Schriften, Bd. 1 Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden 1999, S. 15-54.*
- Erd, Rainer (Hg.), 1985: Reform und Resignation. Gespräche über Franz L. Neumann, Frankfurt am Main.*
- Erd, Rainer, 1988: Hugo Sinzheimer (1875-1945), in: Kritische Justiz (Hg.), Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, Baden-Baden, S. 282-294.*
- Fraenkel, Ernst, 1941: The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship, New York/London/Toronto.*
- Fraenkel, Ernst, 1973: Anstatt einer Vorrede, in: Fraenkel, Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie, zusammengestellt und herausgegeben von Falk Esche und Frank Grube, Hamburg, S. 13-15.*
- Fraenkel, Ernst, 1991a: Parlament und öffentliche Meinung, in: Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien, Frankfurt am Main, S. 204-231.*
- Fraenkel, Ernst, 1991b: Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, in: Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien, Frankfurt am Main, S. 297-325.*
- Fraenkel, Ernst, 1991c: Möglichkeiten und Grenzen politischer Mitarbeit der Bürger in einer modernen parlamentarischen Demokratie, in: Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien, Frankfurt am Main, S. 261-276.*
- Fraenkel, Ernst, 1999a: Hugo Sinzheimer, in: Gesammelte Schriften, Bd. 1 Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 620-631.*
- Fraenkel, Ernst, 1999b: Kollektive Demokratie (1929), in: Gesammelte Schriften, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 343-357.*
- Fraenkel, Ernst, 1999c: 1919-1929. Zum Verfassungskonflikt (1929), in: Gesammelte Schriften, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 358-364.*
- Fraenkel, Ernst, 1999d: Die Krise des Rechtsstaates und die Justiz (1931), in: Gesammelte Schriften, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 445-458.*
- Fraenkel, Ernst, 1999e: Abschied von Weimar? (1932), in: Gesammelte Schriften, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 481-495.*
- Fraenkel, Ernst, 1999f: Um die Verfassung (1932), in: Gesammelte Schriften, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 496-509.*
- Fraenkel, Ernst, 1999g: Verfassungsreform und Sozialdemokratie (1932), in: Gesammelte Schriften, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 516-529.*
- Fraenkel, Ernst, 1999h: Chronik (1933), in: Gesammelte Schriften, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 611-615.*
- Fraenkel, Ernst, 1999i: Der Doppelstaat. Recht und Justiz im "Dritten Reich", in: Gesammelte Schriften, Bd. 2: Nationalsozialismus und Widerstand, Baden-Baden, S. 33-266.*
- Fraenkel, Ernst, 1999k: Auflösung und Verfall des Rechts im III. Reich, Rundfunkvortrag im Sender Freies Berlin vom 22.6.1960, in: Gesammelte Schriften, Bd. 2: Nationalsozialismus und Widerstand, Baden-Baden, S. 608-621.*
- Fraenkel, Ernst, 1999l: Rezension von Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt, Stuttgart 1957, in: Gesammelte Schriften, Bd. 2: Nationalsozialismus und Widerstand, Baden-Baden, S. 595-599.*
- Gross, Raphael, 2000: Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre, Frankfurt am Main.*
- Gusy, Christoph, 2005: Verfassungsumbruch und Staatsrechtswissenschaft: Die Verfassung des Politischen zwischen Konstitutionalismus und demokratischer Republik, in: Frevert / Haupt (Hg.), Neue Politikgeschichte. Perspektiven einer historischen Politikforschung, Frankfurt / New York, S. 166-201.*
- Herbert, Ulrich, 1996: Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vermunft, 1903-1989, Bonn.*
- Hobbes, Thomas, 1984: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, hrsg. von Iring Fetscher, Frankfurt am Main 1984.*
- Kennedy, Ellen, 1986: Carl Schmitt und die „Frankfurter Schule“. Deutsche Liberalismus im 20. Jahrhundert, in: Geschichte und Gesellschaft, 12. Jg., S. 380-419.*
- Koenen, Andreas, 1995: Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum „Kronjuristen des Dritten Reiches“, Darmstadt.*
- Korioth, Stefan, 2000: Rettung oder Überwindung der Demokratie – Die Weimarer Staatsrechtslehre im Verfassungsnotstand 1932/33, in: Gusy (Hg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 505-531.*

- Kubo, Keiji, 1995: Hugo Sinzheimer. Vater des deutschen Arbeitsrechts, Frankfurt am Main.
- Kühn, Rainer, 2000: Die Schriften Ernst Fraenckels zur Weimarer Republik. Das Arbeitsrecht als Knoten und Katalysator, in: Buchstein / Göhler (Hg.), Vom Sozialismus zum Pluralismus. Beiträge zu Werk und Leben Ernst Fraenckels, Baden-Baden, S. 9-28.
- Mommesen, Hans, 1991: Der Reichstagsbrand und seine politischen Folgen, in: Mommesen, Der Nationalsozialismus und die deutsche Gesellschaft. Ausgewählte Aufsätze, hrsg. von Lutz Niehammer und Bernd Weisbrod, Reinbek bei Hamburg, S. 102-183.
- Müller, Jan-Werner, 2007: Ein gefährlicher Geist. Carl Schmitts Wirkung in Europa, Darmstadt.
- Muth, Heinrich, 1971: Carl Schmitt in der deutschen Innenpolitik des Sommers 1932, in: Historische Zeitschrift, Beiheft 1, München 1971.
- Neumann, Volker, 1984: Kompromiß oder Entscheidung? Zur Rezeption der Theorie Carl Schmitts in den Weimarer Arbeiten Franz L. Neumanns, in: Perels (Hg.), Recht, Demokratie und Kapitalismus. Aktualität und Probleme der Theorie Franz L. Neumanns, Baden-Baden, S. 65-78.
- Noack, Paul, 1993: Carl Schmitt. Eine Biographie, Berlin.
- Pasquino, Pasquale, 1985: Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel, in: Müller / Staff (Hg.), Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren, Frankfurt am Main, S. 114-127.
- Preuß, Ulrich K., 2001: Carl Schmitt – Die Bändigung oder die Entfesselung des Politischen?, in: Voigt (Hg.), Mythos Staat. Carl Schmitts Staatsverständnis, Baden-Baden, S. 141-167.
- Raihel, Thomas / Strenge, Irene, 2000: Die Reichstagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustandes, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, 48. Jg., S. 413-460.
- Rousseau, Jean-Jacques, 2000: Vom Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatsrechts, hrsg. von Reinhard Brandt/Karlfriedrich Herb (Klassiker auslegen, Band 20), Berlin.
- Rupp, Hans Karl / Noetzel, Thomas Noetzel, 1991: Macht, Freiheit, Demokratie. Anfänge der westdeutschen Politikwissenschaft, Marburg.
- Schmitt, Carl, 1932: Der Begriff des Politischen, München/Leipzig.
- Schmitt, Carl, 1934: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg.
- Schmitt, Carl, 1985: Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin, S. 140-173.
- Schmitt, Carl, 1993: Verfassungslehre (1928), Berlin.
- Schmitt, Carl, 1994: Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf (1921), Berlin.
- Schmitt, Carl, 1995: Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols (1938), Stuttgart.

- Schmitt, Carl, 1996: Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus (1923), Berlin.
- Schmitt, Carl, 1998: Legalität und Legitimität (1932), Berlin.
- Schwitanski, Alexander J., 2008: Die Freiheit des Volksstaates. Die Entwicklung der Grund- und Menschenrechte und die deutsche Sozialdemokratie bis zum Ende der Weimarer Republik, Essen.
- Seiberth, Gabriel, 2001: Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich“ vor dem Staatsgerichtshof, Berlin.
- Söllner, Alfons, 1986: Jenseits von Carl Schmitt. Wissenschaftsgeschichtliche Richtigerstellungen zur politischen Theorie im Umkreis der „Frankfurter Schule“, in: Geschichte und Gesellschaft, 12. Jg., S. 502-529.
- Stollers, Michael, 1999: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band: Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München.
- van Laak, Dirk, 1993: Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2003: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, Berlin.
- Wildt, Michael, 2003: Die politische Ordnung der Volksgemeinschaft. Ernst Fraenckels „Doppelstaat“ neu betrachtet, in: Mittelweg 36, 12. Jg., Heft 2, S. 45-61.
- Wildt, Michael, 2004: Ernst Fraenkel und Carl Schmitt. Eine ungleiche Beziehung, in: Münkler / Schwarzkopf (Hg.), Geschichte als Experiment. Studien zu Politik, Kultur und Alltag im 19. und 20. Jahrhundert, Frankfurt am Main, S. 35-48.
- Wildt, Michael, 2007: Volksgemeinschaft als Selbstermächtigung. Gewalt gegen Juden in der deutschen Provinz 1919 bis 1939, Hamburg.
- Winkler, Heinrich August, 1987: Der Weg in die Katastrophe. Arbeiter und Arbeiterbewegung in der Weimarer Republik 1930 bis 1933, Berlin/Bonn.

<p>Wissenschaftlicher Beirat:</p> <p>Klaus von Beyme, Heidelberg Giancarlo Corsi, Modena-Reggio Emilia Yehezkel Dror, Jerusalem Wolfgang Kersting, Kiel Ernesto Martínez Díaz de Guereñu, Bilbao Herfried Münkler, Berlin Marcelo Neves, São Paulo Henning Ottmann, München Stanley L. Paulson, St. Louis Ryuichiro Usui, Tokyo</p>	<p>Staatsverständnisse</p> <p>Herausgegeben von Prof. Dr. Rüdiger Voigt</p> <p>Band 26</p>
--	---

<p>Robert Chr. van Ooyen / Martin H. W. Möllers (Hrsg.)</p>	<p>(Doppel-)Staat und Gruppeninteressen</p>
<p>Pluralismus – Parlamentarismus – Schmitt-Kritik bei Ernst Fraenkel</p>	
	<p> Nomos</p>

Titelfoto: Ernst Fraenkel
Foto aus Familienbesitz von Ludmilla und Rudolf Wolfgang Müller
Abdruck mit freundlicher Genehmigung

Editorial

Das Staatsverständnis hat sich im Laufe der Jahrhunderte immer wieder grundlegend gewandelt. Wir sind Zeugen einer Entwicklung, an deren Ende die Auflösung der uns bekannten Form des territorial definierten Nationalstaates zu stehen scheint. Denn die Globalisierung führt nicht nur zu ökonomischen und technischen Veränderungen, sondern sie hat vor allem auch Auswirkungen auf die Staatlichkeit. Ob die „Entgrenzung der Staatenwelt“ jemals zu einem Weltstaat führen wird, ist allerdings zweifelhaft. Umso interessanter sind die Erkenntnisse der Staatsdenker, deren Modelle und Theorien, aber auch Utopien, uns Einblick in den Prozess der Entstehung und des Wandels von Staatsverständnissen geben, einen Wandel, der nicht mit der Globalisierung begonnen hat und nicht mit ihr endet wird.

Auf die Staatsideen von Platon und Aristoteles, auf denen alle Überlegungen über den Staat basieren, wird unter dem Leithema „Wiederaneignung der Klassiker“ immer wieder zurück zu kommen sein. Der Schwerpunkt der in der Reihe *Staatsverständnisse* veröffentlichten Arbeiten liegt allerdings auf den neuzeitlichen Ideen vom Staat. Dieses Spektrum reicht von dem Almeister *Niccolò Machiavelli*, der wie kein Anderer den engen Zusammenhang zwischen Staatstheorie und Staatspraxis verkörpert, über *Thomas Hobbes*, den Vater des Leviathan, bis hin zu *Karl Marx*, den sicher einflussreichsten Staatsdenker der Neuzeit, und schließlich zu den Weimarer Staatstheoretikern *Carl Schmitt*, *Hans Kelsen* und *Hermann Heller* und weiter zu den zeitgenössischen Theoretikern.

Nicht nur die Verfälschung der Marxschen Ideen zu einer marxistischen Ideologie, die einen repressiven Staatsapparat rechtfertigen sollte, macht deutlich, dass Theorie und Praxis des Staates nicht auf Dauer von einander zu trennen sind. Auch die Verstrickung Carl Schmitts in die nationalsozialistischen Machenschaften, die heute sein Bild als führender Staatsdenker seiner Epoche trüben, weisen in diese Richtung. Auf eine Analyse moderner Staatspraxis kann daher in diesem Zusammenhang nicht verzichtet werden.

Was ergibt sich daraus für ein zeitgemäßes Verständnis des Staates im Sinne einer modernen Staatswissenschaft? Die Reihe *Staatsverständnisse* richtet sich mit dieser Fragestellung nicht nur an (politische) Philosophen, sondern vor allem auch an Studierende der Geistes- und Sozialwissenschaften. In den Beiträgen wird daher zum einen der Anschluss an den allgemeinen Diskurs hergestellt, zum anderen werden die wissenschaftlichen Erkenntnisse in klarer und aussagekräftiger Sprache – mit dem Mut zur Pointierung – vorgetragen. So wird auch der / die Studierende unmittelbar in die Problematik des Staatsdenkens eingeführt.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://www.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-4669-2

1. Auflage 2009

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009. Printed in Germany. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der
Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.