

Buchbesprechung

Andreas Bovenschulte/Annette Buß, Plebiszi-täre Bürgermeisterverfassungen, Baden-Baden (Nomos) 1996, 107 Seiten, DM 38,-

Das Kommunalverfassungsrecht hat in den Jahren nach 1989 z. T. Umbrüche erlebt, die auf der staatlichen Ebene als Systemwechsel bezeichnet würden – etwa von der parlamentarischen Demokratie zur präsidentialen Demokratie. Diese Wandlungen des Kommunalverfassungsrechts verliefen weitgehend geräuschlos. Eine intensive öffentliche Diskussion außerhalb der Expertenkreise oder beschlußfassender Landesparteitage fand nicht statt.

Bovenschulte/Buß haben die undankbare Aufgabe übernommen, die Wandlungen der Kommunalverfassungen der Länder nachzuzeichnen und zu systematisieren, will sagen: Sie stellen die Unterschiede und die Gleichförmigkeit der neuen Verfaßtheit der Kommunen in ihren Nuancen nebeneinander. Auf die Nuancen kommt es angesichts der neuen Rechtslage, das wird dank des übersichtlichen Vergleichs deutlich, entscheidend an. Das bedeutet umgekehrt: Die Umbrüche der vergangenen Jahre haben zu einer Angleichung der Kommunalverfassungen geführt, die im föderalen System der Bundesrepublik bis dato unbekannt war. Die landesspezifischen bzw. regionalen Unterschiede der bisherigen Kommunalverfassungen wurden begrifflich erfaßt und anschaulich differenziert durch Bezeichnungen wie »Süddeutsche Ratsverfassung« (Bayern, Ba-Wü), »Unechte Magistratsverfassung« (Hessen, Brhv., Schl.-Hol.), »Norddeutsche Ratsverfassung« (Nds., NRW) oder »Rheinische Bürgermeisterverfassung« (Rhl.-Pfl., Saarland) (S. 7 ff.).

Bovenschulte/Buß zeigen, daß die zentralen Abgrenzungskriterien zwischen diesen Kom-

munalverfassungstypen der Wahlmodus des Bürgermeisters und das Verhältnis zwischen Verwaltungsspitze und Gemeindevertretung waren. Die Unterschiede reichten vom direkt gewählten Bürgermeister als Spitze der Verwaltung und Vorsitzendem der Gemeindevertretung (Ba-Wü) bis zur Ämtertrennung zwischen vom Rat eingesetzter Verwaltungsspitze und Bürgermeister als Ratsvorsitzendem (NRW). Durch den »Siegesszug der plebiszitären Bürgermeisterverfassung« (S. 36) wurden diese Unterschiede eingebeut. Die Entwicklung führte weg vom NRW-Modell des starken Rates hin zum baden-württembergischen Modell des direkt gewählten starken Verwaltungschefs. Resümierend stellen Bovenschulte/Buß fest: »In sieben von dreizehn Flächenländern (Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen und Thüringen) sehen die Gemeindeordnungen mittlerweile einen vom Volk gewählten Bürgermeister vor, der sowohl Vorsitzender der Gemeindevertretung als auch monokratischer Leiter der Verwaltung ist. In Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein ist der direkt gewählte Bürgermeister monokratischer Leiter der Gemeindeverwaltung, aber nicht Vorsitzender der Vertretung. Auch Mecklenburg-Vorpommern gehört ab 1999 zu dieser Gruppe. In Hessen ist der unmittelbar gewählte Bürgermeister nach wie vor in ein Organ kollegialer Verwaltungsleitung eingebunden, den Vorsitz der Vertretung hat nicht er, sondern ein nach parlamentarischen Prinzipien aus den eigenen Reihen gewähltes Mitglied inne . . . Allein in Bremerhaven ist von einer vernehmbar geführten Reformdebatte noch nichts zu spüren.« (S. 36)

Die starke Stellung des Bürgermeisters ergibt sich erstens strukturell – in dieser Hinsicht

bestand bisher kein Unterschied zwischen den Kommunalverfassungen – aus seinem Professionalitätsvorsprung, der in der Debatte um die Probleme demokratischer Verwaltungssteuerung zum Allgemeingut geworden ist. Bovenschulte/Buß bieten einen knappen Überblick über die Argumente dieser Diskussion (S. 13 ff.). Zweitens wird diese faktische Macht des Hauptverwaltungsbeamten durch die Direktwahl erheblich gestärkt, weil sie dem hauptamtlichen Bürgermeister eine eigenständige Legitimationsgrundlage und damit eine größere Unabhängigkeit gegenüber der Gemeindevertretung verschafft. Bovenschulte/Buß zitieren zur Charakterisierung dieser Stelle Begriffe wie: »plebiszitäres Wahlkönigtum«, »lokaler Bismarck« oder positiver: »Patron des Gemeinwohls« (S. 23).

Da diese starke Stellung des hauptamtlichen Bürgermeisters nun nahezu einheitlich in allen Bundesländern existiert, machen sich Bovenschulte/Buß auf die Suche nach neuen Differenzierungskriterien zwischen den Kommunalverfassungen. Dazu stellen sie die einschlägigen Regelungen der Ländergesetze zur Kompetenzverteilung und zur faktischen Machtverteilung zwischen Gemeindevertretung und Bürgermeister in einem gelungenen Überblick dar (S. 36 ff.). Sie kommen zu dem Ergebnis, daß die tatsächliche Machtverteilung nun an neuen – weniger offenkundigen – Kriterien abzulesen ist. Die Kriterien sind: 1. die Unabhängigkeit der Position des Bürgermeisters, abzulesen an der Dauer der Amtsperiode und den Abwahlmöglichkeiten; 2. die Stellung des Bürgermeisters in der Vertretung, abzulesen an der Vorsitzfrage, der Widerspruchs- und Beanstandungskompetenz des Bürgermeisters und der Aufgaben-delegation an diesen; 3. der Umfang der Vorbehaltskompetenz des Bürgermeisters; 4. die Organisation der Verwaltungsleitung, kollegial oder monokratisch; 5. das Kontrollrecht der Vertretung (S. 74 f.).

Aufgrund dieser Kriterien schlagen Bovenschulte/Buß nun folgende Unterscheidung der Kommunalverfassungstypen vor: 1. die »Plebiszitäre Bürgermeisterversfassung«, gekennzeichnet durch eine im Vergleich zur Vertretung längere Amtszeit des Bürgermeisters, keine oder eingeschränkte Abwahlmöglichkeiten, Vertretungsvorsitz und weitreichende Vorbehaltszuständigkeiten (Ba-Wü., Rh.Pfl., Saarland, Sachsen, Sa-Anh., mit Abstrichen Bayern); 2. die »abgeschwächte ple-

biszitäre Bürgermeisterversfassung«, gekennzeichnet durch die striktere Trennung von Vertretungsvorsitz und Verwaltungsspitze (Schle-Hol., MeVoPo.); 3. die »plebiszitäre Bürgermeister-Ratsverfassung«, gekennzeichnet durch die Verknüpfung der Wahlperioden von Rat und Bürgermeister sowie grundsätzliche Allzuständigkeit des Rates (Nds., NRW, mit Abstrichen Brandenburg); 4. die »plebiszitäre Bürgermeister-Magistratsverfassung«, gekennzeichnet durch die Einbindung des Bürgermeisters in eine kollegiale Verwaltungsspitze (Hessen) (S. 75).

Im zweiten Teil des Buches erörtern Bovenschulte/Buß die politischen und rechtspolitischen Gründe, die für die Einführung der Direktwahl des Bürgermeisters sprechen. Dabei rekurrieren sie auf im weiteren Sinne demokratiethoretische und technokratische Argumentationslinien. Nicht in den Blick gerät ihnen das föderalistische Prinzip des Grundgesetzes. Obwohl überzeugend herausgearbeitet wurde, daß die Reform der Kommunalverfassungen deren Angleichung zur Folge hatte, stellen Bovenschulte/Buß nicht die naheliegende Frage, ob damit nicht ein Stück föderaler Kultur in der Bundesrepublik über Bord geworfen wurde. Damit könnten sich die Länder langfristig selbst Schaden zugefügt haben. Die Bewahrung regionaler historischer Besonderheiten ist sicherlich kein Argument gegen eine leistungstärkere oder demokratischere Verfaßtheit der Kommunen, dennoch spielt die historisch-regionale Identität für die Menschen keine untergeordnete Rolle, wie man nicht zuletzt an der Länderbildung in der ehemaligen DDR oder bei der Abstimmung über die Vereinigung Berlins mit Brandenburg beobachten konnte. Man muß schon stichhaltige Gründe haben, um diese Identitäten zu opfern.

Gerade der höhere demokratische Gehalt einer Kommunalverfassung mit direkt gewähltem Bürgermeister wird von Bovenschulte/Buß aber mit guten Argumenten und unter Aufarbeitung des vorliegenden empirischen Materials bestritten. Gegen eine weitgehend unkritische – bisweilen interessengeleitete – kommunalrechtliche Diskussion der Direktwahl werden rechtliche und rechtspolitische Bedenken geäußert. Angesichts des weitgehend abgeschlossenen »Reformprozesses« im Bereich der Kommunalverfassung stellt sich allerdings die Frage nach dem Erkenntnisinteresse dieser Auseinandersetzung.

Bovenschulte/Buß befürchten, daß die Direktwahl des Bürgermeisters nicht nur lokale Bedeutung habe, sondern »auf gesamtstaatlicher Ebene die Perspektive eines anderen Demokratiekonzepts« (S. 98), nämlich das einer plebiszitären Präsidentschaft eröffnet werde. Die Kommunalverfassung könnte als Experimentierfeld für die Staatsverfassung dienen. Dann ist es allerdings unerlässlich, die erfolgten Veränderungen einer kritischen Überprüfung zu unterziehen und die weitere Entwicklung angesichts gesellschaftlicher Umbrüche zu evaluieren.

Bovenschulte/Buß haben Zweifel, daß die Direktwahl des Verwaltungschefs die demokratischen Beteiligungsmöglichkeiten des Gemeindevolkes verbessert, da sie mit einer faktischen Schwächung der Gemeindevertretung einhergeht, in der divergierende Interessen artikuliert und diskursiv vereinheitlicht werden können. An die Stelle des demokratischen Diskurses tritt die einsame Entscheidung der Verwaltungsspitze mit der Gefahr, daß sich die Interessen durchsetzen, die den besten Zugriff auf den Bürgermeister haben (S. 81). Diese Sichtweise, der ein pluralistisches Demokratieverständnis und ein prozeduraler Allgemeinwohlbegriff zugrunde liegen, ist dann auch unvereinbar mit der Argumentation, der direkt gewählte Bürgermeister stehe über den Parteien und könne das Allgemeinwohl gegen Sonderinteressen durchsetzen. Das Allgemeinwohl kann nur aus den verschiedenen besonderen Interessen gebildet werden und existiert nicht unabhängig von diesen (S. 87). Schließlich bezweifeln Bovenschulte/Buß die höhere Effizienz einer plebiszitären Bürgermeisterversfassung, da Reibungsverluste zwischen Rat und Verwaltung nur vermieden werden, wenn sie die gleiche politische Ausrichtung haben. Ist das aber nicht so, was bei ungleichen Amtszeiten wahrscheinlicher wird, werden die Reibungsverluste eher höher als bei Ratsverfassungen. Das Modell der hierarchischen Durchsteuerung, das dem Effektivitätsargument zugrunde liegt, verweisen Bovenschulte/Buß in das Reich des Wunschdenkens (S. 94 ff.).

Insgesamt verschafft die Abhandlung einen guten Überblick über die Entwicklung der verschiedenen Kommunalverfassungen sowie über die Diskussion der Direktwahl des Bürgermeisters.

Andreas Fisahn

Oliver Lepsius, Die gegensatzauflösende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus, München (C. H. Beck) 1994, XIV, 431 Seiten, kart., DM 96,-

Als die Rechtswissenschaft sich nach dem 2. Weltkrieg mit der Frage auseinanderzusetzen hatte, wie es zur Rechtsperversion im Nationalsozialismus kommen konnte und wieso die deutschen Juristen zu Handlangern der Nazis hatten werden können, war die Antwort schnell gefunden. Ein autoritätsgläubiger Rechtspositivismus, der nur nach dem Gesetz, nicht aber nach einer höheren Rechtsidee schaute, hatte sie wehrlos gemacht gegenüber den Anmaßungen der nationalsozialistischen Ideologie. Selbst ausgemachte »Rechtspositivisten« wie Gustav Radbruch begannen, ihre rechtsphilosophische Position zu hinterfragen und in ihren Rechtsrelativismus naturrechtliche Elemente einzubauen, um auf diese Weise einer erneuten Pervertierung durch totalitäre Ideologien entgegenzuwirken. Indem der Rechtspositivismus als der große Buhmann hingestellt wurde, gelang es der deutschen Justiz, sich in einem ungeheuren Maße von der Verstrickung in die nationalsozialistischen Verbrechen zu exkulpieren. Paradoxe Weise wurde die Schuld am Niedergang der deutschen Rechtskultur implizit derselben Theorie zugewiesen, die in Weimar bereits wegen der Unterstützung der Demokratie von antiparlamentarischen Kräften unter Beschuß genommen worden war. In neuerer Zeit ist diese »Lebenslüge« der deutschen Nachkriegsjustiz mehr und mehr als solche enttarnt worden. So hat etwa Ingo Müller in seinem, auch breitere nichtjuristische Leserschichten erreichenden Buch »Furchtbare Juristen«¹ überzeugend nachgewiesen, daß es nicht etwa bloß Befolgung des Gesetzesbefehls durch die Juristen war, mit der die ideologischen Ziele der Nazis umgesetzt wurden, sondern gerade eine Rechtsanwendung, die die herkömmlichen juristischen Auslegungsregeln über Bord warf zugunsten einer ganz und gar ideologischen Willfährigkeit gegenüber den Machthabern, bei der bisweilen sogar in ideologischem Eifer die »Gehorsamspflicht« weit übererfüllt wurde. Mit seiner

¹ Ingo Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewaltigte Vergangenheit unserer Justiz*, München 1987

beeindruckenden Studie, einer in München bei Petet Lerche geschriebenen Dissertation, schreitet Oliver Lepsius auf diesem Pfad weiter, indem er sich ganz konkret der juristischen Begriffsbildung in Weimar und zu Beginn des »Dritten Reichs« widmet. Seine These stellt die Nachkriegsbehauptung, der juristische Positivismus habe die Juristen wehrlos gemacht, vom Kopf auf die Füße. Nicht der Rechtspositivismus – ein Begriff, den der Autor ohnehin für verfehlt hält –, sondern die Abkehr von wissenschaftlich exakter Begriffsbildung bereits in der Weimarer Republik hat der Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus Vorschub geleistet und zu einem Verlust juristischer Kategorien geführt, der für die Akzeptanz des Nationalsozialismus kausal war (S. 2, 379).

Eine kurze Vorbemerkung zum Untersuchungsansatz Lepsius' sei erlaubt. Wertvoll und in dieser Richtung sehr ergiebig ist sein Versuch, die juristische Begriffsbildung in Weimar in nähere Verbindung zu zeitgenössischen philosophischen Strömungen zu bringen, sie damit in einen größeren Kontext zu stellen und so zu einer verallgemeinerungsfähigen, methodentheoretischen Analyse zu gelangen (S. 383). Wenn Lepsius aber diesem Ansatz Vorrang vor in letzter Zeit »in Mode gekommenen« juristischen Biographien einräumt, die seiner Meinung nach die Problemgeschichte zugunsten persönlicher Betrachtungen vernachlässigten (S. 11), so soll dem nicht nur deswegen entgegengetreten werden, weil der Rezensent selbst eine werkbiographische Arbeit verfaßt hat,² sondern weil Lepsius verkennt, daß gerade das Nebeneinander von personenzentrierten Darstellungen – eine solche regt er hinsichtlich Erich Kaufmanns im übrigen selbst an (S. 174) – und umfassenderen theoretischen Betrachtungen das Gesamtbild erst komplettiert und außerdem die wechselseitige Überprüfbarkeit der Ergebnisse ermöglicht. Darüberhinaus führt die weitgehende Außerachtlassung des vom Autor so genannten »individuell-politischen Standpunktes«, dessen Bedeutung er gleichwohl nicht negiert, sondern ausdrücklich anerkennt (S. 383), zu einer leichten philosophischen Schlagseite zu Lasten eher praktischer politisch-historischer Erwägungen.

Lepsius beginnt seine Studie mit einem Be-

griffsvergleich und zeigt auf, daß die von ihm exemplarisch herangezogenen Begriffe Volk, Gemeinschaft, Rasse und Führer bereits zur Weimarer Zeit von juristischen Autoren materiell aufgeladen und dazu verwendet wurden, eine substanzhafte, gegenüber der positiven Staatsordnung höherrangige Wirklichkeit herauszustellen. So wurde etwa dem positivrechtlichen Volksbegriff, der sich auf das Staatsvolk bezog, ein materialisierter Volksbegriff, der Volk als eine natürliche Gemeinschaft verstand, gegenübergestellt. Gleiches war bei dem Begriff der Gemeinschaft auszumachen, der bewußt dem individualistischen und von den Vertretern einer materialen Staatsrechtslehre als formalistisch gezeißelten Begriff der Gesellschaft entgegengesetzt wurde. Beides hatte eine klare antiparlamentarische Stoßrichtung, da auf Wertentitäten Bezug genommen wurde, deren natürliche Zwangsläufigkeit einen auch für das Parlament verpflichtenden Charakter haben sollte (S. 27, 62 f.). Dabei waren die diesen Begriffen beigegebenen Inhalte durchaus verschieden; allein die negative Zielrichtung war einheitlich. Nach der Machtergreifung erhielten diese Begriffe, vor allem die der Rasse und des Führers, zwar einen erhöhten Stellenwert. Keineswegs aber änderte sich ihre inhaltliche Vieldeutigkeit.

Grund dafür war, daß die Kernbegriffe der nationalsozialistischen Weltanschauung keinen wirklichen Kerngehalt aufwiesen, so daß auch eine strenge Abgrenzung von in engem Sinne nationalsozialistischen und anderen Positionen unmöglich ist (S. 101). Die Nichtkanonisierung war geradezu ein Kennzeichen der NS-Ideologie. So konnte sie sich nicht verselbständigen und unterlag dem ständigen Zugriff des Führers (S. 105). Damit einher geht, daß das Führerprinzip ein tragender Grundsatz des NS-Staates war. Als weiterer Kerngehalt hat ein antijüdisch geprägter Rassebegriff zu gelten (S. 110 f.). Darüber hinaus war die NS-Ideologie offen und lud dazu ein, eigene Wunschvorstellungen in die aus der Weimarer Zeit bereits vertraute und damit nicht spezifisch nationalsozialistische Terminologie hineinzutragen (S. 115). Lepsius will damit keine Identität zwischen konservativ-völkischen und nationalsozialistischen Ideen behaupten, wendet sich aber auch gegen die exkulperierenden Versuche nach 1945, beide Richtungen streng auseinanderzuhalten. Wer sich auf die der NS-Ideologie struktureigene Mehrdeutigkeit der Begriff-

² Manfred H. Wiegandt, Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901–1982) – Leben, Werk und Richteramt, Baden-Baden 1995.

lichkeit einließ, konnte nicht als »Verführer« angesehen werden (S. 117). Lepsius geht sogar noch weiter und erklärt, daß diejenigen, die sich der NS-Terminologie fügten, um dahinter eigene, subjektive Positionen zu vertreten, angesichts des in der nationalsozialistischen Ideologie angelegten »planmäßigen Synkretismus« objektiv eine nationalsozialistische Position vertraten (S. 132 f.). Damit geht er recht weit und ordnet quasi die gesamte materiale Staatstheorie der Zwischenkriegsjahre methodisch der nationalsozialistischen »Rechtstheorie« zu. Vielleicht sollte man aber doch einen Unterschied machen zwischen denjenigen, deren Methodik die Übernahme nationalsozialistischer Gedankenguts objektiv ermöglichte oder gar förderte, und denjenigen, die ihre Methodik bereits mit in engerem Sinne völkisch-nationalsozialistischen Gedankengut aufgeladen hatten und denen die Entwicklung nicht nur neue *eigene* Möglichkeiten andeutete, sondern die auch die konkreten nationalsozialistischen Maßnahmen guthießen und zu fördern trachteten. Allerdings ist Lepsius zuzugestehen, daß diese Unterscheidung zum Teil kaum möglich ist und jedenfalls nicht zur »Exkulpierung« mißbraucht werden sollte.³

Ist Lepsius bereit, konservative materialisierende und nationalsozialistische Richtungen einem methodischen Lager zuzuordnen, so ist seine mehrfach geäußerte Bemerkung, den meisten Autoren seien wegen der inhaltlichen Offenheit der Begrifflichkeit die dahinter stehenden unterschiedlichen Zielvorstellungen verborgen geblieben (etwa S. 130, 343, 374), etwas zu pauschal und dadurch fast selbst exkulpierend, auch wenn er Gegenbeispiele, etwa Hans-Julius Wolff, der die Differenzen erkannt, aber verdrängt habe (S. 130), nicht unter den Tisch kehrt. Ware es nicht naheliegender zu folgern, daß die meisten Autoren sich der Unterschiede ihrer Vorstellungen zum Nationalsozialismus durchaus bewußt waren, diese Differenzen angesichts des gemeinsamen Gegners, sprich des liberal-parlamentarischen Systems, aber hintanstellten?

Worin bestand nun für Lepsius das Eigenar-

tige der neuen, in Weimar seinen Ausgang nehmenden und bruchlos in den Nationalsozialismus überführten Begrifflichkeit? Wie im Titel seines Buches angedeutet, erkennt der Autor eine »gegensatzaufhebende Begriffsbildung«. Dabei wird insbesondere der von Kant her geläufige Gegensatz zwischen Sein und Sollen aufgehoben. Der diesen antagonistischen Gegensatz angeblich aufhebende Begriff hält als metaphysische Letztbegründung her (S. 146). Das Sein wird zu einem Sollen hypostasiert, wobei das Erkenntnisverfahren rational nicht überprüfbar ist. Lepsius deutet die in der Weimarer Zeit propagierten neuen Begriffsbildungsarten an einigen beispielhaft herangezogenen Autoren. Erich Kaufmann, der auch mit seiner Streitschrift gegen den Neukantianismus⁴ hervorgetreten war, hatte ein apriorisches Rechtsverständnis, das zugleich anti-wissenschaftlich und prometaphysisch war. Der Erkenntnisgegenstand bedingte für ihn die Erkenntnisethode. Aus seinem bekannten Wort auf der Staatsrechtslehrertagung von 1926, daß der Staat nicht Recht schaffe, sondern Gesetze, und daß Staat und Gesetz unter dem Recht stünden,⁵ läßt sich unschwer die antiparlamentarische Stoßrichtung ablesen. Verwandtschaft zu Kaufmanns Unterscheidung zwischen Relations- und Dingbegriffen sieht Lepsius zutreffend bei Leibholz angelegt,⁶ der anders als Kaufmann aber mit der phänomenologischen Wesensschau zumindest ein Erkenntnisverfahren benannte (wenngleich er es nicht genauer zu konkretisieren vermochte). Auch Hermann Heller reiht Lepsius bei denjenigen ein, deren Methodik sich gegen das rationale Begriffsbildungsverfahren richtete. Selbst wenn man dem Autor zustimmen sollte, daß Hellers Methodensynkretismus im Ergebnis kaum nachvollziehbar und damit in gewisser Weise irrational war (S. 185), ist aber doch zweifelhaft, ob es gerechtfertigt ist, Heller in diesen Zusammenhang zu stellen, vor allem weil er, wie Lepsius selbst feststellt, im Endeffekt seine Methode auf die kulturwissenschaftliche Staatslehre beschränkte und der dogmatischen Jurispru-

³ Eine solche Tendenz, etwa die Angehörigen der sog. »Konservativen Revolution« in Weimar von den Nationalsozialisten auseinanderzuhalten, ist auch bei heutigen Autoren noch zu verzeichnen. Siehe etwa Stefan Breuer, *Anatomie der Konservativen Revolution*, 2. Auflage, Darmstadt 1995. Dazu meine Rezension in: 1999 4/1996, S. 131–136.

⁴ Erich Kaufmann, *Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen 1921 (Nachdruck Aalen 1964).

⁵ Erich Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in: *VVDStRL* Bd. 3 (1927), S. 20.

⁶ Leibholz unterschied zwischen Zweck- und Wesensbegriffen. Siehe zu dessen Methodik Wiegandt (Fn. 2), S. 82–99.

denz als Normwissenschaft eine eigene Methode zubilligte (S. 189). Vor diesem Hintergrund wird zwar seine Polemik gegen Kelsen unverständlich;⁷ Heller fällt damit aber aus der Reihe derjenigen heraus, die mittels einer gegensatzaufhebenden Begriffsbildung das positive Recht durch ein höherwertiges eigenes Recht ausstechen wollten. Im Gegensatz zu anderen materialen Rechtsdenkern akzeptierte Heller den Vorrang des Gesetzgebers (und das ist vielleicht das entscheidende Abgrenzungskriterium, nach dem sich beurteilen läßt, ob ein Autor die Auflösung der juristischen Form bezweckte oder nicht). Smend mit seinem anti-rationalistischen Wissenschaftsverständnis und seiner rational kaum nachzuvollziehenden Integrationslehre wird dagegen berechtigterweise von Lepsius als einer der in diesem Zusammenhang erwähnenswerten Vertreter einer neuen Begriffsbildung herausgestellt. Als Beispiele für neue, ähnlich gelagerte Begriffsbildungsverfahren nach der Machtergreifung führt der Autor das konkrete Ordnungsdenken Carl Schmitts und die konkret-allgemeinen Begriffe Karl Larenz' an. Schmitts Ansatz sieht er dabei nicht als wesentlich neu an, sondern erachtet ihn als typisch zeitgebunden, weil er über die Antinomie von Sein und Sollen hinausführen sollte (S. 205). Man konnte damit die neuen, vom Nationalsozialismus geschaffenen Ordnungen legitimieren, und dies sei von Schmitt wohl auch bezweckt gewesen (S. 206, 210). Larenz' methodischer Ansatz finde seinen Ursprung zwar in der Rechtsphilosophie Hegels, sei aber ebenso als einseitiges Legitimationsmuster für die NS-Ideologie gedacht gewesen (S. 213). Gemeinsam war den neuen Begriffsbildungsverfahren nach Lepsius, daß sie von einer apriorischen Wirklichkeit ausgingen, die es durch Rechtsbegriffe zu erfassen galt. Tatsächlich sei diese vorgegebene Wirklichkeit aber erst durch die subjektive Begriffsbildung hergestellt worden, und daraus sei dann ein Begriffsgehalt abgeleitet worden, von dem schlicht behauptet wurde, daß er natürliche Vorgegebenheiten darstelle und nicht nur eine normative Eigendefinition sei (S. 220). Hinter der Begriffsbildung stand ein Wirklichkeits-

verständnis, das Sein und Sollen nicht mehr trennte. Die Begriffsbildung war für Lepsius dabei nur die Kehrseite einer neuen Wirklichkeitsvorstellung in der Philosophie der Zeit, in der die Ableitung objektiver Werte aus einem apriorischen Sein eine Moderscheinung war (S. 224 f.). Obwohl sich dazu ein Erkenntnisverfahren gesellte, das auf irrationale psychische Erlebnisakte abstellte, wurde dennoch der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit betont (S. 233 f.). Diese zwei Anforderungen zur Nutzbarmachung neuer Philosophien für die juristische Begriffsbildung, nämlich Aufhebung des Sein-Sollens-Gegensatzes und Wissenschaftlichkeit, sieht Lepsius von einer ganzen Reihe philosophischer und erkenntnistheoretischer Ansätze der Zwischenkriegszeit erfüllt.

Diltheys Auffassung, daß nicht alle Wahrnehmung empirisch sei und werthafte Sinngebilde eine andere Methode zu ihrer Erkenntnis erforderten als die Naturwissenschaften, gehörte dazu, aber auch Husserls Phänomenologie, deren »Wesensschau« trotz Husserls strenger wissenschaftlicher Ansprüche vielfach als Begründungsfloskel zur Unterlegung normativer Eigenwertungen mißbraucht wurde (S. 259 f.). Ähnliche Begründungsfloskeln lieferten die Modifizierungen der Husserlschen Methode bei Max Scheler und Nicolai Hartmann oder das institutionelle Rechtsdenken Maurice Hauriou. Insbesondere mit dem Neuhelgianismus konnte dem Nationalismus höchste Weihe verliehen werden, und viele Neuhelgianer sahen die politische Entwicklung nach der Machtergreifung wie eine Verwirklichung ihrer eigenen philosophischen Annahmen. Auch das Naturrecht stellt Lepsius schließlich in die Reihe der Philosophien, die die nationalsozialistische Rechtsakzeptanz verstärkten, wobei er aber nicht auf den Inhalt des Naturrechts abstellt, der zu unbestimmt sei, sondern auf seinen funktionellen Gehalt, nämlich als Methode zur Durchsetzung einer Rechtsidee gegenüber dem positiven Recht (S. 287). Wenn er aber selbst bemerkt, daß über den universalistischen Charakter des Naturrechts bei seiner Indienstnahme für nationalsozialistische Vorstellungen oft leichtfertig hinweggegangen wurde (S. 301), so weist dies auf eine etwas zu pauschale Argumentation hin. Sicherlich, an materiale Wertgedanken anknüpfende Philosophien sind letztlich offen für alle möglichen Ableitungen. Dennoch stellt sich die Frage, wie offen die jeweiligen philosophischen An-

⁷ Siehe dazu Christoph Müller, *Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen*, in: ders./Ilse Staff (Hrsg.), *Staatslehre in der Weimarer Republik Hermann Heller zu ehren*, Frankfurt am Main 1985, S. 128–157.

sätze jeweils waren oder inwieweit eine klare Perversion ihrer Grundgedanken bei einer Nutzbarmachung zur Legitimierung des Nationalsozialismus gegeben war. So wird man wohl nicht unbedingt behaupten dürfen, daß das Naturrecht von seinem Ansatz her dem Nationalsozialismus Vorschub leistete, nur weil einige Vertreter ihn dazu mißbrauchten,⁸ genausowenig wie man den protestantischen Glauben für dessen Dienstbarmachung für das NS-Regime durch die Amtskirche wird verantwortlich machen können. Hier deutet sich denn auch an, daß Lepsius' ideengeschichtliche und methodische Betrachtung die Akzeptanz des Nationalsozialismus durch die deutschen Juristen nur teilweise zu erklären vermag, weil seine Erklärung auf einer etwas zu abstrakten Ebene verharrt, die andere persönliche und politische Ursachen nur unzureichend berücksichtigt. Es bedurfte nicht nur einer zeitgenössischen philosophischen Grundlage, sondern auch der Theoretiker, die diese im Sinne einer bestimmten Ideologie nutzbar machten, womit die Bedeutung der persönlichen Komponente hervortritt.

Lepsius widmet ein gesondertes Kapitel der philosophischen Strömung, die seiner Meinung nach die andere Tradition der deutschen Jurisprudenz repräsentiert, welche für das Aufkommen des Nationalsozialismus nicht verantwortlich gemacht werden kann, nämlich den als Feindbild fast aller zeitgenössischen Philosophien fungierenden Neukantianismus. Dessen Grundanliegen sei es gerade gewesen, jegliche Metaphysik auszuschalten und zu ergründen, wie objektive Erkenntnis ohne subjektive Vorverständnisse möglich sei (S. 304 f.). In der Tat komplettiert dieses Kapitel den methodischen Abriss des Autors in sehr sinnvoller Weise und lenkt den Blick auf eine philosophische Richtung, die in der Betrachtung der Weimarer Staatslehre auch heute noch vielfach nur mit den Augen seiner damaligen Kritiker gesehen wird. Lepsius bemerkt dabei, daß ein Grund für die manchmal ziemlich pauschale und wenig kenntnisreiche Ablehnung des Neukantianismus darin gelegen haben könnte, daß sich zumindest die Marburger Richtung dem demokratischen Sozialismus verbunden fühlte (S. 305 f.). Eine grobe Verkennung der neukantianischen Wissenschaftslehre nennt er es, ihr das Postulat

⁸ Dies wird vom Autor auch ausdrücklich als denkbare Interpretation eingeräumt (S. 301)

wertfreier Ermittlung der Wirklichkeit zu unterstellen, denn z. B. Rickert habe ausdrücklich hervorgehoben, daß die Geisteswissenschaften es mit einer sinnhaften Natur, nämlich Kultur, zu tun hätten. Er habe lediglich betont, daß der Wissenschaftler zwar Wertbeziehungen zu ermitteln, nicht aber selbst zu werten habe (S. 308–310). Allerdings – so der Autor – vermag der Neukantianismus nicht alle Probleme zu lösen und ist auf die Rechtswissenschaft nicht anwendbar, weil diese nicht nur mit empirisch Vorfindlichem, sondern auch mit Gewillkürtem, nämlich mit Normen, zu tun habe (S. 313). Angesichts dieser Feststellung verwundert es dann aber etwas, wenn der Autor kurz darauf den für Weimar üblichen Begriff des staatsrechtlichen Positivismus verwirft und ihn durch den des »juristischen Neukantianismus« zu ersetzen vorschlägt (S. 318 f.).

Lepsius nennt als Vertreter dieser Richtung exemplarisch Gustav Radbruch, der sich zwar gegen die wissenschaftliche Begründungen letzter Stellungnahmen, nicht aber gegen die Stellungnahmen selbst aussprach, und Rudolf Stammler. Hans Kelsen ordnet er weder der Marburger noch der südwestdeutschen Richtung des Neukantianismus zu, sondern sieht in dessen reiner Rechtslehre eine eigene Variante, weil sie den Charakter der Rechtswissenschaft als Normwissenschaft herausstellte und sich somit sowohl vom wissenschaftlichen Positivismus als auch vom Neukantianismus unterschied. Lepsius stellt auch klar, daß es Kelsen keineswegs um die Ignorierung der sozialen Wirklichkeit ging, sondern gerade um die Steuerungsfunktion des Rechts zur Veränderung derselben (S. 325–328). Auch Anschütz und Thoma ordnet der Autor unter den juristischen Neukantianern ein und hebt hervor, wie unangemessen der Begriff staatsrechtlicher Positivismus gerade für Thoma gewesen sei, der subjektive Wertungen nicht habe ausschalten wollen, sondern lediglich deren Offenlegung gefordert habe (S. 332).⁹ Lepsius mag von sei-

⁹ Daß Differenzierungen unter den gemeinhin dem staatsrechtlichen Positivismus zugeordneten Vertretern angebracht sind, hat bereits Heun herausgestellt, der vor allem zwischen der Laband-Gerber-Schule, Anschütz/Thoma und der Kelsenschen Richtung unterscheidet, siehe Werner Heun, *Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik. Eine Konzeption im Widerstreit*, *Der Staat*, Bd. 28 (1989), S. 377–404. Interessant ist die Bewertung von Detlef Lehnert, *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte zwischen Legendenbildung und Neubestimmung*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 51/96, S. 3–14, der einen deutlichen Trennstich zwischen Anschütz und – mit Ab-

nem philosophietheoretischen Ansatz Recht haben, daß der Begriff staatsrechtlicher Positivismus eine krude Gleichstellung mit dem zu Weimarer Zeiten philosophisch längst überholten wissenschaftlichen Positivismus nahelegt und daher irreführend ist. Weiterhin Sinn macht der Begriff aber, wenn damit auf den Gesetzesgehorsam der entsprechenden Theoretiker abgestellt werden soll. Wer sich dem im positiven Gesetz verkörperten Willen des (damals demokratischen) Gesetzgebers beugte und nicht versuchte, diesen über materiale Begriffsbildungen auszuhebeln, den mag man vielleicht doch als Positivisten bezeichnen, ohne damit die verfehlte Polemik der »Positivismusgegner« gutzuheißeln. Lepsius ist es wichtig hervorzuheben, daß eine (neu)kantianische Position, weil sie den Gegensatz von Sein und Sollen beibehielt, eine Kollaboration mit dem Nationalsozialismus verhinderte (S. 341). Ob gerade Rudolf Laun ein gutes Beispiel für einen rechtskonservativen Neukantianer ist, mag aber vielleicht bezweifelt werden. Im gleichen Aufsatz, den Lepsius für den wissenschaftlichen, neukantianischen Ausgangspunkt Launs anführt, polemisiert dieser nämlich gegen den »Kadavergehorsam« des positiven Juristen, der an die »Allmacht« des (demokratischen) Gesetzgebers glaube und etwa das »Rechtsgefühl« nicht verwerte, und stellt fest, daß der Jurist für die Beantwortung von Rechtsfragen auch aus seinem »metaphysischen Glauben« schöpfe.¹⁰

Nach diesem sehr aufschluß- und kenntnisreichen Überblick über die philosophischen Strömungen der Zeit zeigt Lepsius auf, daß bei der Begriffsbildung in weitem Maße auf diese Philosophien zurückgegriffen wurde. Allerdings seien die vielfältigen modernen Philosophien nicht nur rezipiert, sondern auch modifiziert, kombiniert und simplifiziert worden. Die Bezugnahme sei vor allem zur Legitimierung eigener Ergebnisse erfolgt. Sei deren Begründung brüchig gewesen, habe man legitimierend auf die philosophische Metatheorie verweisen können (S. 364). Lepsius stellt exemplarisch Kaufmann, Smend und Leibholz heraus. So habe Kaufmann verschiedenste Philosophien in Anspruch genommen, um seine höhere Wirklichkeitswahrnehmung zu legitimieren. Smend habe

strichen – Thoma, denen zufolge die Weimarer Republik in Kontinuität zum Kaiserreich stand, und Preuß und Kelsen zieht, für die die Weimarer Verfassung einen vollen Neuanfang darstellte.

vor allem auf Theodor Litt Bezug genommen, den er aber einseitig und pauschal rezipiert habe, wodurch sich der Eindruck aufdränge, er habe sich durch diesen Rekurs nur nachträglich methodisch absichern wollen (S. 355 f.). Leibholz, der sich auf die Phänomenologie stützte, habe lediglich eine »undifferenzierte Globalphänomenologie« propagiert, bei der er sich auf verschiedenste Autoren berufen, seine phänomenologische Methode aber nur oberflächlich ausgeführt habe (S. 357).¹¹

Insgesamt stellt Lepsius eine sich häufig auf bloße Stichworte beschränkende Rezeption philosophischer Ideen fest. Während die Begriffe sich meist als bloße Begriffshülsen herausstellten, denen beliebige Inhalte beigegeben werden konnten, dienten die herangezogenen Philosophien als Begründungshülsen (S. 370). Verbunden war mit der neuen Begrifflichkeit aber auch ein Fortschrittspathos, unter dessen Eindruck die faktische Auflösung der juristischen Begrifflichkeit als wissenschaftlich begründet erschien (S. 372 f.). Wäre die »nationale Revolution« im Jahre 1933 lediglich eine Weltanschauungsfrage gewesen, hätte es nach Ansicht des Autors zwar eine Akzeptanz des Nationalsozialismus unter Juristen geben können, aber keineswegs ein solch breites Engagement. Der Nationalsozialismus müsse also anfangs vielen als die Verwirklichung eigener Vorstellungen erschienen sein. Für Lepsius ist die Akzeptanz des Nationalsozialismus in der Rechtswissenschaft nur deshalb verständlich, weil es schon zuvor zum Verlust von Kategorien gekommen war, die zur Erkennung des Phänomens erforderlich gewesen wären (S. 373 f., 379). Das Jahr 1933 habe daher für die meisten Juristen keinen Kontinuitätsbruch dargestellt (S. 382). Diese Kausalitätsbeurteilung scheint

¹⁰ Rudolf Laun, *Der Staatsrechtslehrer und die Politik*, AoR N.F. Bd. 4 (1922), S. 154 f., 162.

¹¹ Lepsius erwähnt, daß sich mit Leibholz' Methode die Unvereinbarkeit von liberaler parlamentarisch-repräsentativer Demokratie und Parteienstaat begründen ließ (S. 359). Hier sollte allerdings ergänzt werden, daß diese Folgerung nicht auf einer Gegnerschaft Leibholz' zur Weimarer Demokratie beruhte. Im Gegenteil, Leibholz hielt bereits in Weimar die poluschen Parteien für legitime Organe der Wahlerschaft. Siehe zur ambivalenten Haltung Leibholz' Wiegandt (Fn. 2), passim, und etwas spezifischer dieses Problem ansprechend ders., *Antiliberal Foundations, Democratic Convictions. The Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic*, in: Peter C. Caldwell/William E. Scheuerman (Hrsg.), *From Liberal Democracy to Fascism. Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Atlantic Highlands, N.J. 1997, S. 219–283 (im Druck).

indes etwas pauschal. Lepsius zeigt zwar auf, daß die neuen Begriffsbildungen bereits in der Weimarer Zeit im Vormarsch waren. Wie sehr sie aber bereits von den Juristen in ihrer ganzen Breite akzeptiert und rezipiert waren, vermag er jedoch nicht deutlich zu machen. Es stellt sich nicht nur die Frage, ob die behandelten Autoren als repräsentativ für die gesamte Juristenschaft angesehen werden können, sondern auch die, welchen Stellenwert die Methodik überhaupt hatte. Mußte die Deformalisierung des Rechts erst methodisch vorexerziert werden oder war sie vielleicht schon in der Kombination von politischem Umfeld und deformalisierten juristischen Elementen wie den Generalklauseln angelegt? Indes ist Lepsius auch ohne weiteren Nachweis zuzugestehen, daß die beschriebenen Methodenentwicklungen die Rechtsakzeptanz des Nationalsozialismus mit Sicherheit erleichterten.

Insgesamt hat Lepsius mit seiner Studie einen Bereich ausgeleuchtet, der bisher in der Betrachtung noch zu kurz gekommen ist, nämlich die Verbindung von Weimarer philosophischen Strömungen und neuen Methoden in der juristischen Begriffsbildung. Seine Aufarbeitung der einschlägigen Literatur ist vorbildhaft. Wer sich künftig mit dem Themenbereich befassen will, findet in seiner Bibliographie, die nicht nur angeführt, sondern sorgfältigst verarbeitet ist, einen nahezu vollständigen Überblick über die einschlägige Literatur. Insgesamt wird man an dieser Darstellung in Zukunft wohl kaum vorbeigehen können. Zwei kleine Anmerkungen, die die Qualität der Arbeit als solche nicht schmälern sollen, sind aber vielleicht doch angebracht. Der restriktive methodentheoretisch-philosophische Ansatz behindert – wie bereits an-

gedeutet – eine gänzlich schlüssige Antwort auf die Frage, was nun wirklich die Hauptursache für die Akzeptanz des Nationalsozialismus in der Rechtswissenschaft war. Die recht ausgeprägte Furcht des Autors, Einzelrechnungen zu machen, verleitet ihn dazu, Schlußfolgerungen über die geistesgeschichtlichen Hintergründe als verallgemeinerungsfähig hinzustellen, während er die politischen Überzeugungen der behandelten Autoren nur als individuelle Standpunkte sehen kann und nicht auch als Phänomene der Zeit, die abstrahierungsfähig sein könnten. Die zweite Anmerkung bezieht sich auf das fast vollständige Fehlen eines Aktualitätsbezugs.¹² Was können wir aus dieser rechtsgeschichtlichen Untersuchung für heutige Methodenentwicklungen ableiten? Die Wertediskussion ist ja nicht passé. Wie hat sich der Bruch im Jahre 1945 methodentheoretisch ausgewirkt? Inwieweit sind die von Lepsius erörterten Methodenbewegungen der Weimarer Zeit, die zur Materialisierung des Rechts und zur Auflösung der juristischen Begrifflichkeit führten, in die bundesdeutsche Jurisprudenz mitgeschleppt worden? Dies sind Fragen, die sich aufdrängen und im Rahmen der Untersuchung jedenfalls kurz hätten angesprochen werden können. Durch Straffung der Darstellung an anderen Stellen, etwa das Unterlassen mehrfachen Zusammenfassens, hätte sich hierfür wohl auch Raum ergeben. Aber das sind Anmerkungen, die keinen Abstrich daran machen sollen, daß Lepsius mit dieser höchst niveauvollen Arbeit einen beachtenswerten, innovativen Beitrag zur Methodenentwicklung der Zwischenkriegszeit geliefert hat.

Manfred H. Wiegandt

¹² Dies geht sogar soweit, daß die in Fußnoten für eine Reihe von behandelten Autoren – merkwürdigerweise nicht für Larenz und Schmitt – gegebenen biographi-

schen Daten sich nicht auf die Nachkriegszeit erstrecken, wodurch die teilweise erschreckende personelle Kontinuität über die NS-Zeit hinaus nicht sichtbar wird