

Manfred H. Wiegandt

Die Weimarer Staatsrechtslehre aus dem Blickwinkel des 21. Jahrhunderts*

I. Weimarer Staatsrechtslehre – und kein Ende?

Die nur gut dreizehn Jahre der Weimarer Republik sind wie außerdem wohl nur die folgenden zwölf Jahre der NS-Herrschaft in fast allen Wissenschaftsbereichen Gegenstand intensivster Forschung gewesen und sind es immer noch. Im Bereich der Rechtswissenschaft wurde dabei insbesondere die Debatte der Weimarer Staatsrechtslehrer immer wieder neu betrachtet und von den verschiedensten Seiten her beleuchtet. Inzwischen gibt es, zum Teil gar mehrere, Biografien bzw. Werkbiografien über fast alle an der Debatte Beteiligten. Auch wenn historische Forschung zum Teil in der immer wieder neuen Bearbeitung und Bewertung besteht, haben neue Arbeiten zum Thema zumindest zu erklären, was sie denn an Neuem oder zumindest neuen Ansätzen zu bieten vermögen. Im Rahmen dieses Besprechungsaufsatzes sollen drei Bände vorgestellt werden, die jeder für sich das Weimarer Staatsrecht aus einem besonderen Blickwinkel betrachten.

II. Die Weimarer Staatsrechtslehre aus der Sicht von Nichtjuristen

1. Die Debatte?

Der von Manfred Gangl herausgegebene Band macht insofern neugierig, als in ihm nur ein Jurist, dafür aber sechs Politikwissenschaftler und einschließlich des Herausgebers drei Germanisten zu Wort kommen und noch dazu drei der Beteiligten, inklusive Gangls selbst (Universität Angers), an französischsprachigen Universitäten tätig sind. In seiner Einleitung stellt der Herausgeber in Aussicht, die „ganze Breite und Relevanz der Debatte“ unter den Weimarer Staatsrechtslehrern mit diesem Band zu rekonstruieren. Der Leser wird diesbezüglich jedoch recht herbe enttäuscht. Allein vier Beiträge drehen sich mehr oder minder um Carl Schmitt und reihen sich damit nahtlos in die Publikationsinflation der „Carl Schmitt und ...“-Werke ein. Weder der Aufsatz der Germanistin Sylvie Hürstel aus Poitiers über den Göttinger Rechtsphilosophen Julius Binder noch der der Chemnitzer Politikwissenschaftlerin Ellen Thümmel über die Weimarer Staatsrechtsdebatte aus Sicht des „Nichtjuristen“ Waldemar Gurian, der nach Aussage der Autorin selbst die Weimarer Debatten der Staatsrechtslehrer nicht einmal kannte (234), noch der des Montrealer Politologen Augustin Simard über die aus der Weimarer Erfahrung entwickelten Demokratieschutz-Vorstellungen von Karl Loewenstein und Carl J. Friedrich haben viel mit dem eigentlichen Thema zu tun. Selbst der mehr archivarisch berichtende als analysierende Beitrag des

* Besprechungsaufsatz zu: Manfred Gangl (Hrsg.), Die Weimarer Staatsrechtsdebatte. Diskurs- und Rezeptionsstrategien, Baden-Baden (Nomos) 2011, 291 S., brosch., 29,- €; Kathrin Groh, Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats, Tübingen (Mohr Siebeck) 2010, 648 S., geb., 119,- €; Ulrich Jan Schröder/Antje von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, Tübingen (Mohr Siebeck) 2011, 356 S., brosch., 64,- €.

Schmitt-Experten Reinhard Mehring über „Carl Schmitt und de[n] Heidelberger Rechtspositivismus“, den er nach einem Forsthoff-Diktum „Die Austreibung des Heidelberger Geistes“ benennt und in dem er Schmitts Beziehung zu Anschütz, Thoma und vor allem Walter Jellinek beleuchtet, streift das Thema nur am Rande.

In seiner Einleitung skizziert Gangl zunächst, allerdings in etwas unzusammenhängender Weise, den Gang der Debatte an Hand der Staatsrechtslehrertagungen in Jena (1924), Münster (1926), München (1927) und zuletzt Halle (1931). Auf die nicht unwichtige Wiener Tagung von 1928 über die Verfassungsgerichtsbarkeit mit den Referenten Triepel und Kelsen geht er nicht ein. In Leibholz' Hallenser Referat zur Wahlrechtsreform, das er zusammen mit dessen erst Anfang 1933 veröffentlichter Schrift über die „Auflösung der liberalen Demokratie“ aber m.E. viel zu undifferenziert als den autoritären Staat als folgerichtige Staatsform legitimierend bewertet (25 mit Anm. 71), sieht er den Abschluss der Weimarer Debatte. Wie Christoph Möllers¹ deutet Gangl den Methodenstreit zum Teil als Generationenkonflikt, wobei die ältere Generation aus den Labandschen Positivisten bestanden habe, die jüngere dann aus gemäßigten Positivisten wie Anschütz und Thoma mit Orientierung am politischen Liberalismus. Wie sich dann aber andere Ansätze, nämlich der Positivismus Kelsenscher Prägung, der teleologische Ansatz Triepels und die geisteswissenschaftlichen Ansätze von Kaufmann oder Holstein wie auch die kultursoziologische Variante Hellers hierbei einordnen lassen, wird vom Autor kaum deutlich gemacht. Die wohl interessanteste Frage, ob dem Meinungsstreit politische Motive zu Grunde lagen, wird von Gangl dahin beantwortet, dass die Vertreter der neuen Lehre ihre Neuinterpretation meist als methodisch deklarierten, während die Verteidiger der bisherigen Lehre in dem Angriff auf den Positivismus eine Attacke auf die Weimarer Demokratie witterten (30 f.). Dennoch sei eine Einteilung der Kontrahenten als Befürworter bzw. Gegner der Republik nicht deckungsgleich mit der Unterscheidung zwischen Positivisten und Antipositivisten. Das Rechts-Links-Schema habe keine entscheidende Rolle gespielt. Gut belegt scheint mir diese These aber nicht. Wird man nicht sagen können, dass mit der Ausnahme Hellers und Preuß' fast alle antipositivistisch denkenden Staatsrechtslehrer² eher Skeptiker der Weimarer Demokratie waren? Die vielerorts zu vernehmende „differenzierende“ Bewertung der Antipositivisten als nicht unbedingt die Demokratie ablehnend scheint mir auf einer Überbewertung des aus der Retrospektive etwas naiv anmutenden Diskussionsbeitrags Hellers³ auf der Münsteraner Staatsrechtslehrertagung von 1926 zu beruhen.

Der Chemnitzer Politikwissenschaftler Frank Schale befasst sich mit den Frühschriften Erich Kaufmanns und damit mit einem sehr eng gefassten Aspekt, was verwundert, da der Band nichts Spezifisches über das Weimarer Werk Kaufmanns anzubieten hat. Für Schale beinhaltet die Fixierung der Staatsrechtsdebatte auf die Weimarer Periode eine Verkennung der historischen Entwicklung der Kontroverse. Die Frage nach den über den Wechsel der Staatsform hinausge-

1 Möllers, Der Methodenstreit als politischer Generationenkonflikt – Ein Angebot zur Deutung der Weimarer Staatsrechtslehre, *Der Staat* 43 (2004), S. 399–423.

2 Eine differenzierendere Wertung erscheint mir nur bei Leibholz angebracht. Siehe dazu zuletzt Wiegandt, Von der Weimarer zur Bonner Republik: Gerhard Leibholz (1901–1982), in: Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815 bis 1945, Tübingen 2009, S. 373–397, insbes. S. 387 ff.

3 VVDStRL 3 (1927), 57: „Daß unsere Auffassung nicht der Ausdruck einer bestimmten politischen Machtstaatslehre ist, geht schon daraus hervor, daß ich auf einem von Kaufmann sehr verschiedenen politischen Standpunkte stehe.“

henden Ursachen der Debatte ist dabei nicht neu.⁴ Dies muss allerdings nicht dazu führen, dass man die Kontroverse zwischen Schmitt und Kelsen wegen deren damaliger Außenseiterposition wie Schale als eine falsche Fokussierung zu empfinden hat (41), denn die Angriffe auf Kelsen haben die Debatte ja wesentlich geprägt. Schale weist zwar durch seine Analysen der Vor-Weimarer Schriften Kaufmanns nach, dass dieser bereits während des Kaiserreichs stark politisiert war, einer organischen Staatsvorstellung huldigte und den Gesetzespositivismus daher ablehnte. So sprach er 1917 von hinter der Verfassung lebenden Mächten, die von einer formalen Jurisprudenz nicht erfasst werden könnten (63), was dem Leser unschwer als Vorbote auf seine oft zitierte Aussage auf der Münsteraner Tagung, dass der Gesetzgeber nicht der Schöpfer des Rechts sei,⁵ erscheint. Im Rahmen der angestrebten Rekonstruktion der Weimarer Staatsrechtsdebatte ist dieser Nachweis antipositivistischer Züge in Kaufmanns Frühwerk zwar interessant, aber insgesamt doch eher marginal.

2. *Kelsen, Smend und Schmitt*

Karsten Malowitz, Politologe aus Halle, liefert in seinem Beitrag eine ausgesprochen lesbare Darstellung der diametral entgegengesetzten staatstheoretischen Konzeptionen von Kelsen und Smend und behandelt damit ein zentrales Thema der Weimarer Debatte. Anders als Schale sieht er die Methodendiskussion nicht als rein akademischen Streit, sondern als „politisch konnotierte Kontroverse“ (70) an und erwähnt, dass der Richtungsstreit „erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung“ nach Gründung der Republik einsetzte (71). Kelsen hatte für ihn dabei eine gewaltige Resonanz, wenngleich diese „bei den deutschen Fachkollegen fast durchweg negativ“ war. Dabei waren immer wieder die gleichen Vorwürfe zu hören: Kelsens Lehre sei öde, leer, abstrakt und entwerfe ein „einseitig verkürztes Zerrbild der Realität“ (77). Malowitz stellt vor allem Smends Integrationslehre sehr prägnant und verständlich dar. Smend bringe mittels seines geisteswissenschaftlichen Ansatzes „den gesamten, von Kelsen aus methodologischen Gründen ausgeklammerten Bereich der Staatssoziologie“ wieder zurück (80). Damit die von Smend dargestellte Integration der Individuen in den Staat funktioniere, sei es erforderlich, dass es eine auch vom politischen Kampf nicht in Frage gestellte Wertegemeinschaft gebe (83). Für Kelsen dagegen ist der Staat nur eine Form und gewinnt seine Inhalte erst im Rahmen der politischen Auseinandersetzung (75). In Smends Hauptwerk „Verfassung und Verfassungsrecht“ sieht Malowitz zwar keine Kampfschrift gegen die Weimarer Staatsordnung. Dafür sei Smend zu sehr Etatist gewesen. Seine funktionalistische Argumentation lasse jedoch eine „dezidiert anti-republikanische Lesart“ zu, ja lade vielleicht sogar dazu ein (89 f.). Die unterschiedliche – im Falle des Letzteren lange Zeit fehlende – Rezeption Smends und Kelsens in der Nachkriegszeit sieht der Verfasser auch dadurch bedingt, dass Smend beim Wiederaufbau anwesend und beteiligt war, während Kelsen emigriert war. Hinzu komme, dass die materialen Verfassungstheorien auch deshalb dominierten, weil sie mit der „zusammengestrickten Positivismus-Legende“ als moralische Entlastung für Weimarer Nichtpositivisten dienen konnten (92). Was man bei Malowitz’ gelungener Darstellung der beiden Antipoden Kelsen und Smend allenfalls vermisst, ist ein nä-

4 Siehe z. B. Koriath, *Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich*, AöR 117 (1992), S. 212–238.

5 VVDStRL 3 (1927), S. 20.

heres Eingehen auf Kelsens polemisch-politische Schrift gegen Smends Integrationslehre, „Der Staat als Integration“.⁶

Volker Neumann, Schmitt-Kenner und einziger Jurist unter den Autoren des Bandes, stellt Kelsen seinem anderen Antipoden, Carl Schmitt, gegenüber. Neumann erwähnt zunächst, dass Kelsen für materiell denkende Staatsrechtslehrer der Weimarer Zeit das Feindbild an sich (meine Worte) war und sich allen möglichen haltlosen Verdächtigungen ausgesetzt sah. Mit seiner Theorie könne man sich Ergebnisse allenfalls erschleichen (Kaufmann), sie verbreite „ideologisch getarnte Inhalte“ (Koettgen), versuche das Wesen der Staatslehre zu „verschleiern“ (Koellreutter), löse die geistige Wirklichkeit in „Betrug“ auf (Smend), sein Verfahren sei „undeutsch“, „substanzlos“, „destruktiv“ (v. Hippel), verderbe die akademische Jugend und untergrabe „jegliche Achtung vor Recht und Staat“ (Hold-Ferneck). Soweit die Kritik auf seine Methode überhaupt einging, erschöpfte sie sich in bald zu Kampfbegriffen werdenden Plattitüden wie „obrigkeitsstaatlicher Rechtsformalismus“ (Kaufmann) oder „soziologischer Formalismus“ (Heller). Was Schmitts Reaktion auf Kelsen angeht, erwähnt Neumann als infamste Äußerung die im Schlusswort auf der von diesem 1936 veranstalteten Konferenz zum „Judentum in der Rechtswissenschaft“ gegebene Charakterisierung der reinen Rechtslehre als die „Wiener Schule des Juden Kelsen“. Dabei stellt Neumann heraus, dass Schmitt zu den wenigen gehörte, die Kelsens Schriften nicht nur gelesen, sondern auch verstanden hatten (101 f.). Es gab zwar auch Übereinstimmungen zwischen Schmitt und Kelsen, so bei der Feststellung, dass die anzuwendende Norm die Rechtsanwendung niemals vollständig determiniere (103). In der Regel waren die beiden Theoretiker aber in ihren Positionen diametral entgegen gesetzt. Wenn Kelsen den Staat als veränderbare Rechtsordnung ansah, legitimierte Schmitt die staatlichen Rechtsakte mit vorstaatlichem, abstraktem Recht, über das das Individuum nicht verfügen kann (106). Für Kelsen bestand das Prinzip der Demokratie in dem der Freiheit, zu dem die Gleichheit nur dienend hinzutrat; für Schmitt dagegen war die Gleichheit in Form der Identität das Substrat der Demokratie (107 f.). Befürwortete Kelsen trotz Bedenken die Einrichtung der Staatsgerichtsbarkeit, da eine Verfassung, die verfassungswidrige Akte nicht aufhebbar mache, keine volle Rechtsgültigkeit besitze, war für Schmitt die Entscheidung über Verfassungsfragen kein justizieller Akt mehr (111). Die Homogenität eines Staates war für Kelsen nur notwendige Bedingung dafür, dass sich die Bürger friedlich um die Dynamik des Staates bemühen konnten, für Schmitt dagegen Ausdruck von Statik (109). Die staats-theoretischen Divergenzen setzten sich im Völkerrecht fort. Souveränität bedeutete für Kelsen nur eine Eigenschaft der Rechtsordnung, nicht aber des Staates (115), für Schmitt hingegen war sie wesentliches Attribut des Staates (115 f.). Neumann zeigt, dass sich vieles in Schmitts Denken nur in Kontraposition zu Kelsen vollständig analysieren lässt: „Wer über Schmitt spricht, darf zu Kelsen nicht schweigen.“ (123)

3. *Radbruch und andere Demokraten*

Der vielleicht interessanteste Aufsatz des Bandes ist der der in Dijon lehrenden Germanistin Nathalie Le Bouëdec über den Beitrag Gustav Radbruchs zur Weimarer Staatsrechtsdiskussion, mit dem sie einen Aspekt ihrer leider bisher nur in Französisch veröffentlichten Pariser Dissertation⁷ über den Weimarer Rechtsphilosophen und Politiker auf Deutsch präsentiert. Sie vermag zunächst zu be-

6 Wien 1930, Untertitel: Eine prinzipielle Auseinandersetzung.

7 Le Bouëdec, Gustav Radbruch. *Juriste de gauche sous la République de Weimar*, Quebec 2011. Siehe die lobende Besprechung von Böttcher, KJ 2011, S. 467–471.

gründen, warum Radbruch, obwohl als Strafrechtler sicherlich kein Protagonist der Debatte, dennoch bei der Betrachtung miteinbezogen werden muss, denn bei ihm finde sich die für den Methodenstreit so „typische Verstrickung theoretischer und politischer Momente“ (189). Höchst fraglich ist für die Autorin die oft vorgenommene Einordnung Radbruchs als typischer Positivist. Le Bouëdec zeigt auf, dass Radbruch schon 1914 die „Überwindung des Positivismus“ verkündete und kurz nach der Republikgründung dem Labandschen Positivismus eine scharfe Absage erteilte, was er nicht nur politisch begründete, sondern auch mit dessen Ignorierung aller metajuristischen Betrachtungen (191). Warum Radbruch aber doch als Positivist bezeichnet werden kann, ist für die Autorin in dessen Rechtsgeltungsbegründung zu suchen. Entscheidend sei für ihn die Unterscheidung zwischen Sein und Sollen. Die letzten Sollens-Sätze beruhten nicht auf Erkenntnis, sondern seien Bekenntnis-Sätze (194). Das heißt für die Rechtspraxis, dass, wenn niemand feststellen könne, was gerecht sei, wenigstens jemand entscheiden müsse, was rechtens sei (195). Insgesamt sollte man nach Le Bouëdec Radbruch eher jenseits von Naturrecht und Positivismus einordnen. Die eigentliche Trennungslinie zwischen Radbruch und den materiell denkenden Weimarer Staatstheoretikern, die ihm deren Gegnerschaft eintrug, aber ihn mit Kelsen verband, war für die Autorin nicht der Positivismus, sondern sein Relativismus (196). Untypisch im Vergleich zu den meisten Weimarer Staatsrechtslehrern war auch Radbruchs ebenfalls in seinem Relativismus wurzelnde Befürwortung des Weimarer Parteienstaates, dessen soziologische Wirklichkeit er mit der die Parteien nicht erwähnenden Verfassung interpretatorisch in Einklang zu bringen glaubte (199 f.), womit er bei gleicher Analyse mit einem anderen Ergebnis als z. B. Schmitt aufwartete.

Auch was den Volksbegriff angeht, stand Radbruch Kelsen näher, denn er unterschied zwischen dem kulturellen Volk als Volksgemeinschaft und dem staatsrechtlichen Volk (200 f.). In der Frage des richterlichen Prüfungsrechts zeigte sich dann, dass für Radbruch politische Erwägungen, die er aber als solche nicht verschleierte, eine wichtige Rolle spielten. Die Autorin, seine Position als „defensiven demokratischen Gesetzespositivismus“ bezeichnend, meint, dass Radbruch das richterliche Prüfungsrecht nicht grundsätzlich ablehnte, aber doch im Weimarer Kontext, wo es den Gerichten an der erforderlichen „Autorität“ (202) – vielleicht besser Legitimität – mangelte. Im Hinblick auf die Weimarer Staatsrechtsdebatte weist Le Bouëdec auch darauf hin, dass Radbruch Smends Integrationslehre ablehnte, weil er darin die Möglichkeit angelegt sah, dass die Integration nicht auf den demokratischen Volkswillen, sondern auf die nicht konturierte Volksgemeinschaft gestützt werden konnte (204). Aufmerksamkeit verdient auch, was Le Bouëdec zu Radbruchs „Nachkriegswende“ zu sagen hat, die für sie hinsichtlich der „Radbruchschen Formel“ eher eine Akzentverschiebung war, denn Radbruch behauptete ja nicht, dass Naturrecht positives Recht breche, und bestand weiterhin auf dem prinzipiellen Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Gerechtigkeit. Ihm sei es bei seiner Formel im Wesentlichen um das Problem des Unrechtsstaates gegangen (209 f.). Verhängnisvoller war für die Autorin Radbruchs Behauptung, der Positivismus habe die Juristen wehrlos gemacht, denn mit dieser These habe er einer „teilweise verzerrten Deutung und Rezeption der Weimarer Debatte“ Vorschub geleistet und kompromittierten Juristen Argumente geliefert, sich der Naturrechtsrenaissance anzuschließen (209). Mit ihrer auch sprachlich vorzüglichen Darstellung wirft Le Bouëdec einen sehr guten und erfrischenden Blick auf einen im Rahmen der Betrachtung des Weimarer Richtungsstreites oft vernachlässigten Theoretiker und Praktiker.

Der an der Hochschule des Bundes in Lübeck lehrende Politologe Robert Chr. van Ooyen schließlich gibt uns einen gut lesbaren, wenn auch eher feuilletonistischen Überblick über drei demokratische Staatsrechtslehrer Weimars, Radbruch, Thoma und Kelsen. Die sehr knappen Abrisse über Radbruch und Thoma brauchen hier nicht Gegenstand tieferer Erörterung zu sein. Hinsichtlich Thomas beschränkt sich der Verfasser ohnehin mehr oder minder auf die Wiedergabe des Aufsatzes eines anderen Autors, und eine Behandlung Radbruchs war neben der exzellenten Darstellung von Le Bouëdec in diesem Band eher überflüssig. Bei Radbruch und Thoma zieht van Ooyen nur jeweils eine Originalschrift zu Rate – wohingegen er in diesem kurzen Beitrag zwölf seiner eigenen Schriften zitiert. Was der Autor über Kelsen zu sagen hat, ist wohl am Wichtigsten. Kelsens „Staatslehre ohne Staat“ sei vielleicht „die Verfassungslehre der offenen Gesellschaft in der postnationalen Moderne“ (249). Wie bei Radbruch, nur noch radikaler, sei man Bürger im Kelsenschen Staat nicht qua Ethnie, sondern im normativen Sinne (251). Seine Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft werde erst richtig verständlich, wenn man sie nicht von seiner Rechts-, sondern von seiner Demokratietheorie her lese (253). Die Bedeutung Kelsens komme, nachdem man nach 1945 zunächst dem Positivismus die Schuld am Untergang Weimars gegeben habe und den staatszentrierten Theorien Schmitts und Smends gefolgt sei, erst jetzt zum Vorschein (253).

III. Die Großen Fünf unter den demokratischen Staatsrechtslehrern

In ihrer im Jahre 2008 in Bielefeld angenommenen juristischen Habilitationsschrift vertieft Kathrin Groh, mittlerweile Professorin an der Universität der Bundeswehr in München, ein Thema, das dem Betreuer und Anreger ihrer Arbeit, Christoph Gusy, bereits bei einer interdisziplinären Tagung im Jahre 2000⁸ ein Anliegen war, nämlich den Blick auch einmal auf die demokratischen Ansätze jener Zeit zu richten. Anders als die seinerzeitige Konferenz konzentriert sich Groh indes auf Staatsrechtslehrer und diesbezüglich nur auf die wohl landläufig als die relevantesten erachteten „Big Five“ (warum Englisch?), nämlich Hugo Preuß, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hans Kelsen und Hermann Heller. Während man gegen diese Fokussierung kaum etwas einwenden kann, scheint der Ansatz der Autorin aber doch in dreierlei Hinsicht hinterfragenswert. Erstens operiert sie mit dem Begriff „demokratisch“ so, als ob dies ein feststehender Maßstab sei. Zweitens hat sie eine doch recht eingeeengte kontemporäre und daher fast unhistorische Sichtweise des Begriffs Demokratie, der sich in ihrer Gliederung recht klar widerspiegelt. Demokratie ist danach eine Herrschaftsform („§ 6 Führung und [Eliten]Herrschaft“), parteienstaatlich („§ 7 Der Weimarer Parteienstaat“), pluralistisch („§ 8 Moderne Verbandspluralismustheorie?“), parlamentarisch-repräsentativ („§ 9 Die parlamentarische Demokratie“), grundrechtlich basiert („§ 10 Demokratische Grundrechtslehren ...“), verfassungsstaatlich („§ 11 Vorrang der Verfassung“), immanent („§ 12 ... Das Prä des Staates oder das Prä der Verfassung“) und mit einer Verfassungskontrolle in Form des richterlichen Prüfungsrechts ausgestattet („§ 13 Gewähr der Verfassung“). Die dritte Imponderabilie ist, dass das Ergebnis, die untersuchten Fünf als demokratische Vorbilder herauszustellen, bereits von Anfang an vorgegeben scheint. Weder wird trotz Kritik im Einzelnen deren demokratische Tendenz in

8 Gusy (Hrsg.), *Demokratisches Denken in Weimar*, Baden-Baden 2000.

Frage gestellt noch wird eine klarere Trennungslinie zwischen ihnen und angeblichen nicht- oder antidemokratischen Staatsrechtslehrern vorgenommen.

1. *Staats- und Demokratielehren*

Im ersten Teil ihrer Untersuchung widmet sich die Autorin den „Staats- und Demokratielehren der [behandelten] Weimarer Staatslehrer“, beginnend mit Hugo Preuß. Der Schöpfer der Weimarer Reichsverfassung (WRV) war der einzige unter den Fünfen, der – auf Grund von antijüdischen Vorurteilen und/oder auch seiner Persönlichkeit (Anschütz: „schnodderig“) – niemals einen Lehrstuhl innehatte. Groh bezeichnet ihn als „Herzensrepublikaner“, dessen Verfassungs- und Demokratietheorie aber schwer greifbar sei. Für Preuß, der einem progressiven Fortschrittsglauben anhing, war der Staat etwas organisch Gewachsenes, nicht etwas Gewillkürtes, allerdings nicht in einem irgendwie naturrechtlichen Sinne. Ausgangspunkt und Ziel der Preußischen Demokratielehre war staatliche Selbstverwaltung. Im Gegensatz zu Antidemokraten, die in der Regel von einer vorgegebenen Homogenität des Volkes ausgingen, sah er den Gemeinwillen des Volkes sich durch ein „plébiscite de tous les jours“ (Renan) formen. Entscheidend war für Groh, dass Preuß, wenngleich sein Fokus eng auf staatlichen Verbänden lag, die Genossenschaftslehre seines Lehrers Gierke ins Demokratische wendete, indem er die „verantwortliche Partizipation Aller am Staat“ erstrebte und sich mit dieser „zivilgesellschaftlichen Formel“ bereits im Fahrwasser moderner Demokratietheorien bewegte (41).

Gerhard Anschütz war für die Autorin – Horst Dreier folgend – ein „Vernunftrepublikaner“ und „Demokrat aus Überzeugung“, obwohl er als entschiedener Etatist und Schüler von Laband nicht von vornherein Demokrat gewesen war. Seine Entwicklung zum Demokraten vollzog sich kurz vor und während des Ersten Weltkrieges, als er zunächst das preußische Dreiklassenwahlrecht anprangerte, um dann die Einführung der Demokratie in Preußen und im Reich einzufordern. Insgesamt betrachtet Groh den Verfasser des wichtigsten Kommentars zur WRV als „gemäßigten Positivist(en)“. Gemäßigt deshalb, weil er die ererbte Methode durch soziologische, teleologische und politische Argumentation ergänzte (52). Als Dogmatiker und Pragmatiker berücksichtigte er die praktischen Auswirkungen einer Interpretation und ließ politische Wertungen zu, wenn sie denn offen gelegt wurden. Was ihn als Positivisten charakterisierte, war vor allem die Ablehnung naturrechtlicher Ansätze. Allerdings war er Demokrat nicht aus idealistischen, sondern eher aus etatistischen Gründen, weil nämlich die Selbstbestimmung des Volkes zur Leistungsfähigkeit des Staates beitrug (59 f.). Richard Thoma, lange Zeit Anschütz' Kollege in Heidelberg und mit diesem Herausgeber des bedeutenden Handbuchs des Deutschen Staatsrechts, war, obwohl von Hause aus eher Monarchist, auch nach Auffassung Grohs ein „überzeugter Vernunftrepublikaner“ und liebte die WRV (70). Seinen Positivismus könnte man als noch moderierter als den seines Kollegen Anschütz bezeichnen, weil er den Einfluss der Wirklichkeitswissenschaften bei der Interpretation ausdrücklich befürwortete. Das Vorverständnis ließ sich für ihn nicht aus der Juristerei eliminieren, musste aber offen gelegt werden. Auch wenn er die rein logische Konstruktion Labands für einen Irrtum hielt und die Kelsensche Gleichsetzung von Staat und Rechtsordnung ablehnte, gab es eine deutliche Parallele zu Kelsen, denn der Staat war für ihn weder real noch organisch, sondern eine fiktive, mitgliedschaftliche Zurechnungseinheit für menschliches Handeln. Das übergeordnete Prinzip der Demokratie sah Thoma in dem der Gleichheit, denn Demokratie bedeutete Emanzipation der Unterschicht. Als verantwortliche und absetzbare

Herrschaft war Demokratie für Thoma repräsentativ, wobei er aber selbst cäsaristische Demokratien für konzeptionell möglich hielt, ja die freie Selbstbestimmung des Volkes es sogar erlaubte, die Demokratie wieder abzuschaften.

Hans Kelsen, eigentlich mit der Sozialdemokratie sympathisierend, aber aus akademischen Gründen nicht Parteimitglied, war Herzensdemokrat und Herzensrepublikaner. Er war der strikteste Vertreter einer Trennung von Sein und Sollen. Wer den Staat naturrechtlich, theologisch oder wirklichkeitswissenschaftlich dem positiven Recht gegenüberstellte, war als „Staatstheologe“ seiner Gegnerschaft gewiss. Für ihn hatten Vorverständnis, politische Optionen, die normative Kraft des Faktischen sowie empirische und Geisteswissenschaften keinen Platz bei der juristischen Konstruktion. Der Staat hatte keine eigene Persönlichkeit, sondern war lediglich Zurechnungspunkt für menschliches Verhalten, eine juristische Person, identisch mit der Rechtsordnung, Menschenwerk und nicht unausweichliches Schicksal: „Der Staat, das sind wir.“ Das Grundprinzip der Demokratie war für ihn die Freiheit, denn wenn sich möglichst viele in der Mehrheit sehen, ist der Autonomieverlust am Geringsten. Für Kelsen basierte die Demokratie auf der Weltanschauung des Werterelativismus. Er glaubte aber auch an ein evolutionäres Gesetz der Vernunft und an die Würde des Menschen und sah ähnlich wie Preuß eine der Bedingungen der Demokratie in einer politischen Tugendlehre, was Groh dazu verleitet, ihm die Fundierung in einer „psychologischen verkürzten, empirisch unbewiesenen und vormodernen Charakterologie des Menschen“ (138) zu attestieren.

Hermann Heller schließlich, wie Kelsen und Preuß Jude, gehörte dem rechten Flügel der Sozialdemokratie an. Er propagierte nicht nur die wirklichkeitswissenschaftliche Fundierung der Staatslehre, sondern fühlte sich, wie die Autorin es ausdrückt, als „nicht-neutraler Beobachter ... berechtigt, eine dieser Optionen als die wissenschaftlich gültige zu setzen“ und das „politisch Wünschenswerte“ zugleich als das „theoretisch Richtige“ auszugeben. Seine politische Staatstheorie war wesentlich „aus seiner eigenen politischen Option für die sozialistische Demokratie gespeist“ (143). Groh sieht Hellers Werk, das sie prinzipiell eher kritisch betrachtet, insgesamt als „vielschichtig interpretier- und ausschaltbar“ an, tiefgründig, mit innerer Geschlossenheit, aber auch zeitgebunden, viele Fragen offen lassend und teilweise in sich widersprüchlich (144 f.). In Hellers induktiver Struktur- und Kulturwissenschaft ist der Mensch Produkt seiner Umwelt, wozu auch der Staat als Kulturgut gehört. Für Groh ist allerdings Hellers Spagat, Staat als „eine reale und doch sinnhafte wie bewirkbare und damit veränderliche und für die Gesellschaft notwendige Struktur zur Koordination ihres geordneten Zusammenwirkens“ darzustellen (151), kaum gelungen. Positiv bewertet Groh allerdings, dass Heller den Staat für das pluralistische gesellschaftliche Kräftespiel öffnete, ohne die Organisation und Organe zu vernachlässigen. Als Etatist sah er die erstrebte „ökonomische Vergemeinschaftung der Gesellschaft“ vor allem über die „politische Gestaltungsmacht des Staates“ erreichbar (177). Hellers Suche nach Integrationsfaktoren des Staates erinnert bisweilen an Smend. Den Unterschied zu diesem sieht Groh darin, dass Hellers Integrationsprozess (zum Teil) durch bewusstes und gewolltes menschliches Handeln mittels Rechtsetzung vor sich gehe. Von Schmitt trenne ihn ebenfalls die gewollte Entscheidung *aller* für die Einheit des Staates. Die Bedingung der Homogenität, die Heller ebenso wie Schmitt sehe, sei aber eine keine illusorische spannungs- und konfliktlose, auch kein substantieller Zustand und lasse Kompromissbereitschaft zu (182). Das ist zwar ein (recht) kleiner, fast konstruierter Unterschied zu Smend und ein vielleicht etwas größerer zu Schmitt. Rechtfertigt das aber ohne Weiteres, Heller als

Demokraten zu sehen, die meisten anderen Anhänger von nicht-positivistischen Lehren aber rundherum als Anti-Demokraten?

2. *Staatsrechtliche Positionen der Demokraten*

Im zweiten Teil ihres Buches beschäftigt sich die Autorin mit der „Theorie und Praxis des Weimarer Regierungssystems“, das heißt, sie untersucht die Stellung der fünf Protagonisten zu einzelnen Weimarer verfassungsrechtlichen und -theoretischen Problemen. Alle Fünf waren sich einig, dass Demokratie Führung durch Eliten beinhalte, wobei sie aber den Schwerpunkt auf ein rechtlich geregeltes Auswahlverfahren und auf die grundsätzliche Ablehnung eines Einzelnen als Führer legten. Am Weitesten voneinander entfernt scheinen dabei die beiden der Sozialdemokratie zuneigenden Heller und Kelsen. Während Heller für Groh eine gewisse Neigung zum Geniekult hatte und weniger Wert auf das ordinäre Führen in verfassungsrechtlich geregelten Bahnen legte (208, 210), lehnte Kelsen jeden Geniekult konsequent ab, betonte die Notwendigkeit der rationalen Führerauslese und verstand Demokratie nicht nur als Beteiligung der Aktivbürgerschaft an der Auswahl der Führer, sondern gleichzeitig als Kontrolle und Abwahlmöglichkeit derselben wie als Zwang zur Transparenz, damit also als permanente Verantwortlichkeit der Führer vor den Wählern (215 f.).

Den wohl deutlichsten Unterschied zu anti- bzw. nichtdemokratischen Staatslehrern sieht Groh in der Haltung der Fünf zu den politischen Parteien, denn alle waren sie von der Notwendigkeit politischer Parteien für das Funktionieren der repräsentativen Demokratie überzeugt. Sie verorteten die Parteien an der Schnittstelle zwischen Staat und Gesellschaft. Bemängelt wird von Groh jedoch, dass bei dem Versuch, die Parteien in den Staat zu integrieren, diese oftmals vom gesellschaftlichen Pluralismus entkoppelt wurden und damit auf das tradierte Bild der Einheit von Staat und Gesellschaft rekurriert wurde (240 f.). Bezogen ist diese Kritik wohl vor allem auf Gustav Radbruch, dem die Autorin in diesem Kapitel, obwohl er eigentlich weder zu den Fünfen gehörte noch Staatsrechtler war, nicht ohne Grund breitere Aufmerksamkeit zollt. In Radbruchs Vorstellungen, die denen des später als Parteienstaatstheoretiker apostrophierten jungen Gerhard Leibholz (und auch Thoma) recht nahe kamen, waren die Parteien notwendig zur Konstituierung des Volkswillens und besaßen daher eine staatsorganisationsfunktionale Funktion. Dass Groh diese im Weimarer Kontext eigentlich recht fortschrittliche Position auf der Folie eines modernen, offensichtlich zivilgesellschaftlich orientierten Bezugsrahmens kritisiert, scheint mir eine etwas unhistorische Herangehensweise. Eine ähnliche Kritik kann man gegen ihre Betrachtung der (meist unterentwickelten) pluralistischen Elemente in den Theorien der demokratischen Weimarer Staatsrechtslehrer vorbringen. Kann man jedoch Etatisten wie Anschütz oder Thoma, aber auch Preuß oder Heller, wirklich vorwerfen, dass sie in der Zeit des gerade erfolgten Übergangs von der Monarchie zur Demokratie die heute anerkannte Bedeutung des Verbändepluralismus noch nicht erkannt oder zumindest vernachlässigt haben?

Ausführlichst beschäftigt sich die Autorin mit der Stellungnahme der behandelten Staatsrechtler zur parlamentarischen Demokratie. Was das Wahlrecht angeht, wurde von allen bis in die Krisenjahre Weimars das Verhältniswahlrecht bevorzugt, ob sie nun wie Preuß das Wahlrecht im hergebrachten Sinn als Staatsauftrag an den Einzelnen oder wie Kelsen fortschrittlich als subjektives Recht ansahen. Wesentliche Unterschiede gab es jedoch in den „(d)emokratischen Rechtserzeugungslehren“ der Fünf. Hugo Preuß bescheinigt Groh wegen seiner – von ihm selbst allerdings abgestrittenen – Nähe zum Volksgeist der Historischen Schule,

seiner Orientierung an einem daraus abgeleiteten Common Law und seiner „Verwurzelung im organisch Gewachsenen (und nicht Gewillkürten)“ einen fast „parlamentarismusabträgliche(n)“ Gesetzesbegriff (307). Auch wenn Preuß keine naturrechtlichen Anleihen machte und keine Skepsis gegenüber der Gesetzgebung mitbrachte, vernachlässigte er nach Ansicht der Autorin die Willensbildung in und außerhalb des Parlaments. Für ihn war im Ergebnis Recht doch nichts Gewillkürtes, sondern etwas lediglich Deklariertes. Die fast diametral entgegen gesetzte Auffassung offerierte der Positivist Anschütz, für den Recht nicht erkannt oder gefunden, sondern von den zuständigen Organen gesetzt wurde, wobei Groh aber bemängelt, dass er bis zum Preußenschlag-Prozess der zunehmenden Notverordnungspraxis aus Gründen der Staatsräson nicht entgegentrat (339). Konsequenter noch als Anschütz in der Einräumung von Gestaltungsfreiheit an das Parlament als eigentlichem verfassungsrechtlichen Gesetzgeber war Kelsen. Aus seiner werterelativistischen Position und seiner Reinen Rechtslehre heraus waren dem Parlament bei der Verabschiedung von Gesetzen im Prinzip keinerlei Hindernisse in den Weg gelegt. Er betonte den prozeduralen Charakter der Gesetzgebung und gab der Legalität Vorzug vor nicht kontrollierbaren und missbrauchbaren Gerechtigkeitserwägungen. Für Kelsen diente der parlamentarische Kompromiss dem gesellschaftlichen Frieden und der sozialen Integration (355). Obgleich Thoma den Werterelativismus als Fundierung seines Denkens von sich wies, war er doch auf Kelsens Linie, wenn er den parlamentarischen Kompromiss als wünschenswert ansah und dem Staat eine unbeschränkte Kompetenz zu umfassender Gesetzgebung bescheinigte. Der Volkswille werde prozedural, durch den Willen der Mehrheit, bestimmt.

Etwas obskur mutet dagegen das Rechtsverständnis Hellers an. Obwohl er kein Naturrechtler war, ging er doch davon aus, dass in einer Gesellschaft apriorische, sittliche, evidente Rechtsgrundsätze existierten, die die Gesetzgebung zu beachten habe (373 f.). Staatliche Normsetzung schaffe zunächst noch kein geltendes Recht, sondern sei eine „Offerte des Gesetzgebers an die Normadressaten“ (376). Diese Aussage in Hellers 1933 posthum erschienener Staatslehre klingt fast wie die Formulierungen Kaufmanns auf der Münsteraner Staatsrechtslehrertagung.⁹ Groh weist einen solchen Vergleich aber – vielleicht etwas vorschnell – zurück, weil es Heller nicht darum gegangen sei, das überpositive Recht gegen den parlamentarischen Gesetzgebers auszuspielen (374).

Ein harsches Urteil hat die Verfasserin „aus heutiger Sicht“ für die Grundrechtslehren der behandelten Staatsrechtslehrer parat. „Mit der fehlenden Einsicht in die Bindung des einfachen Gesetzgebers an die verfassungsrechtlich garantierten Konstitutionsprinzipien des Staates“ hätten sie „weder deren rechtsstaatliches noch deren demokratisches Potential erkannt oder ausgeschöpft“ (410). Insbesondere bei Kelsen, dem die Autorin ansonsten sehr gewogen ist, erkennt sie, Horst Dreier folgend, wegen dessen „kaum vorhandene(r) Beschäftigung mit den Grundrechten“ eine „gravierende Schwachstelle“ seiner Staats- und Demokratietheorie (422). Groh weist darauf hin, dass für den konstitutionellen Dogmatiker Anschütz der Gesetzesvorbehalt das eigentliche Muttergrundrecht war, wohingegen den Einzelgrundrechten nur deklaratorische Bedeutung zukam. Die sozialen Grundrechte der WRV waren für alle Beteiligten, einschließlich Heller, dem es auf die Umsetzung am meisten ankam, nur Programmsätze. Man könnte daher Groh zustimmen geneigt sein, dass die Bedeutung der Grundrechte in der Tat von den Weimarer Demokraten noch nicht erkannt wurde, auch wenn Thoma mit seinem Eintreten für eine die Wirkkraft der Grundrechte betonenden

9 Siehe Fn. 5.

Auslegung einen zukunftsweisenden Beitrag lieferte. Vielleicht war die Zeit in Weimar aber für die demokratischen Staatsrechtslehrer auch noch nicht reif, einer antidemokratischen Richterschaft über die Grundrechte, insbesondere den Gleichheitssatz, ein Einfallstor zur Aushebelung des parlamentarischen Gesetzgebers zu öffnen. Dies wird von der Autorin nur unzureichend problematisiert. Sie diskutiert zwar die sozialen Grundrechte, aber nicht ausdrücklich den allgemeinen Gleichheitssatz. Gerade dieser hätte aber eine Behandlung verdient gehabt, war er doch der Kristallisationspunkt, an dem die Meinungen von Positivisten und Antipositivisten, Demokraten und Antidemokraten in Weimar besonders auseinander gingen und der im Fokus der Staatsrechtsdebatte stand.

3. Volk, Staat, Verfassung

Im dritten Teil ihres Werks, „Demokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik“, versucht die Verfasserin eine nicht ganz deutlich werdende Synthese der beiden vorangegangenen Teile. Im Kapitel über den „Vorrang der Verfassung“ geht es zunächst um die Frage, ob dem Volk als *pouvoir constituant* gegenüber den repräsentativen Verfassungsorganen, dem *pouvoir constitué*, Reservatrechte zukommen, wie dies Carl Schmitt mit seiner Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz suggerierte. Eine Trennung zwischen dem nicht verfassten und dem verfassten Volk wurde aber von den demokratischen Staatsrechtslehrern abgelehnt, besonders von den Positivisten Anschütz, Thoma und Kelsen, denn für sie gab es nur das verfasste, organschaftlich handelnde Volk als Akteur. Preuß wies bereits den Souveränitätsgedanken an sich zurück und stieß somit nicht zum von Konservativen herausgestellten Problem vor. Einzig Heller war hier nicht auf gleicher Linie, was von Groh im anschließenden Kapitel über „Die Verfassung als Konstituante des Staates – Das Prä des Staates oder das Prä der Verfassung?“ problematisiert wird.

Für Preuß, der den Staat als wesensgleiches Glied in einer Kette von Verbandspersonen sah, die den Kern seiner genossenschaftlichen Theorie ausmachten, gab es Macht nur in rechtlich zugeteilten Kompetenzen, und für Kelsen war ein Staat außerhalb der Rechtsordnung schlichthin undenkbar. Bei Anschütz, der im Grunde den Staat der Verfassung vorgelagert sah, erkennt Groh einen allmählichen Sinneswandel mit dem Übergang vom Kaiserreich zur Republik. Sein Etatismus habe sich von einem rechtsstaatlichen zu einem verfassungsrechtlichen Verständnis fortentwickelt und sei damit zu einem modernen Verständnis der Verfassung als Konstituante des Staates und einer rechtlichen Grundordnung des Politischen gelangt (505). Wie Anschütz sah auch Thoma ein Prä des Staates, und Groh macht bei ihm eine „gewisse Wankelmütigkeit“ bei der Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Verfassung aus.

Obwohl Heller die Verfassung als Grundordnung von Staat und Gesellschaft deklarierte, sieht die Autorin bei ihm die steuernde und motivierende Kraft der Verfassung als zu kurz gekommen. Die normative Kraft der Verfassung werde bei ihm in dem Augenblick aufgekündigt, in dem sie für die anderen demokratischen Staatsrechtler am Notwendigsten werde, nämlich im Ausnahmezustand (519 f.). Diesbezüglich stehe Heller Schmitt sehr nahe, auch wenn er nicht auf dessen Feindbegriff rekurriere. Hinter Hellers Souveränitätsbegriff verberge sich „im Grunde die Legitimierung einer weder metajuristisch noch positiv-rechtlich gebundenen oder juristisch kontrollierten normativen Kraft des Faktischen“ (525 f.). Indem Heller quasi jedem Repräsentativorgan des Volkes im Ausnahmezustand die Souveränität zuspricht, sofern es diese Souveränität nur aktualisieren kann (529), trennt ihn – so möchte man in Fortführung der Gedanken der

Verfasserin bemerken – nichts mehr wirklich von Schmitt, für den Souverän derjenige ist, der über den Ausnahmezustand entscheidet.¹⁰

Im abschließenden Kapitel des dritten Teils widmet sich Groh der Frage, wie sich die demokratischen Staatsrechtslehrer die „Gewähr der Verfassung“ vorstellten, oder anders ausgedrückt, wie sie zum richterlichen Prüfungsrecht und zur Verfassungsgerichtsbarkeit standen. Anfangs waren dabei alle Vertreter geschlossen gegen das richterliche Prüfungsrecht, weil sie eine Beschneidung der Kompetenzen des Gesetzgebers zugunsten der Justiz fürchteten (552). Heller insbesondere trieb die Furcht um den sozialen Rechtsstaat zur Ablehnung des Prüfungsrechts. Die Autorin weist aber auch auf Kelsens Bemerkung in seinem Wiener Staatsrechtslehrerreferat von 1928 über die Staatsgerichtsbarkeit hin, dass eine Verfassung ohne die Möglichkeit, verfassungswidrige Akte zu vernichten, keine wirkliche Rechtsverbindlichkeit besitze (564 f. Anm. 63), und wagt die These, dass die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit prinzipiell im Sinne der Positivisten und Preuß⁷ war (577).

Die trotz erwähnter kleinerer Kritikpunkte sehr gründliche und innovative Arbeit Grohs hat leider ein entscheidendes Manko, und das ist der komplizierte, bisweilen fast gekünstelte Sprachstil der Verfasserin. Überlange Sätze mit substantivischer Konstruktion, ein oft merkwürdiger Satzbau mit eigenwilliger Präpositions- und Konjunktionwahl, reihenweise Inversionen (siehe nur 409 f.), unvollständige, prädikatslose Sätze, dies gepaart mit überflüssigen „neudeutschen“ Anglizismen, lassen nicht gerade Lesevergnügen aufkommen. Das ist schade, denn inhaltlich hätte die Arbeit Leser verdient.

IV. Die heutige Bedeutung der Weimarer Staatsrechtslehre

1. Positivismus

Auf einer Münsteraner Konferenz vom Herbst 2010 ging es schließlich um die Gretchen-Frage, ob die Weimarer Staatsrechtslehre noch eine aktuelle Relevanz hat. Kathrin Groh greift in ihrem Beitrag das Thema ihrer Habilitationsschrift auf und untersucht die Bedeutung der „Großen Fünf“ für die bundesdeutsche Verfassungstheorie. Lohnenswert scheint ihr der Blick auf Weimar im Hinblick auf das Verhältnis von Staat und Verfassungsrecht und auf die Methodenwahl bei der Verfassungsauslegung. Was ersteren Punkt angehe, dürfe sich eine normative Verfassungstheorie nicht dem Diktat der Wirklichkeit unterwerfen (18). Beim Bundesverfassungsgericht sieht die Autorin aber Beispiele, wie der Staat Vorrang vor dem Verfassungsrecht gewinnt, so etwa beim Prinzip der streitbaren Demokratie oder den Staatsfunktionsvorbehalten (19). Was die Verfassungsauslegung betrifft, ist für Groh immer noch der gemäßigte Positivismus eines Richard Thoma mit seinem Einschluss der teleologischen Methode aktuell. Häberles Verfassungslehre als Kulturwissenschaft scheine dagegen an Hermann Heller anzuknüpfen und beuge sich damit in die Gefahr des Normativitätsverlusts.

Der Erfurter Privatdozent Stephan Meyer setzt sich mit dem „Parlamentsgesetz als höchststrangige(m) Befehl“ auseinander, einer bereits in Weimar geführten und weiter aktuellen rechtstheoretischen Debatte. Sein Beitrag ist im Grunde eine Erörterung der Frage: Warum gilt eine Rechtsordnung? Hans Kelsen hatte dieser für ihn unbeantwortbaren Frage durch den Rückgriff auf eine fiktive Grundnorm zu entgehen versucht. Meyer erörtert die verschiedenen Lösungsansätze, kommt

am Ende aber auch nicht weiter als Kelsen. Es blieben Legitimitätsglauben, Rechtsbefolgung aus Gewohnheit oder Alternativlosigkeit oder wegen der Androhung von Sanktionen, die als Grundlage der Gültigkeit des Rechtsbefehls herhalten müssten (185).

Gegenstand der Erörterungen des Privatdozenten Heiko Sauer ist die Frage, welchen Einfluss der Weimarer Methoden- und Richtungsstreit auf die gegenwärtige Debatte um Europäisierung und Internationalisierung des öffentlichen Rechts hat, dies insbesondere bezogen auf das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Ein zentraler Streitpunkt in Weimar war für Sauer der um das Wesen des Staates. Im Lissabon-Urteil, in dem gewissermaßen ein subjektives Recht auf Staatlichkeit hergeleitet wurde, sieht der Verfasser ein Wiederaufleben der Weimarer Debatte, denn Staatlichkeit wurde hier zum Prüfstein der Änderung der europäischen Vertragsgrundlagen (251). Die zentrale Rolle des Staates habe sich unter dem Grundgesetz auf Grund des Einflusses der Smend- und Schmitt-Schulen gehalten. Heute gehe es um die Frage, ob die deutsche Staatszentriertheit der aktuellen Europäisierung und Internationalisierung noch angemessen sei. Was der Verfasser besonders bemängelt, ist, dass wie in Weimar Fragen der Staatstheorie mit solchen des geltenden Verfassungsrechts, besonders auch vom Bundesverfassungsgericht, vermischt werden. Er fordert daher eine Offenlegung, worüber diskutiert wird, auch um zu verhindern, dass erneut Verfassungsrecht durch Staatstheorie „überspielt“ wird. Die geltende Verfassung müsse ernster genommen werden. Es sei angesichts der Herausforderungen der überstaatlichen Integration an der Zeit, „die Nabelschnur zum Weimarer Methoden- und Richtungsstreit endgültig zu kappen“. Das bedeute aber nicht, dass man sich dieser Tradition nicht bewusst sein solle, denn nur, wenn man die Traditionslinien aufdecke, könne man sich von ihnen lösen (259 f.).

2. Smends Integrationslehre

Nele Matz-Lück, Professorin in Kiel, befasst sich mit der Frage, inwieweit die Smendsche Integrationslehre im europäischen Einigungsprozess nutzbar gemacht werden kann. Im Gegensatz zum Schmittschen Verständnis bedürfe es bei Smend zur Integration zwar keiner über das Bekenntnis des Einzelnen zur verfassten Gemeinschaft hinausgehenden Homogenität. Dennoch ist Smends Diktion für Matz-Lück zu unverständlich, um sie auf den europäischen Einigungsprozess anzuwenden. Die Autorin vermag Smends Lehre auf die moderne Situation auch deshalb nur sehr zögerlich anzuwenden, weil für sie mit der vagen Beschreibung des Integrationsprozesses dogmatisch und legitimatorisch nichts zu gewinnen ist. Was im Weimarer nationalen Kontext noch eine gewisse Berechtigung hatte, die Integration durch Vereinheitlichung, ist in einem Europa, in dem die Integration trotz Beibehaltung von Heterogenität bewerkstelligt werden soll, kaum anwendbar. Matz-Lück spricht von einer „oberflächlichen Plausibilität“ der Integrationslehre (56). Man könnte auch sagen, dass, nur weil Smend von Integration spricht, dies noch lange nichts mit Integration in jedem Kontext zu tun haben muss. Vielleicht sollte man offener als Matz-Lück sogar sagen, dass nach Wegziehen des sie umgebenden sprachlich-dialektischen Schleiers die Integrationslehre - zumindest oder erst recht im europäischen Kontext - ohnehin da steht, wie der Kaiser ohne Kleider.

In seinem Beitrag „Rechtswissenschaft für Igel bei Smend und Dworkin“ vergleicht der Freiburger Mathias Hong Smends „Verfassung und Verfassungsrecht“ mit dem letzten Werk des – zwischenzeitlich verstorbenen – amerikanischen Rechtsphilosophen Ronald Dworkin, wobei er ohne Berücksichtigung von

Sekundärliteratur und nur durch Eigenlektüre von Smends Hauptwerk von 1928, „Verfassung und Verfassungsrecht“, nicht nur Smend in die Nähe von Fraenkels Pluralismus bringt (68) und die Smend vorgeworfene fehlende Normtreue an Hand eines Nebensatzes in Verfassung und Verfassungsrecht entkräftet sieht (70). Nein, er vermag auch „tiefgreifende(n) Gemeinsamkeiten“ mit dem amerikanischen Rechtsphilosophen darin zu sehen, dass bei beiden „kulturelle Phänomene aus der Teilnehmerperspektive als wertbezogene Praktiken“ gedeutet würden. Sowohl bei Smend wie bei Dworkin bleibe indes „der demokratische Wert der autoritativen Positivierung des Rechts unterbelichtet“, ihr holistisches Prinzip bedürfe daher „jedenfalls unter dem Grundgesetz einer positivistischen Wendung“ (94). Das bedeute, dass bei einer hinreichend demokratisch legitimierten Verfassung der subjektive Wille des Gesetzgebers zunächst Vorrang bei der Auslegung genieße. Die „methodenleitenden moralischen Grundsätze“, wie etwa das Verständnis von Menschenwürde und Demokratie, blieben aber hinter den interpretativen Fragen stets präsent (96). Hongs wohl recht übertriebenes Fazit: Smends Lehre sei nach wie vor „hochaktuell“, etwa so aktuell wie die Ideen von 1789 (97).

3. Leibholz

Johannes Saurer, inzwischen Professor in Bielefeld, geht den Weimarer Einflüssen auf das Grundgesetz hinsichtlich des allgemeinen Gleichheitssatzes nach. Die in Weimar neue Lehre, den Gleichheitssatz als Willkürverbot zu interpretieren und den Gesetzgeber an diese Grundrechtsnorm zu binden, erfuhr seinerzeit durch Gerhard Leibholz' Dissertation,¹¹ die von seinem Lehrer Heinrich Triepel inspiriert¹² und betreut war, zunehmende Akzeptanz. Stand der Gleichheitssatz noch in Weimar im Mittelpunkt der Staatsrechtsdebatte und des Methodenstreits, wurden die damaligen Hauptstreitpunkte, nämlich die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht und das richterliche Prüfungsrecht durch das Grundgesetz (Art. 1 Abs. 3 GG; Schaffung des Bundesverfassungsgerichts) einer Entscheidung zugeführt. Hong zeigt auf, dass aber auch Leibholz' Willkürformel mit dem Südweststaats-Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts¹³ zu einem frühen Zeitpunkt zur herrschenden Doktrin und erst viel später durch die sog. „neue Formel“ von 1980¹⁴ leicht modifiziert wurde. Auf diese Weise habe Leibholz in besonders effektiver Weise seine Weimarer Vorstellungen in die Entwicklung der Gleichheitsdogmatik unter dem Grundgesetz eingebracht (113). Das ist richtig. Darüber hinaus von Interesse ist aber, dass Leibholz nicht einmal Berichterstatter in diesem Verfahren war und dass der Rückgriff auf die Willkürformel als Auslegungsprinzip des Gleichheitssatzes im Südweststaatsurteil eigentlich völlig unnötig war. Mittlerweile, so der Autor, wirkt sich aber auf die Gleichheitssatzinterpretation nicht nur die Weimarer Geschichte aus, sondern auch die Einflüsse der europäischen Gerichtshöfe haben ihre Rückwirkungen.

Der am Max-Planck-Institut in Bonn forschende Emanuel V. Towfigh liefert einen Beitrag mit einem neuen, nämlich aus der Neuen Politischen Ökonomie kommenden Ansatz zur Untersuchung der demokratischen Repräsentation im Parteienstaat. Sein Ausgangspunkt ist die von Gerhard Leibholz in Weimar ent-

11 Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, Berlin 1925.

12 Triepel, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, Berlin 1924.

13 BVerfGE 1, 14 (52) (1951).

14 Siehe dazu Wiegandt, Norm und Wirklichkeit, Baden-Baden 1995, S. 148 f. Anm. 41.

worfene und nach dem Kriege etwas weiter entwickelte¹⁵ sog. „Parteienstaats-theorie“. Bereits die Darstellung der Leibholz'schen Ideen lässt den Rezensenten, Verfasser der einzigen Monografie über Leibholz,¹⁶ aber stutzen. Bei seinen Forschungen ist dem Autor nämlich recht wenig und kaum originäre Sekundärliteratur über den Weg gelaufen. Da nimmt es nicht Wunder, wenn die Leibholz'sche Theorie sehr holzschnittartig präsentiert wird. Richtig ist, dass Leibholz den Niedergang des Repräsentationsgedankens im Zeitalter des Parteienstaates diagnostizierte, den Abgeordneten nicht mehr als freien Repräsentanten des Volkes, sondern als Exponenten seiner Partei ansah und dass er die Wahl nicht mehr als repräsentativen, sondern als plebiszitären Akt wertete, bei dem der im Volk vorhandene Parteienproporz ermittelt wird. Einiges, was der Autor sonst sagt, ist wenig differenziert oder gar falsch, so etwa, dass Leibholz von einem ständigen Plebiszit ausgegangen sei oder den nicht in Parteien Organisierten politische Rechte abgesprochen hätte¹⁷ (214). Einige Irrtümer Towfighs scheinen mir darauf zu beruhen, dass er Leibholz' Idealtypenbildung als dogmatische Schlüsse missversteht. Zuzustimmen ist dem Autor allerdings, dass Leibholz nicht als Antidemokrat oder als besonderer Parteienfreund oder -gegner gesehen werden sollte, sondern als jemand, der angesichts der empirischen Feststellbarkeit, dass der Repräsentationsgedanke nicht (mehr) wirksam sei, nach einem Weg suchte, „dem Problem der demokratischen Legitimation im Massenstaat Herr zu werden“ (215).

Towfigh bricht in gewisser Weise eine Lanze für Leibholz, indem er z.B. Konrad Hesses Versuch, Repräsentativ- und Parteienstaat in eine Synthese zu bringen, selbst bei „oberflächliche[m] Blick“ als „unwirkliches Klischee“ bezeichnet (218). Die Leibholz'schen Überlegungen seien vielmehr von imposanter Aktualität, da es heute eindeutig die Parteien und nicht etwa unabhängige, dem Gemeinwohl verpflichtete Abgeordnete seien, die die parlamentarische Demokratie dominierten (219). Der Autor macht sich anschließend daran, das Problem der repräsentativen Legitimität an Hand des Instrumentariums der „Neuen Politischen Ökonomie“ zu untersuchen. Letztlich will und wird er nachweisen, dass es einen das Volk als Gesamtheit repräsentierenden Gemeinwillen, der aus den Wahlen hervorgeht, nicht gibt. Indes hatte keiner der genannten Autoren dies wirklich behauptet. Selbst Leibholz hatte bei seinem Ansatz nur von einer „Identifizierung“ – und nicht Identität – des Parteienmehrheitswillens mit dem des Volkes gesprochen. Auch Towfighs ökonomischer Untersuchungsmethode müssen Vorbehalte entgegengebracht werden. Wenn der Wähler als *homo oeconomicus* gesehen wird, der seinen persönlichen Nutzen verfolgt, und der „Archetyp des Politikers“ als jemand, der seinen persönlichen Nutzen dadurch verfolgt, dass er in erster Linie die Zahl der Wählerstimmen maximiert (223), so scheint mir dies eine Simplifizierung der Wirklichkeit. Towfigh unterliegt einem der grundsätzlichen Irrtümer der besonders im anglo-amerikanischen Raum verbreiteten Anwendung ökonomischen Denkens. Anstatt ökonomische Theorien als Hilfsmittel zu verwenden, um die Politikwissenschaft (und Rechtswissenschaft) zu ergänzen und deren Thesen zu überprüfen, werden sie als Stein der Weisen genommen. Wenn man wie der Verfasser vorgeht, kann man im Prinzip

15 Leibholz, Das Wesen der Repräsentation unter Berücksichtigung der Repräsentativverfassung, Berlin und Leipzig 1929; 3. Auflage unter dem Titel „Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert“, Berlin 1966.

16 Siehe oben Fn. 14.

17 Leibholz sprach nur davon, dass, wenn sich die Massen nicht aktiv am Parteileben beteiligten, sie das Recht verwirkt hätten, „sich über den beherrschenden Einfluß der Parteibürokratie zu beklagen“, siehe Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Auflage, Karlsruhe 1967, S. 35 (Wiederabdruck des VVDStRL-Beitrags von 1931).

nahezu alles beweisen oder widerlegen. Man braucht nur bei seiner Untersuchung – ganz unempirisch – das in die Basisannahme hineinzulegen, was man benötigt, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen.

4. Praktische Probleme

Der Beitrag der Juniorprofessorin an der Berliner Humboldt-Universität, Anna-Bettina Kaiser, befasst sich mit einer Gegenüberstellung der Behandlung des Art. 48 der WRV in der (Weimarer) Staatsrechtslehrervereinigung und auf dem Juristentag 1924. Als aktuellen Aspekt führt die Autorin dabei einen Vergleich zwischen Art. 48 WRV und Art. 122 Abs. 2 AEUV, der als Grundlage der Hilfsmaßnahmen für Griechenland diente, an. Beide Vorschriften wurden trotz offener Formulierung ursprünglich nicht als auf wirtschaftliche Lagen anwendbar angesehen. Die Wissenschaft sah in beiden Fällen das Problem, nahm die erweiterte Auslegung durch die Exekutive aber aus Gründen des Krisenmanagements hin (140 f.). Damit, so sollte man entgegenen, endet aber auch schon die Parallelität, denn dem Ausufern der Krisenbefugnis sowie dem Umfang der Kompetenz sind im europäischen Kontext enge Grenzen gesetzt, zumal die Kompetenz ja ohnehin nicht einem Diktator, sondern einem in vieler Hinsicht *checks and balances* unterliegenden Gremium übertragen ist.

Sebastian Graf von Kielsmansegg schreibt über die in Weimar „nicht geführte Debatte“ über das besondere Gewaltverhältnis und zeigt dabei auf, wie dieses in Weimar wegen personeller Kontinuität der Weimarer Staatslehrer und der kurzen Dauer der Republik überhaupt nicht als blinder Fleck der Grundrechts- und Gesetzesvorbehaltsdoktrin problematisiert wurde, aber auch, weil dogmatische Figuren ein Eigenleben zu entwickeln vermöchten und abgelöst von ihrer argumentativen Basis zu einem „formelhaften Lehrsatz“ erstarren könnten. Schließlich war es, so der Autor, auch nicht der verfassungstextliche Umbruch, der zur Verwerfung des Instituts in der Bundesrepublik führte, sondern ein sich in den 1960er-Jahren wandelndes Freiheits-, Staats- und Verfassungsverständnis von Lehre und Rechtsprechung. Kielmannsegg zeigt damit, dass – wünschenswerte – Verfassungsentwicklung eben nicht nur den Handlungen des Gesetz- oder Verfassungsgesetzgebers entspringt, ein Gesichtspunkt, der einem strengen Positivismus durchaus entgegengehalten werden könnte.

Die Münchener Öffentlichrechtlerin Antje von Ungern-Sternberg, Mitherausgeberin des Bandes, widmet sich der Weimarer Suche nach dem richtigen Wahlsystem. Das durch die WRV eingeführte Verhältniswahlrecht war damals, wenn gleich im europäischen Trend, eine Neuerung. Die Autorin weist darauf hin, dass sich die Weimarer Rechtswissenschaft ausgiebig insbesondere mit dem Prinzip der Wahlrechtsgleichheit befasste, dabei herausarbeitete, dass diese sowohl gleichen Zähl- wie gleichen Erfolgswert einschließe und sich sogar auf die Kandidatenaufstellung erstrecke. Auch die Frage der Unmittelbarkeit der Wahl im Parteienstaat sei geklärt worden, so dass auch heute noch der Grundsatz gelte, dass die Partei nach der Wahl keinen Einfluss mehr auf die Listenzusammensetzung nehmen dürfe. Bereits 1930 habe der Staatsgerichtshof des Reiches aber auch entschieden, dass aus zwingenden staatspolitischen Gründen wie der Arbeitsfähigkeit des Parlaments an der strikten Wahlrechtsgleichheit Abstriche gemacht werden könnten. Trotz des negativen Images des Weimarer Wahlrechts habe die Weimarer Staatsrechtslehre vieles entwickelt, was weiter Gültigkeit besitze und bei künftigen Wahlreformdiskussionen Beachtung finden sollte (210). Der Münsteraner Ulrich Jan Schröder, anderer Mitherausgeber des Bandes, beleuchtet die Interdisziplinarität in Weimar und heute. Er zeigt solche Ansätze

besonders bei Vertretern der sog. „geisteswissenschaftlichen Methode“ auf, zum Beispiel bei Heller, der die im geschriebenen Verfassungsrecht vorhandenen Lücken durch Rückgriff auf die Wirklichkeit des Staates und mit politisch-historischen Erwägungen füllen wollte (273). Eine ähnliche Herangehensweise habe auch Smend gekennzeichnet. Schröder weist darauf hin, dass die Anhänger der geisteswissenschaftlichen Richtung vielfach auf Autoren aus anderen Fachgebieten rekurrierten. Das stimmt zwar, aber wenn man genauer hinschaut, muss man zweifeln, wie tiefgründig dieses Rekurrieren denn wirklich war. Leibholz zum Beispiel bescheinigt der Verfasser eine besonders „dichte“ Belegung seiner „Gewährsmänner“: Husserl, Hartmann, Litt und Scheler (284 f.). Allerdings ist nur die Liste der aufgeführten Namen dicht, die Herleitung der eigenen Theorie aus den Ideen der Genannten nicht wirklich dicht nachgewiesen. Eher hat es den Anschein, dass durch die Nennung von Namen Wissenschaftlichkeit vorgegeben werden soll. Der Autor stellt insoweit ganz richtig fest, dass viele der Weimarer methodischen Positionen „einem anspruchsvollen Begriff von Interdisziplinarität“ wohl nicht genügten (305). Was Interdisziplinarität heute angehe, so werde sie zum Teil glatt bestritten und es werde behauptet, dass Auslegungsergebnisse intuitiv gefunden und nur anschließend wissenschaftlich zu begründen versucht würden (302 f.). Dem hält der Autor entgegen, dass man die Methode nicht mit dem Gegenstand der Wissenschaft verwechseln dürfe, dass die Rechtswissenschaft nicht um rechtspolitische Erwägungen herumkomme und dass Hilfswissenschaften wie etwa die Linguistik eine wichtige Kontrollinstanz der Jurisprudenz darstellten (303).

Der abschließende Beitrag des am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt tätigen Peter Collin nimmt ein verwaltungsrechtliches Thema ins Visier, nämlich verwaltungsrechtliche Reformen und Reformdiskussionen. In Weimar ging es dabei u.a. um die Privatisierung und – teilweise im Verbund – die effiziente Gestaltung der Verwaltung. Heute drehe sich die Diskussion wieder um Privatisierung und Deregulierung und um Rationalisierung (332). Lehren aus Weimar ließen sich bei nur ähnlicher Problemlage aber dennoch nicht ableiten. Vielmehr müsse immer wieder neu entschieden werden, wie mit den vielschichtigen Problemen umzugehen sei (341).

V. Was bleibt zu tun bei der Aufarbeitung der Weimarer Staatsrechtslehre?

Haben die behandelten Bände nun deutlich werden lassen, ob und wenn ja, warum die Beschäftigung mit der Weimarer Staatsrechtslehre heute noch ergiebig ist? Der erste Band, der den Gang der Debatte darstellen wollte, hat leider sein selbstgestecktes Ziel nicht erreicht. Trotz einiger interessanter Beiträge ist er insgesamt nicht sehr sorgfältig konzipiert und liefert keinen auch nur halbwegs erschöpfenden Überblick über die Weimarer Debatte. Während viele Marginalien zu ausführlich und Schmitt und Kelsen gleich in mehreren Beiträgen behandelt werden, gibt es keine Beiträge über Heller, Triepel, Preuß oder auch Leibholz und Holstein. Anschütz und Thoma sind bestenfalls angerissen, und hinsichtlich Kaufmanns erfährt man nur von dessen Vor-Weimarer Schriften. Dabei wäre bei der Fülle der Darstellungen über die Weimarer Staatsrechtslehre für ein die Debatten, Themen und Personen komprimiert, aber doch ausführlich genug darstellendes und analysierendes Werk wohl noch Bedarf. Vielleicht bleibt dies ja ein Projekt, dem sich in näherer Zukunft ein Autor in fruchtbarer Form annehmen will als im Gangl-Band geschehen.

Groh hat durch ihr Buch eine gewisse historische Lücke gefüllt, indem sie den demokratischen Gegenentwurf gegen die vorwiegend konservative Staatsrechtslehre in Weimar – jedenfalls auf die Großen Fünf bezogen – detailliert dargestellt hat. Vielleicht ist aber auch ihr Projekt noch nicht ganz beendet, denn es wäre zum Einen vorstellbar, den Kreis der demokratischen Gedankenträger noch etwas zu erweitern, und zum Anderen wäre es vielleicht sinnvoll, dem Schwarz-Weiß-Denken etwas mehr zu entrinnen, indem man aufzeigte, dass die Trennungslinie zwischen Demokraten und Nicht-Demokraten weit weniger scharf war, als man annehmen könnte. Auch die Problematik des Übergangs von einer autoritären zu einer demokratischen Staatsform scheint insgesamt noch nicht vollständig erhellt zu sein.

Die vielleicht wichtigste Frage, die im Münsteraner Tagungsband behandelt wurde, ist die, ob die Beschäftigung mit der Weimarer Staatsrechtslehre über den rein geschichtlichen Aspekt hinaus noch Lehren für die Gegenwart zu liefern in der Lage ist. Der Band hat gezeigt, dass die Herstellung eines Gegenwartsbezugs mitunter recht schwierig ist. Einige Autoren mussten sich ihn gewissermaßen aus den Fingern saugen. Der Verweis auf Weimar ist oft lediglich eine Referenz gegenüber Klassikern und hat keine unmittelbare Bedeutung für die Gegenwartsprobleme. So ist etwa mit Smends Integrationsbegriff nicht bereits deshalb etwas anzufangen, weil das Wort Integration in anderem Zusammenhang, etwa der europäischen Integration, wieder auftaucht. Bei einigen praktischen Problemen wird man dagegen durchaus an einige Weimarer Ansätze anknüpfen können. Aber auch einige größere Fragen sind seit Weimar nicht endgültig gelöst worden oder verlangen nach einer Revision. Das Verhältnis zwischen Staat und Verfassung ist gerade im deutschen Kontext ein fortwährendes Diskussionsobjekt, bei dem ein Blick auf Weimar hilfreich ist, aber auch Fragen staatlicher Legitimation und Entscheidungsfindung sind bei Weitem nicht ausdiskutiert und können mit Blick auf die Weimarer Staatslehre besser auf den Punkt gebracht werden. Dennoch sollte Vorsicht geboten sein, denn die Relevanz von historischen Debatten hat Grenzen und sollte innovative Denkansätze nicht überlagern.