

# Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre

Herausgegeben von  
ULRICH JAN SCHRÖDER und  
ANTJE VON UNGERN-STERNBERG

*Grundlagen der  
Rechtswissenschaft*

17

---

**Mohr Siebeck**

# Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von  
Horst Dreier, Ulrike Müßig und Michael Stolleis

17





# Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre

Herausgegeben von

Ulrich Jan Schröder und  
Antje von Ungern-Sternberg

Mohr Siebeck

*Ulrich Jan Schröder* (geb. 1974), Studium der Rechtswissenschaften in Münster. 2004 Dissertation über die Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs. Seit 2005 wissenschaftlicher Mitarbeiter, seit 2007 Akademischer Rat am Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Geschäftsführer des Zentrums für Außenwirtschaftsrecht e.V.

*Antje von Ungern-Sternberg* (geb. 1974), Studium der Rechts- und Geschichtswissenschaften in Freiburg i.Br., Cambridge, Münster und Paris. 2007 Dissertation zur Religionsfreiheit in Europa. Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Münster (seit 2003) und am Bundesverfassungsgericht (2006–2008). Seit 2011 Akademische Rätin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-151043-4 \ eISBN 978-3-16-159725-1 unveränderte Ebookausgabe 2020  
ISSN 1614-8169 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

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

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## Vorwort

Dieser Band ist das Ergebnis einer Tagung zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, die am 24. und 25. September 2010 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität stattfand. Wir danken der Fritz Thyssen Stiftung, die durch ihre großzügige Förderung sowohl die Tagung als auch dieses Buch ermöglicht hat. Gedankt sei ferner den Herausgebern der Reihe »Grundlagen der Rechtswissenschaft« für die Aufnahme des Bandes und Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die hervorragende Zusammenarbeit. Schließlich gilt unser Dank Ayleen Görisch, Lisa Mönninghoff, Christiane Rövekamp, David Stadermann und Lena Volles vom Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster für ihre tatkräftige Hilfe bei der Vorbereitung und Durchführung der Tagung sowie bei der Redaktion.

Münster und München im Oktober 2011

Ulrich Jan Schröder  
Antje von Ungern-Sternberg



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Einleitung: Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre <i>Ulrich Jan Schröder und Antje von Ungern-Sternberg</i> . . . . .	1
A. Zwischen Staats- und Verfassungslehre	
Die bundesdeutsche Verfassungstheorie in der Tradition der großen Fünf – Preuß, Anschütz, Thoma, Kelsen und Heller <i>Kathrin Grob</i> . . . . .	13
Die Aktualität der Smendschen Integrationslehre im europäischen Einigungsprozess <i>Nele Matz-Lück</i> . . . . .	37
Rechtswissenschaft für Igel bei Smend und Dworkin <i>Mathias Hong</i> . . . . .	59
B. Reichweite und Grenzen des Rechts	
Der allgemeine Gleichheitssatz: Weimarer Einflüsse auf das Grundgesetz <i>Johannes Saurer</i> . . . . .	101
Die Verantwortung der Staatsrechtslehre in Krisenzeiten – Art. 48 WRV im Spiegel der Staatsrechtslehretagung und des Deutschen Juristentages 1924 <i>Anna-Bettina Kaiser</i> . . . . .	119

Die nicht geführte Debatte: Das besondere Gewaltverhältnis in der Weimarer Staatsrechtslehre <i>Sebastian Graf von Kielmansegg</i> . . . . .	143
--	-----

Das Parlamentsgesetz als höchstrangiger Befehl? – Von der Persistenz einer Weimarer Auseinandersetzung <i>Stephan Meyer</i> . . . . .	165
---	-----

### C. Parlamentarische Demokratie

Die Weimarer Suche nach dem richtigen Wahlsystem – zwischen Verfassung und Rechtspolitik <i>Antje von Ungern-Sternberg</i> . . . . .	189
--	-----

Demokratische Repräsentation im Parteienstaat <i>Emanuel V. Towfigh</i> . . . . .	211
--	-----

### D. Methodenlehre und Selbstverständnis der Rechtswissenschaft

Von Weimar nach Lissabon? Zur Aktualität des Methoden- und Richtungsstreits der Weimarer Staatsrechtslehre bei der Bewältigung von Europäisierung und Internationalisierung des öffentlichen Rechts <i>Heiko Sauer</i> . . . . .	237
---	-----

Interdisziplinarität in der Weimarer Staats- und Verwaltungsrechtslehre – mit einem Ausblick auf aktuelle interdisziplinäre Ansätze <i>Ulrich Jan Schröder</i> . . . . .	261
--	-----

### E. Verwaltung zwischen Bewahrung und Fortschritt

Ursachen, Erscheinungsformen und Wirkungen von Verwaltungsreformen und Reformdiskussionen <i>Peter Collin</i> . . . . .	309
---	-----

Autorenverzeichnis . . . . .	343
Sach- und Personenregister . . . . .	345

# Einleitung: Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre

*Ulrich Jan Schröder und Antje von Ungern-Sternberg*

## I. Nah- und Fernsicht

Die Beschäftigung mit der Weimarer Republik lief in der bundesrepublikanischen Geschichts- und Rechtswissenschaft lange auf eine Abgrenzung hinaus. In der noch jungen Bundesrepublik avancierte die Weimarer Republik zu einem bevorzugten Gegenstand zeitgeschichtlicher Forschung<sup>1</sup> und war damit in gewisser Weise nah und fern zugleich. Auch die Rechtswissenschaft hat einerseits zwar keinen Schlusstrich gezogen, andererseits aber Näheverhältnisse sowie Parallelen zwischen Weimar und Bonn mehr oder weniger verdrängt.

Einerseits lagen zwölf Jahre Diktatur, Krieg und Beinahe-Apokalypse zwischen den beiden Republiken. Andererseits bestanden im Rechtsleben und nach Maßgabe der Rechtsordnung vielfältige Kontinuitäten oder kam es zu Wiederanknüpfungen. Wer sich nach dem Krieg um eine neue Ordnung bemühte, war durch den äußeren Zwang der Siegermächte und im besten Fall durch innere Einsicht auf die Zeit vor 1933 verwiesen.<sup>2</sup> Einflussreiche Persönlichkeiten wie Gerhard Leibholz, Carl Schmitt und Rudolf Smend wirkten unter beiden Verfassungen.<sup>3</sup> Die Begründung von Denkschulen spannte den Bogen über die einzelnen Protagonisten hinaus.<sup>4</sup> Die Rezeptionsgeschichte liefert Belege für eine

---

<sup>1</sup> In der Bundesrepublik ist die Zeitgeschichte als Disziplin gerade mit Blick auf die Weimarer Epoche entstanden, vgl. *W. Pyta*, »Weimar« in der bundesdeutschen Geschichtswissenschaft, in: C. Gusy (Hrsg.), *Weimars lange Schatten – »Weimar« als Argument nach 1945*, Baden-Baden 2003, S. 21 (28). Bereits 1930 bot der Staatsrechtslehrer *Max Fleischmann* (1872–1943) in Halle eine Vorlesung »Deutsche Zeitgeschichte« an, die das 19. Jahrhundert zum Gegenstand hatte, vgl. *F. L. Schäfer*, *Aufbruch in die Moderne. Juristische Germanistik als Rechtsgeschichte während der Weimarer Zeit*, ZRG Germ. Abt. 128 (2011), 212 (252).

<sup>2</sup> Vgl. *W. Lewald*, *Grundlagen der neuen Rechtsordnung Deutschlands*, Marburg 1948, S. 31.

<sup>3</sup> Vgl. aber auch *O. Lepsius*, *Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre*, in: C. Gusy (Hrsg.), *Weimars lange Schatten* (Fn. 1), S. 354 (360) – *Schmitt* und *Smend* intervenierten nicht mehr offiziell. Ihre Hauptwerke lagen vor.

<sup>4</sup> Zur *Schmitt*- und *Smend*-Schule etwa *F. Günther*, *Denken vom Staat her*, München 2004.

Fortwirkung des Weimarer Rechts. Das Grundgesetz war nicht nur eine »Anti-verfassung« zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919,<sup>5</sup> sondern baute, in Bezug auf die Staatsstrukturprinzipien, die Grundrechte und das Staatskirchenrecht, wesentlich auf Weimarer Vorschriften auf,<sup>6</sup> von denen die Grundrechte natürlich wiederum eine weitaus längere Vorgeschichte im Zusammenhang deutscher Verfassungstexte haben.<sup>7</sup> Die Errichtung und die Realität der ersten Demokratie in Deutschland mussten für die zweite bedeutsam sein – als Vorbild oder als Lektion. Schließlich war der deutsche Staat nach 1949 Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches.<sup>8</sup>

Dennoch war die Historisierung der ersten Demokratie auf deutschem Boden andererseits nur eine Frage der Zeit. Die Zeitgeschichtsschreibung verlor schon im Laufe der 1960er Jahre das anfangs virulente Interesse an den Weimarer Verhältnissen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erreichte diese Phase etwa ab 1970,<sup>9</sup> indem sie sich von der Unbedingtheit der Abgrenzung zu Weimar emanzipierte. Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht erlebte ihrerseits einen Zyklus von Rezeption, nachlassendem und wiedererwachendem Interesse.<sup>10</sup>

Zu dieser Historisierung trug im Wesentlichen eine ex post entwickelte negative Geschichtsteologie bei. Das Scheitern der ersten deutschen Republik lenkte das Augenmerk auf deren (vermeintliche) politische und rechtliche Konstruktionsfehler. Die Selbstentmachtung und Auflösung der parlamentarischen Demokratie wurden als notwendige Folge dieses Befundes interpretiert. »Weimar als Argument« bedeutete demgemäß, aus diesen Fehlern zu lernen und sie in der Bundesrepublik zu vermeiden.<sup>11</sup> Mochten diese Wahrnehmungsmuster und Deutungsschablonen unter dem noch fortwirkenden Eindruck des Nationalsozialismus zumindest verständlich erscheinen, fällt die Bewertung der Wei-

<sup>5</sup> Vgl. *F. K. Fromme*, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, 2. Aufl. Tübingen 1962, S. 9; *R. Walkenhaus*, *Konservatives Staatsdenken*, Berlin 1997, S. 330.

<sup>6</sup> *D. Grimm*, *Das Grundgesetz in der deutschen Verfassungstradition*, APuZg B 16–17/89 (1989), 3 (10); differenzierend *C. Gusy*, »Vergangenheitsrechtsprechung«: Die Nachwirkungen Weimars in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: ders. (Hrsg.), *Weimars lange Schatten* (Fn. 1), S. 395 (405–408).

<sup>7</sup> Insofern ist der Bezug auf Weimar entweder ein Rekurs auf die Auslegung, welche die Grundrechte zu dieser Zeit erfahren haben, oder aber eine abgekürzte Redeweise für die ältere Ursprungsschicht (Paulskirchenverfassung, Frühkonstitutionalismus), aus der die Grundrechte stammen, s. *Gusy*, »Vergangenheitsrechtsprechung« (Fn. 6), S. 405.

<sup>8</sup> Zur Haltung der deutschen Staatsrechtslehre vgl. *G. Dürig*, *Der Deutsche Staat im Jahre 1945 und seither*, VVDStRL 13 (1955), 27 ff. Krit. *Lepsius* (Fn. 3), S. 376. Ferner *C. Möllers*, *Staat als Argument*, München 2000, S. 137 m. w. N.

<sup>9</sup> Nach der Phasen-Einteilung von *C. Gusy*, »Vergangenheitsrechtsprechung« (Fn. 6), S. 410, 418–420.

<sup>10</sup> *S. Lepsius* (Fn. 3), S. 374 ff., der vor allem eine programmatische, weniger eine gegenständliche Bezugnahme (S. 357 f.) diagnostiziert.

<sup>11</sup> Vgl. *S. Ullrich*, *Der Weimar-Komplex*, Göttingen 2009; ferner die Beiträge im Sammelband von *C. Gusy* (Hrsg.), *Weimars lange Schatten* (Fn. 1).

marer Republik heutzutage differenzierter aus. Es ist das Verdienst jüngerer Forschung, gerade die aus heutiger Sicht anschlussfähigen Rechtsdenker der Weimarer Zeit neu entdeckt und gewürdigt zu haben.<sup>12</sup> Personengeschichte und dogmatische Rechtsgeschichte werden mitunter verbunden. Einzeluntersuchungen zu konkreten rechtsdogmatischen Fragen demonstrieren, wie Überlegungen und Argumente aus Weimarer Zeit produktiv für die Einordnung und Auslegung des gegenwärtigen Rechts aufgegriffen werden können.<sup>13</sup>

Eine Beschäftigung mit der Weimarer Staatsrechtslehre erscheint in vielfacher Hinsicht gewinnbringend. Sie ermöglicht ein vertieftes Verständnis der heutigen Rechtsordnung durch Freilegen ihrer geschichtlichen Einbettung und eröffnet den Zugriff auf bislang unzugängliche oder vergessene rechtsdogmatische Figuren und Argumente. Die gegenwärtige Rechtswissenschaft kann die Ergebnisse für vergleichbare aktuelle Fragen nutzbar machen oder auch bewusst verwerfen. Anknüpfungspunkte ergeben sich im Hinblick sowohl auf inhaltliche als auch auf methodische Fragestellungen. Mit Lehren von Staat und Verfassung sowie mit Abhandlungen zu der neuen Staatsform, der parlamentarischen Demokratie, und ihren einzelnen Institutionen (den Grundrechten, den Parteien, dem Wahlrecht, den Befugnissen der einzelnen Staatsorgane) widmete sich die Weimarer Staatsrechtslehre zentralen Fragen auch des heutigen öffentlichen Rechts, und zwar aus theoretischer wie aus praktischer Sicht. Es kam zu intensiven Diskussionen über Grundlagen und Methoden der Wissenschaft vom öffentlichen Recht, die auch auf den Tagungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer – beginnend 1926 in Münster – ausgetragen wurden.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> S. nur *H. Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. Baden-Baden 1990; *C. Gusy* (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden 2000; *M. Jestaedt/O. Lepsius* (Hrsg.), Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratie, Tübingen 2006; Richard Thoma, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte. Ausgewählte Abhandlungen aus fünf Jahrzehnten, herausgegeben und eingeleitet von *H. Dreier*, Tübingen 2008; *K. Grob*, Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik, Tübingen 2010. Vgl. auch die laufende historisch-kritische Edition der Werke von *Hans Kelsen* (hrsgg. v. *M. Jestaedt*) sowie der Gesammelten Schriften von *Hugo Preuß* (hrsgg. v. *D. Lehnert* u. *C. Müller*).

<sup>13</sup> S. z. B. *K.-U. Meyn*, Destruktives und konstruktives Misstrauensvotum – von der schwachen Reichsregierung zum starken Bundeskanzler, in: E. Eichenhofer (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, Tübingen 1999, S. 71 ff.; *M. Haedrich*, Grundpflichten in der Weimarer Verfassung und die Möglichkeit ihrer Fortschreibung heute, *ibid.*, S. 179 ff.; *E. Eichenhofer*, Soziale Grundrechte – verlässliche Grundrechte?, *ibid.*, S. 207 ff.; *M. Brenner*, Die wehrhafte Demokratie – eine Lehre aus Weimar?, *ibid.*, S. 95 ff.; *K. Grob*, Zwischen Skylla und Charybdis: Die streitbare Demokratie, in: *Gusy* (Hrsg.), Demokratisches Denken (Fn. 12), S. 425 ff.; *M. Wild*, Die Gleichheit der Wahl. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung, Berlin 2003, S. 41 ff.

<sup>14</sup> 3. Tagung am 29. und 30. März 1926 in Münster. Verhandlungsgegenstände: 1. Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung (Berichterstatter: *Erich Kaufmann*, *Hans Nawiascky*); 2. Der Einfluss des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts (*Albert Hensel*, *Ottmar Bühler*). Zum Weimarer Methodenstreit etwa *M. Friedrich*, Der Methoden- und Richtungsstreit, AöR 102 (1977), 161 ff.

Das wiedererwachte Interesse an der Selbstreflexion der Wissenschaft des öffentlichen Rechts lässt sich in der damaligen Debatte spiegeln.<sup>15</sup> Auch der Wissenschaftstheorie können auf diese Weise unerwartete historische Aspekte abgewonnen werden.

Die Weimarer Staatsrechtslehre ist zum anderen wegen ihres geschichtlichen Kontexts von Interesse: Die Weimarer Jahre bildeten eine Umbruchszeit, die nach dem verlorenen Weltkrieg insbesondere durch den Wechsel von der Monarchie zur parlamentarischen Demokratie, aber etwa auch durch die Herausforderungen der Verwaltungsmodernisierung gekennzeichnet war.<sup>16</sup> Das heutige öffentliche Recht befindet sich, wenn auch unter anderen Vorzeichen, aufgrund von Entwicklungen wie der Europäisierung und Internationalisierung, der Liberalisierung und Privatisierung seinerseits im Umbruch. Der Rückblick auf die Weimarer Zeit kann erhellen, wie die Rechtswissenschaft auf derartige System- und Paradigmenwechsel reagiert – etwa vermittelt der Anpassung bestimmter Rechtsinstitute bei gleichzeitiger Bewahrung oder nur sehr zaghafter Neuinterpretation des übrigen überkommenen Rechtsbestandes. Ferner hat die Frage, warum die Weimarer Republik scheiterte, nicht an Bedeutung verloren. Während man früher Konstruktionsmängel der Verfassung (etwa die weitreichenden Befugnisse des Reichspräsidenten oder das Verhältniswahlrecht ohne Sperrklausel) verantwortlich machte,<sup>17</sup> betont die Forschung seit einiger Zeit die außerrechtlichen Faktoren des Scheiterns.<sup>18</sup> Dies zwingt zur Unterscheidung zwischen den rechtlichen und den außerrechtlichen Bedingungen einer funktionierenden Demokratie und lenkt den Blick unter anderem auf die Verantwortung der Wissenschaft für die konkrete Ausgestaltung oder die Akzeptanz einer demokratischen Ordnung. Schließlich lässt sich vermuten, dass allein schon die zeitliche Nähe der bundesrepublikanischen zur Weimarer Rechtsordnung für manche bewusste oder unbewusste rechtliche Kontinuität verantwortlich ist.

<sup>15</sup> Eines der seltenen Beispiele historischer Kontextualisierung bietet S. *Augsberg*, Die aktuelle Methodendiskussion: eine wissenschaftstheoretische Renaissance?, in: A. *Funke*/J. *Lüdemann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Tübingen 2009, S. 145 ff.

<sup>16</sup> Hierzu etwa O. *Lepsius*, *Staatstheorie und Demokratie* in der Weimarer Republik, in: Gusy (Hrsg.), *Demokratisches Denken* (Fn. 12), S. 366 ff.

<sup>17</sup> Zum Wahlrecht einflussreich etwa F. A. *Hermens*, *Demokratie und Wahlrecht*, Paderborn 1933; *ders.*, *Demokratie oder Anarchie?*, Frankfurt a. M. 1951.

<sup>18</sup> S. etwa H. *Fenske*, *Wahlrecht und Parteiensystem*, Frankfurt a. M. 1972, S. 345, 349 ff.; E. *Kolb*, *Die Weimarer Republik*, 7. Aufl. München 2009, S. 183; ferner K. D. *Bracher*, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, 2. Nachdruck der 5. Aufl. Königstein/Ts. u. Düsseldorf 1984, S. 26 ff.; K. *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, München 2000, S. 742 ff.; C. *Gusy*, Eine gute Verfassung mit schlechtem Image: Die Weimarer Reichsverfassung, *RuP* 2009, 74 (80 ff.); H. *Dreier*, *Rechtskolumne. Die drei gängigsten Irrtümer über die Weimarer Reichsverfassung*, *Merkur* 63 (2009), 1151 ff.

## II. Die einzelnen Studien

Die Beiträge im vorliegenden Band untersuchen, welche dogmatischen, methodischen und rechtspolitischen Ansätze der Weimarer Staatsrechtslehre für aktuelle rechtswissenschaftliche Fragestellungen fruchtbar gemacht werden können. Hierbei können die vorgefundenen Ansätze nicht unkritisch auf die heutige Zeit übertragen werden. Stattdessen soll eine sorgfältige Kontextualisierung im Rahmen dieses »historischen Rechtsvergleichs« die naive Übernahme unpassender Ansätze verhindern.<sup>19</sup> Darüber hinaus ist auch nicht immer eine Übertragung im engeren Sinn geboten. Wenn eine aus der Weimarer Zeit übernommene Rechtsdogmatik als »historischer Speicher« fortexistiert, ohne dass jedoch die Begleitumstände mitgespeichert wurden, so liegt eine gewinnbringende Nutzbarmachung der Weimarer Diskurse auch schon im Aufdecken dieser Begleitumstände.

Der erste Abschnitt beschäftigt sich mit Staats- und Verfassungslehre. Dominierte in der Bundesrepublik lange eine Auseinandersetzung mit den Schriften von Rudolf Smend und Carl Schmitt, so unternimmt *Katrin Grob* nunmehr, die bundesrepublikanische Verfassungstheorie in die Tradition der »großen Fünf« demokratischen Staatsrechtslehrer (Hugo Preuß, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hans Kelsen, Hermann Heller) einzuordnen. Sie schreibt der Verfassungstheorie in erster Linie die Aufgabe zu, die Normativität der geltenden Verfassung zu stärken, und macht in Weimar zwei Ansatzpunkte aus, an denen diese Normativität prekär wurde und blieb: das Verhältnis von Staat und Verfassungsrecht sowie die Methoden der Verfassungsauslegung. Im Anschluss befragen *Nele Matz-Lück* und *Mathias Hong* zentrale Lehren Rudolf Smends auf ihre Aktualität – mit unterschiedlichem Ergebnis: Matz-Lück untersucht, ob Smends in der Bundesrepublik vielrezipierte Integrationslehre auch für den europäischen Einigungsprozess nutzbar gemacht werden kann. Ihrer Auffassung zufolge kann dies über eine oberflächliche Lesart hinaus nicht gelingen, weil die Integrationslehre zu unbestimmt und zu sehr auf Homogenität ausgerichtet sei. Hong zieht Parallelen zwischen Smends Verfassungslehre und Ronald Dworkins jüngstem Buch »Justice for Hedgehogs«. Beide suchten nach der Einheit der Geisteswissenschaften in einer gemeinsamen, übergreifenden Methode und verstünden Recht als auf materielle Werte bezogen, so dass Smends Thesen in Dworkin einen gewichtigen zeitgenössischen Verfechter gefunden

---

<sup>19</sup> Vgl. *F. Balke/B. Wagner*, Vom Nutzen und Nachteil historischer Vergleiche: Der Fall Bonn – Weimar, Frankfurt a. M. 1997; vgl. zur bereits alten Kritik an der Geschichte als Lehrmeisterin *R. Koselleck*, Zum Leitbild und Topos der *Historia Magistra Vitae*, in: ders. (Hrsg.) *Vergangene Zukunft*, Frankfurt a. M. 1989, S. 38 ff.; kritisch zur Möglichkeit, Lehren aus dem Weimarer Methodenstreit zu ziehen, *M. Stolleis*, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – Ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?*, Stuttgart 2001, S. 18 ff.

hätten. Unter dem Grundgesetz fordert Hong für diese Thesen allerdings eine stärkere positivistische Wendung.

Der zweite Abschnitt thematisiert aus unterschiedlichen Perspektiven Reichweite und Grenzen des Rechts. *Johannes Saurer* untersucht die Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes und stellt fest, dass in der Bundesrepublik einerseits bedeutende, in der Weimarer Staatsrechtslehre entwickelte Auslegungselemente perpetuiert werden, andererseits aber erst die neue institutionelle Ordnung, die in wesentlichen Zügen in bewusster Abgrenzung zur Weimarer Reichsverfassung gestaltet wurde, zur vollen Entfaltung des Gleichheitssatzes führt. *Anna-Bettina Kaiser* widmet sich dem Notstandsartikel des Art. 48 WRV, dessen ausgiebige und großzügige Handhabung in der Praxis zum Niedergang der Weimarer Republik beigetragen hat, und fragt nach der Mitverantwortung der Staatsrechtslehrer für diese Staatspraxis. Im Gegensatz zu der anderslautenden Einschätzung Konrad Hesses betont Kaiser, dass sich die Mehrheit der damaligen Staatsrechtslehrer für eine rechtsstaatliche Begrenzung des Art. 48 WRV eingesetzt habe. *Sebastian Graf von Kielmansegg* fragt, warum sich die Weimarer Staatsrechtslehre mit der Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses so leicht tat, während sie in der Bundesrepublik schnell als Relikt konstitutioneller Monarchie in Verruf geriet. Für die stillschweigende Rezeption in Weimar verweist er auf das allgemeine Beharrungsvermögen dogmatischer Figuren, auf das sich nur langsam wandelnde Freiheits-, Staats- und Verfassungsverständnis der Weimarer Zeit sowie auf systemübergreifende Rationalitäten des besonderen Gewaltverhältnisses. Hier dürften auch die Gründe für das Fortleben der dann umetikettierten Rechtsfigur in der Bundesrepublik zu suchen sein. *Stephan Meyer* schließlich wendet sich dem Problem der Verbindlichkeit von Rechtsbefehlen zu. Nach seiner Einschätzung lebt der Weimarer Methoden- und Richtungsstreit, der auf der Staatsrechtslehretagung 1927 in München gerade in Auseinandersetzung mit dem Gesetzesbegriff weitergeführt wurde, im heutigen Diskurs der angloamerikanischen politischen Philosophie fort, während die Frage nach der verbindlichkeitsbegründenden Autorität des Gesetzes im derzeitigen deutschen Schrifttum geradezu systematisch ausgeblendet werde.

Die Beiträge des dritten Abschnitts beschäftigen sich mit zentralen Aspekten der parlamentarischen Demokratie: dem Wahlrecht und der Repräsentation im Parteienstaat. *Antje von Ungern-Sternberg* entnimmt der Weimarer Diskussion zum Wahlsystem Argumente für eine Verbindung von (Konsens-)Demokratie und Verhältniswahl und maßgebliche Ansätze zum heutigen Verständnis der Wahlrechtsgrundsätze. Außerdem ließen sich einige der damals entwickelten Reformvorschläge heute zur Bekämpfung der Politikverdrossenheit aufgreifen. *Emanuel Towfigh* verknüpft die Parteienstaatslehre von Gerhard Leibholz mit Ansätzen zur politischen Repräsentation in der Neuen Politischen Ökonomie. Die Auffassung Leibholz', dass Repräsentativsystem und Parteien-

staat einander ausschließen, sieht er durch die Ergebnisse der Ökonomie bestätigt, wonach sich der normative Anspruch der Verfassung – insbesondere einer Gemeinwohlverpflichtung des Abgeordneten nach Art. 38 GG – und politische Wirklichkeit nicht deckten.

Der vierte Abschnitt hat die Methodenlehre und das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft zum Gegenstand. *Heiko Sauer* plädiert in seinem Beitrag zur Bedeutung des Weimarer Methoden- und Richtungsstreits für den Prozess der Europäisierung und Internationalisierung des öffentlichen Rechts dafür, die Nabelschnur zu diesem Streit endgültig zu kappen. Der Methodenstreit wirke in der Staatsfixiertheit der heutigen Debatten nach, die für den modernen Mehrebenenkonstitutionalismus ungeeignet sei und in methodischer Hinsicht die Gefahr nach sich ziehe, dass Verfassungsrecht durch Staatstheorie überspielt werde. *Ulrich Jan Schröder* sucht in der Weimarer Staats- und Verwaltungsrechtslehre nach Vorläufern der heutigen Debatte um Interdisziplinarität im öffentlichen Recht. Zwar sei ein eigenständiger Diskurs über die Bedingungen der Möglichkeit wissenschaftlicher Interdisziplinarität erst lange nach Weimar entstanden, doch könne man den Weimarer Methodenstreit auch als eine Auseinandersetzung um die Relevanz wissenschaftstheoretischer, erkenntnistheoretischer und sozialphilosophischer Erkenntnisse und Methoden für die Rechtswissenschaft deuten.

Schließlich beschäftigt sich *Peter Collin* mit Ursachen, Erscheinungsformen und Wirkungen von Verwaltungsreformen und Reformdiskussionen in Weimar im Vergleich zu heute. Er arbeitet Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den Reformleitbildern, Reformstrategien und Akteuren heraus: Vergleichbar seien etwa das Leitbild der Effizienz und die Privatisierungsanstrengungen, wohingegen allein die heutigen Reformüberlegungen mit den Zielen der Transparenz und Partizipation verknüpft seien.

### III. Fazit

Trotz ihrer thematischen Vielfalt werfen die verschiedenen Beiträge ein Schlaglicht auf die Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre: Sie erweist sich in einigen Bereichen als Ideenfundus und Inspirationsquelle für heutige Fragestellungen und Lösungsansätze – und zwar sowohl für die Theorie, etwa die Verfassungstheorie, als auch für die Rechtspraxis, etwa des Wahlsystems. Hierbei können einerseits überraschende Verbindungslinien von der Weimarer Staatsrechtslehre zur heutigen angloamerikanischen Debatte über Gerechtigkeit und über die Verbindlichkeit von Recht bzw. zu den Annahmen der Public Choice Theorie über das Verhalten politischer Akteure gezogen werden. Andererseits kommen die Beiträge mit europäischer bzw. internationaler Perspektive zu dem Schluss, dass Weimarer Lehren und Debatten in dieser Hinsicht nur von be-

schränktem Nutzen bzw. sogar hinderlich sind. Die Schwächen des Integrationsbegriffs der Smendschen Prägung erscheinen in dem überstaatlichen Kontext wie unter einem Vergrößerungsglas. Aktuell ist die Weimarer Staatsrechtslehre jedenfalls insofern, als eine Beschäftigung mit ihr zu einem vertieften Verständnis der – notwendig geschichtlich eingebetteten – heutigen Rechtsordnung beiträgt und hierbei unter anderem zur Erkenntnis allgemeingültiger Problemlagen (zum Beispiel von Verwaltungsreformbedarf) oder zur Wertschätzung heutiger Institutionen (etwa zur effektiven Durchsetzung von Grundrechten) und Debatten (etwa zur Notwendigkeit der Interdisziplinarität) führt. Schließlich verweist diese Beschäftigung auf zeitlose Fragen der Rechtswissenschaft, wie diejenige nach der Berechtigung dogmatischer Figuren über den Wechsel eines Rechtssystems hinweg oder nach der Verantwortung der Staatsrechtslehre für die Bewahrung einer Rechtsordnung.

Die Historisierung der ersten Demokratie in Deutschland bedeutete auf der Kehrseite, den Selbststand der Gegenwart zu konstruieren. Die Geschichtsvergessenheit, über die zu klagen ein Topos geworden ist, hat hier eine ihrer Wurzeln. Ein Rechtssystem kommt indes ohne die Gegenwart der Vergangenheit nicht aus. Dogmatische Figuren fungieren als historische Speicher; Rechtsprechung operiert mit Verweisungszusammenhängen, die sich zu Rechtsprechungs-traditionen verdichten, die ihrerseits wiederum dem Erfordernis von Rechtssicherheit entsprechen; die historisch-genetische Auslegung des Normbestands ist methodisch kanonisiert; methodische Grundlagen sind, zur Entlastung für den Rechtsanwender, in einem übertragenen Sinn unvordenklich – und für das öffentliche Recht gerade in den Weimarer Jahren erschüttert worden.

Die Ausblendung historischer Verbindungslinien stellt allerdings kein abschließliches Kennzeichen unserer Zeit dar. Sie lässt sich für die genannten Phasen der Historisierung Weimars während der Bonner Republik beobachten und, das dokumentieren einige der vorgelegten Studien, begegnet ebenfalls in der Weimarer Rechtswissenschaft. Sowohl inhaltliche oder methodische Positionen als auch dogmatische Figuren können geschichtsvergessen fortgeführt oder aber – unter Verkennung oder Verdrängung historischer Vorarbeiten, Vorläufer bzw. Parallelen – als innovativ ausgegeben werden. Der Verweis auf die Vorläufer und Parallelen entlastet die Rechtswissenschaft, wobei sicherlich jede Zeit ihre eigenen Kontroversen, und seien es die der Vergangenheit, führen muss. Gleichwohl liegt es in der Verantwortung der Wissenschaftler, sich ihrer zeitgeschichtlichen Gebundenheit ebenso wie der geistigen Verwandtschaftsverhältnisse zu vergewissern. Die Bewusstwerdung dieser Relationen steckt erst den Horizont objektiver Wissenschaft ab.

Das Krisenbewusstsein ist eine der uns noch heute nahegehenden Befindlichkeiten der Weimarer Staatsrechtslehre.<sup>20</sup> Angesichts der fast zur Normalität ge-

<sup>20</sup> Vgl. nur *H. Heller*, Die Krisis der Staatslehre, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozi-*

wordenen Wahrnehmung der Krisenhaftigkeit in Recht und Staat – deren Erscheinungsformen von den Selbstzweifeln der Wissenschaft vom öffentlichen Recht hinsichtlich ihrer Wissenschaftlichkeit bis hin zu der Erosion von Nation, Souveränität und Staatlichkeit reichen – dürfte auch von Interesse sein, welche Auswege aus der Krise die Weimarer Staatsrechtslehre in der ihr nur beschiedenen kurzen Zeit zu formulieren vermochte.

---

alpolitik 55 (1926), 289 (300). Zusammenfassend K. *Sontheimer*, Antidemokratisches Denken, München 1992, S. 66.



*A. Zwischen Staats- und Verfassungslehre*



# Die bundesdeutsche Verfassungstheorie in der Tradition der großen Fünf – Preuß, Anschütz, Thoma, Kelsen und Heller

*Kathrin Groh*

## I. Einleitung: Bleibt an der Weimarer Staatsrechtslehre mehr als ein verfassungshistorisches Interesse?

Kann die demokratische Weimarer Verfassungslehre – so es sie überhaupt gab – heute noch eine Aktualität beanspruchen, die über ein verfassungshistorisches Interesse an ihr oder über ihre Funktionen als »Wetzstein«<sup>1</sup> und Steinbruch für die demokratische Verfassungstheorie der Bundesrepublik Deutschland hinausgeht?<sup>2</sup>

Die staats- und verfassungsgeschichtliche Literatur der Bundesrepublik Deutschland zeichnet die Verbindungslinie zwischen der Weimarer und der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre vor allem in einer Schablone von Kontinuitäten<sup>3</sup> und Diskontinuitäten. Doch was wirkt aus dem Theoriearsenal der demokratischen Staatsrechtslehrer Weimars auf welche Weise in der Verfassungstheorie des Grundgesetzes weiter? Eine Schule konnte keiner der »großen Fünf« in der Gemeinschaft der Staatsrechtslehrer bilden. Und auch die Schulen der Nachkriegszeit, die andere Staatsrechtslehrer der Weimarer Republik wie etwa Rudolf Smend und Carl Schmitt haben gründen können,<sup>4</sup> scheinen sich mittlerweile in den Pluralismus des auch auf dem Gebiet von Staatsrechts- und Verfassungsrechtslehre Sag- und Machbaren aufgelöst zu haben. Dass die Kontinuitätslinie zwischen der Weimarer und der gegenwärtig herrschenden Staatsrechtslehre allerdings bei den materialen Verfassungstheorien dieser beiden

---

<sup>1</sup> M. Stolleis, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre*, Stuttgart 2001, S. 16ff.

<sup>2</sup> Nach B. Schlink, *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungswissenschaft*, *Der Staat* 19 (1980), 73 (73ff.), sollte es ein endgültiges Desinteresse an der Wiederholung der in Weimar geschlagenen Schlachten geben.

<sup>3</sup> Z.B. D. Schefold, *Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn*, in: K. Acham u.a. (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, Stuttgart 1998, S. 567 (568f.).

<sup>4</sup> F. Günther, *Denken vom Staat her*, München 2004, hat die Schulbildung Schmitt/Smend bis in die 1970er Jahre hinein umfassend untersucht.

letzten genannten Staatsrechtslehrer nicht nur beginnt,<sup>5</sup> sondern auch endet, ist zu eng. Zwar hat die bundesrepublikanische Staatsrechtslehre nicht unmittelbar nach der Zäsur des Dritten Reiches an diejenigen demokratischen Staatsrechtslehrer der Weimarer Republik anknüpfen können oder wollen, die zu den Vertretern des zeitweilig durch die Naturrechtsrenaissance verdrängten und verpönten Rechtspositivismus zu zählen waren. Doch wurden auch positivistisch gesinnte demokratische Staatsrechtslehrer der Republik peu à peu wiederentdeckt, auf- und in Verfassungstheorien eingearbeitet. Dass die Staatsrechtslehrer der Weimarer Juristen dabei eher als Steinbrüche dienten, aus denen man sich bröckchenweise bediente, muss den Fokus von geschlossenen Systemen und von Schulbildungen deshalb zwangsläufig weglenken. Ohne eine Rezeptionsgeschichte demokratischer Weimarer Staatsrechtslehrer leisten zu können, wird die Blickrichtung folglich vor allem auf Einzelthemen und ihre Protagonisten gelenkt, die damals im Zentrum der Verfassungstheorie auftauchten und bis heute dort verharren.

Dabei zeigt sich: Die »Big Five« der demokratischen Weimarer Staatsrechtslehre stehen zusammen mit ihren Kontrahenten am Beginn, und damit steht die bundesrepublikanische Verfassungstheorie in der Tradition der streitig gewordenen und streitig gebliebenen Verfassungsfragen.

## II. Verfassungstheorie als Desiderat

Was ist Verfassungstheorie heute und was war sie damals? Eines wohl ganz gewiss – ein Desiderat. Bereits Rudolf Smend und Carl Schmitt hatten in ihren explizit als »Verfassungslehren« bezeichneten Werken<sup>6</sup> aus der Weimarer Republik gemahnt, es sei notwendig und an der Zeit, dass die Zunft sich um den systematischen Auf- und Ausbau einer Verfassungstheorie bemühe. Doch gilt dieser Aufruf als bis heute zwar nicht unbedingt ungehört, so aber doch eher folgenlos verhallt. Es wurden damals wie heute nur wenige Monografien, geschweige denn Lehrbücher verfasst, deren Titel ausdrücklich auf eine Verfassungstheorie oder eine Verfassungslehre lauten.<sup>7</sup> Ein weitaus größerer Buchbestand findet sich zu Elementen bzw. Essais einer Verfassungstheorie (Müller),

<sup>5</sup> *I. Maus*, Hermann Heller und die Auseinandersetzung um die Interpretation des Grundgesetzes, in: W. Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 1984, S. 133 (153 f.).

<sup>6</sup> *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. IX; *R. Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl. Berlin 1994, S. 119 (119 ff.).

<sup>7</sup> Aus dem Bielefelder Bibliotheksbestand: *P. Häberle*, *Europäische Verfassungslehre*, 5. Aufl. Baden-Baden 2008; *P. Perenthaler*, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 2. Aufl. Wien 1996; *G. Haverkate*, *Verfassungslehre*, München 1992; *K. Brinkmann*, *Verfassungslehre*, München 1991; *K. Loewenstein*, *Verfassungslehre*, 2. Aufl. Tübingen 1969.

Materialien zu einer Verfassungstheorie (Häberle), Studien zur Verfassungstheorie (Böckenförde), Beiträgen zur Verfassungstheorie (Ehmke) oder zu einzelthemenatischen Beobachtungen »im Lichte der Verfassungstheorie« und Untersuchungen »aus dem Blickwinkel der Verfassungstheorie«.

Die bundesrepublikanische Verfassungslehre bleibt bislang also entweder dem Fragmentarischen zugetan, indem sie sich an Einzelfragen des Verfassungsrechts abarbeitet und von dort aus einzelne Theorieelemente anbietet.<sup>8</sup> Oder sie entwirft Metatheorien, in denen formal aufgelistet wird, welche Ansprüche und Funktionen eine Verfassungslehre als der Verfassungsdogmatik des Grundgesetzes übergeordnete Theorie zu erfüllen habe – ohne diese Arbeit selbst inhaltlich vollständig zu leisten.<sup>9</sup> Die Gründe für das Fehlen einer umfassenden Verfassungstheorie sowohl für die Weimarer Reichsverfassung als auch für das Grundgesetz sind vielfältig. Sie überschneiden sich nur teilweise. Ein gemeinsamer Nenner lässt sich im Faktor Zeit finden. Eine Verfassungstheorie als Obertheorie für die Verfassungsrechtsdogmatik und die Verfassungsrechtmethodik zu erarbeiten, frisst Zeit. Zeit, die die Weimarer Staatsrechtslehrer in der Kürze und der Bewegtheit der Republik nicht hatten. Zeit, die auch in der Bundesrepublik Deutschland nicht zur Verfügung steht, wenn die Systematisierungen und Kommentierungen der oder die Kritiken an der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts den wissenschaftlichen Werktag der entthronten Staatsrechtslehre ausfüllen.<sup>10</sup> Hinzu kommt: Jede Generation stellt an sich den Anspruch, auf dem Stand des ihr verfügbaren Theorie- und Methodensettings eine eigene, der Verfassungsrechtsordnung angepasste Verfassungstheorie zu entwickeln.<sup>11</sup> In Weimar zumindest mitreflektiert<sup>12</sup> und heute wohlwissend steckt sie dabei jedoch im hermeneutischen Zirkel fest. Die Verfassungstheoretiker trafen mit ihren Vorverständnissen bereits in Weimar auf einen bunten Strauß an modernen nachbarwissenschaftlichen Philosophien oder Gesellschaftstheorien, an die sie verfassungstheoretische Überlegungen und Metho-

<sup>8</sup> Hierzu der Sammelbd. von O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010.

<sup>9</sup> M. Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, Berlin 1988, S. 18.

<sup>10</sup> O. Lepsins, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, EuGRZ 2004, 370 (374).

<sup>11</sup> Dass, ob und wie eine »verfassungskonforme Verfassungstheorie« gefunden werden kann, ist strittig, Y. Hangartner, Verfassungstheorie, Verfassungsrechtsetzung und Verfassungsrechtsfindung, in: FG Schweizer Juristentag, Bern 1981, S. 153 (154 ff.); kritisch Morlok (Fn. 9), S. 133 ff.; M. Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie, Paderborn 2009, S. 94 ff.

<sup>12</sup> Nach M. Friedrich, Der Methoden- und Richtungsstreit, AöR 102 (1977), 161 (198 ff.), ist die Weimarer Staatsrechtslehre auf die verfassungsrechtliche Hermeneutik nicht eingegangen. Vgl. dagegen H. Kelsen, Zur Theorie der Interpretation (1934), in: H. R. Klecatsky u. a. (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2, Wien 1968, S. 1363 (1372); G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Leipzig 1913, S. 82: Die juristische Auslegung sei das Resultat ihres Resultats.

den anknüpfen konnten. Das Potpourri an Theorieangeboten aus den Nachbarwissenschaften, auf das Verfassungslehrer heute zurückgreifen können, ist mit der Zeit nicht einfarbiger geworden. Es zeigt: Verfassungstheoretische Überlegungen damals wie heute können nichts weniger als konsentiert gelten.

### III. Was kann und muss Verfassungstheorie leisten?

Der Verfassungstheorie ist an dem richtigen Verständnis der geltenden Verfassung gelegen. Sie bereitet in einer komplexen Disziplinen- und Methodenmenge die Grundsatzfragen der Verfassungsrechtswissenschaft systematisch auf, um Lösungsangebote für Einzelprobleme im praktischen Vollzug des Verfassungsrechts unterbreiten zu können.<sup>13</sup> Sie bemüht sich um theoretisch fundierte Aussagen vor allem über den Begriff und die Funktionen von Verfassung. Verfassungslehre ist deshalb und dann notwendig, weil und wenn über die Gehalte einer offen formulierten Verfassung Unsicherheiten bestehen, diese Verfassung aber gleichwohl das Handeln des Staates in der Praxis anleiten und binden will. Verfassungstheorie ist daher eine Steuerungswissenschaft und tritt mit dem Anspruch auf, normativ und rechtsgestaltend zu wirken. Außer sie wird, wie dies neuerdings wieder geschieht, in der Tradition von Hans Kelsens Reiner Rechtslehre als rechtstheoretische Verfassungswissenschaft und damit als Teildisziplin einer Rechtswissenschaft verstanden, die im wahrsten Sinne des Wortes nicht Verfassungsrecht, sondern Wissen über das Verfassungsrecht schafft,<sup>14</sup> und den Praktiker dort im Stich lässt, wo dieser verbindliche Lösungsvorschläge für Verfassungsrechtsstreitigkeiten zu hören wünscht.<sup>15</sup> Lässt man sich auf die Normativität der Verfassungstheorie jedoch ein, dann zählt zu ihren leitenden Erkenntnisinteressen dasjenige der Verwirklichung der konkreten Verfassung, auf die sie sich bezieht. Sie hat die Aufgabe, die Normativität der geltenden Verfassung zu stärken. Richtet sich der Blick aus der Bundesrepublik zurück auf Weimar, dann lassen sich u. a. zwei Ansatzpunkte aufzeigen, an denen die Normativität der Verfassung prekär wurde und blieb. Es sind dies das Verhältnis von Staat und Verfassungsrecht und die Methoden der Verfassungsauslegung. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der Verlaufsgeschichte beider Diskurse sollen im Folgenden näher betrachtet werden.

<sup>13</sup> Ausführlich *Morlok* (Fn. 9), S. 198 u. ö.

<sup>14</sup> *Jestaedt* (Fn. 11), S. 26, 50 ff., 90 ff., der die Verfassungstheorie dem »unverbindlichen« Vorverständnis zuweist, anders S. 68 ff.

<sup>15</sup> *W. März*, Der Richtungs- und Methodenstreit der Staatsrechtslehre oder der staatsrechtliche Antipositivismus, in: K. W. Nörr/B. Schefold/F. Tenbruck (Hrsg.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik*, Stuttgart 1994, S. 75 (90 ff.).

1. Die Steuerungsfunktion der Verfassung – Zum Verhältnis von Staat und Verfassung

Werden die Wissenschaftsdisziplinen über ihren Gegenstand voneinander abgegrenzt, dann ist der Staat das Anschauungsobjekt der Staatslehre und nicht der Verfassungstheorie. Das Traditionsfach der allgemeinen juristischen Staatslehre war auch unter den Vorzeichen der neuartigen demokratischen Verfassungsstaatlichkeit der Weimarer Republik noch nicht hinwegzudenken gewesen. Zum einen hatte der Rechtspositivismus viele der Grundfragen, wie z. B. diejenigen nach dem Verhältnis von Recht und Politik, von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit und von Normativität und Faktizität, die heute in der Staatsrechtslehre in ihrer Ausdifferenzierung als Verfassungstheorie verhandelt werden, in die allgemeine Staatslehre abgedrängt. Da Verfassungslehre als eine ausgewiesene rechtswissenschaftliche Wissenschaftsdisziplin bis zu Beginn der Weimarer Republik zum ändern noch nicht betrieben worden war, blieb die Staatslehre zunächst derjenige Ort, an dem Verhältnisbestimmungen unternommen wurden und eine Legitimation der neuen Verfassungsordnung versucht wurde. Die Weimarer Demokraten verstanden sich selbst deshalb als Staatslehrer und Staatsrechtslehrer, nicht als Verfassungstheoretiker, verschoben ihren Fokus aber mehr und mehr auf die im engeren Sinne normativen, verfassungsstaatlichen Problemlagen.<sup>16</sup> Den Begriff des Staates verloren sie dabei nicht aus den Augen.

Landläufig geht man davon aus, dass einer Staatsrechtslehre, für die selbstredend der Staatsbezug disziplinenbegründend ist, auch ein staatsgerichteter und damit konservativer Zug eignet. Nun haben demokratische Staatsrechtslehrer der Weimarer Republik wie Anschütz und Thoma zum Teil aus ausdrücklich etatistischen und staatsbewahrenden Motiven den Begriff des Staates und nicht denjenigen der Verfassung in den Mittelpunkt ihrer Werke gestellt<sup>17</sup> – anders als zum Beispiel Smend und Schmitt, deren Hauptwerke der Republik verbal die Verfassung adressierten. Doch gehört es heute zum *Commun Accord*, dass gerade diejenigen Lehren Weimars, die sich zumindest vom Titel her auf die Verfassung fokussierten, entweder über die politische Dezesion<sup>18</sup> oder den staatlichen Integrationsprozess,<sup>19</sup> auf die oder auf den hin die Verfassung ausgerichtet wurde, den Normativitätsverlust des Verfassungsrechts beschleunigten,<sup>20</sup> während vor allem die Positivisten unter den demokratischen Staatsrechtslehrern alles daran setzten, diesen Prozess aufzuhalten. Die Verständigungsprobleme zwischen einer Staatsrechtslehre, für die der Staatsbezug der Verfassung vor-

<sup>16</sup> C. Möllers, *Staat als Argument*, München 2000, S. 120.

<sup>17</sup> Z. B. G. Anschütz, *Zukunftsprobleme deutscher Staatskunst*, in: Zentralstelle für Volkswohlfahrt (Hrsg.), *Deutsche Reden in schwerer Zeit*, Berlin 1917, S. 27.

<sup>18</sup> Schmitt (Fn. 7), S. 125.

<sup>19</sup> Smend (Fn. 7), S. 190.

<sup>20</sup> H. Kelsen, *Der Staat als Integration*, Wien 1930, S. 90.

rangig und konstitutiv ist, und einer Verfassungsrechtslehre, für die der Verfassungsbezug des Staates vorrangig und konstitutiv sein muss, traten in der Weimarer Republik erstmals offen zutage. Auch wenn sie heute verfassungsmethodisch gebändigter erscheinen mögen, bleiben die damals aufgeworfenen Grundfragen dieselben.

Nicht nur die empirischen Politikwissenschaften,<sup>21</sup> sondern auch ein Teil der doch eigentlich normativ agierenden Staatsrechtslehre in der Bundesrepublik Deutschland hält daran fest, dass der Staat vor der Verfassung am Platz sei.<sup>22</sup> Die Verfassung gebe ihm nur seine Form, ohne damit zugleich den Anspruch zu erheben, alles an Staatlichkeit zu regeln. Überspitzt: Verfassung wird unter Staatsvorbehalt gestellt und Staatsraison kann hier letztlich das Verfassungsrecht dispensieren<sup>23</sup>. Frühe Vertreter dieser Auffassung wurden in der Weimarer Republik von Kelsen schlichtweg zu Staatstheologen ernannt.<sup>24</sup> Heute wird hier aber vor allem Sein mit Sollen vermenget. Normativ wirkende Verfassungstheorie kann sich nicht dem Diktat der Wirklichkeit oder der Chronologie unterwerfen. Denn die empirisch zu beobachtende Tatsache, dass Verfassunggebung in der Regel tatsächlich staatliche Organisation voraussetzt, muss nicht heißen, dass die Verfassung nicht gleichwohl gegenüber dem Staat, nämlich dem konkreten Staat, den sie verfasst, den normativen Anspruch erhebt, staatskonstituierend zu wirken.

Juristische Konsequenzen zeitigt die Verhältnisbestimmung von Staat und Verfassung im Bereich der Normativität der Verfassung und ihrer Auslegung. Denn wenn der Staatsbezug der Verfassung vorrangig ist, dann kann der Staatsbegriff auf die Auslegung der Verfassung einwirken. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Staatsvorbehalts reichen dabei vom Staat als einem andere Verfassungsargumente suspendierenden Auslegungstopos über den Staatsvorbehalt als Lückenfüller offener Verfassungsnormen bis hin zu einer staatszentrierten Auslegung der Verfassung *contra constitutionem*. Das war in Weimar klar und das ist auch unter dem Grundgesetz deutlich geblieben. Denn der Staatsaffekt lässt sich an staatszentrierten Verfassungslehren Weimars genauso ablesen,<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Z.B. *J.J. Hesse*, Verfassungsstaat, Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, in: ders./K. Harms (Hrsg.), Verfassungsrecht in Umbruchsituationen, Baden-Baden 1999, S. 9 (13 ff.).

<sup>22</sup> Z.B. *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 15 Rn. 1 ff.; *P. Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: ebda., § 21 Rn. 25 ff.; *E.-W. Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, Berlin 1978, S. 15 u. ö.

<sup>23</sup> So bereits früh *W. Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (1945), Darmstadt 1971, S. 23 ff.

<sup>24</sup> Z.B. *Kelsen* (Fn. 20), S. 23, 28 f., 32 f., zu Smend; *R. Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, Berlin 1929, S. 1 (44 f.) (auch abgedruckt in *H. Dreier* (Hrsg.), Richard Thoma, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, Tübingen 2008, S. 173 ff.), zu Schmitt.

<sup>25</sup> *Smend* (Fn. 7), S. 206; *E. R. Huber*, Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR 62 (1933),

wie er aus der staatsgerichteten Literatur der Bundesrepublik Deutschland und aus der einschlägigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts entnommen werden kann. Seinen dogmatischen Ausdruck findet der Vorrang des Staates heute z.B. in »Verfassungsprinzipien« wie der streitbaren Demokratie oder auch in den Staatsfunktionsvorbehalten, die dem Grundrechtsgebrauch der Einzelnen entgegengehalten werden können und im Rahmen einer Interessen- bzw. Güterabwägung zugunsten der Effektivierung staatlicher Herrschaft die Freiheit in der Regel ausstechen.<sup>26</sup>

Da bereits für Jellinek, den Nestor der Allgemeinen Staatslehre, das Notrecht des Staates das Tor zu dessen Einfall in das Verfassungsrecht öffnete, veranschaulichen ihre Lehren zu Not- und Ausnahmezustand die Vorreiterrolle der demokratischen Weimarer Staatsrechtslehrer für die ausgewiesene Verfassungsrechtslehre der Bundesrepublik Deutschland.

Auf die Frage des Zuerstkommens antwortete z.B. der aus dem Lager der organischen Staatslehre und der Genossenschaftstheorie stammende Hugo Preuß mit der gleichzeitigen Entstehung von Staat und Verfassungsrecht. Diese Paradoxie sollte verdeutlichen, dass das Recht den Staat lückenlos durchdringe. Die Genossenschaftslehre gipfelte zudem staatstheoretisch darin, den Staat als sittliches Wesen wie die einzelne Person dem Recht unterzuordnen.<sup>27</sup> Und das dem Staat übergeordnete Recht wiederum war naturgemäß das Verfassungsrecht. Nach Preuß wurde staatliche Herrschaftsmacht in Form von Kompetenzen ausschließlich rechtlich zugeteilt. Wo Staat und Recht gemeinsam entstanden, konnte kein Staat hinter dem Recht mehr lauern, oder anders: der Staat dem Verfassungsrecht nicht mehr vorangehen. Preuß' Verfassungsstaat kannte allein »Kompetenz- und Funktionsträger eines politisch institutionalisierten Gemeinwesens [...], die ihrerseits nach konstitutionellen Reglements organisiert«<sup>28</sup> waren. Preuß formulierte damit das Prinzip der Verfassungssouveränität vor.<sup>29</sup>

---

1 (16, 88, 91): »Die Existenz des Staates als einer politischen Einheit besteht unabhängig von der Rechtsidee, und die Erhaltung dieser politischen Einheit hat den Rang vor allen anderen Staatszielen, auch vor der Verwirklichung des Rechts«. H. Heller, Die Souveränität, in: M. Drath/C. Müller (Hrsg.), Hermann Heller. Gesammelte Schriften, Bd. 2, Leiden 1971, S. 31 (189): »Weil das Selbsterhaltungsrecht des souveränen Staates die Voraussetzung aller Rechtsgeltung ist, ist es auch die immanente Schranke für die Geltung alles Rechtes«.

<sup>26</sup> Z. B. BVerfGE 28, 243; 28, 36; 28, 51; 13, 46; 25, 88; 30, 1; 39, 334.

<sup>27</sup> H. Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften (1889), Aalen 1964, S. 133, 174, 200, 223 u. ö.; ders., Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität, in: FG Paul Laband, Bd. 2, Tübingen 1908, S. 199 (238 ff.).

<sup>28</sup> So zu Recht D. Lehnert, Verfassungsdemokratie als Bürgergenossenschaft, Baden-Baden 1998, S. 73.

<sup>29</sup> C. Schmitt, Hugo Preuss – Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, Tübingen 1930, S. 9.

Bei Kelsen lag die Funktion der Verfassung vornehmlich auf der Geltungsbe-  
gründung von Rechts- und Staatsordnung.<sup>30</sup> Kelsen selbst definierte seinen Ver-  
fassungsbegriff als Fundament des Staates, auf dem sich die übrige Ordnung,  
vor allem die Bestimmung der Organe und des Verfahrens der Gesetzgebung  
lückenlos aufbaue. Verfassungsrecht galt folglich für Kelsen auch und umfas-  
send in Not- und Ausnahmeständen und ließ weder dem aktuell mächtigeren  
Staatsorgan noch dem Staat als solchem oder seiner Raison Schlupflöcher. Kel-  
sens rechtstheoretische Auseinandersetzung mit dem ungeschriebenen Not-  
stand nahm ihren Ausgang zusätzlich im Staat als juristischer Person. Diese  
durch das Recht konstituierte Staatsperson konnte bzw. durfte im Unterschied  
zum physischen Menschen nur das, wozu die Rechtsordnung sie ermächtigt  
hatte. »Die Staatsgewalt reicht im Rechtsstaate nicht weiter [...] als die Rechts-  
sätze es aussprechen.«<sup>31</sup> Kelsen musste also die Inanspruchnahme von vermeint-  
lichen Kompetenzen, die sich in der Verfassung so nicht fanden, sondern mit  
der Staatsraison begründet wurden, einem Staatshandeln *sine lege* und damit  
einem Staatshandeln *contra constitutionem* gleichsetzen.

Für Anschütz erklärte sich die Entstehung eines Staates aus faktischen Macht-  
konstellationen. Sie war keine Rechtsfrage. So wie der Staat auch selbst kein  
Rechtsprodukt, sondern umgekehrt, das Recht für Anschütz ausschließliches  
Staatsprodukt war.<sup>32</sup> Wie das Recht insgesamt, musste Anschütz damit auch die  
Verfassung als Produkt der Staatsgewalt erscheinen, einzig mit der Aufgabe be-  
traut, den Staat zu begrenzen. Das Verfassungsrecht könne, so Anschütz noch  
im Kaiserreich, »den Schöpfer, kann das Staatsleben doch nicht unbedingt meis-  
tern. Der Staat ist über dem Recht und stärker als dieses.«<sup>33</sup> Erst im Preußen-  
schlagprozess zeigte sich Anschütz' Seitenwechsel hin zur herrschaftsbegrün-  
denden Funktion der Verfassung. In seiner Bearbeitung des »Staatsrechts« von  
1914 hatte Anschütz zwar noch geschrieben: »Staatsrechtliche Begriffe sollen  
sich der politischen Wirklichkeit anpassen, ihr gerecht werden, nicht ihr ins  
Gesicht schlagen.«<sup>34</sup> Den Gutachtern des »Preußenschlags« war dann aber deut-  
lich vor Augen geführt worden, dass den normativen Gehalten der Verfassung  
durch die realen Machtverschiebungen im Reich in Krisenzeiten der Kollaps  
drohte. Diese faktischen Machtverschiebungen auch verfassungsrechtlich zu

<sup>30</sup> *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 45; *Möllers* (Fn. 16), S. 126f.: heute ein hilfreiches Instrument zur Sondierung staatsrechtlicher Argumentationslinien im verfassungsrechtlichen Zusammenhang.

<sup>31</sup> *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. Tübingen 1923, S. 439.

<sup>32</sup> *G. Meyer/G. Anschütz*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. München 1919, S. 12; *ders.*, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 2. Aufl. Tübingen 1901, S. 2.

<sup>33</sup> *G. Anschütz*, Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, *VerwArch* 14 (1906), 315 (340).

<sup>34</sup> *Meyer/Anschütz* (Fn. 32), S. 24.

sanktionieren, hatten Schmitt und andere Staatsrechtslehrer angestrebt. Die situative und hochdynamisierte Auslegung der Verfassung, die vor allem Schmitt als Konsequenz seines Dezisionismus und seiner Souveränitätstheorie favorisierte,<sup>35</sup> lief beschönigend auf die Kapitulation des Verfassungsrechts gegenüber der Staatswirklichkeit hinaus. Anschütz als Gegengutachter zeigte sich daher nicht bereit, sich auf diese Auslegungsmanöver einzulassen. Mit für ihn sonst untypisch kämpferischen Worten revidierte er in dem letzten großen Kampf des Rechts um den demokratischen Verfassungsstaat seine Auffassung aus dem Konstitutionalismus: »[...] Die Weimarer Verfassung ist nicht so auszulegen, wie es jeweils die politische Lage, das politische Situationsbedürfnis erfordert, sondern sie ist so auszulegen, wie sie eben gemeint (und geschrieben) ist.«<sup>36</sup>

Der Staat ging auch bei Thoma als Rechtserzeuger seinem Recht chronologisch voraus, die Verfassung brachte ihn nur in Form. Thomas Turn zur staatsbegründenden Funktion der Verfassung lässt sich zunächst nur implizit seinem dynamischen Rechtsstaatsverständnis entnehmen. Denn »ein Staat«, so Thoma, »ist Rechtsstaat nur in dem Maße, in dem seine Rechtsordnung die Bahnen und Grenzen der öffentlichen Gewalt normalisiert und durch unabhängige Gerichte, deren Autorität respektiert wird, kontrolliert.«<sup>37</sup> Vor allem aber galt es ihm als unverzichtbar, dass das Verfassungsrecht selbst mindestens präventive Vorkehrungen treffen müsse für den Fall eines Systemversagens. Das Ziel Thomas in der Debatte um die Macht im Staate war ein rechtlich definierter Ausnahmezustand als geschriebene Reserveverfassung, und nicht die verfassungsrechtlich ungebundene Diktatur der Staatsnotwendigkeiten.<sup>38</sup> Und in der Bundesrepublik Deutschland wurde dann verwirklicht, was Carl Schmitt noch für unmöglich gehalten hatte: Mit der Notstandsverfassung wurde der Ausnahmezustand im Sinne der parlamentarischen Demokratie verfassungsrechtlich gebannt.

Einzig bei Heller, der Schmitt in seiner Staatslehre noch ein rückwärts gewandtes Unverständnis für den normativen Anspruch der Verfassung vorgeworfen hatte,<sup>39</sup> diente die geschriebene Verfassung dem wirklichen Staat und ordnete sich ihm unter. Ihre Steuerungsfunktion als Sollensordnung kam in Hellers politischer Staatslehre nicht zum Tragen. Denn da alles Recht und damit auch die Rechtsverfassung im Hinblick auf die zu ordnende und zu organi-

---

<sup>35</sup> C. Schmitt, Reichs- und Verfassungsreform, DJZ 1931, Sp.5 (9ff.).

<sup>36</sup> G. Anschütz, Redebeitrag, in: Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof, Berlin 1933, S. 124f.

<sup>37</sup> R. Thoma, Der Vorbehalt der Legislative, in: G. Anschütz/ders. (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen 1932, § 76 S. 233.

<sup>38</sup> R. Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, in: G. Anschütz/ders. (Hrsg.) (Fn. 37), § 71 S. 119; ders. (Fn. 37), S. 231f.: »Ein Staatsnotrecht über das verfassungsrechtlich regulierte hinaus kann es im geordneten republikanischen Verfassungsstaat nicht geben«.

<sup>39</sup> H. Heller, Staatslehre, in: M. Drath/C. Müller (Hrsg.), Hermann Heller. Gesammelte Schriften, Bd. 3, Leiden 1971, S. 79 (373, 379f., 393).