

Groh, Kathrin: Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats. Tübingen: Mohr Siebeck. 2010. XVIII, 648 S. € 119,00. (Jus Publicum 197).

I.

Mit der Weimarer Verfassung gelingt in Deutschland erstmals, über die noch umstritteneren und letztlich erfolglosen Versuche um 1848 hinaus, eine demokratische Verfassungsgebung durch eine verfassungsgebende Nationalversammlung. Nahe liegt daher, hier den Beginn einer demokratischen Staatsrechtslehre zu lokalisieren und das Schrifttum der Weimarer Zeit unter diesen Oberbegriff zu subsumieren. Christoph Gusy hat auf diese Fragestellung aufmerksam gemacht und sie in eigener Darstellung sowie einem durch eine Tagung vorbereiteten Sammelband „Demokratisches Denken in der Weimarer Republik“ (Baden-Baden 2000) vorgestellt. Notwendigerweise war dieser Band von der Heterogenität der vielen Autoren geprägt. Um so erfreulicher ist, dass aus seiner Bielefelder Schule jetzt eine Arbeit vorliegt, die *das demokratische Staatsdenken* systematisch zu erfassen sucht und insofern zur Diskussion stellt.

Dabei kann freilich auch die Verfasserin nicht darüber hinweggehen, dass Staatsrechtslehre unabhängig von der konkreten Verfassung betrieben werden kann. Mehr noch, der Verfassungsbegriff des 19. Jahrhunderts, fest gefügt in Folge des Wiener Kongresses, des Deutschen Bundes und des ihn insofern nur in der nationalen Einheit, nicht im Verfassungsmodell grundsätzlich verändernden Deutschen Reiches, mochte als aprioristisches Modell seinen Einfluss ausüben, ungeachtet oder in Umdeutung der Verfassungsschöpfung von Weimar. Daher ist der Methoden- und Richtungsstreit der Weimarer Zeit zumindest vorrangig keiner um die Weimarer Verfassung. Die Fronten werden vor deren Erlass, im Wesentlichen schon 1911/12, abgesteckt, und soweit die Weimarer Verfassung zum Gegenstand des Streits wird, etwa hinsichtlich des Verfassungsbegriffs, des Gleichheitssatzes, der allgemeinen Gesetze, des Hüters der Verfassung, geht es weniger um Auslegung des Verfassungstexts und dessen historisch-systematisches Verständnis, als um die Anwendung bestimmter, von außen an die Verfassung herangetragenener methodischer Maßstäbe.

Aber gerade deshalb hat es seinen guten Grund, dass die Studie von Kathrin Groh sich von vornherein auf einen bestimmten Kreis, auf „demokratische Staatsrechtslehrer“, die die Weimarer Verfassung behandelt haben, beschränkt. Nur, wie wird dieser Kreis bestimmt? Man könnte den Ausschluss bestimmter, recht zweifelsfrei der Verteidigung der Weimarer Verfassung zuneigender Autoren, etwa Ludwig Waldeckers, kritisieren¹, oder durch Abstellen auf die Legitimität der Verfassung oder die Tagung republikanischer Hochschullehrer vom 23./24.4.1926² den Kreis zu bestimmen suchen, oder Beteuerungen der Verfassungstreue angesichts von Angriffen gegen die geisteswissenschaftliche Methode³ zugrunde legen. Jede dieser Abgrenzungen wäre kritisierbar.

¹ S. 1 werden als weiter in Betracht kommende Autoren Wittmayer, Radbruch, Nawiasky, Giese genannt

² Dazu die Listen bei E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 6, Stuttgart 1981, S. 10, 988.

³ So Gerhard Leibholz in seiner Rezension zu O. Mainzer, Gleichheit vor dem Gesetz, Archiv des öffentlichen Rechts 18, 1930, S. 254 (259).

Eben dies spricht für die Methode der Verfasserin, sich auf fünf zweifelsfrei bedeutende, der Weimarer Verfassung verbundene und sie interpretierende Autoren zu beschränken, auf Hugo Preuß, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hans Kelsen und Hermann Heller. Allerdings impliziert dies Inkongruenzen. Die Geburtsdaten der fünf Autoren liegen bis über 30 Jahre (Preuß: 1860, Heller: 1891), die Todestage gar fast 50 Jahre (Preuß: 1925, Kelsen: 1973) auseinander. Folglich ist Preuß dem Schwerpunkt seiner Tätigkeit nach noch der Zeit vor 1918, methodisch einem dem Weimarer Methoden- und Richtungsstreit vorausliegenden Methodenstreit zwischen der von der Romanistik beherrschten Staatsrechtsdogmatik und der germanistischen Kritik daran verhaftet (richtig S. 25). Hingegen gehören Kelsen und Heller zu den – freilich beide aus Österreich stammenden und deshalb nicht so zentral an der Weimarer Verfassung interessierten – Beteiligten am Weimarer Methodenstreit, allerdings Heller zur Zeit von dessen Erledigung verstorben, Kelsen von Anfang an, dann in der Emigration und nach dem Zweiten Weltkrieg ein Neubegründer der Rechtstheorie. All dies, ebenso wie Anschütz' und Thomas Tätigkeit vor 1918, muss im Rahmen der vorliegenden Arbeit zurücktreten, bedarf aber der Bewusstmachung, wenn den Autoren Gerechtigkeit widerfahren soll.

Grohs Arbeit gliedert sich, nach einer die Fragestellung konkretisierenden Einleitung, in drei Hauptteile: zunächst eine knappe Darstellung der Lehre der fünf behandelten Autoren, dann eine eingehende Behandlung von fünf Grundfragen des Weimarer Regierungssystems: Führerauslese, Parteienstaat, Pluralismus, Parlamentarismus, Grundrechte. Den Abschluss bildet ein Teil zu einer demokratischen Verfassungstheorie der Weimarer Republik. Das sind Schlaglichter, die sich sämtlich rechtfertigen lassen und heuristisch zu akzeptieren sind. Aber schon die Gliederung zeigt im Einzelnen, dass manchmal die Behandlung durch die fünf Autoren einfach nebeneinander gestellt wird, manchmal systematisch, und dann meist unter Einbeziehung auch der neueren Diskussion, argumentiert wird. Die erstgenannte Methode, die den Autoren besser gerecht wird, hat den Nachteil, ihre Ausführungen einfach zu referieren und zu addieren, die zweite, aktueller relevante, kann schwerlich vermeiden, die Aussagen der Autoren unter Hintanstellung des wissenschaftsgeschichtlichen Zusammenhangs zu nivellieren. Vorweg betont sei die vorzügliche Literaturerfassung, der Primär- wie der Sekundärliteratur. Hugo Preuß' Schriften etwa sind ziemlich komplett erfasst, wobei Band 1 der Gesammelten Schriften⁴ bereits herangezogen wird, wenn auch die dort abgedruckten Schriften nicht alle danach zitiert werden. Für die übrigen Bände hat die Verfasserin ihrerseits einen großen Teil der Editionsarbeit eigenständig vorbereitet⁵.

II.

1. a) Im *1. Teil* muss die Darstellung der Lehre der fünf Autoren auf eine Rekonstruktion im Detail verzichten und bisweilen apodiktisch ausfallen, wenn etwa *Hugo Preuß* die „Verstaubtheit der organischen Staatstheorie“ (S. 25) trotz der Erkenntnis von deren Funktion entgegeng gehalten oder die Rückführung auf das Volk, die sich in seinem Denken erst nach und nach entwickelt, als genuin für Preuß bezeichnet wird (richtiger S. 30). Die Prämisse, dass die Vielheit der Bürger in der Einheit des Staates aufgehoben werde (S. 27 – das wäre eher für die von Preuß verworfene Gesellschaftsvertragslehre oder auch für Gneist, vgl. S. 37, zutreffend),

⁴ Herausgegeben im Auftrag der Hugo Preuß-Gesellschaft e.V. von Detlef Lehnert und Christoph Müller, Tübingen, Bd.1, eingeleitet von Lothar Albertin, 2007, Bd. 4, eingeleitet von Detlef Lehnert, 2008, Bd. 2, eingeleitet von Dian Schefold, 2009; im folgenden nur als „Gesammelte Schriften“ mit Band- und Seitenzahl zitiert.

⁵ Bei „Anschütz, Staatsrecht“ (so zahlreiche Zitate S. 53 Fn. 63 ff.) stört etwas, dass das Werk im Literaturverzeichnis zutreffend nur unter Meyer/Anschütz aufgeführt ist.

vernachlässigt die von Preuß stets betonte „Einheit in Vielheit“⁶. Richtig ist dagegen die Konzentration der Freiheit auf demokratische, also nicht vorstaatliche, Mitgestaltung (S. 35). Natürlich gab es zu Preuß' Zeiten noch keine ausgearbeitete soziologische Methode zur Erfassung der dafür notwendigen Lernprozesse (S. 41). Aber die Beschreibung der auftretenden Konflikte und deren allmählicher Eingrenzung und Ausgleichung leitet doch zu hoch aktuellen Fragestellungen über.

b) Für *Gerhard Anschütz* weist die Darstellung eine Preuß' Entwicklung verblüffend ähnliche Herausbildung des demokratischen Denkens auf, besonders eindrücklich in Anschütz' Rezension von Preuß' Buch über „Das deutsche Volk und die Politik“ (1915). Allerdings hat die teleologisch-politische Argumentation bei Anschütz ganz andere Wurzeln und bleibt die Staatsbejahung abstrakt. Gewiss kann man sie als demokratisch etwa im Sinn heutiger Argumentationen mit Verfassungspatriotismus, bezeichnen (S. 64, 68). Aber im Verhältnis zu Preuß fehlt die Grundlage in der organischen Theorie, im Verhältnis zur französischen Verfassungstradition – man denke an Carré de Malberg! – die Betonung der *volonté générale*, so dass der Staat als solcher stark, die demokratische Bestimmung zwar bejaht, aber doch eher aufgesetzt wirkt⁷.

c) Beim gegenüber Anschütz sieben, gegenüber Preuß vierzehn Jahre jüngeren *Richard Thoma* ist dagegen der Einfluss des „Weimarer“ Methoden- und Richtungsstreits bereits evident, so sehr in der praktischen Wirksamkeit die Kooperation mit Anschütz hervortritt, und so sehr das Methodenbewusstsein durch den Einfluss Max Webers geprägt ist (S. 78 ff.). Aber die Bedeutung der Vorstellung eines Beziehungsgefüges als Wesensmerkmal des Staates (S. 83) erinnert außer an Weber doch mehr an Smend als an Kelsen (vgl. S. 86) – wobei freilich die wiederum durch Weber geprägte realistische Sicht des Herrschaftsverbands in bloßer Rechtsform der Körperschaft die Zurückführung auf die reale Zustimmung der Herrschaftsunterworfenen, die in Preuß' Organisationslehre so zentral war, erschwert. So wird der Demokratie-Begriff schillernd, normativ wenig aussagekräftig. Man nimmt Thoma sein Bekenntnis zum Parlamentarismus und seine Loyalität gegenüber der Republik gern ab. Aber sie ist weniger theoretisch, als praktisch politisch fundiert.

d) Gilt dies auch für *Hans Kelsen*? Zumindest für die Fragestellung des vorliegenden Bandes muss die Demokratielehre, über deren Bedeutung kein Zweifel mehr bestehen sollte, deren Verhältnis zur Rechtstheorie aber problematisch ist, im Mittelpunkt stehen (S. 106 ff., 129 ff.). Der die Demokratietheorie bestimmende Wertrelativismus, vor allem die Ablehnung einer ontologischen, sei es naturrechtlichen, soziologischen oder materialistischen Begründung von Sollenssätzen, bestimmt jedoch zugleich Kelsens Rechtstheorie. Daher überzeugt, dass Groh den Ausgangspunkt der Entwicklung der Reinen Rechtslehre, vor allem in den Frühschriften vor 1914, in einer Entzauberung des Staates, einer Kritik an den für den Obrigkeitsstaat hilfreichen Theorien sieht (S. 113 f.). Gerade insofern ist die Parallele zu Preuß deutlich. Wie die Genossenschaftstheorie und die daraus abgeleitete Bestimmung der Gebietskörperschaft durch den Gemeinwillen den Patrimonialstaat, so entzaubert die Reine Rechtslehre durch Definition des Staates als Sollensordnung den personalen Herrscher. Die Kelsen'sche Gleichsetzung von Staat und Recht erweist sich auch insofern der schon von Preuß gesehenen engen Verbindung beider (wie auch Krabbes Lehre von der Rechtsouveränität) verwandt, mag auch der methodische Ausgangspunkt entgegengesetzt sein. Mehr noch: wenn Groh aus der Verwerfung der Trennung von öffentlichem und privatem

⁶ Vgl. Gesammelte Schriften Bd. 2, S. 95, und öfter.

⁷ In diesem Sinn wäre auch die starke Betonung der Kontinuität von monarchischem und republikanischem Reich zu erwähnen, vgl. etwa Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. Berlin 1933, Einleitung, S. 1 ff.

Recht ableiten will, dass Kelsen die von Preuß herausgearbeitete Wesensgleichheit aller Gebietskörperschaften zur Wesensgleichheit aller juristischen Personen erweitere (S. 114), so lenkt sie das Augenmerk auf die Herrschaftsverhältnisse zwischen juristischen Personen, in der Terminologie der Genossenschaftstheorie zwischen Gesamtpersonen und ihren Gliedpersonen. Diese Herrschaftsverhältnisse sind – daran lässt gerade Preuß keinen Zweifel – durch die faktischen, wenn auch oft verrechtlichten Machtverhältnisse bestimmt. Kelsen setzt an deren Stelle die hypothetische Grundnorm. Aber diese knüpft das Sollen an die faktische Autorität des Rechtserzeugers (vgl. mit Nachw. S. 111). Unter Gebietskörperschaften mag diese, auch nach Völkerrecht, evident sein. Soll sie aber auch bei andern juristischen Personen konstatiert und dabei deren Regelung nach einer Sonderordnung des staatlichen, öffentlichen Rechts vermieden werden, so stellt sich jedes Mal die Frage nach der sozialen, machtmäßigen Legitimation der das Recht erzeugenden juristischen Person. Damit bliebe für die selbständige Sollensordnung wenig übrig. Die Demokratietheorie müsste, als politische Soziologie der jeweiligen Körperschaften, über die Wirksamkeit (vgl. S. 126 f.) der jeweiligen Sollensordnung befinden. – Kelsen hätte diese Konsequenz wohl nicht akzeptiert. Aber sie zeigt, dass die hypothetische Grundnorm gebietspezifisch verstanden werden muss, wenn sie die einheitliche Sollensordnung begründen soll.

e) Stellt Grohs Analyse schon bei Kelsen die Zurückdrängung der seinswissenschaftlichen Grundlagen der Staatsrechtslehre in Frage, so hat *Hermann Heller* die wirklichkeitswissenschaftliche Methode der Staatslehre bewusst in den Mittelpunkt gerückt. Damit hat er nach Einschätzung der Verfasserin (S. 144) – die zumindest bis 1970, wenn nicht bis 1980 schwerlich, für die neuere Zeit aber eher zutrifft – die neuere Entwicklung am nachhaltigsten von allen Theoretikern der Weimarer Zeit beeinflusst. Dennoch, das Postulat einer wirklichkeitswissenschaftlichen Staatslehre blieb schillernd. Keinesfalls war damit ein materialistisches Verständnis gemeint. Die „Dialektik“ von Sein und Sollen, die an Preuß erinnert (richtig S. 160, 166), beruhte bei diesem auf den von Heller nicht übernommenen und in der Tat jedenfalls für das zweite Viertel des 20. Jahrhunderts nicht mehr plausiblen Prämissen der organischen Staatslehre. Zwischen andern methodischen und soziologischen Theorien oszillierte Heller, so dass man seine Beschreibung der Hervorbringung des Staates als Einheit kaum als wirklicher betrachten kann als die Smends (überzeugend S. 163). Insofern sind die Fragezeichen an den Rand des Heller'schen Befundes der Wirklichkeit des Staates (S. 158) angebracht. Es gilt im Auge zu behalten, dass seine „Staatslehre“ Torso geblieben und dass Heller in einem Alter gestorben ist, in dem die andern von Groh behandelten Autoren nahe dem Höhepunkt ihres Wirkens waren. Als fruchtbar hat sich wohl Hellers kulturwissenschaftliche Begründung der Einheit von Volk, Nation und Staat erwiesen. Sie prägt vor allem die Demokratietheorie und die These vom sozialen Rechtsstaat als Verbindung kultureller Einheitsbildung, liberaler Grundrechte und sozialer Gleichheit durch demokratische Entscheidung. Aber dies verlangt von der Arbeiterschaft, dass sie sich in die nationale Kultur hineinkämpfe (S. 169, 172); denn Ort der demokratischen Entscheidung bleibt der Staat als organisierte Einheit trotz zunächst bestehender sozialer Gegensätze. Dass diese etatistische Betrachtungsweise (so zutr. insb. S. 177) auch die gegenseitige Entfaltung durch die Menschen in der Gemeinschaft einschließe (S. 179), nehme ich gern zur Kenntnis, und ich korrigiere mich insofern, nicht aber hinsichtlich meines Befundes des Primats des Staates als Wirkungseinheit, der die demokratische Selbstbestimmung relativiert und absorbiert⁸. In diesem Befund glaube ich mich mit der Verfasserin einig wissen zu dürfen.

⁸ Dian Schefold, Gesellschaftliche und staatliche Demokratietheorie, in: Gusy (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden 2000, S. 256 (insb. 283 ff.).

2. Der *zweite Teil* setzt ein mit einer Analyse des Volksbegriffs, wobei der mythisierende, antidemokratische Kollektivbegriff einem auf die Verbindung der Individuen gegründeten Volk gegenübergestellt wird. Die Gegenüberstellung wird jedoch dadurch relativiert und erschwert, dass gerade Preuß seiner organischen Staatskonzeption einen rationalen, verfassungsrechtlich konstituierten Volksbegriff zugrunde gelegt hat (richtig S. 188 Fn. 9).

a) Insofern muss die zunächst behandelte Fragestellung nach *Führertum und Elitenherrschaft* auf eine schillernde soziologische Fragestellung aufbauen; sie ist staatstheoretisch schwer fassbar und, wie die Ausführungen zeigen, wenig ergiebig. Bei Anschütz wird die Fragestellung kaum zum Gegenstand. Auch bei Preuß bleibt sie marginal und einem Pflichtethos der Führenden sowie einer Hoffnung auf natürliche Auslese, die freilich Pluralismus, Konkurrenz und deshalb letztlich Chancengleichheit bei Proporz der politischen Strömungen voraussetzt, verhaftet. Im Ergebnis verhält sich das, trotz des entgegengesetzten methodischen Ansatzes, ganz ähnlich wie bei Kelsen und seinem Plädoyer für die Ablösbarkeit der Führer, die nicht als Genies verklärt werden sollen. – Dieser Negativbefund kontrastiert freilich zur eingehenden, wohl auf Max Weber zurückgehenden Diskussion der Führer-Problematik bei Richard Thoma (S. 195 ff.) und zu den verwandten Überlegungen bei Hermann Heller (S. 208 ff.). Thoma hat in der Tat das Volk zunächst als Masse gesehen und dem, wohl auch in einer Nostalgie nach der Epoche des Honoratiorentums, Elite und Geistesaristokratie gegenübergestellt. Obwohl dies die Schleuse zu einem demokratisch fragwürdigen Führertum öffnen könnte, insistiert Thoma jedoch auf der Legitimation durch den Wahlakt und der Ablösbarkeit der Eliten. Auch bei Heller begünstigt das Postulat der Einheitlichkeit der Herrschaft die kleine Zahl, ja die Sympathie für den genialen Führer im Gegensatz zum Funktionär und daher Skepsis gegenüber der Verhältniswahl⁹. Aber vor allem die Faschismus-Analyse schützt ihn vor einem Abgleiten ins antidemokratische Lager.

b) Fruchtbarer erscheint das folgende Kapitel zum *Weimarer Parteienstaat*. Er wird grundsätzlich von allen fünf behandelten Autoren bejaht. Aber die Darstellung dieser Bejahung leidet daran, dass sie auf dem Hintergrund des Art. 21 GG erfolgt (was S. 220 f. auch zugestanden wird) und daher die heutige Sicht in eine noch nicht ausgeformte und in ihren Dimensionen sehr umstrittene Parteienstaatlichkeit hineinträgt; so sind die Ausführungen zur Vermittlungs-, Bündelungs- und Auswahlfunktion sowie zur Ausgrenzung verfassungswidriger Parteien stark von der heutigen Betrachtungsweise geprägt. Hoch interessant ist dagegen die Gegenüberstellung der relativistischen Theorien von Kelsen, der den Gemeinwohlbegriff verwirft, und Radbruch, der ihn pluralistisch-ethisch fasst, aber für den Parteienbegriff die Orientierung an einem solchen Gemeinwohl fordert; zu Recht wird die Nähe dieser Position zu Preuß und auch Thoma betont (S. 233 ff.). Schärfer fällt demgegenüber das Urteil über den Parteienstaat als „Variante identitärer Demokratie“ bei Gerhard Leibholz aus; eine solche Abwandlung sei antiparlamentarisch. Aber sie ist nur vor dem Hintergrund von Leibholz’ – gewiss idealistisch überhöhter und in Verbindung mit Carl Schmitt und Heinrich Triepel einzuordnender – Repräsentationslehre einerseits, der politischen Entwicklung um 1930 andererseits verständlich, und die These bedürfte der Auseinandersetzung mit der neueren Leibholz-Literatur¹⁰. Konkret ist die Betrachtung der Parteien als Staatsorgane nur eine terminologische Variante zur vom Reichsstaatsgerichtshof angedachten und bei den –

⁹ So Groh S. 211; hier wäre aber immerhin auf das moderate Rechtsgutachten über Die Gleichheit in der Verhältniswahl (1929, jetzt in: GS Bd. 2, S. 319 ff.) hinzuweisen.

¹⁰ Manfred Wiegandt, Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901-1982), Baden-Baden 1995; Susanne Benöhr, Das faschistische Verfassungsrecht Italiens aus der Sicht von Gerhard Leibholz, Baden-Baden 1999 sind gar nicht berücksichtigt; Ernst Benda, Hugo Preuß und Gerhard Leibholz, in: Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte 48, 1996, S. 291 wird zwar bibliographiert, im vorliegenden Zusammenhang aber nicht diskutiert.

von der Verfasserin als solchen betrachteten – demokratischen Staatsrechtslehrern rezipierten Behandlung als Verfassungsorgane. Beide Varianten sind nach 1951 für die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Parteiendemokratie wichtig geworden. Ähnliches gilt von den Lösungen für den Konflikt zwischen Parteienstaatlichkeit und freiem Mandat. Bei aller Bedeutung der von der Verfasserin geschilderten Vermittlungsversuche wird man sie nicht als die einzigen sehen können, die die Entwicklung nach 1945 beeinflusst haben.

c) Ein weiteres Kapitel sucht die Problematik des *Pluralismus* einerseits grundsätzlicher, andererseits speziell im Hinblick auf Interessenverbände zu erfassen. Das Verhältnis zum vorangehenden Kapitel ist schillernd; Parteienpluralismus ist ja ein klassischer Anwendungsfall der Pluralismustheorie. Aber der Einstieg mit Hugo Preuß (S. 257 ff.) erklärt die Argumentationslinie: Während, wie ausgeführt, auch bei Preuß eine Bejahung des Parteienstaats konstatiert wird, soll der Ansatz der organischen Staatslehre der Annahme eines Verbändepluralismus entgegenstehen. Zur Begründung wird auf Preuß' vorrangiges Interesse an kommunaler Selbstverwaltung hingewiesen; aber letztlich scheint mir das schon im 1. Teil angesprochene Verhältnis zwischen Gesamtperson und Gliedperson entscheidend. Indem Groh hier Preuß unterstellt, er lasse die Vielheit der Bürger in der Einheit des Staates aufgehen (S. 27, dazu oben II 1 a), vernachlässigt sie die von Preuß ständig betonte „Einheit in der Vielheit“¹¹. Die Vielheit tritt in den lokalen Gebietskörperschaften zutage, gewiss, aber ebenso in den politischen Parteien, und ebenso in den wirtschaftlichen Kräften. Schon in der Habilitationsschrift hat Preuß, über seinen Lehrer Gierke hinausgehend, den Genossenschaftsbegriff gleichermaßen auf das private und das öffentliche Recht angewendet¹². In den Folgeveröffentlichungen, namentlich zum Völkerrecht im Dienst des Wirtschaftslebens¹³ und in Auseinandersetzung mit Wilhelm Kaufmanns Buch über die Welt-Zuckerindustrie¹⁴ treten als Akteure nationaler wie internationaler Verflechtung neben den Gebietskörperschaften auch private Wirtschaftssubjekte in den Blick. Dass dieses Blickfeld in den Weimarer Schriften nicht verengt, sondern eher noch geweitet worden ist, hat Detlef Lehnert überzeugend nachgewiesen¹⁵. Seitdem überdies Andreas Vosskuhle in seinem Vortrag zum 150. Geburtstag von Hugo Preuß am 26.10.2010 „Hugo Preuß als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus“ dargestellt und seine Sicht unter Verwertung der gesamten Literatur überaus umfangreich dokumentiert hat, sieht sich die Argumentation der Verfasserin gewichtigen Einwänden ausgesetzt, die hier nur unterstrichen werden können. - Richtig ist dagegen, dass Preuß' Einwände gegen die Souveränitätslehre den Pluralismus begünstigten. Ebenso überzeugt, dass trotz der Betonung des starken Staates bei Anschütz und Thoma pluralistische Konzepte Eingang finden und dann bei Heller, erst recht bei Kelsen entfaltet werden.

d) Weitaus die breitesten Ausführungen sind jedoch der *parlamentarischen Demokratie* gewidmet (S. 280-408). Sie können hier nur fragmentarisch diskutiert werden. Zu Recht wird

¹¹ Das Sachverzeichnis zu GS Bd. 2, S. 872, verzeichnet dazu 9 Belegstellen.

¹² Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889 (Neudrucke 1964, 1999), Kap. IX, insb. S. 239 ff., und dazu meine Erläuterung in der Einleitung zu GS Bd. 2, S. 16. Schon deshalb ist die von Groh S. 260 gezogene Folgerung, Preuß habe sich nur für öffentlichrechtliche Körperschaften interessiert, unzutreffend; auch private Organisationen können nach seiner Terminologie „gewachsene“, nicht nur „gewillkürte“ sein: Die organische Theorie ist für Preuß ausdrücklich (etwa GS Bd. 2, S. 80 f., 168 ff., 304 ff.) alles andere als mystisch! Wenn sie, wie S. 263 richtig konstatiert wird, den Zweckgedanken aus der Organisationslehre eliminiert, so doch nicht den Willen der beteiligten Subjekte, auch nicht den Gemeinwillen der öffentlich- oder privatrechtlichen Körperschaften.

¹³ GS Bd. 2, S. 426 ff.

¹⁴ 1906, dazu Preuß' Rezension in GS Bd. 2, S. 805 ff.

¹⁵ Grundlegend bereits in PVS 33, 1992, S. 33 ff.; seither u.a. in der Einleitung zu Preuß, GS Bd. 4, insb. S. 9, 57 f., 67 f.; eine weitere Studie zum pluralistischen Staatsdenken bei Hugo Preuß steht kurz vor dem Erscheinen.

betont, dass die Verzerrungen des preußischen Dreiklassenwahlrechts und auch der Wahlkreiseinteilung für die Mehrheitswahl beim Reichstagswahlrecht, von der Laband/Jellinek'schen herrschenden Lehre durch die Reduktion auf Reflexe der Regeln über die Bildung des Parlaments reduziert, für alle¹⁶ in Frage stehenden demokratischen Autoren untragbar und durch ein spiegelbildlich, also durch Verhältniswahl, das Wahlvolk abbildendes Wahlsystem zu korrigieren waren. Auch Groh will (S. 299 f.) daraus mit Recht keine Schuld am Scheitern der Republik ableiten.

Das Hauptgewicht liegt – nach sehr knappen Bemerkungen zu den direktdemokratischen Institutionen – auf der Behandlung „demokratischer Rechtserzeugungslehren“, d.h. des Verfahrens parlamentarischer Gesetzgebung unter den Bedingungen und angesichts der Praxis der Weimarer Republik, wiederum mit getrennter Behandlung der fünf Autoren. Dass Preuß die Tätigkeit des Parlaments einem außerdem existierenden Gemeinwillen gegenüberstellt, wird sehr kritisch vermerkt – obwohl doch der Begriff des Gemeinwillens bei Preuß, ganz anders als bei Rousseau, weder auf einen Gesellschaftsvertrag zurückgeführt, noch idealistisch verabsolutiert, sondern in der gewordenen Körperschaft ausformuliert wird, wobei Preuß jede Mythisierung und auch die antidemokratische Stoßrichtung des Volksgeists, in Absetzung von der historischen Schule, vermeidet (zutr. S. 318). Wohl aber bildet sich der Gemeinwille, vor allem das Recht, in der öffentlichen Diskussion, an der auch und vor allem das Parlament Anteil hat, als Endprodukt eines Willensbildungsprozesses¹⁷. Nur fragt sich jetzt, ob einzig die parlamentarische Repräsentation den Gemeinwillen verkörpert und damit absorbiert, so dass nur durch sie von Gemeinwillen gesprochen werden kann, oder ob ein ausgesprochener Volkswille ihm entgegengestellt werden kann. Groh entscheidet sich eindeutig für den absorptiven Charakter der parlamentarischen Repräsentation, und sie ist dabei in guter Gefolgschaft etwa zu E. W. Böckenförde¹⁸ und Ernst Fraenkel (S. 329). Dass Preuß diese Entscheidung nicht eindeutig getroffen habe, brandmarkt sie als Mangel¹⁹. Aber sie konstatiert selbst (S. 313), dass Bluntschli und Holtzendorff, also zwei vor allem für den jungen Preuß zentral wichtige Autoren, die parlamentarische Entscheidung unter den Vorbehalt der Berücksichtigung der öffentlichen Meinung gestellt haben, und sie kann schwerlich verkennen, dass die Verifikation des Repräsentationsprozesses ein dauerndes Legitimationsproblem darstellt – in der stärkeren Rückbindung der Parlamente an die Spiegelbildfunktion, dann in den direktdemokratischen Institutionen in Weimar, die eben deshalb eine Betrachtung in diesem Zusammenhang verdient hätten, und verstärkt in der neueren Entwicklung zu Instrumenten direkter Demokratie. Ob diese, vor allem durch die starke Stellung des Reichspräsidenten, in der Weimarer Verfassung sinnvoll ausgestaltet waren, hätte erörtert werden können; das hätte in der Tat wohl Anlass zur häufig geäußerten

¹⁶ Dass Preuß ursprünglich, insb. im Aufsatz über Die Organisation der Reichsregierung und die Parteien (1890, jetzt in GS Bd. 1, S. 155 ff.), im Rahmen seiner organschaftlichen Betrachtungsweise noch nicht zu allen Weimar bestimmenden Reformpostulaten gelangte (Groh S. 286 ff.), trifft zwar für die Zeit bis ca. 1900, vielleicht teilweise 1910 zu, hindert aber nicht, dass er schon im Aufsatz über Organpersönlichkeit (1902, jetzt in GS Bd. 2, S. 131, dazu meine Einleitung S. 39), wenn auch mit eigener Begründung, ähnlich wie Anschütz den subjektivrechtlichen Charakter des Wahlrechts betonte und in der Folge dezidiert für gleiches Wahlrecht und Verhältniswahl eintrat (richtig zum Frauenwahlrecht S. 290; die Aussage S. 286 mit Fn. 20 – Befürwortung des Wahlalters 25 Jahre – ist unzutreffend, die zur organischen Staatslehre S. 293 Fn. 53 bezieht sich auf van Calker und ist Preuß nicht zuzurechnen).

¹⁷ Insofern ist es schief, wenn S. 310 nach Anschütz, Thoma, Kelsen und Heller der Gemeinwille als Produkt der Staatswillensbildung formuliert werden soll, während er bei Preuß der Ursprung der Staatswillensbildung sei: Auch und gerade für Preuß bedingen sich Gesellschaft (Staat) und Recht („ubi societas, ibi jus“) und formiert sich der Gemeinwille erst in der Staatswillensbildung.

¹⁸ Wohl am schärfsten formuliert in dessen Aufsatz: Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, Festschrift Kurt Eichenberger, Basel/ Frankfurt 1982, S. 301-328.

¹⁹ S. 321, mit einer Diktion, die von Carl Schmitt, nicht von demokratischen Staatsrechtslehrern geprägt ist.

Kritik an Preuß gegeben. Aber der Vorwurf, Preuß habe die Bedeutung des Vorbehalts des Gesetzes und des parlamentarischen Verfahrens unterschätzt, scheint mir ungerechtfertigt²⁰.

Insofern ist zwischen Preuß und dem danach behandelten Anschütz – der in der Spätphase Weimars angesichts des Versagen des Reichstags durchaus für die Rechtsetzungsmacht des Reichspräsidenten argumentierte (S. 339 ff.) – kaum ein Unterschied auszumachen. Auch die im Anschluss daran (S. 342 ff.) dargestellte Ideologiekritik und Demokratielehre Kelsens stellt sich zwar, außer gegen alle naturrechtlichen Strömungen, auch gegen den Volksgeist und damit gegen Preuß' und Krabbes soziologisierende Lehren von der Rechtserzeugung und Rechtsgeltung, gelangt aber durch die Postulate des Pluralismus, des Kompromisses und des Minderheitenschutzes zu ganz ähnlichen Anforderungen an die Gesetzgebung, ohne dass damit eine Monopolstellung des Parlaments, geschweige denn eine konkrete Gesetzgebungslehre entwickelt würde. Dabei unterschlägt Groh außerdem, dass Kelsen eine Reform des Parlamentarismus, vor allem durch Einbau direktdemokratischer Elemente, durchaus befürwortete²¹ und daher keinesfalls als Befürworter einer absorptiven Repräsentationstheorie eingeordnet werden kann. Trotz der völlig unterschiedlichen methodischen Ausgangspunkte unterscheiden sich insofern die Positionen von Kelsen und Preuß im Ergebnis nicht. – Dass demgegenüber Thomas parlamentszentrierte Haltung eher mit der von Groh gelobten absorptiven Repräsentation übereinstimmt, liegt nach den bisherigen Ausführungen nahe (S. 367 f.). Hier geht, auch unter dem Eindruck der Kritiker im Methoden- und Richtungsstreit, die Parlamentarismustheorie in eine Technik des rationalen Funktionierens des parlamentarischen Regierungssystems durch Überwindung von Gegensätzen und Suche nach Kompromissen über. Mag dies demokratischen Grundsatzpositionen gegenüber als eine Verengung erscheinen – es ist nicht das geringste Verdienst der Arbeit Grohs, die Bedeutung dieser Position für Weimar und, fortwirkend, darüber hinaus herausgestellt zu haben. Im Gegensatz dazu sind die Ausführungen Hellers (dazu S. 371 ff.) abstrakter. Dass die Rechtsgrundsätze und ihre kulturelle Verankerung die staatliche Gesetzgebungsaufgabe nicht präterminieren, wird überzeugend dargelegt. Insofern scheint mir, auch aufgrund der verwandten Methode, kein wesentlicher Unterschied zu Preuß zu bestehen²² und auch die methodische und grundsätzliche Kluft zwischen Positivisten und Antipositivisten unter den fünf behandelten Staatsrechtslehrern im Ergebnis überbrückbar. Wohl aber hebt die Monopolisierung der Kompromiss-Suche im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren Heller – wie Anschütz und Thoma – von Preuß und Kelsen ab. Insgesamt wird der Vergleich der fünf Autoren dadurch kompliziert, dass sich die Fragen der Bindung an außerpositive Grundsätze und der Monopolisierung der Entscheidungsfindung beim Parlament überschneiden; hinzu kommt die im 3. Teil behandelte Frage nach der gerichtlichen Kontrolle der legislativen Entscheidungen.

Den Abschluss der Ausführungen zum Parlamentarismus bildet eine eher knappe und nicht nach Autoren getrennte Stellungnahme zur Ausgestaltung des parlamentarischen Regierungssystems (S. 389-408). Sie arbeitet heraus, dass sich die Einstellung gerade der demokratischen Staatsrechtslehrer – außer von Hugo Preuß, den der Tod 1925 dieser Überprüfung entthob –

²⁰ Insofern ist bedauerlich, dass der Verfasserin der – freilich an versteckter Stelle publizierte – Vortrag über den konstitutionellen Gesetzesbegriff (1903, jetzt in: GS Bd. 2, S. 191 ff.) entgangen ist. Er weist Preuß, schon vor 1918, als fervernten Verteidiger des Parlamentarismus und insofern als Bundesgenossen von Anschütz (bei Groh, S. 333 ff.) aus – nur dass er, im Gegensatz zu diesem, eine festere theoretische Basis hatte (und vielleicht deswegen nicht so leicht wie Anschütz den Reichspräsidenten als Ersatzgesetzgeber akzeptiert hätte).

²¹ Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. Tübingen 1929, S. 38 ff.

²² Die S. 382 Preuß entgegengehaltenen Einwände Hellers beruhen auf dem Missverständnis, dass Preuß die gesellschaftlichen Interessengegensätze durch die Annahme eines Volksgeists überkleistert habe; dass diese Interpretation nicht zutrifft, ergibt sich aus Preuß' vielfachen Auseinandersetzungen mit Klassenkonflikten, etwa GS Bd. 1, S. 322 ff., Bd. 2, S. 198 ff., 426 ff., Bd. 4, S. 280 ff.

unter dem Eindruck der Weimarer Entwicklungen wandelt (S. 398). Mit Recht wird auf die Schwächung des Parlamentarismus schon durch die Übernahme monarchischer Elemente, aber auch durch die Überlegungen zur Führerauslese (oben II 2 a) hingewiesen. Zu ergänzen wären die negativen Erfahrungen der französischen Dritten Republik und, vor allem bei Preuß und zur Zeit der Nationalversammlung, die Gefahr des Separatismus, die eine Betonung staatlicher Einheit in einem monokratischen Organ nahe legte. Dazu kam die Scheu, Details des Regierungssystems in ein Normenkorsett zu pressen. Erst die Staatspraxis weckte Konkretisierungswünsche²³. Angesichts der praktischen Entwicklungen und der konservativen Stimmen konnten sie nur auf eine Stärkung des Einflusses des Reichspräsidenten bei der Regierungsbildung abzielen. In der Tat liegt auf der Hand, dass angesichts der Gefahr negativer Reichstagsmehrheiten der Kampf dagegen, eben die „Kampfregerung“, Gründe für sich hatte. Aber in der Rückschau steht ebenso fest, wohin dieser Weg geführt hat.

e) Die Darstellung des Regierungssystems schließt, durch die Anlage der Weimarer Verfassung begründbar, aber im Gegensatz zu den Auffassungen von Preuß und Kelsen, die die demokratische Freiheit auf die Gleichheit und politische Rechte stützen wollten, mit Ausführungen zur *Grundrechtstheorie* ab. Diese Fragestellung ist freilich vor allem durch die Entwicklung seit 1949 geprägt und trägt daher heutige Sichtweisen an Weimar heran (so deutlich S. 411), während der für die Aufnahme eines Grundrechtsteils als Basis des Regierungssystems doch ebenfalls wichtige Rückbezug auf die Grundrechtsdiskussion der Paulskirche²⁴ im Hintergrund bleibt. Sie wäre jedoch ein Schlüssel vor allem zum Verständnis der demokratischen Funktion der Grundrechte, die Smend und insofern ähnlich Heller entwickelt, E.R. Huber zur Karikatur denaturiert²⁵ und Carl Schmitt zu verdrängen gesucht hat. Dabei kann sich Groh vor allem auf Anschütz berufen; dass Preuß dessen epochemachendes Werk von 1912 sofort – wenn auch nicht unkritisch – in seiner Bedeutung erkannt hat, verdient denn doch, hervorgehoben zu werden²⁶. Die Behandlung der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers bleibt, weil von der des erst im 3. Teil erörterten richterlichen Prüfungsrechts getrennt, eher abstrakt, und die dargestellten Bemühungen vor allem Thomas um die Unantastbarkeit von Grundrechten für bestimmte rechtsetzende Instanzen erscheinen für die Analyse des Regierungssystems letztlich wenig ergiebig. Im Gegensatz dazu hatte die Kontroverse um die Beschränkbarkeit von Meinungs- und Kommunikationsfreiheit in der Tat politische Brisanz. Smends Güterabwägungslehre und ihre Übernahme durch Heller insofern als Freiheitsverlust zu qualifizieren, kann sich auf Folgen um 1933, vor allem E. R. Hubers Argumentation stützen, trägt aber wohl doch weder Smends Position in der Zeit²⁷, noch ihren Auswirkungen in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung seit dem Lüth-Urteil Rechnung. Die Bilanz einer sozialstaatlichen Grundrechtstheorie fällt für Weimar mager aus, freilich abgesehen von Preuß' Verteidigung des Munizipalsozialismus und Hellers Konzept des allerdings demokratisch, nicht durch Grundrechtsinterpretation zu verwirklichenden sozialen Rechtsstaats. Insgesamt ist daher der im Vergleich zu 1848 zu konstatierende Rückstand der Grundrechtsdogmatik des Kaiserreichs bis 1933 nur sehr ansatzweise aufgeholt worden.

²³ Die S. 395 Fn. 501 erhobene Forderung Thomas datiert von 1929, der Hinweis auf Glum, S. 397 Fn. 513, bezieht sich gar auf eine Veröffentlichung von 1965.

²⁴ Dazu namentlich Jörg-Detlef Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 2. Aufl. Neuwied 1998, insb. S. 160 ff.

²⁵ Eindrücklich und Preuß pervertierend das Huber-Zitat S. 418 Fn. 34.

²⁶ Vgl. gegenüber den Zitaten S. 426 f. Fn. 67/68 Preuß' Rezensionsabhandlung, jetzt in GS Bd. 2, S. 570 ff.

²⁷ Ist es ein bloßer Druckfehler, dass S. 449 Fn. 167 Smends Referat zur freien Meinungsäußerung in das Jahr 1938 statt 1928 datiert wird? Gerade der Unterschied zwischen Smends Vortrag über Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933) und Hubers fast gleichzeitiger Studie über den Bedeutungswandel der Grundrechte (AÖR 62, 1933, S. 1 ff.) charakterisiert die beiden Positionen.

3. a) Nach diesen Befunden fragt der Schlussteil nach der Leistung einer *demokratischen Verfassungstheorie* für die Weimarer Republik. Hat die Weimarer Verfassungsdogmatik das Korsett eines nur formalen Verfassungsverständnisses gesprengt und das Modell eines materialen demokratischen Verfassungsstaats entwickelt? Insofern lässt sich die Lehre Kelsens vom Stufenbau der Rechtsordnung und daher Superiorität der Verfassung durchaus material, als „Superlegalität“ (S. 465, 468 ff.) deuten. Gegenüber dem Konzept des *pouvoir constituant* ist Groh jedoch kritisch, da es, namentlich in Carl Schmitts Lesart, die bestehende Verfassung delegitimiere, ihre Ersetzung begünstige. Namentlich mit Berufung auf Thoma, Kelsen und Heller plädiert sie daher für die Ausblendung einer verfassunggebenden Gewalt, die Gleichsetzung von Verfassung und Verfassungsgesetz und dessen Vorrang vor allem sonstigen Recht. Dabei beruft sie sich auch auf das von Preuß zugrunde gelegte Konzept der gewordenen Körperschaft, blendet dabei jedoch aus, dass diese nach Preuß einen Gemeinwillen artikuliert, der durchaus die Form eines *pouvoir constituant* annehmen kann²⁸. Mir scheint, dass hier die legitimierende Funktion der verfassunggebenden Gewalt für ein materiales Verfassungsverständnis zu wenig bedacht ist. Auf der gerade von Preuß betonten Grundentscheidung zugunsten des Volksstaats, der Republik, beruhte ja die materiale Bindungswirkung des Weimarer Verfassungswerks, und es wäre doch zu erwähnen, dass dessen Verteidigung, über die Verfassungsdogmatik hinaus, Anliegen der Herzensrepublikaner war²⁹. Ob die normative Verankerung von Grenzen der Verfassungsänderung insofern eine Stärkung der Bindungswirkung der Verfassung bewirken konnte, mochte man erwägen, aber auch bezweifeln – der diesbezügliche, von Groh zusammengetragene Befund (S. 472 ff.) ist dünn.

b) Wesentlich breiter wird, unter etwas sibyllinischem Titel, „*Die Verfassung als Konstituante*“ behandelt (S. 476-546). Offenbar geht es hier um „das Prä der Verfassung“, eine Verfassungskraft des Rechtsstaatsprinzips aufgrund dessen demokratischer Verankerung – eine Fragestellung, die aufs engste mit dem richterlichen Prüfungsrecht zusammenhängt, aber zunächst davon getrennt abgehandelt wird. Für dieses Konzept wird auf westeuropäische und nordamerikanische Traditionen, unter Vermeidung der Idee des *pouvoir constituant*, verwiesen – offenbar erneut eine auch auf die Bundesrepublik bezogene Betrachtungsweise. Die Darstellung gewinnt hier jedoch Konturen, da die fünf Autoren einzeln diskutiert werden. Für Preuß wird (S. 479 ff.) zutreffend die Vermeidung des Souveränitätsbegriffs und die daraus resultierende Suprematie des Rechts hervorgehoben, aber vernachlässigt, dass diese durch die Genese des Gemeinwillens zugleich bedingt und begrenzt ist. Gewiss ist das nicht die Beliebigkeit, die Carl Schmitt für die verfassunggebende Gewalt vindiziert, und liegt Preuß die Argumentation vom Ausnahmezustand her völlig fern. Aber um „das Prä der Verfassung“ zu begründen, bedarf es der Argumentation mit dem Gemeinwillen als verfassunggebender Gewalt³⁰. Wie Preuß auf den zunehmenden Missbrauch des Art. 48 WV am Ende der Weimarer Republik reagiert hätte, lässt sich nur mutmaßen. Anhaltspunkte ergeben sich allerdings aus der Frühschrift über Friedenspräsenz und Reichsverfassung³¹, in der Preuß, entgegen den kasuistischen Lösungen, auf dem Vorbehalt des Gesetzes insistiert – wie er auch für Art. 48 WV den Erlass eines Ausführungsgesetzes für unabdingbar erklärt

²⁸ Dadurch löst sich der S. 470 mit Fn. 7 behauptete Widerspruch auf.

²⁹ Dazu eindrücklich und reich – auch mit Anschütz' Rede vom 11.8.1923, S. 55 ff. – belegt Ralf Poscher (Hrsg.), *Der Verfassungstag*, Baden-Baden 1999; die Bedeutung dieses Aspekts für Preuß hat Detlef Lehnert in seiner Einleitung zu Bd. 4 der *Gesammelten Schriften*, S. 17 ff., zutreffend gewürdigt.

³⁰ Exakt das besagt die von Groh S. 484 Fn. 27 zitierte Stelle DJZ 1924, Sp. 649 (651) (jetzt in GS Bd. 4, S. 547, 548 f.), die das richterliche Prüfungsrecht gerade durch die Höherrangigkeit des *pouvoir constituant* legitimiert.

³¹ 1887, jetzt in GS Bd. 2, S. 333 ff.

hat³². – Für Kelsen kommt Groh zu ganz ähnlichen Ergebnissen (S. 488 ff.), aber auf der Grundlage des Stufenbaus der Rechtsordnung, der ohne weiteres zu einer Überordnung der Verfassung führt und einen Ausnahmezustand nur nach Maßgabe ihrer Regelungen zulässt. Nur, was bringt das angesichts des ausdrücklichen Art. 48 WV? – Der schon im 1. Teil (oben II 1 b) konstatierte Vorrang des Staates setzt bei Anschütz der Funktion der Verfassung Grenzen (S. 496 ff.). Aber Groh zeigt, dass die konkreten Fragen der Verfassungsinterpretation zu einer Betonung der Bindungswirkung der Verfassung führen – vor allem bei der Interpretation des Art. 48 im Verfassungsstreit zwischen Preußen und dem Reich. Diese neue, etwa vom Befund Paulys (vgl. S. 505) abweichende Argumentation dürfte eine neue Phase der Diskussion eröffnen. – Bei Thoma führt die Einbeziehung soziologischer Elemente zu einer Flexibilisierung der Verfassung und Anpassung an sich ändernde gesellschaftliche Lagen, vor allem zur Betonung der Stellung des Reichspräsidenten in Krisenzeiten (S. 505 ff.). Bei allen guten Absichten lag hier die Missbrauchsgefahr und die Nähe zu den Befürwortern der Präsidialrepublik auf der Hand. – Am eingehendsten ist Grohs Auseinandersetzung mit Heller (S. 514 ff.). Das ist angesichts der oben (II 1 e) referierten Einschätzung seiner Bedeutung folgerichtig, befrachtet aber die Untersuchung mit den Problemen einerseits der wirklichkeitswissenschaftlichen Methode, die die Normativität der Verfassung relativiert, andererseits des Verständnisses des Staates als Wirkungseinheit mit Betonung der Souveränität, die der politischen Entscheidung Vorrang vor der normativen Bindung vindiziert. Das wirkt sich besonders beim Verfassungsbegriff aus. Das darüber verfasste Kapitel ist das letzte der „Staatslehre“, das Heller, bereits Verfolgter des Nationalsozialismus, im Exil abschließen konnte, und es geht von einer Vielfalt der Verfassungsbegriffe aus. Insofern begrenzt Heller bewusst – und nach bitterer Erfahrung – die normative Kraft der Verfassung. Darüber hinaus erfordert die Souveränitäts-Argumentation, ganz gegen Preuß und Kelsen, die Durchsetzung der Staatsgewalt gegenüber dem Recht. Hier nähert sich Heller Carl Schmitts Theorie an, wenn er an diesem auch die Beliebigkeit der Realanalyse und die Zurückdrängung ethischer Rechtsgrundsätze kritisiert. Aber wer urteilt darüber? In einem funktionierenden parlamentarischen System mochte diese Rolle der Arbeiterschaft zufallen, die mit Hilfe der Volkslegislative den liberalen in einen sozialen Rechtsstaat überführt³³. Aber davon konnte 1933 kaum mehr die Rede sein. Hier setzte Hellers Argumentation mit der kommissarischen Diktatur ein. Aber bei aller Ablehnung des Faschismus: auch in Hellers Sichtweise wurde damit das „Prä der Verfassung“ preisgegeben, wie Groh selbst (S. 534) zugesteht.

Entsprechend werden aus dieser Darstellung der fünf Autoren die Stellungnahmen zur Diktaturgewalt des Reichspräsidenten hergeleitet. Die umfangreiche Diskussion der Weimarer Zeit, in der Bundesrepublik vielfach behandelt, wird vorgestellt. Dabei stellt sich freilich das Problem der zeitlichen Einordnung, denn die Bedeutung des Art. 48 WV hat sich gewandelt und erst allmählich zugenommen, so dass Stellungnahmen der Phase der Verfassungsgebung nicht unbesehen denen der Jahre um und nach 1930 verglichen werden können. Allerdings hat schon in der Phase um 1924 das Notverordnungsrecht für Ebert als Reichspräsidenten eine große Rolle gespielt und ist auf der ersten Staatsrechtslehrertagung diskutiert und früh von Preuß, der wohl bei der Verfassungsgebung die Bedeutung der Vorschrift unterschätzt hatte, verteidigt worden³⁴. Diese Präjudizien, die damals die Verfassungsstruktur nicht entscheidend

³² So zutreffend S. 485; vgl. die Hinweise in GS Bd. 4, S. 279, 567, 575 und die Einleitung durch Lehnert, S. 14, 51.

³³ So Hermann Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? 1929/30, in: ders., Gesammelte Schriften Bd. 2, S. 449 ff.; vgl. dazu Dian Schefold, Hellers Ringen um den Verfassungsbegriff, in: Chr. Müller/I. Staff (Hrsg.), Der soziale Rechtsstaat, Baden-Baden 1984, S. 555 (572).

³⁴ Wichtig und instruktiv insofern der Hinweis S. 536 Fn. 279 auf den Aufsatz „Reichsverfassungsmäßige Diktatur“, der freilich schon 1923 in der Zeitschrift für Politik, Bd. 13, S. 97 ff. veröffentlicht wurde (jetzt in: Gesammelte Schriften Bd. 4, S. 523 ff.)

tangiert haben, mochten die Bedeutung dessen verschleiern, was durch die Brüning-Hindenburg'sche Notverordnungspraxis eingeleitet wurde. Die Diskussion der Grenzen des Notverordnungsrechts im Grundrechts- und Organisationsbereich, die Erforderlichkeit eines Ausführungsgesetzes und die Justitiabilität der Notstandsvoraussetzungen und –befugnisse werden erörtert – mit dem Ergebnis, dass wirkliche Grenzen kaum durchzusetzen waren. Schärfer gesagt: das „Prä der Verfassung“ wurde durch ein Prä der Präsidialmacht aus den Angeln gehoben. Insofern erscheint das Ergebnis des so umfangreichen und reich belegten Kapitels mager, wenn nicht sogar negativ.

c) Erst danach und davon getrennt wird auf die „Gewähr der Verfassung“, vor allem durch Rechtsprechung, eingegangen, wobei die Stellung des Reichspräsidenten und, aufgrund der Gegenzeichnung, der Reichsregierung zusätzlich ein Prüfungsrecht³⁵ gegenüber Gesetzen impliziert. Im Vergleich dazu wird die ja durchaus existierende und dem parlamentarischen System gemäße parlamentarische Selbstkontrolle im Gesetzgebungsverfahren gar nicht erwähnt; sie wurde in der Weimarer Zeit wohl kaum diskutiert. Wohl aber steht im Mittelpunkt das inzidente („diffuse“) richterliche Prüfungsrecht, dessen Pro und Contra in der Weimarer Rechtsprechung und Diskussion ausgebreitet wird (S. 551-560). Mit Recht wird betont, dass es dabei nicht (nur) um Verfassungsmäßigkeitsprüfung, sondern um die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit ging, etwa in der Aufwertungsfrage. Das richterliche Prüfungsrecht war daher weniger ein Instrument zur Gewähr der Verfassung, als zur Beschränkung demokratischer Politikgestaltung. Nur durch die – eben deshalb so wichtige – Interpretation des Gleichheitssatzes, wie sie im Methoden- und Richtungsstreit Leibholz und andere vertraten, ließen sich diese beiden Ziele verbinden und folglich das richterliche Prüfungsrecht ins Verfassungssystem einbauen. Aber trug das dem Sinn der demokratischen Verfassungsordnung Rechnung? Was Groh insofern den von ihr behandelten Staatsrechtslehrern entnimmt, stimmt skeptisch: vorsichtige und eher beiläufige Befürwortung bei Preuß, Skepsis bei Thoma, Ablehnung bei Anschütz und Heller; Kelsens abweichende positive Haltung ist rechtstheoretisch begründet und gehört in den Zusammenhang des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920, dessen Grundgedanken Kelsen allerdings auch auf Deutschland erstrecken wollte. Aber wenn das Prüfungsrecht bejaht werden sollte, stellte sich, ähnlich wie in Österreich, die Frage einer Einordnung in ein System der Verfassungsgerichtsbarkeit (S. 559 ff.).

Insofern ist problematisch, dass Groh weder bei den historischen Grundlagen, noch beim Text der Weimarer Verfassung – zu dem erst S. 571 ff. kurz etwas gesagt wird – einsetzt. Grundlage der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland ist ja, ganz anders als in den USA und auch im Österreich nach dem Ersten Weltkrieg, die zentralstaatliche Kontrolle gliedstaatlicher Verfassungsautonomie und der Schutz der gliedstaatlichen Ordnung, zunächst mit eher repressiven Ursprüngen im System Metternich nach 1815, unterschiedlichen Ausprägungen in den gliedstaatlichen Verfassungen, einem Höhepunkt in der Paulskirchenverfassung 1849 und dem Relikt des Art. 76 RV 1871; daran knüpfte vor allem Art. 19 WV an, ohne freilich Verfassungsstreitigkeiten zwischen Reichsorganen einzubeziehen. Aber all dies hatte mit Normenkontrolle – zu der Art. 13 WV eine partielle, von Art. 19 strikt getrennte Regelung traf – nichts zu tun. Sollte nun die in ihren Ursprüngen nicht unproblematische Staatsgerichtsbarkeit mit der aufgrund der geisteswissenschaftlichen Methode und der Freirechtsschule³⁶ ebenfalls stark befrachteten Normenkontrolle zu einer einheitlichen Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden werden, so lagen, gerade angesichts der in den zwanziger Jahren ja keineswegs überwundenen Einwände gegen das richterliche Prüfungsrecht, die

³⁵ S. 549 ist sogar von „Sanktion“ die Rede; das ist schief, aber für die Weimarer Diskussion wohl symptomatisch.

³⁶ Der Hinweis darauf bei Groh, S. 565 f. ist durchaus begründet und hat Gewicht.

Bedenken auf der Hand. Gewiss, die Verfassungsgerichtsbarkeit ist in der Bundesrepublik mit großem Erfolg implementiert worden und hat sich auch als Exportschlager, vor allem in demokratisierten Diktaturen, erwiesen. Aber eben deshalb liegt von heute her gesehen die Gefahr nahe, die dabei zu überwindenden und in der deutschen Nachkriegsliteratur intensiv diskutierten Schwierigkeiten zu übersehen³⁷. Diese Diskussion hatte vor 1933 gerade erst begonnen. Sie war durch die Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofs zur Antragsberechtigung im Verfassungsstreit gefördert worden, die sich ihrerseits auf Hugo Preuß' Konzept von Rechtsverhältnissen im innerorganisatorischen Bereich stützen konnte³⁸. Aber diese erweiterte Staatsgerichtsbarkeit auch noch zum Hauptträger des richterlichen Prüfungsrechts zu machen, war ein Schritt, zu dem die Weimarer Republik, allen Anstrengungen von Anschütz zum Trotz, noch schwerlich bereit war. Auch das von Anschütz und Thoma herausgegebene Handbuch des Deutschen Staatsrechts tat ihm nicht³⁹.

4. Eine abschließende *Zusammenfassung* (S. 579-592) erschließt das Buch in prägnanter, freilich sehr gedrängter Form; daher ist sie für sich ohne Lektüre des Vorhergehenden nicht überall verständlich und ist es schade, dass die einzelnen Absätze nicht auf die Ausführungen, die sie zusammenfassen, zurückverweisen. Sachlich lässt die Zusammenfassung nochmals erkennen, was für eine umfassende Darstellung der Verfasserin zu verdanken ist. Allerdings treffen die vorstehend dargelegten und angedeuteten Einwände auch die Zusammenfassung, wobei deren Zuspitzungen, etwa zur sozialstaatlichen Grundrechtsinterpretation (S. 583) oder zur Reaktion von Anschütz und Thoma auf die Krise der Republik (S. 584 f.) den – sachlich durchaus überzeugend dargestellten Befund – sogar überzeichnen. Aber das ist wohl der Preis prägnanter Aussagen.

III.

1. *Grohs Buch ist ein wichtiger Beitrag zur Würdigung der Staatsrechtsentwicklung in der Weimarer Republik und zugleich zur Vorgeschichte und den Bedingungen der Verfassungsgebung und Verfassungsentwicklung der Bundesrepublik.* Dadurch wird zwar die Gegenüberstellung verschiedener Schulen im Methoden- und Richtungsstreit nicht obsolet, und die immer wieder durchscheinende Sympathie der Verfasserin für den staatsrechtlichen Positivismus muss nicht als These verstanden werden, alle Positivisten seien Demokraten und alle Nicht-Positivisten Antidemokraten gewesen. Aber das Buch hat den Nachweis geführt und erbracht, dass es in der Weimarer Republik, wie das von Kurt Sontheimer dargestellte antidemokratische Denken, auch ein demokratisches Denken gegeben hat, das in sich zusammenhängend dargestellt werden kann und für die Staatsrechtslehre fruchtbar geworden ist. Dazu haben Positivisten Wesentliches beigetragen. Grohs Darstellung macht überdies deutlich, dass auch der vor dem Ausbruch des Methoden- und Richtungsstreits im Gegensatz zum Positivismus des Kaiserreichs entwickelte Ansatz von Hugo Preuß, die sich rechtstheoretisch vom klassischen Positivismus unterscheidende Reine Rechtslehre Hans Kelsens und die wirklichkeitswissenschaftlich argumentierende Staatslehre Hermann Hellers mit

³⁷ Für einen Versuch, unter Einbeziehung der Weimarer Erfahrungen dieser Schwierigkeiten Herr zu werden, darf ich auf Dian Schefold, Normenkontrolle und politisches Recht, Juristische Schulung 1972, S. 1 ff. verweisen.

³⁸ So zutreffend S. 571 ff. mit Hinweis auf Preuß' Stellungnahme von 1902 (!) „Über Organpersönlichkeit“, jetzt in: Gesammelte Schriften Bd. 2, S. 131 ff., vgl. auch den Vortrag Über den konstitutionellen Gesetzesbegriff (1903), Gesammelte Schriften Bd. 2, S. 191 ff., und dazu meine Einleitung S. 38 f., 49.

³⁹ Besonders deutlich durch die Trennung der Kapitel über Die Staatsgerichtsbarkeit (Ernst Friesenhahn, Bd. 2, Tübingen 1932, § 98, S. 523 ff.) und Das richterliche Prüfungsrecht (Ernst von Hippel, § 99, S. 546 ff.).

einbezogen werden können und sollten. Dabei zeigt die Darstellung verblüffende Parallelen auf, nicht nur zwischen Preuß und Anschütz und, worauf in den letzten Jahren häufiger hingewiesen worden ist, zwischen Preuß und Kelsen, sondern auch zwischen Preuß und Heller. Insofern hat sich die Auswahl der behandelten Autoren bewährt und neues Licht auf ihre Gedankengebäude geworfen. Abgrenzungen und Überschneidungen im Methoden- und Richtungsstreit müssen daher auf Grund der Ergebnisse des Buches neu überdacht werden. Diese Ergebnisse, in gründlicher Darstellung hergeleitet und griffig, ja pointiert zusammengefasst, sind eine wichtige und unentbehrliche Grundlage für jede weitere Forschung über das Thema.

2. Damit steht nicht in Widerspruch, dass manche Einzelthesen des Buchs *kritische Rückfragen* provozieren und teils zu kritisieren sind, teils als Diskussionsbeiträge zu Themen gelten können, zu denen man unterschiedlicher Meinung sein kann. Diese Einwände sind hier dargestellt worden; einige wichtige Punkte seien zusammenfassend nochmals hervorgehoben.

a) Zu *Preuß*, dessen Erfassung trotz Kenntnis erst des ersten Bandes der Gesammelten Schriften auf hohem Niveau gelungen ist, der aber zur Zeit als aktuelles Forschungsthema besonders interessieren kann, ist vor allem auf die sehr differenzierte Sicht der Stellung des Einzelnen und auch der Gliedperson in der Gesamtperson hinzuweisen. Die Ablehnung der Theorie des Gesellschaftsvertrags und die Charakterisierung der gewordenen Körperschaft ermöglichen es Preuß, trotz des kollektivistischen Ansatzes die innere Differenzierung der Gesamtperson anzuerkennen und eine Absorption der Stellung des Individuums – wie auch gesellschaftlicher Gruppen – im Gemeinwesen abzulehnen. Die dadurch entstehende „Einheit in Vielheit“, die zunächst sogar die Gewährleistung von Grundrechten über die politischen Mitwirkungsrechte hinaus für entbehrlich erscheinen ließ, öffnet neben der von Groh zutreffend dargestellten positiven Sicht politischer Parteien auch die Sicht für eine pluralistische Gesellschaft. Daneben ist sie die Grundlage der Anerkennung von Rechten auch von Organträgern und innerhalb der Gesamtperson, damit eines wesentlichen Elements der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit. Schließlich aber steht sie der Monopolisierung des Gemeinwillens der Gesamtperson im Parlament entgegen und ermöglicht die Verifikation, ob und wieweit die parlamentarische Entscheidung als endgültige Äußerung des Gemeinwillens anerkannt werden kann (vgl. oben II 1 a, II 2 c, II 2 d, II 3 c).

b) Damit zusammen hängt, dass Grohs Darstellung der parlamentarischen Demokratie mit der Mehrheit der von ihr behandelten Autoren – freilich nicht Kelsen, der insofern verkannt wird – zwar die Handlungsfähigkeit eines funktionierenden parlamentarischen Systems zum Thema macht, für „*Die Rechte der direkten Demokratie*“ aber sehr wenig (S. 300-303) übrig hat. Das ist ein bis in die Gegenwart viel vertretener und deshalb sicher vertretbarer Standpunkt, aber er muss sich dem Einwand stellen, dass, von einem pluralistischen Standpunkt aus, auch Wert und Richtigkeit des Parlamentswillens relativ sind, und dass, von einem demokratischen Standpunkt aus, die Legitimation der politischen Entscheidung im Wahlakt, vor allem angesichts der in Weimar viel diskutierten und in dem Buch treffend dargestellten Probleme des Wahlsystems, in Frage gestellt, verifiziert und nötigenfalls modifiziert werden kann. Wie das zu geschehen hat, ist eine in der Weimarer Verfassung und Verfassungspraxis wohl nicht überzeugend gelöste Frage. Aber auch die Antwort darauf entscheidet über die Funktionsfähigkeit parlamentarischer Demokratie (vgl. oben II 2 d).

c) Auch gegenüber der Legitimation der Verfassung durch eine *verfassungsgebende Gewalt* ist die Verfasserin sehr skeptisch. Offenbar wird sie dabei von der in der Spätphase der Weimarer Republik verbreiteten Idee eines neuen Akts der Verfassungsgebung und der

Diskreditierung des geltenden „Verfassungsgesetzes“ bestimmt, und die nach 1949, erneut nach 1989 geführte Diskussion zu Art. 146 GG mag solche Vorsicht untermauern. Aber dabei wird doch vernachlässigt, dass 1918/19, anders als 1948/49, von einem eigenständigen, durch die Wahl der Nationalversammlung legitimierten Verfassungsgebungsprozess gesprochen werden konnte. Dessen Nichtbeachtung oder Diskreditierung verletzte das demokratische Prinzip und insofern gerade „das Prä der Verfassung“, das mit solchem Aufwand begründet wird. Daher waren auch und gerade die von der Verfasserin behandelten Autoren Verfassungspatrioten, und sie beriefen sich auf die Entstehung der Verfassung, um deren Höherrangigkeit zu rechtfertigen. In der Tat spräche die Argumentation des Buchs zur parlamentarischen Demokratie eher gegen deren Kontrolle auf Verfassungsmäßigkeit, und war es vor allem die Lehre vom *pouvoir constituant*, die den Vorrang der Verfassung rechtfertigen konnte (vgl. oben II 3 a, b).

d) Eine ähnliche, allerdings wohl dem Diskussionsstand der Weimarer Jahre geschuldete Lücke scheint mir ferner in der Vernachlässigung der Grundlagen zu liegen, die die Verfassungsgebung und *Reichsverfassung von 1848/49* gelegt haben, vor allem für die Grundrechte. Wenn schon das Preuß'sche Konzept eines Verzichts auf Grundrechte 1919 über Bord geworfen wurde, hätte eines der Hauptargumente dafür, die Kontinuität mit der liberal-demokratischen Orientierung von 1848/49, Würdigung verdient – zumal, wie in der neueren Literatur jetzt deutlich (aber schon 1912 von Hugo Preuß angedeutet!), das Grundrechtsverständnis von 1848/49 erleichtert hätte, die mit vollem Recht kritisierten Verkürzungen der Grundrechtsgeltung in der zweiten Hälfte des 19. Jh. als solche zu erkennen, wettzumachen und der neuen Grundrechtsdogmatik zugrunde zu legen (vgl. oben II 2 e).

e) Wie schon in den Kapiteln über den Parteienstaat und über die Grundrechtslehren, wirkt sich auch im 3. Teil des Buchs die Prägung durch die Fragestellungen des Grundgesetzes nachhaltig aus. Das ist diskutabel und zu rechtfertigen, aber es drängt die Rücksicht auf die geschichtlichen Zusammenhänge zurück. Jedenfalls für die Phasen funktionierender parlamentarischer Mehrheitsbildung bedeutet eben das *Prä der Verfassung* eine Zurückdrängung, ein „Post“ des parlamentarischen Gesetzgebers. Von da her erklärt sich der Widerstand gerade demokratischer Staatsrechtslehrer gegen das richterliche Prüfungsrecht, dessen undemokratische Grundlagen gut herausgearbeitet werden. Zugleich ist auch die richterliche Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten historisch mit eher undemokratischen Zielsetzungen befrachtet. Der Weg zur modernen Verfassungsgerichtsbarkeit und ihrer Implementation in den demokratischen Staat war daher weit, und man muss schon die allmähliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik zugrunde legen, um sie als Rezept für Weimar empfehlen zu können (vgl. oben II 3 b, c).

f) Ein bereits angedeutetes Grundproblem des Buchs liegt darin, dass das Etikett „Demokratische Staatsrechtslehrer“ exklusiv verstanden werden könnte. Dass Groh bestimmte Autoren ausgewählt hat, nicht alle demokratischen Staatsrechtslehrer Revue passieren lässt und immer wieder auch andere Autoren zu Wort kommen, ist als Hypothese zu akzeptieren (oben I) und hat sich, würdigt man den Ertrag des Buchs, eindeutig bewährt. Aber was ist mit der *restlichen Staatsrechtslehre*? A contrario könnte sie als antidemokratisch bezeichnet werden. Groh vermeidet diesen Schritt, trotz ihrer bereits erwähnten Sympathie für die Positivisten, und mit gutem Grund. Alle Beteiligten am Methoden- und Richtungsstreit standen in der Krise der Republik vor der Bewährungsprobe; in allen Richtungen gab es Nazis und Verfolgte⁴⁰, bei allen, auch den demokratischen Staatsrechtslehrern, gab es – Groh zeigt dies

⁴⁰ Vgl. Horst Dreier/Walter Pauly, die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 60, 2001, S. 9 ff.; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, München 1999;

eindrücklich auf – Ansätze, die im Sinn eines autoritären oder totalitären Staates pervertiert werden konnten. In dem Sinn gibt es demokratische Staatsrechtslehrer, auch wenn zu ihrem Demokratieverständnis einzelne Fragezeichen gesetzt werden können, und nicht eindeutig demokratisch orientierte Staatsrechtslehrer, die aber doch für die Entwicklung der Weimarer Demokratie wichtig geworden sind. Hier gilt es, mit dem Einwand der antidemokratischen Position vorsichtig zu sein, und insofern sind einzelne Rückfragen an die Verfasserin nötig. Leibholz' Option für die Parteienstaatlichkeit nimmt gewiss die Parlamentarismuskritik der zwanziger Jahre auf; aber sie hat sich als eine der Grundlagen der Parteiendemokratie der Bundesrepublik bewährt (vgl. oben II 2 b). Smends Argumentation zu den allgemeinen Gesetzen mochte auch den Vorrang eines apokryphen Gemeinschaftsideals verteidigen, aber sie konnte auch als Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit dienen und hat sich als solcher nach 1949 bewährt (vgl. oben II 2 e). Hier und anderswo sind es zwar nicht die Grundpositionen der Verfasserin, aber Folgerungen mit Hinsicht auf nicht in ihren Darstellungsbereich gehörigen Autoren, zu denen etwas mehr Vorsicht und Differenzierung wünschbar wäre.

3. Aber diese Einwände, die, das sei betont, gegenüber dem grundsätzlich positiven Gesamturteil ganz sekundär sind, zeigen zugleich *Forschungsfelder* auf, die für die Zukunft Ertrag versprechen. Auch darauf hingewiesen zu haben, ist ein Verdienst des Buchs, das der engagierten und pointierten Darstellung zugute gehalten werden kann und soll.

für meine eigene Bewertung darf ich auf Dian Schefold, Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn, in: K. Acham u.a (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, Stuttgart 1998, S. 567 (573 ff.) verweisen.