

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 22

Positivismus und Demokratie

Richard Thoma 1874-1957

Von

Dr. Hans-Dieter Rath



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

HANS-DIETER RATH

Positivismus und Demokratie - Richard Thoma 1874-1957

Schriften zur Rechtsgeschichte

Hef 22

Positivismus und Demokratie

Richard Thoma 1874-1957

Von

Dr. Hans-Dieter Rath



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Gedruckt mit Unterstützung
des Ministeriums für Wissenschaft und Kunst Baden-Württemberg

Alle Rechte vorbehalten
© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1981 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 04815 6

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommer 1979 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg als Dissertation angenommen.

Das Manuskript habe ich im Oktober 1977 abgeschlossen; später erschienene Literatur konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Besonders danken möchte ich an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. Alexander Hollerbach, der die Arbeit angeregt und betreut hat. Vielfältige Hinweise für den biographischen Teil verdanke ich Herrn Prof. Dr. E. Friesenhahn, Herrn Prof. Dr. H. Mosler und Herrn Landgerichtspräsident a. D. Dr. H. Anschutz, der inzwischen verstorben ist.

Schließlich danke ich dem Ministerium für Wissenschaft und Kunst Baden-Württemberg für den großzügigen Zuschuß zur Drucklegung und Herrn Ministerialrat a. D. Prof. Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Stuttgart, im Juli 1980

Hans-Dieter Rath

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
-------------------------	----

Erster Teil

Die Person

<i>I. Lebensgeschichte und wissenschaftlicher Werdegang</i>	19
<i>II. Die politische Vorstellungswelt und die politischen Aktivitäten</i>	32

Zweiter Teil

Das Werk

<i>I. Wissenschaft und Politik</i>	52
1. Der wissenschaftsgeschichtliche Hintergrund und die wissenschaftstheoretischen Einflußlinien	52
1.1. Der staatsrechtliche Positivismus	52
1.2. Der Neukantianismus	55
1.2.1. Kelsens ‚logischer Normativismus‘	56
1.2.2. Max Webers Wertfreiheitsprinzip und sein Wissenschaftsbegriff	57
2. Thomas wissenschaftstheoretische Position und sein methodischer Ansatz	63
<i>II. Staat und Demokratie</i>	72
1. Der Staatsbegriff	72
1.1. Problemstand	72
1.2. Begriff und Gegenstand	75
1.2.1. Der ‚realistische‘ Staatsbegriff	78
1.2.2. Kritik an Kelsens Identifizierung von Staats- und Rechtsordnung	78

1.3. Die soziologische Staatsauffassung	82
1.4. Die juristische Staatsauffassung	85
1.4.1. Kritik der organischen Staatslehre	88
1.4.2. Das ‚Wesen‘ des Staates	89
1.5. Exkurs: Der Staatsbegriff Max Webers	91
1.6. Resümee	93
2. Die Bedeutung der Demokratie in der Entwicklungsgeschichte des modernen Staates	94
2.1. Unter sozialgeschichtlichem Aspekt	95
2.2. Unter verfassungsgeschichtlichem Aspekt	96
3. Der Demokratiebegriff	100
3.1. Die Mehrdeutigkeit des Begriffs Demokratie und die Pro- blematik der Begriffsbildung	100
3.2. Die wissenschaftliche Definition der Demokratie als „Rechts- formbegriff“	104
3.3. Verfassungstypologie	105
<i>III. Parlamentarismus und Parteienstaat</i>	<i>108</i>
1. Die Parlamentarismusanalyse Carl Schmitts	108
2. Die Kritik Thomas	111
3. Demokratie als Parteienstaat	115
3.1. Die konstitutive Bedeutung der Parteien für die parlamen- tarische Demokratie als Repräsentation des Volkswillens und Führungsinstrumente	118
3.2. Verhältniswahlrecht und Parteienpluralismus	121
4. Der Parteibegriff im Spannungsverhältnis ‚Elite—Masse‘	126
<i>IV. Die Weimarer Verfassung als System der „checks and balances“</i>	<i>129</i>
1. Gewaltenteilung und Gewaltenkonzentration	129
2. Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips durch das plebis- zitäre Korrektiv des Volksentscheides?	131
3. Die parlamentarische Regierungsform und die Stellung des Reichspräsidenten	133
4. Die Prinzipien der „gemischten Verfassung“	136

V. <i>Gesetzgebung und Rechtsstaat</i>	138
1. Das Spannungsfeld von demokratischem und rechtsstaatlichem Prinzip	138
2. Der Verfassungsbegriff	139
3. Der Funktionsbereich der gesetzgebenden Gewalt und die Grenzen der Verfassungsänderung	140
4. Der Funktionsbereich der gesetzgebenden Gewalt und der Umfang der richterlichen Prüfungskompetenz	147
4.1. Die Auseinandersetzung um das richterliche Prüfungsrecht und den Gleichheitssatz in der Weimarer Republik	147
4.2. Die Wiederaufnahme der Diskussion über den Gleichheitssatz bei Art. 3 GG	154
5. Die Verfassungsgerichtsbarkeit	154
5.1. Thomas Position zu Umfang und Funktion der Staatsgerichtsbarkeit unter der Weimarer Reichsverfassung	154
5.2. Thomas Rechtsgutachten zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts	160
VI. <i>Der Rechtsstaat — Freiheits- und Grundrechtsschutz</i>	164
1. Die Gewaltenteilungslehre	164
1.1. Der Funktionsbegriff der Legislative	165
1.2. Der Funktionsbegriff der Judikative	168
1.3. Der Funktionsbegriff der Verwaltung (Regierung)	170
2. Der Vorbehalt des Gesetzes und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	171
2.1. Die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff	171
2.2. Thomas historisch-kritische Analyse des geltenden Gesetzesbegriffes	172
2.3. Der Vorbehalt des Gesetzes	175
2.4. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	176
3. Das System der subjektiv-öffentlichen Rechte	179
4. Das Grundrechtsverständnis Thomas	185
VII. <i>Schluß</i>	194
Quellen- und Literaturverzeichnis	196

Abkürzungsverzeichnis

ASWS	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BVG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht — amtliche Entscheidungssammlung
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
GG	Grundgesetz
HdbDStR	Handbuch des deutschen Staatsrechts
HWBStW	Handwörterbuch der Staatswissenschaften
HZ	Historische Zeitung
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NL	Nachlaß
PVS	Politische Vierteljahresschrift
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WBStVwR	Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts
WRV	Weimarer Reichsverfassung

Einleitung

Die Geschichte der deutschen Staats- und Staatsrechtslehre ist seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wesentlich auch die Geschichte des Rechtspositivismus.

Die aus seinem Selbstverständnis resultierende Auffassung von Gegenstand, Aufgabenbereich und Methodik der Rechtswissenschaft steckte für Jahrzehnte nicht nur den Problemhorizont staats- und rechtswissenschaftlicher Kontroversen ab, sondern bestimmt teilweise bis heute die Begriffsbildungen im öffentlichen Recht.

Jener wissenschaftliche Positivierungsprozeß brachte bekanntlich nicht nur die ‚Emanzipation‘ der Staats- und Staatsrechtslehre von der politischen Philosophie, sondern führte gleichermaßen auch zu einer Entpolitisierung der Staatswissenschaften selber¹.

Wie allgemein geistesgeschichtlicher und gesellschaftlicher Wandel keine heterogenen Entwicklungsprozesse darstellen, zeigt im besonderen die wissenschaftsgeschichtliche Entwicklung der Staats- und Staatsrechtslehre jene Interdependenz von staatstheoretischer Begriffsbildung und sozialgeschichtlichem Prozeß².

Die mit der Herausbildung des staatsrechtlichen Positivismus einhergehende Entpolitisierung der Staatswissenschaft war Ausdruck der politischen-sozialen Situation des Kaiserreichs. Nach dem Scheitern der bürgerlichen Revolution und der Gründung des deutschen Einheitsstaates Bismarckscher Prägung war Politik beschränkt auf das „staatliche Handeln“³. Öffentliche Meinung, Parteiwesen und Interessengruppen, oder

¹ Auf den allgemeinen Zusammenhang von Spezialisierung der Wissenschaften und ihrer Entpolitisierung gehen insbesondere ein: Hans Maier, Politische Wissenschaft in Deutschland — Aufsätze zur Lehrtradition und Bildungspraxis, 1968, S. 50 f.; Wilhelm Hennis, Bemerkungen zur wissenschaftsgeschichtlichen Situation der politischen Wissenschaften, in: Gesellschaft — Staat — Erziehung, 1960, S. 203 ff.

² Vgl. dazu insbes. die verdienstvolle und grundlegende Untersuchung von Peter v. Oertzen: Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974; zur Verknüpfung der staatsrechtlichen Begriffswelt mit bestimmten Verfassungsformen; vgl. auch E. W. Böckenförde: Die deutsche verfassungsrechtliche Forschung im 19. Jahrhundert, 1961; für die Weimarer Zeit vgl. insbes. jetzt Manfred Friedrich, Der Methoden- und Richtungsstreit, AöR 102 (1977), S. 161 ff. — die Abhandlung, die erst nach Abschluß des Manuskripts erschien, konnte ich leider nicht mehr berücksichtigen —.

³ So z. B. H. Ehmke: Die Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, S. 14; vgl. auch Th. Ellwein: Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise, 1954, S. 27 f., 108; sowie Fraenkel / Bracher, Hrsg.: Staat und Politik, 1957, neu bearb. 1964, S. 10.

gar politische Willensbildungsprozesse stellten keine Probleme dar, die sich staatswissenschaftlicher Betrachtung aufgedrängt hatten.

Vermochte zu jener Zeit eine positivistische restringierte und mit der gegebenen Staatsordnung grundsätzlich einverständene Staatsrechtswissenschaft die politischen Auseinandersetzungen zwischen monarchischem Obrigkeitsstaat und liberalem Bürgertum durch deren Verrechtlichung weitgehend zu neutralisieren⁴ (und gleichzeitig die Trennung von Staat und Gesellschaft theoretisch rein herauszuarbeiten), wurde mit der Weimarer Republik und ihrem „Verfassungskompromiß“⁵ gerade die Verbindung von politischer und sozialer Ordnung zum praktischen Problem und zur zentralen Aufgabe.

Vor dem Hintergrund sich dergestalt verändernder realer Problemkonstellationen mußte auch die überkommene, herrschende positivistische Staatsrechtslehre des gesellschaftlich-politischen Zusammenhangs ihres Gegenstandes bewußt und die tradierte Unterscheidung von Recht und Politik grundlegend fragwürdig werden. So betrachtet, war jene „Krise der Staatsrechtslehre“ in der Weimarer Zeit nichts anderes als der Zerfall eines wissenschaftstheoretischen und -politischen Grundkonsenses, der unter den historisch spezifischen Bedingungen des Kaiserreiches entstanden war und der seine Selbstverständlichkeit in dem Maße verlieren mußte, in dem sich diese Bedingungen selbst veränderten.

Die Weimarer Verfassung, der „nicht auf Kündigung geschlossene Tarifvertrag“ (Bauer) der neuen Republik stellte verfassungsrechtliche Probleme neu und zwang die Staatsrechtswissenschaft verfassungstheoretisches und -rechtliches Neuland zu betreten.

Das überkommene, an der Verfassungslage des Kaiserreiches ausgebildete Begriffs- und Kategoriensystem erwies sich hierbei oft als unzureichend für eine befriedigende Lösung der neuen, mit der veränderten politisch-sozialen Problemlage aufs engste verbundenen Fragestellungen⁶.

Die neue verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Lage brachte aber nicht nur neue Problemstellungen, sondern unterzog auch die Aufgabe und den Charakter der Staatsrechtswissenschaft selber einem

⁴ Vgl. z. B. A. Arndt: *Das Bild des Richters*, 1956, S. 9, und W. Rosenbaum: *Naturrecht und positives Recht*, 1972, insbes. S. 56 ff.

⁵ Vgl. W. Bauer: *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie*, 1968, S. 58: „der arbeitsrechtliche Tarifvertrag war Vorbild dieser politischen und sozialen Paritätsidee“; sowie Fr. Neumann: *Demokratischer und autoritärer Staat*, 1967, S. 55 f.

⁶ Hierauf weist insbes. M. Friedrich hin in seiner Rezensionsabhandlung: *Die Grundlagendiskussion in der Weimarer Staatslehre* in: *PVS* 13 (1972), S. 582 ff. (583, 591) (zit. die Grundlagendiskussion); wie auch: ders., *Zwischen Positivismus und materiellem Verfassungsdenken*, 1971, S. 11 ff. (18).

Bedeutungswandel: der Forderung nach praxisbezogener Verfassungsauslegung⁷.

Die damit infragestehende Um- und Neuorientierung des überkommenen Staats- und Verfassungsdenkens führte denn auch zu jenen oft an Einzelproblemen ‚durchgespielten‘ Grundlagen- und Selbstverständnisdiskussionen über Aufgabenbereich und Methodik der Staatsrechtswissenschaft, die als der „Weimarer Methoden- und Richtungsstreit“ in die Wissenschaftsgeschichte eingegangen sind⁸. Es ist in diesem Zusammenhang signifikant und entbehrt nicht der gesellschaftstheoretischen Logik, daß die seit Ende des 19. Jahrhundert herrschende positivistische Isolierung des Rechts aus dem gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang zu einem Zeitpunkt virulent wurde, wo der deutsche Staat erstmals eine demokratische Legitimitätsgrundlage erhalten hatte.

Nunmehr wurde das Verhältnis von Staatsrechtslehre und Politik zum zentralen, wenn auch nicht immer formulierten Thema der wissenschaftlichen Auseinandersetzungen⁹. Bei diesen Kontroversen ging es daher nicht nur um divergente methodologische Ansätze und Theoriekonzeptionen, sondern gleichzeitig um wissenschafts- und verfassungspolitische Positionen.

Nicht selten war die Wahl der Methode zugleich die des politischen Standorts ihrer Vertreter gegenüber dem „neugeordneten Deutschland“¹⁰.

Kelsen war daher durchaus im Recht, wenn er der in der antipositivistischen¹¹ Gegenbewegung verbreiteten geistesgeschichtlichen Rückwendung zum Naturrecht und zur Metaphysik politische Bedeutung zumaß¹². Denn in der Tat stand hinter der Weimarer Methodenkontro-

⁷ Nunmehr stand nicht mehr die logische Einheit des Systems, sondern die politische Einheit des Staates im Vordergrund.

⁸ Vgl. dazu U. Scheuner: Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in der Zeit der Weimarer Republik, in: AöR 97, (1972), S. 349 ff.; R. Smend: Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, S. 575 ff. Eine umfassende Darstellung und kritische Würdigung steht meines Wissens noch immer aus. Im Rahmen dieser Arbeit muß es mit wenigen Andeutungen sein Bewenden haben. Vgl. dazu jetzt Friedrich, FN. 2. Aus politologischer Sicht ist immer noch wegweisend K. Sontheimer: Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 2. Aufl. 1968, S. 63 ff.

⁹ Darauf weist Smend hin, S. 578 f.; vgl. die berühmte Rektoratsrede H. Triepels über „Staatsrecht und Politik“, 1927. Dazu Hollerbach: Zu Leben und Werk Heinrich Triepels, in: AöR 91 (1966), S. 417 ff. (429 f.).

¹⁰ Oertzen, in: Hesse u. a., Hrsg., Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend, 1962, S. 187; vgl. auch Bauer, S. 20; Kriele: Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 27; K.-D. Bracher: Staatsbegriff und Demokratie in Deutschland, S. 17; Rosenbaum, S. 64 f. m. w. Nachweisen.

¹¹ Antipositivistisch soll hier nicht in analytischer Weise gebraucht werden, sondern bezeichnet unterschiedslos die nicht-positivistischen Theorieansätze.

¹² Kelsen in einem Diskussionsbeitrag auf der Staatsrechtslehrertagung 1927: „Damit gewinnt aber die Wendung zum Naturrecht und zur Metaphysik,