

STEFAN OETER

Integration
und Subsidiarität
im deutschen
Bundesstaatsrecht

Jus Publicum

33

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum öffentlichen Recht

Band 33



Stefan Oeter

Integration
und Subsidiarität
im deutschen
Bundesstaatsrecht

Untersuchungen
zu Bundesstaatstheorie
unter dem Grundgesetz

Mohr Siebeck

Stefan Oeter: Geboren 1958; 1979–83 Studium der Rechts- und Politikwissenschaften in Heidelberg; 1987–97 wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg; 1990 Promotion; 1991 Gastdozent an der Universität Alcalá de Henares (Madrid); 1997 Habilitation; seit 1997 Lehrstuhlvertretungen an den Universitäten Heidelberg und Frankfurt/Oder.

Als Habilitationsschrift gedruckt mit Unterstützung der Max-Planck-Gesellschaft, München.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Oeter, Stefan:

Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht:

Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz /

Stefan Oeter. – Tübingen: Mohr Siebeck, 1998

(Jus publicum; Bd. 33)

ISBN 3-16-146885-6

978-3-16-158083-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1998 J.C.B. Mohr (Paul 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 aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Weissenstein in Pforzheim gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

Vorwort

Das Bundesstaatsrecht ist in jüngster Zeit wieder in das Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt. Doch die Debatte scheint sich im Kreise zu drehen, betrachtet man die Argumente vor der Folie der seit Jahrzehnten immer wieder geübten Kritik am Bundesstaat des Grundgesetzes. Ein vertieftes Nachdenken über die bundesstaatstheoretischen Prämissen des deutschen Bundesstaatsrechts findet dagegen leider nur selten statt. Dies hängt sicherlich mit der Phobie gegenüber allen Formen der Bundesstaatstheorie zusammen, die die deutsche Verfassungsrechtslehre seit langem beherrscht. Bundesstaatstheorie – so das stets wiederholte Argument – sei unter einer ausgefeilten positiven Bundesstaatsverfassung wie der des Grundgesetzes überflüssig geworden.

Ob diese These zutrifft, oder ob nicht vielmehr bundesstaatstheoretische Annahmen die konkrete Arbeit am Bundesstaatsrecht auch unter dem Grundgesetz zutiefst prägen, ist Thema der vorliegenden Arbeit. Die Schrift bemüht sich im Verlaufe ihrer letztlich vorrangig verfassungs- und dogmengeschichtlichen Untersuchungen im Ergebnis um eine ‚Historisierung‘ des deutschen Bundesstaatsrechts (und der damit verbundenen Versatzstücke einer Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz), um so das Prozeßhafte und Dynamische des deutschen Bundesstaatsmodells herauszuarbeiten. Nur in genetischer Perspektive – so die fundierende Arbeitshypothese – lassen sich Stärken und Probleme des deutschen Bundesstaatsrechts angemessen erfassen. In dieser Herangehensweise entspricht sie nach Auffassung des Autors auch einer elementaren Notwendigkeit, die historische Dimension im aktuellen Umgang mit Problemen des Staatsorganisationsrechts zurückzugewinnen.

Die vorliegende Untersuchung ist in den Jahren 1993 bis 1996 am Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht entstanden. Sie wurde im Sommer 1996 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde dementsprechend im Sommer 1996 abgeschlossen; allerdings wurde die Schrift für die Drucklegung noch einmal überarbeitet und es wurden, soweit möglich, Literatur und Rechtsprechung bis Ende 1997 in den Fußnoten berücksichtigt.

Besonderen Dank möchte ich an dieser Stelle meinem hochgeschätzten Lehrer, Herrn Professor Dr. Jochen Abr. Frowein, für die stete Unterstützung und die Geduld aussprechen, ohne die eine derartige Arbeit nicht hätte entstehen können. Die Freiheit und Zeit, die er mir in der Endphase der Arbeit als Referent am Heidelberger Max-Planck-Institut gewährte, haben ebenso wie die vielfältigen Anregungen und die jahrelange methodische Schulung, die ich in der kritischen Auseinandersetzung mit ihm erfuhr, erst die vorliegende Untersuchung ermöglicht.

Seiner Unterstützung und Förderung, seinem Rat, seinem Ansporn, aber auch seiner Rolle als Widerpart in Fragen der methodischen Herangehensweise verdanke ich sehr viel. Ich werde an die Jahre mit ihm, die mich zutiefst geprägt haben, auch in vielen Jahren noch gerne zurückdenken.

Herrn Professor Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann möchte ich für die schnelle Erstattung des Zweitgutachtens und für die kritischen Anmerkungen, aber auch die im Rahmen der Überarbeitung gegebenen wertvollen Anregungen danken. Ebenfalls Dank aussprechen möchte ich ferner meinen Kollegen am Institut, die mir im Gespräch vielfältige Anregungen gegeben haben und deren Kollegialität und Freundschaft die Jahre am Heidelberger Max-Planck-Institut zu einer ebenso prägenden wie bereichernden Phase meines Lebens haben werden lassen.

Last but not least bin ich meiner Ehefrau Gabriele zu Dank verpflichtet. Sie war das sprichwörtliche Opfer dieser Arbeit und hat all die Unbilden, die mit einer so monomanischen Tätigkeit wie der Erstellung einer derart ausgreifenden Arbeit verbunden sind, tapfer getragen und mir in mancher Phase des Zweifelns wieder aufgeholfen.

Zuguterletzt möchte ich der Max-Planck-Gesellschaft und ganz persönlich den Direktoren des Heidelberger Max-Planck-Institutes für das Zurverfügungstellen eines Druckkostenzuschusses danken, ohne den die Veröffentlichung dieser wahrlich nicht dünn geratenen Arbeit kaum möglich gewesen wäre. Ebenso danken möchte ich dem Verlag J.C.B. Mohr für die Aufnahme der Arbeit in seine Schriftenreihe „Jus publicum“.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht	1

Erster Teil

Der Bundesstaat des Grundgesetzes – Verfassungsgeschichtliche Wurzeln und Entstehungsgeschichte

1. Kapitel: Der verfassungsgeschichtliche Hintergrund	17
1.1. Bundesstaatlichkeit und die deutsche Tradition dezentraler Organisation von Herrschaft	17
1.2. Staatsbildung als Konsolidierung von Territorialherrschaft	18
1.3. Der Deutsche Bund und der Kampf um die föderale Organisation des Reiches	23
2. Kapitel: Das Deutsche Reich und dessen Bundesverfassung	29
2.1. Die Konstruktionsprinzipien der Reichsverfassung von 1867/1871	29
2.2. Fortentwicklung des Bundesstaates in der Verfassungspraxis	40
2.3. Der Streit der Verfassungsrechtslehre um die juristische Konstruktion des Bundesstaates	44
3. Kapitel: Die Weimarer Republik und die Zerstörung des Bundesstaates	53
3.1. Krieg und Revolution	53
3.2. Die Weimarer Reichsverfassung	56
3.3. Der Kampf um die „Reichsreform“	66
3.4. Der Bundesstaat im Verfassungsrechtsdenken	74
3.5. Der ‚Preußenschlag‘ und das Ende der Bundesstaatlichkeit	87
4. Kapitel: Die Besetzung Deutschlands und die Wiedererrichtung des Bundesstaates	96
4.1. Neuordnungspläne der Besatzungsmächte	96
4.2. Wiedererrichtung der Länder	99
4.3. Haltung der Parteien zur künftigen Verfassungsstruktur	103

4.4. Von der Londoner Sechsmächte-Konferenz zum Parlamentarischen Rat ..	110
4.4.1. Die Londoner Sechsmächte-Konferenz	110
4.4.2. Die Frankfurter Dokumente	111
4.4.3. Die Reaktion der Ministerpräsidenten	112
4.4.4. Der Herrenchiemseer Verfassungskonvent	114
4.5. Beratungen im Parlamentarischen Rat	116
4.5.1. Die Präambel	117
4.5.2. Die Frage der Länderneugliederung	119
4.5.3. Die Zuständigkeitsverteilung in der Gesetzgebung	121
4.5.4. Die Zuständigkeitsverteilung im Bereich der Verwaltung	126
4.5.5. Die Frage der Zweiten Kammer: Bundesrat oder Senat?	127
4.5.6. Die Finanzverwaltung	131
4.6. Das Ergebnis: Unzufriedenheit mit der neuen Bundesstaatsverfassung	138

Zweiter Teil:

Die Entwicklung zum ‚unitarischen Bundesstaat‘ – Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik

5. Kapitel: Die Aufnahme der neuen Bundesstaatsverfassung in der Staatsrechtslehre	143
5.1. Kontinuität und Wandel im Urteil der Zeitgenossen	143
5.2. Die Bewertung in der zeitgenössischen Staatsrechtslehre – Perspektive der Unitarier	145
5.3. Die Bewertung in der zeitgenössischen Staatsrechtslehre – Kritik der Fö- deralisten	153
6. Kapitel: Die Entwicklung des Bundesstaates in der Staatspraxis von Bund und Ländern	157
6.1. Der Kampf um die Rolle des Bundesrates	157
6.1.1. Erste Positionskämpfe zwischen Bundesregierung und Bundesrat ..	157
6.1.2. Die Frage der Zustimmungsbefähigung von Gesetzen	159
6.1.3. Die Rolle des Bundesrates in der Außenpolitik	162
6.2. Die Verwaltungskompetenz der Länder und die Frage der Koordination von Bundes- und Landesverwaltungen	166
6.2.1. Die Einwirkung des Bundes auf die Landesverwaltungen, insbeson- dere die Praxis der Fondsverwaltung	166
6.2.2. Die ‚Selbstkoordinierung der Länder‘ – Kultusministerkonferenz ..	169
6.2.3. Die ‚Selbstkoordinierung der Länder‘ – Polizeiwesen	171
6.3. Die weitere Ausgestaltung der Finanzverfassung	172
6.3.1. Die Zuständigkeitsverteilung in der Finanzverwaltung	172
6.3.2. Der Kampf um den Finanzausgleich	174
6.3.2.1. Die Ausgangslage: Art 106 und 107 GG	174
6.3.2.2. Der vorläufige Finanzausgleich 1950–1955	177
6.3.2.3. Die Finanzreform von 1955	181
6.4. Zwischenbilanz	184

7. Kapitel: Die Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Bundesstaatsprinzip	185
7.1. Die ersten großen Entscheidungen zum Bundesstaatsrecht	185
7.1.1. Das Verfahren über die Neugliederung der Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern – BVerfGE 1,14	185
7.1.2. Das Normenkontrollverfahren gegen das Gesetz über den Finanzausgleich im Rechnungsjahr 1950 – BVerfGE 1,117	193
7.1.3. Weitere wichtige Entscheidungen der Frühphase	198
7.2. Die Rechtsprechung zur ‚Bedürfnisklausel‘ und zur Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen	201
7.2.1. Die Entscheidung vom 30. April 1952 über das Gesetz zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens – BVerfGE 1, 264	201
7.2.2. Die Entscheidung vom 20. Mai 1952 zum Badischen und Bremischen Ladenschlußgesetz – BVerfGE 1, 283	202
7.2.3. Die Entscheidung vom 22. April 1953 zum Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit – BVerfGE 2, 213	206
7.2.4. Das Rechtsgutachten vom 16. Juni 1954 über die Zuständigkeit des Bundes zum Erlaß eines Baugesetzes – BVerfGE 3, 407	207
7.2.5. Die Entscheidung vom 1. Dezember 1954 zum Nordrhein-Westfälischen Besoldungsgesetz – BVerfGE 4, 115	209
7.3. Die Entfaltung der Bundestreue in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	213
7.3.1. Die ersten Entscheidungen zur Bundestreue	213
7.3.2. Die Folgeentscheidungen I – Konkordatsurteil von 1957	217
7.3.3. Die Folgeentscheidungen II – Volksbefragungsurteil von 1958	220
7.3.4. Die Folgeentscheidungen III – Fernsehurteil von 1961	223
7.3.5. Die Folgeentscheidungen IV – Neugliederungs- bzw. Hessenurteil von 1961	226
7.4. Ausblick und Bewertung	229
8. Kapitel: Der Bundesstaat in der Rechtslehre der Fünfziger und Sechziger Jahre – Streit um Bundesstaatstheorie, die Entfaltung der Bundestreue und die Rezeption der Integrationslehre	233
8.1. Der Streit um die richtige Bundesstaatstheorie	235
8.2. Die Entfaltung der Bundestreue	238
8.3. Die Rezeption der Integrationslehre – der Weg zum ‚unitarischen Bundesstaat‘	249
9. Kapitel: Der Drang zur Einheit durch Planung und Verflechtung – Kooperativer Föderalismus, Finanzreform, Versuche der Verfassungsreform	259
9.1. Der Weg zum ‚kooperativen Föderalismus‘	259
9.1.1. Die ‚Selbstkoordinierung‘ der Länder	260
9.1.2. Die Bedeutung des Bundesrates	264
9.1.3. Das Leitbild des ‚Kooperativen Föderalismus‘	266

9.2. Der Ruf nach Verfassungsänderungen – die ‚Große Finanzreform‘ von 1969 und die anderen Verfassungsänderungen der Großen Koalition	272
9.2.1. Die Verfassungsänderungen bis 1964	273
9.2.2. Das ‚Troeger-Gutachten‘	274
9.2.3. Der Kampf um die Finanzreform	282
9.2.4. Das Finanzreformgesetz vom 12. 5. 1969 und die Begleitgesetze	286
9.2.5. Die ergänzenden Verfassungsänderungen der Jahre 1967–1972	291
9.2.6. Die Debatte um die Gemeinschaftsaufgaben	292
9.3. Die Bemühungen um eine Verfassungsreform – Neugliederungsdebatten und Enquêtékommision Verfassungsreform	301
9.3.1. Die Rufe nach Neugliederung	301
9.3.2. Die Enquêtékommision Verfassungsreform	304
9.3.2.1. Mandat und Tätigkeit der Enquêtékommision Verfassungsreform	304
9.3.2.2. Gemeinsame Rahmenplanung und Investitionsfinanzierung	307
9.3.2.3. Finanzverfassung	309
9.3.2.4. Ausführung der Bundesgesetze und Bundesverwaltung	311
9.3.2.5. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen	311
9.3.2.6. Stellung des Bundesrates	314
9.3.2.7. Zusammenfassende Bewertung der Vorschläge der Enquêtékommision	316
 10. Kapitel: Das Ende der Reformeuphorien und die Besinnung auf den Status quo – Politikverflechtungsfälle und die Renaissance des Föderalismus	 318
10.1. Die Phase der Ernüchterung über die Möglichkeiten von Planung und Politikverflechtung	318
10.1.1. Die Reaktionen auf die Vorschläge der Enquêtékommision Verfassungsreform und das neue Paradigma der ‚Politikverflechtungsfälle‘	318
10.1.2. Die Rolle des Bundesrates im Gefüge der Verflechtung	322
10.1.3. Die veränderte Bewertung des Bundesstaatssystems	326
10.2. Politikverflechtung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	329
10.2.1. Die Rechtsprechung zu den Kompetenzbestimmungen	330
10.2.1.1. Das Numerus clausus-Urteil und die Folgen	330
10.2.1.2. Das Urteil zum Vierten Rentenversicherungs-Änderungsgesetz und die Frage des Umfangs der Zustimmungsbefähigung von Gesetzen	336
10.2.1.3. Die Rechtsprechung zu Investitionshilfemaßnahmen nach Art. 104a Abs. 4 GG	338
10.2.1.4. Die Rechtsprechung zur Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen	340
10.2.1.5. Die Rechtsprechung zum Verhältnis von Finanzverfassung und (Sach-) Gesetzgebungskompetenzen – Sonderabgaben	342

10.2.1.6. Die Rechtsprechung zum Finanzausgleich	346
10.2.2. Die Renaissance der Bundestreue	352
10.2.2.1. Das Urteil zum Ersten Hessischen Besoldungsanpassungsgesetz	352
10.2.2.2. Die Zweite Coburg-Entscheidung	355
10.2.2.3. Die weitere Rechtsprechung zur Bundestreue	357
10.3. Bundesstaatsreform und Wiedervereinigung – Beratungen und Ergebnisse der ‚Gemeinsamen Verfassungskommission‘	361
10.3.1. Vorgeschichte – Bundesstaat und Wiedervereinigung	361
10.3.2. Die Vorschläge der Gemeinsamen Verfassungskommission	363
10.3.3. Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994	370

Dritter Teil

Deutsche Bundesstaatstheorie im Spiegel der Verfassungsrechtslehre

11. Kapitel: Konstruktive Grundlagen und Rechtsnatur des Bundesstaates	377
11.1. Bundesstaatspraxis und Bundesstaatstheorie – einige Überlegungen auf vergleichendem Hintergrund	377
11.2. Theoretische Konstruktion des Bundesstaates in der deutschen Staatsrechtslehre	381
11.3. Legitimation und Funktion des Bundesstaates	393
11.4. Die ‚Neugliederung des Bundesgebietes‘ und die Frage nach dem ‚Identitätskern‘ des Bundesstaatsprinzips	398
12. Kapitel: Gesetzgebung und Verwaltung im Bundesstaat des Grundgesetzes – das Modell des ‚Vollzugsföderalismus‘	403
12.1. Das System der Zuständigkeitsverteilung – Struktur und Probleme	405
12.2. Probleme der Gesetzgebungskompetenzen I – Die ‚Bedürfnisklausel‘ des Art 72 Abs.2 GG und die Dominanz des Bundes im Bereich der Gesetzgebung	411
12.3. Probleme der Gesetzgebungskompetenzen II – Die Frage der Rahmengesetzgebung	423
12.4. Probleme der Verwaltungskompetenzen I – Die Rückwirkungen der ‚Normenflut‘ auf die ländereigene Verwaltung	426
12.4.1. Die Grundrechte als Medium der Unitarisierung	426
12.4.2. Die Intensivierung der gerichtlichen Kontrolldichte – Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe	429
12.5. Probleme der Verwaltungskompetenzen II – ‚Landeseigene Verwaltung‘ und Bundesauftragsverwaltung	441
12.6. Der Drang zur ‚Mischverwaltung‘	451
12.7. Die Problematik der Gemeinschaftsaufgaben und Finanzhilfen	456

13. Kapitel: ‚Politikverflechtung‘, Kooperation, Mitentscheidung – die Krise des ‚Beteiligungsföderalismus‘	461
13.1. Die Folgeprobleme des auf Mitentscheidung und ‚Politikverflechtung‘ angelegten deutschen Bundesstaatsmodells	461
13.2. Die Rolle des Bundesrates im Bundesstaatsmodell des Grundgesetzes	465
13.2.1. Die Debatte um die Stellung des Bundesrates	466
13.2.2. Die Kompetenzen des Bundesrates	468
13.2.2.1. Die Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen	469
13.2.2.2. Der Vermittlungsausschuß	471
13.2.2.3. Finanzgesetze und Bundesrat	473
13.3. Kooperation und Politikverflechtung	474
13.4. Die ‚Bundestreue‘ in der Bundesstaatsrechtslehre und – praxis unter dem Grundgesetz	480
13.5. Europäische Integration und die Krise des ‚Beteiligungsföderalismus‘	486
13.5.1. Die Rahmenbedingungen – Europäische Gemeinschaft und Bun- desländer	489
13.5.2. Der Kampf der Länder um Beteiligung an den europäischen Ent- scheidungsprozessen	493
13.5.3. Der neue Art. 23 GG – Konsolidierung der Mitwirkung der Län- der über den Bundesrat	495
13.5.4. Die Bewertung des neuen Mitwirkungsverfahrens und die ergän- zenden Formen der Einflußnahme auf die Europapolitik	500
13.5.5. Die Kompetenzen der Länder im Prozeß der europäischen Inte- gration	507
 14. Kapitel: Die Finanzverfassung als Extremform der ‚Politikverflech- tung‘	 507
14.1. Die Finanzverfassung des Grundgesetzes als Ausprägung eines Konzep- tes des ‚Verbundföderalismus‘	507
14.2. Länderfinanzausgleich als Dauerproblem der Finanzverfassung	515
14.3. Das Problem der Konnexität zwischen Ausgaben und Einnahmen	522
14.4. Die Bundesrepublik – ein Bundesstaat ohne finanzverfassungsrechtliche Grundlage?	528
 15. Kapitel: Die Rechtseinheit als Leitbild der deutschen Bundesstaats- lehre – kritische Überlegungen zum Topos der ‚Einheit- lichkeit der Lebensverhältnisse‘	 532
15.1. Die „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ – ein Verfassungsgebot?	532
15.2. Die Verdrängung der Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsdenken	542
15.3. Neubewertung der Subsidiarität I – Chaostheorie und Selbstorganisation komplexer Systeme	545
15.4. Neubewertung der Subsidiarität II – Autopoiesis und ‚Bounded Rationa- lity‘	549

15.5. Neubewertung der Subsidiarität III – Hayeks Konzept der ‚spontanen Ordnungen‘ und die Ansätze der Neuen Institutionenökonomik	553
15.6. Bundesstaat als dynamisches Mehrebenensystem	559
Schlußfolgerungen: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht	565
Literaturverzeichnis	585
Sachregister	645

Einleitung

Integration und Subsidiarität im Deutschen Bundesstaatsrecht

Integration und Subsidiarität – das im Titel der Arbeit in den Vordergrund gestellte Begriffspaar weckt beim Leser unweigerlich Assoziationen an das Gemeinschaftsrecht. Beide Begriffe bezeichnen Schlüsselkonzepte des Rechts der europäischen Integration mit einem komplizierten (und umstrittenen) konzeptionellen Hintergrund. Beide Begriffe lassen sich gleichzeitig als moderne Ausprägungen des alten Triepel'schen Gegensatzpaares von ‚Unitarismus‘ und ‚Föderalismus‘ begreifen. ‚Integration‘ steht in dieser Perspektive für das Bemühen um immer weitere Vergemeinschaftung staatlicher Funktionen der in der Union zusammengeschlossenen Staaten, ‚Subsidiarität‘ dagegen für das Bestreben, die Organe der Gemeinschaft an gerade dieser fortschreitenden Zentralisierung der Aufgabenerfüllung zu hindern. Die Begriffe bezeichnen insoweit politische Gegenpole, die in einer dialektischen Spannung stehen. Entgehen kann kein Zusammenschluß von Staaten, Staatenverbund oder Bundesstaat dieser Spannung. Es ist vielmehr im Kern Aufgabe eines jeden Systems föderaler Organisation, diese Spannung fruchtbar in ein Institutionengefüge zu fassen und über eine entsprechende institutionelle Balance zur produktiven Kraft der steten Weiterentwicklung des staatlichen Gefüges umzuformen.

Die vorstehend beschriebene Grundspannung ist jedem Beobachter der Gemeinschaftsentwicklung vertraut. Nun ist die vorliegende Arbeit allerdings im Kern keine Schrift zum Gemeinschaftsrecht, sondern eine Untersuchung zum deutschen Verfassungsrecht. Die angedeutete Parallele zur gemeinschaftsrechtlichen Diskussion hat gleichwohl ihren guten Sinn. Auch das deutsche bundesstaatliche Gefüge bedarf einer steten Diskussion um die richtige Balancierung von Integration und Subsidiarität. Die von seiten vor allem der Länder vorgetragene Kritik an der voranschreitenden Zentralisierung der staatlichen Funktionen in Händen der Gemeinschaftsorgane könnte mit genau der gleichen Berechtigung auch gegenüber der verfassungsrechtlichen Entwicklung unter dem Grundgesetz vorgebracht werden. Ob das Grundgesetz die Aufgabe, die Spannung von Integrationstendenzen und Subsidiaritätsforderungen fruchtbar zu fassen, wirklich so viel besser löst als die rechtliche Grundordnung der Gemeinschaften, wäre erst noch zu überprüfen. Einen Beitrag zu dieser Überprüfung zu leisten, ist mit einer Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

Doch das Begriffspaar ‚Integration‘ und ‚Subsidiarität‘ wurde noch aus einem ganz anderen Grund gewählt. Beides sind im Kern genuine Begriffe der deut-

sehen Verfassungstheorie, die eine recht lange und komplizierte begriffsgeschichtliche Tradition hinter sich haben.¹ Beide Begriffe bezeichnen in der Geschichte der deutschen Staatsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie Konzepte von großem geistigem Einfluß auf das bundesstaatsrechtliche Denken der deutschen Verfassungsrechtslehre.

Der Begriff der ‚Integration‘ verdankt seine Prominenz dabei der ‚Integrationslehre‘ von *Rudolf Smend* – ein wichtiger Neuanatz der Verfassungstheorie der Weimarer Republik, der nicht zuletzt aus der tiefgründigen Auseinandersetzung Smends mit den Problemen des deutschen Bundesstaatsrechts hervorgegangen ist. Daß die ‚Integrationslehre‘ die Verfassungsrechtswissenschaft der Bundesrepublik zutiefst beeinflußt hat, ist in jüngster Zeit überzeugend herausgearbeitet worden.²

Der Begriff der ‚Subsidiarität‘ stammt dagegen bekanntlich aus der katholischen Soziallehre und ist erst nach 1945 im Zuge der Renaissance katholischer Naturrechtslehren in die Staatsrechtsdogmatik eingedrungen. In den Anfangsjahren der Bundesrepublik spielte das Konzept eine zentrale Rolle in der theoretischen Begründung betont föderalistischer Bundesstaatsrechtskonzeptionen, die sich in Reaktion auf den vorherrschend unitarischen Geist der Zeit zu formieren begannen.³ In den späteren Jahren ist das Konzept dann zwar allgemein für untauglich zur Begründung staatsrechtlicher Theorieansätze erklärt worden.⁴ Im theoriegeschichtlichen ‚Geschiebe‘ des großen Stroms staatsrechtlicher Debatten ist es aber im Untergrund doch immer weiter mitgeschleppt worden, um dann plötzlich in der Diskussion um die angemessene föderale Balance zwischen Europäischer Gemeinschaft und Mitgliedstaaten wieder nach oben gespült zu werden.

Das Beispiel des Subsidiaritätskonzeptes demonstriert anschaulich, daß es überaus wichtig ist, sich auch mit scheinbar überholten theoretischen Konzepten zu beschäftigen. Wie jede wissenschaftliche Disziplin, so führt auch die Rechtswissenschaft eine enorme Menge an teils von ihr verarbeiteten oder umgeformten, teils auch für überholt erklärten und scheinbar gestorbenen Theorieansät-

¹ Vgl. nur *R. Smend*, Stichwort ‚Integration‘, in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. 1, 3. Aufl. 1987, Sp. 1354ff., sowie *M. Mols*, Stichwort ‚Integration‘, in: Staatslexikon, herausgeg. von der Görres-Gesellschaft, Bd. 3, 7. Aufl. 1987, Sp. 111ff., außerdem *A. Rauscher / A. Hollerbach*, Stichwort ‚Subsidiarität‘, ebda., Bd. 5, 7. Aufl. 1989, Sp. 386ff., sowie *O. von Nell-Breuning*, Stichwort ‚Subsidiaritätsprinzip‘, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 7, 6. Aufl. 1962, Sp. 826ff. und *R. Herzog*, Stichwort ‚Subsidiarität‘, in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. 2, 3. Aufl. 1987, Sp. 3563ff.

² Die vorliegende Untersuchung verdankt in dieser Frage viel der gründlichen Studie von *S. Koriath*, *Integration und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends*, 1990, S. 228ff., insbes. 245ff., 280ff.

³ Als ein Beispiel siehe *G. Schnorr*, Die Stellung der Ländervertretungen im System der deutschen Verfassungen seit 1815, AöR 76 (1950/51), 259, 280 (Subsidiaritätsprinzip als grundlegendes Konstruktionsprinzip einer jeden Bundesverfassung); vgl. insoweit auch eingehend *J. Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 224ff.

⁴ Vgl. nur *P. Lerche*, Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), S. 66, 74ff.

zen mit sich, die untergründig doch weiter wirksam sind, da sie das theoretische Denken, ja die theoretische Wahrnehmung der gegenwärtigen Teilnehmer des fachwissenschaftlichen Diskurses geprägt haben. Viele Konzepte und Einzeldebatten sind nur mit einem Blick auf diese begriffs- und theoriegeschichtlichen Hintergründe zu verstehen, die weiter in den Vorgaben und Fragestellungen des laufenden Diskurses mitschwingen.

In ganz besonderem Maße gilt diese Problematik nun für das Bundesstaatsrecht. Praktisch alle Beiträge zu bundesstaatsrechtlichen Grundfragen betonen ganz generell die ‚Historizität‘ des jeweiligen Modells bundesstaatsrechtlicher Konstruktion, die „konkret-geschichtliche Individualität“ des vom Grundgesetz ‚verfaßten‘ Bundesstaates.⁵ *Josef Isensee* hat recht treffend den Föderalismus ganz generell eine „radizierte Staatsidee“ genannt.⁶ Der Bundesstaat des Grundgesetzes sei „Staatsform deutscher Herkunft und deutscher Prägung“. Er wurzele im politischen Boden Deutschlands und lasse sich von ihm nicht ablösen. Der Föderalismus, wie er im Grundgesetz staatsrechtliche Gestalt annehme, beanspruche deshalb nicht universale Geltung.⁷ Er sei den rechtlichen und realen Gegebenheiten „vor Ort“ verhaftet, hänge von bestimmten räumlichen und politischen, historischen und kulturellen Voraussetzungen des einzelnen Landes ab. Wenn sich die Bundesrepublik Deutschland in Art. 20 Abs. 1 GG als „Bundesstaat“ definiere, so übernehme sie damit nicht das generelle Konzept der Allgemeinen Staatslehre, gleichsam als vorgefertigtes, konfektioniertes System. Der Bundesstaat sei vielmehr Unikat.⁸ Er ist – mit anderen Worten – nur aus seiner Geschichte heraus zu verstehen.

Je länger man sich mit Fragen des Bundesstaatsrechts beschäftigt, desto bewußter wird einem, wie richtig diese Bemerkungen sind. Die ausgreifenden rechtsvergleichenden Untersuchungen (und die weitgehenden rechtsvergleichenden Ambitionen), mit denen der Autor dieser Studie die Fragestellung der Balance zwischen Integration und Subsidiarität zunächst anging, haben ihn im Kern genau dies gelehrt. Rechtsvergleichung hilft in einem derart stark durch nationale Traditionen der Verfassungsgeschichte und Verfassungstheorie geprägten Bereich wie dem Bundesstaatsrecht vor allem dabei, sich über die Eigenheiten des jeweiligen nationalen Bundesstaatsmodells klar zu werden. Die Verfassungsvergleichung liefert eine ‚Kontrastfolie‘, auf deren Hintergrund die Besonderheiten des jeweiligen Modells klarer zu erfassen sind als in der beschränkten Wahrnehmung ungebrochener Kontinuität, die den Selbstverständlichkeiten des eigenen Systems verhaftet bleibt. Rechtsvergleichende Befunde scheinen in der Endfassung der Arbeit daher auch nur an wenigen Stellen auf, in Stadien der Untersuchung, in denen

⁵ So etwa *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 96; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 648; *F. Ossenbühl*, Föderalismus nach 40 Jahren Grundgesetz, DVBl. 1989, 1230.

⁶ *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: *J. Isensee / P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 1990, § 98 Rdnr. 2.

⁷ AaO., Rdnr. 2.

⁸ AaO., Rdnrn. 3 und 5.

es wichtig ist, sich der Besonderheiten des jeweiligen Modells vergleichend zu vergewissern.⁹

Will man diese Besonderheiten aber in ihrer eigenen Logik verstehen, so bedarf es eines intensiven Blickes in die Verfassungsgeschichte (und in die verfassungsrechtliche Dogmengeschichte). Jedes Bundesstaatsmodell ist ein Produkt seiner Geschichte, das im Kern nur aus dieser Geschichte heraus verstehbar ist. Für den Bundesstaat des Grundgesetzes gilt diese Beobachtung nun auf eine besonders vertrackte Weise. Die deutsche Verfassungsgeschichte ist geprägt durch eine Reihe radikaler Brüche in der Entwicklungsgeschichte. Ein unmittelbarer Rückgriff auf ältere Schichten der Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtsdogmatik verbietet sich daher eigentlich. Doch die deutsche Verfassungsentwicklung ist zugleich – trotz aller vordergründigen Brüche – im Untergrund von einer tiefwurzelnden Kontinuität geprägt. Eine Untersuchung der Geschichte des deutschen Bundesstaatsrechts macht dies besonders deutlich: Jede neue Bundesstaatsverfassung ist eine bewußte Anknüpfung an die vorhergehenden Verfassungen, im Rückgriff auf die konstruktiven Grundprinzipien bundesstaatlicher Kompetenzteilung wie in der Verwendung des ganzen Arsenal an bundesstaatsrechtlichen Institutionen und Gestaltungsformen, die die früheren Verfassungen zur Verfügung stellen.¹⁰ Zugleich aber ist jede neue Verfassung eine bewußte Antwort auf Probleme der alten Verfassung, transponiert damit die Fragestellungen der vorhergehenden Debatte in einen neuen Bezugsrahmen des verfassungsrechtlichen Diskurses, der aber zugleich die alte Debatte aufhebt und weiterführt.

Derartige Kontinuitäten lassen sich gerade auch über den Bruch der Jahre 1933 bis 1945 hinweg beobachten, waren doch die Mitglieder des Parlamentarischen Rates in ihrer überwältigenden Mehrheit altgediente Politiker und Ministerialbeamte der Weimarer Republik, deren gedanklichen Bezugsrahmen die verfassungsrechtlichen Konstruktionen und Problemstellungen der Weimarer Verfassung darstellten. Es ist faszinierend, auf dem Hintergrund der Weimarer Debatten die Protokolle der Beratungen des Parlamentarischen Rates zu lesen, die Wiederauflage der bundesstaatsrechtlichen Streitpunkte zwischen Reichsbürokratie und den in ihren Traditionen festgefügt bayerischen Ministerialbeamten zu verfolgen, aber auch die tiefgründige Prägung der wichtigsten Mitglieder des Parlamentarischen Rates in den gedanklichen Kategorien der Reichsreformdebatte der späten Zwanziger Jahre.

Daß angesichts dieser Kontinuitäten die Verfassungsrechtslehre relativ unkümmert an theoretische und verfassungsrechtsdogmatische Debatten und Stellungnahmen der vorausliegenden verfassungsgeschichtlichen Schichten anknüpft, darf insoweit kaum verwundern. Besonders anschaulich vorführen läßt

⁹ Aufbauen kann die Arbeit hier auf den bahnbrechenden rechtsvergleichenden Untersuchungen von *M. Bothe*, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 1977, insbes. S. 46ff., 84ff., 128ff.

¹⁰ Im Verständnis dieser Kontinuitäten ist der Verfasser den Forschungen von *Thomas Nipperdey* verpflichtet – siehe insbes. *T. Nipperdey*, Der Föderalismus in der deutschen Geschichte, in: *T. Nipperdey*, Nachdenken über die deutsche Geschichte, 1986, S. 60ff.

sich diese nahezu ohne jedes historische Problembewußtsein erfolgende Anknüpfung an ältere Diskurse und Konzepte in der Entwicklung des Instituts der Bundestreue, auf die in der folgenden Untersuchung an mehreren Stellen näher eingegangen wird.¹¹

Nun ist ein derartiges gedankliches Überspringen der verfassungsgeschichtlichen Brüche ohne vertiefte Reflektion der Schwierigkeiten einer Transformation historischer Konzepte in eine neue Verfassungsordnung nicht ohne Probleme. Verfassungsrechtslehre tendiert in diesen Bahnen allzuleicht dazu, Altvertrautes fortzusetzen, die Unterschiede und bewußten Umorientierungen einer neuen Verfassung zu glätten und hinwegzuinterpretieren. Die Untersuchung der Verfassungsrechtslehre der frühen Bundesrepublik wird diese Tendenz anschaulich vorführen, neigte eine starke Strömung in der bundesrepublikanischen Verfassungsrechtslehre doch von Anfang an dazu, die (zum Teil sicherlich von den Alliierten auch erzwungene) Grundentscheidung für ein die Autonomie der Länder betonendes Bundesstaatsystem unter Rückgriff auf die Weimarer Konzepte vom unitarischen Bundesstaat als einer Art ‚dezentralisierten Einheitsstaates‘ zu korrigieren. Das stete Bewußthalten – oder heute oft mehr: Wiederbewußtmachen – der Kontinuitäten, aber auch der immanenten Probleme allzu unreflektierten Rückgriffes auf scheinbare Kontinuitäten, wäre in dieser Perspektive eine wichtige Aufgabe der Staatsrechtslehre.

Doch an dieser Stelle stößt die Skizzierung des theoretischen Bezugsrahmens der Arbeit wiederum auf einen komplizierten theoretischen Diskurs mit zutiefst historischer Verwurzelung, eine Art historischen ‚Minenfeldes‘ geradezu. Das Plädoyer für einen dezidiert verfassungsgeschichtlichen, für einen ‚genetischen‘ Blickwinkel auf das Bundesstaatsrecht, sieht sich in den Bezügen deutscher Theoriedebatte schnell dem Vorwurf des ‚Historismus‘ ausgesetzt. In den herrschenden Kategorien des begrifflich-konstruktiven Staatsrechtspositivismus Laband’scher Prägung¹² ist ein derartiger Ansatz am Rande des ‚Unjuristischen‘, eher Politik- oder Geschichtswissenschaft als ein ernstzunehmender Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Dogmatik.

Diese Arbeit ist gleichwohl bewußt kein Versuch begrifflich-konstruktiver Erfassung des Bundesstaatsrechts. Dies hängt mit den bis heute nicht wirklich gelösten Problemen des Streites um die Angemessenheit des aus dem Zivilrecht in das Staatsrecht übertragenen Instrumentariums des begrifflichen Konstruktivismus zusammen. Die vorliegende Untersuchung stellt sich dabei gezielt auf den Boden der von *Otto von Gierke* schon vor gut hundert Jahren formulierten Kritik am staatsrechtlichen Positivismus Laband’scher Prägung: Die Herausarbeitung der Eigentümlichkeiten des juristischen Denkens im Staatsrecht und die damit bewirkte Schwerpunktverlagerung auf die klassisch juristische Methode der logi-

¹¹ Die Arbeit stützt sich insofern auf die grundlegenden Studien zur Entwicklung des Instituts der Bundestreue in der Habilitationsschrift von *H. Bauer*, *Die Bundestreue*, 1992.

¹² Vgl. zur Entwicklung dieses Paradigmas die tiefgründige Arbeit von *W. Pauly*, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993, insbes. S. 171ff., 209ff.

sehen Ableitung von Begriffen aus Begriffen ist unbestreitbar das große Verdienst des Laband'schen Werks gewesen; die Überschätzung des Leistungsvermögens der formalen Logik aber ist zugleich die Achillesferse des ganzen Unternehmens.¹³ Es ist dies eine Kritik, die bis heute dem Erbe des staatsrechtlichen Positivismus gegenüber ihre Berechtigung hat¹⁴, ja unter dem Grundgesetz mit der zunehmenden Orientierung der Staatsrechtswissenschaft an der notwendig stark begrifflich-deduktiv geprägten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eher noch an Aktualität gewonnen hat.¹⁵

Es ist – so kritisierte bereits *Gierke* – ein Trugschluß zu glauben, mit bloß logischen Begriffen lasse sich der „Totalgehalt des Rechts“ erfassen. Zu Recht glaube ja niemand mehr „an die Dogmen des Rationalismus, der in aprioristischer Weise aus irgend einer angeblich gemeingültigen Aussage der menschlichen Vernunft heraus ein Musterrecht logisch zu deduzieren und an ihm das positive Recht zu messen unternahm“. Wenn die Jurisprudenz auch in der Zwischenzeit „den gegebenen Stoff des positiven Rechts als geschichtliche Realität hinzunehmen und zu achten gelernt“ habe, so habe sie doch in der gedanklichen Ausgestaltung dieses Stoffes die rationalistischen Trugbilder keineswegs bezwungen und drohe gerade auf der vom Staatsrechtspositivismus Laband'scher Prägung eingeschlagenen Bahn sich von Neuem tief darin zu verstricken. Denn immer wieder verleite die einseitige Überschätzung der formalen Logik zur Behandlung der Rechtsbegriffe im Sinne logischer Kategorien. Immer wieder gerate es in Vergessenheit, daß die Rechtsbegriffe ganz im Gegenteil „lebendige geschichtliche Geistesgebilde“ seien, welche der Jurist zwar aus den ihnen immanenten Ideen heraus „verstehen, entfalten und formen, nicht aber nach einem von außen herangebrachten Schema deuten, zerreißen und umschaffen“ solle. Immer wieder falle die Jurisprudenz in die „dünnliche Überhebung des souveränen Verstandes zurück, der mit dem armseligen Apparate toter begrifflicher Rubriken das Leben meistern will, statt in dem unversieglischen Jungbrunnen des Lebens die alten Begriffe zu läutern und neue Begriffe zu schöpfen“.¹⁶

Diese Worte mögen für heutige Juristengenerationen etwas arg altmeisterlich klingen, auch zu sehr von Gedanken und Begriffen der organischen Rechtslehre durchwaltet sein; richtig sind sie nach Auffassung des Verfassers gleichwohl. Richtig und wichtig ist bis heute der Kernpunkt der *Gierke'schen* Kritik – das an sich notwendige und fruchtbare Streben „nach begrifflicher Ablösung der rechtlichen Seite des Staatslebens von dessen übrigem Gehalte“ werde in der Übertreibung des Laband'schen Formalismus verkehrt in den „unrichtigen Gedanken ei-

¹³ *O. von Gierke*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch 7 (1883), S. 1097, 1110ff.

¹⁴ Zum Fortwirken des Gesetzespositivismus vgl. nur *F. Müller*, Juristische Methodik, 6. Aufl. 1995, S. 70ff.

¹⁵ Siehe nur die kritischen Bemerkungen von *B. Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), S. 161ff., außerdem *F. Müller* (Fn. 14), S. 34ff., 114ff.

¹⁶ *O. von Gierke* (Fn. 13), S. 1111.

ner genetischen Isolierung des Rechts“. Nun könne zwar, so räumte *Gierke* ein, der größte Teil der juristischen Tagesarbeit bei einer Beschränkung des Gesichtsfeldes auf das Rechtsgebiet glatt verlaufen. Ein volles Verständnis aber für „das Wesen und den Gehalt der Rechtsinstitute, wie es doch da unentbehrlich ist, wo prinzipielle Fragen gelöst oder Grundbegriffe umgestaltet werden sollen“, lasse sich so nicht gewinnen. „Denn was wissenschaftlich begriffen werden soll, muß vor allem genetisch erklärt werden. Das Recht aber wird und wächst nicht aus sich heraus. Wohl ist es eine eigentümliche und nur sich selbst gleiche geistige Potenz, die erst in der Ausgestaltung ihrer Wirkungssphäre zu einem selbständigen Reiche ihre Kräfte voll entfaltet. Allein zugleich ist es eine einzelne soziale Funktion und bildet einen Teil des Gemeinlebens“. Darum sei das Werden des Rechts zugleich auf Schritt und Tritt durch das Werden der gesamten äußeren Lebensverhältnisse und inneren Anschauungen der Gesamtheit bedingt und bestimmt.¹⁷

Als geschichtliches Produkt kann Recht also nur aus seiner Geschichte begriffen werden. Die „juristische Methode“ muß daher zugleich durch und durch „historische Methode“ sein – und zwar nicht in der im Kern ungeschichtlichen Art und Weise, in der die Rechtsgeschichte nur als „das große Arsenal“ benutzt wird, „aus welchem sich Waffen mannigfacher Art holen lassen, um diese oder jene willkürlich ersonnene begriffliche Kombination zu verfechten“.¹⁸ Vielmehr bedarf – und dies gilt bis heute in unverminderter Aktualität – jeder „dogmatische Neubau“, jede Grundsatzarbeit an den dogmatischen Fundamenten, der vertieften historischen Reflexion. Ohne den theoretischen Unterbau historischer und philosophischer Grundlagenarbeit wird Rechtswissenschaft – um es modern auszudrücken – allzuleicht völlig selbstreferenziell, droht Rechtswissenschaft sich „in ein Netz grundloser und in sich widerspruchsvoller Meinungen“ zu verstricken, „wie sie aus der am Schein klebenden und ihren Standpunkt nach Bedürfnis wechselnden naturalistischen Betrachtungsweise hervorsprießen“. Die philosophischen Axiome würden dann „nur mit ungleich willkürlicheren Annahmen vertauscht, welche dadurch, daß sie als angeblich selbstverständliche Aussagen des gesunden Menschenverstandes jedem Beweise und jeder Kontrolle entrückt werden, noch keinen objektiven wissenschaftlichen Wert erlangen“. Gerade vor diesen „höchst fragwürdigen Prämissen seiner logischen Schlußfolgerungen“ aber hat der Staatsrechtspositivismus Laband'scher Prägung immer haltgemacht in der kritischen Durchdringung des Stoffes.¹⁹

Die Folgen, vor denen *Gierke* zu Recht warnen wollte: Eine sehr breite Strömung in der modernen deutschen Rechtswissenschaft trieb (und treibt) einem positivistischen Formalismus zu, der „in sonderbarer Weise“ das alte Naturrecht wiederaufleben läßt. Gespensterhaft erstehe es „von den Toten, in aller seiner dürftigen Kahlheit, aber ohne seine einstige Größe. Oder sind es etwa nicht die überwunden geglaubten Schemen der naturrechtlichen Doktrin, die uns überall

¹⁷ AaO., S. 1113.

¹⁸ AaO., S. 1114f.

¹⁹ AaO., S. 1120.

hinter der nach neuester Mode zurechtgestutzten Verlarvung entgegenblicken? Ist es nicht derselbe rationalistische Grundzug, dieselbe Leerheit der formalen Abstraktion, dieselbe versengende Dürre überwuchernder logischer Deduktion?²⁰

Die Fundamentalkritik von *Otto von Gierke* wurde deshalb hier so ausführlich wiedergegeben, weil sie – wenn auch vielleicht in etwas altmodischem Gewande – die Kernpunkte der modernen rechtstheoretischen und methodenkritischen Einwände gegen einen zu unreflektierten positivistischen Ansatz in der Staatsrechtslehre im Kern bereits voll ausformuliert hat. Der Einwand ließe sich unschwer auch in den Begriffen der zeitgenössischen Methodenlehre formulieren, etwa in der Kategorie des ‚Vorverständnisses‘²¹. Angesichts der Pluralität der Rechtsfindungs- und vor allem Auslegungsmethoden muß nicht nur eine Methodenwahl getroffen werden²², die ihrerseits methodisch kaum steuerbar ist²³ und die, weil letztlich willkürlich zu treffen, zu unaufholbaren Gewißheitsverlusten im juristischen Denken führt²⁴. Rechtsauslegung – bzw. richtiger: Konkretisierung des Rechts – muß zudem auch immer den „nicht-juristischen Elementen des im umfassenden Sinne ideologischen Vorverständnisses“ gegenüber auf der Hut sein, diese permanent kritischer Überprüfung unterziehen, wenn es ihr auch nie gelingen wird, diese abzuschütteln, angesichts der allgemeinen Vorurteilhaftigkeit allen Verstehens.²⁵ (Verfassungs-)Rechtliche Dogmatik, Theorie und Methodik müssen – in den Worten von *Friedrich Müller* ausgedrückt – „Mittel zur Verfügung stellen, die spezifisch juristischen Momente dieser Vorurteilhaftigkeit selbständig als norm- und sachbezogenes Vorverständnis der Rechtswelt zu begründen, sie verdeutlichend abzugrenzen, zu differenzieren und sie damit als strukturierten, kontrollierbaren und diskutierbaren Faktor in den Vorgang der Konkretisierung einzubringen.“²⁶ Das juristische Vorverständnis und der Versuch seiner rationalen Rechtfertigung, die in verfassungsrechtlicher Praxis eng mit der Wechselwirkung von Verfassungsrechtsdogmatik und Staats- und Verfassungstheorie zusammenhängen, sollte der Ort sein – noch einmal mit den Worten von *Friedrich Müller* – „einer aus der Praxis erwachsenden, einer nicht um ihrer selbst, sondern um der Rationalität und Richtigkeit der zu produzierenden Entscheidung willen anzustellenden Ideologiekritik“²⁷.

Derartige – als Teil rechtswissenschaftlicher Arbeit verstandene – Ideologiekritik im Sinne des Versuches einer Strukturierung, Kontrolle und Diskussion des die juristische Arbeit leitenden Vorverständnisses tut nun im Bundesstaatsrecht besonders not. Angesichts des Fehlens einer allgemein als „richtig“ angesehenen

²⁰ AaO., S. 1191f.

²¹ Siehe nur *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970, sowie als Fortentwicklung *F. Müller* (Fn. 14), S. 162ff.

²² Vgl. nur *J. Esser* (Fn. 21), S. 121ff.

²³ Siehe insoweit nur *B. Schlink*, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, *Der Staat* 19 (1980), S. 73, 93ff.

²⁴ So etwa *G. Haverkate*, Gewißheitsverluste im juristischen Denken, 1977, S. 156ff.

²⁵ *F. Müller* (Fn. 14), S. 162.

²⁶ AaO.

²⁷ AaO.

geschlossenen Bundesstaatstheorie²⁸ und der evidenten Problematik ‚pluralistischer Bundesstaatstheorien‘²⁹, die angesichts ihrer Offenheit kaum zur rationalen Strukturierung der wechselnden Vorverständnisse geeignet sind³⁰, bleibt die Bundesstaatsrechtslehre im Umgang mit ihrem theoretischen Vorverständnis auf sich selbst verwiesen. Der offene Diskurs über die nicht-juristischen Prämissen der rechtsdogmatischen Grundlagenarbeit aber ist in der deutschen Staatsrechtslehre eher selten; insoweit hat sich – wie von *Gierke* befürchtet – der juristische Formalismus der Laband-Schule tatsächlich durchgesetzt.

Der „naturalistische Fehlschluß“, die „am Schein klebende“ Abstützung auf angeblich selbstverständliche Aussagen des gesunden Menschenverstandes liegt unter diesen Bedingungen nahe, wenn dieser Rückgriff auf die ‚Intuition‘ auch allzuoft in die Irre geht. Eine rationale Kontrolle oder auch nur offene Diskussion der bundesstaatstheoretischen Grundannahmen, also des politisch-historischen Vorverständnisses der Verfassungsrechtslehre und -rechtsprechung, verstanden als Ausprägung der obwaltenden Bundesstaatsideologie, gibt es leider kaum. Hier versucht die vorliegende Arbeit einen Beitrag zu leisten, in der wissenschaftlichen Erfassung wie in der Kritik dieses Vorverständnisses. Daß dieses Vorverständnis zutiefst unitarisch geprägt ist, traditionell in der Mehrheit orientiert ist auf das Ideal der Rechtseinheit oder – in materialen Begriffen – auf das Leitprinzip der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“, fällt dabei übrigens in einer vergleichenden Betrachtung unschwer auf.

Die wissenschaftliche Erfassung dieses Vorverständnisses kann nur genetisch erfolgen, im Blick auf die historischen Grundprägungen des deutschen Bundesstaatsdenkens. Ein Blick in die neuere historische Forschung gibt dabei interessante Aufschlüsse in die verfassungs- wie geistesgeschichtlichen Hintergründe der schon im späten 19. Jahrhundert so dezidiert unitarischen Haltungen der deutschen Staatsrechtslehre. Wie das erste Kapitel aufzuzeigen sucht, hatte schon ein Teil gerade der liberal und demokratisch denkenden Juristenschaft des mittleren 19. Jahrhunderts ein gebrochenes Verhältnis zu Konzepten föderalen Staatsaufbaus. Der Bismarck’sche Streich, mit der bundesstaatlichen Verfassung des Reiches – ohne die die Vereinigung nie zustande gekommen wäre – die monarchischen Exekutiven gegenüber Forderungen weitergehender Parlamentarisierung abzuschirmen, hat diese Vorbehalte im ‚demokratischen Lager‘ des deutschen Bürgertums nicht gerade abzubauen geholfen. Man wird sich in dieser Perspektive kaum verwundern können, daß – wie das zweite Kapitel nachzeichnet – gerade die liberalen Staatsrechtler des Reiches – wie *Albert Haenel* – betont unitarische Positionen in Fragen der Bundesstaatsrechtsdogmatik vertraten.

²⁸ Zum Fehlen einer allgemein anerkannten Bundesstaatstheorie vgl. nur *H. Bauer* (Fn. 11), S. 218ff., insbes. 227f.

²⁹ Zur Konzeption einer ‚pluralistischen Bundesstaatstheorie‘ siehe insbes. *P. Häberle*, Diskussionsbeitrag, in: *VVDStRL* 46 (1988), S. 148ff., sowie eingehender *ders.*, Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus, *Die Verwaltung* 24 (1991), S. 169, 183ff.

³⁰ Vgl. zur Problematik einer derartigen ‚offenen‘ Bundesstaatstheorie etwa *H. Bauer* (Fn. 11), S. 227f.

Mit dem Umsturz 1918/19 wurden genau die Strömungen politisch herrschend, die traditionell dem Bundesstaat am reserviertesten gegenüberstanden hatten. Die staatsrechtlichen Folgen sind Gegenstand des dritten Kapitels. Die ersten Entwürfe des bedeutenden linksliberalen Staatsrechtlers *Hugo Preuß*, die Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, aber auch die nachfolgende Verfassungspraxis waren geprägt durch ein stetes Bemühen, die nur widerwillig akzeptierten Reste eines traditionellen Föderalismus im Verfassungssystem der Republik zurückzudrängen, zugunsten des republikanischen Ideals eines ‚dezentralisierten Einheitsstaates‘. Einen letzten Höhepunkt erlebte der für die Weimarer Jahre so kennzeichnende Kampf um die Unitarisierung in der Reichsreformbewegung der späten Zwanziger Jahre. Die Reichsreform im Rahmen der Verfassung scheiterte; doch eine Ironie der Geschichte wollte es, daß in Form eines Staatsstreiches zunächst ihr Hauptbegehren – die Verschmelzung Preußens mit dem Reich – doch verwirklicht wurde, in ausdrücklicher Anknüpfung an die Reichsreformbestrebungen, bis die ganze Weimarer Verfassung einer ‚Reichsreform‘ ganz anderer Art zum Opfer fiel, in logischer Fortsetzung des mit dem ‚Preußenschlag‘ begonnenen Weges.

Nach der Katastrophe des ‚Dritten Reiches‘ knüpften Verfassungspolitik und Verfassungsrechtslehre unmittelbar an die Jahre der Weimarer Republik an, wie im vierten Kapitel dargestellt wird. Nicht nur die personelle Kontinuität, die sich insofern nach 1945 einstellte, sondern auch die theoretische und rechtsdogmatische (gewillkürte) Kontinuität zur Weimarer Verfassung sind frappierend. Bezeichnend sind die Wiederauflagen der Reichsreformdebatte wie der Kämpfe zwischen Reichsbürokratie und bayerischer Verwaltung, die der Parlamentarische Rat erlebte. Die vielfältige Anknüpfung an Weimar, die die Bundesstaatsverfassung des Grundgesetzes kennzeichnet, fällt bei näherer Betrachtung sofort auf. Wo das Grundgesetz bewußt föderalistischer gestaltet ist als die Weimarer Verfassung, ist dies kaum jemals ein Verdienst des Parlamentarischen Rates, sondern geht weitenteils auf Interventionen der alliierten Militärgouverneure zurück. Kennzeichnend ist in diesem Punkt insbesondere die Geschichte der grundgesetzlichen Finanzverfassung.

Der Umgang mit der neuen Verfassung, und insbesondere mit den betont föderalistischen Elementen der neuen Verfassung, fiel der Staatsrechtslehre, aber auch der politischen Praxis und der Verfassungsgerichtsbarkeit der jungen Bundesrepublik schwer, wie das fünfte, sechste und siebte Kapitel im Einzelnen untersuchen. Insbesondere die Teile der Bundesstaatsverfassung, die auf die Eingriffe der Besatzungsmächte zurückzuführen sind, stießen zunächst vielfach auf heftige Ablehnung. Die berühmte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur ‚Bedürfnisklausel‘ des Art. 72 Abs. 2 GG, aber auch die zur Finanzverfassung ergangene Rechtsprechung und vor allem die nachfolgende Praxis der Ausführungsgesetzgebung sind in diesem Kontext zu sehen.

Auch mit zunehmendem zeitlichem Abstand zur Verfassunggebung entspannte sich die Situation nicht wirklich. Die relativ kruden Angriffe direkt gegen das Bundesstaatssystem des Grundgesetzes verschwanden – die Versuche, bestimmte

Grundentscheidungen der Verfassung zu relativieren und über verfassungsrechtsdogmatische Systembildungen partiell auch zu korrigieren, nahmen dagegen eher zu. Der im achten Kapitel analysierte unerwartete Aufstieg des Instituts der Bundestreue zu verfassungsrechtlicher Prominenz, angestoßen durch die kaum hinterfragte Anknüpfung des Verfassungsgerichts an die unitarische Spätweimarer Lehre zur Bundestreue, wäre in diesem Zusammenhang zu nennen, aber auch die Ende der Fünfziger Jahre einsetzende systematische Rezeption der Smend'schen Integrationslehre, die mit der geradezu paradigmatischen Schrift von *Konrad Hesse* zum ‚unitarischen Bundesstaat‘ eine ganz ausdrücklich als unitarisch konzipierte Bundesstaatsrechtslehre hervorbrachte.

Die in den Sechziger Jahren einsetzenden Bemühungen um verfassungsrechtswissenschaftliche Verarbeitung der Tendenz zur Ausbildung von Formen eines ‚kooperativen Föderalismus‘, die Thema des neunten Kapitels sind, konnten an die so gelegten theoretischen Ansätze anknüpfen. Die Aufwertung der Rechteinheit, ja der angeblich durch das Sozialstaatsprinzip geforderten ‚Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse‘, zu Leitprinzipien der Bundesstaatsrechtslehre ist prägend für die theoretische wie rechtsdogmatische Entwicklung der Epoche. Die diese Periode abschließenden Arbeiten der Enquêtékommision Verfassungsreform könnte man geradezu als (wenn auch letztlich gescheiterten) kodifikatorischen Höhepunkt dieser Strömung bewerten.

Die Reform euphorien der Wendejahre um 1970 verpufften im Verlaufe der Siebziger Jahre erkennbar. Aus der Politikwissenschaft drang das Paradigma der ‚Politikverflechtungsfalle‘ schnell in die verfassungsrechtliche Diskussion ein. Die Skepsis gegenüber zunehmender Verflechtung und Vereinheitlichung auch im Kreise der Staatsrechtler nahm zu. Wie das zehnte Kapitel darlegt, setzte eine theoretische Renaissance der Bundesstaatlichkeit ein; erste Ansätze, die Bundesstaatsrechtslehre von den unitarischen Überformungen der Jahrzehnte zuvor zu befreien, wurden erkennbar. Selbst das Bundesverfassungsgericht nahm wichtige Korrekturen an seiner zunächst recht unitarisch geprägten Rechtsprechung der frühen Jahre vor. Einen ersten Höhepunkt erlebte diese neue – auch verfassungspolitische – Bewegung in den Schriften zum vierzigjährigen Jubiläum des Grundgesetzes. Doch die Bilanz der folgenden Jahre ist eher gemischt. Mit der Wiedervereinigung ging in der Verfassungspraxis ein massiver Unitarisierungsschub einher. Die nötigen Verfassungsänderungen gaben den Ländern zwar zugleich einen Hebel, verfassungspolitische Korrekturen an bestimmten Problempunkten der grundgesetzlichen Regelungen zum Bundesstaatsgefüge durchzusetzen. Die Reichweite und vor allem praktischen Erfolgsaussichten dieser Korrekturen am Text der Verfassung sind jedoch eher zweifelhaft, wie eine genauere Analyse zeigt.

Untersucht man auf der Basis dieser genetischen Erfassung der deutschen Bundesstaatsrechtslehre in Wechselwirkung mit den geistesgeschichtlichen und verfassungspolitischen Entwicklungen der jüngeren deutschen Geschichte, also dem diachronisch angelegten ersten und zweiten Teil der Arbeit, den gegenwärtigen Stand der Bundesstaatsrechtsdogmatik, so lassen sich die Spuren dieser Orientierung an unitarischen Paradigmen in vielfältiger Weise aufzeigen. Der dritte Teil

der Arbeit versucht sich an einer derartigen Momentaufnahme des Bestandes an bundesstaatsrechtlicher Dogmatik unter dem Grundgesetz, wobei er naturgemäß in vielem kursorisch bleiben muß, eher eine Skizze als einen voll ausgebauten Überblick über den Stand der Bundesstaatsrechtslehre darstellt. Doch das Erkenntnisinteresse der Arbeit, das Herauspräparieren der weitenteils unbewußt bleibenden bundesstaatstheoretischen Grundannahmen und Ideologeme der deutschen Bundesstaatsrechtsdogmatik, erfordert auch keinen flächendeckenden, handbuchartigen Überblick über alle Details des Bundesstaatsrechts. Die in der Arbeit vorgenommene Beschränkung auf die besonders problematischen Teilbereiche der Bundesstaatsrechtslehre genügt unter der gewählten Perspektive vollauf.

Die Ergebnisse sind frappierend: Schon in den theoretischen Aussagen der Bundesstaatsrechtslehre finden sich die unitarischen Vorstellungen, die das bundesstaatstheoretische Vorverständnis der Verfassungsrechtswissenschaft prägen, überaus deutlich wiedergespiegelt, wie das elfte Kapitel eingehend aufzuzeigen sucht. Noch deutlicher wird die Einseitigkeit des theoretischen Vorverständnisses in den im zwölften Kapitel in den Mittelpunkt der Untersuchung gerückten Details der Verfassungsrechtsdogmatik zur Verteilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen. Das Bedauern über die völlige Neutralisierung der ‚Bedürfnisklausel‘ des Art. 72 Abs. 2 GG gehört mittlerweile schon beinahe zum Gemeingut in der deutschen Staatsrechtsliteratur. Daß zugleich aber die für das Bundesstaatsgefüge des Grundgesetzes wohl letztlich sehr viel gefährlichere Unitarisierung im Bereich der Verwaltung weitgehend unkommentiert geblieben ist, kann wohl einzig mit dem Verständnis des Ideals der ‚Rechtseinheit‘ als eines Selbstzweckes erklärt werden. Von einigen wenigen frühen Ansätzen – etwa bei *Arnold Köttgen* – abgesehen, ist der Zusammenhang zwischen ‚Verrechtlichung‘ im Verwaltungsrecht, Intensivierung der gerichtlichen Kontrolldichte durch die Verwaltungsgerichte und zunehmender Schiefelage im grundgesetzlichen System der Kompetenzteilung kaum jemals systematisch problematisiert worden. Die neueren Ansätze der Verwaltungsrechtslehre zum Problem der Kontrolldichte, insbesondere die Versuche der sogen. ‚normativen Ermächtigungslehre‘, den funktionell-rechtlichen Zusammenhang zwischen verfassungsrechtlicher Funktionenteilung und der Befugnis zur Konkretisierung von Normen des Verwaltungsrechts zu erfassen und für die verwaltungsrechtsdogmatische Disziplinierung der Konkretisierungsinstanzen nutzbar zu machen, sind aus der Perspektive des Bundesstaatsrechts eigentlich längst überfällig. Sieht man genau hin, so spricht einiges dafür, hier Bemühungen um eine angemessenere Funktionenverteilung geradezu für bundesstaatsrechtlich geboten zu halten.

Die Untersuchung der verfassungsrechtlichen Ausformungen des Konzeptes des ‚Beteiligungsföderalismus‘ im zwölften Kapitel erbringt ähnliche Ergebnisse, was die Dominanz unitarischer Vorverständnisse betrifft. Schon die Orientierung der Länder auf eine ‚Kompetenzkompensation‘, also auf die Kompensation verlorengehender Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen durch Mitwirkungsbefugnisse über den Bundesrat, weist in diese Richtung. Das Erschrecken

der Staatsrechtslehre ob des daraus hervorgegangenen Ergebnisses, das vielfach als angeblich der Grundkonzeption der Verfassung widersprechend hingestellt wird, sowie die daraus resultierenden Versuche, die Mitwirkung des Bundesrates über eine entsprechende Auslegung der Beteiligungstatbestände wieder zu reduzieren, sind noch weit deutlichere Beispiele eines derartigen Vorverständnisses. In eine endgültige Krise gerät das aus einem derartigen Verständnis des Bundesstaates abgeleitete Modell des ‚Beteiligungsföderalismus‘ allerdings im Gefolge der fortschreitenden Übertragung von Kompetenzen auf die Organe der Europäischen Gemeinschaften. Die ‚Kompetenzkompensation‘ wird ausgehebelt, ein neuer Mechanismus der Kompensation auf höherer Ebene ist nur schwer denkbar. Das verzweifelte Bemühen der Länder, insoweit gleichwohl kompensatorische Teilnehmungsmodelle zu schaffen, droht letztlich kontraproduktiv zu werden: Enden können derartige Modelle nur in einer ‚Überverflechtung‘, so sie denn überhaupt funktionieren.

Die extremste Ausprägung hat das unitarische Bundesstaatsmodell der deutschen Verfassungsrechtstradition in der Finanzverfassung gefunden, die Gegenstand des dreizehnten Kapitels ist. Die Bewahrung des unitarischen Modells der Erzberger'schen Finanzreform war der Mehrheit im Parlamentarischen Rat nicht geglückt; die Intervention der alliierten Militärgouverneure hatte hier im Interesse der Sicherung der Bundesstaatlichkeit des neuen Staatsgebildes ein Trennsystem (zumindest dem Prinzip nach) erzwungen. Die Proteste der Finanzspezialisten waren heftig; die darauffolgenden jahrzehntelangen Bemühungen um Korrektur dieser Grundentscheidung, die Scheibchen für Scheibchen die Finanzverfassung umformten, waren letztlich mit der Großen Finanzreform von 1969 erfolgreich. Aus dem Trennsystem der Alliierten war damit dann doch wieder das erstrebte Verbundsystem geworden. Die Wirkungen dieses Systems auf das bundesstaatliche System der Kompetenzverteilung allerdings sind bedenklich. Die Entscheidung über das Aufkommen an Finanzmitteln ist nahezu völlig beim Bund zentralisiert. Aufgaben- und Finanzverantwortung werden tendenziell auseinandergerissen, mit umsichgreifenden Systemen von Mischfinanzierungen als Folge. Politische Verantwortlichkeit wird in einem derartigen System letztlich zerstört – und dies alles dem Ideal der Rechtseinheit zuliebe, die – so die Argumentation schon 1948/49 – unterschiedliche Steuerbelastung in den einzelnen Ländern kategorisch ausschließen müsse.

Die Detailuntersuchungen führen damit im Ergebnis auf ein normatives Leitbild der ‚Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse‘, das in der bundesstaatsrechtlichen Literatur zwar immer wieder wie ein ‚deus ex machina‘ aufscheint, dessen rechtsdogmatische Ableitung und Stellung im Normengefüge aber zugleich immer äußerst unklar geblieben ist. Im Text der Verfassung hat ein derartiges Leitprinzip keine wirkliche Kodifikation gefunden, und auch ansonsten ist die normative Geltung eines derartigen ‚Superrechtssatzes‘ nur schwer begründbar, wie das fünfzehnte Kapitel aufweist.

Letztlich ist der Frage aber auf der rein normativen Ebene auch wohl kaum beizukommen. Seine Bedeutung gewinnt das aufgezeigte Einheitlichkeitsparadigma

wohl weniger aus irgendeiner normativen Verfestigung als aus seiner unauslöschlichen Verankerung im bundesstaatstheoretischen Vorverständnis der deutschen Verfassungsrechtslehre. Sinnvoll zu diskutieren ist das Leitbild daher im Kern auch nur auf einer außerrechtlichen Ebene. Vergewenwärtigt man sich – wie es das fünfzehnte Kapitel unternimmt – die neueren Erkenntnisse der theoretischen Naturwissenschaften, insbesondere der Chaostheorie und der Theorien zur Selbstorganisation komplexer Systeme, ferner die Ergebnisse der betriebswirtschaftlichen Organisationslehre, der im Vordringen befindlichen Schule der ‚Neuen Institutionenökonomik‘ in der ökonomischen Theorie und letztlich auch die Folgerungen der klassischen liberalen Schulen der politischen Ökonomie, so kann man nur feststellen: Das traditionelle Einheitsparadigma des deutschen Bundesstaatsdenkens beruht auf einem fatalen Trugschluß, der von Einheit auf Gerechtigkeit schließt, von Organisationsgröße auf Effizienz der Aufgabenerfüllung, von zwangsweiser, hierarchischer Gleichschaltung der staatlichen Aufgabenerfüllung auf deren Effektivität.

Die Folgerungen einer derartigen Kritik sind weitreichend, können in der Folge in den Schlußfolgerungen aber nur knapp skizziert werden. Daß es an der Zeit wäre, sich der Stärken des Bundesstaates zu besinnen, drängt sich angesichts der in der Arbeit ausgebreiteten Befunde benachbarter Disziplinen geradezu auf. Welche verfassungsrechtsdogmatischen (aber auch verfassungspolitischen) Konsequenzen daraus zu ziehen wären, läßt sich auch noch relativ einfach ableiten. Diese Einsichten jedoch im Detail des Bundesstaatsrechts umzusetzen, fordert ein Maß an Selbstkritik, an kritischem Umgang mit dem eigenen Vorverständnis, das traditionsgeprägten Disziplinen wie dem Staatsrecht erfahrungsgemäß schwerfällt. Doch ohne kritische Überprüfung der den dogmatischen Weichenstellungen zugrundegelegten theoretischen (und ideologischen) Grundannahmen wird es kaum gelingen, altetablierte Strukturen der Bundesstaatsrechtsdogmatik zu überholen und auf eine neue, angemessenere Basis zu stellen. Nur im reflektierten Umgang mit dem eigenen Vorverständnis kann es gelingen, sauber zwischen den normativen Anforderungen der Verfassung selbst und den darüber gelegten Wucherungen konkretisierender Dogmatik und theoriegeleiteter Ausformung weiterer Unterprinzipien und ergänzender Sätze des ungeschriebenen Verfassungsrechts zu differenzieren.

Erster Teil

Der Bundesstaat des Grundgesetzes –
verfassungsgeschichtliche Wurzeln
und Entstehungsgeschichte

1. Kapitel

Der verfassungsgeschichtliche Hintergrund

1.1. Bundesstaatlichkeit und die deutsche Tradition dezentraler Organisation von Herrschaft

Das deutsche Bundesstaatsmodell ist im Kern ein Produkt des 19. Jahrhunderts. Die machtpolitische Grundlage für die deutsche Einigung war zwar mit der Annexion der nord- und mitteldeutschen Fürstentümer durch Preußen gelegt worden. Vereinigung aller deutschen Staaten in einem gemeinsamen Staatswesen (unter Einschluß der großen süddeutschen Staaten) war aber nur in der Form eines Bundesstaates zu denken. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 als der Urtext der deutschen Bundesstaatsverfassung war deutlich auf diese Perspektive hin konzipiert.

Der deutsche Bundesstaat von 1867 und dann 1871 war insoweit ein Kunstprodukt klassischer Kabinettpolitik, eine Schöpfung im Geiste des preußischen Ministerpräsidenten Bismarck¹. Doch zugleich war er auch etwas ganz anderes, eine in gewissem Sinne logische Folgerung aus Jahrhunderten deutscher Geschichte, die zuvorderst immer Geschichte der Territorien gewesen war². Anders denn als Bundesstaat war ein die deutschen Lande einigender Gesamtstaat – und sei es auch nur in der dann tatsächlich verwirklichten kleindeutschen Lösung – zu Mitte des 19. Jahrhunderts wohl kaum vorstellbar³. Zu tief verwurzelt waren nicht nur der eingefleischte Partikularismus der traditionellen Fürstenstaaten, sondern auch das regionale (oder wohl genauer: territoriale) Eigenbewußtsein der Bewohner der Länder Deutschlands⁴. Zwar waren diese Länder ihrerseits in vielerlei

¹ Zur bestimmenden Rolle Bismarcks bei der Formulierung des Verfassungstextes vgl. *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918, Bd. II, 1992, S. 109; *H. Boldt*, Deutscher Konstitutionalismus und Bismarckreich, in: M. Stürmer (Hrsg.), Das kaiserliche Deutschland, 1970, S. 119ff.; *G.A. Craig*, Deutsche Geschichte 1866–1945, 1981, S. 45ff.; siehe außerdem die Tübinger Antrittsvorlesung von *G. Anschütz*, Bismarck und die Reichsverfassung, 1899, S. 2ff.

² Vgl. in diesem Sinne vor allem *T. Nipperdey*, Der Föderalismus in der deutschen Geschichte, in: *T. Nipperdey*, Nachdenken über die deutsche Geschichte, 1986, S. 60ff.

³ Besonders klar arbeitet dies *Thomas Nipperdey* in seiner großangelegten Synthese der deutschen Geschichte der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts heraus – siehe z. B. *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1800–1866, 1983, S. 310; vgl. aber auch die kurz nach der Reichsgründung geschriebenen Bemerkungen von *R. von Mohl*, Das deutsche Reichsstaatsrecht, 1873, S. 111ff.

⁴ Vgl. dazu ausführlich *T. Schieder*, Partikularismus und Nationalbewußtsein im Denken des deutschen Vormärz, in: *T. Schieder*, Nationalismus und Nationalstaat. Studien zum nationalen

Hinsicht Kunstprodukte, bürokratische Gebilde nach dem Vorbild des französischen Zentralstaates, die gerade erst sechzig Jahre zuvor von Napoleons Gnaden ihre endgültige territoriale Gestalt gefunden hatten (man denke dabei insbesondere an Bayern, Württemberg und Baden)⁵. Dieser Traditionsangel war auch in den Köpfen der betroffenen Bevölkerungen noch vielfach gegenwärtig, führte – gerade im alten Adel, im Patriziat der ehemaligen Reichsstädte und in Teilen der bäuerlichen Bevölkerung – zu erheblichen Widerständen gegenüber den ‚neuen‘ Staatsgebilden; als zentralistischer Einheitsstaat mit einer Regierung weit entfernt in Wien oder Berlin aber wäre ein deutscher Staat gleichwohl für die Masse der Deutschen wohl kaum vorstellbar gewesen, dazu war das Prinzip dezentraler Herrschaft in Deutschland zu tief verwurzelt⁶.

1.2. Staatsbildung als Konsolidierung von Territorialherrschaft

Die einzelnen Territorien waren – wie schon angeklungen ist – der Keim der Staatsbildung gewesen, die Einheiten sich formierender territorialer Herrschaft, in denen der Prozeß der Monopolisierung von Herrschaftsbefugnissen (und von Gewaltmitteln) stattgefunden hatte⁷. Die Lehnsherrschaft des Königs hatte in Deutschland schon im Mittelalter weitgehend ihre reale Bedeutung verloren. Das mehrfache Aussterben von Königshäusern und damit verbunden die Festigung des Wahlkönigtums wie das Fehlen eines sich stetig vergrößernden Hausguts der Könige, vor allem aber die Überbeanspruchung der Königsherrschaft durch das damit verkoppelte Kaisertum, der Kampf um die Ansprüche des Kaisertums in

Problem im modernen Europa. Hrsgg. von O. Dann und H.U. Wehler, 2. Aufl. 1992, S. 166ff.; vgl. außerdem R. von Mohl (Fn. 3), S. 112.

⁵ Vgl. insoweit die Beiträge von W. Volkert zu Bayern, B. Mann und G.F. Nüske zu Württemberg sowie H. Ott zu Baden in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 2: Vom Reichsdeputationshauptschluß bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, 1983, S. 503ff., 551ff., 583ff.; vgl. daneben O. Kimminich, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1987, S. 307ff. sowie T. Nipperdey, Deutsche Geschichte 1800–1866, 1983, S. 69ff. und T. Schieder (Fn. 4), S. 173ff.

⁶ Thomas Nipperdey formuliert in der Bewertung der 1814/15 vielfach propagierten Konzepte eines deutschen Bundesstaates plastisch: „Und man kann fragen, ob für die Menschen, die aus dem regional-partikularen und ständischen alten Reich kamen, der nationale Bundesstaat nicht etwas Unzeitgemäßes war, der moderne Partikularstaat dagegen, der trotz aller Bürokratie dem Einzelnen noch nah und anschaulich war, eine notwendige Übergangsstufe zum modernen Staat, ob die partikuläre und egoistische Souveränitätsräson der süddeutschen Fürsten nicht, jenseits ihrer Absicht, eine allein zeitgemäße Entwicklungsstufe hervorbrachte, ob hier eine List der Vernunft waltete“ – T. Nipperdey (Fn. 5), S. 98; vgl. auch ders. (Fn. 2), S. 72.

⁷ Siehe dazu die immer noch grundlegende Arbeit von O. Brunner, Land und Herrschaft, 5. Aufl. 1965, insb. S. 357ff., sowie speziell aus der Sicht der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte H. Boldt, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1: Von den Anfängen bis zum Ende des älteren Deutschen Reiches 1806, 2. Aufl. 1990, S. 193ff.; D. Willoweit, Die Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft, in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 1: Vom Spätmittelalter bis zum Ende des Reiches, 1983, S. 66ff.; O. Kimminich (Fn. 5), S. 109ff.; H. Duchhardt, Deutsche Verfassungsgeschichte 1495–1806, 1991, S. 18ff., 29ff., 52ff.

Italien und die dadurch hervorgerufene Dauerauseinandersetzung mit dem Papsttum hatten das Königtum an der Konsolidierung seiner Herrschaftsbasis gehindert⁸. Als nach dem Interregnum das Königtum unter den Luxemburgern und dann den Habsburgern allmählich wieder an Machtbasis gewann, waren die Territorialgewalten, die sich in weiten Teilen zu Landesherrschaften verdichtet hatten, schon zu festgefügt, als daß der Kaiser noch den Sieg über sie hätte davontragen können⁹. Jeder Ansatz zur Herausbildung einer ernsthaften Zentralgewalt stieß schnell an den vereinten Widerstand der Partikulargewalten, die im Prinzip auf Selbständigkeit und Autonomie bedacht waren, und weniger auf Mitbestimmung in zentralen Angelegenheiten wie in den Staaten mit schon übermächtig gewordenem Königtum.

Anläufe zur Umformung des Reiches in einen echten Staat wurden dementsprechend schon seit dem Spätmittelalter praktisch nur noch bündisch gedacht¹⁰. Schon der mit dem Titel „Reichsreform“ belegte Versuch der Befriedung des disparaten Gebildes nach außen, vor allem aber nach innen, also gegen Fehde und Selbsthilfe, konnte nur in föderaler Form Gestalt finden¹¹. Die dabei angelegte Verfassung des Reiches mußte, um das ansatzweise Funktionieren einer Zentralgewalt zu verwirklichen, notwendig die prinzipielle Autonomie der „Reichsstände“ und deren weitgehende Mitbestimmung gewährleisten. Mit dem Reichshofrat, dem Geheimen Rat, der Reichskanzlei sowie Reichstag und Reichskammergericht entstanden zwar erste Ansätze gemeinsamer staatlicher Institutionen¹² –

⁸ Siehe dazu knapp *T. Nipperdey* (Fn. 2), S. 61 sowie *O. Kimminich* (Fn. 5), S. 110ff., 121ff., ferner *P.-J. Heinig*, Die Vollendung der mittelalterlichen Reichsverfassung, in: R. Mussgnug (Red.), *Wendemarken in der deutschen Verfassungsgeschichte*, 1993, S. 7, 10ff.

⁹ Vgl. nur *H. Grundmann*, Wahlkönigtum, Territorialpolitik und Ostbewegung im 13. und 14. Jahrhundert (Gebhardt, *Handbuch der deutschen Geschichte* Bd. 5), Taschenbuchausgabe 1973, S. 95ff., 113ff., 227ff. sowie *H. Boldt* (Fn. 7), S. 248ff.

¹⁰ Siehe nur *T. Nipperdey* (Fn. 2), S. 61ff., und *R. Koselleck*, Bund, Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat, in: *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 1, 1972, S. 582, 585ff., aber auch schon *O. von Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 1: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, 1868, S. 508ff. Vgl. ferner *P. Moraw*, Von offener Verfassung zu gestalteter Verdichtung. Das Reich im späten Mittelalter 1250–1490, Studienausgabe 1989, S. 416ff..

¹¹ Vgl. zur sogen. „Reichsreform“ die Überblicksdarstellungen von *P. Moraw*, Die Reichsreform und ihr veraltungsgeschichtliches Ergebnis, in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 1: Vom Spätmittelalter bis zum Ende des Reiches, 1983, S. 58ff.; *F. Hartung*, *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, 9. Aufl. 1969, S. 18ff.; *H. Boldt* (Fn. 7), S. 253ff.; *H. Duchhardt* (Fn. 7), S. 83ff.; *G. Oestreich*, *Verfassungsgeschichte vom Ende des Mittelalters bis zum Ende des alten Reiches*, 1974, S. 56ff.; *D. Willoweit*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1990, S. 88ff., ferner ausführlich *H. Angermeier*, *Die Reichsreform 1410–1555. Die Staatsproblematik Deutschlands zwischen Mittelalter und Gegenwart*, 1984.

¹² Zur Ämterverfassung des frühneuzeitlichen Reiches vgl. *H. Duchhardt* (Fn. 7), S. 31ff., 83ff. sowie *H. Boldt* (Fn. 7), S. 256f., ferner *P. Moraw*, Organisation und Funktion von Verwaltung im ausgehenden Mittelalter (ca. 1350–1500), in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 1: Vom Spätmittelalter bis zum Ende des Reiches, 1983, S. 21ff.

man könnte sagen: eine Art „institutionelles Minimum“ bündischer Integration; aber das Schwergewicht der Macht lag weiter an den Höfen der großen Reichsstände. Umgekehrt wurde mit diesen Institutionen zugleich die Mitsprache der Reichsstände an den rudimentären Verfahren gemeinsamer Entscheidungsfindung besiegelt und festgeschrieben¹³. Ohne die jeweils konkret einzuholende Zustimmung der Reichsstände konnte es kein gemeinsames Handeln geben, womit allenfalls so etwas wie eine ‚Staatsgemeinschaft‘ entstanden war, sicherlich aber kein ‚Staat‘ im modernen Sinne mit über bürokratische Apparate organisierten Mechanismen zentraler Entscheidungsfindung.

Durch die Reformation wurden dann Autonomie und Eigenständigkeit der Reichsstände noch verfestigt. Die bündischen Einungen der Reichsstände wurden zu konfessionellen Kampforganisationen – was hieß, daß der konfessionelle Bürgerkrieg sich in den föderalen Formen reichsrechtlicher Legitimität vollziehen konnte¹⁴. Der Herrschaftskompromiß der beiden Lager mußte im Gefolge noch den dezentralen Charakter des Reiches verfestigen, wurde doch die konfessionelle Zweiteilung des Gemeinwesens zum Grundaxiom der Verfassungsordnung des Reiches erhoben¹⁵. Die Sicherung und Bewahrung des konfessionellen Gleichgewichts als ‚ultima ratio‘ der frühneuzeitlichen Reichsordnung aber schloß eine Verfestigung zentraler – ‚staatlicher‘ – Herrschaftsinstitutionen denknotwendig aus.

Der Westfälische Friede von 1648 gab diesem labilen bündischen Gebilde dann noch eine internationale Absicherung bzw. Garantie: mit dem „Instrumentum Pacis Osnabrugense“ erhob man den föderativen Charakter des Reiches geradezu zum Angelpunkt europäischer Gleichgewichtspolitik¹⁶. Bündnisrecht und Kriege der Reichsstände gegeneinander unter Einbeziehung auswärtiger Mächte sollten für dieses Gebilde in der Folge charakteristischer sein als gemeinsame Aktionen nach außen, wenn auch mit der „Reichsdefensionalordnung“ und der Organisation in Reichskreisen Ansätze einer gemeinsamen Verteidigungsorganisation nach außen wie eines Monopols legitimer Gewaltbarkeit nach innen gelegt waren¹⁷. Versuche, den Reichsständen das ‚ius armorum‘ und das ‚ius foederis‘ als Attribute moderner Souveränität zu nehmen (so im Prager Frieden zwischen Kaiser bzw. Liga und Union 1635 beinahe geschehen), waren mit dem Westfälischen Frieden jedoch endgültig gescheitert¹⁸. Das Reich blieb ein Bund halb- und dreiviertelsouveräner Territorialherrschaften, die mit dem gemeinsam von Reichstag und Kaiser auszuübenden Recht einheitlicher Gesetzgebung und gemeinschaftli-

¹³ Siehe v.a. *H. Boldt* (Fn. 7), S. 262ff. sowie *P.-J. Heinig* (Fn. 8), S. 18ff.

¹⁴ *R. Koselleck* (Fn. 10), S. 611ff.

¹⁵ Vgl. *H. Boldt* (Fn. 7), S. 267; *O. Kimminich* (Fn. 5), S. 215; *H. Duchhardt* (Fn. 7), S. 107ff., 121ff.; *K.O. von Aretin*, *Das Alte Reich 1648–1806*, Bd. 1, 1993, S. 20f., 44ff.

¹⁶ Vgl. dazu insbes. *H. Duchhardt* (Fn. 7), S. 166ff. sowie *K.O. von Aretin* (Fn. 15), 22ff., ferner *G. Schmidt*, *Der Westfälische Frieden – eine neue Ordnung für das Alte Reich?*, in: *R. Mußgnug* (Red.), *Wendemarken in der deutschen Verfassungsgeschichte*, 1993, S. 45ff.

¹⁷ Siehe dazu *H. Boldt* (Fn. 7), S. 270ff. und *K.O. von Aretin* (Fn. 15), S. 148ff.

¹⁸ Siehe *H. Boldt* (Fn. 7), S. 274ff.; *H. Duchhardt* (Fn. 7), S. 163f.; *R. Koselleck* (Fn. 10), S. 615f.

cher Abgabenerhebung¹⁹, bestimmten außen- und verteidigungspolitischen Reservatrechten des Kaisers, den in ständischer Selbstverwaltung vergemeinschafteten Befugnissen innerer Friedenswahrung sowie den Instituten gewissermaßen „supranationaler“ Rechtsprechung durch Reichskammergericht und Reichshofrat²⁰ zwar wichtiger Souveränitätsrechte ermangelten, aufgrund des Fehlens einer echten Reichsexekutive jedoch kaum mehr irgendeiner Bedrohung in ihrer Eigenständigkeit unterlagen²¹.

Die Befriedungsleistung dieses eigenartigen Gebildes, das sich allen Versuchen der Einordnung in den Kategorien moderner Staatslehren widersetzte²², ist zwar lange Zeit unterschätzt worden²³. Ein derartig heterogenes Gemisch von nach sprachlich-kultureller, konfessioneller wie politischer Prägung völlig unterschiedlichen Gemeinwesen konnte wohl kaum anders als in extrem dezentralen, „bündischen“ Formen organisiert werden. Auch in der Wahrung persönlicher Freiheiten schnitt das System des alten Reiches wohl weit besser ab als gemeinhin unterstellt. Führt man den dezentralen Charakter des Reiches zusammen mit dem im Gefolge der Konfessionskonflikte verankerten ‚ius emigrationis‘, so war die Chance persönlicher Freiheitswahrung in einem solchermaßen durch Vielfalt der Glieder und Unterschiedlichkeit in der Entwicklung und Struktur der einzelnen Gemeinwesen gekennzeichneten losen „Staatenverbund“ weit besser gewährleistet als in den auf Vereinheitlichung drängenden Zentralstaaten Westeuropas²⁴. Machtpolitisch zukunftsweisend in einer zunehmend durch zentral verwaltete bürokratische Einheitsstaaten gekennzeichneten Welt war das „irregulare aliquod corpus et monstro simile“ (*Pufendorf*) aber sicherlich nicht, wenn auch die Reichspublizistik des 18. Jahrhunderts mit *Johann Jakob Moser*, *Johann Stephan Pütter*, *Justus Möser* und *Johannes von Müller* ernsthafte Versuche einer Neubewertung (und Ehrenrettung) des Reichsgefüges im Sinne eines Gefüges ‚bündischer Integration‘ unternahm, das auf konföderativem Wege zur staatlichen Einheit führen könne.²⁵ Der Siegeszug der napoleonischen Heere, in dessen Gefolge

¹⁹ Vgl. dazu *H. Boldt* (Fn. 7), S. 273; *O. Kimminich* (Fn. 5), S. 231.

²⁰ Zur inneren Friedenswahrung und Gerichtsbarkeit vgl. *H. Duchhardt* (Fn. 7), S. 43ff., 84ff.; 96ff.; vgl. außerdem *K.O. von Aretin* (Fn. 15), S. 85ff., 142ff.

²¹ Vgl. *H. Boldt* (Fn. 7), S. 270f., 276; *O. Kimminich* (Fn. 5), S. 236ff.

²² Zum rechtsdogmatischen Streit des 17. und 18. Jahrhunderts um die richtige Einordnung des Reiches vgl. vor allem *O. Kimminich* (Fn. 5), S. 221ff.; *K.O. von Aretin* (Fn. 15), S. 37ff.; *R. Koselleck* (Fn. 10), S. 630ff.; *G. Schmidt* (Fn. 16), S. 48ff.; *B. Grzeszick*, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, 1996, S. 54ff.; vgl. ferner eingehend *A. Randelzhofer*, *Völkerrechtliche Aspekte des Heiligen Römischen Reiches nach 1648, 1967*, S. 19ff., 297ff. sowie *B.M. Kremer*, *Der Westfälische Friede in der Deutung der Aufklärung. Zur Entwicklung des Verfassungsverständnisses im Hl. Röm. Reich Deutscher Nation vom Konfessionellen Zeitalter bis ins späte 18. Jahrhundert*, 1989, S. 46ff.

²³ Vgl. allerdings zum Wandel der allgemeinen Beurteilung im Gefolge der Aufklärung *K.O. von Aretin* (Fn. 15), S. 14, 24ff., 43f.

²⁴ So zu Recht *O. Kimminich* (Fn. 5), S. 274f.

²⁵ Vgl. nur *R. Koselleck* (Fn. 10), S. 632ff. und *K.O. von Aretin* (Fn. 15), S. 24ff., 43f., ferner eingehend *B. Grzeszick* (Fn. 22), S. 72ff., *B.M. Kremer* (Fn. 22), S. 67ff., *D. Wyduckel*, *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswis-*

das Reich sang- und klanglos von der Bildfläche verschwand, beendete jedoch zunächst einmal die theoretischen Debatten über das Reich als ‚Staatenverein‘, als Keim einer künftigen nationalen Einigung im „deutschen Bund“ der Fürsten, Stände, ja der ganzen Nation.

Der Reichsdeputationshauptschluß brachte den (im Kern geradezu durch einen revolutionären Akt herbeigeführten) völligen Sieg der Territorialstaaten²⁶. Der Gewaltstreich zulasten der kleineren Reichsstände höhnte die Legitimität des überkommenen Institutionengefüges endgültig aus. Man wird dies als den abschließenden Triumph der seit dem Mittelalter sichtbaren zentrifugalen Tendenzen sehen müssen²⁷. Die nahezu völlig zur leeren Hülle verkommenen gemeinsamen Institutionen wurden im Gefolge wenig später sang- und klanglos aufgelöst²⁸. Der Prozeß der Territorialstaatsbildung hatte seinen krönenden Abschluß in der Bildung vollsouveräner Klein- und Mittelstaaten gefunden. Der Sieg der modernen Territorialstaaten war dabei sogar ein doppelter: Es gelang ihnen nicht nur, die Einschränkungen ihrer Souveränität abzuschütteln, die in den gemeinsamen Institutionen des Reiches (als Staatenverbund mit eigenen Hoheitsbefugnissen) noch verkapselt gewesen waren, sondern zugleich konnten sie auch nach innen ihre Herrschaftsgewalt festigen. Die neuen Staaten wurden territorial konsolidiert, und gleichzeitig wurden die für das alte Reich so typischen Formen ständischer Selbstverwaltung und Mitregierung innerhalb der Territorien²⁹ abgeschafft (die noch im späten 18. Jahrhundert durch Interventionen der Reichsorgane zugunsten der Stände in Württemberg und Mecklenburg eine partielle Festigung erfahren hatten³⁰). An die Stelle der vielfältig gestuften Mechanismen korporativer Selbstverwaltung und Partizipation trat der zentralisierte bürokratische Herrschaftsapparat des autoritären Einheitsstaates nach französischem Muster³¹. Auf begeisterte Zustimmung in Volk und Ständen stieß diese Entwicklung nicht, doch

senschaft, 1984, S. 194ff. sowie *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, 1988, S. 258ff., 298ff., 309ff., 317ff.

²⁶ Zum Reichsdeputationshauptschluß vgl. *O. Kimminich* (Fn. 5), S. 280ff. sowie ausführlich *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. I: Reform und Restauration, 1957, S. 42ff.

²⁷ Gleichwohl ist die Formulierung von *Ernst-Rudolf Huber* etwas übersteigert, wenn dieser schreibt: „Erst mit der Bildung vergrößerter und gefestigter deutscher Mittelstaaten konnte die Suprematie Österreichs in Deutschland endgültig gebrochen und die Libertät, die Unabhängigkeit der Territorien von Kaiser und Reich, zur Souveränität der deutschen Teilstaaten gesteigert werden. Sein schon im Westfälischen Frieden verfolgtes außenpolitisches Ziel, die sinnzerstörende Übersteigerung des deutschen Föderalismus zum Partikularismus und Separatismus, erreichte Frankreich damit vollends.“ – *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. I (Fn. 26), S. 41.

²⁸ Zur Auflösung des Reiches vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. I (Fn. 26), S. 68ff.

²⁹ Vgl. zu den Institutionen ständischer Mitregierung *H. Duchhardt* (Fn. 7), S. 181ff.

³⁰ Vgl. dazu *H. Duchhardt* (Fn. 7), S. 233ff. sowie allgemein zum Schutz der Rechte der Landstände durch Kaiser und Reichshofrat *K.O. von Aretin* (Fn. 15), S. 91ff.

³¹ Besonders verdeutlicht wird dieser Charakter der Reformen bei *T. Nipperdey*, (Fn. 3), S. 70ff., der den „etatistisch-bürokratischen Zug“ der Reformen herausstreicht. Vgl. aber daneben auch *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. I (Fn. 26), S. 87ff.; *T. Schieder* (Fn. 4), S. 173ff.; *H.-P. Ullmann*, Staatsverwaltung an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert, in: R. Mußgnug (Red.), Wendemarken in der deutschen Verfassungsgeschichte, 1993, S. 123ff.

Alternativen waren kaum erkennbar. Der Obrigkeitsstaat hatte das Gesetz des Handelns an sich gerissen, und die Gesellschaft hatte sich mit den neuen Zuständen abzufinden. Während aber die Mehrheit der traditionellen Aristokratie, das Altbürgertum der ehemaligen Reichsstädte und Teile der Bauernschaft in rückwärtsgewandter Verklärung der Zustände des alten Reiches versanken, träumten radikale bürgerliche Intellektuelle schon vom nationalen Einheitsstaat nach dem Modell der französischen Republik. Die Mehrheit des Bürgertums dagegen freundete sich mit den neuen Staatswesen bald an (in Süddeutschland zumindest). „Für das aufstrebende Bürgertum, für den Liberalismus boten sich Staat und Monarchie – trotz feudaler Restpositionen, trotz obrigkeitlicher Struktur – als Partner beim Fortgang der Reformen an.“³²

1.3. Der Deutsche Bund und der Kampf um die föderale Organisation des Reiches

Mit dem Wiener Kongreß wurde der politische Status quo, der durch die nunmehr vollsouveränen monarchisch-bürokratischen Fürstenstaaten geprägt war, völkerrechtlich festgeschrieben. Beherrschende Gebilde des deutschen Staatensystems waren – neben den in Macht und territorialem Umfang arrondierten Mächten Preußen und Österreich – die neuen Flächenstaaten Süd- und Mitteldeutschlands³³. Bündische Integration, deren Notwendigkeit man durchaus einsah, erwies sich in der Folge nur noch in den souveränitätswahrenden Formen des Staatenbundes als verwirklichtbar³⁴, obwohl auch bundesstaatlich orientierte Konzepte im Zusammenhang des Wiener Kongresses zunächst erwogen worden waren³⁵. Zwar ging die Verfassung des Deutschen Bundes in einigen Punkten doch über die rein völkerrechtlichen Kategorien der Gleichordnung hinaus³⁶; neben der Wahrung der äußeren und inneren Sicherheit, die in den Händen eines klassischen Gesandtenkongresses lag, des Bundestages³⁷, bestanden aber weder

³² T. Nipperdey (Fn. 3), S. 79; vgl. auch T. Würtenberger, Staatsverfassung an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert, in: R. Mußgnug (Red.), Wendemarken in der deutschen Verfassungsgeschichte, 1993, S. 85, 99, 103ff., 107f.

³³ Zu Hintergrund und Ergebnissen dieser stabilitätsorientierten Konsolidierungspolitik vgl. T. Nipperdey (Fn. 3), S. 87ff. sowie E. R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd. I (Fn. 26), S. 476ff.

³⁴ Vgl. insoweit nur T. Nipperdey (Fn. 3), S. 92ff. sowie in großer Detailfülle zu den Verhandlungen des Wiener Kongresses E. R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd. I (Fn. 26), S. 532f., 545ff.

³⁵ Zu den Bundesplänen, vor allem von Stein, Humboldt und Hardenberg, siehe E. R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd. I (Fn. 26), S. 510ff.; E. Deuerlein, Föderalismus. Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips, 1972), S. 67ff.; T. Nipperdey (Fn. 3), S. 94ff.; B. Grzeszick (Fn. 22), S. 197ff.

³⁶ Zu den Ansätzen eines eigenen Exekutivapparates des Deutschen Bundes vgl. den Beitrag von H. J. Schenk, Ansätze zu einer Verwaltung des Deutschen Bundes, in: K. G. A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 2: Vom Reichsdeputationshauptschluß bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, 1983, S. 155ff.; vgl. ferner R. Koselleck (Fn. 10), S. 655ff.; B. Grzeszick (Fn. 22), S. 232ff.

³⁷ Zu Struktur und Kompetenzen des Bundestages (bzw. der Bundesversammlung, wie das

ernsthafte Kompetenzen noch Organe bündischer Integration: keine eigene Exekutive, kein echtes Bundesgericht, keine wirklichen Homogenitätsgarantien zugunsten der einzelstaatlichen Verfassungen mit entsprechenden Interventionsrechten³⁸. Das Interventionsrecht entwickelte sich nur reaktiv, im Kampf gegen die liberal-demokratische Bewegung, d. h. im Interesse der Bewahrung des föderativ-staatenbündischen Charakters des Systems³⁹. Zu weiteren nach der Wiener Schlußakte im Ansatz eigentlich möglichen gemeinsamen Regelungen und Politiken – wie in den Bereichen Zoll, Handel oder Schifffahrt – ist es dagegen nicht gekommen. Die preußisch-österreichische Doppelhegemonie (und der daraus folgende Dualismus), die das Funktionieren des Bundes prägten⁴⁰, ließ eine Intensivierung der Mechanismen bündischer Integration kaum zu. Gemeinsame Politik im Rahmen des Deutschen Bundes beruhte in der Regel auf der informellen Vorverständigung der beiden beherrschenden Mächte Österreich und Preußen, außerhalb des institutionellen Gefüges des Bundes⁴¹. Institutionell verdichtete Zusammenarbeit in einem Einzelbereich wie der Zollpolitik bedurfte daher, wenn überhaupt möglich, eines Arrangements außerhalb des Deutschen Bundes, wie die Gründung des parallel zum Deutschen Bund geschaffenen Zollvereins demonstrierte. Der unter dem Druck Preußens entstandene Zollverein gab den verstreuten preußischen Gebieten wie den nord- und mitteldeutschen Kleinstaaten eine Möglichkeit, wenigstens das aus ökonomischen Motiven für erforderlich gehaltene Minimum an Integration – rechtlicher und wirtschaftlicher Integration – herzustellen⁴².

Der Deutsche Bund dagegen war in allererster Linie ein System der zwischenstaatlichen Friedenssicherung, der Wahrung von Stabilität (und Gleichgewicht) in Mitteleuropa⁴³. Als solches lag sein Zweck jenseits der bürgerlich-liberalen

Organ ursprünglich hieß) vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.I (Fn. 26), S. 588ff., 594ff.

³⁸ Siehe *T. Nipperdey* (Fn. 3), S. 355ff. und *O. Kimminich* (Fn. 5), S. 322ff.; im Detail stellen sich in der Bewertung der Organ- und Kompetenzstruktur des Bundes aber immer noch erhebliche Zweifelsfragen, vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.I (Fn. 26), S. 598ff., 616, 619ff. sowie *W. Siemann*, Wandel der Politik – Wandel der Staatsgewalt. Der Deutsche Bund in der Spannung zwischen „Gesammt-Macht“ und „völkerrechtlichem Verein“, in: H. Rumpler (Hrsg.), Deutscher Bund und deutsche Frage 1815–1866, 1990, S. 59ff.; vgl. auch jüngst *W. Mößle*, Die Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes nach der Wiener Schlußakte, *Der Staat* 33 (1994), S. 373ff. sowie *B. Grzeszick* (Fn. 22), S. 237ff.

³⁹ Siehe *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.I (Fn. 26), S. 622, 631ff.; *R. Koselleck* (Fn. 10), S. 659; *T. Nipperdey* (Fn. 3), S. 355 sowie jüngst *W. Mößle* (Fn. 38), S. 379ff.

⁴⁰ Siehe zu dieser Frage die sehr quellenreiche Darstellung von *A. Kaernbach*, Bismarcks Konzepte zur Reform des Deutschen Bundes, 1991, S. 20ff. sowie *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.I (Fn. 26), S. 667ff.

⁴¹ Siehe *A. Kaernbach* (Fn. 40), S. 30ff.

⁴² Vgl. dazu *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.II: Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830–1850, 1960, S. 282ff.; *R. Koselleck* (Fn. 10), S. 659ff.; *T. Nipperdey* (Fn. 3), S. 358ff.; vgl. außerdem als detaillierte Darstellung zur Organisationsstruktur des Zollvereins den Beitrag von *F. Schönert-Röhlke*, Aufgaben des Zollvereins, in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 2: Vom Reichsdeputationshauptschluß bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, 1983, S. 286ff.

⁴³ Vgl. die Studie von *W.D. Gruner*, Der Deutsche Bund und die europäische Friedensord-

Vorstellungen bundesstaatlicher Integration Deutschlands in einem Gesamtstaat⁴⁴. Im Gegenteil: Über die – gerade von Metternich⁴⁵ – bewußt angestrebte Ausrichtung auf die Wahrung von Gleichgewicht und Stabilität, die notwendig die Garantie der Unabhängigkeit und Unverletzlichkeit seiner Mitgliedstaaten einschloß, wurde der Deutsche Bund zum Instrument der Absicherung und Bewahrung des monarchisch-partikularstaatlich geprägten Status quo. Er war das „Vehikel der Restaurationspolitik“⁴⁶, das logische Gegenbild zum Reform- und Einheitsstreben der nationalliberalen bürgerlichen Bewegung, für die Streben nach institutioneller Reform, nach Konstitutionalisierung, und Streben nach Einheit Deutschlands in einem gemeinsamen Staat unauflösbar verknüpft waren⁴⁷. Zwar war das Streben der eher kleinen Gruppe republikanisch Gesinnter nach einem nationalen Einheitsstaat französischen Musters, nach der „nation une et indivisible“, das Anliegen einer radikalen Minderheit⁴⁸. Das Gros des liberal gesinnten Bürgertums war eher reformistisch orientiert, hoffte auf eine evolutionäre Umbildung des Gefüges aus partikularen Fürstenstaaten in einen Bundesstaat konstitutioneller Monarchien⁴⁹. Doch die Frontstellung des deutschen Republikanismus gegen jegliches bündische System hat hier eine erste frühe Prägung erfahren, wurde der Deutsche Bund doch (nicht ganz zu Unrecht) als fürstenstaatliches Bollwerk gegen die bürgerlichen Forderungen nach politischer Reform empfunden⁵⁰ – und die Erfahrungen der Folgezeit waren nicht dazu angetan, dieses früh gelegte Ressentiment abzubauen.

Im Entwurf der Bundesverfassung von 1849 fand das gemäßigt-reformistische Konzept der liberalen Mehrheit seinen geradezu idealtypischen Ausdruck. Die zunächst weitgehend erreichte scheinende Umformung der Einzelstaaten in kon-

nung, in: H. Rumpler (Fn. 38), S. 235ff., sowie T. Nipperdey (Fn. 3), S. 361ff.; E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd.I (Fn. 26), S. 538.

⁴⁴ In diesem Sinne siehe z.B. T. Nipperdey (Fn. 2), S. 70.

⁴⁵ Vgl. dazu E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd.I (Fn. 26), S. 530ff., insbes. 538ff., und T. Nipperdey (Fn. 3), S. 96ff.

⁴⁶ Ausdruck von T. Nipperdey (Fn. 2), S. 71.

⁴⁷ Vgl. E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd.II (Fn. 42), S. 380ff., und T. Nipperdey (Fn. 3), S. 307ff., 387f.; vgl. außerdem E.-W. Böckenförde, Die Einheit von nationaler und konstitutioneller politischer Bewegung im deutschen Frühliberalismus, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 1815–1918, 1972, S. 27ff., insbes. 31ff.

⁴⁸ Siehe E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd.II (Fn. 42), S. 381f., 792; E. Deuerlein (Fn. 35), S. 80; T. Nipperdey (Fn. 2), S. 73ff.

⁴⁹ T. Nipperdey (Fn. 3), S. 73ff., 310; E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd.II (Fn. 42), S. 381f.; vgl. als herausragende Verkörperung dieser Tendenz die einschlägigen Schriften von F. von Gagern, P. Pfizer und C.T. Welcker – siehe dazu S. Brie, Der Bundesstaat. Eine historisch-dogmatische Untersuchung, Erste Abtheilung, 1874, S. 50ff., ferner B. Grzeszick (Fn. 22), S. 279ff. sowie M. Dreier, Föderalismus als ordnungspolitisches und normatives Prinzip. Das föderative Denken der Deutschen im 19. Jahrhundert, 1987, S. 110ff.

⁵⁰ T. Nipperdey schreibt von der prägenden großen „Erfahrung der Zeitgenossen: der Bund, das Organ des Föderalismus, als Inkarnation der Restauration, des Systems Metternich, der Gegensatz gegen den liberal-nationalen Geist der Zeit, gegen den politischen Willen der Nation, den Willen zur Verfassung“ – ders., (Fn. 2), S. 71f.

stitutionelle Staaten parlamentarischer Prägung⁵¹ sollte einhergehen mit der Bewahrung dieser Staaten in einem wirklichen Bundesstaat. „Wirklicher Bundesstaat“, da das neuzugründende Deutsche Reich mit einer Zentralgewalt, einem föderativen Parlament und einer Bundesgerichtsbarkeit als Organen und mit eigenständigen Bundeskompetenzen als Wirkungsbereich durchaus als ein effektives System bündischer Integration angelegt war⁵². Interessant ist, daß schon dieser erste Entwurf einer deutschen Bundesverfassung vom Reich, also dem Gesamtstaat, als Träger der Souveränität ausging, dem die Befugnis zur Gestaltung seiner Verfassung – wenn auch unter gebührender Beteiligung der Gliedstaaten im Verfahren der Verfassungsänderung – zustehen sollte. „Dieser Bundesstaat beruht auf einer herrlichen Vereinigung von zwei Elementen, dem nationalen Elemente der Gemeinsamkeit, und dem Elemente partikularer Eigentümlichkeit ... Die Bundesgewalt verwirklicht den Nationalwillen, aber sie ist beschränkt durch organische Gesetze, welche nach dem Zwecke der Bundesverfassung die Grenzen der Macht bestimmen: sie fordert Gehorsam von jedem Einzelstaate, soweit dies notwendig zur Erreichung des Bundeszwecks ist.“⁵³ Die dem Reichsparlament eingeräumte Gesetzgebungsgewalt sollte die Legislativbefugnis der Länder weitgehend verdrängen, und zudem sollte ein Verfassungsgericht des Reiches die Entscheidungsgewalt der Gliedstaaten in Verfassungsstreitigkeiten klar beschränken⁵⁴. Die Reichsverfassung von 1849 trug damit bereits einen deutlich unitarischen Charakter⁵⁵, gerade auch wenn man sie mit ihren Vorbildern vergleicht, der amerikanischen Bundesverfassung sowie vor allem der nahezu zeitgleich zur Revolution von 1848/49 erarbeiteten Schweizerischen Bundesverfassung von 1848. Völlig aus der Luft gegriffen oder gar utopisch war ein derartiges Projekt eines Bundesstaates mit starker Zentralgewalt nicht, denkt man etwa – wie dies der Nationalversammlung vor Augen gestanden haben wird – an die zeitlich nahezu parallel erfolgte Umwandlung der Eidgenössischen Konföderation in einen echten Bundesstaat, bewirkt im Gefolge des Sonderbundkrieges mit der Schweizerischen Bundesverfassung von 1848⁵⁶.

⁵¹ Vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 3), S. 605f. sowie ausführlich zu den Ergebnissen der Märzrevolution in den Einzelstaaten *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.II (Fn. 42), S. 502ff.

⁵² Die Literatur zur „Paulskirchenverfassung“ ist nahezu unüberschaubar; vgl. insoweit nur die ausführliche Darstellung bei *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.II (Fn. 42), S. 767ff., insbes. S. 791ff. (zum Bundesstaatsproblem) und bei *J.-D. Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1985, S. 29ff. sowie die umfangreiche Bibliographie in *D. Willoweit* (Fn. 11), S. 222f.; zur Rolle der Revolution von 1848 in der Entwicklung der „Bundesstaats“-Theorie vgl. auch die bis heute unentbehrliche dogmengeschichtliche Untersuchung von *S. Brie* (Fn. 49), S. 71ff.

⁵³ *C.J.A. Mittermaier*, Bericht des Verfassungsausschusses, Motivation zum Art. 1 der Reichsverfassung, in: Stenographische Berichte der Deutschen Nationalversammlung, Bd. 4, Sp. 2722ff. (29. 10. 1848) – zitiert nach *R. Koselleck* (Fn. 10), S. 665.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Siehe – neben *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.II (Fn. 42), S. 794 – vor allem *T. Nipperdey* (Fn. 2), S. 75.

⁵⁶ Zur Entstehung der Schweizer Bundesverfassung von 1848 vgl. *E. His*, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Bd. 3, 1938, S. 12ff. sowie *E. Bucher*, Die Bundesverfassung von 1848, in: Handbuch der Schweizer Geschichte, Bd. 2, 1977, S. 987ff.

Der Versuch evolutionärer Umformung des deutschen Staatengefüges in einen modernen Bundesstaat, als der die Revolution von 1848 zu begreifen ist, scheiterte – wie bekannt – auf tragische Weise⁵⁷. Das Vertrauen des deutschen Bürgertums in seine Fähigkeit, die notwendige Reform aus eigener Kraft durchzuführen, aber diesen Umbau zugleich in geordneten Bahnen zu halten, war mit dem Scheitern der Revolution von 1848 im Kern zerbrochen. Der Druck auf Reform des Deutschen Bundes war jedoch im Gefolge der Ereignisse von 1848/49 spürbar gestiegen. Das sogen. „Interim“, das die preußisch-österreichische Doppelhegemonie institutionalisierte⁵⁸, mußte zwar nach kurzer Zeit der Wiederherstellung der alten staatenbündischen Institutionen weichen. Der Druck auf Reformen war damit aber nicht aufgefangen, und eine ganze Serie von Reformplänen beschäftigte die Politik der deutschen Höfe in den folgenden fünfzehn Jahren. Der preußische Versuch, mit der Erfurter Union die Gagern'sche Lösung eines „engeren“ und eines „weiteren Bundes“ durchzusetzen, war allerdings bereits 1851 gescheitert⁵⁹. Das österreichische Streben nach Ausbau seiner „Präsidialmacht“ dagegen stieß konstant auf das preußische Streben nach Anerkennung der vollen Gleichberechtigung⁶⁰. Alle Vorstöße auf Weiterentwicklung der tradierten Verfassungsinstitutionen des Bundes über eine Ausweitung der Kompetenzen der Bundesorgane, die Verstärkung des Mehrheitsprinzips (gerade auch zulasten Preußens) und die allmähliche Umwandlung des staatenbündischen Gefüges in eine bundesstaatliche Konstruktion (wenn auch rein intergouvernementaler Prägung) wurden in der Folge von Preußen blockiert⁶¹, das eine Mediatisierung unter österreichischer Vorherrschaft fürchtete⁶².

Die Flucht nach vorne, die Preußen mit der Politik Bismarcks antrat, indem es im Bündnis mit der nationalliberalen Bewegung die Einigung der deutschen Länder in einem gemeinsamen Staat mit direkt gewählten Nationalparlament auf seine Fahnen schrieb⁶³, verschob die Positionen auf geradezu dramatische Weise. Bis

⁵⁷ Das tragische Dilemma der Beratungen um eine Bundesverfassung schildert eindringlich *T. Nipperdey* (Fn. 2), S. 75ff.; zur Verwerfung der Reichsverfassung vgl. die detaillierte Darstellung bei *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd.II (Fn. 42), S. 851ff. sowie *T. Nipperdey* (Fn. 3), S. 661ff.; siehe außerdem *K. Griewank*, *Ursachen und Folgen des Scheiterns der deutschen Revolution von 1848*, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, 1972, S. 40ff.

⁵⁸ Vgl. *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd.II (Fn. 42), S. 883f. sowie *A. Kaernbach* (Fn. 40), S. 45ff.

⁵⁹ Zur „Erfurter Union“ von 1849 vgl. *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd.II (Fn. 42), S. 885ff. sowie *T. Nipperdey* (Fn. 3), S. 670ff., ferner *R. Koselleck* (Fn. 10), S. 666f.

⁶⁰ Siehe *A. Kaernbach* (Fn. 40), S. 73ff., 169ff. sowie *E.R. Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd.III: *Bismarck und das Reich*, 1963, (Fn. 42), S. 129ff.

⁶¹ Vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 3), S. 684ff., 704ff. sowie die detaillierte Darstellung von *A. Kaernbach* (Fn. 40), S. 74ff., 97ff., 158ff., 191ff. und von *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd.III (Fn. 60), S. 399ff., insb. S. 418ff., 434ff.

⁶² Siehe die entsprechenden Äußerungen Bismarcks in seiner Zeit als Bundestagsgesandter, wiedergegeben bei *A. Kaernbach* (Fn. 40), S. 80ff.

⁶³ Vgl. zur Entwicklung dieser Politik die Studie von *A. Kaernbach* (Fn. 40), dort insb. 108ff., 121ff., 133ff., 187ff., 211f., 220ff. sowie *T. Nipperdey* (Fn. 3), 765ff., 778f.

in das Jahr 1863 hinein hatte Bismarck – wie neuere Forschungen belegen⁶⁴ – eher eine Reform des Deutschen Bundes nach preußischen Vorstellungen angestrebt als die (im Kern beinahe revolutionäre) Vereinigung in einem Bundesstaat. Erst das Scheitern seiner Einigungsbemühungen mit Österreich brachte ihn dazu, die Zerstörung des Deutschen Bundes hinzunehmen, ja diese gar anzustreben, und an dessen Stelle den alternativen Entwurf des Zollvereins zur Grundlage seiner Politik einer (mehr oder weniger zwangsweisen) Integration der deutschen Staaten in einem Bundesstaat unter preußischer Vorherrschaft zu erheben.

Dieser Wechsel der Initiative erwies sich für das Verfassungsmodell des daraus hervorgegangenen Bundesstaates als äußerst folgenreich. Als Motor der Integration war das auf Festigung seiner Vormachtstellung bedachte Königreich Preußen und dessen Bürokratie an die Stelle der vormals als treibende Kraft fungierenden bürgerlichen Nationalbewegung getreten. Doch damit ist man schon bei der Entstehungsgeschichte der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871, die im folgenden Kapitel untersucht sei.

⁶⁴ Siehe dazu vor allem die detaillierte Studie von *A. Kaernbach* (Fn. 40), dort insbes. S. 191 ff., 198 ff.; vgl. außerdem *T. Nipperdey* (Fn. 3), S. 774 ff.

2. Kapitel:

Das Deutsche Reich und dessen Bundesverfassung

2.1. Die Konstruktionsprinzipien der Reichsverfassung von 1867/1871

Für *Bismarck* und seine Zeitgenossen war es unter der Perspektive der politischen Notwendigkeiten eine Selbstverständlichkeit, daß der Zusammenschluß der deutschen Staaten nur in den Formen einer bundesstaatlichen Verfassung möglich war¹. Allerdings: Das Kalkül gerade *Bismarcks* ging – nach allem, was wir inzwischen aus der insoweit sehr intensiven historischen Forschung wissen – weit über diese Anerkennung praktischer Notwendigkeiten hinaus². Die föderale Konstruktion des neuen Staates sollte ganz bewußt dazu dienen, die parlamentarisch-demokratischen Elemente der neuen Verfassung in einen Rahmen zu stellen und so einzudämmen. Die Forderung nach dem nationalen Parlament, in direkten und gleichen Wahlen bestimmt, war als revolutionäre Waffe gedacht gewesen, auch in der Hand der preußischen Regierung³; sie stiftete nicht nur das Bündnis mit der national-liberalen Bewegung, sondern half zugleich Österreich auszusteu-

¹ Siehe zu den immer in bundesstaatlichen Kategorien geprägten Vorstellungen *Bismarcks* von einem deutschen Staat unter preußischer Führung *A. Kaernbach*, *Bismarcks Konzepte zur Reform des Deutschen Bundes*, 1991, S. 122f.; vgl. auch *T. Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Bd. II, 1992, S. 40f. sowie *P. Laband*, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895, S. 5ff.

² „Das Ergebnis des Kompromisses unter der bestimmenden Prägung des Siegers *Bismarck* war das komplizierte Gefüge der Verfassung (...), das Neben- und Gegeneinander von Bundesrat, Reichskanzler und Reichstag, von Reich und Preußen, ein Gefüge gegenseitiger Abhängigkeiten und Hemmungen, die Eindämmung eines möglichen Parlamentarismus durch den Föderalismus und die Eindämmung des überlieferten „Partikularismus“ durch den unitarischen Zug des Reiches.“ – *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 109; vgl. daneben auch *H. Boldt*, *Deutscher Konstitutionalismus und Bismarckreich*, in: *M. Stürmer* (Hrsg.), *Das kaiserliche Deutschland*, 1970, S. 119ff.; *G.A. Craig*, *Deutsche Geschichte 1866–1945*, 1981, S. 45ff.; *T. Schieder*, *Vom Norddeutschen Bund bis zum Ende der Monarchie. Grundzüge der politischen Entwicklung und geistige Grundlagen*, in: *K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh* (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte III*, 1984, S. 1ff., 5. Siehe außerdem die *Tübinger Antrittsvorlesung* von *G. Anschütz*, *Bismarck und die Reichsverfassung*, 1899, S. 2ff.; *H. Preuß*, *Großdeutsch, Kleindeutsch und die Idee des nationalen Staates*, in: *H. Preuß*, *Obrigkeitsstaat und großdeutscher Gedanke*, 1916, S. 27, 50f. sowie *E. Kaufmann*, *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*, 1917, S. 21 ff.

³ Das „demokratische Wahlrecht war für *Bismarck* nach seinem eigenen Ausdruck die stärkste seiner Künste im politischen Streite um die Vorherrschaft in Deutschland“ – *H. Preuß*, *Die Wandlungen des deutschen Kaisergedankens*, 1917, S. 19. Siehe auch *T. Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1800–1866*, 1983, S. 707, 766, 778f. sowie *A. Kaernbach* (Fn. 1), S. 193ff.

chen im Kampf um die Hegemonie im neuen Bund. Es war jedoch eine gefährliche Waffe, die der Gegenmittel bedurfte, zumindest in den Augen eines Konservativen wie Bismarck⁴. Dieses Gegenmittel lieferte der Bundesstaat. Bundesstaatlichkeit hieß in der Konstruktion der neuen Verfassung, daß das nationale Parlament auf die Gesetzgebung beschränkt blieb. Exekutivische Organe des Bundes waren eigentlich kaum vorgesehen. Regierung und Verwaltung blieben Domäne der Gliedstaaten, mit der preußischen Regierung als quasi kommissarischem Verwalter der Außen- und Verteidigungspolitik, den Regierungen der Bundesstaaten ansonsten als nahezu uneingeschränkten Inhabern der internen Exekutivgewalt⁵. Regierung und Verwaltung in den Ländern aber waren eine Angelegenheit der monarchischen Exekutiven. Abstimmung der einzelstaatlichen Politiken und Kontrolle der Regierungsakte des Bundes wurde dementsprechend nahezu alleinige Domäne des Bundesrates, als der Vertreterversammlung der monarchischen Exekutiven der Gliedstaaten. Die für die konkrete Machtverteilung im neuen Staate so entscheidende Exekutivgewalt konnte damit in den Händen der monarchisch geprägten Bürokratien gehalten werden, und das in sich eigentlich revolutionäre Element der allgemeinen und gleichen Volkswahl wurde vereinbar, da eingegrenzt in seiner Bedeutung, mit dem semi-konstitutionellen Staatsmodell des monarchisch-bürokratisch geprägten deutschen Fürstenstaates des 19. Jahrhunderts⁶.

Der Urtypus dieses Verfassungsmodells läßt sich schon in voller Klarheit in der Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 aufweisen⁷. Diese Verfassung war – wie *Thomas Nipperdey* es resümierend ausgedrückt hat – „Waffenstillstand und Kompromiß“⁸. Sie hat „föderalistische und parlamentarische Prinzipien ge-

⁴ Vgl. insbes. *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 107ff., und *H. Boldt* (Fn. 2), S. 128ff. *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 22f., hat dies in den Satz gefaßt: „Der Föderalismus war und blieb Bismarck nicht alleiniger Selbstzweck, so sehr seine Äußerungen im Reichstage diesen Schein erwecken könnten, sondern er ist ihm zugleich und nicht minder stark Kampfmittel gegen jede Parlamentarisierung.“

⁵ Vgl. dazu nur die knappe Analyse der Verfassung des Norddeutschen Bundes bei *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 40ff. sowie *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 46, außerdem *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 21ff.

⁶ Siehe dazu nur *H. Boldt* (Fn. 2), S. 119ff.; *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 46, sowie *T. Nipperdey*, der von „Bismarcks komplizierter Konstruktion“ schreibt, „den Bundesrat als kaum greifbaren Gegenpol des Parlamentes zu installieren und so eine Parlamentarisierung nach Möglichkeit zu blockieren“ – *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 43. Im gleichen Sinne auch schon *H. Preuß*, *Das deutsche Volk und die Politik*, 1916, S. 152ff. sowie *C. Schmitt*, *Hugo Preuss: Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, 1930, der die Bismarck'sche Reichsverfassung als ein „System umgangener Entscheidungen“ kennzeichnete – ebda., S. 6f.

⁷ Zu Entstehung und Gehalt der Bundesverfassung von 1867 vgl. insbes. *E.R. Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. III: Bismarck und das Reich, 1963, S. 644ff., 655ff.; vgl. außerdem die recht ausführliche Darstellung der Entstehungsgeschichte bei *A. Haenel*, *Deutsches Staatsrecht* Bd. I, 1892, S. 14ff. sowie bei *M. von Seydel*, *Kommentar zur Reichsverfassung*, 2. Aufl. 1897, S. 13ff., ferner *L. Le Fur / P. Posener*, *Bundesstaat und Staatenbund*, 1902, S. 120ff. und *G. Grosch*, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches*, AöR 29 (1912), S. 126ff.

⁸ *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 797; im gleichen Sinne siehe auch *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd. III (Fn. 7), S. 774f.

geneinander ausbalanciert. Sie hat gewiß die Parlamentsmacht durch einen föderalistischen Bundesrat und die Position der Regierung sehr eingeschränkt, ja blockiert, aber sie hat auch ein dynamisches Parlament auf der Grundlage des allgemeinen Wahlrechts geschaffen und konsolidiert. Sie hat eine nicht-parlamentarische Herrschaftsordnung auf Zeit gesichert, aber sie hat auch ein dualistisches Gleichgewichtssystem installiert, das viele Entwicklungsmöglichkeiten gerade des Parlamentes bot.⁹ Festzuhalten bleibt aber: Die Grenzen dieses Modells beschränkter parlamentarischer Mitwirkung waren eindeutig. Trotz des Einstiegs in eine weitreichende Gesetzgebungstätigkeit war das Parlament in einer ganz eigenen Art von faktischer Zuständigkeitsverteilung gefangen: Wirtschaft und Recht wurden eine Domäne der Liberalen (über das Parlament), Militär und Außenpolitik dagegen blieben allein Sache der monarchischen Regierung¹⁰. Und diese Regierung zeigte bald eine andere Struktur als ursprünglich gedacht. Der Bundesrat (als eher schwerfälliges föderales Organ) war unfähig, als wirkliche Exekutive zu fungieren¹¹, sodaß das Amt des Bundeskanzlers, ursprünglich von Bismarck nur als eine Art Geschäftsstellenleiter des Bundesrates konzipiert¹², sich schnell gegenüber dem Bundesrat verselbständigte und ein beträchtliches politisches Eigengewicht gewann¹³.

Ähnliches ließe sich für das durch den revidierten Zollvereinsvertrag geschaffene Zollparlament sagen. Letztlich war es nichts anderes als ein durch ebenfalls direkt und allgemein gewählte Abgeordnete aus den vier Südstaaten und Luxemburg erweitertes Parlament des Norddeutschen Bundes, mit einer Beschränkung auf den Kompetenzbereich des Zollvereins¹⁴. Auch hatten die Regierungen der Einzelstaaten weiter die exekutivischen Funktionen in der Hand, was bei dem Machtungleichgewicht zugunsten Preußens hieß, daß auch hier ein Modell eines „hegemonialen Bundesstaates“ entstanden war¹⁵.

Die Reichsgründung von 1871¹⁶ setzte den Schlußstrich unter die 1848 einge-

⁹ T. Nipperdey (Fn. 1), 797; vgl. auch im gleichen Sinne G.A. Craig (Fn. 2), S. 49.

¹⁰ T. Nipperdey (Fn. 1), S. 48; vgl. auch E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 657.

¹¹ Siehe dazu H.O. Meisner, Bundesrat, Bundeskanzler und Bundeskanzleramt (1867–1871), in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte 1815–1918, 1972, S. 76ff.; vgl. außerdem E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 849.

¹² Vgl. E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 651, 658ff.; H.O. Meisner (Fn. 11), S. 78; P. Laband, Wandlungen der Reichsverfassung (Fn. 1), S. 9.

¹³ T. Nipperdey (Fn. 1), S. 48, 100f.; E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 658ff., 821ff.; H.O. Meisner (Fn. 11), S. 77ff.; H. Boldt (Fn. 2), S. 126; G.A. Craig (Fn. 2), S. 59f.; siehe außerdem P. Laband, Wandlungen der Reichsverfassung (Fn. 1), S. 10ff.

¹⁴ Zur Revision des Zollvereinsvertrages und zur Stellung des Zollparlamentes vgl. E.R. Huber, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 629ff. sowie T. Nipperdey (Fn. 1), S. 30ff.; vgl. daneben aber auch A. Haenel, Deutsches Staatsrecht Bd. I (Fn. 7), S. 37ff.

¹⁵ Ausdruck von E.R. Huber, vgl. ders., Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 635.

¹⁶ Der Begriff der „Reichsgründung“ ist nicht unproblematisch. Die Frage, ob es sich bei der „Reichsgründung“ von 1871 tatsächlich um die konstitutive Neugründung eines Staates gehandelt habe, war und ist umstritten. Die herrschende Lehre in der Staatsrechtsliteratur der Kaiserzeit nahm an, die Vorgänge von 1871 seien nur als eine Erweiterung des Norddeutschen Bundes

leitete verfassungsrechtliche Entwicklung zum kleindeutschen Bundesstaat. Zwar kam die Reichsverfassung den Forderungen der Nationalliberalen nach Einheit formal nur sehr bedingt entgegen – *Heinrich von Treitschke* zum Beispiel hatte noch 1865 verkündet, das Beispiel von Bundesstaaten wie der USA oder der Schweiz sei auf Deutschland in keiner Weise anwendbar, denn nichts anderes als der Einheitsstaat sei das Ziel der Geschichte Deutschlands¹⁷. Dieser Einheitsstaat jedoch war nicht nur für die Monarchen und Regierungen der Einzelstaaten inakzeptabel, sondern paßte auch nicht in das verfassungspolitische Kalkül, das *Bismarck* verfolgte. Die Verfassung solle – so hatte er schon 1867 erklärt – in der Form noch an einen Staatenbund erinnern, praktisch dagegen solle sie die Form eines Bundesstaates aufweisen, mit „elastischen, unscheinbaren, aber weitgreifenden Ausdrücken“¹⁸. Die Norddeutsche Bundesverfassung von 1867 war diesen Vorgaben in nahezu idealer Weise gerecht geworden; insoweit war es dann nur folgerichtig, daß die neue Reichsverfassung nur eine geringfügig modifizierte Variante der Verfassung des Norddeutschen Bundes war.

Der neue Staat verband – wie es einer der großen Kenner der deutschen Geschichte des 19. Jahrhunderts ausgedrückt hat – „unterschiedliche Traditionen und Prinzipien der mächtigen Kräfte der Zeit in einer kunstvollen, vielleicht künstlichen Synthese: die national-unitarischen, die föderativen, die hegemonialen, die liberalen und die obrigkeitlich-antiparlamentarischen Prinzipien“¹⁹. Das im allgemein, gleich und direkt gewählten Reichstag verkörperte liberale Prinzip der Volkssouveränität wurde aufgefangen und eingegrenzt durch das im Bundesrat in das System integrierte traditionelle Prinzip der monarchischen Souveränität²⁰. Die nach vorne, auf Unitarisierung drängende Gesetzgebungstätigkeit des bürgerlichen Parlamentes wurde ausbalanciert durch die alleinige Verfügungsgewalt der monarchischen Bürokratien über die Exekutivgewalt, für die Polizei und Innenverwaltung die der einzelstaatlichen Fürsten, für Außenpolitik und Militär die Gewalt des „Kaisers“ und preußischen Königs als des exekutivischen Organs des Bundes²¹. Die Einordnung dieses Gefüges in den Kategorien der ‚Souveräni-

unter gleichzeitiger Umbenennung und verfassungsrechtlicher Reorganisation anzusehen – vgl. insoweit die umfangreichen Nachweise der zeitgenössischen Literatur bei *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 761, sowie *G. Grosch* (Fn. 7), S. 163ff. *E.R. Huber* dagegen vertritt mit durchaus plausiblen Argumenten die These, das Reich von 1871 sei tatsächlich als ein neuer Bundesstaat anzusehen – siehe *ders.*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 764ff.

¹⁷ Siehe dazu *T. Nipperdey*, Der Föderalismus in der deutschen Geschichte, in: *T. Nipperdey*, Nachdenken über die deutsche Geschichte, 1986, S. 60ff., 79.

¹⁸ Zitiert nach *T. Nipperdey* (Fn. 17), S. 80; vgl. auch *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 34.

¹⁹ *T. Nipperdey* (Fn. 17), S. 80. *Carl Schmitt* hat dies pejorativ als einen „dilatatorischen Kompromiß von Monarchie und Demokratie“ bezeichnet – *C. Schmitt* (Fn. 6), S. 7.

²⁰ Siehe hierzu insbes. *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 50, sowie *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 774f., 849.

²¹ Siehe das scharf formulierte Urteil von *T. Nipperdey* über die Grundkonstruktion der Reichsverfassung: „Reichsleitung und Bundesrat waren (...) ganz und gar verzahnt. Die verfassungsmäßige Stellung der unverantwortlichen verbündeten Regierungen relativierte die Verantwortlichkeit des Kanzlers, konterkarierte eine verantwortliche Regierung des Reiches – das war der Sinn der komplizierten Konstruktionen. Der Föderalismus war als Schutzschild des monar-

tät' oder gar der ‚Kompetenz-Kompetenz‘ – eines (Kampf-)Begriffes, der erst in der Auseinandersetzung mit den Verfassungen von 1867 und 1871 seine eigentliche Prägung fand – bereitete der Staatsrechtslehre erhebliche Schwierigkeiten²². Dies ist auch kaum verwunderlich: Ob nun eigentlich die ‚Souveränität‘ beim Volke oder bei den Monarchen, beim Bund oder den Ländern lag, war in der Verfassung letztlich offengeblieben²³.

Das war angesichts der widerstrebenden verfassungspolitischen Zielsetzungen von Altkonservativen und Liberalen, von Föderalisten und Unitariern, von Regierungen der Einzelstaaten als Verteidigern des status quo und Verfechtern des nationalen Einheitsstaates als Anhängern einer gesamtstaatlichen Parlamentarisierung auch weise, wenn es auch den Kern eines langandauernden verfassungstheoretischen Streites in der Staatsrechtslehre der Kaiserzeit gelegt hat²⁴. Die Of-

chischen Prinzips gegen ein Vordringen des Reichsparlaments und gar den Parlamentarismus organisiert.“ – *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 93; vgl. aber auch *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 46ff. sowie *T. Schieder* (Fn. 2), S. 5ff., außerdem *H. Preuß* (Fn. 2), S. 51.

²² Die Staatsrechtslehre vor 1918 hat diese Frage weitgehend mit der Formel von der „Fürstenaristokratie“ beantwortet, und vom Bundesrat als dem letztlich Träger der Souveränität. Die spätere unitarisch-republikanische Staatslehre hat sich mit dieser Konstruktion dann sehr schwer getan. Schon *R. Thoma* hat die Konzeption als „konstruktiv unhaltbar und politisch irreführend“ bezeichnet – *R. Thoma*, Das Staatsrecht des Reiches, in: *G. Anschütz / R. Thoma* (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts Bd.I, 1930, S. 72 – und *E.R. Huber* schrieb im Rückblick von einem „verblüffenden Anachronismus“, der einzig dazu gedient habe, sich dem „politisch allein relevanten Meinungsstreit, ob das Reich eine Monarchie oder eine Demokratie sei, durch eine scheinwissenschaftliche Verschiebung der Fragestellung“ zu entziehen – *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 849.

²³ Die traditionelle Verfassungsgeschichtsschreibung hat diesen Befund – wenn auch mit etwas anderer Zielrichtung – schon deutlich herausgearbeitet. *E.R. Huber* allerdings ist hier wohl etwas zu harmonisierend, wenn er von der „lebendigen Spannung“ spricht, die „zwischen der demokratischen und der monarchischen Komponente der Verfassung“ bestanden habe und die dem System ein „inneres Gewaltgleichgewicht“ vermittelt habe – *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 774f.

²⁴ Ein Teil der Verfassungsrechtsliteratur ging davon aus, Träger der Souveränität unter der Reichsverfassung von 1871 sei allein das Reich – siehe in diesem Sinne *P. Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.I, 1. Aufl. 1876, S. 73ff.; *A. Haenel*, Studien zum Deutschen Staatsrecht, Erste Studie: Die vertragmäßigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung, 1873, S. 239ff.; *O. Mejer*, Einleitung in das Deutsche Staatsrecht, 2. Aufl. 1884, S. 25ff., 294f.; *P. Zorn*, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl. 1895, S. 61ff.; siehe außerdem *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 786f., 791, 794ff. Eine gegenteilige Position vertrat – gestützt auf die Annahme eines staatenbündischen Charakters des Reiches – v.a. *M. von Seydel*, Der Bundesstaatsbegriff, ZGStW 28 (1872), S. 185ff.; *ders.*, Kommentar zur Reichsverfassung, 2. Aufl. 1897, S. 13ff. Eine dritte, vermittelnde Lehre ging für den Bundesstaat von einer zwischen Bund und Staaten geteilten Souveränität aus – vgl. dazu grundlegend *G. Waitz*, Grundzüge der Politik, 1862, S. 42ff., 162ff.; außerdem *R. von Mohl*, Encyclopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl. 1872, S. 367; *G. Meyer*, Staatsrechtliche Erörterungen über die Deutsche Reichsverfassung, 1872, S. 12ff., 74ff.; *J.C. Bluntschli*, Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl. 1886, S. 560ff.; *F. von Martitz*, Das Staatsrecht des deutschen Reichs von *P. Laband*. Eine Kritik, ZStW 32 (1876), S. 555. Als Überblick über den Meinungsstand vgl. die Darstellung von *A. Haenel*, Deutsches Staatsrecht Bd.I (Fn. 7), S. 201ff. sowie *H. Preuß*, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889, S. 33ff.

fenheit der Verfassung war nicht nur Schwäche, sondern sie war Stärke zugleich, denn sie hielt das Verfassungssystem offen für weitere Entwicklung. Sie versprach den Kämpfern für gesamtdeutsche Einheit wie für Verfassungsstaatlichkeit und Volkssouveränität einen Spielraum für verstärkte Integration und Unitarisierung sowie für den Ausbau parlamentarischer Mitwirkungsbefugnisse, ohne die einzelstaatlichen Souveräne, deren Zustimmung es für die Gründung des Bundesstaates bedurfte, durch allzu weitgehende offene Zugeständnisse an den national-liberalen Zeitgeist zu verprellen²⁵. Das System war entwicklungs offen angelegt, bedurfte der weiteren Ausfüllung in der Verfassungspraxis²⁶.

Gleichwohl sind wichtige Grundbausteine des deutschen Bundesstaatsmodells in dieser Kompromißverfassung von 1867 bzw. 1871 entscheidend geprägt worden. Dies gilt zum einen für den fundamentalen Ansatz der Kompetenzaufteilung, der prinzipiell zwischen Gesetzgebungskompetenzen einerseits und Verwaltungs- bzw. Vollzugskompetenzen andererseits trennt, zum anderen für das bis heute beibehaltene Bundesratssystem als einer direkten Mitwirkung der Landesregierungen an der Gesetzgebung des Bundes. Beides sind Konzepte, die eng miteinander zusammenhängen.

Die Aufspaltung und Trennung von Gesetzgebungskompetenzen einerseits, Vollzugs- bzw. Verwaltungskompetenzen andererseits war eine Konzeption, die zeitgenössischen Bundesstaatsystemen eher fremd war²⁷. Traditionelle Bundesstaatsverfassungen wie die der USA versuchten die Ebenen der Staatlichkeit in ihrem Tätigkeitsbereich möglichst strikt voneinander zu trennen²⁸, indem sie bestimmte sachlich definierte Politikbereiche den gedanklich zunächst als allzuständig gedachten Gliedstaaten entzogen und dem Bund als Kompetenz zuwiesen. Wenn in einem bestimmten Politikbereich kompetent, dann sollte der Bund diesen aber auch vollumfänglich betreuen dürfen, in Gesetzgebung wie in Regierung

²⁵ Siehe in diesem Zusammenhang v.a. die Äußerung des Abgeordneten *von Sybel* in der verfassungsberatenden Sitzung des Reichstages 1871, in der er als Aufgabe der Verfassungsgebung formulierte: „die Bildung einer lebensfähigen Centralgewalt für Deutschland, stark genug, um alle Culturaufgaben des modernen Staates wirksam und schöpferisch in die Hand zu nehmen, und doch so weit beschränkt, um den deutschen Fürsten und Particularstaaten nicht das Gefühl der vollständigen Unterwerfung und Mediatisierung zu geben, und doch so weit abhängig von der parlamentarischen Organisation, um das politische Gewissen der gesamten Nation nicht zu verletzen“ – zitiert nach *M. von Seydel*, Kommentar zur Reichsverfassung (Fn. 24), S. 121f.

²⁶ Vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 85ff.

²⁷ Dieser Unterschied zwischen der Bundesstaatskonstruktion des Deutschen Reiches und denen der klassischen Bundesstaaten USA und Schweiz wurde schon von den Zeitgenossen wahrgenommen, so z.B. besonders deutlich von *J.C. Bluntschli* in seiner Staatslehre – *J.C. Bluntschli*, Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl. 1886, S. 561f.; siehe außerdem *G. Anschütz*, Bismarck und die Reichsverfassung, 1899, S. 13ff.; *H. Triepel*, Die Reichsaufsicht, 1917, S. 71ff. sowie *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 64ff. Der zeitgenössischen Bundesstaatstheorie bereitete diese Abweichung vom vorausgesetzten „Idealtyp“ des Bundesstaates allerdings erhebliche Schwierigkeiten – siehe dazu den Literaturüberblick von *S. Brie*, Der Bundesstaat. Eine historisch-dogmatische Untersuchung, Erste Abtheilung: Geschichte der Lehre vom Bundesstaate, 1874, S. 155ff., insbes. S. 160–183.

²⁸ Siehe *J.C. Bluntschli* (Fn. 24), S. 561, außerdem *G. Anschütz* (Fn. 27), S. 13f.; *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 65; *H. Triepel* (Fn. 27), S. 73f., 78

und Verwaltung. Die Idee, die Gesetzgebung zu einer einzelnen Sachfrage dem Parlament des Bundes zuzuweisen, die exekutivische Durchführung der so in ihrem rechtlichen Rahmen vorbestimmten Politik dann aber den Verwaltungen der Länder zu überlassen, war dem vor allem von der Anschauung des amerikanischen Systems geprägten zeitgenössischen Bundesstaatsverständnis zunächst eher fremd. Für die deutsche Bundesverfassung von 1867 bzw. 1871 jedoch war gerade diese Aufspaltung staatlicher Befugnisse und Aufgaben kennzeichnend, mit gleichzeitiger Verkettung von Reich und Einzelstaaten über die partikularstaatliche Ausführung der Reichsgesetzgebung²⁹. Die Gründe dafür sind oben schon angedeutet: Bismarck, der die Grundlinien der Verfassung im Entwurfsstadium maßgeblich bestimmte, wollte den nationalliberalen Forderungen nach Parlamentarisierung und Integration über ein direkt gewähltes gesamtdeutsches Parlament formal weit entgegenkommen. Zugleich wollte er aber die Exekutive möglichst vollumfänglich gegen die Einwirkung und Kontrolle dieses neuen gesamtstaatlichen Parlamentes abschirmen³⁰. Diese Abschirmung nun ließ sich am besten dadurch erreichen, daß alle exekutivischen Funktionen Domäne der Gliedstaaten blieben, wo sie der Kontrolle des Reichstags entzogen waren, nur der – insoweit in der Regel deutlich weniger effektiven – Aufsicht der nach Zensuswahlrecht gewählten Parlamente der Gliedstaaten unterlagen³¹. Einen eigenen Verwaltungsapparat des Bundes durfte es dementsprechend im Prinzip nicht geben; soweit – wie im Bereich der Außenpolitik und des Militärs – Verfügung des neuen Gesamtstaates über eine vereinheitlichte Exekutive doch im Einzelfall nötig waren, schrieb man deren Leitung dem Bundesrat als der „staatenbündisch“ konstruierten Versammlung der Vertreter der Einzelstaatsregierungen zu, mit der die alten monarchischen Gewalten und ihre Bürokratien im Verfassungsgefüge repräsentiert waren³². Der preußische König und dessen Minister bzw. dessen

²⁹ Diesen vom traditionellen „Trennsystem“ abweichenden Charakter des Reiches als „Verbundsystem“ hat unter den Staatsrechtslehrern der Kaiserzeit besonders deutlich *G. Anschütz* herausgestellt – siehe *ders.*, *Bismarck und die Reichsverfassung*, 1899, S. 16ff., 37; vgl. außerdem *O. Mayer*, *Republikanischer und monarchischer Bundesstaat*, AöR 18 (1903), S. 337ff. sowie *P. Laband*, *Wandlungen der Reichsverfassung* (Fn. 1), S. 8f., außerdem *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 64ff.; *H. Triepel* (Fn. 27), S. 97ff.

³⁰ *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 45f.

³¹ Vgl. *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd. III (Fn. 7), S. 85ff.; *ders.*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. IV: *Struktur und Krisen des Kaiserreichs*, 2. Aufl. 1982, S. 368ff., 394f., 405ff., 414f., 416, 420, 431. Zum Ausnahmefall Mecklenburg, wo bis 1918 sogar nur eine altständische Vertretung, unter Dominanz der Ritterschaft, an der politischen Willensbildung beteiligt war, vgl. *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd. IV, S. 422ff.

³² Siehe dazu die Äußerung von *O. Hintze* in „Die Entstehung der modernen Staatsministerien“ (1908): Grund für das Fehlen eines kollegialen Staatsministeriums sei der bundesstaatliche Charakter des Reiches. „Die Politiker, welche verantwortliche Reichsministerien verlangen, pflegen zugleich auch an eine unitarische Umgestaltung der Verfassung zu denken.“ – abgedruckt in: *O. Hintze*, *Staat und Verfassung*, herausgeg. v. G. Oestreich, 3. Aufl. 1970, S. 275ff., 318. Siehe auch *M. von Seydel*, *Kommentar zur Reichsverfassung* (Fn. 24), S. 124ff.; vgl. außerdem *R. Mußgnug*, *Die rechtlichen und pragmatischen Beziehungen zwischen Regierung, Parlament und Verwaltung*, in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte* III, 1984, S. 109ff., 110.

Staatsapparat fungierten dann als quasi kommissarische Ausführungsorgane der in der Regel im Einvernehmen der einzelstaatlichen Regierungen getroffenen „bündischen“ Beschlüsse³³ – eine Konstruktion, die nicht nur die Souveränität der Einzelstaaten zu schonen schien, sondern die zugleich die preußische Hegemonie ebenso effizient sicherte wie sie sie nach außen verhüllte³⁴.

Die Trennung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen mußte unter der Prämisse dieser verfassungsrechtlichen Konstruktion die logische Konsequenz sein. Sollte das Parlament nicht zu einem rein symbolischen Organ degradiert werden, so war es – wenn schon nicht mit der Befugnis effektiver Kontrolle der Regierung – doch mit weitreichenden Gesetzgebungskompetenzen in den für die sich entwickelnde bürgerliche Gesellschaft so wichtigen Bereichen Zivil- und Zivilprozeßrecht, Straf- und Strafprozeßrecht sowie im Wirtschaftsrecht auszustatten³⁵. Der Reichstag machte von diesen Befugnissen in der Folge ausgreifenden Gebrauch, kam damit dem Bedürfnis der Zeit nach vereinheitlichender Kodifikation der wichtigsten Rechtsmaterien nach³⁶, und etablierte sich als Zentrum der öffentlichkeitswirksamen politischen Debatte³⁷.

Dieser Kompetenzausstattung des Reichstags sollte aber keine Verwaltungskompetenz des Bundes entsprechen, die nach einem ausgebauten Verwaltungsapparat des Bundes, und demfolgend nach einer – über die parlamentarische Ministerverantwortlichkeit u.U. wieder parlamentarisch rückgekoppelten – Bundesregierung verlangt hätte. Verwaltung sollte – soweit irgend möglich – Reservatbereich der Gliedstaaten bleiben, auch soweit die entsprechenden Sachmaterien

³³ Zur Praxis der Einmütigkeit der Entscheidungsfindung im Bundesrat, die durch Vorverhandlungen und gegebenenfalls Ausübung entsprechenden politischen Druckes durch Preußen gesichert wurde, vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 88.

³⁴ Siehe *H. Boldt* (Fn. 2), S. 125; *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 94; *T. Schieder* (Fn. 2), S. 7f.; allerdings hat *Heinrich Triepel* in seiner grundlegenden Monographie „Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche“ (1907) herausgearbeitet, daß die Konstruktion der Reichsverfassung insoweit durchaus ambivalente Wirkung hatte, die Einbindung des preußischen Staates in die Reichsorganisation nämlich gleichzeitig auch eine Tendenz zur Mediatisierung Preußens beinhaltete – ebda., S. 109.

³⁵ Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Reichstages vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 861ff. und *R. Mußgnug* (Fn. 32), S. 112ff., sowie aus der Perspektive der politischen Geschichte *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 51ff. und *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 102ff.; zum Katalog der Gesetzgebungskompetenzen des Art. 4 RV vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 909ff. sowie *R. Morsey*, Die öffentlichen Aufgaben und die Gliederung der Kompetenzen zwischen Norddeutschem Bund, Reich und Bundesstaaten (1867–1914), in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte III, 1984, S. 128ff.

³⁶ *T. Nipperdey* spricht davon, Rechtseinheit sei für die liberalen Bürger seit 1848 nicht nur ein notwendiges Stück der nationalen Integration, sondern von geradezu „symbolisch-metapolitischer Bedeutung“ gewesen – siehe *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 182; vgl. auch *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 779, 861; *ders.*, Verfassungsgeschichte Bd.IV (Fn. 31), S. 140f., sowie *R. Mußgnug* (Fn. 32), S. 113f. Siehe außerdem *H. Triepel*, Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche, 1907, S. 53ff. sowie die Zusammenstellung der bis 1897 erlassenen Reichsgesetze bei *M. von Seydel*, Kommentar zur Reichsverfassung (Fn. 24), S. 70–115.

³⁷ Vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 87.

durch Bundesgesetze reguliert waren³⁸. Die Einzelstaaten blieben organisatorisch Träger der Verwaltung, das Justiz- und Schulwesen eingeschlossen³⁹. Sie stellten das Verwaltungspersonal, regelten die Verwaltungsorganisation und steuerten die Verwaltungsabläufe, einschließlich der in jeder Verwaltung erforderlichen politischen Richtungsentscheidungen⁴⁰. Selbst dort, wo gemeinsames Handeln unabdingbar war, wie in der Außenpolitik⁴¹ und in der Verteidigung⁴², sollten die im Bundesrat vereinigten Regierungen und Verwaltungen der Einzelstaaten als Exekutive fungieren, mit dem preußischen König und dem Bundeskanzler als ausführenden Organen, und nicht eine verselbständigte Exekutive des Bundes mit von den Einzelstaaten und deren monarchischen Gewalten unabhängiger Legitimation entstehen.

Die Konstruktion des Bundesrates als einer Versammlung der Vertreter der einzelstaatlichen Exekutiven wird bei diesem Grundansatz plausibel⁴³. Eine echte zweite Kammer im Stile der amerikanischen Senatslösung, mit direkt gewählten Vertretern der Einzelstaaten bzw. Einzelstaatsbevölkerungen, hätte nicht nur die monarchischen Regierungen der Einzelstaaten auf der Bundesebene mediatisiert, sondern hätte auch im Inhaltlichen deutlich unitarisierende Wirkung gehabt⁴⁴. Nur von den auf Wahrung der einzelstaatlichen (Rest-)Souveränität bedachten Gliedstaatsregierungen war zu erwarten, daß sie allzu forscher Vereinheitlichung

³⁸ Vgl. dazu *R. Mußgnug*, Die Ausführung der Reichsgesetze durch die Länder und die Reichsaufsicht, in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte III, 1984, S. 186ff. Die Hauptgebiete des klassischen Verwaltungsrechts blieben allerdings in der alleinigen Gesetzgebungskompetenz der Einzelstaaten – vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 911.

³⁹ Dies hat schon deutlich *H. Triepel* als Grundzug der Reichsverfassung herausgearbeitet – siehe *H. Triepel* (Fn. 34), S. 17; vgl. aber auch *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 47; *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 112; *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 777, 964f., sowie im Detail *W. Frotscher*, Übersicht über die Verwaltungsorganisation in den Bundesstaaten, in: K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte III, 1984, S. 407ff.; *K.-E. Claussen*, Justizverwaltung 1867–1918, ebda., S. 452ff.; *L. Burchardt*, Kultur- und Bildungswesen, ebda., S. 466ff.

⁴⁰ Vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 964 sowie *R. Thoma*, Das Staatsrecht des Reiches, in: G. Anschütz / R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.I, 1930, S. 72f.

⁴¹ Zur auswärtigen Gewalt des Reichs vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 930ff.

⁴² Zur Wehrverfassung des Kaiserreichs vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 988ff.

⁴³ Zur politischen Stellung des Bundesrates im Verfassungsgefüge des Reiches vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 88ff.; vgl. außerdem *H.O. Meisner* (Fn. 11), S. 76ff., *R. Thoma* (Fn. 40), S. 72 und *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 57ff., sowie die grundlegenden Staatsrechtswerke der Zeit, z. B. *P. Laband* (Fn. 24), S. 230ff., und *R. von Mohl*, Das deutsche Reichsstaatsrecht, 1873, S. 228ff. Allerdings bereitete die Konstruktion des Bundesrates der am Vorbild der amerikanischen und Schweizer Verfassung orientierten Bundesstaatstheorie erhebliche Schwierigkeiten – siehe nur den dogmengeschichtlichen Überblick bei *S. Brie* (Fn. 27), S. 175ff. m.w.N.

⁴⁴ Zu den entsprechenden Vorschlägen und zum Widerstand Bismarck's gegen derartige Konzepte vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 89 sowie *L. Le Fur / P. Posener* (Fn. 7), S. 140ff. und *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 15ff., 21ff.

widerstehen würden⁴⁵. Nur die direkte Repräsentation der im Prinzip von den Monarchen eingesetzten Regierungen war auch geeignet, ein Gegengewicht zum Parlament – als der Verkörperung der Volkssouveränität – zu setzen, eine Ausprägung des gegenläufigen traditionellen Prinzips der monarchischen Souveränität in die Willensbildung des Bundes zu integrieren⁴⁶. Nur auf der Grundlage dieser Konstruktion ließ sich die für das Selbstverständnis der Bundesglieder so wichtige Fiktion vertreten, die Gliedstaaten – die „verbündeten Regierungen“ – seien die eigentlichen Träger der Souveränität, die mit dem Bundesrat die Exekutive des Reiches stellten⁴⁷, oder gar – in der für Bismarck so typischen verfassungsrechtlichen Auffangposition – das Reich sei im Kern ein von den Gliedstaaten geschaffener „Fürstenbund“, der im Ernstfall auch durch eine gegenteilige Entscheidung der Fürsten wieder zu „kündigen“ und aufzulösen sei⁴⁸.

Nur die direkte Vertretung der gliedstaatlichen Verwaltungen war schließlich geeignet, den durch die Trennung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen auftretenden Koordinationsbedarf zu befriedigen, die im Detail entscheidenden Landesverwaltungen zu einer wenigstens im Ansatz miteinander vereinbaren Politik zu verbinden⁴⁹. Echte Koordination der Details der Verwaltungspraxis über den Bundesrat – wie im System der Bundesrepublik – hat es im Kaiserreich zwar kaum gegeben. Die Kontrolle über die ordnungsgemäße Ausfüh-

⁴⁵ „Der Bundesrat blieb ein Bollwerk des Föderalismus, er verhinderte – nicht eigentlich in Konflikten, aber als Barriere und durch passiven Widerstand – eine überstarke und institutionelle Ausdehnung von Reichskompetenzen auf Kosten der Eigenstaatlichkeit der Bundesstaaten, Änderungen des Verfassungsgefüges durch Unitarisierung oder Borussifizierung des Reiches“ – *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 92; vgl. auch *R. von Mohl* (Fn. 44), S. 272ff.

⁴⁶ Besonders prägnant insoweit *H. Preuß*, Deutschlands Republikanische Reichsverfassung, 2. Aufl. 1923, S. 45: „Die sich so ergebende Stellung der verbündeten Regierungen, des Bundesrates, hemmte die Herausbildung einer wirklich selbständigen, auf eigenen Füßen stehenden Reichsregierung; aber sie bot eine treffliche Hülle für die Hegemonie Preußens, seiner Obrigkeitsregierung und der in Preußen sonst herrschenden Mächte. Und indem sie die Entwicklung zur selbständigen Reichsregierung hemmte, hemmte sie zugleich wirkungsvoll das Fortschreiten der einheitlichen Volksvertretung, des Reichstages zum Parlamentarismus.“

⁴⁷ Siehe dazu die Präambel der Verfassung von 1871, die – in Anlehnung an Art. 1 der Bundesakte von 1815 – erklärte, der preussische König als Vertreter des Norddeutschen Bundes und die süddeutschen Fürsten schloßen „einen ewigen Bund“; vgl. auch *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 778, 788, 849, sowie *A. Haenel*, Studien zum Deutschen Staatsrecht (Fn. 24), S. 92ff.; *M. von Seydel*, Kommentar zur Reichsverfassung (Fn. 24), S. 13ff., 124ff.; *G. Anschütz* (Fn. 27), S. 28ff.

⁴⁸ So zahlreiche öffentliche Erklärungen von *O. von Bismarck*, vgl. z.B. die Erklärung vor dem Bundesrat am 5. April 1884, abgedruckt in: *Hirth's Annalen* 1886, S. 350ff., oder die Reichstagsreden, die *O. Mayer* (Fn. 2), S. 364f., zitiert; zustimmend insoweit *M. von Seydel*, Kommentar zur Reichsverfassung (Fn. 24), S. 23, und *O. Mayer* (Fn. 29), S. 361ff. Vgl. zur politischen Funktion dieser These *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 50; *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 87f.; *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 788f. Die „Fürstenbund“-These wurde allerdings in der Mehrheit schon von den Staatsrechtlern der Kaiserzeit abgelehnt – siehe z.B. *A. Haenel*, Studien zum Deutschen Staatsrecht (Fn. 24), S. 31ff., 68ff.; *R. von Mohl*, Das deutsche Reichsstaatsrecht, 1873, S. 49ff.; *P. Laband* (Fn. 24), S. 60ff.

⁴⁹ Für diese Funktion des Bundesrates siehe *H. Triepel* (Fn. 34), S. 73ff.; vgl. auch *J. Hatschek*, Deutsches und Preussisches Staatsrecht Bd. I, 2. Aufl. 1930, S. 795ff.

rung der Reichsgesetze („abhängige Reichsaufsicht“) wie das Einschreiten gegen die Mißachtung sonstiger Reichspflichten („selbständige Reichsaufsicht“) und schließlich die Reichsexekution gegen einzelne Bundesglieder standen aber unter der unmittelbaren Aufsicht des Bundesrates⁵⁰. Damit kam ihm eine Art Letztentscheidungsfunktion in der Koordination der einzelstaatlichen Verwaltungen zu. Gleichzeitig sicherte die Vertretung der mit dem Gesetzesvollzug betrauten Gliedstaatsregierungen im Bundesrat, daß die im Gesetzesvollzug gewonnenen Erfahrungen direkt in den Gesetzgebungsprozeß einfließen konnten, denn der Bundesrat war nicht nur Steuerungsorgan der Bundesexekutive, sondern zugleich gleichberechtigtes Organ der Reichsgesetzgebung, mit eigenem Gesetzesinitiativrecht und einem Veto im Gesetzgebungsverfahren⁵¹. Da der Bundeskanzler kein eigenes Recht der Gesetzesinitiative hatte, gingen sogar alle Gesetzesvorschläge der Reichsleitung formell vom Bundesrat aus, über Vermittlung der Hegemonialmacht Preußen, deren Vertreter – an oberster Stelle der ja faktisch mit dem Reichskanzler personenidentische preußische Ministerpräsident – die Vorschläge auch der Reichsämtler in das Gesetzgebungsverfahren einspeisten⁵². Zwar entwickelte sich in der Verfassungspraxis später das Institut der „Präsidialvorlage“; deren Vereinbarkeit mit der Verfassung (bzw. das Erstarken dieser Praxis zu Verfassungsgewohnheitsrecht) blieb allerdings bis 1918 heftig umstritten⁵³.

Um es kurz zusammenzufassen: Die im Ergebnis retardierende Funktion der von Bismarck dem Deutschen Reich mitgegebenen Bundesstaatskonstruktion ist kaum zu leugnen. Zwar wurde dem Bedürfnis der bürgerlichen Gesellschaft nach einem relativ einheitlichen rechtlichen Rahmen Raum gegeben; der von bürgerlichen Politikern der Zeit als „telos“ der modernen Verfassungsentwicklung verstandene Prozeß der fortschreitenden Parlamentarisierung der Politik wurde durch dieses Arrangement aber auf längere Sicht aufgehalten bzw. eingegrenzt, wurde in seiner Sprengkraft für die etablierten Herrschaftsverhältnisse entschärft⁵⁴. Die Exekutive – Verwaltung, Diplomatie, Militär – waren der parlamentarischen Kontrolle dauerhaft entzogen, blieben eine Domäne der monarchischen Gewalten und des Adels und der von diesen dominierten Bürokratien. Die in der frühen liberalen Bewegung als selbstverständlich gesetzte Identität von nationaler Einheit und von Freiheit in der Gestalt parlamentarischer Regierungsform war aufgelöst, der Föderalismus war zum „Bollwerk des deutschen konstitutionellen,

⁵⁰ Art. 7 Abs. 1 Nr. 3, 19 RV. Siehe dazu *H. Triepel*, Die Reichsaufsicht, 1917, dort insbes. S. 102ff., 164ff., 411ff., 685ff.; *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 1022ff.; *R. Mußgnug* (Fn. 38), S. 199ff.

⁵¹ Die wechselseitige Abhängigkeit von „Trennsystem“ und Partizipation des Bundesrates an der Gesetzgebung hat besonders deutlich herausgearbeitet *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 65f.; zur Rolle des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren (Art. 7 RV) vgl. auch ausführlich *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 851, 857ff.

⁵² Siehe dazu *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 857f.

⁵³ Vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd. III (Fn. 7), S. 858f. m. w. N.

⁵⁴ Siehe in diesem Sinne z. B. *M. Stürmer*, Bismarcks Deutschland als Problem der Forschung, in: *M. Stürmer* (Hrsg.), Das kaiserliche Deutschland, 1970, S. 7, 15f., sowie *H. Boldt* (Fn. 2), S. 126ff.

also nichtparlamentarischen Systems“ geworden, „des monarchisch-bürokratischen Obrigkeitsstaates, der monarchischen Herrschaft über Parlament und Parteien“⁵⁵. Das Verhältnis der Oppositionsparteien des Kaiserreichs zum Bundesstaatsprinzip hat unter dem Eindruck dieser Erfahrungen eine folgenschwere Prägung erfahren. Linksliberale und Sozialdemokraten wurden zu eingefleischten Gegnern föderaler Modelle, empfand man doch – unter den Zuständen des Kaiserreiches nicht ganz ohne Berechtigung – den Bundesstaat als Vehikel konservativer Beharrung. Der Einheitsstaat französischer Prägung wurde zum hochstilisierten Gegenbild, zum Ideal des modernen Staatswesens⁵⁶. Einzig die katholische Oppositionspartei des Zentrum scherte aus dieser Linie aus, bot doch der Föderalismus in seiner anti-borussischen Zielrichtung – die man im Sinne einer Bewahrung katholischer Freiheitsräume in einzelnen Staaten nutzen konnte – dem Zentrum ein Instrument gegen die als drohend empfundenen Gefahren preußisch-protestantischer Hegemonie⁵⁷. Das Zentrum war „föderalistisch“ aus Opposition gegen das dominante preußische Element des neuen Staates, und es fand für diese Position in der katholischen Sozialphilosophie mit dem Subsidiaritätsprinzip schließlich auch eine einleuchtende theoretische Abstützung⁵⁸.

2.2. Fortentwicklung des Bundesstaates in der Verfassungspraxis

Die Verfassungsentwicklung der Jahrzehnte bis 1914 hat die beschriebenen Tendenzen eher verstärkt als abgemildert. Die in das System von Anfang an eingebaute faktische Hegemonialrolle Preußens⁵⁹ prägte bald unverkennbar das neue „Deutsche Reich“⁶⁰. Zwar bedeutete die in der Verfassungspraxis etablierte Ver-

⁵⁵ T. Nipperdey (Fn. 1), S. 93. Vgl. auch M. Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, 1918, S. 146: „Denn eine dynastisch-bureaucratische Pfründenversicherung, praktisch sich äußernd in einer Garantie weitgehender Kontrollfreiheit der Bureaucratie, war und ist das, was hinter dem Schlagwort vom „Schutz des Föderalismus“ in Deutschland stand und steht.“

⁵⁶ Siehe die glänzende Analyse der Rolle der politischen Parteien im Prozeß der Unitarisierung des Reiches und der gesellschaftlichen und ideologischen Hintergründe der unitarischen Orientierung von Nationalliberalen, Freisinnigen und Sozialdemokraten bei H. Triepel (Fn. 34), S. 90ff.

⁵⁷ So – gestützt auf seine umfangreichen Forschungen zum Parteiensystem des Kaiserreichs – T. Nipperdey (Fn. 1), S. 340ff.; siehe außerdem H. Triepel (Fn. 34), S. 99ff., insbes. 102f., ferner E. R. Huber, *Verfassungsgeschichte IV* (Fn. 31), S. 50ff.

⁵⁸ T. Nipperdey (Fn. 17), S. 85.

⁵⁹ Siehe dazu E. R. Huber, *Verfassungsgeschichte Bd. III* (Fn. 7), S. 798ff., sowie H. Triepel (Fn. 34), S. 111ff.; außerdem E. Kaufmann (Fn. 2), S. 85ff.; M. Weber (Fn. 55), S. 132ff.; G. Anschütz, *Das preußisch-deutsche Problem*, 1922, S. 3f.; ders., *Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, VVDStRL 1 (1924), S. 11, 14f.; K. Bilfinger, *Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, 1923, S. 110ff.; ders., *Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, VVDStRL 1 (1924), S. 35, 42f.; R. Thoma (Fn. 40), S. 74ff.; vgl. auch – als Stimmen der Gründungsperiode des Reiches – R. von Mohl, *Das deutsche Reichsstaatsrecht*, 1873, S. 107ff., oder O. Mejer (Fn. 24), S. 296.

⁶⁰ Für den traditionellen Versuch einer Legitimation und Überhöhung dieser Hegemonialkonstruktion siehe E. R. Huber, *Verfassungsgeschichte Bd. III* (Fn. 7), S. 780, 798f.

koppelung des Amtes des preußischen Ministerpräsidenten mit dem des Reichskanzlers⁶¹ auch eine Inpflichtnahme Preußens – vor allem des preußischen Staatsapparates – für die Belange des Reiches⁶²; Reichsbelange und preußische Belange wurden jedoch in dieser Personalunion tendenziell ununterscheidbar⁶³. Der preußische Hof, die preußischen Eliten, die preußische Verwaltung wurden gesellschaftlich und politisch tonangebend⁶⁴. Berlin war das Entscheidungszentrum, in dem die Fäden der Politik zusammenliefen. Der Bund fand seine symbolische Verkörperung in der Person des preußischen Königs – als Kaiser – und des preußischen Ministerpräsidenten – als Reichskanzler – und bediente sich zunächst weitgehend der preußischen Behörden in der Ausführung seiner Politik⁶⁵; in den Jahrzehnten nach 1871 gewannen dann allerdings die rasch aufgebauten Reichsämtler zusehends an Bedeutung und verdrängten allmählich die preußischen Behörden aus ihrer Stellung als kommissarische Organe der Bundespolitik⁶⁶.

Die dem Bundesrat ursprünglich nach der Konzeption der Verfassung zugeschriebene Rolle als Leiter der Exekutive und bestimmendes Organ der Gesetzgebung hat dieses Gremium in der Realität nie ausfüllen können⁶⁷. Dies hing schon mit der praktischen Besetzung des Gremiums zusammen. Eine Versammlung der Landesregierungen war er nie wirklich, noch nicht einmal eine Ministerrunde. Er war vielmehr ein Gremium instruktionsgebundener Bevollmächtigter – nur selten eines Landesministers, öfters spezifisch abgeordneter hoher Ministerialbeamter, meist aber der Berliner Gesandten der Bundesstaaten⁶⁸. Die eigentliche Detailarbeit wurde – zwecks Nutzung des Sachverständes der Bürokratien – an mit Fachbeamten besetzte Ausschüsse delegiert, die im Reichskanzleramt nichtöffentlich (und damit der politischen Öffentlichkeit entzogen) tag-

⁶¹ Vgl. dazu *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 95f.; *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 825ff.; *R. Thoma* (Fn. 40), S. 75f.

⁶² Vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 800ff. sowie *G. Anschütz*, Das preußisch-deutsche Problem, 1922, S. 4, außerdem *K. Bilfinger*, Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens, 1923, S. 113ff.

⁶³ Zu den daraus folgenden Problemen vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 96, 114f.; vgl. auch *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 50ff. sowie *M. Weber* (Fn. 55), S. 140ff., insbes. 145f.

⁶⁴ Siehe dazu *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 97f. sowie *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 97; vgl. außerdem *R. Thoma* (Fn. 40), S. 79f.

⁶⁵ Siehe *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 95, sowie *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 800f., 834.

⁶⁶ Vgl. dazu *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 112ff., 486ff.; *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 833ff.; *R. Morsey*, Die Erfüllung von Aufgaben des Norddeutschen Bundes und des Reiches durch Behörden des Bundes und des Reiches, in: *K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh* (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte III, 1984, S. 138, 147ff.; außerdem *P. Laband*, Wandlungen der Reichsverfassung (Fn. 1), S. 14ff. sowie *H. Triepel* (Fn. 34), S. 61f., 67ff., der die unitarische Wirkung dieser Änderungen der Behördenorganisation schon 1907 sehr deutlich herausgestellt hat.

⁶⁷ Siehe dazu *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 90; *H.O. Meisner* (Fn. 11), S. 76ff.; *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 852.

⁶⁸ Siehe *H.O. Meisner* (Fn. 11), S. 77; *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 90; *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Bd.III (Fn. 7), S. 852f., 856f.

ten⁶⁹. Der Bundesrat hatte keinen eigenen Apparat; Vorlagen kamen in der Regel aus den preußischen Ministerien und später dann zunehmend aus den Reichsämtern. Im Regelfall waren diese Vorlagen zwar mit den großen und mittleren Staaten abgestimmt, deren Belange als berührt angesehen wurden⁷⁰. Die Vertreter der kleinen Staaten waren jedoch nahezu immer uninformiert über die Vorlagen und hatten diese dann innerhalb kurzer Fristen durchzuberaten. Da sie instruktionsabhängig waren, konnten sie kaum Absprachen untereinander treffen, und waren auf bloßes Reagieren beschränkt. Mehr oder weniger zähneknirschend hatten sie zum Schluß in der Regel mit den Vertretern Preußens zu stimmen, um die von ihren Regierungen aus allgemeinpolitischen Motiven gewünschte Geschlossenheit der „verbündeten Regierungen“ zu wahren⁷¹. Die preußische Regierung und Bürokratie beherrschte so indirekt nahezu völlig das Verfahren des Bundesrates, mit der paradoxen Folge, daß über den faktischen Geschlossenheitszwang der Bundesrat eine zusehends unitarische Wirkung erlangte⁷². Dies gilt übrigens selbst für die Stellung der an sich leistungsfähigen Mittelstaaten. Aus der Sicht eines Betroffenen, des langjährigen württembergischen Diplomaten *Karl Bilfinger*, liest sich dies so: „Die Ressorts der Einzelstaaten hatten in steigendem Umfang ihren Gesamtministerien nicht mehr Entwürfe zu Landesgesetzen und -verordnungen, sondern zu Bundesratsinstruktionen vorzulegen und dabei sachlich neben den besonderen Landesinteressen das Wohl des Reiches zu wahren, taktisch neben den Strömungen im Lande und im Landtag auf die Verhältnisse im Bundesrat, bei der Reichsleitung und im Reichstag zu achten. Bisherige Regierungsarbeit im Lande verwandelte sich in die Betätigung von Einfluß außerhalb des Landes, auf den Reichswillen.“⁷³

Zudem ist das administrative Eigengewicht Preußens im Auge zu behalten. Deutschland war zwar als Bundesstaat verfaßt; mehr als zwei Drittel des deutschen Territoriums und der deutschen Bevölkerung waren aber Gebiet und Volk des einen dominanten Gliedstaates Preußen, verwaltet von einer auf Berlin ausgerichteten zentralistischen Verwaltung. Andere Bundesstaaten konnten allenfalls Inseln oder Reservate abweichender politischer Ansätze bilden. Tonangebend und für die Masse der Bevölkerung und Wirtschaft bestimmend blieb die von Preußen eingeschlagene Linie⁷⁴.

⁶⁹ *Heinrich Triepel* beschrieb den Bundesrat 1907 folgendermaßen: „Die zeitunglesende Welt wird in der Tat mit aufregenden Schaustellungen von dieser Seite her verschont. Der Bundesrat arbeitet in der Stille. Aber die Hauptsache ist, daß er arbeitet, und daß er meistens vortrefflich arbeitet. Es ist schon seit langem der Ehrgeiz der deutschen Staaten, ihre besten Verwaltungskräfte in den Bundesrat zu senden; auf diese Weise ist die hohe Körperschaft allmählich zu einer Elitetruppe des deutschen Beamtentums geworden.“ – *H. Triepel* (Fn. 34), S. 85.

⁷⁰ Solche Abklärungen der Bundesratsvorlagen wurden mit Bayern, Sachsen, Württemberg und seit 1890 auch Baden üblich – vgl. *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 91, aber auch *K. Bilfinger* (Fn. 62), S. 7, 13ff.

⁷¹ Vgl. insoweit *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 90f., außerdem *M. Weber* (Fn. 55), S. 133f., 148.

⁷² *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 94; siehe auch *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 35f.

⁷³ *K. Bilfinger* (Fn. 62), S. 3.

⁷⁴ *W. Schücking* schrieb 1913 – mit deutlich negativem Unterton – von „jenem eigentümlichen

Nur in einem Punkt trug das Reich bis zum Schluß Züge einer staatenbündischen Konstruktion – im Finanzwesen. Auch in diesem Bereich hatte das Bismarck'sche Mißtrauen gegen eine allzu weitgehende Parlamentarisierung zunächst einmal tiefe Spuren in der Verfassung hinterlassen. Verfügung des Reiches über eigene Steuern hätte potentiell Kontrolle des Reichstages über Finanzen und Steuern bedeutet. Beließ man die Steuergesetzgebung dagegen den Ländern, so gab es nur Mitsprache der – in der Regel nach Mehrklassenwahlrecht gewählten – Landtage. Als Herren über Einnahmen und Steuern hatte die Verfassung daher die Einzelstaaten bestimmt, die diese Rolle auch bis fast zum Ende des Kaiserreiches eifersüchtig hüteten. Auf direkte Steuern hatten sie de facto das Monopol, auch die indirekten Steuern fielen weitgehend in ihre Hoheit⁷⁵. Dem Bund waren – neben Einnahmen aus Vermögen und Eigenbetrieben – nur einige indirekte Steuern, nämlich bestimmte Verbrauchssteuern wie Salz-, Zucker-, Tabak-, Bier-, Branntwein- und Zündholzsteuern, sowie Verkehrssteuern wie etwa die Stempelabgaben auf Wertpapiertransaktionen und Lotterielose, außerdem noch die Zölle als Eigeneinnahmen zugewiesen⁷⁶. Diese Mittel reichten aber nicht zur Deckung des Finanzbedarfs aus, und es mußte auf die eigentlich nur als Übergangslösung bis zur Schaffung eines Systems eigener Reichssteuern gedachten Matrikularbeiträge der Länder zurückgegriffen werden⁷⁷. Alle Versuche, den Bund – durch Schaffung des in Art. 70 der Verfassung vorgesehenen Systems eigener Reichssteuern – finanziell auf eigene Füße zu stellen, scheiterten am Widerstand der Einzelstaaten⁷⁸. Bismarck gelang es zwar 1879, über die Schutzzollpolitik die Eigeneinnahmen des Reiches beträchtlich zu erhöhen; der zugleich eingegangene politische Kompromiß einer Rücküberweisung bestimmter überschießender Beiträge an die Länder (sogen. „Franckensteinsche Klausel“) schuf jedoch ein Verbundsystem, das letztlich die prinzipielle finanzpolitische Abhängigkeit des Reiches eher zementierte als milderte⁷⁹.

Gleichwohl stieg der Anteil des Reiches an den öffentlichen Einnahmen und Ausgaben immer weiter an – auf schließlich 35,3% der öffentlichen Gesamtaus-

Prozeß der „Verpreußung“, mit dem sich leider noch kein Historiker deutscher Kultur beschäftigt hat“ – *W. Schücking*, *Neue Ziele der staatlichen Entwicklung*, 2. Aufl. 1913, S. 14ff.

⁷⁵ Zur Finanzverfassung des Reichs vgl. *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd. III (Fn. 7), S. 945ff.; siehe außerdem *A. Haenel*, *Deutsches Staatsrecht* Bd. I (Fn. 7), S. 370ff. und *K.M. Hettlage*, *Die Finanzverwaltung (Steuern, Zölle)*, in: *K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh* (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte* III, 1984, S. 250ff.

⁷⁶ *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 169; *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd. III (Fn. 7), S. 947ff. Siehe außerdem *A. Haenel*, *Deutsches Staatsrecht* Bd. I (Fn. 7), S. 389ff.

⁷⁷ Zur Rolle der Matrikularbeiträge siehe *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd. III (Fn. 7), S. 950ff.; vgl. außerdem *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 169, 384 sowie *P. Laband*, *Wandlungen der Reichsverfassung* (Fn. 1), S. 25ff.

⁷⁸ *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 170ff., 400ff., 413f.; vgl. daneben auch *G.A. Craig* (Fn. 2), S. 96f., 248ff.; *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd. III (Fn. 7), S. 951ff.

⁷⁹ *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte* Bd. III (Fn. 7), S. 951f.; *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 170f., 401f. Zur verfassungsrechtlichen Problematik des mit der „Franckenstein'schen Klausel“ gewählten Weges vgl. *A. Haenel*, *Deutsches Staatsrecht* Bd. I (Fn. 7), S. 383; *P. Laband*, *Wandlungen der Reichsverfassung* (Fn. 1), S. 27ff.; *H. Triepel* (Fn. 34), S. 48f.

gaben im Jahre 1913 (bei einem Anteil der Länder von 31,8% und der Gemeinden von 32,9%)⁸⁰. In der Bedeutung der vom Reich wahrgenommenen Aufgaben – und demfolgend im politischen Gewicht des Reiches – gab es also durchaus eine Bewegung hin zu mehr Einheit und Zentralgewalt, mit entsprechenden Machtverlusten der Gliedstaaten und deren Bürokratien. Diesem Aufgabenzuwachs der Zentrale entsprachen nur nicht die von der Verfassung unmittelbar dem Reich zugewiesenen eigenen Ressourcen der Aufgabenerfüllung.

2.3. *Der Streit der Verfassungsrechtslehre um die juristische Konstruktion des Bundesstaates*

Was sich in der Folge bis zum Ende der Monarchie (und der Bismarck'schen Reichsverfassung) entwickelte, war eine zunehmend größer werdende Spannung zwischen Verfassungstext und Verfassungswirklichkeit. Während die Verfassungspraxis von einem Prozeß voranschreitender Unitarisierung geprägt war, zeigte die Verfassungsurkunde von 1871 einen stark föderalistischen, wenn nicht in Teilen sogar staatenbündischen Geist. Die Staatsrechtslehre tat sich – gerade angesichts ihrer dezidiert positivistischen Prägung – verständlicherweise schwer, diese Spannung aufzugreifen und in ihrer Dogmatik gedanklich zu verarbeiten.

Erschwerend hinzu kam insoweit der in der Verfassung strukturell angelegte Grundlagensstreit um die Quelle der Souveränität, um „Verfassungsstaat“ oder „Fürstenbund“, Souveränität des Reiches oder Souveränität der Staaten bzw. Monarchen. Je nach Perspektive (und politischer Präferenz) konnte man in die Reichsverfassung eine eher staatenbündische Konstruktion hineinlesen, oder umgekehrt in der Reichsverfassung die endgültige Mediatisierung der Einzelstaaten erblicken, durch die das Reich zum Staat – als dem alleinigen Träger der Souveränität – geworden sei⁸¹. In der Sprache der Zeit hat *Paul Laband* die Frage so formuliert: „Ist das Reich eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ist es ein Rechtsverhältnis unter den Deutschen Staaten, welche das Reich bilden oder sich zum Reich verbunden haben?“⁸² Aus der Verfassung selbst ließ sich die-

⁸⁰ *T. Nipperdey* (Fn. 1), S. 177f.

⁸¹ Wie sehr dieser Streit die Zeitgenossen bewegte, läßt sich an der knappen Skizze des Meinungsstandes durch *F. von Martitz* in seiner Rezension des Laband'schen Staatsrechts ersehen: „Es ist freilich eine gewichtige Frage und das Gewoge der Meinungen ist bunt. Der deutsche Jurist, der dieselben Revue passieren läßt: dort auf der äussersten Linken, in völkerrechtlichem Nebel verschwimmend, der gemüthvolle Staatsvertrag der deutschen Souveräne zu staatlicher Besorgung einiger gemeinsamer Angelegenheiten (Seydel); hier auf der äussersten Rechten, bayonettfunkelnd und sehr ungemüthlich, der preussisch-deutsche Einheitsstaat mit den seiner Krone in föderativer Form untergeordneten Nebenlanden (v. Treitschke): ruft sehnsüchtig un poco piu luce.“ – *F. von Martitz*, Das Staatsrecht des deutschen Reichs von P. Laband. Eine Kritik, ZStW 32 (1876), S. 555, 560f. Vgl. auch aus der Sicht der Wissenschaftsgeschichte *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, S. 365ff.

⁸² *P. Laband* (Fn. 24), S. 58.

se Frage nicht zwingend beantworten⁸³. Die unitarisch gesinnten Positivisten des Reichsstaatsrechts – wie *Paul Laband*, *Albert Haenel* oder *Philipp Zorn* – argumentierten, mit dem Inkrafttreten der Verfassung ende das ursprünglich vertragliche Verhältnis, das auf Gründung des Bundesstaates gerichtet gewesen sei, durch Erfüllung und es trete die staatsrechtliche Organisation an seine Stelle⁸⁴. Die denklogisch nur als einheitlich und unteilbar vorstellbare Souveränität könne aber in einem staatsrechtlichen Gefüge, d. h. in einem herrschaftlich, durch Über- und Unterordnungsverhältnisse strukturierten Gebilde, nur dem Oberstaat, also dem Bund zustehen⁸⁵.

Die betont partikularstaatlich-monarchisch orientierten Föderalisten unter den Staatsrechtlern verfochten dagegen umgekehrt die These vom Reich als einem nach wie vor staatenbündischen Zusammenschluß⁸⁶ – wohl sehend, daß die schnell herrschend werdende positivistische Schule des Reichsstaatsrechts deutlich unitarische Züge trug⁸⁷. Da die Gründung des Reiches in völkervertraglicher Form erfolgt sei und die einzelnen Staaten sich über die Bundesverträge die Fortdauer als Staaten gesichert hätten, könne es sich bei der bündischen Oberkonstruktion des Reiches nur um einen Staatenbund handeln, denn – so die auch von den Gegnern geteilte Prämisse – „trotz aller thatsächlich vorhandenen Uebergänge und Mittelbildungen ist niemals ein Staat ein Staatenbund und niemals ein Staatenbund ein Staat; es giebt kein politisches Gebilde, das beides zugleich ist, denn das Eine ist die Negation des Andern“⁸⁸. Seien die Mitglieder des Reiches aber weiterhin Staaten, so die Folgerung, dann könne das Reich kein wirklicher Staat mit eigener Souveränität sein, sondern nur ein Staatenbund⁸⁹.

Diese dogmatische Konstruktion, die vor allem mit der Person des bayerischen Verfassungsrechtlers *Max von Seydel* verknüpft ist, fand zwar keinen großen Anhang in der Staatsrechtslehre. Als akademische Mindermeinung, die zugleich die

⁸³ Selbst *Paul Laband* räumt dies, zumindest in der ersten Auflage seines „Staatsrechts des Deutschen Reiches“, noch ein – *P. Laband* (Fn. 24), S. 59.

⁸⁴ *P. Laband* (Fn. 24), S. 60; *A. Haenel*, Studien zum Deutschen Staatsrechte (Fn. 24), S. 68ff.; *ders.*, Deutsches Staatsrecht Bd. I (Fn. 7), S. 60; *P. Zorn* (Fn. 24), S. 61ff.; *H. Triepel* (Fn. 34), S. 24f.; *G. Grosch* (Fn. 7), S. 133f., 137ff.; vgl. außerdem mit gleicher Zielrichtung *G. Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, S. 171ff.

⁸⁵ *P. Laband* (Fn. 24), S. 73ff.; *A. Haenel*, Studien zum Deutschen Staatsrechte (Fn. 24), S. 56ff.; *ders.*, Deutsches Staatsrecht Bd. I (Fn. 7), S. 803ff., insbes. 806; *O. Mejer* (Fn. 24), S. 25ff.; *G. Jellinek* (Fn. 84), S. 171ff.; *P. Zorn* (Fn. 24), S. 61ff.; *ders.*, Die Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866, JöR Bd. I (1907), S. 47, 61.

⁸⁶ So vor allem *M. von Seydel*, Der Bundesstaatsbegriff, ZStW 28 (1872), S. 185ff.; *ders.*, Kommentar zur Reichsverfassung, 2. Aufl. 1897, S. 13ff., 123ff.; vgl. auch dessen Schüler *H. Rehm*, Allgemeine Staatslehre, 1899, S. 127ff., außerdem *O. Mayer* (Fn. 29), S. 361ff., insbes. S. 371 Fußn. 55.

⁸⁷ Siehe *M. von Seydel*, Kommentar zur Reichsverfassung (Fn. 86), S. 7: „Die neueren Bundesstaatstheorien tragen, (...) alle weniger oder mehr und manchmal sogar sehr bewußt, den Keim des Unitarismus in sich.“

⁸⁸ So *P. Laband* (Fn. 24), S. 56.

⁸⁹ Siehe in diesem Sinne vor allem *M. von Seydel*, Kommentar zur Reichsverfassung (Fn. 86), S. 6ff.

Position wichtiger Gliedstaatsregierungen widerspiegelte⁹⁰, blieb sie jedoch bis zum Umbruch 1918 präsent und prägte das Selbstverständnis der entschiedenen Föderalisten.

Was in der Debatte der Jahrzehnte nach 1871 dagegen völlig verschwand, war die in der altliberalen Staatsrechtslehre bis 1871 weithin herrschend gewesene⁹¹ Vorstellung, das Wesen des Bundesstaates bestehe gerade nicht in einer wie auch immer begründeten Absolutheit der Souveränität (sei es des Bundes oder der Glieder), sondern umgekehrt in der **Teilung** der Souveränität⁹². So hatte schon *Georg Waitz*, der als Begründer dieser Lehre galt, 1853 in seiner Schrift über „Das Wesen des Bundesstaates“ geschrieben: „Der Bundesstaat ist diejenige staatliche Bildung, wo ein Theil der staatlichen Aufgaben, des staatlichen Lebens gemeinsam ist, ein anderer den einzelnen Theilen als selbständigen Staaten zusteht. Es findet eine zwifache Organisation des Volkes zum Staate statt, theils in Gemammtheit, teils nach selbständigen Theilen.“⁹³ Und *Robert von Mohl* hatte noch

⁹⁰ „Bekanntlich hat Bayern, geführt von großen Juristen, stets die Auffassung vertreten, daß eine Souveränität für das Reich nicht anzuerkennen sei, sondern daß die Souveränität bei den Ländern liege.“ – *W. Jellinek*, Die Wandlungen in den Aufgaben und im Zuständigkeitsverhältnis von Reich und Ländern. Von der Reichsgründung bis zum Jahre 1919, in: B. Harms (Hrsg.), Recht und Staat im Neuen Deutschland, Bd.I, 1929, S. 127, 139. Vgl. außerdem die Literaturübersicht von *P. Zorn*, Die Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866, JÖR Bd.I (1907), S. 47, 61f.

⁹¹ Noch 1876 schreibt *P. Laband* (Fn. 24), S. 73, von der „von Waitz aufgestellten Begriffsbestimmung, die bis in die neueste Zeit die fast ausschließliche und unbestrittene Herrschaft behauptete“; vgl. auch *H. Preuß*, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889, der seine Untersuchung mit einem Zitat von Waitz beginnt, „dessen Theorie von der getheilten Souveränität lange Jahre unsere Wissenschaft beherrschte“ (S. 1).

⁹² Als Begründer dieser Lehre gilt v.a. *G. Waitz*, der dabei sehr stark von *A. de Tocquevilles* „De la démocratie en Amérique“ inspiriert war – siehe nur *G. Waitz*, Grundzüge der Politik, 1862, S. 162ff.; daneben *H.A. Zachariä* – siehe *ders.*, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Erster Theil, 2. Aufl. 1853, § 27 (S. 93ff.). Als weiterer wichtiger Vertreter dieses Ansatzes sticht insbes. *R. von Mohl* hervor – siehe *ders.*, Encyclopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl. 1872, S. 367; *ders.*, Das deutsche Reichsstaatsrecht, 1873, S. 29ff., 50f. Vgl. außerdem *C.F. von Gerber*, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. 1869, S. 238ff.; *J.B. Westerkamp*, Über die Reichsverfassung, 1873, S. 40; *J.C. Bluntschli*, Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl. 1886, S. 560ff.; *F. von Martitz* (Fn. 24), S. 555; *S. Brie*, Zur Lehre von den Staatenverbindungen, Grünhut's Zeitschrift 11 (1884), S. 85, 154; *C. Bornhak*, Die vertragsmäßigen Grundlagen der Reichsverfassung, AöR 7 (1890), S. 329, 345ff.; *R. Mode*, Doppelsouveränität im deutschen Reiche, 1900, S. 38ff., 71ff.; *J. Hausmann*, Das Deutsche Reich als Bundesstaat, AöR 33 (1915), S. 82ff. Zur dogmatischen Entwicklung dieser Theorie siehe ausführlich die dogmengeschichtliche Untersuchung von *S. Brie* (Fn. 27), S. 92ff. sowie *H. Preuß* (Fn. 91), S. 20ff. Zur nach 1871 dominanten Polemik gegen diese Auffassung, die sich vor allem auf das begriffliche Argument der logischen Unteilbarkeit der Souveränität bezog, vgl. *P. Laband* (Fn. 24), S. 73ff.; *M. von Seydel*, Kommentar zur Reichsverfassung (Fn. 86), S. 4, 6ff.; *A. Haenel*, Studien zum Deutschen Staatsrechte (Fn. 24), S. 56ff.; *ders.*, Deutsches Staatsrecht Bd.I (Fn. 7), S. 798ff., insbes. S. 802; *O. Mejer* (Fn. 24), S. 25ff.; *G. Jellinek* (Fn. 84), S. 171ff.; *P. Zorn* (Fn. 24), S. 61ff.; *H. Triepel* (Fn. 34), S. 71ff.

⁹³ Hier zitiert nach der leicht überarbeiteten späteren Fassung in *G. Waitz*, Grundzüge der Politik, 1862, S. 43. Vgl. zu Waitz und dessen Bundesstaatslehre auch *M. Stolleis* (Fn. 81), S. 365f., sowie *E. Deuerlein*, Föderalismus, 1972, S. 89ff. und *M. Dreyer*, Föderalismus als ordnungspoli-

1873 in seinem Werk zum neuen Reichsstaatsrecht geschrieben: „Allerdings hören die Gliederstaaten nicht auf, abgesondert zu bestehen, ihre eigene Verfassung und Verwaltung zu haben, einen bestimmten Theil der Zwecke eines Staates selbstständig und mit eigenen Mitteln und nach eigenen Bestimmungen zu verfolgen; allein ein, durch die Zuständigkeit der Bundesgewalt bestimmter Theil der Souveränität geht für sie verloren und an die Bundesorgane über.“⁹⁴ Die rasch vordringende positivistische Schule, die auf Systematik, logische Konsequenz und strenge Begrifflichkeit abstellte, und die sehr deutlich politische Färbung der altliberalen Schule als „unjuristisch“ ablehnte⁹⁵, hielt der alten Bundesstaatslehre vor, sie verforme den so wichtigen Souveränitätsbegriff bis zur vollkommenen Unkenntlichkeit, lasse ihn zur Chimäre werden⁹⁶. Bei richtigem Verständnis des Begriffes der Souveränität – als „die oberste, höchste, nur sich selbst bestimmende Macht“ – schließe dieser Begriff „das Merkmal der Unbeschränktheit logisch ein und folglich auch das Merkmal der Unteilbarkeit“⁹⁷. Oder – in der Zuspitzung auf die Frage der Kompetenz-Kompetenz: „In der Rechtsmacht des Staates über seine Kompetenz liegt die oberste Bedingung der Selbstgenugsamkeit, der Kernpunkt seiner Souveränität“⁹⁸. Eine solche Souveränität aber konnte nur einem staatlichen Subjekt zustehen, dem Reich eben nach der Vorstellung der Mehrheit der Verfassungsrechtler⁹⁹. In der – wenn auch symptomatischen – Überspitzung der Souveränitätsdoktrin bei *J. von Held* liest sich das dann so: „Alle sog. Staatenverbindungen sind in der That Etappen auf dem Einigungs- oder Enteinigungswege der Völker, also Uebergangstationen, die sich eben deshalb den genauen

tisches und normatives Prinzip. Das föderative Denken der Deutschen im 19. Jahrhundert, 1987, S. 204ff.

⁹⁴ *R. von Mohl* (Fn. 43), S. 29f.

⁹⁵ Zu der mit dem Siegeszug des Laband'schen Reichsstaatsrechts verbundenen Tendenz, Erwägungen der Politik aus der Staatsrechtswissenschaft zu verdrängen, vgl. etwa *F. von Martitz* in seiner Rezension zu *P. Labands Staatsrecht des deutschen Reiches 1876*: „Es handelt sich darin um Jurisprudenz. Also vor Allem nicht um politisches Raisonement. ‚Für das Staatsrecht‘, so sagt er, ‚ist zur Zeit nichts dringender nöthig, als die Erkenntniss, dass sich eine juristische Deduktion nicht ersetzen lässt durch historisch-politische, ethische und sociale Betrachtungen.‘ Man könnte den Satz als Motto auf das Buch schreiben.“ – *F. von Martitz* (Fn. 81), S. 556. Siehe auch die berühmte Kritik durch *O. von Gierke*, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, *Schmollers Jahrbuch* 7 (1883), S. 1097, 1100ff., sowie die Labands Leistung herauskehrende Darstellung von *P. Zorn*, *Die Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866*, *JöR Bd.I* (1907), S. 47, 64ff. Zum damit verbundenen Paradigmenwechsel der Wissenschaft vom öffentlichen Recht allgemein vgl. *M. Stolleis*, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866–1914*, in: *K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh* (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte III*, (1984), S. 85ff. sowie *W. Pauly*, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993, S. 10ff., 168ff., 186ff.

⁹⁶ So in besonderer Schärfe *P. Laband* (Fn. 24), S. 73ff.

⁹⁷ So die Kritik von *P. Laband* (Fn. 24), S. 73; vgl. im gleichen Sinne auch *M. von Seydel*, *Kommentar zur Reichsverfassung* (Fn. 86), S. 3.

⁹⁸ *A. Haenel*, *Studien zum Deutschen Staatsrechte* (Fn. 24), S. 149.

⁹⁹ Als – wenn auch einsame – Kritik an dieser Position in der Rechtswissenschaft der Jahrhundertwende siehe *R. Mode*, *Doppelsouveränität im deutschen Reiche*, 1900, insbes. S. 38ff., 71ff.

staatsrechtlichen Bestimmungen entziehen müssen.¹⁰⁰ Das natürliche Ergebnis dieses Entwicklungsganges werde das völlige Aufgehen der Einzelstaaten im Reich sein. Dem Reich „als einem staatsrechtlichen Wesen“ gegenüber könnten die deutschen Partikularstaaten dementsprechend nur noch als „selfgovernmentale, territoriale Unterabtheilungen“ aufgefaßt werden¹⁰¹.

Die deutsche Staatsrechtswissenschaft hatte sich – wie es ein Außenseiter der Staatsrechtslehre der Kaiserzeit, nämlich *Hugo Preuß*, formulierte – „im Gespinnst des Souveränitätsbegriffs“ verfangen „wie die Fliege im Gewebe der Spinne“¹⁰². Begünstigt wurde der Siegeszug einer solch rigiden Souveränitätsvorstellung und einer darauf gestützten unitarischen Bundesstaatstheorie dabei sicherlich durch die eigenwillige Ausformung der deutschen Bundesstaatsverfassung. In einer weitgehend auf Verzahnung von zentraler Gesetzgebung und einzelstaatlicher Verwaltung ausgerichteten Aufgabenteilung verlor die ältere Vorstellung von einer echten Teilung der Souveränität an Überzeugungskraft. Hatte diese Konzeption vor dem Hintergrund der klassischen Bundesstaatskonstruktionen – Vereinigte Staaten, Schweiz – noch einiges an Plausibilität für sich beanspruchen können, so wies die Hegemonialkonstruktion des deutschen Bundesstaates von 1867/1871 bereits deutliche Züge eines integrierten Systems mit einer Hierarchie von Reich und Ländern auf. Als das Wesen des Bundesstaates erschien in der Folge dem deutschen Staatsrecht – halb von der Anschauung der neuen Verfassungskonstruktion geprägt, halb aber auch von dem Wunsch nach möglichst weitgehender Einheit diktiert – die prinzipielle Unterordnung der Gliedstaaten unter den Bund¹⁰³, oder – noch zugespitzter: „Grade das ist wesentlich für den Begriff des Staatenstaats oder zusammengesetzten Staates und folglich auch für den Bundesstaat, der nur eine Art desselben ist, daß sich die Centralgewalt zum Zweck der Erreichung der staatlichen Aufgaben der Gliedstaaten bedient.“¹⁰⁴ Die Besonderheiten des Bismarck'schen Bundesstaatsmodells waren damit unversehens zum Wesensmerkmal des abstrakt-staatsrechtlich formulierten Idealtypus des Bundesstaates als solchen mutiert – zumindest in den Augen deutscher Autoren¹⁰⁵. Die Konzentration des staatsrechtlichen Positivismus auf den Text der Verfassung und die daraus zu gewinnenden logischen Deduktionen, in Abkehr von der eher staatsrechtlich-rechtsvergleichenden Perspektive der älteren liberalen Staatsrechtslehre, hat die darin steckende Blickverengung ohne Zweifel deutlich

¹⁰⁰ *J. von Held*, Die Verfassung des deutschen Reichs vom staatsrechtlichen Standpunkte betrachtet. Ein Beitrag zu deren Kritik, 1872, S. 29.

¹⁰¹ Ebda., S. 143.

¹⁰² *H. Preuß*, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889, Vorbemerkung S.VI.

¹⁰³ Siehe *P. Laband* (Fn. 24), S. 76ff., 94ff.

¹⁰⁴ *P. Laband* (Fn. 24), S. 78.

¹⁰⁵ Siehe die kritische Auseinandersetzung mit dem Laband'schen Staatsrecht durch *O. von Gierke*. Gierke warf Laband vor, in seiner Konstruktion des Bundesstaates Besonderheiten des Reiches zu „dem Bundesstaate überhaupt eignenden Erscheinungen“ zu erklären – siehe *O. von Gierke* (Fn. 95), S. 1161; siehe außerdem im gleichen Sinne *S. Brie*, Zur Lehre von den Staatenverbindungen, Grünhut's Zeitschrift 11 (1884), S. 85, 154f.

gefördert¹⁰⁶. Aber auch die durchgängig nationalliberale bis nationalkonservative Prägung der neuen Generation von Staatsrechtlern mit ihrer – unter politischem Blickwinkel – klar unitarischen Ausrichtung auf einen möglichst durchsetzungsfähigen deutschen Machtstaat wird nicht wenig zu dieser Veränderung der staats-theoretischen Prämissen beigetragen haben¹⁰⁷.

Was allerdings der dominanten positivistischen Schule des Reichsverfassungsrechts schwerfiel, war die gedankliche Verarbeitung und Erklärung der Residuen staatenbündischer Konstruktion in der Verfassung und der Verfassungspraxis, vor allem aber im Selbstverständnis der das Reich tragenden Monarchien. In den unitarischen Kategorien der hierarchischen Einordnung der Einzelstaaten in ein von der Souveränität des Reiches geprägtes Gesamtsystem waren diese Überbleibsel der alten monarchischen Souveränitäten und der Gleichberechtigung der „verbündeten Regierungen“ nicht vermittelbar. Die feinfühligsten Köpfe unter den deutschen Staatsrechtlern nahmen diese Spannung im übrigen sehr deutlich wahr. *Otto von Gierke* hatte schon 1883 in seiner berühmten Auseinandersetzung mit dem Laband'schen Staatsrecht der gängigen Lehre vorgeworfen, sie müsse „entweder dem Deutschen Reiche oder den deutschen Einzelstaaten die staatliche Qualität rauben“. Er bestreite aber „der Jurisprudenz das Recht, in solcher Weise die Geschichte zu verkehren, die Verfassung umzudenken und das Rechtsbewußtsein der Nation zu ignorieren“¹⁰⁸. Und *Otto Mayer* mokierte sich 1903, die deutsche Staatsrechtswissenschaft habe die Bismarck'sche Verfassungskonstruktion nie wirklich akzeptiert. Sie glaube immer noch, seine (des Fürsten Bismarck) „unzulänglichen juristischen Anschauungen verbessern zu müssen, indem sie noch irgend eine centrale Konstruktion hinzufügt, sei es etwas wie einen wirklichen Reichssouverän, sei es eine ohne erkennbaren Träger frei in der Luft schwebende Reichsstaatsgewalt“¹⁰⁹. Bei „aller sonstigen Zerfahrenheit der Theorie“ sei es „geradezu die Losung und die Hauptaufgabe geworden für jeden, der sich mit diesen Dingen beschäftigt, wie er das Reich von seiner Vertragsgrundlage an irgend einem Punkte, früher oder später, loskonstruiert“¹¹⁰. Dabei sei nur in der Gestalt „vertragsmäßiger Einigung der Souveräne ein monarchischer Bundesstaat

¹⁰⁶ Schon *F. von Martitz* warf in einer Rezension 1876 dem Laband'schen Staatsrecht vor: „...so fürchte ich doch, dass solche Behauptungen ohne genügende Kenntniss ausländischer föderaler Rechtszustände gewagt werden; ich fürchte, dass Vf. sich damit auf ein Gebiet begiebt, auf dem er nicht zu Hause ist. Jeder Nordamerikaner wird ihm die Unrichtigkeit solcher Thesen aus und an seiner eigenen Person deduciren können.“ – *F. von Martitz* (Fn. 81), S. 569. Allgemein zum Paradigmenwechsel der Staatsrechtswissenschaft nach 1866 vgl. neuerdings *W. Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, insbes. S. 168ff., 209ff. sowie *M. Stolleis* (Fn. 81), S. 330ff., 343ff., außerdem die klassischen Schriften von *G. Jellinek*, Der Kampf des alten mit dem neuen Recht, 1907, in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Bd. I, 1911, S. 392, 422f. und *P. Zorn*, Die Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866, JÖR Bd. I (1907), S. 47, 52ff., 60ff.

¹⁰⁷ Vgl. *M. Stolleis* (Fn. 81), S. 345, sowie *M. Friedrich*, Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit, AÖR 111 (1986), S. 197, 200.

¹⁰⁸ *O. von Gierke* (Fn. 95), S. 1159f.

¹⁰⁹ *O. Mayer* (Fn. 29), S. 366.

¹¹⁰ *O. Mayer* (Fn. 29), S. 371.

möglich; der einheitliche Souverän, der für republikanische Verhältnisse selbstverständlich ist und der sich dort auch mit dem Bundesstaate verträgt, führt hier zum Einheitsstaat“¹¹¹. Oberstes Lebensprinzip des monarchischen Bundesstaates sei vielmehr die Vertragstreue der Bundesgenossen, oder – wie Bismarck es ausgedrückt habe: „Das Reich hat die feste Basis in der Bundestreue der Fürsten.“¹¹²

Die nach der Jahrhundertwende einsetzende kritische Auseinandersetzung der jüngeren Generation von Staatsrechtlern mit der positivistischen „Erstarrung“ der Staatsrechtslehre¹¹³ knüpfte an diesem eher politisch gedachten Konzept der „Bundestreue“ an. Aufbauen konnte sie dabei auf wichtige Arbeiten von *Paul Laband*, *Conrad Bornhak* und *Heinrich Triepel*, in denen schon seit längerem der dynamische Charakter der Reichsverfassung betont worden war, der trotz der betont föderalistischen Grundkonstruktion der Reichsverfassung zu einer immer weiter voranschreitenden Unitarisierung geführt habe¹¹⁴. Während die Reichsverfassung der weiteren Entwicklung des föderativ-staatenbündischen Elements der Verfassung „schier unübersteigliche Hindernisse“ entgegensetzte, habe sie der „Verstärkung des unitarischen Prinzips verhältnismäßig geringe“ Widerstände in den Weg gelegt, sodaß die unitarischen Elemente der Verfassung – wie in der Praxis geschehen – „durch Majoritätsbeschlüsse der gesetzgebenden Organe fort und fort erweitert und vertieft werden können“¹¹⁵. In diesem Prozeß der Unitarisierung sah die Mehrheit der Staatsrechtslehre eine tiefe geschichtliche Notwendigkeit, der geradezu eine eigene normative Wirkung zugeschrieben wurde. In den Worten von *Heinrich Triepel*: „In der Lage, in der wir uns befinden, ist es weder angebracht, noch auch nur möglich, kostbare Kräfte in der dutzendenfachen Vielfältigung von Arbeiten zu zersplittern, die, in **eine** Richtung gebracht, die Leistungsfähigkeit der Gesamtheit verdoppeln können. Für den Kampf um den „Platz an der Sonne“, in den wir eingetreten sind, braucht es nicht bloß Soldaten, Kanonen und Schiffe, sondern der Anspannung **aller** ökonomischen und geistigen Fähigkeiten unter **einheitlicher Leitung**. Nicht Arbeitsteilung, sondern Arbeitsvereinigung tut uns bitter not. Eine Verzettelung staatlicher Verwaltungstätigkeit um partikularistischer Velleitäten willen ist ein Luxus, den wir uns heute nicht mehr gestatten können.“¹¹⁶

Der Bismarck'sche Ansatz der „Bundestreue“ hatte nun allerdings eigentlich genau die gegenteilige Zielrichtung gehabt. Die im Bund vereinten Fürsten sollten vor allzu weitgehender Unitarisierung bewahrt werden, denn in der Stabilität der

¹¹¹ O. Mayer (Fn. 29), S. 365.

¹¹² O. Mayer (Fn. 29), S. 370.

¹¹³ Siehe zu dieser Bewegung die programmatische Schrift von *W. Schücking*, *Neue Ziele der staatlichen Entwicklung*, 2. und 3. Aufl. 1913, dort insbes. § 1: Staatsrecht und Politik (S. 7–12). Vgl. außerdem *S. Koriath*, *Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich*, AöR 117 (1992), S. 212ff., sowie *M. Stolleis* (Fn. 94), S. 105f.

¹¹⁴ *P. Laband*, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895*; *ders.*, JöR 1 (1907), S. 1ff.; *C. Bornhak*, *Wandlungen der Reichsverfassung*, AöR 26 (1910), S. 373ff.; *H. Triepel*, *Unitarismus und Föderalismus in der Reichsverfassung, 1907*, dort insbes. S. 38ff.

¹¹⁵ *H. Triepel* (Fn. 114), S. 38.

¹¹⁶ *H. Triepel* (Fn. 114), S. 79f. (Hervorhebungen im Original).

monarchischen Ordnungen der Teilstaaten lag das eigentliche Widerstandspotential der von Bismarck entworfenen Verfassungsordnung gegenüber dem Prozeß einer fortschreitenden Parlamentarisierung des Reiches, dem Bismarck hatte einen Riegel vorschieben wollen¹¹⁷. Dies herausgearbeitet zu haben, ist das große Verdienst von *Rudolf Smend*¹¹⁸. Als einer der prononciertesten Kritiker der etablierten „juristisch-formalen“ Schule der Staatsrechtswissenschaft stellte er sich insoweit in seiner 1916 erschienenen Schrift über „Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat“¹¹⁹ ganz bewußt auf den Boden der monarchisch-föderalistischen Prägung der Verfassung. Dem – vor allem bei *Triepel* und *Bornhak* – mit deutlich unitarischer Zwecksetzung unternommenen¹²⁰ Versuch, die Entwicklungen der Verfassungspraxis in den Formen des Verfassungsgewohnheitsrechts dogmatisch einzufangen, gab er eine neue Richtung, indem er vorrangig an die Bismarck'sche Figur der „Bundestreue“ anknüpfte. Das „Treueverhältnis“ der Verbündeten untereinander sei eine bisher weitgehend verkannte verfassungsgewohnheitsrechtliche Grundlage des Reichsstaatsrechts, die gleichberechtigt neben die im Verfassungstext ausgeprägte Überordnung des Reiches über die Staaten zu stellen sei¹²¹. „Reich und Einzelstaaten stehen nicht nur in dem Verhältnis der Ueber- und Unterordnung, das die staatsrechtliche Auslegung aus der Reichsverfassung zunächst als ihren Hauptinhalt entnehmen muß, sondern zugleich in dem Verhältnis des Bundes zu den Verbündeten: d.h. jeder der Verbündeten schuldet den anderen und dem Ganzen die Bundes-, die „Vertrags“-Treue und hat in diesem Sinne seine reichsverfassungsmäßigen Pflichten zu erfüllen und seine entsprechenden Rechte wahrzunehmen.“¹²² Als Begründung diene – wie so oft im Reichsstaatsrecht – eine Analogie zum Zivilrecht: „Wie neben den sonstigen Vorschriften über den Inhalt der einzelnen Schuldverhältnisse für den Geist ihrer Erfüllung der Grundsatz von Treu und Glauben rechtlich maßgebend ist, so für den Inhalt der Vorschriften der Reichsverfassung, soweit die Einzelstaaten irgendwie beteiligt sind, der Grundsatz der Vertragstreue und der bundesfreundlichen Gesinnung.“¹²³ Die Seydel'sche Überspitzung der Umdeutung des Bundesstaates in einen Staatenbund konnte so vermieden werden, ohne die vertraglichen Grundlagen des Bundesverhältnisses völlig hinter der Subordinationsordnung der geschriebenen Verfassung verschwinden zu lassen. Der latent vorhandene staatenbündische Zug der Verfassung sollte – so die Intention von *Smend* – wieder stärker in das Bewußtsein gerückt werden¹²⁴, unter gleichzeitiger Wahrung des staatsrechtlichen Integrationsmechanismus der bundesstaatlichen

¹¹⁷ Siehe insoweit auch *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 21ff.

¹¹⁸ Zu *Smend*'s Versuch einer Neuorientierung des Bundesstaatsrechts siehe *S. Koriath*, *Integration und Bundesstaat*, 1990, S. 18ff., S. 32ff.

¹¹⁹ Veröffentlicht in: *Festgabe für Otto Mayer*, 1916, S. 247ff.

¹²⁰ Siehe v.a. *C. Bornhak* (Fn. 114), S. 374f., 381, 385f., 392 sowie *H. Triepel*, *Die Reichsaufsicht*, 1917, S. 444ff., 451; vgl. dazu auch *S. Koriath* (Fn. 118), S. 31.

¹²¹ *R. Smend* (Fn. 119), S. 258ff.; siehe auch im gleichen Sinne *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 31.

¹²² *R. Smend* (Fn. 119), S. 260/61.

¹²³ *Ebda.*, S. 261.

¹²⁴ Mit gleicher Zielrichtung vgl. auch *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 98.

Ordnung. Das von Bismarck in den politischen Sprachgebrauch eingeführte Konzept der „Bundestreue“ wurde – im Sinne einer Bewahrung der monarchisch-bündischen Prägung des Gesamtsystems¹²⁵ – von *Smend* im Ergebnis unversehens zum zentralen Rechtsbegriff erhoben, der die Lücken der geschriebenen Verfassung ausfüllen sollte.

Als Versuch einer Rückbesinnung auf den (auch) staatenbündisch-monarchischen Charakter der Reichsverfassung¹²⁶ kam der *Smend*'sche Vorstoß zu spät. Der Zusammenbruch der monarchischen Ordnung zwei Jahre später entzog allen Bemühungen um eine föderalistische Renaissance den Boden. Doch die staatsrechtliche Kategorienbildung, die *Smend* mit der Umformung des Bismarck'schen „Bundestreue“-Topos in einen Rechtsbegriff unternommen hatte, sollte sich als äußerst folgenreich erweisen, wenn auch auf dem Boden einer völlig anderen Staatsordnung und mit wieder deutlich verschobener Zielsetzung.

¹²⁵ Zur traditional-monarchischen Zielrichtung der Schrift *Smend*'s vgl. *S. Koriob* (Fn. 113), S. 222f. sowie *ders.*, *Integration und Bundesstaat*, 1990, S. 62ff., 79ff.

¹²⁶ *Erich Kaufmann*, der insoweit der Auffassung von *Smend* folgte, schrieb von den „vertragsmäßigen Elementen“ in der Reichsverfassung – *E. Kaufmann* (Fn. 2), S. 39. Als verfassungspolitische Kritik an den dahinterstehenden politischen Vorstellungen siehe vor allem *M. Weber* (Fn. 55), S. 146ff.

3. Kapitel:

Die Weimarer Republik und die Zerstörung des Bundesstaates

3.1. Krieg und Revolution

Der Krieg erwies sich – wie so oft – als der Agent des Wandels. Im Falle der deutschen Reichsverfassung wirkte er als der große Gleichmacher und Vereinheitlicher¹. Hatten die Einzelstaaten bis dahin eifersüchtig über ihre Kompetenzen gewacht, vor allem im Bereich der Exekutive, so brachte die Kriegswirtschaft der Jahre 1914–18 einen enormen Zentralisierungsschub. Das Ermächtigungsgesetz vom 4. August 1914² lieferte den Ansatz einer „kommissarischen Diktatur“ der Zentralbehörden³. Zwar delegierte der Reichstag damit formal nur – in Gestalt einer Notstandsbefugnis – die Rechtsetzungskompetenz allein auf den Bundesrat, wahrte somit vordergründig die föderale Ordnung; die Dominanz der preußischen Bürokratie im Bundesrat ließ dies aber zum Ansatzpunkt einer ungehemmten Zentralisierung werden. Und der Ansatzpunkt wurde bald kräftig genutzt⁴. Die Bedürfnisse der Kriegswirtschaft verlangten nach möglichst effizienter Ressourcenbewirtschaftung, nach zentraler Planung der strategisch wichtigen Kreisläufe der Wirtschaft⁵. Der Ansatz einer Zentralverwaltungswirtschaft, der vor allem ab 1916 unter der Ägide der Heeresleitung offen ersichtlich im Reich entstand⁶, war notwendig ein Instrument unitarischer Zusammenfassung der Kräfte. Während das Volk unter dem Druck gemeinsamer Erfahrungen, Erlebnisse und Belastungen endgültig zur ‚einheitlichen Nation‘ zusammengeschmolzen wurde,

¹ Siehe dazu *T. Nipperdey*, *Der Föderalismus in der deutschen Geschichte*, in: *T. Nipperdey*, *Nachdenken über die deutsche Geschichte*, 1986, S. 60ff., 88.

² RGBl. 1914, S. 327; vgl. dazu eingehend *E.-R. Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd.V: Weltkrieg, Revolution und Reichserneuerung 1914–1919, 1978, S. 62ff.

³ Zum Charakter des damit geschaffenen Notstandsregimes als „kommissarischer Diktatur“ siehe *E. Schiffer*, *Zur Diktatur des Bundesrats*, DJZ 20 (1915), Sp. 1158ff. sowie *C. Schmitt*, *Die Diktatur von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 2. Aufl. 1928, S. 3ff., 25ff.; vgl. auch *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte Bd.V (Fn. 2)*, S. 65f. sowie *E. Eimers*, *Das Verhältnis von Preußen und Reich in den ersten Jahren der Weimarer Republik*, 1969, S. 17ff., außerdem *E. W. Böckenförde*, *Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik*, in: *K.G.A. Jeserich / H. Pohl / G.-C. von Unruh* (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte IV*, 1985, S. 2, 6f.

⁴ Vgl. nur *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte Bd.V (Fn. 2)*, S. 69ff.

⁵ Siehe nur die ausführliche Analyse bei *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte Bd.V (Fn. 2)*, S. 73ff. m.w.N.

⁶ Vgl. dazu *E.R. Huber*, *Verfassungsgeschichte Bd.V (Fn. 2)*, S. 79ff., 88ff.