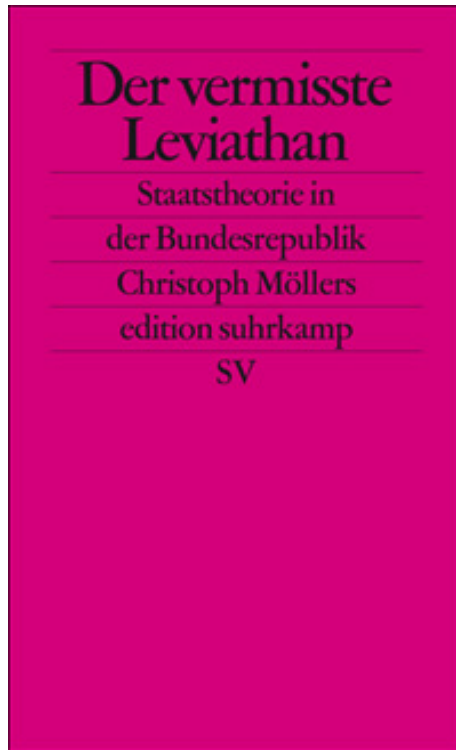


Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Möllers, Christoph
Der vermisste Leviathan

Staatstheorie in der Bundesrepublik

© Suhrkamp Verlag
edition suhrkamp 2545
978-3-518-12545-8

edition suhrkamp 2545

Wenn Juristen wie Smend, Heller oder Carl Schmitt über den Staat nachdachten, entwarfen sie dabei auch Modelle der Gesellschaft. Die Protagonisten dieser »heroischen« Phase der Staatstheorie bestimmen bis heute die Debatte, ausgerechnet Schmitt inspiriert nun Vertreter der radikalen Linken. In seinem Essay zeichnet Christoph Möllers die Geschichte dieser Disziplin in der Bundesrepublik nach. Er zeigt, dass man die Entwicklung dieser Disziplin nur verstehen kann, wenn man gesellschaftliche Prozesse im Blick behält. Dies gilt insbesondere in einer Zeit, in der sich unsere Vorstellungen von Souveränität angesichts von Globalisierung und Europäisierung radikal verändern.

Christoph Möllers, geboren 1969, lehrt Öffentliches Recht an der Universität Göttingen.

Christoph Möllers

Der vermisste Leviathan

Staatstheorie in der Bundesrepublik

Suhrkamp

edition suhrkamp 2545

Erste Auflage 2008

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 2008

Originalausgabe

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das
der Übersetzung, des öffentlichen Vortrags sowie der
Übertragung durch Rundfunk und Fernsehen,
auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Satz: TypoForum GmbH, Seelbach

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Umschlag gestaltet nach einem Konzept

von Willy Fleckhaus: Rolf Staudt

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-12545-8

2 3 4 5 6 7 – 15 14 13 12 11 10

Inhalt

Einleitung: Nationale Disziplin und internationale Wissenschaft	9
A. Vorgeschichten	15
I. Staatstheoretisches Selbstverständnis seit dem Kaiserreich ..	15
1. Begriffspolitische Hintergründe	15
2. Staatstheorie als wissenschaftliche Disziplin	17
3. Insbesondere: Bundesstaatstheorie	19
4. Kriegswirtschaft und Bundestreue: Übergänge im Ersten Weltkrieg	21
II. Revolution und Weimarer Republik	23
III. Nationalsozialismus	27
B. Entwicklungslinien der juristischen Staatstheorie	31
I. Die frühe Bundesrepublik	31
1. Staatstheoretische Schulen: Beispiel Religionsrecht	32
2. Staatliche Kontinuität als juristisches Problem	34
3. Die Debatte um die Wiederbewaffnung	37
4. Staatsziele und Verfassungswerte	38
5. Der kurze Abschied vom Prinzipiellen	42
II. Herausforderungen an ein geschlossenes Staatsverständnis: Sechziger bis Mitte der siebziger Jahre	44
1. Verlustbilanzen: Der Tod des Staates	44
2. Demokratisierung und Pluralisierung des Staates	47
3. Parallelen im Verwaltungsrecht	50
Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten	50
Modernisierung verwaltungsrechtlicher Staatskonzeptionen	52
4. Vordringen des Verfassungs- und Rückzug des Staatsbegriffs	53
5. Die erste Phase der Europäisierungsdiskussion	56

III. Renaissance und Relativierung: Von der Mitte der siebziger bis in die neunziger Jahre	59
1. Gesetz – Informalität – Kooperation – Vollzugsdefizit ..	59
2. Eine Konsolidierung: <i>Handbuch des Staatsrechts</i>	63
3. »Neue Staatswissenschaft«	67
4. Wiedervereinigung	69
5. Bewahrung der Souveränität – die Diskussion um den Maastrichter Vertrag	72
IV. Themen der gegenwärtigen Diskussion	76
1. Staatliche Binnenorganisation	76
Reform des Verwaltungsrechts	76
Reform des Föderalismus	80
2. Paradigmen staatlicher Gesellschaftsgestaltung	81
Paradigma Gewährleistung	82
Paradigma Risikoversorge und Staatszweck Sicherheit ..	84
3. Supranationalität und Europäische Verfassung	87
4. Globalisierung	91
Konstitutionalisierung des Völkerrechts	91
Zerfaserung der staatlichen Verwaltung	94
Governance	95
 C. Strukturen des Diskurses	 97
I. Diskussionsfronten	97
II. Generationenabfolgen der Staatsrechtswissenschaft	101
III. Argumentative Funktionen des Staatsbegriffs	103
IV. Die institutionelle und diskursive Rolle des Bundesverfassungsgerichts	106
V. Staatsrechtslehre und politische Wissenschaft	110
 D. Perspektiven einer juristischen Staatstheorie	 113
I. Staat unter Staaten: Vergleich	116
II. Staatenbünde: Föderalismus	117
III. Legitimation des Staats: Demokratietheorie	118

IV. Staat als Rechtsquelle: Rechtsphilosophie	119
V. Staat als Gegenstand oder Konstrukt: Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft	120
VI. Staat als Identitätsträger und als Text: Kulturwissenschaften	121
Literatur	123

Für Gerhard Möllers

Einleitung: Nationale Disziplin und internationale Wissenschaft

Phänomene, die wir mit Begriffen wie Globalisierung, Entstaatlichung oder Denationalisierung bezeichnen, begegnen uns in vielfach vermittelter und jeweils höchst unterschiedlicher Art und Weise. So erlebt jeder Staat seine eigene Form der Entstaatlichung und so hat jede wissenschaftliche Disziplin ihren ganz eigenen Zugang zu Phänomenen der Globalisierung. Manche Disziplinen – wie die Natur- und Lebenswissenschaften – betrifft die Internationalisierung nur in der Art und Weise, wie sie Wissenschaft betreiben; manche – wie die Sozial-, Kultur- und Rechtswissenschaften – auch im Gegenstand ihrer Forschung. Dieser Gegenstand ist stets – selbst wenn das konstruktivistische Paradigma insgesamt auf dem Rückzug zu sein scheint (Latour 1999) – Ergebnis einer wissenschaftlichen Konstruktionsleistung, die sich ihrerseits von Disziplin zu Disziplin unterscheidet. Das bedeutet, dass sich auf die Frage, was eigentlich damit gemeint ist, wenn das Wort »Staat« verwendet wird, keine Antwort von selbst versteht. Besonders einleuchtend ist diese Beobachtung für die Rechtswissenschaften, die nicht allein dafür berüchtigt sind, gemeinhin verständliche Begriffe sehr eigentümlich zu verwenden, sondern deren Begrifflichkeiten auch besonders durch nationale Traditionen geprägt sind. Dass der Assoziationsraum eines deutschen Juristen beim Hören des Wortes »Staat« ein jedenfalls teilweise anderer ist als der einer amerikanischen Kollegin, die das Wort »state« hört, ist klar: Demokratie- und Freiheitsverständnis, föderale Tradition und juristische Fachsprachenzusammenhänge erzeugen weitgehend unterschiedliche Bedeutungsfelder.

In dem für die deutsche Wissenschaftsgeschichte so wichtigen 19. Jahrhundert setzte sich der Begriff des Staats als zentrales wissenschaftliches Paradigma zur Auseinandersetzung nicht nur mit juristischen, sondern auch mit ökonomischen und historischen Fragen durch: Man schrieb Staatengeschichten oder Staatslehren und betrieb Staatswissenschaften. Diese Abhängigkeit vom Staatsbegriff wurde vermutlich spätestens nach dem Ersten Weltkrieg zu einem Erkenntnis-

und Modernisierungshindernis.¹ Für die Rechtswissenschaften, deren wissenschaftliche Leistungen im Deutschland der vorletzten Jahrhundertwende Weltgeltung beanspruchen konnten, gewann der Begriff Staat eine besonders herausragende Bedeutung, auf die unten noch näher einzugehen sein wird. Diese Bedeutung macht sich bis heute nicht zuletzt nominal bemerkbar. Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht nennt sich »Staatsrecht«, ihr im Jahre 1922 gegründeter professioneller Verband »Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer«. Der Ausdruck Staatsrecht aber ist Rechtsordnungen anderer Länder, die in der Regel von *Verfassungsrecht* sprechen, nicht bekannt. Ohne die Bedeutung dieser Tradition zu überschätzen, stellt sich die Frage, ob eine solche Selbstbezeichnung auch Ausdruck eines Begriffsrealismus² ist, der den eigenen Forschungsgegenstand »Staat« verdinglicht und schon deswegen auf Transformationen durch Internationalisierung (Hurrelmann, Leibfried u. a. 2007) mit Abwehr reagiert. Der Begriff scheint hier mehr zu suggerieren als zu erklären (Hofmann 1995: 1065).

Eine solche abwehrende Reaktion als zumindest *ein* wesentliches Charakteristikum der juristischen Staatstheorie in der Bundesrepublik gibt der vorliegenden Untersuchung ihren Titel. Das Ideal eines souveränen, also allmächtigen Staats, einer Gewalt, die sich auf Erden mit keiner vergleichen kann, wie das Zitat aus dem Buch Hiob auf dem Frontispiz des Hobbes'schen *Leviathan* lautet, und die Erfahrung eines Verlusts dieses Ideals spielen in der juristischen Staatstheorie der Bundesrepublik eine wichtige Rolle. Sei es als explizite Klage, sei es als implizite Vergleichsfolie: Im doppelten Sinne *vermisst* wird die ungebrochene Staatsgewalt. Dieser Verlusteindruck hat im deutschen System staatlicher Universitäten mit verbeamteten Hochschullehrern gerade für eine Disziplin, die auf ein *Staatsexamen* vorbereitet, nicht nur ideengeschichtliche Ursachen. In gewisser Weise beschreibt die Staatsrechtswissenschaft mit dem Gegenstand Staat eben auch sich selbst, und der Leviathan erweist sich als die professionelle institutionelle Heimat, deren Verlust abzuwehren oder zu beklagen ist.

1 Deutlich für die deutsche Geschichtswissenschaft: Otto Gerhard Oexle 1984.

2 Für diese Beobachtungen danke ich Oliver Lepsius.

Das vorliegende Buch zeichnet mit seiner kleinen Historie der rechtswissenschaftlichen Staatstheorie in der Bundesrepublik Deutschland also eine ganz spezifische Geschichte nach. Sein Gegenstand ist die juristische Auseinandersetzung mit dem Staatsbegriff einschließlich der allerdings seltenen Rezeption staatstheoretischer Kategorien durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das Erkenntnisinteresse des Buchs ist zunächst deskriptiv, es geht nicht um Methodenprobleme beim juristisch »richtigen« Umgang mit der Kategorie Staat im deutschen Recht, sondern um eine Genealogie von Begriffen und Theorieelementen. Da der Begriff Staat keine rein rechtsimmanente Kategorie ist, sondern auf gesellschaftliche Zusammenhänge außerhalb der Rechtsordnung verweist, darf die Darstellung nicht rechtsintern bleiben. Vielmehr wird sie namentlich nach Anschlussdiskussionen mit den Politikwissenschaften suchen. Dabei kann das Buch nicht erst bei seiner eigentlichen Untersuchungsperiode seit Gründung der Bundesrepublik beginnen. Ein Verständnis der Diskussion hat vielmehr zunächst kursorisch verschiedene »Vorgeschichten« aufzuarbeiten, die bis an das Ende des Kaiserreichs zurückführen (A.). Auf dieser Grundlage wird im Hauptteil des Buches nach einem Blick auf die frühe Bundesrepublik (I.) ein erster Schwerpunkt der Darstellung auf den semantischen und politischen Herausforderungen an ein überliefertes Staatsverständnis liegen, die in den sechziger und siebziger Jahren in die Debatte kamen (II.). Dieser den Staatsbegriff zumeist kritisch bewertende Diskussionsstrang wurde seit den späten siebziger Jahren von einer staatsaffirmativen Linie überlappt, die den Versuch unternahm, den Begriff sowohl institutionell als auch wissenschaftsdisziplinär in den Mittelpunkt der wissenschaftlichen Diskussion des öffentlichen Rechts zu bringen (III.). Mit der Vorstellung des aktuellen Diskussionsstands (IV.) endet der Hauptteil. Das Buch schließt mit dem Versuch, die historische Darstellung nach Strukturmerkmalen zu ordnen (C.) und Zukunftsperspektiven für die juristische Staatstheorie zu eröffnen (D.).

Diese kleine Geschichte der juristischen Staatstheorie verfolgt drei aufeinander aufbauende Ziele:

Zum Ersten soll es denen als Vademecum dienen, die sich in die staats-

theoretischen Diskussionen des öffentlichen Rechts einarbeiten wollen. Auch aus diesem Grund ist das Literaturverzeichnis vergleichsweise ausführlich gehalten.

Zum Zweiten ist aus der vorliegenden Geschichte zwar nicht unmittelbar zu lernen – trotzdem versucht das Buch Perspektiven für eine Fortentwicklung dessen vorzuschlagen, was einmal juristische Staatslehre gewesen ist, es unter heutigen Bedingungen aber nicht mehr bleiben kann.

Zum Dritten erscheint der juristische Umgang mit staatstheoretischen Fragen von ganz eigenem Interesse, denn Rechtswissenschaftler arbeiten zwar nicht empirisch, doch stehen sie durch den Umgang mit positivem Recht gesellschaftlichen Entwicklungen praktisch sehr nah. Juristische Aussagen zur Entwicklung staatlicher Herrschaft sind deshalb nicht zwingend von geringerem Beschreibungswert als die anderer gesellschaftswissenschaftlicher Disziplinen. Die vorliegende Geschichte einer national geprägten Rechtswissenschaft beobachtet den Staat durch eine mehrfach gebrochene Linse und reflektiert die Konstruiertheit des Gegenstands Staat bereits in der Darstellung. So gesehen versteht sich das vorliegende Buch als ein Beitrag zur Geschichte der Globalisierung aus der Perspektive einer nach wie vor international einflussreichen rechtswissenschaftlichen Diskussion.

Eine letzte Vorbemerkung: Die folgende Darstellung ist, das versteht sich von selbst, nur *eine* mögliche Geschichte ihres Gegenstandes.³ Auswahl und Bewertung hängen an bestimmten Vorverständnissen des Verfassers, von denen eine vorab explizit gemacht werden soll: Selbst nach Inkrafttreten des Grundgesetzes stellte der Umgang mit einer *demokratischen* Rechtsordnung für die Staatsrechtslehre keine Selbstverständlichkeit dar. Das Erbe der Monarchie, das Thomas Ellwein früh (1954) ebenso glänzend wie einflusslos analysiert hat, blieb mächtig und bis in die Gegenwart sind seine Spuren in der Diskussion zu erkennen. Die Überzeugung des Autors von der auch noch aktuellen Bedeutung dieses Mankos für die Disziplin prägt die Perspektive des Buches.

³ Für eine wichtige und aktuelle andere: Rainer Wahl (2006), guter Überblick bei Walter Pauly (2007), für das Verwaltungsrecht Christian Bumke (2004).

Wilhelm Bleek, Michael Heinig, Oliver Lepsius, Isabelle Ley, Andreas Voßkuhle und Rainer Wahl haben sich mit dem vorliegenden Text auseinandergesetzt und wichtige Hinweise und Ratschläge gegeben. Das Buch entstand aus einem Projekt für den Sonderforschungsbereich 597 »Staatlichkeit im Wandel« in Bremen. Ohne die Anregung und Begleitung von Stephan Leibfried wäre es nicht entstanden. Der intensiven Verbesserung durch Monika Sniegs und Oliver Buntrock in Bremen sowie Wiebke Frey und Johannes Bethge in Göttingen verdankt der Text besonders viel. Ihnen allen sei herzlich gedankt.

A. Vorgeschichten

I. Staatstheoretisches Selbstverständnis seit dem Kaiserreich

1. Begriffspolitische Hintergründe

Die staatstheoretische Diskussion des 19. Jahrhunderts ist vom Prozess der schrittweisen, immer wieder unterbrochenen Verrechtlichung der monarchischen Herrschaft geprägt (Boldt 1990). Anders als in der amerikanischen und der französischen Tradition war die Konstitutionalisierung hoheitlicher Herrschaft nicht das Ergebnis einer demokratischen Revolution, in der sich ein Volk als Herrschaftssubjekt selbst neu *begründete*.¹ Vielmehr wurde die Konstitutionalisierung als *Begrenzung* einer bereits bestehenden Herrschaft in einem allmählichen, permanent umstrittenen und mit vielen Rückschritten belasteten politischen Konflikt verstanden. Die Idee einer demokratischen Revolution spielte in der Staatsrechtswissenschaft in Deutschland vor und nach 1848 nur eine geringe Rolle. Die deutsche Geschichte kennt keine jakobinische Staatsrechtswissenschaft. Das Vorbild lag in England, aber bereits vor 1848 mit deutlich parlamentskritischer Ausrichtung (Boldt 1980). Nach 1848 ging es verfassungspolitisch nur noch um Herrschaftsbegrenzung – nicht um Herrschaftsbegründung – durch Recht unter dem Stichwort des Aufbaus der Rechtsstaatlichkeit (Brandt 1968; Boldt 1975), also einer gerichtlich kontrollierten, aber nicht demokratisch legitimierten politischen Ordnung.

Für die Verwendung des Staatsbegriffs, der dem kontinentaleuropäischen Sprachgebrauch näher lag als dem angloamerikanischen (Dyson 1980), hatte dies in Deutschland² ganz entscheidende Folgen. Die Kategorie »Staat« wurde mit der bereits bestehenden monarchi-

1 Zu den beiden Traditionen siehe Hannah Arendt (1963).

2 Zum interessanten Vergleich mit Frankreich siehe Christoph Schönberger (1999: 111).

schen Herrschaftsorganisation identifiziert, welcher im allmählichen Prozess der Verrechtlichung gewissermaßen nur ein neues Kleid übergeworfen wurde (Brandt 1968: 46). Das bedeutete: Der Staat war für den Mainstream der juristischen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts nichts anderes als ein Synonym für die monarchische Exekutive, die sich im Medium des Rechtsstaates bestimmten Selbstbindungen unterwarf (Kersten 2000), von denen sie sich im politischen Notfall schnell wieder befreien konnte. Die Souveränität des allmächtigen Staats gestattete es eigentlich nicht, diesen an Normen zu binden. Aus diesem Grund mussten Rechtspflichten des Staats als *Selbstbindung* verstanden werden, von denen er sich wieder löste, wenn der Ernstfall es forderte. Carl Schmitts berühmtes Diktum, dass souverän sei, »wer über den Ausnahmezustand entscheidet«, wurde zwar in den zwanziger Jahren formuliert, passt sich aber voll in die staatstheoretische Gedankenwelt des Kaiserreichs ein. Die demokratische Repräsentation in Vertretungen und Parlamenten war umgekehrt nicht als ein Teil des Staats zu verstehen, sondern als eine von außen kommende Vertretung der Gesellschaft konzipiert (Schönberger 1997). Politik im Sinne einer öffentlichen Auseinandersetzung um die Berücksichtigung von Interessen bei kollektiven Entscheidungen verstand sich dadurch als ein außerstaatliches Phänomen, als Ausdruck gesellschaftlicher Ungeordnetheit im Unterschied zur Rationalität des wohlverwalteten Rechtsstaats. In der Trennung von Staat und Gesellschaft erkannte die konservative Mehrheit der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs das Gegenüber von kompetenter bürokratischer Herrschaft und bedrohlicher, irrationaler Massenmobilisierung, von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, in dem es nicht schwer schien, sich auf die »rechte« Seite zu schlagen. Die Überschätzung der praktischen Leistungsfähigkeit exekutiver Bürokratie und die Unterschätzung parlamentarischer Politik, die Max Weber schon zu Ende des Kaiserreichs schonungslos aufdeckte (Weber 1918: 306), war sorgfältig in eine Tiefengrammatik der staatstheoretischen Begriffsbildung eingebettet, die Staatlichkeit und Bürokratie in eins setzte.

2. Staatstheorie als wissenschaftliche Disziplin

Die große Zeit der Allgemeinen Staatslehre als eines Genres, das verschiedene Wissensbestände über den Staat in einem Werk synthetisierte, war bereits zu Beginn des Kaiserreichs lange vorbei (Möllers 2006a). Staatslehren blühten als wissenschaftliche Form im Vormärz (Boldt 1975), zu einer Zeit, in der sich politische Anliegen mit historischer und sozialer Beschreibung und juristischen Fragestellungen noch methodisch schlüssig zusammenbinden ließen, weil sich die Disziplin des öffentlichen Rechts noch nicht argumentativ verselbstständigt hatte.

Fast parallel mit der Gründung des Kaiserreichs hatte sich die Wissenschaft vom öffentlichen Recht erfolgreich um die Entwicklung einer eigenen Methode bemüht. Damit lag sie im Trend einer maßgeblich durch die neukantianische Wissenschaftstheorie inspirierten Ausdifferenzierung wissenschaftlicher Arbeit. Zudem holte sie den Methodenvorsprung des Zivilrechts langsam auf – oder anders formuliert: Sie orientierte sich weniger an den entstehenden Sozialwissenschaften oder der Geschichtsschreibung als an den großen, auch internationalen Erfolgen der deutschen Privatrechtswissenschaft (Wilhelm 1958). Die Bewertung dieser Ausdifferenzierung, die jedenfalls nicht so wissenschaftlich-unpolitisch vor sich ging, wie die damaligen Protagonisten behaupteten, ist bis heute in der Verfassungsgeschichtsschreibung heftig umstritten.³ Mit dem Namen des führenden Staatsrechtlers des Kaiserreichs, Paul Laband, verbindet sich nämlich beides. Einerseits die Konsolidierung eines eigenen Rechtskorpus des Staatsrechts des Deutschen Reichs und die Entwicklung einer juristischen Methode des öffentlichen Rechts, die sich ausdrücklich von anderen Disziplinen und von moralischen oder wirtschaftlichen Zweckbetrachtungen lossagt.⁴ Andererseits eine wirksame, wenn auch sorgsam verdeckte politische Legitimationsstrategie, in der die be-

³ Siehe hierzu Walter Pauly (1993: 178, insbes. Anm. 38; 245); ähnlich wohl auch Michael Stolleis (1992: 343 ff.).

⁴ Die bekannte Äußerung: Paul Laband (1888: S. X ff.). Dazu die Analysen bei Ortrun Fröhling (1967, S. 35 ff.) und zum Kontext Thomas Ellwein (1954).

griffsimmanent scheinende juristische Konstruktionsleistung nicht zufällig in schöner Regelmäßigkeit Ergebnisse hervorbringt, die einen monarchischen Zentralismus unterstützen, die also auf der Seite des »Staats« bleiben. Für die wissenschaftliche Form der »Allgemeinen Staatslehre« oder für andere Formen einer übergreifenden Auseinandersetzung mit Staatlichkeit war in dieser Landschaft wenig methodischer Raum.

So ist es kein Zufall, dass staats-theoretische Fragestellungen erst zu einem historischen Punkt eine kleine wissenschaftliche Renaissance erlebten, an dem mit der politischen Geschlossenheit des Kaiserreichs die Geschlossenheit der Labandschen Methode in Frage stand (Korith 1992: 212). Um die vorletzte Jahrhundertwende wuchs das wissenschaftliche Interesse an Fragestellungen, die über den »Staatswillenspositivismus«⁵ hinausgehen. Ob man von der so entstehenden Blüte der Form der Allgemeinen Staatslehre um 1900 allzu viel erinnern würde, wenn nicht einer aus der überschaubaren Zahl der Autoren⁶ Georg Jellinek gewesen wäre, ist trotzdem durchaus fraglich. Seine *Allgemeine Staatslehre*, stellte jedenfalls eine Art Vorwärtsverteidigung des Labandschen Paradigmas dar (Kersten 2000). Sie nahm die Ausdifferenzierung der juristischen Methode ernst, versuchte diese aber auf einem methodisch überzeugenden Weg mit der »faktischen« Betrachtung des Staats durch Geschichtswissenschaften und aufkommende Soziologie im ständigen Gespräch mit Max Weber zu verbinden (Breuer 1999). Freilich: Weber und Laband waren einzeln so interessant wie methodisch inkommensurabel. So entstand ein großes Buch voller interessanter Einzelbeobachtungen, dessen zentrales methodisches Anliegen, die neue Wissenschaft vom positiven Recht mit den sozialen und historischen Grundlagen des Staats zu verknüpfen, als gescheitert gelten muss. Die Ausdifferenzierung der juristischen Disziplin war nicht rückgängig zu machen. Eine politische Theorie des Kaiserreichs aber, das weder eine alte Monarchie noch eine konstitutionelle Demokratie war, die einen theoretischen Hintergrund hätte bieten können, stand nicht zur Verfügung. Jelli-

⁵ Ausdruck bei Hauke Brunkhorst (2003: 362).

⁶ Zu den anderen: Gangolf Hübinger (1988: 143) und Thomas Duve (1998).

nek brachte mit seiner Theorie der Selbstbindung des Staates das Machtstaatsbewusstsein der Wilhelminischen Epoche auf einen griffigen theoretischen Nenner, ohne darüber hinauszukommen.

3. Insbesondere: Bundesstaatstheorie

Die Gründung des Deutschen Reichs stellte die juristische Staatstheorie vor einige theoretische Herausforderungen.⁷ Die Bedeutung der Ereignisse musste angemessen begrifflich eingefangen werden, ohne den politischen und juristischen Status der Gliedstaaten zu stark zu relativieren. Dies war nicht notwendig, weil Preußen unter diesen eine weiterhin zentrale, ja innerhalb der Reichsverfassung geradezu hegemoniale Rolle spielte (knapp Nipperdey 1992: 85ff.), sondern auch, weil sowohl die fortbestehende dynastische Legitimität der Fürsten als auch die andauernde Bedeutung der gliedstaatlichen Exekutiven, auf die sich das als Gesetzgebungsmaschine konzipierte Reich stützte, es nicht gestatteten, die Rolle zu marginal werden zu lassen. Dieses Problem wurde durch einen juristischen Kunstgriff gelöst, von dem das Verfassungsrecht bis heute zehrt und unter dem es bis heute leidet: die Unterscheidung zwischen Staatlichkeit und Souveränität.⁸ Während die Glieder ihre Staatlichkeit behalten durften, damit die Fürsten Fürsten bleiben konnten, kam dem Reich zusätzlich eigene Souveränität zu, die nicht zuletzt daran zu erkennen war, dass die Kompetenzverteilung zwischen Reich und Ländern durch eine Änderung der Reichsverfassung gegen den Widerstand einzelner Länder verändert werden konnte.⁹

Die völkervertraglichen Wurzeln der Verfassungsentstehung, in denen die Gliedstaaten die Schöpfer des Reiches waren, wurden unter diesen begrifflichen Konstruktionen wie unter einer sehr zügigen »inneren Reichsgründung«¹⁰ erstaunlich schnell zulasten der Glied-

7 Zeitgenössische Darstellung bei: Siegfried Brie (1874).

8 Namentlich Georg Jellinek (1882).

9 Zur Diskussion knapp: Peter Lerche (1995: 409).

10 Im intrabundesstaatlichen Vergleich Siegfried Weichlein (2004).

staaten begraben.¹¹ Zugleich gestattete es die Beibehaltung des Staatsbegriffs auf zwei Ebenen, Reich und Gliedstaaten gegenüber anderen politischen Ebenen, etwa der kommunalen Selbstverwaltung, zu privilegieren.¹² Die Vermutung liegt deswegen nicht fern, dass der Mainstream der deutschen Bundesstaatstheorie spätestens seit der Gründung des Kaiserreichs nicht mehr an föderaler Vielfalt interessiert war,¹³ sondern daran, die politisch auffällig reibungslos verlaufende Zentralisierung zugunsten des Reichs zu rechtfertigen. Dass die beiden Gründerfiguren des Staatsrechts und des Verwaltungsrechts, Paul Laband und Otto Mayer, Professoren an der Straßburger Universität waren, im dem Reich unmittelbar zugeordneten Elsass-Lothringen, dürfte ihr ausgeprägt anstaltlich-zentralistisches Denken nicht unberührt gelassen haben. Die von Konrad Hesse viele Jahrzehnte und drei politische Systeme später diagnostizierte Form des »unitarischen Bundesstaats« hat hier ihre Wurzeln (Hesse 1961).

Mit der Gründung des ersten Bundesstaats ging es mit dem deutschen Föderalismus in einem anspruchsvoll verstandenen Sinne zu Ende. Die von Bismarck kunstvoll organisierte exekutive Verflechtung von Preußen und Reich diente zudem, verstanden als »typisch deutsche« Form der Bundesstaatlichkeit, der Wissenschaft als ein wichtiges Argument gegen die Einführung einer parlamentarischen Verantwortung des Reichskanzlers: Durch die Verflechtung der Reichsleitung mit der preußischen Verwaltung und mit dem Bundesrat war es möglich, die politische Verantwortlichkeit der Reichsexekutive bundesstaatlich zu kanalisieren (Möllers 1997: 81 ff.). Ein echtes Interesse an der politischen Bedeutung einer bundesstaatlichen Ordnung, insbesondere ihrer Interdependenz mit dem Parteiensystem des Kaiserreichs, fehlte dagegen – mit einer allerdings bedeutenden Ausnahme (Triepel 1917) – in der staatsrechtlichen Diskussion der Zeit weitgehend.

Erstaunlicherweise sind die Begrifflichkeiten der kaiserreichlichen Bundesstaatslehre, namentlich die Unterscheidungen zwischen Staat-

11 Vgl. zur zeitgenössischen Kritik Albert Hänel (1873).

12 Als Kritiker Hugo Preuß (1889).

13 Nicht zufällig von einem Schweizer, Anton R. Greber (2000), entwickelt.