

JAHRBUCH  
DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS  
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 63

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,  
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff  
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. SUSANNE BAER, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine und Vergleichende Staatslehre, Universität Bayreuth, D-95440 Bayreuth

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-153784-4 / eISBN 978-3-16-159060-3  
ISSN 0075-2517

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch 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 Bembo-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Mit diesem Band geht die Herausgeberschaft des Jahrbuchs in neue Hände über. Seit 1983 hat Peter Häberle in der Nachfolge von Gerhard Leibholz 31 Jahrgänge betreut, geprägt und dem Jahrbuch Gestalt und Wirkung verliehen. Wir, seine Nachfolger, blicken auf seine Herausgebere Tätigkeit mit größtem Respekt und sind uns der Verpflichtung bewusst, das Jahrbuch auch in seinem Sinne fortzuführen. An die Stelle eines einzelnen Herausgebers ist nun ein Herausgebergremium getreten, zum einen um die Vielfalt der Perspektiven auf das öffentliche Recht, das ausländische öffentliche Recht und die Rechts- und Verfassungsvergleichung zu pflegen, zum anderen aufgrund der Einsicht, dass die Herausgebere Tätigkeit kaum noch von einem Herausgeber allein bewerkstelligt werden kann. Wir bedanken uns beim Verlag Mohr Siebeck für das uns entgegengebrachte Vertrauen.

Das Jahrbuch ist einst von Paul Laband auch in der Absicht gegründet worden, einer Introvertiertheit der deutschen Staatsrechtslehre durch die Vermittlung des ausländischen Verfassungsrechts vorzubeugen. Dieser Auftrag besteht unvermindert fort. In Zeiten umfassender elektronischer Verfügbarkeit juristischer Quellen verlagert sich das Ziel jedoch darauf, mehr eine Diskursplattform als ein Informationsmedium zu sein. Wir möchten dem Lauf der Zeit Rechnung tragen durch ein jährlich wechselndes Schwerpunktthema sowie einen Debattenteil zu einem kontroversen Gegenstand. Abhandlungen und Aufsätze sowie Berichte und Analysen zu den Verfassungsentwicklungen im Ausland bleiben Bestandteile des Jahrbuchs, und auch die von Peter Häberle besonders gepflegten wissenschaftsgeschichtlichen und prosopographischen Rubriken wollen wir unter der einheitlichen Überschrift „Porträts und Erinnerungen“ fortsetzen.

Wir hoffen, dass das Jahrbuch seinen Platz in der erfreulicherweise wachsenden Literatur zum ausländischen und internationalen öffentlichen Recht behaupten kann und weiterhin in der wissenschaftlichen Diskussionslandschaft eine führende Rolle einnehmen wird. Dafür sind wir auf die Treue unserer Autoren- und Leserschaft angewiesen. Wir sind dankbar, wenn Sie uns weiterhin mit Einsendungen beschenken würden. Ein besonderer Dank gilt insofern unseren zahlreichen Autorinnen und Autoren aus dem Ausland.

Susanne Baer      Oliver Lepsius      Christoph Schönberger  
Christian Waldhoff      Christian Walter



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	III
CHRISTIAN WALDHOFF: Das Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1907 bis 2014 – unter besonderer Berücksichtigung seiner Entstehung . . . . .	1

### *Schwerpunkthema*

CHRISTOPH SCHÖNBERGER: Identitäterä. Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes . . . . .	41
OLIVER LEPSIUS: Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings .	63
DOMINIQUE ROUSSEAU: Die Verfassungsidentität – Schutzschirm für die nationale Identität oder Teil des europäischen Sterns? . . . . .	91
MICHAEL GOLDHAMMER: Die Achtung der nationalen Identität durch die Europäische Union. Theorie und Dogmatik des Art. 4 Abs. 2 EUV im Lichte der ersten Entscheidungen . . . . .	105
CHRISTIAN WALTER und MARKUS VORDERMAYER: Verfassungsidentität als Instrument richterlicher Selbstbeschränkung in transnationalen Integrationsprozessen. Vergleichende Überlegungen anhand der Rechtsprechung von EuGH und EGMR . . . . .	129

### *Aufsätze und Abhandlungen*

STEFAN HAACK: Failed Law. Überlegungen zum Stellenwert des Politischen im zwischenstaatlichen Recht . . . . .	167
MARIO MARTINI: Wie viel ökonomische Rationalität verträgt der Gesundheitsschutz? Spielräume und Schranken einer utilitaristischen Gesundheitsethik in der Verfassungsordnung . . . . .	213

BERNHARD MÜLLENBACH: Föderalismus – Finanzausgleich – Neugliederung. Überlegungen in geschichtlicher und aktueller Beleuchtung . . . . .	251
ŞÜKRÜ USLUCAN: Zur (unions-)bürgerschaftlichen Einbeziehungsmöglichkeit von daueraufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen . . . . .	311

### *Debatte*

MARKUS KOTZUR: „Verstehen durch Hinzudenken“ und/oder „Ausweitung der Kampfzone“? Vom Wert der Rechtsvergleichung als Verbundtechnik . . .	355
CHRISTIAN HILLGRUBER: Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland . . . . .	367
SUSANNE BAER: Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus . . . . .	389

### *Porträts und Erinnerungen*

ANDREAS VOSSKUHLE und THOMAS WISCHMEYER: Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag . . . . .	401
ANNA KATHARINA MANGOLD: Zwischen Vision und Pragmatismus. <i>Eberhard Grabitz</i> und die Europarechtswissenschaft der zweiten Generation . .	429

### *Entwicklungen des Verfassungsrechts im europäischen Raum*

HEINRICH NEISSER und TAMARA EHS: Österreich: VfGH-Richterbestellung als Politikum . . . . .	455
ECE GÖZTEPE: Die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei. Eine Zwischenbilanz (2012–2014) . . . . .	485

### *Entwicklungen des Verfassungsrechts im außereuropäischen Raum*

#### *I. Amerika*

ROBERTO GARGARELLA: Verfassungsgebung in Lateinamerika einst und jetzt: Themen und Thesen . . . . .	543
--	-----

FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA und LENIO LUIZ STRECK: The new Constitutions in Latin America: is it necessary to reform constitutional theory? . . . . .	569
LUÍS AFONSO HECK: Die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit – vorgestellt am Beispiel der Normenkontrolle . . . . .	591
CÉSAR LANDA: Gegenwärtige Perspektiven der lateinamerikanischen Verfassungsgerichte . . . . .	607
FELIX M. WILKE: Nicht-materielle Grundlagen verfassungsgerichtlicher Entscheidungstechniken. Ein Vergleich zwischen Bundesverfassungsgericht und US Supreme Court . . . . .	625

*II. Asien*

MAHENDRA PAL SINGH: Socio-Economic Rights in India: A Comparative Perspective . . . . .	643
--	-----



# Das Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1907 bis 2014 – unter besonderer Berücksichtigung seiner Entstehung

von

Prof. Dr. Christian Waldhoff, Humboldt-Universität zu Berlin\*

## Inhalt

A.	Einleitung	2
B.	Entstehung des Jahrbuchs	5
I.	Der Kontext	5
II.	Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht um 1907	6
	1. Spätkonstitutionalismus	6
	2. Publikationslandschaft, insbesondere Zeitschriften	10
III.	Der Weg zum ersten Band	11
IV.	Labands Eröffnungsaufsatz als Spiegelbild von Epoche und Disziplin	17
V.	Die Bedeutung von Rechtsvergleichung und ausländischem öffentlichen Recht im Entstehungskontext des Jahrbuchs	20
C.	Das Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart im Spiegel von Erscheinungsweise und Herausgebern	21
I.	Herausgeber und Erscheinungsunterbrechungen	21
II.	Paul Laband	23
III.	Georg Jellinek	25
IV.	Robert Piloty	25
V.	Max Huber	26
VI.	Otto Koellreutter	27
VII.	Viktor Bruns und Heinrich Triepel	28
VIII.	Fritz Poetzsch-Heffter	29
IX.	Arnold Köttgen	29
X.	Gerhard Leibholz	29
XI.	Hermann von Mangoldt	30
XII.	Peter Häberle	31

---

\* Für wertvolle Mitarbeit, insbesondere für die Archivstudien, danke ich meinem Assistenten Dr. Florian Meinel herzlich.

D. Überblick über Autoren, Themen, Länder und Inhalte – eine quantitative Analyse vor allem der Gründungsphase 1907 bis 1939 .....	31
I. Autoren .....	32
II. Auslandsrechtliche und rechtsvergleichende Berichte: Länder .....	34
III. Band 1 der neuen Folge und seine Bedeutung für die Interpretation des Grundgesetzes .....	37
IV. Neuere Tendenzen in Stichworten .....	39
E. Schluss .....	40

## A. Einleitung

„Nicht nur das Recht selbst, sondern auch seine wissenschaftliche Auffassung ist im Wachstum fortwährender Entwicklung begriffen. Wie im einzelnen Staat selbst der stetigste Teil seines Rechtes, das Verfassungsrecht, sich fortwährend bald im Großen bald im Kleinen ändert, so sehen wir auch alte Staatenverbindungen zerfallen, neue sich bilden oder die bestehenden sich verändern. Und mit diesen Änderungen des Lebens und des Rechtes schreitet auch die empirische Wissenschaft, schreitet namentlich auch die Rechtsvergleichung und die rationelle Begriffsbildung voran. Es giebt nicht nur für den Staat und sein Recht sondern auch für die Wissenschaft kein Stillestehen. Das wissenschaftliche Unternehmen des Öffentlichen Rechts der Gegenwart ist von dieser Erkenntnis geleitet und sucht ihr einen monumentalen Ausdruck von dauerndem Wert zu geben, indem es die Gelegenheit bietet, den großen Stoff durch gemeinsame Arbeit von freiem wissenschaftlichen Standpunkt aus neu durchgeistigt zur Darstellung zu bringen.“<sup>1</sup>

Noch ganz im Sound des *fin de siècle* schrieben *Georg Jellinek*, *Paul Laband* und *Robert Piloty*, die Gründungsherausgeber des Jahrbuchs des öffentlichen Rechts, im Dezember 1906 an die Mitarbeiter eines wissenschaftlichen Großunternehmens „Das öffentliche Recht der Gegenwart“, um sie über dessen Stand und Fortgang in Kenntnis zu setzen. Das öffentliche Recht der Gegenwart, dessen integraler Bestandteil das *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* war, hatte sich nicht weniger zum Ziel gesetzt als die Aufgabe, „das Staatsrecht aller wichtigeren Staaten der Erde in seiner Entwicklung wissenschaftlich zu verfolgen.“<sup>2</sup> Modernität und Gigantomanie hingen eng zusammen in jenen deutschen Jahren.

Und nicht anders liest sich das Vorwort, das die Redaktion, also *Paul Laband*, *Georg Jellinek* und *Robert Piloty* 1907 dem ersten Band voranstellten und in dem sie einen Standort des Jahrbuchs jenseits der vorhandenen Periodika beanspruchten:<sup>3</sup>

„Ueber die wissenschaftliche Richtung und über die Grenzen der Aufgabe, welche dem Jahrbuch gesetzt sind, wird der Inhalt dieses Bandes beredtere Auskunft geben, als ein Vorwort es tun könnte. Wir erinnern nur in Kürze auch an dieser Stelle daran, dass das Jahrbuch vor allem zwei Aufgaben erfüllen soll: Es will eine Sammelstätte von Abhandlungen über wichtige Gegenstände aus dem ganzen Gebiete des Oeffentlichen Rechtes sein und es will Berich-

<sup>1</sup> *Georg Jellinek/Paul Laband/Robert Piloty*, Rundschreiben an die Herren Mitarbeiter des Öffentlichen Rechts der Gegenwart v. Dezember 1906, Staatsbibliothek zu Berlin (SBB), Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>2</sup> *Georg Jellinek/Paul Laband/Robert Piloty*, Rundschreiben an die Herren Mitarbeiter des Öffentlichen Rechts der Gegenwart v. Dezember 1906, Staatsbibliothek zu Berlin (SBB), Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>3</sup> Unten unter B II 2.

te erstatten über alle Wandlungen, welche das öffentliche Recht der Gegenwart durch die Gesetzgebung fortlaufend erfährt. Dass in letzter Hinsicht nicht in jedem Bande über jeden Staat berichtet werden kann, ist durch die Natur des Gegenstandes gegeben. Das Bestreben der Redaktion wird aber darauf gerichtet sein, das Wichtigste von überallher nach Möglichkeit zur Darstellung zu bringen.<sup>4</sup>

Nur ein Jahrzehnt später, auf dem Höhepunkt des Ersten Weltkriegs, sind diese hochfliegenden Träume dahin. In den posthum veröffentlichten Lebenserinnerungen *Paul Labands*, dessen Name wie kein anderer für das deutsche Reichsstaatsrecht nach 1871 steht, ist viel von seiner Tätigkeit als Herausgeber des Archivs des öffentlichen Rechts<sup>5</sup> und der Deutschen Juristenzeitung die Rede, während er dem Jahrbuch des öffentlichen Rechts, dieser Gründung einer Spätzeit, nur zwei dürre Sätze widmet: „Endlich habe ich mich 1907 mit G. Jellinek und Piloty auf Aufforderung des Verlegers meines Staatsrechts zur Herausgabe des Jahrbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart‘ vereinigt und den Jahresbericht über die Reichsgesetzgebung übernommen. Durch den Ausbruch des Weltkrieges ist das Erscheinen dieses, im wesentlichen internationalen Jahrbuchs unterbrochen, vielleicht beendet worden.“<sup>6</sup>

Sicherlich war der Anspruch des ganzen Unternehmens schon 1907 hypertroph gewesen und konnte – kaum überraschend – niemals eingelöst werden. Das Jahrbuch sollte eben nicht nur ein thematisches Jahrbuch sein, sondern war Teil jenes größeren, ja letztlich großartigen Projekts „Das öffentliche Recht der Gegenwart“. In dessen Rahmen sollten einerseits – als systematischer Teil – „monographische Darstellungen der Staatsrechte der einzelnen deutschen, europäischen und außereuropäischen Länder, sowie der allgemeinen Lehren der Staatsrechtswissenschaft“ publiziert werden. In wenigen Jahren erschienen zahlreiche Bände;<sup>7</sup> andere Planungen, wie für

<sup>4</sup> Vgl. auch das Vorwort von *Leibholz* und *von Mangoldt* zu Bd. 1 n.F. 1951, III: „Als vor 45 Jahren im Jahre 1906 [sic!] der erste Band des Jahrbuches des öffentlichen Rechts erschien, waren es im wesentlichen zwei Funktionen, die das Jahrbuch nach dem Willen der damaligen Herausgeber erfüllen sollte. Einmal sollten Abhandlungen grundsätzlicher Art in dem Jahrbuch Aufnahme finden, die sich mit theoretischen Fragen aus dem ganzen Gebiet des öffentlichen Rechts befaßten; sodann sollten fortlaufend Berichte über die Wandlungen des öffentlichen Rechts in allen Kulturstaaten im Jahrbuch zur Veröffentlichung gelangen. Im Zuge der Zeit lag es, daß die zweite Funktion, nämlich die Berichterstattung über die Fortentwicklung des Verfassungsrechts in den einzelnen Staaten, einen immer größeren Raum des Jahrbuches füllte, und daß diese schließlich dem Jahrbuch das entscheidende Gepräge gab.“

<sup>5</sup> Dessen Publikationsgeschichte ist inzwischen recht gut erforscht: *Heyen*, in: ders. (Hrsg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 347; *Doerfert*, *Das Archiv des öffentlichen Rechts 1885–1918*, 1993; *Becker*, *Schritte auf einer abschüssigen Bahn*, 1999.

<sup>6</sup> *Laband*, *Lebenserinnerungen von Dr. Paul Laband*, (1918), in: *Paul Laband. Lebenserinnerungen, Abhandlungen, Beiträge und Reden (1866–1918)*, Leipzig 1980, 3, 83.

<sup>7</sup> *Giese*, *AöR* 34 (1915), 186 – die erste große Rezension nach acht Bänden *JöR*. Erschienen sind an Monographien: Bd. 1: *Laband*, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, 1. Aufl. 1894 (zahlreiche weitere Aufl.); Bd. 2: *Göz*, *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 1908; Bd. 3: *von Ullmann*, *Völkerrecht*, 1908 (Neuaufgabe eines ähnlichen Werkes von 1898); Bd. 4: *Rhamm*, *Das Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig*, 1908; Bd. 5: *Walz*, *Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden*, 1909; Bd. 6: *Lebon*, *Das Verfassungsrecht der französischen Republik*, 1909; Bd. 7: *Errera*, *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien*, 1909; Bd. 8: *Saripolos*, *Das Staatsrecht des Königreichs Griechenland*, 1909; Bd. 9: *Mayer*, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, 1909; Bd. 10: *Ulbrich*, *Das österreichische Staatsrecht*, 1909 (Neubearbeitung eines Werkes in 3. Aufl. 1904); Bd. 11: *Eyschen*, *Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg*, 1910; Bd. 12: *Freund*, *Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika*, 1911; Bd. 13: *Morgenstierne*, *Das Staatsrecht des Königreichs Norwegen*, 1911; Bd. 14: *Schücking*, *Das Staatsrecht des*

ein zweibändiges Preußisches Staatsrecht von Gerhard Anschütz, zerschlugen sich. Demgegenüber hatte der periodische Teil – das JöR – nur den Zweck,

„den systematischen Teil zu ergänzen, d. h. die einzelnen Verfassungs- und Verwaltungsrechte von Jahr zu Jahr oder in größeren Zeitabständen durch Nachträge wieder auf den Stand der neuesten Rechtsentwicklung und Rechtsforschung zu bringen und so vor dem Veralten zu bewahren. Es soll dies möglichst die Aufgabe derjenigen Autoren sein, welche auch die entsprechenden systematischen Darstellungen bearbeiten oder schon vollendet haben. In einer doppelten Form wird dieses Ziel erreicht, einmal durch übersichtliche Berichte über die fortschreitende Rechtsgestaltung, namentlich die neuere Gesetzgebung des betreffenden Landes, sodann durch monografische Sonderabhandlungen über einzelne besonders wichtig erscheinende Materien, wie neue Gesetze und andere Tagesfragen. [...] So besteht zwischen beiden Teilen des Werkes ein inniger Zusammenhang, der, wenngleich nicht immer und überall gleichmäßig durchführbar, doch im ganzen eine vortreffliche gegenseitige Ergänzung bewirkt.“<sup>8</sup>

Zu Beginn von Band 63 seiner 1951 begonnenen neuen Folge – des 88. Bandes in fortlaufender Zählung – ist der Wechsel in der Herausgeberschaft nach 32jährigem Wirken von *Peter Häberle*<sup>9</sup> als Alleinherausgeber des Jahrbuchs des öffentlichen Rechts Anlass genug, sich der Funktion dieses Periodikums, dieses nach alledem doch zähen Kind der letzten Jahre des Kaiserreichs, historisch zu vergewissern. Im Folgenden soll zunächst die Situation des Gründungsjahres 1907 in Erinnerung gerufen werden (unter B), insbesondere die staatsrechtlich-methodologische Diskussion dieser Zeit. Dazu dient u. a. der Eröffnungsaufsatz *Labands* im ersten Band des JöR. Die konkrete Entstehungsgeschichte ist aus den im Verlagsarchiv Mohr-Siebeck vorhandenen Quellen nachzuzeichnen. Anschließend sind in der gebotenen Kürze die bisherigen Herausgeber zu würdigen (unter C) bevor (unter D) eine quantitative Analyse des Inhalts des Jahrbuchs zwischen 1907 und 1939 nach Themen, Ländern, Autoren usw. erfolgen wird.

Angemerkt sei, dass lediglich für die Entstehungsphase die Verlagskorrespondenz ausgewertet wurde und auch dies ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – hier und für weitere Phasen das Jahrbuchs bleibt ein Desiderat und sollen weitere Untersuchungen angeregt werden. Das Archiv des Verlages Mohr-Siebeck, das sich seit kurzem in der Staatsbibliothek zu Berlin befindet und sukzessive erschlossen wird, ist

---

Großherzogtums Oldenburg, 1911; Bd. 15: *Marzali*, Ungarisches Verfassungsrecht, 1911; Bd. 16: *Márkus*, Ungarisches Verwaltungsrecht, 1912; Bd. 17: *Gribovskij*, Das Staatsrecht des Russischen Reiches, 1912; Bd. 18: *Erich*, Das Staatsrecht des Großfürstentums Finnland (Suomi), 1912; Bd. 19: *van Calker*, Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, 1913; Bd. 20: *Goos/Hansen*, Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark, 1913; Bd. 21: *von Seydel*, Bayerisches Staatsrecht, 1913; Bd. 22: *von Seydel (Grassmann/Piloty)*, Bayerisches Staatsrecht, Bd. 2: Die Staatsverwaltung, 1913; Bd. 23: *Jèze*, Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik, 1913; Bd. 24: *Posada*, Spanisches Staatsrecht, 1914; Bd. 25: *Hatschek*, Das Staatsrecht des vereinigten Königreichs Großbritannien–Irland, 1914; Bd. 26: *Fischbach*, Das öffentliche Recht des Reichslandes Elsaß-Lothringen, 1914; Bd. 27: *Bollmann*, Das Staatsrecht der Freien Hansestädte Bremen und Lübeck, 1914; Bd. 28/29: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1930/32.

<sup>8</sup> *Giese* (Fn. 7), 186 f.

<sup>9</sup> Zu ihm die ausführliche Würdigung durch *Andreas Voßkuhle* und *Thomas Wischmeyer*, in diesem Band.

eine hervorragende Quelle für die Wissenschaftsgeschichte um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, schon aufgrund der führenden Stellung des Verlages im Fach, aber auch aufgrund der Überlieferung selbst, weil Paul Siebeck, der Verleger des Unternehmens, in Redaktionsangelegenheiten in ständigem, manchmal täglichem brieflichen Kontakt mit *Jellinek*, *Piloty* und *Laband* stand. Der Erschließungszustand ist allerdings bisher noch recht unbefriedigend. Die Briefkonvolute befinden sich im wesentlichen in dem Zustand, in dem sie vom Verlag übernommen wurden. Findbücher existieren noch nicht; die Bestandsverzeichnisse sind noch ganz vorläufig. Auch wird die Erschließung angesichts eines Bestandes, der vom 19. Jahrhundert bis in die 1970er Jahre reicht, sicher noch erhebliche Zeit in Anspruch nehmen. Das ändert nichts an seinem schon jetzt hohen Wert namentlich für biographische und literaturgeschichtliche Spezialstudien. Es schloss aber für diesen Beitrag eine Durchsicht über das Jahr 1907 hinaus von vornherein aus.

## B. Entstehung des Jahrbuchs

### I. Der Kontext

Welche Welt tritt uns 1907 entgegen, welcher politisch-gesellschaftliche Kontext besteht? Reichskanzler war seit 1900 *Bernhard von Bülow* (1849–1929), ein Karriere-Diplomat, der mittels konservativer Sammlungspolitik („Bülow-Block“: Bündnis von Konservativen und Liberalen unter Ausschluss von SPD und Zentrum) die kolonialen Pläne vorantrieb und die Finanzmisere des Reichs einzufangen suchte. In den Worten *Hans-Ulrich Wehlers*: „Der ehemalige AA-Diplomat versuchte, mit einer Mischung von moderater Veränderungsbereitschaft und eilfertiger Befriedigung konservativer Wünsche, von sozialimperialistischen Ablenkungsmanövern und nationalistischer Machtpolitik ein Land zu regieren, wo die industrielle Modernisierung auf den großagrarisches Behauptungswillen prallte, wo der Einfluß gewinnende Reichstag und die Öffentlichkeit mit dem politisch verantwortungslos agierenden Kaiser ständig zusammenstießen.“<sup>10</sup> *Bülow* sah seine politischen Ambitionen vorrangig in der Außen- und Kolonialpolitik; Bündnisverhandlungen mit Großbritannien und Russland führen jedoch nicht zum Erfolg. Das offene Wettrüsten zur See hatte begonnen. Innenpolitik überließ *Bülow* weitgehend den Staatssekretären im Reichsamt des Innern, *Graf von Posadowsky-Wehner* bis 1907 und *Theobald von Bethmann-Hollweg* seit 1907. Der Kampf gegen die Sozialdemokratie war eingeschränkt, neue Sozialgesetze waren mit Zustimmung der SPD verabschiedet worden. Wirtschaftliche prosperierte das Reich, die zentrale Ebene konnte jedoch ihre auch dadurch stetig wachsenden Aufgaben kaum finanzieren. Zur Verbesserung der Finanzlage des chronisch unterfinanzierten Reiches war die sog. Franckensteinsche Klausel bereits 1904 aufgehoben worden; gleichwohl wird 1909 eine umfassende Reichsfinanzreform scheitern. Der „Bülow-Block“, zusammengehalten in Abwehrstellung zu den außen- und kolonialpolitischen Vorstellungen von SPD und Zentrum, scheiterte letztlich an Auseinandersetzungen zwischen Konservativen und Liberalen über eine Reform des

---

<sup>10</sup> Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3, 1995/2008, 1008.

preußischen Klassenwahlrechts. Schwere innenpolitische Krisen wie die Daily-Telegraph-Affäre 1908 oder die Zabern-Affäre 1913 – eine Folge auch des letztlich sich in die Konstruktion des Reiches kaum einfügenden Reichslande Elsaß-Lothringen – stehen noch bevor. Deutschland befand sich auf dem Weg nach „1914“.

## II. Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht um 1907

Wie sah die Wissenschaftslandschaft – bezogen auf das öffentliche Recht – im Jahr der Begründung des Jahrbuchs des öffentlichen Rechts aus? Was waren die Themen, wer waren die Protagonisten, mit welchem staatsrechtlichen System hatte man es zu tun? Die Zeit vor dem Ersten Weltkrieg kann durch die Weltgeltung deutscher Wissenschaft charakterisiert werden. Philosophisch erlebt der Neukantianismus einen Aufschwung. Neue Disziplinen entstehen, Methodenfragen beherrschen den Diskurs – *Max Weber* mag hier als Stichwort genügen. *Michael Stolleis* hat die Zeit nach 1866 als „eigentliche Gründerjahre des öffentlichen Rechts“ in Deutschland bezeichnet.<sup>11</sup> 1907 war dieses System bereits in eine Phase der Reife, ja der Ablösung eingetreten.

### 1. Spätkonstitutionalismus

1907 ist ein Jahr in der Spätphase des zweiten Kaiserreichs, das im November 1918 mit der Niederlage im Ersten Weltkrieg und der Revolution endet.<sup>12</sup> Staatsrechtlich befinden wir uns im sog. Spätkonstitutionalismus.<sup>13</sup> Der Konstitutionalismus in dem hier charakterisierten Sinn war die spezifisch deutsche Antwort auf den westlichen Verfassungsstaat: Keine Neukonstituierung durch revolutionäre Verfassungsgebung wie in Nordamerika und im Frankreich der Französischen Revolution, sondern die Oktroyierung von Verfassungen im Sinne monarchischer Selbstbindung bei Weiterbestehen der überkommenen Legitimationsgrundlage der Herrschaft.<sup>14</sup> Moderne Verfassungsurkunden hatte es in den deutschen (Teil-)Staaten seit 1807/08 bzw. ab 1818/19 gegeben. Der unaufgelöste Dualismus zwischen dem monarchischen Prinzip als Legitimationsgrundlage und der allein dem Monarchen zugeordneten Kräften der Verwaltung und der Armee einerseits, der Mitwirkung der Bürgerschaft über frühe Volksvertretungen andererseits mit dem Gesetz als dem Schnittpunkt zur Definition und Abgrenzung der Mitwirkungskompetenzen der Volksvertretungen zeigte sich in verschiedenen Verfassungskonflikten (Hannover 1837; Kurhessen 1850; Preußen 1862/66; auch für Österreich könnten solche Konflikte erwähnt werden) und bilde-

<sup>11</sup> Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, 379.

<sup>12</sup> Zu den „Strukturproblemen“ nach 1890 nur *Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918, Bd. 2, 1992/1998, 471 ff.

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, v. a. 228 ff., der den Spätkonstitutionalismus aus seiner Fragestellung heraus freilich schon mit der (frühen) Land-Kritik ab 1883 einsetzen lässt; später, um 1900 ansetzend, *Korioth*, AöR 117 (1992), 212 ff.; ferner auch *Gassner*, Heinrich Triepel, 1999, 222 ff.

<sup>14</sup> Statt aller nur *Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776 bis 1866, 1988, 110 ff.; *Boldt*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 1990, 53 ff.

te noch im 20. Jahrhundert Gegenstand einer der zentralen Kontroversen der deutschen Verfassungsgeschichtsschreibung.<sup>15</sup> Die gescheiterte Revolution von 1848/49 hatte dieses System nicht verändert. Der Konstitutionalismus wurde überlagert durch das Erstarken der nationalen Idee, die in der Reichsgründung 1867/71 mit ihrer kleindeutsch-protestantischen Lösung mündete, die nunmehr gliedstaatliche Legitimität fortbestehen ließ um den ersten modernen Bundesstaat auf deutschem Boden als Fürstenbund – freilich mit den Fremdkörpern der Hansestädte sowie der Reichslande Elsaß-Lothringen – zu schaffen. Durch das Zusammentreffen der (verspäteten) Nationalstaatsbildung, dem Einsatz der Hochindustrialisierung und einem weitgehend ungebrochenen Fortschrittsglauben bis hin zu wenig kontrolliertem Großmachtstreben erstarkte das zweite Kaiserreich zur Führungsmacht des Kontinents. Gleichzeitig wurde schnell bewusst, dass die auf gliedstaatlicher Ebene ausgefeilte konstitutionelle Architektur sich nicht nahtlos auf den sich formierenden Nationalstaat in Form eines Bundesstaats übertragen ließ. Die Funktion des Fürsten im Territorialbereich teilten sich der Idee nach Bundesrat und Kaiser auf Reichsebene. Die notorische Schwäche des Bundesrats und die Dynamik der Position des Kaisers unter *Wilhelm II.* führte zu Spannungen, die mit dem überkommenen Erklärungsmodell kaum noch fassbar waren.<sup>16</sup>

Welche Entwicklung nahm die Wissenschaft vom öffentlichen Recht in dieser Epoche? *Michael Stolleis* spricht für die Mitte des 19. Jh. von einem „eigentümlichen Perspektivenwechsel“:<sup>17</sup> Die Epoche des staatsrechtlichen Positivismus, d. h. der Entfaltung einer normativen, die alten überdisziplinären Staatswissenschaften ablösenden „eigentlich juristischen“ Herangehensweise an die Probleme von Staat und Verwaltung. Beide Protagonisten – *Carl Friedrich von Gerber* und *Paul Laband* – kamen aus dem Zivilrecht und transportierten zivilrechtliche Entwicklungen modifizierend in das öffentliche Recht, insbesondere das Staatsrecht.<sup>18</sup> Anders als im Zivilrecht gingen hier die politischen Ereignisse dem Paradigmenwechsel in der Wissenschaft voran. Der staatsrechtliche Positivismus wirkte dabei systemstabilisierend,<sup>19</sup> auf die Zeit des Kaiserreichs bezogen: Das derart betriebene konservativ-konstitutionelle, als „rein juristisches System“ verstandene Staatsrecht stützte den seit Ende der 1870er Jahre antiliberalen Kurs des Kaiserreichs und damit zugleich die monarchische Staatsform. Die Staats- und insbesondere die Rechtsetzungsgewalt ist in der Person des Monarchen konzentriert; die Mitwirkungsrechte des Parlaments betreffen ausschließlich die Sphäre der Bürger; monarchische Regierung/Verwaltung und Volksvertretung werden dogmatisch geschieden und damit ein Akzent gegen jegliche parlamentarische Demokratie gesetzt.

Die Reichsgründung führte dazu, dass sich das die Landesstaatsrechte abstrahierende „allgemeine deutsche Staatsrecht“ zum „Reichsstaatsrecht“ fortentwickelte, ein als „Einheitssurrogat“ dienendes Konstrukt mithin durch eine konkrete positiv vorgegebene Rechtsordnung ersetzt werden konnte: „Das Staatsrecht kehrte somit

<sup>15</sup> *Grothe*, Zwischen Geschichte und Recht, 2005, 270 ff.

<sup>16</sup> *Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat, 1997, 183 ff.

<sup>17</sup> *Stolleis*, Bd. 2 (Fn. 11), 281.

<sup>18</sup> *Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 235 ff.

<sup>19</sup> Eingehend *von Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974; ferner *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 249 ff.

aus den Höhen der Spekulation auf den festen Boden zurück.“<sup>20</sup> Die „innere Reichsgründung“ auf juristischem Gebiet (*Michael Stolleis*) fand vorrangig über die reichseinheitliche Gesetzgebung, weniger über das Verfassungsrecht selbst statt: Die Reichsjustizgesetze, die neugeschaffene Sozialversicherung, die Gewerbeordnung und das Bürgerliche Gesetzbuch ragen hier hervor, teilweise flankiert vom Aufbau einer eigenständigen Reichsverwaltung. Der großzügige Ausbau und die weitreichende finanzielle Förderung der Universitäten und der akademischen Pflege des Staatsrechts bewirkten ein Übriges – auf das Anschwellen der Publikationstätigkeit und die Gründung neuer Periodika wird zurückzukommen sein.<sup>21</sup> Gerade der Übergang vom wissenschaftlich konstruierten zum staatlich gesetzten Recht durch den „Einbruch des positiven Staatsrechts“ musste den positivistischen Bestrebungen Auftrieb geben. Gleichzeitig bedeutete dies jedoch auch ein Erlahmen methodischer Kreativität, wie sie insbesondere die Zeit um 1866 noch gekennzeichnet hatte,<sup>22</sup> denn die etablierte Methode fand mit den neuen Rechtsnormen ihr Betätigungsfeld. Die staatsrechtsdogmatischen Hauptfragen waren die bundesstaatliche Konstruktion des neuen Staates zwischen Staatenbund (*Max von Seydel*) und Bundesstaat (*Paul Laband*), Probleme der juristischen Person und ihrer Organe, der doppelte Gesetzesbegriff und das Verhältnis von Gesetz und Verordnung als Schaltstellen zwischen den Kompetenzen von monarchischer Exekutive und den Volksvertretungen, Grundrechte und subjektive öffentliche Rechte sowie die Fragen von ungeschriebenem Verfassungsrecht und der Möglichkeit von Verfassungswandel.<sup>23</sup> Letzteres weist auf das hier im Zentrum Stehende hin.

Für die Phase etwa ab den 1890er Jahren werden gegenläufige Entwicklungen virulent, die die Bezeichnung „Spätkonstitutionalismus“ rechtfertigen.<sup>24</sup> Das Selbstverständnis des staatsrechtlichen Positivismus Labandscher Prägung mit der symbiotischen Verschränkung mit dem vorgegebenen Rechtsstoff musste in eine Krise geraten, führten politische, ökonomische und soziale Veränderungen zu einem Auseinanderdriften zwischen Rechts- und Verfassungstexten einerseits, der „Wirklichkeit“ andererseits. „Der Durchbruch der ‚juristischen Methode‘ im Staatsrecht hatte eine ‚Entfremdung‘ seiner Dogmatik von den Problemen des Verfassungs- und Rechtslebens zur Voraussetzung und Folge.“<sup>25</sup> Ermüdung und Unbehagen am rein konstruktiven Arbeiten stellten sich ein.<sup>26</sup> Labands staatsrechtliche Konzeption war im Kern statisch, für dynamische Entwicklungen fehlte dem System die Kategorie und ihrem Schöpfer die Phantasie. In den Worten *Christoph Schönbergers*: „Im preußischen Staatsrecht des Wilhelminismus traten gehäuft neopatrimoniale Tendenzen auf, die am konstitutionellen Gefüge überhaupt rüttelten. Im Reichsstaatsrecht wurden – mit teilweise gegenläufigen Tendenzen – der ‚monarchische Bundesstaat‘ als besondere deutsche Verfassungsform herausgestellt und das Kaisertum als die politische Einheit

<sup>20</sup> *Stolleis*, Bd. 2 (Fn. 11), 322.

<sup>21</sup> Unten unter 2.

<sup>22</sup> *Stolleis* Bd. 2 (Fn. 11), 323, 337.

<sup>23</sup> Systematisierung nach *Stolleis*, Bd. 2 (Fn. 11), 364 ff.; *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 290 ff.

<sup>24</sup> Vgl. grundlegend etwa *Pauly*, Methodenwandel (Fn. 13); *Korioth* (Fn. 13), 212; ferner *Stolleis*, Bd. 2 (Fn. 11), 348 ff., 376 ff.; *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 275 ff.

<sup>25</sup> *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 244.

<sup>26</sup> Ebd., 275.

verkörpernde ‚Reichsmonarchie‘ beschworen. Die Staatsrechtslehre entformalisierte sich, um einem offensichtlich für die meisten Autoren spürbaren Legitimitätsverlust des monarchisch-bürokratischen Herrschaftssystems entgegenzuwirken.<sup>27</sup> Die steigende Rechtfertigungsbedürftigkeit des deutschen konstitutionellen Systems in Form des Bundesstaates war ein Indiz für entsprechende Gewissheitsverluste angesichts abnehmender Bedeutung der gliedstaatlichen Monarchien und der konstruktiven wie politischen Schwierigkeiten, das dynastischer Legitimität entbehrende Reich „erklären“ und rechtfertigen zu können. Bemerkenswerterweise führten diese Veränderungen und Spannungen nicht in Richtung einer Parlamentarisierung des Reiches, sondern zu einem Bündnis zwischen dem soziale Massenbedürfnisse und politische Entwicklungen aufnehmenden Kaisertum Wilhelminischer Prägung mit dem Ausbau des Nationalstaats.<sup>28</sup> Nationale Hoffnungen wie Fortschrittsglaube wurden von *Friedrich Naumann* auf die Formel „Demokratie und Kaisertum“ gebracht.<sup>29</sup> Ein Verwaltungsstaat auf plebiszitärer Basis.<sup>30</sup> Die inzwischen konservative Staatsrechtslehre vermochte die überkommene Antithese Monarchensouveränität versus Volkssouveränität nicht in Richtung auf eine Parlamentarisierung aufzulösen und damit dem politischen Liberalismus neue Betätigungsmöglichkeiten einzuräumen, sondern Demokratisierung und Modernisierung fanden andere Wege; der soziale und der konfessionelle Gegensatz der sich formierenden industriellen Massengesellschaft, parteipolitisch abgebildet in Sozialdemokratie und Zentrumspartei, führte in einem dynamischen wie labilen Reich zu neuen Integrationserwartungen und -formen.<sup>31</sup> Staatsrechtlich sind der Bedeutungsverlust des Reichsrats und der Bedeutungsgewinn des Kaisers bei einer ambivalenten Entwicklung des Reichstags festzustellen:<sup>32</sup> „Der Grund für die um 1900 einsetzende Abwendung vom formalistischen Positivismus liegt jedoch tiefer: das Verfassungssystem des Reiches ist nach 1900 nicht mehr dasselbe wie anfangs. Die wenigen formellen Änderungen der Reichsverfassung können darüber nicht täuschen. Seit den Tagen der Kanzlerschaft *Bismarcks* hatten sich die Gewichte zwischen den politischen Gewalten zunehmend und bedeutend verschoben, die Beziehungen Preußens zum Reich konnten sich – man denke an die Auseinandersetzung um die Finanzreform – in bisher nicht gekanntem Maße als konfliktträchtig erweisen, die Gesamtlage des in den Kreis der imperialistischen Mächte eingetretenen, unter dem Druck seiner anwachsenden Arbeiterbewegung stehenden Reiches erzeugte zunehmende Krisenängste.“<sup>33</sup> Die Krise des staatsrechtlichen Positivismus, in dem Modewort der „Wandlung“ eingefangen und in dem jetzt häufig neben „rechtlich“ auch explizit als „politisch“ bezeichneten Abhandlungen, führte mittelfristig zu einer „Rematerialisierung“ der Staatsrechtslehre. Vor 1918 wurde zunächst *Albert Hänel* und wurden dann frühe Arbeiten von *Heinrich*

---

<sup>27</sup> Parlament (Fn. 16), 183.

<sup>28</sup> Näher *Schönberger*, HZ 272 (2001), 623.

<sup>29</sup> 1. Aufl. 1900, 4. Aufl. 1905.

<sup>30</sup> Begriff nach *Stürmer*, in: Pflanze (Hrsg.), Innenpolitische Probleme des Bismarck-Reiches, 1983, 143, 153.

<sup>31</sup> Ausführlich *Schönberger*, Parlament (Fn. 16), S. 183 ff.; *ders.* (Fn. 28).

<sup>32</sup> *Nipperdey*, Deutsche Geschichte (Fn. 12), Bd. 2, 486 ff.

<sup>33</sup> *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 276.

*Triepel* (1868–1946), *Erich Kaufmann* (1880–1972) und *Rudolf Smend* (1882–1975) hier wegweisend.<sup>34</sup>

## 2. Publikationslandschaft, insbesondere Zeitschriften

Neue öffentlich-rechtliche Zeitschrift in größerer Zahl erscheinen nach 1848 und dann vor allem zwischen 1866 und 1910. *Stolleis* hat auf den Zusammenhang mit staatsrechtlichen Umbrüchen hingewiesen.<sup>35</sup> Nach der gescheiterten Revolution vorrangig solche des Verwaltungsrechts und diese vor allem landesbezogen; nach 1866 vornehmlich staatsrechtlich oder Staats- wie Verwaltungsrecht umfassende Organe.

Reichsgründung und Reichsstaatsrecht führten zu einer Welle der Neugründung von Periodika.<sup>36</sup> Die führenden Zeitschriften zeichnen die disziplinäre Spaltung in öffentliches Recht und Nationalökonomie zunächst noch nicht voll nach: 1868 werden die „Annalen des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik“ (seit 1870: „Annalen des Deutschen Reiches“, kurz: „Hirths Annalen“), 1871 das „Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege des Deutschen Reiches“ (später: „Schmollers Jahrbuch“) sowie 1875 die „Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des Deutschen öffentlichen Rechtes“ gegründet. Die „Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ (auch „Tübinger Zeitschrift“ genannt), 1844 von *Robert von Mohl* gegründet, hatte sich inzwischen weitgehend nationalökonomischen, finanzwissenschaftlichen, statistischen und sozialwissenschaftlichen Themen zugewandt. Herausragt – nicht ganz von Anfang an – das 1885 gegründete, Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, dem Völker- und dem Kirchenrecht publizierende, bis heute erscheinende „Archiv des öffentlichen Rechts“ durch *Paul Laband* und *Felix Stoerk*.<sup>37</sup> Später traten *Otto Mayer* (1899) sowie *Georg Jellinek* und *Robert Piloty* in den Herausgeberkreis ein (1908). Im Jahr der Gründung des JöR waren somit drei der vier Herausgeber des AöR zugleich Herausgeber des neuen Organs. Nicht nur deshalb stellt sich die Frage, was das JöR in Abgrenzung zum bereits etablierten AöR für eine Funktion haben sollte. Diese konnte nur eine doppelte sein: Durch die jährliche Erscheinungsweise als Jahrbuch wird der dokumentarische Charakter selbst gegenüber einer vierteljährlich erscheinenden Archiv-Zeitschrift verstärkt; vor allem ist jedoch der bereits hervorgehobene Auslandsrechtsbezug entscheidend, wie er in dem oben skizzierten Gesamtprojekt „Das öffentliche Recht der Gegenwart“ zum Ausdruck kommt. Im Bereich des Verwaltungsrechts müssen das „Verwaltungsarchiv“ (1893), das freilich nur zwischen 1905 und 1912 erscheinende „Jahrbuch des Verwaltungsrechts“ sowie – als Beispiel für das führende landesrechtliche Periodikum – das „Preußische Verwaltungsblatt“ seit 1879/80 Erwähnung finden. Die „Zeitschrift für Politik“, die in dieser Zeit auch staatsrechtliche Themen bediente, wurde 1908 ge-

<sup>34</sup> Näher *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 279ff.

<sup>35</sup> *Michael Stolleis*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 13 (1984), 747.

<sup>36</sup> Das Folgende nach *Stolleis*, Quaderni Fiorentini (Fn. 35), 750ff.; *ders.*, Bd. 2 (Fn. 11), 378ff., 417ff.; *Doerfert*, Archiv (Fn. 5), 15 ff.; *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 243f.

<sup>37</sup> *Doerfert*, Archiv (Fn. 5); *Heyen* (Fn. 5); *ders.*, in: *ders.*, Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880–1914, 1989, 21.

gründet.<sup>38</sup> Spezialzeitschriften für Völker- oder Kirchenrecht bleiben hier außer Betracht. Das Jahrbuch des öffentlichen Rechts besetzte hier eine Lücke im doppelten Sinn: Durch die ausweislich der editorischen Vorbemerkungen des ersten Bandes im Zentrum stehende Dokumentation des ausländischen öffentlichen Rechts einerseits, durch die Ausfüllung der durch das Abdriften der überkommenen Jahrbücher zur Nationalökonomie andererseits entstandene Lücke bei der Dokumentation der großen Linien im eigenen Staats- und Verwaltungsrecht. Zwar widmete sich – nicht zuletzt aufgrund der Forschungsinteressen des Hauptherausgebers *Felix Stoerk* (1851–1907)<sup>39</sup> – auch das AöR noch in den ersten Bänden in bemerkenswerter Weise dem Auslandsrecht und der Vergleichung;<sup>40</sup> diese Themen gingen jedoch im Lauf der Jahre zurück, zumal Format und Zuschnitt des Periodikums einen dokumentarischen Charakter erschwerten.

*Stolleis* hat herausgearbeitet, dass fast alle Zeitschriftengründungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, vorrangig die verwaltungsrechtlich orientierten, in der Anfangsphase freilich etwa auch noch das AöR mit seiner „allmählichen Verwissenschaftlichung“, stark vom Praxisbezug lebten und oftmals juristische Praktiker im Herausgeberkollegium wie unter den Autoren die Mehrheit bildeten.<sup>41</sup> Das war 1907 beim JöR von Anfang an anders, auch wenn in der Folgezeit stets eine Minderheit von Rechtspraktikern beteiligt blieb.

### III. Der Weg zum ersten Band

Die Lösung mit drei Herausgebern – *Laband*, *Jellinek* und *Piloty* – stand nicht von Anfang an fest, die Entscheidung fiel vielmehr erst sukzessive, als die Größe des Projekts den Beteiligten klar wurde. In einem im Mai 1905 mit *Julius Hatschek* geschlossenen Verlagsvertrag über einen Band des Handbuchs trat *Robert Piloty* noch als alleiniger Herausgeber des Handbuchs auf. Bei einer Besprechung in Heidelberg am 18. Juni 1905, an der *Jellinek*, *Piloty* und der Inhaber des Verlages Mohr Siebeck, *Paul Siebeck*, teilnahmen,<sup>42</sup> fiel dann offenbar nicht nur die Entscheidung für *Jellinek* als weiteren Herausgeber, sondern überhaupt wurde das konkrete Projekt aus Handbuch und Jahrbuch in seinen Dimensionen erstmals konkret ins Auge gefasst. Im Sommer 1905 wurde ein erstes Rundschreiben an mögliche Mitarbeiter des Handbuchs und des Jahrbuchs verschickt,<sup>43</sup> auf das *Piloty*, wie er im November *Siebeck* berichtete, viele zustimmende Reaktionen erhielt.<sup>44</sup> Im November 1905 hatte *Piloty* bereits die ersten konkreten Zusagen für Beiträge eingeholt.<sup>45</sup> Insbesondere *Gerhard Anschütz* hatte schon einen Beitrag für den ersten Band des Jahrbuchs versprochen.<sup>46</sup> Die Pla-

<sup>38</sup> Zur Gründung und Programmatik durch *Richard Schmidt* (1862–1944) ausführlich *Duve*, Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900, 1998, 71 ff.

<sup>39</sup> Zu ihm etwa *Carl Sartorius*, *Felix Stoerk* †, AöR 23 (1908), I.

<sup>40</sup> Vgl. etwa die Hinweise bei *Heyen* (Fn. 5), 351, 358; *Doerfert*, Archiv (Fn. 5), 74 ff., 76 ff.

<sup>41</sup> *Quaderni Fiorentini* (Fn. 35), 755.

<sup>42</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloty*, 5.6.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 203 (1905).

<sup>43</sup> Nicht erhalten.

<sup>44</sup> *Robert Piloty* an *Paul Siebeck*, 27.11.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 203 (1905).

<sup>45</sup> *Robert Piloty* an *Paul Siebeck*, 18.11.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 203 (1905).

<sup>46</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloty*, 1.2.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

nungen für den systematischen Teil des Handbuchs waren zu diesem Zeitpunkt schon weit fortgeschritten; die Verhandlungen mit möglichen Bearbeitern der ausländischen Staatsrechte in vollem Gang.

Der Name *Laband* taucht dann erst Mitte 1906 in den Überlegungen auf. Überlieferte Entwürfe für die Gestaltung der Reihentitelei aus dem Mai 1906 weisen noch allein *Piloty* und *Jellinek* als Herausgeber aus.<sup>47</sup> *Piloty* verhandelte jedoch zu dieser Zeit schon mit *Laband* über die Übernahme seines „kleinen Staatsrechts“ in den Systematischen Teil des neuen Handbuchs, und Ende Juni trafen sich alle vier, *Piloty*, *Jellinek*, *Siebeck* und *Laband* in Würzburg und trugen *Laband* die förmliche Mitherausgeberenschaft des Handbuchs und des JöR an. „Den Eintritt *Laband*“, schrieb *Piloty* darauf, „halte ich für einen großen Gewinn und es freut mich besonders, daß auch *Jellinek* so gern darauf einging und daß wir die wohl richtigste Form des Entschlusses gefunden haben.“<sup>48</sup> Natürlich fiel es dann auch *Laband* als dem ältesten und berühmtesten der Herausgeber zu, den Eröffnungsaufsatz zu schreiben.<sup>49</sup>

Es ist schwierig, anhand der überlieferten Quellen über das Verhältnis der drei Herausgeber zueinander ein genaues Bild zu gewinnen. Nur eines lässt sich mit Bestimmtheit sagen: Es war keineswegs so, dass die beiden staatsrechtlichen Großschriftsteller, *Paul Laband* und *Georg Jellinek*, für das Unternehmen lediglich ihre Namen hergaben und der vergleichsweise unbedeutende einfache Professor *Piloty* in Würzburg die Arbeit verrichtete; ganz im Gegenteil. *Jellinek*, der im Mai 1905 die zweite Auflage des Systems der subjektiven öffentlichen Rechte fertiggestellt hatte und auf der Höhe seines wissenschaftlichen Schaffens war,<sup>50</sup> war gerade in den ersten beiden Jahren vielleicht der produktivste der drei, freilich auch immer etwas divenhaft, schrieb bisweilen täglich in Redaktionsangelegenheiten, kümmerte sich um Autoren und verbiss sich in jedes Detail der Ausführung. Noch am ehesten nahm *Paul Laband*, freilich auch der älteste im Kreis und bei Erscheinen des ersten Bandes schon fast siebzigjährig, die Rolle im Hintergrund ein. Auch er aber kümmerte sich in vielfältiger Weise um das Gelingen des Projekts und hatte selbstverständlich einen eigenen Teil zu redigieren.<sup>51</sup>

Immer wieder kam es zu Missheiligkeiten, weil ein Herausgeber zwischenzeitlich die Dinge schleifen ließ, angesichts des Arbeitsumfangs die Lust verlor oder jedenfalls nicht mit der von *Siebeck* erwarteten Kraft bei der Sache war. Als *Piloty* wenige Wochen die immer drängenderen Briefe des Verlegers ignorierte, schrieb *Siebeck* Anfang 1906 an *Georg Jellinek*, „dass ich anfangs an der Arbeitsweise Ihres Herrn Mitredakteurs zu verzweifeln“<sup>52</sup> und erwog sogar den Rauswurf *Pilotys*.<sup>53</sup> Gleichzeitig schrieb er immer ungehaltener nach Würzburg und forderte *Piloty* auf, sich endlich mehr um seine Mitarbeiter zu bemühen.<sup>54</sup> Über das Jahr fiel aber dann wiederum *Jellinek* in

<sup>47</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloty*, 12.5.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>48</sup> *Robert Piloty* an *Paul Siebeck*, 28.6.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>49</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloty*, 2.11.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906). Zu *Labands* Beitrag noch unten B. IV.

<sup>50</sup> *Georg Jellinek* an *Paul Siebeck*, 8.5.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905).

<sup>51</sup> *Robert Piloty* an *Paul Siebeck*, 28.6.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>52</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 24.1.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>53</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 25.1.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906): „kommt es nicht besser, so müssen wir eben auf durchgreifende Abhilfe sinnen“.

<sup>54</sup> Siehe etwa *Paul Siebeck* an *Robert Piloty*, 29.1.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

Ungnade, weil er die Redaktion des Jahrbuchs nach *Siebeck*s Eindruck nicht „stramm“ genug zu führen verstand.<sup>55</sup> „Jellinek bitte ich ja recht scharf einzuspinnen: es handelt sich bei dem Jahrbuch um eine geregelte und regelmässige Redaktionsarbeit!“<sup>56</sup> *Piloly* versprach, *Jellinek* ins Gebet zu nehmen und ihm konkrete Zusagen zu entwinden, „falls es mir gelingt, seine Gedanken von sich und seiner Bedeutung einige Zeit abzulenken“.<sup>57</sup>

Überhaupt nahm *Siebeck* auf die inhaltliche Gestaltung und Planung des Jahrbuchs einen sehr detaillierten Einfluss. So drängte er in der Planungsphase aus verlegerischen Gründen auf mehr Abhandlungen und Referate, demgegenüber schien ihm die reine Dokumentation von Verfassungstexten – angesichts vorliegender Ausgaben – nicht erfolgversprechend genug.<sup>58</sup> Allerdings legte er gleichzeitig auf den ergänzenden Charakter des Jahrbuchs, seine Komplementärfunktion gegenüber den Einzeldarstellungen größten Wert. So sollte das Jahrbuch nicht mehr oder minder zufällig eingehende Beiträge publizieren, sondern in den Autoren der Monographien ständige Mitarbeiter haben, die über das jeweils von Ihnen in der Handbuchreihe bearbeitete Staatsrecht laufende Literaturberichte für das Jahrbuch schreiben oder auch nur einfach Literaturverzeichnisse anfertigen sollten.<sup>59</sup> Schon nach dem ersten Entwurf des Verlagsvertrages zwischen den Herausgebern und dem Verlag sollte das Jahrbuch „eine fortlaufende alljährlich einmal in einem Bande erscheinende Übersicht der Gesetzgebung, teils durch den Abdruck der wichtigeren Gesetze, teils durch Referate“ bringen.<sup>60</sup> Deswegen, aber gewiss auch aus kaufmännischen Gründen, drängte *Siebeck* früh auf rasche Fertigstellung der ersten Monographien. Vor allem war er strikt dagegen, mit der Publikation eines Jahrbuchs zu beginnen: „was soll das Jahrbuch, wenn das Handbuch noch nicht da ist? Ich meine, wir concentrieren uns zunächst solange auf das Handbuch, bis dieses wenigstens einigermaßen geborgen ist.“<sup>61</sup> Namentlich ohne eine Darstellung des Preussischen Staatsrechts, die *Anschütz* aber erst für 1911 in Aussicht stellen konnte, habe das Jahrbuch keinen Sinn, durch die lange Verzögerung werde „das ‚Jahrbuch‘ auf unheimliche Zeit verschoben [...], das Jahrbuch soll doch Anschluss an die Staatsrechte suchen und erhalten.“<sup>62</sup> Gerade in diesem Punkt aber musste *Siebeck* schließlich seine Meinung ändern. Im Erscheinungsjahr des ersten Bandes lag aus der monographischen Reihe kein einziger Band vor, mit Ausnahme der aus dem in neuer Auflage erschienenen Reichsstaatsrechts *Paul Labands*, das seit 1893 in dem früheren Handbuch desselben Verlages erschienen war.

Das unklare Verhältnis des neuen Unternehmens zu diesem Vorgängerprojekt stellte während der Vorbereitungsphase überhaupt ein erhebliches Problem dar. Seit

<sup>55</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloly*, 19.10.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>56</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloly*, 24.10.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>57</sup> *Robert Piloly* an *Paul Siebeck*, 26.10.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>58</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloly*, 30.11.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 203 (1905).

<sup>59</sup> GJ, PL, RP, Rundschreiben an die Herrn Mitarbeiter des „Öffentlichen Rechts der Gegenwart“, Juli 1906, *Georg Jellinek* an *Paul Siebeck*, 27.1.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>60</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 27.11.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905) mit Anlage.

<sup>61</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloly*, 22.11.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 203 (1905).

<sup>62</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloly*, 25.1.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

den 1880er Jahren war bei Mohr Siebeck nämlich ein ganz ähnliches „Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographien“ erschienen – freilich ohne zugehöriges Jahrbuch. Gründungsherausgeber war der Nationalliberale *Heinrich von Marquardsen* (1826–1897), später trat *Max von Seydel* in die Redaktion ein. Dieses Handbuch war nun 1905 keineswegs abgeschlossen: Neben *Labands* Bestseller, dem „kleinen Staatsrecht“,<sup>63</sup> war 1905 *Julius Hatscheks* *Englisches Staatsrecht* in dieser Reihe erschienen,<sup>64</sup> die Vorbereitungen für *Otto Mayers* *Sächsisches Staatsrecht* liefen schon.<sup>65</sup> Insbesondere *Siebeck* hatte größte Bedenken, einen zu harten Bruch mit der alten Reihe zu vollziehen. Die alten Autoren könnten verstimmt sein oder ihn sogar mit Klagen überziehen. In jedem Falle müsse mit jedem der Altautoren separat und wohlwollend über die weitere verlegerische Betreuung verhandelt werden, niemand dürfe durch das neue Werk überrumpelt werden.<sup>66</sup> Trotzdem sah gerade *Siebeck* die in dem neuen Projekt liegende Chance, geeignete Autoren mit ihren staatsrechtlichen Darstellungen in das neue Projekt einzubinden, schwache dagegen loszuwerden, ohne jemanden zu verprellen.<sup>67</sup> Vor allem aber mussten die bestehenden Subskriptionen geschickt für das neue Unternehmen gesichert werden.<sup>68</sup>

Auch lebte der Verlag – was angesichts der dynamischen Publikationslandschaft nicht verwunderlich ist<sup>69</sup> – in ständiger Sorge vor Konkurrenzunternehmungen, bei denen immer auch die Frage nach der inhaltlichen Positionierung des eigenen Unternehmens mitschwang. So wurde *Siebeck* nervös, als Anfang 1906 die buchhändlerische Ankündigung einer neuen, bei Duncker & Humblot unter der Ägide des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel erscheinenden *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht* publiziert wurde,<sup>70</sup> und wollte sofort mit einer Voranzeige des Jahrbuchs reagieren.<sup>71</sup> *Jellinek* war gelassener. Die Kieler Zeitschrift habe „mit unserem Unternehmen nichts zu tun. Ich halte sie für eine Totgeburt, um die wir uns nicht weiter zu kümmern haben.“<sup>72</sup> Daraufhin sah *Siebeck* von der Voranzeige ab.<sup>73</sup> Sogar als 1906 im Carl Heymanns Verlag ein „Handbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart“ eines völlig unbekanntes Landrichters namens *Paul Altmann* angekündigt war, war *Siebeck* verärgert, wollte den Verlag zur Rede stellen<sup>74</sup> und schrieb gleich an *Laband* deswegen.<sup>75</sup>

<sup>63</sup> 1. Aufl. 1894.

<sup>64</sup> Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, 1909.

<sup>65</sup> *Otto Mayer* erschien dann schließlich als Teil des alten Handbuchs und zugleich als Bd. 9 der neuen Reihe.

<sup>66</sup> *Paul Siebeck* an *Robert Piloty*, 26.6.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 203 (1905).

<sup>67</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 4.7.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905). Dort ausführlich zur Überleitung der ausstehenden Bände des alten Handbuchs in das neue. *Siebeck* verfuhr dabei mit eindrucksvoller Sicherheit nach der Qualität der Autoren.

<sup>68</sup> Entwurf eines Circulars für die Abonnenten des früheren Handbuchs (*Piloty*), SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>69</sup> Siehe oben unter B II 2.

<sup>70</sup> Bd. 1 (1907) – Bd. 7 (1913); Bd. 8 (1914) – Bd. 26 (1942/44) u.d.T. *Zeitschrift für Völkerrecht*.

<sup>71</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 26.2.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>72</sup> *Georg Jellinek* an *Paul Siebeck*, 2.3.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>73</sup> 3.3.

<sup>74</sup> *Paul Altmann*, *Die Verfassung und Verwaltung im Deutschen Reiche und Preußen. Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Erster Band: Deutsches Reich*, 1907.

<sup>75</sup> *Paul Siebeck* an *Paul Laband*, 12.9.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 217 (1906).

Stärkere Konkurrenz erhielt das Jahrbuch durch ein von *Fritz Stier-Somlo* erstmals 1907 herausgegebenes, im Verlag Vahlen erscheinendes *Jahrbuch des Verwaltungsrechts unter Einschluß des Staats- und Völkerrechts*, ein freilich recht kurzlebiges Projekt, das schon 1913 wieder eingestellt wurde. *Stier-Somlo*, dessen Jahrbuch in großem Umfang Literaturberichte bringen sollte, fürchtete seinerseits Konkurrenz durch das JöR und wandte sich in etwas subalternem Ton brieflich an *Laband*, um das zu verhindern. „Ist schon das Nebeneinanderbestehen eines Jahrbuchs für das öffentliche Recht und eines Jahrbuches für das Verwaltungsrecht zu Missverständnissen und Verwechslungen geeignet, so kann es zu Kollisionen führen, wenn Sie und Ihre Herren Mitherausgeber in dieses Jahrbuch auch Literaturberichte aufnehmen. Wäre es nicht möglich, dass dieser Teil Ihres Programmes nach dem Erscheinen meines Jahrbuches ausgeschaltet wird?“<sup>76</sup> *Laband* lehnte das freilich kurzerhand ab.<sup>77</sup>

Eine Richtungsfrage war berührt, als die Gründer der ebenfalls 1907 erstmals erschienenen Münchener *Zeitschrift für Politik* an *Georg Jellinek* die Anfrage richteten, ob er bereit sei, in die dortige Redaktion oder den Herausgeberkreis einzutreten. *Jellinek* war durchaus geneigt, weil er in der anderen Zeitschrift ein Organ für seine politischen Aufsätze sah. *Piloty* freilich empfand die Zeitschrift freilich ebenso wie *Siebeck* als Konkurrenz und lehnte den Wunsch *Jellineks* etwas indigniert ab.<sup>78</sup> *Jellinek* schlug den anderen daraufhin vor, den Titel des JöR kurzerhand in Jahrbuch für öffentliches Recht und Politik zu ändern,<sup>79</sup> um der anderen Gründung selbstbewusst Konkurrenz zu machen.<sup>80</sup> Das aber war – kaum überraschend – mit *Laband* nicht zu machen. „Ich bin der Ansicht, daß es nicht wünschenswert ist, das Jahrbuch des Öffentl. Rechts der Gegenwart auf die Politik auszudehnen und demgemäß den Titel zu ändern. Das Jahrbuch würde dadurch auf ein Gebiet ausgedehnt, welches seinem eigentlichen Zwecke fremd ist; der Raum für die rechtswissenschaftlichen Abhandlungen und Jahresberichte würde beengt werden und das Jahrbuch einen zwitterhaften Charakter erhalten. [...] *Hirth's Annalen* geben ein abschreckendes Beispiel dafür, was aus einer solchen Verbindung herauskommt.“<sup>81</sup>

Ein enormer Teil der vorbereitenden Korrespondenz ist Honorarfragen gewidmet. Gerade beim Systematischen Teil, aber auch beim Jahrbuch spielte das Finanzielle eine erhebliche Rolle. *Jellinek* befürchtete, bei einem zu geringen Honorar keine guten Autoren zu gewinnen.<sup>82</sup> *Siebeck*, der mit einer Auflage von 600 rechnete, sah sich außerstande, die Erwartungen der Herausgeber zu befriedigen, bot schließlich ein Bogenhonorar von 50 Mark für Referate, von 20 Mark für den Abdruck von Gesetzen und Materialien, sowie ein Redaktionshonorar für die Herausgeber von 10

<sup>76</sup> Abschrift eines Briefes von *Fritz Stier-Somlo* an *Paul Laband* v. 17.10.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>77</sup> Mitgeteilt im Brief von *Paul Siebeck* an *Robert Piloty*, 2.11.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>78</sup> *Paul Siebeck* an *Paul Laband*, 2.11.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 217 (1906).

<sup>79</sup> Abschrift eines Briefes von *Georg Jellinek* an *Robert Piloty*, 29.10.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 220 (1906).

<sup>80</sup> *Paul Siebeck* an *Paul Laband*, 2.11.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 217 (1906).

<sup>81</sup> *Paul Laband* an *Paul Siebeck*, 3.11.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 217 (1906).

<sup>82</sup> Siehe z.B. *Georg Jellinek* an *Paul Siebeck*, 1.3.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905).

Mark pro Bogen an,<sup>83</sup> womit sich *Jellinek* „nach reiflicher Überlegung“ einverstanden erklärte.<sup>84</sup> Sehr viel großzügigere Honorare konnte *Siebeck* für die monographischen Darstellungen versprechen, wo er mit einer Auflage von 2.000 Exemplaren für das Reichsstaatsrecht und für das Staatsrecht der größten Bundesstaaten kalkulierte.<sup>85</sup> So ließ sich *Gerhard Anschütz* beispielsweise für sein nie vollendetes preußisches Staatsrecht von geplanten 40 Bogen Umfang ein absatzunabhängiges Honorar von nicht weniger als 4.000 Mark zusichern.<sup>86</sup>

Eine der am längsten und Streitigsten zwischen den Herausgebern und dem Verlag erörterten Fragen war bemerkenswerterweise die der typographischen Gestaltung. Ob die Bände des Hand- und Jahrbuchs in Fraktur oder Antiqua gesetzt werden sollten, war nämlich keine rein ästhetische Entscheidung, sondern betraf den internationalen Anspruch des Projekts und die Abgrenzung zu dem in Fraktur gedruckten Vorgängerprojekt. Eine Zeit lang wurde der Kompromissvorschlag diskutiert, die Darstellungen der deutschen Staatsrechte könnten in Fraktur, die ausländischen in Antiqua gedruckt werden. Dies, so *Siebeck*, habe zwar „etwas Außergewöhnliches an sich“, sei aber „immerhin eine natürliche Scheidung“. Andererseits seien nach seinen Erfahrungen „die Nachteile der Fraktur für den Absatz im Ausland nicht so groß, als da und dort angenommen wird.“ *Piloty* sprach sich ebenfalls mehrfach für den Fraktursatz aus, nur *Jellinek* beharrte zunächst auf der Antiqua,<sup>87</sup> erklärte die Frage dann aber schließlich zu einer „solchen sekundärer Natur“ und gab seine Zustimmung.<sup>88</sup> Die so getroffene Entscheidung wurde aber schon bald wieder revidiert und schließlich wurde gerade umgekehrt alles in Antiqua gedruckt, nachdem *Fritz Fleiner* für seine Bearbeitung des Schweizerischen Staatsrechts, die freilich erst mit mehr als 15jähriger Verspätung 1923 und auch außerhalb der Reihe Das öffentliche Recht der Gegenwart,<sup>89</sup> auf dieser Type bestanden hatte.<sup>90</sup>

Vorab zu entscheiden war auch über die Publikation fremdsprachiger Beiträge. *Jellinek* plädierte dafür, dass die Beiträge im Regelfall in deutscher oder französischer Sprache erscheinen sollten, ausnahmsweise englisch oder italienisch; *Piloty* dagegen wandte ein, er „fürchte wir bauen einen babylonischen Turm. Ich möchte mich für deutsch oder französisch entscheiden und englisch oder italienisch lieber ausgeschieden wissen [...]“<sup>91</sup> Schließlich war es *Siebeck*, der mahnte, zunächst nur deutsche Texte zu drucken; wenn das Jahrbuch etabliert sei, könne man immer noch fremdsprachige Beiträge aufnehmen. Die Lösung bestand darin, dass der Verlag für die Übersetzung ausländischer Autoren zusätzlich zum Honorar pro Bogen 30 Mark zur Verfügung stellte. *Siebeck* hatte das zunächst abgelehnt, da die fremdsprachigen Autoren auf diese Weise mehr erhalten hätten als die deutschen; die Übersetzung müsse von den Honoraren bezahlt werden: „Die Befürchtung, dass der Autor, der sein

<sup>83</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 4.7.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905).

<sup>84</sup> *Georg Jellinek* an *Paul Siebeck*, 10.7.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905).

<sup>85</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 23.2.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905).

<sup>86</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 19.6.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905).

<sup>87</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 16.12.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 199 (1905).

<sup>88</sup> *Georg Jellinek* an *Paul Siebeck*, 27.1.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>89</sup> *Fleiner*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923.

<sup>90</sup> *Paul Siebeck* an *Paul Laband*, 4.7.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 217 (1906).

<sup>91</sup> *Robert Piloty* an *Paul Siebeck*, 19.11.1905, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 203 (1905).

Manuskript übersetzen lassen muss, fast nichts für sich behalte, scheint mir denn doch zu weit zu gehen. Auch meine ich, die Ausländer sollten die Ehre, an dem großangelegten internationalen Werk mitzuarbeiten, auch etwa einschätzen. Die Unzufriedenen mögen mir doch einmal den ausländischen Verleger nennen, der es riskiert, in seinem Lande ausländische Staatsrechte zu verlegen. Ich kann Sie versichern, dass ich mit dem Verlag der ausländischen Staatsrechte ein ganz enormes Risiko auf mich nehme. Was tun? Wir müssen m.E. den Vertrag so halten, dass wir für's Jahrbuch möglichst viele Manuskripte bekommen, die der Übersetzung nicht bedürfen.“<sup>92</sup>

Ein erster Termin für den Satzbeginn des ersten Jahrbuchs wurde auf den 1. November 1906 festgelegt,<sup>93</sup> später auf den 1. April 1907 verschoben.<sup>94</sup> Die Arbeiten verzögerten sich weiter; noch im Juli 1907 lagen nicht alle Manuskripte für den ersten Band vor. Auch jetzt war noch nicht klar, ob ein jährlicher oder zweijähriger Erscheinungsturnus ins Auge gefasst werden sollte. Insbesondere *Jellinek* war aber strikt gegen Zweijährigkeit. Eine Krisensitzung fand am 23. Juni 1907 in Heidelberg statt, bei der die letzten Arbeiten verteilt und der jährliche Erscheinungsrhythmus endgültig festgelegt wurde. Im Herbst 1907 wurde der erste Band ausgeliefert.

#### *IV. Labands Eröffnungsaufsatz als Spiegelbild von Epoche und Disziplin*

Gleichsam als Ouvertüre des von ihm mitbegründeten Jahrbuchs musste 1907 – und damit fast 40 Jahre nach der Reichsgründung – schließlich auch *Laband* selbst zu den Veränderungen im reifen Kaiserreich Stellung beziehen.<sup>95</sup> Seine Ausführungen sind in Verbindung mit zwei vorangegangenen Publikationen aus seiner Feder zu sehen.<sup>96</sup> „Laband ist die Inkarnation des staatsrechtlichen Positivismus, die dominierende Figur der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs. Nach einem bekannten Wort Triepels soll sein Staatsrecht ‚eine Generation deutscher Publizisten vollständig beherrscht‘ haben.“<sup>97</sup> Seit den 1890er Jahren, d. h. seit Zunehmen der Ungewissheiten wächst auch die „Laband-Kritik“. In diese Phase fällt der hier in Erinnerung zu rufende Beitrag.

„Die Verfassung des Deutschen Reiches hat bereits ihre Geschichte; sie ist nicht mehr die Gleiche, wie zur Zeit ihrer Errichtung.“<sup>98</sup> *Laband* konstatiert dann freilich, dass es nur wenige und überwiegend auch nicht sehr bedeutsame explizite Verfassungsänderungen gegeben habe. Vor allem aber hätten die zahlreichen Reichsgesetze seit 1871 verändert, und zwar im Hinblick auf die Verfassung selbst: „Bei dieser formellen Beschaffenheit der Reichsverfassung ist es begreiflich, dass die Fortbildung und Umgestaltung des Verfassungszustandes des Reichs sich ohne Textänderungen

<sup>92</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 11.7.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>93</sup> *Paul Siebeck* an *Georg Jellinek*, 26.5.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>94</sup> GJ, PL, RP, Rundschreiben an die Herrn Mitarbeiter des „Öffentlichen Rechts der Gegenwart“, Juli 1906, *Georg Jellinek* an *Paul Siebeck*, 27.1.1906, SBB, Nachl. 488 (Archiv Mohr Siebeck), A 216 (1906).

<sup>95</sup> Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, *JöR* 1 (1907), 1.

<sup>96</sup> Jahrbuch der Gehestiftung zu Dresden 1 (1895), 149; Das deutsche Kaisertum. Straßburger Universitätsrede, 1896.

<sup>97</sup> *Schönberger*, Parlament (Fn. 16), 83.

<sup>98</sup> *JöR* 1 (1907), 1.

der Reichsverfassung vollziehen konnte und nur aus dem Inhalt der Reichsgesetze zu entnehmen ist. In diesem Sinne enthält fast jedes Reichsgesetz eine Aenderung des Verfassungszustandes, indem es die dem Reich zugewiesenen Zuständigkeit verwirklicht, Einrichtungen zur Durchführung der politischen Aufgaben des Reiches schafft, neue Regeln aufstellt, durch welche die Rechts- und Freiheitssphäre des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt oder der Bundesglieder gegenüber dem Reiche bestimmt werden.<sup>99</sup> Wenig später heißt es dann: „Dies ist aber nicht gleichbedeutend mit den Abänderungen der Verfassungsurkunde.“<sup>100</sup> Laband konstatiert nun, dass außerjuristische Faktoren die Umwandlung der Verfassung bedingt hätten – für einen strikten Positivisten eine Herausforderung: „Die Gründe dieser reichen und vielgestaltigen Entwicklung sind, wie kaum erwähnt zu werden braucht, nur zum kleinen Teil juristische. Bedürfnisse der auswärtigen und inneren Politik, des Verkehrs, der Finanzwirtschaft, sozialpolitische Tendenzen, Rücksichten auf die Erwerbstätigkeit einzelner Stände und die Interessen der Parteien geben den Antrieb zu neuen Gesetzen und bilden die tiefer liegenden Ursachen der stetigen Veränderung des Rechtszustandes. Alle diese Momente verlangen bei einer vollständigen Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des öffentlichen Rechts des Reiches eingehende Berücksichtigung.“<sup>101</sup> Diese Erkenntnis, die einen strikten Textpositivismus längst überwunden hat, wird für einige Zentralfelder durchexerziert. Voran stehen föderalistische Fragen. *Laband* konstatiert zu dem Verhältnis des Reiches zu den Einzelstaaten: „jede Veränderung dieses Verhältnisses ist eine Verfassungsänderung im eigentlichsten Sinne.“<sup>102</sup> Bundesstaatlichkeit – *Laband* hatte sich mit seiner Sichtweise gegen die konkurrierende Konzeption *Max von Seydels* längst durchgesetzt<sup>103</sup> – ist für ihn etwas dynamisches. In Deutschland war dies eine Entwicklung zur Unitarisierung, die er einerseits auf „die Einheit Deutschlands im völkerrechtlichen Verkehr“ sowie „das einheitliche Indigenat“<sup>104</sup>, d. h. die Schaffung eines einheitlichen Binnenraums für Recht und Wirtschaft, zurückführt. Auch die Militärhegemonie Preußens jenseits der Marine, die sogleich in die Reichszuständigkeit fällt, habe zur Vereinheitlichung geführt, „welche[...] in der Verfassungsurkunde nicht zur Erscheinung kommt“.<sup>105</sup> Zentral ist jedoch die Schaffung eines einheitlichen Reichsraumes: „In grösserem Maße noch als durch den Ausbau der Militärverfassung hat die von dem gemeinsamen Indigenat ausgehende Entwicklung eine Verschmelzung der Einzelstaaten zu einem einheitlichen, von der Reichsgesetzgebung beherrschten Rechtsgebiet herbeigeführt. Die Reichsverfassung konnte dafür nur ein Programm aufstellen; die Verwirklichung desselben konnte erst allmählich erfolgen.“<sup>106</sup> *Stolleis* hat das später treffend als „innere Reichsgründung durch Rechtsvereinheitlichung“ gekennzeichnet.<sup>107</sup> Neben anderen Gebieten werden der Kaiser, der Reichstag, der Reichsrat

---

<sup>99</sup> Ebd., 2.

<sup>100</sup> Ebd., 2.

<sup>101</sup> Ebd., 3.

<sup>102</sup> Ebd., 4.

<sup>103</sup> *Stolleis*, Bd. 2 (Fn. 11), 365 ff.

<sup>104</sup> JöR 1 (1907), 1 (5).

<sup>105</sup> Ebd., 7.

<sup>106</sup> Ebd., 7.

<sup>107</sup> In: ders., *Ausgewählte Aufsätze und Beiträge*, Bd. 1, 2011, 403.

und das Finanzwesen ähnlich beleuchtet – Veränderungen und Wandlungen sind teilweise noch deutlicher fassbar.

Das alles ist bereits eine Abkehr von dem Verständnis des staatsrechtlichen Positivismus zur Zeit der Reichsgründung, welches Staatsrecht eher als statisches System erfasste.<sup>108</sup> In der Phase des Spätkonstitutionalismus zur Zeit der Begründung des JöR waren die Diskrepanzen zwischen Verfassungstext und „Verfassungszustand“ freilich derart unübersehbar geworden, dass sich praktisch alle prominenten Staatsrechtler damit beschäftigen mussten. *Jellinek* hatte 1906 mit seiner Schrift „Verfassungsänderung und Verfassungswandlung“ eine Art Auftakt gemacht, *Laband* folgte mit dem hier in Erinnerung gerufenen Spitzenaufsatz im neuen Jahrbuch, *Triepel* befasste sich im gleichen Jahr mit „Unitarismus und Föderalismus im deutschen Reich“. Die Reihe ließe sich fortsetzen. Doch kehren wir zu dem Text *Labands* zurück. *Stolleis* konstatiert für die Zeit vor 1914 die Meinung, „Verfassungsrecht und Politik seien engstens verflochten und die wissenschaftliche Bearbeitung des Staatsrechts müsse dies anerkennen und kritisch reflektieren, insbesondere in methodischer Hinsicht, um sowohl einerseits die Wirklichkeitsferne Abkopplung des Staatsrechts von politischen Veränderungen zu verhindern, um sich aber auch andererseits der Auslieferung des Staatsrechts an die Politik widersetzen zu können.“<sup>109</sup> Ganz so weit war *Laband* im Eröffnungsband des JöR dann freilich doch noch nicht, was im Vergleich zu *Triepel* oder wenig später *Smend* auch generationelle Gründe gehabt haben mag. *Manfred Friedrich* fasst das wie folgt zusammen:

„Auch Laband hat den Wandlungen der Reichsverfassung durchaus Beachtung geschenkt. In zwei Studien befaßt er sich mit der Entwicklung der Reichsverfassung; sein Interesse gilt dort nicht nur den formellen Verfassungsänderungen, sondern auch denjenigen Umgestaltungen der Reichsverfassung, zu denen ein Niederschlag im Verfassungstext fehlt. Ein Interesse unter rechtsdogmatischem oder rechtshermeneutischen Aspekt gewinnt er den letzteren jedoch nicht ab, sie gelten ihm einfach als Änderungen des ‚Verfassungszustandes‘. Von seinem wissenschaftlichen Standpunkt aus war dies konsequent: Zuzugeben, daß nicht im Verfassungstext sich niederschlagende Änderungen der Reichsverfassung für die juristische Analyse ihrer Rechtssätze relevant sind, hätte aus dem konstruktiven Positivismus den Eckstein herausgebrochen: die Trennung von Norm und Wirklichkeit. An seiner juristischen Bagatellisierung des Phänomens der Verfassungswandlung konnte Laband wohl nur deshalb so unbeirrt festhalten, weil er von einer näheren Abwägung der sachlichen Bedeutung der einzelnen verfassungswandelnden Vorgänge absieht, so etwa von der von Anfang an üblichen Inanspruchnahme des Antragsrechts Preußens für die Einbringung der sog. ‚Präsidialvorlagen‘ im Bundesrat.“<sup>110</sup>

Es ist zu vermuten, dass die hier skizzierte Verunsicherung um 1907 Einfluss auf das Jahrbuch hat. Wer sich seiner Methodik und seiner Sache nicht mehr sicher ist, greift auf Anregungen von außen zurück. Die vorübergehende Selbstgenügsamkeit des Staatsrechts in der neugeschaffenen Ordnung fand ein Ende, öffnete eine Lücke in die das neue Periodikum stoßen konnte. Darauf wird bei der Analyse der Bedeutung von ausländischem Öffentlichem Recht und Rechtsvergleichung zurückzukommen sein. Zu fragen wäre, ob das neue Jahrbuch den staatsrechtlichen Positivismus repa-

<sup>108</sup> *Stolleis*, Bd. 2 (Fn. 11), 376.

<sup>109</sup> Bd. 2 (Fn. 11), 378.

<sup>110</sup> *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 277.

rieren, komplettieren oder überwinden sollte. Letzteres ist angesichts des Kreises der Gründungsherausgeber mehr als unwahrscheinlich.

#### V. Die Bedeutung von Rechtsvergleichung und ausländischem öffentlichen Recht im Entstehungskontext des Jahrbuchs

Für den Entstehungskontext des Jahrbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart ist die Position der Rechtsvergleichung und der Arbeit an und im ausländischen öffentlichen Recht zentral. Hier sollte ja ein, wenn nicht *der* Schwerpunkt des neuen Periodikums liegen. Es ist vorrangig das Verdienst *Michael Stolleis'*, herausgestellt zu haben, dass das Interesse an diesen Subdisziplinen im 19. Jahrhundert und d.h. auch noch um 1907 herum sehr viel größer war, als dann lange Zeit im 20. Jahrhundert mit seiner freiwilligen und unfreiwilligen Zentrierung auf das Nationalstaatliche.<sup>111</sup> Die Nationalstaatsidee und das Zeitalter der Kodifikationen hatte Gemeinsamkeiten, die zuvor bestanden und bewusst waren, zerschnitten. Wenn Recht als Willensprodukt eines Gesetzgebers, letztlich einer Nation verstanden wird, ist eine staatenübergreifende Rechtsidee mindestens gefährdet. Gleichwohl blieb das 19. Jh. ein „Zeitalter der Rechtsvergleichung“. Zentrale Gestalten, wie etwa in Heidelberg *Carl Joseph Anton Mittermaier* mit seiner „Kritische[n] Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes“ vertraten letztlich die Idee, dass Rechtswissenschaft vorrangig, ja überhaupt nur vergleichend möglich sei. Auch ohne direkte Anlehnung an das römische Recht konnte so im Zeitalter nationaler Gesetzgebung Rechtsvergleichung blühen. „Tatsächlich stieg mit dem Nationalismus [...] auch der Drang zum Internationalismus, zum Welthandel und zum Erwerb von Kolonien. Das weckte neue Energien der Rechtsvergleichung [...] Außerdem wuchsen die technischen Möglichkeiten der praktischen Sammelarbeit, und die Kommunikationsmöglichkeiten weiteten sich aus. Immer häufiger bedienten sich Ministerien, Parlamente und freie Organisationen des Mittels der rechtsvergleichenden Enquête. In allen Ländern entstanden Gesellschaften für Rechtsvergleichung und Rechtsreform [...]“<sup>112</sup> Internationale Kongresse und individueller Austausch beförderten diese Entwicklung. Das galt zunächst vorrangig für das Strafrecht und das Zivilrecht, langfristig v.a. für das Zivilrecht. Wie verhielt sich das Öffentliche Recht in diesem Kontext? *Stolleis* hat dargelegt, dass die altüberkommene Diskussion um die beste Regierung letztlich Verfassungsvergleichung war.<sup>113</sup> Zentrale Werke der Staatstheorie wie *Montesquieus* „L'esprit des lois“ beruhten nicht unerheblich auf – überwiegend misslungener, weil missverstehender, gleichwohl produktiver – Vergleichung. In der Zeit des Deutschen Bundes 1815 bis 1866 diente ein „gemeines deutsches Staatsrecht“ sowohl im akademischen Unterricht als auch als übergreifende Hoffnung von liberaler und nationaler Staatsidee des Zusammenhalts. Solange der ersehnte Nationalstaat fehlte, konnten sich so Wünsche abbilden, aber auch gemeinsame Strukturen

<sup>111</sup> *Stolleis*, Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts, 1998; ferner auch *Friedrich*, Geschichte (Fn. 18), 252 ff.

<sup>112</sup> *Stolleis*, Rechtsvergleichung (Fn. 111), 12 f.

<sup>113</sup> Rechtsvergleichung (Fn. 111), 18 ff.

finden lassen. Mit der Nationalstaatsbildung 1866/1867/71 endet diese staatsrechtliche Herangehensweise: „Der Deutsche Bund brach auseinander, der Norddeutsche Bund entstand, das öffentliche Recht des Deutschen Bundes, ein von Klüber bis Zachariä und Zöpfl wissenschaftlich gepflegtes Gebiet, hörte auf zu existieren.“<sup>114</sup> Das wirkte sich insgesamt auf die Bedeutung rechtsvergleichenden Arbeitens aus: „Der große Unterschied zur intensiven und blühenden Rechtsvergleichung in der Epoche der Verfassungsbewegung vor 1848 war nun allerdings, daß sich die Öffentlichrechtler ab 1866 mehrheitlich dem positiven Staatsrecht zugewandt hatten. Das Interesse an öffentlichrechtlicher Rechtsvergleichung erlosch praktisch mit dem Norddeutschen Bund und der Reichsgründung [...] Der Nationalstaat kapselte sich ab.“<sup>115</sup> Die Bearbeitung des neuen Reichsstaatsrechts absorbierte die Energien. Man kann die Entwicklung auch wie folgt zusammenfassen: In Formierungsphasen ist das ausländische Vorbild von besonderem Interesse, nach nationaler Einung und Verfassunggebung erlahmt dieses Interesse. Gleichwohl wurde bei der Konzeption des AöR um 1885 herum noch auf Frakturschrift zugunsten von Antiqua „mit Rücksicht auf das Ausland“ verzichtet.<sup>116</sup> Für das Zivilrecht ist die Kodifikation nicht nur ein Einschnitt im Hinblick auf die historische, sondern auch auf die vergleichende Betrachtung. Gleichwohl stand das öffentliche Recht mit seinem nationalstaatlich zentrierten Positivismus stets hinter dem Zivilrecht in puncto Rechtsvergleichung zurück.<sup>117</sup> Nach 1918 und nach 1933 traten zudem politische Hindernisse – die freilich 1907 noch nicht bestanden – hinzu.

Vor diesem Hintergrund muss das Projekt des „Öffentlichen Rechts der Gegenwart“ mit seinem Teil JöR als besonders innovativ, ja wegweisend gekennzeichnet werden. Insbesondere die Irritationen des staatsrechtlichen Positivismus 30 Jahre nach der Reichsgründung dürften das Interesse erneut auf die Rechtsentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts im Ausland gelenkt haben. Zudem scheint ein ausgeprägtes Dokumentationsinteresse vorgeherrscht zu haben. Erst mit der Gründung des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht im Jahr 1924 wurde darauf auch institutionell reagiert. Dass mit *Viktor Bruns* der Gründungsdirektor in das Herausgebergremium 1927 an Stelle des verstorbenen *Robert Piloty* aufgenommen wurde, dürfte insofern kein Zufall gewesen sein.

## C. Das Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart im Spiegel von Erscheinungsweise und Herausgebern

### I. Herausgeber und Erscheinungsunterbrechungen

In der 108jährigen Geschichte des JöR gab es nicht weniger als zwölf Herausgeber. Einige dieser Herausgeber fungierten freilich nur sehr kurz (*Jellinek* zwischen 1907

<sup>114</sup> *Stolleis*, Quaderni Fiorentini (Fn. 35), 750.

<sup>115</sup> *Stolleis*, Rechtsvergleichung (Fn. 111), 23.

<sup>116</sup> Brief des Verlegers *Siebeck* an *Felix Stoerk* vom 3. März 1885, hier zitiert nach *Heyen* (Fn. 5), 355; siehe bereits oben bei Fn. 87 ff.

<sup>117</sup> Zu diesem Phänomen allgemein *Kaiser*, ZaöVR 24 (1964), 391; *Bernhardt*, ZaöVR 24 (1964), 431.

und 1910: ausgeschieden durch Tod; *Max Huber* 1912 bis 1914: als Schweizer ausgeschieden wegen des Ersten Weltkriegs; *Poetzsch-Heffter* nur 1935; *Köttgen* nur 1938; *von Mangoldt* nur 1951, ausgeschieden wegen Todes) und konnten damit kaum prägend für das Periodikum werden. Andere – wie *Laband* als (Mit-)Gründer, sowie die besonders langjährigen Herausgeber *Leibholz* und *Häberle* – drückten dem Jahrbuch ihren je eigenen Stempel auf. *Laband*, *Jellinek* und *Piloty* bildeten die drei Gründungs-herausgeber des Gesamtprojekts „Das öffentliche Recht der Gegenwart“.

Staatsrechtliche Umbrüche haben oft Einfluss auf das rechtswissenschaftliche Publikationsgeschehen.<sup>118</sup> Das JöR erschien im Umfeld beider Weltkriege nicht (von 1915 bis 1919 und 1940 bis 1950). Zu Beginn der Weimarer Epoche trat neben den einzigen überlebenden Herausgeber aus der Vorkriegszeit, *Robert Piloty*, mit *Otto Koellreutter* ein junger, an auslandsrechtlichen und rechtsvergleichenden Themen in besonderem Maße orientierter Kollege, während der Schweizer Völkerrechtler *Max Huber* einerseits mit dem Weltkriegsdeutschland gebrochen hatte, andererseits vom Hochschullehrer zum Diplomaten und (internationalen) Richter mutierte. *Laband* war 1918 verstorben, *Jellinek* bereits 1911. Dagegen zog die „Machtergreifung“ 1933 keinerlei Veränderungen im Herausgeberkreis des JöR nach sich, obschon ja ein Regime des totalitären Zugriffs wie das „Dritte Reich“ in einem derart politisch inktrikaten Bereich wie dem Staats- und Verwaltungsrecht, zentrale Publikationsorgane unter seinen Einfluss zu bringen trachten musste. Das zeigt etwa das Beispiel des AöR, bei dem *Albrecht Mendelssohn Bartholdy* im Juli 1933 als Herausgeber verdrängt wurde und *Heinrich Triepel*, *Rudolf Smend* und *Johannes Heckel* bald darauf der politischen Linie des Archivs im Nationalsozialismus wichen.<sup>119</sup> Anders im Fall des JöR. Da mit *Koellreutter* als führendem Weimarer Herausgeber bereits ein Nationalsozialist die Redaktion leitete<sup>120</sup> und mit *Viktor Bruns* ein dem neuen Regime ebenfalls nicht abgeneigter Kollege installiert war, stellte aus dieser Logik allenfalls *Triepel* ein Problem dar. Deutschnational, jedoch nicht nationalsozialistisch politisch orientiert wurde er bis zu Einstellung des JöR wegen des Kriegsausbruchs belassen.

1920 eröffnet das Jahrbuch mit einem großangelegten Bericht über den staatsrechtlichen Umbruch „Revolution und Reichsverfassung“ aus der Feder von *Walter Jellinek*;<sup>121</sup> nach 1933 geschieht ähnliches.<sup>122</sup> In der Zeit des Nationalsozialismus sind die Zugeständnisse an das Regime aufgrund der Ausrichtung des Jahrbuchs geringer, als bei Zeitschriften, die stärker die aktuelle Rechtsentwicklung begleiten. Der 1939 publizierte Band für 1938 ist der letzte vor Kriegsausbruch – bis 1951 erscheint das Jahrbuch nicht.

Der erste Band nach dem Zweiten Weltkrieg – Band 1 n.F. – stellt sich der Publikationstätigkeit unter dem Nationalsozialismus durchaus. *Gerhard Leibholz*, als

<sup>118</sup> *Stolleis*, *Quaderni Fiorentini* (Fn. 35), 757 und öfter.

<sup>119</sup> *Stolleis*, *Geschichte des Öffentlichen Rechts*, Bd. 3, 1999, S. 301 f.

<sup>120</sup> Vgl. zu den Parallelvorgängen beim AöR *Stolleis*, *Quaderni Fiorentini* (Fn. 35), 757.

<sup>121</sup> Untertitel: Bericht über die Zeit vom 9. November 1918 bis 31. Dezember 1919, immerhin 120 Seiten stark mit weiteren 120 Seiten Dokumenten.

<sup>122</sup> In JöR 21 (1933/34) findet sich freilich noch rückblickend ein Bericht von *Fritz Poetzsch-Heffter* über den Zeitraum vom 1. Januar 1929 bis zum 31. Januar 1933; erst in Bd. 22 (1935) dann für den Abschnitt vom 30. Januar bis zum 31. Dezember 1933.

Emigrant unbelastet, und *Hermann von Mangoldt*, Mitglied des Parlamentarischen Rates, begründen die neue Bandzählung mit einer Abgrenzung:

„Es liegt in der Natur eines Buches wie des Jahrbuches, das über die Entwicklung des öffentlichen Rechts in den einzelnen Ländern zu berichten hat, daß auch in ihm der nationalsozialistische Ungeist Eingang gefunden hat. Immerhin, der Grundcharakter des Jahrbuches ist dadurch nicht verändert worden, und die Stellen, in denen sich Verfasser von Beiträgen es nicht versagen konnten, ihre Sympathie mit der nationalsozialistischen Willkürherrschaft offen oder versteckt zum Ausdruck zu bringen, sind glücklicherweise spärlich gesät. Immerhin, um deutlich zu machen, daß mit dem Erscheinen dieses Bandes nicht nur die alte Tradition weiter fortgeführt wird, sondern zugleich eine neue Periode des deutschen Rechtslebens beginnt, hat der Verlag einer Bitte der Herausgeber entsprochen und diesen Band zugleich als ersten Band einer neuen Serie im Rahmen des Gesamtwerks erscheinen lassen.“<sup>123</sup>

Übersicht über die Herausgeber des JÖR:

1907 bis 1914:	<i>Paul Laband</i>
1907 bis 1910:	<i>Georg Jellinek</i>
1907 bis 1925:	<i>Robert Piloty</i>
1912 bis 1914:	<i>Max Huber</i>
1919 bis 1939:	<i>Otto Koellreutter</i>
1927 bis 1939:	<i>Viktor Bruns</i>
1927 bis 1939:	<i>Heinrich Triepel</i>
1935:	<i>Fritz Poetzsch-Heffter</i>
1938 (erschieden 1939):	<i>Arnold Köttgen</i>
1951 bis 1982:	<i>Gerhard Leibholz</i>
1951:	<i>Hermann von Mangoldt</i>
1983 bis 2014:	<i>Peter Häberle</i>

Im Folgenden sollen Kurzporträts der Herausgeber von 1907 bis 2014 die Übersicht plastisch machen.

## II. Paul Laband

*Paul Laband* (1838–1918)<sup>124</sup>, Sohn eines jüdischen Arztes aus Breslau, studierte in seiner Heimatstadt, in Heidelberg und in Berlin. Dort wurde er 1858 promoviert. 1861 erfolgte die Habilitation für Rechtsgeschichte in Heidelberg mit einer Arbeit über den Schwabenspiegel. Sein erster Ruf führte ihn 1864 als außerordentlicher, seit 1866 als ordentlicher Professor an die Universität Königsberg. *Laband* ist zu dieser Zeit mit zivilrechtlichen und rechtshistorischen Themen befasst. Zu seinen zivilrechtlichen Erkenntnissen gehört die Trennung zwischen Innen- und Außenverhält-

<sup>123</sup> Vorwort, Bd. 1 n.F. (1951), III, IV.

<sup>124</sup> *Laband*, Lebenserinnerungen (Fn. 6), 3ff. Vgl. ferner *Friedrich*, in: NDB 13 (1982), 362; *ders.*, AöR 111 (1986), 197; *ders.*, Geschichte (Fn. 18), S. 256 ff.; *Stolleis*, Bd. 2 (Fn. 11), S. 341 ff.; *Schönberger*, Parlament (Fn. 16), 83 ff.; *Hof*, in: Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. 2008, 249 ff.; *Schlink*, Der Staat 31 (1992), 553 ff.; *Pauly*, Methodenwandel (Fn. 13), 186 ff.; *Mußgnug*, Paul Laband – Ein Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts? in: Häberle/Kilian/Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jh. 2015 (im Erscheinen), 3.

nis bei der Stellvertretung.<sup>125</sup> Öffentlich tritt er erstmals 1871 mit einer staatsrechtlichen Schrift in Erscheinung; *Laband* behandelt das für das konstitutionelle staatsrechtliche System zentrale Budgetrecht und rechtfertigt mit der Unterscheidung zwischen dem Gesetz im formellen und im materiellen Sinne und der Verortung des Haushaltsgesetzes als nur formelles Gesetz die preußische Staatspraxis im Verfassungskonflikt zwischen 1862 und 1866: Da das Haushaltsgesetz nur der Form, nicht jedoch der Sache nach ein Gesetz sei, könne im Falle der wechselseitigen Blockierung der an der Gesetzgebung beteiligten Kräfte die Exekutive, gestützt auf dauerhafte Steuergesetze sowie die Sachgesetze des Verwaltungsrechts auch ohne Budget ihre Tätigkeit fortsetzen. Preußischer Verfassungskonflikt und die Gründung des Norddeutschen Bundes waren die äußeren Ereignisse, die die zunächst eher zufällig und durch organisatorische Notwendigkeiten in der Königsberger Fakultät erfolgende Zuwendung zum Staatsrecht und damit die Abwendung von Zivilrecht und Rechtsgeschichte beförderten. 1872 folgte *Laband* einem Ruf an die später Kaiser-Wilhelm-Universität benannte reorganisierte Straßburger Universität und verlagert seinen Arbeitsschwerpunkt endgültig in das Staatsrecht, mit dem sich sein Name für die Epoche des zweiten Kaiserreichs als „Begründer der Wissenschaft des Reichsstaatsrechts“ untrennbar verbindet. 1880 ist er Rektor seiner Universität, Rufe nach Freiburg, Tübingen und Heidelberg sowie an das Reichsgericht und das Preußische Oberverwaltungsgericht lehnt er ab. In Elsaß-Lothringen betätigte er sich auch politisch, wurde 1879 Mitglied des Staatsrats und 1911 der Ersten Kammer.<sup>126</sup> Erwähnenswert ist auch seine ausgedehnte Gutachtertätigkeit.

Sein wissenschaftliches Werk, der Übertragung des von *Gerber* mitbegründeten staatsrechtlichen Positivismus auf das Staatsrecht des sich neu formierenden Reiches, materialisierte sich in seinem zunächst drei-, später vierbändigen, bis 1914 in fünf Auflagen erscheinenden Hauptwerk, dem „Staatsrecht des Deutschen Reiches“<sup>127</sup>. Es liegt die Vermutung nahe, dass gerade im Reichsland Elsaß-Lothringen das Augenmerk stärker auf das Reichs(staats)recht gerichtet ist, als etwa in Berlin, wo weiterhin auch akademisch Preußisches Staatsrecht gepflegt wurde. Seiner methodischen Position getreu suchte *Laband* das vorgegebene Verfassungsrecht zu analysieren, „die Rechtsinstitute zu konstruieren“ und ganz im Sinne einer ausgebauten Begriffsjurisprudenz logisch-deduktive Schlussfolgerungen zu ziehen.<sup>128</sup> Im Unterschied zu den Ahnherren rechtspositivistischen Arbeitens konnte sich *Laband* ganz auf vorgegebenes Rechtsmaterial – als Ausdruck eines lückenlosen Systems aufgefasst – stützen, später als Übergang vom rechtswissenschaftlichen Positivismus zum Gesetzespositivismus beschrieben. Das alles wirkte – wie der staatsrechtliche Positivismus insgesamt – systemstabilisierend; folgerichtig war neben äußeren Ehrungen die Wert-

<sup>125</sup> Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866), 183.

<sup>126</sup> Zur staatsrechtlichen (Sonder-)Situation als Überblick nur *Stolleis*, Bd.2 (Fn. 11), 315 ff.; *Schlink* (Fn. 124).

<sup>127</sup> 1. Aufl. 1876/82; 5. Aufl. 1911/14; sog. großes Staatsrecht. Daneben erschien zwischen 1883 und 1912 (posthum 7. Aufl. 1919 unter der Bearbeitung von *Otto Mayer*) das einbändige „kleine Staatsrecht“ „Deutsches Reichsstaatsrecht“.

<sup>128</sup> Deutlich im Vorwort zur 2. Aufl. des großen Staatsrechts 1888, wieder abgedruckt in Bd.1, 5. Aufl. 1911, V, VII.

schätzung der Staatseliten für *Laband*, bis hin zu *Wilhelm II.* persönlich. Politisch ausgesprochen konservativ suchte *Laband* doch durch das Fernhalten auch aller politischen Bezüge seiner staatsrechtsdogmatischen Arbeit eine genuin juristische Leistung zu erbringen.

Bemerkenswert ist auch die wissenschaftsorganisatorische Tätigkeit *Labands*: Er gründet nicht nur 1886 mit dem Archiv für öffentliches Recht die über Jahrzehnte führende Zeitschrift der Disziplin, sondern war – bevor 1907 das Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart hinzukam – seit 1896 auch Mitherausgeber der Deutschen Juristenzeitung. In seinen Lebenserinnerungen betont *Laband* wie er von Verlegern ständig gedrängt wurde, als Herausgeber tätig zu werden; sein Name soll als Zugpferd dienen. Gleichwohl muss er auch Programmatisches mit dieser vielfältigen Herausgeberebene verbunden haben, wollte seinen Einfluss absichern.

### III. Georg Jellinek

Vom ersten Band 1907 bis zu Band 4 im Jahr 1910 fungierte *Georg Jellinek* (1851–1911)<sup>129</sup> als Mitherausgeber in der Gründungsphase. *Jellinek* ist einer der bedeutendsten Staatsdenker und Staatsrechtler des 19. und des beginnenden 20. Jh. weltweit. Nach umfassenden Studien – nicht nur des Rechts – in Wien, Heidelberg und Leipzig, philosophischer und juristischer Promotion trat er in den österreichischen Staatsdienst ein um ab 1876 dort eine akademische Laufbahn anzustreben. Aufgrund seiner jüdischen Herkunft gelangte er in Österreich nicht zur ordentlichen Professur, erhielt seine venien nur „scheibchenweise“, wurde 1889 in Berlin erneut habilitiert, im selben Jahr Professor in Basel um seit 1890 seine endgültige Stellung in Heidelberg zu erlangen. Inhaltlich vertrat *Jellinek* die Zweiseitenlehre vom Staat: Dieser sei einerseits ein politisch-soziales Phänomen, andererseits eine rechtliche Institution. Nach wegweisenden Studien zum subjektiven öffentlichen Recht, zu Staatenverbindungen und zu den Menschenrechtserklärungen kulminierte seine Publikationstätigkeit in der vielfach übersetzten, in mehreren Auflagen erschienenen Allgemeinen Staatslehre von 1900. Zur Zeit der Gründung des JöR 1907 gehörte *Jellinek* neben *Laband* zu den angesehensten deutschen Staatsrechtslehrern.

### IV. Robert Piloty

Ebenfalls zu den Gründungsherausgebern zählte bis zu seinem Tod der bayerische Staatsrechtler *Robert Piloty* (1863 – 1926)<sup>130</sup>. Nach dem Studium in München und Berlin erfolgte 1888 in München die Promotion unter der Betreuung *Max von Seydels*

<sup>129</sup> *Kempter*, Die Jellineks 1820–1955, 1998; *Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000; *Anter*, Die normative Kraft des Faktischen, 2004; *Schulte/Paulson* (Hrsg.), Georg Jellinek, 2000; *Hof*, in: Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. 2008, 225.

<sup>130</sup> Zu ihm *Koellreutter*, JöR 14 (1926), V; *ders.*, AöR 11 (1926), 161; *Friedrich*, in: NDB 20 (2001), 445; *Kleinheyer/Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. 2008, 526.

mit der Arbeit „Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten“ sowie 1890 die Habilitation in Würzburg mit einer Schrift über das neu entstehende Unfallversicherungsrecht. *Piloty* war seit 1895 Inhaber des Lehrstuhls für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Politik an der Universität Würzburg. Verschiedener Rufe, u.a. nach Heidelberg, lehnte er ab. In der Weimarer Republik Landtagsabgeordneter der Demokratischen Partei und Mitwirkung an der Verfassunggebung. Er bearbeitete das Seydelsche Staatsrecht neu, übte bereits im späten Kaiserreich Kritik an einem zu formalistisch gehandhabten Positivismus und forderte im ersten Weltkrieg die Parlamentarisierung des Reiches.

### V. Max Huber

*Jellinek* wurde durch den Schweizer Völkerrechtler *Max Huber* (1874–1960)<sup>131</sup> ersetzt, der freilich nur bis zum Ausbruch des Ersten Weltkriegs als Herausgeber fungierte und in den 1920er Jahren nicht mehr zum Gremium gehörte<sup>132</sup>. *Huber* entstammte einer Zürcher Großbürgerfamilie und studierte Rechtswissenschaften in Lausanne, Zürich und Berlin, wo er auch mit einer Aufsehen erregenden Arbeit über „Die Staatensuccession – Völkerrechtliche und staatsrechtliche Praxis im 19. Jahrhundert“, erschienen 1898 in Leipzig, promoviert wurde. Juristisch wurde er in Berlin im Studium durch *Bernhard Hübler*, literarisch v. a. durch *Ihering*, *Gierke* und *Andreas Heusler* beeinflusst. Nach Tätigkeiten in der Wirtschaft und ausgedehnten Reisen war er ohne Habilitation von 1902 bis 1919 Professor für Verfassungsrecht, Kirchenrecht und internationales öffentliches Recht an der Universität Zürich, betätigte sich zeitweise parallel politisch, fungierte als völkerrechtlicher Berater des Schweizer Außenministeriums, vertrat die Schweiz bei mehreren internationalen Konferenzen, zuerst auf der zweiten Friedenskonferenz im Haag 1907. Von 1920 bis 1932, also nach dem Ausscheiden aus dem Herausgebergremium des JöR war *Huber* Richter des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Haag, 1924 bis 1927 dessen Präsident bzw. Vizepräsident. 1923 wurde er in das Internationale Komitee vom Roten Kreuz berufen, dessen Präsident er von 1928 bis 1944 war. Diese praktische völkerrechtliche Tätigkeit wurde mit dem Friedensnobelpreis 1944, verliehen 1945, gekrönt. Völkerrechtlich suchte *Huber* zwischen einem naturrechtlichen Ansatz einerseits, dem formalistischen Völkerrecht der Staatenpraxis andererseits zu vermitteln. Diese seinerzeit neue Sicht hat er – allgemein als sein Hauptwerk anerkannt – erstmals im JöR publiziert, später dann als Monographie erneut aufgelegt.<sup>133</sup> Sein realistischer Ansatz wandelte sich später in Richtung eines Rechtsidealismus.

<sup>131</sup> *Vogelsanger*, Max Huber, 1967 – dort S. 65 wird das JöR im Namen falsch zitiert; *ders.*, in: NDB 9 (1972), 681; *Thürer*, in: The European Journal of International Law 18 (2007), 69; *Grossi*, in: Historisches Lexikon der Schweiz, 30.10.2007, No. 65 ([www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D15770.php](http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D15770.php)), zuletzt abgerufen am 12. Juni 2014.

<sup>132</sup> Zu seiner innerlichen Abwendung von Deutschland angesichts der deutschen Völkerrechtsverletzungen im Ersten Weltkrieg *Vogelsanger*, Max Huber (Fn. 131), 74 ff.; zu den Problemen einer Auslandsrechtsberichterstattung angesichts des Krieges und der für die Nachkriegszeit zu erwartenden Problemen *Giese* (Fn. 7), 196 f.

<sup>133</sup> *Huber*, Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staaten-

## VI. Otto Koellreutter

Die große Ambivalenz *Otto Koellreutters* (1883–1972)<sup>134</sup> besteht u.a. darin, dass er einerseits sich sehr früh mit Rechtsvergleichung und auslandsrechtlichen Themen befasst, andererseits bereits vor 1933 Position für den Nationalsozialismus ergriffen hat. Nach einer mündlich überlieferten Einschätzung seines Schülers *Carl Hermann Ule* gehörte *Koellreutter* aufgrund seiner zahlreichen Herausgeberschaften zu den im Ausland bekanntesten deutschen Staatsrechtlern.<sup>135</sup> Seine führende Herausgeberposition beim JöR seit Weimarer Tagen war insoweit folgerichtig: Einerseits besaß er von Anfang an eine besondere Sensibilität für Themen und Programm dieses Werkes, andererseits war er bis zur Einstellung der alten Folge politisch „genehm“.

*Koellreutter* studierte Rechtswissenschaften in Rom, Grenoble, Berlin und Freiburg und wurde dort nach einem dreimonatigen Aufenthalt in London mit einer rechtsvergleichenden Arbeit unter der Anleitung *Richard Schmidts* „Richter und Master. Ein Beitrag zur Würdigung des englischen Zivilprozesses“ 1908 promoviert. 1912 erfolgte nach Beurlaubungen aus dem badischen Justizdienst und erneutem längeren Londonaufenthalt dort auch die Habilitation mit einer Schrift „Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England“. Er verortet die Verwaltung im Gesamtsystem des englischen Rechts, behandelt sowohl die Organisation als auch den Rechtsschutz und kommt zu dem Ergebnis, dass bei allen gravierenden Unterschieden in der Ausgangslage die deutsche und die englische Verwaltung letztlich doch nicht so fundamental verschieden seien, wie man das erwarten könnte. *Koellreutter* zeigte schon früh durch beide Qualifikationsschriften seine besondere Nähe zum englischen Rechtssystem. Nach außerordentlichen Professuren in Freiburg und Halle wurde er dort 1920 ordentlicher Professor um 1921 einem Ruf an die Universität Jena zu folgen. Seit 1923 war er dort zugleich Richter im Nebenamt am Thüringer Obergerverwaltungsgericht. Politisch dokumentierte sich seine Ausrichtung in der Mitgliedschaft in Stahlhelm und DVP, seit 1930 in seinem Eintreten für die NSDAP. Seit 1933 war er an der Universität München tätig und gehörte – in Konkurrenz zu *Carl Schmitt* – zu den führenden Staatsrechtlern des Regimes. Teilweise bereits seit den 1920er Jahren war er Mitherausgeber der wichtigsten Zeitschriften des öffentlichen Rechts (AöR; JöR; VerwArch.; RVBl.). Sein internationales Engagement ist beachtlich: Mitglied des Institut International de Droit Public in Paris mindestens seit 1930, der Academy of Political Science der Columbia University New York sowie vor allem ein einjähriger Aufenthalt als Austauschdozent des Auswärtigen Amtes 1938/39 in Tokyo, verbunden mit der Leitung des Deutsch-Japanischen Kulturinstituts dort, aus dem allein vier, teilweise englischsprachige Bücher sowie zahlreiche Aufsätze über Japan hervorgingen. Nach 1945 konnte er zunächst wegen seiner NS-Belastung seinen Lehrstuhl nicht wieder besetzen, wurde schließlich nach Erreichen der Pensionsgrenze jedoch rehabilitiert.

gesellschaft, JöR 4 (1910), 56; 1928 unter dem Titel „Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts“ in Berlin selbständig aufgelegt.

<sup>134</sup> *Stolleis*, in: NDB 12 (1980), 324; *Schmidt*, *Otto Koellreutter 1883–1972*, 1995.

<sup>135</sup> *Schmidt* (Fn. 134), S. 72 Fn. 343.

## VII. Viktor Bruns und Heinrich Triepel

Von 1927 bis zum Ausbruch des Zweiten Weltkriegs fungierten *Viktor Bruns* (1884–1943)<sup>136</sup> und *Heinrich Triepel* (1868–1946)<sup>137</sup> als Mitherausgeber neben dem Hauptherausgeber *Koellreutter* (angezeigt durch die Formulierung „in Verbindung mit“). So wird schon in der Nomenklatur die Gewichtsverteilung deutlich. Vermutlich wurde *Bruns* als Gründungsdirektor des thematisch einschlägigen Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, *Triepel* als führender Fachvertreter hinzugenommen.<sup>138</sup>

*Bruns* studierte in Tübingen und Leipzig, wurde 1910 in Tübingen promoviert, noch im selben Jahr Professor in Genf, 1912 außerordentlicher, 1920 ordentlicher Professor für Staats- und Völkerrecht an der Berliner Universität. Ursprünglich aus dem Zivilrecht kommend hatte er sich inzwischen dem Völkerrecht zugewandt. Seine bedeutendste organisatorische Leistung war die Gründung des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1924 in Berlin, dessen Direktor er bis zu seinem Tod blieb. Seit den 1920er Jahren und bis 1942 war *Bruns* an zahlreichen Schiedsverfahren für das Deutsche Reich als Schiedsrichter beteiligt. 1934 gründete er mit anderen den Ausschuss für Völkerrecht in der Akademie für Deutsches Recht.

*Triepel* gehört zu den bedeutendsten deutschen Staatsrechtlern des 20. Jahrhunderts, was sich nicht nur an seinem Werk, sondern auch institutionell zeigte: 1921/22 gründete er die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, war Vorsitzender der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages u.v.a.m. Nach dem Rechtsstudium in Freiburg i. Br. und in seiner Heimatstadt Leipzig wurde er mit einer unter der Anleitung von *Karl Binding* verfassten Arbeit „Das Interregnum. Eine staatsrechtliche Untersuchung“ promoviert, die Habilitation erfolgte ebendort 1893 für Staats-, Völker- und Verwaltungsrecht; 1899 außerordentlicher Professor in Leipzig, 1900 ordentlicher Professor in Tübingen, 1909 in Kiel, folgte er 1913 einem Ruf an die Berliner Universität auf einen Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht. Politisch konservativ – 1918 Mitglied der Deutschen Reichspartei, 1919 bis 1930 der DNVP, dem Nationalsozialismus gegenüber nach anfänglicher Euphorie skeptisch bis ablehnend eingestellt – vertrat *Triepel* nach so bedeutenden Werken wie „Völkerrecht und Landesrecht“ 1899, mit dem die dualistische Theorie des Verhältnisses beider Rechtsgebiete zueinander begründet wurde, oder „Die Reichsaufsicht“ 1917, die wohl tiefdringendste Analyse der Aporien des kaiserzeitlichen Föderalismus, in der Weimarer Zeit den gemäßigt antipositivistischen Mainstream im Sinne einer materialen Staatslehre, ohne völlige Auflösung in einer „geisteswissenschaftlichen Methodik“. Dies hatte rechtsdogmatische Folgen bis hin zur Bejahung einer Grundrechtsbindung des Gesetzgebers.<sup>139</sup> Durch die Gründung der Vereinigung 1921/22 versuchte er die methodisch wie politisch auseinander driftenden Teile der deutschen Staatsrechtslehre zusammenzuhalten. Mit seinem Schüler *Bruns* betrieb der stets an

<sup>136</sup> *Triepel*, ZaöRV 9 (1942/43), 324a; *Bilfinger*, in: NDB 2 (1955), 687.

<sup>137</sup> *Gassner*, *Triepel* (Fn. 13).

<sup>138</sup> So auch für *Triepel Gassner* (Fn. 13), 163.

<sup>139</sup> Zu *Triepels* methodischen Positionen und seiner methodischen Entwicklung ausführlich *Gassner* (Fn. 13), 202 ff.

völkerrechtlichen Fragen Interessierte die Gründung des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.<sup>140</sup>

### VIII. Fritz Poetzsch-Heffter

Offensichtlich durch seinen Unfalltod bedingt zeichnet *Fritz Poetzsch-Heffter* (1881–1935)<sup>141</sup> lediglich für den Band 22 (1935) neben *Bruns*, *Triepel* und *Koellreutter* als Mitherausgeber verantwortlich. In Sachsen geboren war *Poetzsch-Heffter* zunächst in unterschiedlichen, schließlich leitenden Funktionen der sächsischen Verwaltung tätig, von 1919 bis 1932 als stellvertretender Bevollmächtigter Sachsens beim Reichsrat, seit 1922 im Rang eines Ministerialdirektors. 1931/32 wurde er auf einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht und als Direktor eines neu eingerichteten Instituts für Staatsforschung an die Universität Kiel berufen.

### IX. Arnold Köttgen

Lediglich für den letzten Vorkriegsband 25 (1938), erschienen 1939, taucht *Arnold Köttgen* (1902 – 1967)<sup>142</sup> zusammen mit seinem akademischen Lehrer *Koellreutter* als Mitherausgeber („in Verbindung mit“ *Bruns* und *Triepel*) auf. Nach dem Jurastudium in Marburg, Graz, München und Jena und der Promotion 1924, der Habilitation 1928 bei *Koellreutter* in Jena (Das deutsche Berufsbeamtentum und die Parlamentarische Demokratie, 1928) war *Köttgen* seit 1931 und bis zur Schließung der Juristischen Fakultät 1939 Professor für öffentliches Recht in Greifswald. Nach Tätigkeiten in der Verwaltung und sowjetischer Haft war er zunächst als Gastdozent seit 1949 in Köln, einer kurzen Tätigkeit im Bundesministerium des Innern sowie an der Verwaltungshochschule Speyer 1951 Ordinarius in der Nachfolge *Smends* in Göttingen. *Köttgen* suchte die Verwaltungspraxis mit Verwaltungsrechtsdogmatik zu verbinden; seine Interessenfelder waren die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, das Kommunalrecht, Finanz- und Föderalismusfragen sowie Hochschulrecht.

### X. Gerhard Leibholz

In ein großbürgerliches Elternhaus in Berlin geboren wurde *Gerhard Leibholz* (1901–1982)<sup>143</sup> bereits als neunzehnjähriger 1921 unter der Anleitung von *Richard Thoma* in

<sup>140</sup> Näher *Gassner* (Fn. 13), 146 ff.

<sup>141</sup> Es gibt ausgesprochen wenig biographisches Material, vgl. etwa *Bülck/Newiger*, Professoren und Dozenten der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel 1665–1954, 4. Aufl. 1956, 44; <http://www.gaebler.info/phpgedview/individual.php?pid=1735&ged=cg.ged>, zuletzt abgerufen am 13. Juni 2014.

<sup>142</sup> *Fritz Werner*, AöR 92 (1967), 414; *Stolleis*, in: NDB 12 (1979), 412.

<sup>143</sup> *Link*, in: NDB 14 (1985), 117; *Wiegand*, Norm und Wirklichkeit, 1995; *Benöhr*, Das faschistische Verfassungsrecht Italiens aus der Sicht von Gerhard Leibholz, 1999; *Unruh*, AöR 126 (2001), 61; *Kaiser* (Hrsg.), Der Parteienstaat. Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz, 2013; *Stark*, Gerhard Leibholz (1901–1982), in: Häberle/Kilian/Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2015, 581.

Philosophie („Fichte und der demokratische Gedanke“) in Heidelberg promoviert, um anschließend ein Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und Berlin aufzunehmen. Seine berühmte und nachhaltig wirkende, von *Heinrich Triepel* betreute juristische Dissertation aus dem Jahr 1925 „Die Gleichheit vor dem Gesetz“, 1952 in zweiter Auflage erschienen, war ein Meilenstein auf dem Weg der Entwicklung zur Grundrechtsbindung des Gesetzgebers und enthielt mit der Analyse der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts und des US Supreme Courts deutlich rechtsvergleichende Partien. Der Gleichheitssatz wurde dort als Willkürverbot interpretiert. Das hat bis in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgestrahlt.<sup>144</sup> Von 1926 bis 1929 war *Leibholz* Referent am Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und auch von daher in ständigem Kontakt mit dessen Direktor *Viktor Bruns* und mit *Heinrich Triepel* – beide seit 1927 Mitherausgeber des JöR. Hier entstand seine Habilitationsschrift „Die Repräsentation in der Demokratie“, die nicht weniger als eine Neubeschreibung von parlamentarischer Repräsentation nach der Epoche des Liberalismus des 19. Jh. versucht, wobei er plebiszitäre und identitäre Elemente unter den Bedingungen einer „Massengesellschaft“ betont.<sup>145</sup> Die politischen Parteien spielen dabei eine herausragende, wenn auch nicht unproblematische Rolle. Immerhin analysierte *Leibholz* deren integrative Wirkungen und erkannte ihre unverzichtbare Funktion in einer parlamentarischen Demokratie. *Leibholz* wurde 1929 nach Greifswald und 1931 nach Göttingen berufen, wegen seiner jüdischen Herkunft 1935 zwangseremittiert und emigrierte 1938 nach England. Auch hier konnte er – wenn auch eingeschränkt – publizieren, nicht jedoch akademisch Fuß fassen. Seine regimekritische Haltung wurde durch die Schwägerchaft mit *Dietrich Bonhoeffer* verstärkt. *Leibholz* kehrte 1947 nach Göttingen zurück, 1951 schließlich auf einen eigens für ihn errichteten Lehrstuhl für Politische Wissenschaften und Allgemeine Staatslehre. Die akademische Lehrtätigkeit war freilich durch die Tätigkeit als Richter des Bundesverfassungsgerichts von 1951 bis 1971 beeinträchtigt. Seine Wirksamkeit als Verfassungsrichter kann kaum überschätzt werden. Als *spiritus rector* der sog. Statusdenkschrift<sup>146</sup> hat er die starke Position des Gerichts als Verfassungsorgan mitbegründet. In der Rechtsprechung war *Leibholz* bei „seinen“ aus der Weimarer Zeit stammenden Themen – Gleichheit, Repräsentation, Wahlen, Parteien – prägend.

### XI. Hermann von Mangoldt

Demgegenüber war *Hermann von Mangoldt* (1895–1953)<sup>147</sup> neben *Leibholz* nur Mitherausgeber des ersten Bandes neuer Folge 1951. Das scheint nicht darin begründet zu liegen, dass dieser die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes dokumentierende

<sup>144</sup> Zum Ganzen näher *Meinel*, in: Kaiser (Hrsg.), *Der Parteienstaat*, 2013, 169.

<sup>145</sup> Betont kritisch hinsichtlich der Methodik etwa *Lepsius*, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994, 357 ff.; ferner *Siehr*, in: Kaiser (Hrsg.), *Der Parteienstaat*, 2013, 45.

<sup>146</sup> Vgl. nur *Leibholz*, JöR 6 n.F. (1957), 109; *Benda/Klein*, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, § 4 Rdnr. 107 ff.; *Collings*, in: Kaiser (Hrsg.), *Der Parteienstaat*, 2013, 227.

<sup>147</sup> *Rohlf's*, *Hermann von Mangoldt (1895–1953)*, 1997; *Vosgerau*, in: *Buchstab/Kleinmann* (Hrsg.), *In Verantwortung vor Gott und den Menschen. Christliche Demokraten im Parlamentarischen Rat*

„Sonderband“ zusätzlich zu dem neuen Herausgeber aus Göttingen auch ein Mitglied des Parlamentarischen Rates zur Seite gestellt bekommen sollte, sondern der frühe und überraschende Tod *von Mangoldts* dürfte ausschlaggebend gewesen sein (im Band von 1952 wird er noch mit einem Kreuz neben *Leibholz* aufgeführt). *von Mangoldt* begann nach dem Ersten Weltkrieg, den er als Seeoffizier absolvierte, mit einem Bauingenieurstudium in Danzig, welches er abbrach, um in den Polizeidienst einzutreten. Daneben betrieb er ab 1922 ein rechtswissenschaftliches Studium in Königsberg. Nach der Promotion 1928 habilitierte er sich unter der Anleitung *Ernst von Hippels* 1931 in Königsberg mit einer Arbeit zum amerikanischen Verfassungsrecht. Diese Arbeit wurde 1938 erweitert unter dem Titel „Rechtsstaatsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika. Die geistigen Grundlagen des amerikanischen Verfassungsrechts“ (erneut) publiziert. *von Mangoldt* tritt einerseits nationalsozialistischen Juristenorganisationen bei, setzt andererseits mit seiner Begeisterung für das amerikanische Verfassungsrecht auch Gegenakzente. 1935 geht er nach Tübingen, wo er schließlich 1939 zum ordentlichen Professor ernannt wird. Der Wechsel 1940/41 nach Jena kann wegen erneuter Tätigkeit als Seeoffizier nicht mehr aktiv ausgefüllt werden, 1943 erfolgt die Berufung an die Universität Kiel. Gegen Kriegsende befasst er sich in wiederum ambivalenter Weise mit Eingrenzungen völkerrechtlicher Verantwortlichkeiten von Kriegsverbrechern. Nach Kriegsende engagiert sich *von Mangoldt* einerseits an der Universität und deren Wiederaufbau, andererseits nimmt er jetzt zunehmend politische Positionen in Schleswig-Holstein war. Bekannt ist seine wichtige Funktion im Parlamentarischen Rat als Vorsitzender des Ausschusses für Grundsatzfragen. Eine Berufung in die Erstbesetzung des Bundesverfassungsgerichts lehnt er ab, um sich seinem Grundgesetz-Kommentar – neben dem Bonner Kommentar zum Grundgesetz dem zweiten frühen (Groß-)Kommentar der neuen Verfassung – widmen zu können.

## XII. Peter Häberle

*Peter Häberle* (\* 1934) kann die längste Phase der (Allein-)Herausgeberschaft für sich in Anspruch nehmen. Das wissenschaftliche Werk des einzigen lebenden ehemaligen Herausgebers ist in diesem Band ausführlich gesondert gewürdigt.<sup>148</sup>

### D. Überblick über Autoren, Themen, Länder und Inhalte – eine quantitative Analyse vor allem der Gründungsphase 1907 bis 1939

Der dokumentarische Charakter des Jahrbuchs war in den Anfangsjahren noch sehr viel ausgeprägter, als er es in der Gegenwart ist oder sein könnte. Bei staatsrechtlichen Umbrüchen wird stets inhaltlich reagiert: Im Eröffnungsband – kein „Umbruch“, wohl aber, wie oben gezeigt, eine Epoche des Wandels – mit einer Entwicklungsge-

1948/49, 2008, 271; *Wolff*, Hermann von Mangoldt (1895–1953), in: Häberle/Kilian/Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2015, 457.

<sup>148</sup> *Vöbkuhle/Wischmeier*, Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag, in diesem Band.

schichte des Reichsverfassungsrechts aus der Feder von *Laband*<sup>149</sup> und einem Bericht über Stand und Entwicklung der Disziplin von *Philipp Zorn*.<sup>150</sup> 1920 berichtet *Walter Jellinek* auf 120 Seiten über „Revolution und Reichsverfassung“;<sup>151</sup> im selben Band der Königsberger Völkerrechtler *Herbert Kraus* über den Versailler Vertrag.<sup>152</sup> 1935–1933/34 lag ein Doppelband vor, der noch auf die Verfassungsentwicklung unter der Weimarer Verfassung einging – wird auf rund 270 Seiten über die „Machtergreifung“ als „nationalsozialistische Revolution“ berichtet.<sup>153</sup> Darauf, dass die Bandfolge 1951 mit einer lange Zeit maßgeblichen Darstellung der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes beginnt, wird noch näher einzugehen sein.<sup>154</sup>

Die quantitative Übersicht bezieht sich auf den Zeitraum von der Gründung 1907 bis zum Zweiten Weltkrieg.

### I. Autoren

Die Autoren stammen von Anfang an aus Wissenschaft und Praxis und von Anfang an sind sowohl deutsche als auch ausländische Juristen beteiligt. Gerade die Berichte über die Entwicklung des öffentlichen Rechts in den deutschen Ländern, aber auch mancher Auslandsbericht werden von Rechtsanwälten oder höheren Verwaltungsbeamten verfasst. Eine quantitative Auswertung der Nationalität der Autoren jeweils für unterschiedliche Epochen des Jahrbuchs ergibt folgendes:

#### 1. Phase: 1907 bis 1915 (Gründung bis zum Ersten Weltkrieg, neun Bände):

deutsche Autoren	51
Autoren aus:	
Österreich	12
Schweiz	4
USA	3
Frankreich	3
Niederlande	2
Ungarn	2
Belgien	1
Griechenland	1
Dänemark	1
Italien	1
Finnland	1
Spanien	1
Schweden	1
Norwegen	1
Japan	1

<sup>149</sup> S.o. unter B IV.

<sup>150</sup> Die Entwicklung der Staatsrechtswissenschaft seit 1866, JöR 1 (1907), 47.

<sup>151</sup> Untertitel: Bericht über die Zeit vom 9. November 1918 bis 31. Dezember 1919, AöR 9 (1920), 1.

<sup>152</sup> Der Friedensvertrag von Versaille, JöR 9 (1920), 291.

<sup>153</sup> *Poetzsch-Heffter/Ule/Dernedde*, JöR 22 (1935), 1.

<sup>154</sup> Unten unter III.

In dieser Zeit besteht eine deutliche Überschneidung mit den Autoren der Monographien in der Reihe „Das öffentliche Recht der Gegenwart“.<sup>155</sup> Nach dem Krieg erschien in der Reihe nur noch das Handbuch von *Anschütz/Thoma*, so dass diese Tradition abbrach.

2. *Phase*: Für 1920 bis 1932 sieht das Tableau so aus (13 Bände):

deutsche Autoren	48
Autoren aus:	
Österreich	2
Niederlande	2
Dänemark	2
Schweden	2
Rußland	2
Japan	2
Schweiz	1
Finnland	1
Italien	1
Jugoslawien	1
Lettland	1
Norwegen	1
Tschechoslowakei	1
Estland	1
Ungarn	1
Großbritannien	1
Litauen	1
Estland	1
Belgien	1
Rumänien	1
USA	1
Palästina	1
China	1

3. *Phase*: Im Dritten Reich – hier: zwischen 1933 und 1939 – ergeben sich folgende Veränderungen (fünf Bände):

deutsche Autoren	13
Autoren aus:	
Österreich	1
Ungarn	1
Polen	1
Frankreich	1
Bulgarien	1
Griechenland	1
Sowjetunion	1
Siam	1

<sup>155</sup> Vgl. die Übersicht oben in Fn. 7.

Ausländische Autoren werden im „Dritten Reich“ erstmals in dem Band von 1936 herangezogen.

Auch wenn über den gesamten Untersuchungszeitraum die deutschen Autoren überwiegen, geht die Zahl ausländischer Autoren unter dem Nationalsozialismus allenfalls leicht zurück. Die „Internationalität“ leidet kaum. Dies dürfte nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass mit *Otto Koellreutter* ein zwar (zunächst) überzeugter Nationalsozialist die Hauptlast der Herausgeberschaft trug, dieser jedoch zu den für auslandsrechtliche und rechtsvergleichende Perspektiven offensten Staatsrechtlern der Zeit zählte. Die Dominanz der Österreicher und Schweizer in der Gründungsphase dürfte nicht zuletzt in der geographischen und kulturellen Nähe begründet liegen.

## II. Auslandsrechtliche und rechtsvergleichende Berichte: Länder

Über welche Rechtsordnungen, über welche Länder wird konkret berichtet? Auch hier sollen wieder in der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg drei Phasen gesondert betrachtet werden:<sup>156</sup>

### 1. Phase: 1907 bis 1914

Deutschland (Reich)	11
Preußen	10
Bayern	9
Württemberg	5
Baden	4
Mecklenburg	4
Hessen	3
Sachsen	3
Braunschweig	2
Thüringische Staaten	2
Elsaß-Lothringen	2
Oldenburg	1
Hansestädte	1
Sachsen-Weimar	1
Österreich	9
Frankreich	9
Belgien	8
USA	6
Großbritannien	5
Russland	5
Dänemark	4
Ungarn	4
Norwegen	4
Italien	3

<sup>156</sup> Es versteht sich von selbst, dass es hier gelegentlich Unschärfen und Überschneidungen bei der Zuordnung der Artikel gibt.

Japan	3
China	3
Finnland	2
Türkei	2
Spanien	2
Schweiz	2
Schweden	2
Portugal	1
Niederlande	1
Griechenland	1
Kroatien	1
Monaco	1
Ägypten	1
sonstige Themen:	
Völkerrecht	9
Methoden u.ä.	8
Steuer- und Finanzrecht	3
Sozialrecht	2
Staat-Kirche	2
Privatrecht/IPR	1

## 2. Phase: 1920 bis 1932

Deutschland (Reich)	7
Thüringische Staaten	5
Hessen	4
Sachsen	4
Preußen	3
Bayern	3
Württemberg	3
Baden	3
Mecklenburg	1
Hansestädte	1
Hamburg	1
Kleinstaaten	1
Danzig	1
Österreich	7
Italien	5
Großbritannien	4
Lettland	3
Schweiz	2
Frankreich	2
Norwegen	2
Schweden	2
Tschechoslowakei	2
Niederlande	2

Ungarn	2
Japan	2
China	2
Dänemark	1
Jugoslawien	1
Polen	1
Litauen	1
Belgien	1
Rumänien	1
Finnland	1
Dänemark	1
Griechenland	1
Libanon	1
Mexiko	1
Tibet	1
Irak	1
Argentinien	1
Vorderer Orient	1
sonstige Themen:	
Verwaltungsrecht	5
Steuer- und Finanzrecht	3
Sozialrecht	2

Die Bände von 1920 und 1921 enthalten z.T. umfangreichere Textdokumentationen zu dem revolutionären Verfassungsumbruch von 1918/19.

### 3. Phase: 1933 bis 1939

Deutschland (Reich)	3
Preußen	1 <sup>157</sup>
Österreich	2
Frankreich	2
Polen	1
Tschechoslowakei	1
Italien	1
Großbritannien und Irland	1
Griechenland	1
Bulgarien	1
Spanien	1
Estland	1
Rumänien	1
Sowjetunion	1
USA	1
Siam	1

<sup>157</sup> Gliedstaatliche Berichte erledigten sich seit der „Gleichschaltung“ der Länder 1933/34; dazu statt aller nur *Willoweit*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 6. Aufl. 2009, 310f.

sonstige Themen:	
Völkerrecht	2
Verwaltungsrecht	2

In der ersten größeren Rezension resümiert *Friedrich Giese*: „Ohne den hohen wissenschaftlichen Wert der ‚Abhandlungen‘ im geringsten verkennen oder verkleinern zu wollen, möchte ich behaupten, daß in den ‚Berichten‘ der eigentliche Zweck des Jahrbuches am besten verwirklicht wird und seine charakteristische Eigenart am klarsten zum Ausdruck gelangt. Es ist ihnen darum eine ganz hervorragende Bedeutung beizumessen, deren Schwerpunkt allerdings nicht so sehr in der unmittelbaren Förderung der Wissenschaft zu erblicken ist, als vielmehr in der Bereitstellung neuen wissenschaftlichen Rechtsstoffes, der sonst nur schwer oder gar nicht zu beschaffen wäre.“<sup>158</sup> Die wörtliche Wiedergabe von Rechts-, insbesondere Verfassungstexten wird ausdrücklich mit dem Dokumentationsanspruch für die Wissenschaft gerechtfertigt.<sup>159</sup> Rezensionen oder Literaturberichte fehlten zunächst, was teilweise bedauert wurde,<sup>160</sup> sie wurden später begrenzt aufgenommen.<sup>161</sup>

### III. Band 1 der neuen Folge und seine Bedeutung für die Interpretation des Grundgesetzes

Sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch von Struktur und Thematik ragt der erste Band nach der durch den Zweiten Weltkrieg bedingten Publikationspause heraus. In Band 1 n.F. wurde 1951 auf über 900 Seiten eine nach Artikeln geordnete Materialsammlung zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes publiziert. Die Herausgeber – einer Remigrant, der andere Mitglied des Parlamentarischen Rates – begründen (wie oben bereits herausgestellt) die Neuzählung als Zeichen des Bruchs mit der auch im Jahrbuch zu findenden nationalsozialistischen Verstrickung und identifizieren sich zugleich mit den neuen Verfassung.<sup>162</sup>

Lange Jahre handelte es sich um die einzige öffentlich-zugängliche gedruckte Zusammenstellung. In der Bibliothek des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe war schon immer eine sehr viel ausführlichere artikelbezogene Aufbereitung vorhanden – freilich nur für den gerichtsinternen Gebrauch! Die systematische Edition der Materialien des Parlamentarischen Rates durch das Bundesarchiv erfolgte erst 1986 bis 2009.<sup>163</sup> Die von *Hans-Peter Schneider* herausgegebene, auf über 30 Bände und auf

<sup>158</sup> (Fn. 7), 196.

<sup>159</sup> *Giese* (Fn. 7), 196.

<sup>160</sup> *Giese* (Fn. 7), 196f.

<sup>161</sup> Vgl. etwa *Heer*, Deutsche Dissertationen zum ausländischen öffentlichen Recht, JöR 31 n.F. (1982), 367.

<sup>162</sup> *Leibholz/von Mangoldt*, JöR 1 n.F. (1951), III: „Die Herausgeber sind der Überzeugung, daß das unter den schwierigsten außen- und innenpolitischen Umständen zustande gekommene Bonner Grundgesetz eine Verfassung ist, die besser als ihr Ruf ist, und die in ihren grundsätzlichen politischen Entscheidungen alle Grundlagen für die gesamtdeutschen Entscheidungen enthält, welche eines Tages einmal getroffen werden müssen.“

<sup>163</sup> Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, 14 Bde., 1986 ff.

Vollständigkeit zielende systematische, d. h. wie JöR Band 1 n.F. nach Artikeln geordnete Sammlung „Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung“, begonnen in den 1990er Jahren, scheint ins Stocken geraten zu sein, ist zumindest noch unvollendet<sup>164</sup>. So stellte Band 1 n.F. JöR für eine sehr lange Zeit für Wissenschaft und Praxis (außerhalb des Bundesverfassungsgerichts) das wichtigste entstehungsgeschichtliche Handwerkszeug zum Grundgesetz dar. Auch wenn man nicht der subjektiv-historischen Auslegungsmethode<sup>165</sup> zuneigt, ist das wenn nicht ein Skandal, so doch zumindest ein gravierendes Desiderat im Umgang mit unserer Verfassung – auch und gerade in rechtsvergleichender Perspektive! Man wird kaum zu weit gehen, auch dies als Indiz fehlender Verfassungskultur zu sehen – auch wenn man in Rechnung stellt, dass der „Erfolg“ des Bandes 1 n.F. weitere Publikationsprojekte verzögert haben mag. In vielen Fachbibliotheken sticht dieser Band nicht nur wegen des Umfangs, sondern auch wegen deutlicherer Gebrauchsspuren aus den anderen Bänden heraus. Die beiden neuen Herausgeber der Nachkriegszeit, *Gerhard Leibholz* und *Hermann von Mangoldt*, bringen die Intention des Bandes im Vorwort zum Ausdruck:

„Der vorliegende Band des Jahrbuches nimmt insofern eine Ausnahmestellung ein, als er sich ausschließlich mit dem Bonner Grundgesetz befaßt. Die Herausgeber glauben, diesem keinen besseren Dienst erweisen zu können, als von sachlich berufener Seite einen verlässlichen Bericht über die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes zu bringen und diesen der weiteren Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen. Sie glauben, daß – angesichts der bisher bestehenden Schwierigkeiten, sich über die Entstehung des Grundgesetzes verlässlich informieren zu können – mit einem solchen Bericht eine in Theorie und Praxis gleicher Weise schmerzlich empfundene Lücke geschlossen wird, und daß all die, die berufen sind, sich mit dem Bonner Grundgesetz zu befassen, diese Publikation daher dankbar begrüßen werden.“<sup>166</sup>

Die Zusammenstellung des Materials erfolgte dann durch *Klaus-Berto von Doemming*,<sup>167</sup> *Rudolf Werner Fißlein*<sup>168</sup> und *Werner Matz*<sup>169</sup>, unterstützt durch Hilfskräfte, darunter auch *Wiltraud von Brünneck*.<sup>170</sup> Geleitworte von *Anton Pfeiffer* (1888 – 1957)<sup>171</sup>,

<sup>164</sup> Schneider/Kramer (Hrsg.), *Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung*, bisher 10 Bde., 1995 ff.

<sup>165</sup> Vgl. etwa *Matthias Jestaedt*, *Und er bewegt sich doch! Der Wille des Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes*, in: FS Schmitt Glaeser, 2003, S. 267 ff.

<sup>166</sup> JöR, 1 n.F. (1951), III.

<sup>167</sup> *Claus Berto von Doemming* (1915–1993), nahm als Verfassungsrechtsexperte am Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee teil, war nichtstimmberechtigter Bevollmächtigter des Landes Rheinland-Pfalz beim Parlamentarischen Rat, von 1949 bis 1955 erster Stündiger Vertreter dieses Landes beim Bund, Ministerialdirigent im Kultusministerium in Mainz und schließlich von 1963 bis zu seiner Pensionierung 1967 Staatssekretär im rheinland-pfälzischen Innenministerium; *60 Jahre Landesvertretung Rheinland-Pfalz*, 2009, 31.

<sup>168</sup> (1900–1980); Ministerialrat; publizierte bereits 1947 Titel wie: *Demokratie und Diktatur; Die unwandelbaren Fundamente des Staates. Grundsätze einer wertgebundenen Staatslehre; 1973: Mensch und Staat. Grundzüge einer anthropologischen Staatslehre; zusammen mit Matz AöR 75 (1949), 346 zur Entstehungsgeschichte zweier GG-Artikel.*

<sup>169</sup> Vgl. etwa *Matz*, DÖV 1949, 181; *ders.*, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1. Aufl. 1949, 2. Aufl. 1954 (Text mit erläuterndem Anhang).

<sup>170</sup> Zu ihr etwa *Waldhoff*, in: NDB 22 (2005), 615.

<sup>171</sup> *Anton Pfeiffer*, Realschullehrer, BVP-Politiker in der Weimarer Zeit (1928–1933 MdL), Mitbegründer der CSU 1945, Mitglied der verfassungsgebenden Landesversammlung in München, 1946 Son-

Mitglied des Parlamentarischen Rates und von Adenauer als dessen Vorsitzender mit der „Abwicklung der Angelegenheiten des Parlamentarischen Rates“ betraut sowie dem ehemaligen Mitglied und seinerzeitigen Bundesinnenminister *Robert Lehr* (1883 – 1956)<sup>172</sup> verdeutlichen die Intention.

#### IV. Neuere Tendenzen in Stichworten

Die unter *Leibholz* Alleinverantwortung bis 1982 erschienenen Bände knüpfen mit Berichten über die Rechtsentwicklung im Ausland und in den Ländern mehr oder weniger nahtlos an die Vorkriegszeit an. Unter der prägenden Herausgeberschaft von *Peter Häberle* sind seit 1983 neue und innovative Rubriken hinzugekommen. Schon im ersten Band unter seiner Alleinverantwortung beginnt die Reihe „Die Staatsrechtslehre in Selbstdarstellungen“ mit dem juristischen Lebensbericht *Werner von Simons* „Der Staat als Erlebnis“<sup>173</sup> sowie die Reihen „Richterbilder“<sup>174</sup> und später „Europäische“ und „Internationale Staatsrechtslehrer“ bzw. „Europäische Juristen“. „Abhandlungen“ und „Berichte“ werden stärker getrennt. Geradezu als Markenzeichen entwickeln sich Berichte über Verfassungsgebung bzw. Verfassungsprojekte.<sup>175</sup> Aus historischen Anlässen werden Themenschwerpunkte, so 1991/92 zum 700jährigen Jubiläum der Eidgenossenschaft, die auch weiterhin wegen der zahlreichen Verfassungsrevisionsprojekte auf kantonaler wie auf Bundesebene vorübergehend einen gewissen Schwerpunkt bildet, einschließlich umfangreicher Dokumentation von Texten und Entwürfen. Auch viele Verfassungen der neuen Bundesländer werden so dokumentiert. Berichte aus ausländischen Verfassungsordnungen werden nun häufiger durch die Dokumentation des Verfassungstextes ergänzt. Die Berichte über das Landesverfassungsrecht werden weiterhin gepflegt. Das 60jährige Grundgesetzjubiläum bildet in drei Folgebänden einen Schwerpunkt.<sup>176</sup> Englisch- und französischsprachige Beiträge kommen vor, bleiben jedoch eine Randerscheinung. Hervorgehoben werden sollen noch Abhandlungen, die die eigene Disziplin bespiegeln: Vor allem *Helmuth Schulze-Fielitz* hat mit einem vielbeachteten Beitrag Qualitätsstandards

---

derminister für Entnazifizierung, 1946 bis 1950 Staatssekretär und Leiter der bayerischen Staatskanzlei, Vorsitzender des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee, Vorsitzender der CDU/CSU-Fraktion im Parlamentarischen Rat. 1950 bis 1954 erst Generalkonsul, dann deutscher Botschafter in Brüssel. Zu ihm *Reuter-Boysen*, in: NDB 20 (2001), 314.

<sup>172</sup> *Robert Lehr*, Jurist, seit 1924 Oberbürgermeister von Düsseldorf, nach 1933 entlassen und Kontakte zum Widerstand; Mitglied des Parlamentarischen Rates und ab Dezember 1948 stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Fraktion; seit 1949–1953 MdB, seit Oktober 1950 bis 1953 in der Nachfolge des zurückgetretenen *Gustav Heinemann* Bundesinnenminister. Zu ihm *Kaff*, in: NDB 14 (1985), 112; *Lange*, Gestalter des Grundgesetzes, 1999, 59; zu seinen Widerstandskontakten und zu seinem Wirken im Parlamentarischen Rat ferner *Waldhoff*, *Der Staat* 49 (2010), 51 (59f.).

<sup>173</sup> JöR 32 n.F. (1983), 31.

<sup>174</sup> *Ritterspach*, Harmann Höpker Aschoff. Der erste Präsident des Bundesverfassungsgerichts, JöR 32 n.F. (1983), 55 sowie *Fromme*, Ein ungewöhnlicher Richter. Das Wirken Willi Geigers am Bundesverfassungsgericht, ebd., 63.

<sup>175</sup> Beginnend mit *Blaustein*, *The Making of Constitutions*, JöR 35 n.F. (1986), 699.

<sup>176</sup> JöR 57 n.F. (2009), 1–88; JöR 58 n.F. (2010), 1–118; JöR 59 n.F. (2011), 1–214.

eingefordert;<sup>177</sup> eine gewisse Tradition besitzen die Tagungsberichte über die Assistententagung im Öffentlichen Recht.<sup>178</sup>

## E. Schluss

Die Zusammensetzung der Herausgeber des Jahrbuchs schwankte zwischen hektischem und kurzzeitigem Wechsel sowie langjähriger Kontinuität. Von 1915 bis 1918 und von 1940 bis 1950 konnte es kriegsbedingt nicht erscheinen. Die Funktion, ausländisches öffentliches Recht zu dokumentieren, wurde bereits durch die Gründung des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht relativiert, angesichts der medialen Fortschritte wäre eine Überbetonung reiner Dokumentation heute noch schwerer zu rechtfertigen. Ob alles so gut gelungen ist wie die euphorische Schlussbewertung der ersten größeren Rezension aus dem Jahr 1915 suggeriert, wäre noch näher zu untersuchen:

„Wenn wir zum Schluß das ‚Jahrbuch‘ des öffentlichen Rechtes der Gegenwart als Gesamtwerk würdigen, so dürfen wir dem Unternehmen den Preis einer hervorragenden Förderung des öffentlichen Rechts zuerkennen. Seine tiefgründigen Monografien bereichern unmittelbar die zum öffentlichen Rechte gehörenden Zweige der Rechtswissenschaft, seine sorgfältig abgefaßten Berichte fördern sie zum mindesten mittelbar, indem sie ein wertvolles Material bereitstellen. [...] Das Jahrbuch ist eine Zierde der deutschen Rechtswissenschaft, ein unentbehrliches Werk, das sofort geschaffen werden müßte, wenn es noch nicht bestände, ein Buch, das einzig in seiner Art dasteht und dessen eigenartige Bedeutung durch ähnliche neuere Unternehmungen wie z.B. das Jahrbuch des Völkerrechts, die Zeitschrift für Politik, das Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie vortrefflich ergänzt, aber niemals ersetzt wird.“<sup>179</sup>

Das archivalische Material aus dem in der Staatsbibliothek zu Berlin deponierten Verlagsarchiv Mohr-Siebeck, das hier nur für die (Vor-)Gründungsphase herangezogen werden konnte, aber auch die 87 Bände des Jahrbuchs (25 alter und 62 neuer Folge) sind derart reichhaltig, dass diese wenigen Bemerkungen eher als Anregung für weitere Forschung, wie sie für andere Zeitschriften bereits vorliegen,<sup>180</sup> dienen sollten. Dadurch könnte nicht nur ein weiteres wichtiges Periodikum des öffentlichen Rechts in Deutschland in seiner Entwicklung wissenschaftsgeschichtlich gewürdigt werden. Unter der Fragestellung, ob das JöR als Indikator für das Verhältnis der Wissenschaft vom öffentlichen Recht in Deutschland zu ausländischen Rechtsordnungen und zur Rechtsvergleichung taugt, könnte ein historischer Strang bei der methodologischen Diskussion über Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht erarbeitet werden.

<sup>177</sup> Was macht Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, JöR 50 n.F. (2002), 1, wieder abgedruckt in *ders.*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, 298.

<sup>178</sup> *Schulze-Fielitz*, 25 Jahre Assistententagung, JöR 34 n.F. (1985), 35, wiederabgedruckt in *ders.*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, 47; *Heckmann*, Zwischen Spontanität und Professionalität. Zehn weitere Jahre Assistententagung Öffentliches Recht (1985–1995), JöR 44 n.F. (1996), 237; *Groeblichhoff/Lachmayer*, Die Assistententagung Öffentliches Recht auf dem Weg ins 21. Jahrhundert, JöR 55 n.F. (2007), 429.

<sup>179</sup> *Giese* (Fn. 7), 197.

<sup>180</sup> Hier ist wiederum auf das AöR hinzuweisen, vgl. die Nachweise oben in Fn. 5.

# Schwerpunktthema

## Identitäterä

### Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes

von

Prof. Dr. Christoph Schönberger, Universität Konstanz

#### Inhalt

<i>Einführung</i> . . . . .	42
I. <i>Die kurze Geschichte der Verfassungsidentität: Von Maastricht nach Paris, Karlsruhe, Warschau und Brünn</i> . . . . .	44
1. <i>Der Katalysator: Die Anerkennung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten im Unionsrecht</i> . . . . .	44
2. <i>Die Erfindung der Verfassungsidentität</i> . . . . .	45
II. <i>Die Konjunktur von Identität als dialektische Antwort auf Globalisierung und Europäisierung</i> . . . . .	46
III. <i>Die Frage nach der Frage, auf die Verfassungsidentität eine Antwort sein soll</i> . . . . .	49
1. <i>Das föderale Problem der Sicherung der Vielfalt in der Einheit</i> . . . . .	49
2. <i>Die unionsrechtliche Antwort</i> . . . . .	50
a) <i>Die Bedeutung der unionsrechtlichen Identitätsklausel</i> . . . . .	50
b) <i>Nationale Identität versus Verfassungsidentität</i> . . . . .	51
c) <i>Zwischenbilanz: Die unionsrechtliche Identitätsklausel als Gegenbild der Verfassungsidentität</i> . . . . .	54
IV. <i>Verfassungsidentität als Widerstandsformel</i> . . . . .	54
1. <i>Zweierlei Sonderweg</i> . . . . .	55
a) <i>Die selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit als Voraussetzung der Verfassungsidentität</i> . . . . .	56
b) <i>Die deutsche Sonderform der Verfassungsidentität und die politische Kultur der Bundesrepublik</i> . . . . .	57
2. <i>Warum das Konzept der Verfassungsidentität nicht überzeugen kann</i> . . . . .	58
a) <i>Ein kontingentes Rechtsprechungsprodukt ohne Textgrundlage</i> . . . . .	58
b) <i>Verfassungsidentität eines Mitgliedstaats</i> . . . . .	59
c) <i>Sakralisierung beliebiger Inhalte</i> . . . . .	59
d) <i>Thematisierung europapolitischer Grundsatzfragen mit ungeeigneten Mitteln</i> . . . . .	60
V. <i>Schluss: Auf dem Weg zur Musealisierung des Grundgesetzes?</i> . . . . .	61

## Einführung

Laut schallt sie in die Juristenwelt hinein. Im Verfassungsorchester der Gegenwart ist sie die erste Posaune. Legte *Gustave Flaubert* heute sein „Wörterbuch der Gemeinplätze“ neu auf, müsste ein Eintrag zum Stichwort „Verfassungsidentität“ wohl lauten: „Nationales, wenn nicht nationalistisches Delirium. Dogmatische Schrulle der Staatsrechtsprofessoren. Ausweispapier der Nationalstaaten. Moderne Variation der Idee der Souveränität.“<sup>1</sup> Besonders lärmend tönt das neue Instrument aus dem frisch renovierten Glaspalast des Bundesverfassungsgerichts. Seit das Karlsruhe Gericht in seinem Lissabon-Urteil von 2009 einen Katalog vermeintlich verfassungsidentitätsnotwendiger Zuständigkeiten aufgeblättert hat,<sup>2</sup> ist kaum ein Themenfeld noch davor sicher, als Teil der Identität des Grundgesetzes entdeckt zu werden: die Absage an die nationalsozialistische Vergangenheit als ungeschriebene Schranke der Meinungsfreiheit,<sup>3</sup> der grundrechtliche Datenschutz,<sup>4</sup> die Haushaltsautonomie des Bundestages,<sup>5</sup> zuletzt gar die Frage nach den Kompetenzen der Europäischen Zentralbank in der Staatsschuldenkrise<sup>6</sup>. In erster Linie geht es der Karlsruhe Rechtsprechung dabei um die Stellung der Bundesrepublik Deutschland, ihrer Verfassung und ihres Verfassungsgerichts innerhalb der Europäischen Union.

Die gemeineuropäische Debatte über die Identität von Verfassungen, die seit den neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts mit wachsender Intensität geführt wird, kreist ebenfalls in erster Linie um die Bedeutung des Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten innerhalb der Europäischen Union.<sup>7</sup> Sie fragt nicht nach der Identität der Verfassung als solcher, sondern nach der Identität der Verfassung eines Mit-

<sup>1</sup> Laurence Burgogues-Larsen, *L'identité constitutionnelle en question(s)*, in: dies. (Hrsg.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, 2011, 155, 155: „*Delirium national, voire nationaliste. Lubie dogmatique des professeurs de droit. Carte d'identité des États nations. Variation moderne de l'idée de souveraineté.*“

<sup>2</sup> BVerfGE 123, 267 (357 ff.) – Lissabon (2009). Bereits 35 Jahre zuvor, in seiner ersten Solange-Entscheidung, hatte das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf den damals kaum ausgebauten europäischen Grundrechtsschutz davon gesprochen, Art. 24 GG begrenze die Möglichkeit der Beteiligung an einer europäischen Integration, „indem an ihm eine Änderung des Vertrags scheitert, die die Identität der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in die sie konstituierenden Strukturen aufheben würde. Und dasselbe würde für Regelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts gelten, die aufgrund einer entsprechenden Interpretation des geltenden Vertrags getroffen und in derselben Weise die dem Grundgesetz wesentlichen Strukturen berühren würden.“: BVerfGE 37, 271 (279 f.) – Solange I (1974), Hervorhebung nur hier.

<sup>3</sup> BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel (2009). Zur Kritik an der dortigen Berufung auf Verfassungsidentität: O. Lepsius, *Jura* 2010, 527, 535.

<sup>4</sup> BVerfGE 125, 260 (324) – Vorratsdatenspeicherung (2010): „Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland, für deren Wahrung sich die Bundesrepublik in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss. Durch eine vorsorgliche Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten wird der Spielraum für weitere anlasslose Datensammlungen auch über den Weg der Europäischen Union erheblich geringer.“

<sup>5</sup> BVerfGE 129, 124 (179 f.) – EFSF (2011).

<sup>6</sup> BVerfGE 134, 366 (418 f.) – OMT (2014).

<sup>7</sup> L. Burgogues-Larsen (Hrsg.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges* (Fn. 1); A. Saiz Arnaiz/C. Alcobarro Llivina (Hrsg.), *National Constitutional Identity and European Integration*, 2013; E. Cloots, *National Identity in EU law*, 2015, S. 160 ff.

gliedstaats der Europäischen Union,<sup>8</sup> nach der *unionsgerichteten Verfassungsidentität*. Versteht man hingegen unter Identität der Verfassung ganz allgemein deren Bewahrung durch die Zeit hindurch, dann beschäftigt diese Problematik die verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Diskussion schon seit der Entstehung der modernen Verfassungen in den atlantischen Verfassungsrevolutionen. Denn seit dem ausgehenden achtzehnten Jahrhundert gibt es die Frage nach der zeitlichen Geltung der Verfassung, nach ihrer erschwerten oder ausgeschlossenen Abänderbarkeit und nach ihrer möglichen Ablösung durch eine andere.<sup>9</sup> Einen vergleichbaren Erfahrungsschatz an praktisch erprobten Klauseln und begleitenden verfassungsrechtlichen Überlegungen gibt es für die Frage nach der Identität der Verfassung des Mitgliedstaats eines Integrationsverbands hingegen nicht. In der angestammten Diskussion geht es, um ein räumliches Bild zu gebrauchen, allein um die Horizontale des Beisichbleibens der Verfassung in der Zeit. Hingegen betrifft die Frage nach der Identität der Verfassung eines Mitgliedstaates zugleich die Vertikale: Sie behandelt mitgliedstaatliches Verfassungsrecht, das in eine föderative Union eingebunden ist und sich mit dieser gemeinsam entwickelt und verändert. Das Getöse rund um die Verfassungsidentität überdeckt nur notdürftig, dass der Rechtsprechung einiger Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten, allen voran des Bundesverfassungsgerichts, nicht nur die verfassungstextliche Grundlage einer eigenständigen unionswärtigen Identitätsklausel fehlt, sondern vor allem auch ein erprobter Bestand an diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Kategorien und Denkfiguren. In dieser Lage ist es nicht Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Reflexion, für das dunkle, undeutliche Wort „Verfassungsidentität“ das fehlende theoretische Fundament nachzuliefern. Vielmehr geht es – frei nach Odo Marquard<sup>10</sup> – um *die Frage nach der Frage, auf die Verfassungsidentität die Antwort sein soll*.

Der Beitrag nähert sich dieser Frage in fünf Schritten. Zunächst blickt er auf die kurze Geschichte der Verfassungsidentität seit dem Vertrag von Maastricht zurück (I). Im Anschluss fragt er nach den Gründen für die Konjunktur von Worten wie nationale Identität und Verfassungsidentität seit den neunziger Jahren und findet sie in der Dialektik zwischen wachsender Globalisierung und Europäisierung einerseits, kultureller Renationalisierung andererseits (II). Er zeigt dann, dass das zugrunde liegende Sachproblem die klassische Frage des Föderalismus nach Einheit in der Vielfalt ist, und analysiert, wie das Unionsrecht einen Ausschnitt aus diesem Problemfeld mit seiner Klausel zum Schutz der nationalen Identität der Mitgliedstaaten zu verarbeiten sucht (III). Daran schließt sich die Untersuchung der Verfassungsidentität als Widerstandsformel nationaler Verfassungsgerichte an (IV). Der Ausblick macht ab-

<sup>8</sup> Treffend dazu F.-X. Millet, *L'Union Européenne et l'Identité Constitutionnelle des États Membres*, 2013, S. 93.

<sup>9</sup> P. Häberle, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, in: FS Hans Haug, 1986, 81; H. Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009; die traditionelle und die supranationale Identitätsfrage amalgamierend P. Kirchhof, Die Identität der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof, *HdbStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 21; zur deutschen Entwicklungsgeschichte näher M. Polzin, *Der Staat* 53 (2014), 61. Aus der US-amerikanischen Diskussion um das „Selbst“ der Verfassung siehe auch M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, 2010; G. J. Jacobson, *Constitutional Identity*, 2010.

<sup>10</sup> O. Marquard, *Frage nach der Frage, auf die Hermeneutik die Antwort ist* (1979), in: ders., *Zukunft braucht Herkunft. Philosophische Essays*, 2003, 72.

schließlich deutlich, dass die Beschwörung von Verfassungsidentität ungewollt Gefahr läuft, das nationale Verfassungsrecht in ein Museumsstück zu verwandeln (V).

## I. Die kurze Geschichte der Verfassungsidentität: Von Maastricht nach Paris, Karlsruhe, Warschau und Brünn

### 1. *Der Katalysator: Die Anerkennung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten im Unionsrecht*

Die Geschichte der Verfassungsidentität im Kontext der europäischen Integration ist kurz. Zwar gibt es mit der Solange I-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1974 einen terminologischen Vorläufer in der älteren Rechtsprechung.<sup>11</sup> Als eigentlicher Katalysator hat indes paradoxerweise das Unionsrecht selbst gewirkt. Denn es war der Vertrag von Maastricht, der 1992 einen verwandten Begriff in das Primärrecht einfuhrte: die *nationale Identität*. Das Vertragsrecht spricht seither in wechselnden Formulierungen davon, dass die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achte. Dieser Begriff wurde dann auch sofort vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffen, das im Maastricht-Urteil 1993 von einem europäischen „Staatenverbund“ sprach, „der von den Mitgliedstaaten getragen wird und deren nationale Identität achtet.“<sup>12</sup> Hintergrund dieser mit dem Maastrichter Vertrag einsetzenden Entwicklung im Unionsrecht war dessen veränderte Wahrnehmung in den Mitgliedstaaten. Das Gemeinschaftsrecht war zunächst über längere Zeit vor allem als ein sektorales Vertragsregime zur ökonomischen Integration gedeutet worden. Hier schienen ausdrückliche Vertragsklauseln zur Sicherung nationaler Belange der Mitgliedstaaten entbehrlich. Dieser ältere Blick auf die europäische Integration änderte sich mit dem Maastrichter Vertrag grundlegend. Mit der Wirtschafts- und Währungsunion vertiefte sich die ökonomische Integration erheblich. Die neugegründete Europäische Union wandte sich nun auch Bereichen wie der Außen- und Sicherheitspolitik oder der Innen- und Rechtspolitik zu und kam damit klassischen Tätigkeitsfeldern der Mitgliedstaaten näher. Mit der Einführung der Unionsbürgerschaft verfolgte sie überdies nun selbst das Ziel aktiver europäischer Identitätsbildung.<sup>13</sup> Der Ratifikationsprozess begegnete auch erstmals tiefen europaskeptischen

<sup>11</sup> Zur Solange I-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts siehe schon oben Fn. 2. Es ist nicht erkennbar, dass diese ältere Verwendung des Begriffs der Identität *der Verfassung* durch das BVerfG aus dem Jahr 1974 knapp zwanzig Jahre später die Aufnahme des Begriffs der *nationalen* Identität in den Maastrichter Vertrag bewirkt hätte (so aber *v. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701, 718f., die insoweit von einem „begriffspolitischen Erfolg“ des Gerichts sprechen). Eine derartige Spätzündung liegt schon deshalb fern, weil die erste sprachliche Fassung der Identitätsklausel im Maastrichter Vertrag allein von nationaler Identität der Mitgliedstaaten sprach und sich gar nicht besonders auf das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht bezog; für ein weites Verständnis der Klausel über Verfassungsrecht hinaus deshalb damals *M. Hilf*, Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, in: GS Eberhard Grabitz, 1995, 157, 163; zur Entwicklungsgeschichte der Klausel siehe im Einzelnen die Nachweise in Fn. 15.

<sup>12</sup> BVerfGE 89, 155 (181) – Maastricht (1993).

<sup>13</sup> *C. Schönberger*, Stifdet die Unionsbürgerschaft europäische Identität?, in: P. Müller-Graff (Hrsg.), *Der Zusammenhalt Europas – In Vielfalt geeint*, 2009, 55.

Strömungen in vielen Mitgliedstaaten. In dieser schwierigen Gemengelage versuchten die Vertragsparteien, die Vertiefung der Integration dadurch auszubalancieren, dass sie gleichzeitig erstmals die nationale Identität der Mitgliedstaaten im Vertragsrecht anerkannten.<sup>14</sup> Ein mehrfacher Häutungsprozess der Vorschrift – über den Vertrag von Amsterdam (1999) und den gescheiterten Verfassungsvertrag (2004)<sup>15</sup> – führte dann schließlich im Lissaboner Vertrag von 2009 zur geltenden Regelung in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV. Dort heißt es:

„Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“

Von diesem unionsrechtlichen Begriff der nationalen Identität führt zwar bis heute kein direkter Weg zu demjenigen der Verfassungsidentität. Aber seit dem Lissaboner Vertrag, der hier die Formulierung aus dem gescheiterten Verfassungsvertrag übernimmt, stellt die Identitätsklausel des Unionsvertrags ausdrücklich selbst einen gewissen Bezug der nationalen Identität zu den Verfassungen der Mitgliedstaaten her.<sup>16</sup> Diese erstmalige Verknüpfung im Vertragsrecht hat den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten überhaupt erst die Gelegenheit geboten, die Kategorie der Verfassungsidentität zu entwickeln.<sup>17</sup>

## 2. Die Erfindung der Verfassungsidentität

Die Aufnahme der nationalen Identität in das Unionsrecht und deren Verknüpfung mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten entzündete die juristische Phantasie mancher Verfassungsgerichte. Erstmals berief sich der französische Verfassungsrat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 auf eine „identité constitutionnelle“ Frankreichs.<sup>18</sup> Danach verbanden nun einige Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten ihren natürlichen Prüfungsgegenstand, die Verfassung, mit dem aus dem Unionsrecht stammen-

<sup>14</sup> Zusammenfassend dazu *L. F. M. Besselink*, *Utrecht Law Review* Bd. 6/3 (2010), 36, 40f.; *M. Claes*, *National Identity: Trump Card or Up for Negotiation*, in: *Arnaiz/Alcoberro Llivina* (Fn. 7), 109, 112ff., 115f.

<sup>15</sup> Näher beschrieben bei *Claes* (Fn. 14), 117ff.; ausführliche Rekonstruktion der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Identitätsklausel im Unionsrecht von Maastricht bis Lissabon bei *Millet* (Fn. 8), S. 153ff.; eingehend zur Entstehung der geltenden Identitätsklausel in der Konventsberatung zum Verfassungsvertrag *B. Guastaferrero*, *Yearbook of European Law* 31 (2012), 263, 271ff.

<sup>16</sup> *Besselink* (Fn. 14), S. 43f.; *Millet* (Fn. 8), S. 163f. Zugleich unterlag die unionsrechtliche Identitätsklausel nun erst der Kontrolle durch den Gerichtshof.

<sup>17</sup> Treffend dazu *F.-X. Millet*, *The Respect for National Constitutional Identity in the European Legal Space: An Approach to Federalism as Constitutionalism*, in: *L. Azouli* (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, 2014, 253, 260.

<sup>18</sup> CC 27.7.2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, déc. no. 2006-540 DC, *Considérant* Nr. 19: „que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti“. Zur Entwicklung der Rechtsprechung zur „Verfassungsidentität“ in Frankreich, die sich anders als in Deutschland aus der Frage der Kontrolle des Sekundärrechts entwickelte und sehr viel zurückhaltender ist als die deutsche Rechtsprechung, näher *J.-H. Reestman*, *European Constitutional Law Review* 5 (2009), 374, 386ff.; *M. Walter*, *ZaöRV* 72 (2012), 177, 184ff.; *Millet* (Fn. 8), S. 39ff.; siehe dazu auch unten IV.1b.

den Begriff der Identität, um aus dem nationalen Verfassungsrecht Kontrollvorbehalte oder Integrationsgrenzen abzuleiten. Hauptakteur war das deutsche Bundesverfassungsgericht, das die Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Jahr 2009 zu einem der Schlüsselbegriffe seines Lissabon-Urteils machte.<sup>19</sup> Ihm folgten in deutlich abgeschwächter Form alsbald die Verfassungsgerichte Polens und Tschechiens.<sup>20</sup> Die Verfassungsgerichte versuchen dabei, ihre Aussagen zur Identität der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassung als Spiegelbild der unionsrechtlichen Gewährleistung nationaler Identität darzustellen. Das Bundesverfassungsgericht beansprucht beispielsweise im Lissabon-Urteil die Prüfungskompetenz, „ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist.“ Anders könnten „die von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner (!) Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden.“ Insoweit gingen „die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand“.<sup>21</sup> Dieser behauptete Gleichlauf ist freilich nur verfassungsgerichtliches Selbstmarketing. Denn die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten steht in keinem wirklichen Korrespondenzverhältnis zur Verfassungsidentität mancher Verfassungsgerichte.<sup>22</sup> Indem die Union den Begriff der nationalen Identität in ihr Vertragsrecht aufnahm und diesen später ausdrücklich zu den mitgliedstaatlichen Verfassungen hin öffnete, hat sie aber überhaupt erst den Anstoß dafür gegeben, dass einige Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten im Gegenzug die neue Kategorie der Verfassungsidentität erfanden.

## II. Die Konjunktur von Identität als dialektische Antwort auf Globalisierung und Europäisierung

Unionsrecht und mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte spiegeln dabei in der Form von Rechtstexten und juristischen Konstruktionen die starke Rückbesinnung auf nationale und kulturelle Identität in den europäischen Gesellschaften der Gegenwart wider. Im Kern geht es dabei um eine dialektische Beziehung zwischen technischer, rechtlicher und gesellschaftlicher Modernisierung einerseits und dem verstärkten Bedürfnis nach Hervorhebung nationaler und kultureller Eigenheiten andererseits.

Diese Dialektik ist im zwanzigsten Jahrhundert zunächst besonders stark von Ländern, Gesellschaften und sozialen Gruppen durchlebt worden, die dem Druck der westlichen Modernisierung von außen, durch Kolonisierung oder Selbstanpassung, ausgesetzt waren, ohne über spezifische kulturelle Ressourcen zu deren Verarbeitung

<sup>19</sup> BVerfGE 123, 267 (340, 354, 400f.) – Lissabon (2009).

<sup>20</sup> J. Rideau, The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the ‚German Model‘, in: Saiz Arnaiz/Alcoberro Llivina (Hrsg.), National Constitutional Identity (Fn. 7), 243; zusammenfassend M. Wendel, Der Staat 52 (2013) 339, 366f.

<sup>21</sup> BVerfGE 123, 267 (352) – Lissabon (2009).

<sup>22</sup> Die Unterschiede betonend inzwischen auch BVerfGE 134, 366 (386f.) – OMT (2014); vgl. dazu M. Wendel, ZaöRV 74 (2014), 615 (644). Zum fehlenden Korrespondenzverhältnis zwischen der nationalen Identität des Unionsrechts und der Verfassungsidentität näher unten III.2b.

zu verfügen.<sup>23</sup> In diesem Prozess traten Herkunft und Zukunft immer stärker auseinander. Eingelebte kulturelle und soziale Praktiken verschwanden oder waren doch vom Verschwinden bedroht. Die betroffenen Gesellschaften und Gruppen reagierten darauf nicht selten mit einer bewussten, manchmal trotzigem Erneuerung und Verteidigung dieser Praktiken. Die ethnologische Forschung zu derartigen Gegenbewegungen zeigt freilich, dass die bewusste Verteidigung von Tradition immer in ein grundlegendes Dilemma hineingerät. Denn die aktiv herbeigeführte Erneuerung verändert die gelebte Tradition immer grundlegend, oder aber diese Tradition wird durch ihre Musealisierung aus der alltäglichen sozialen Praxis endgültig herausgelöst.<sup>24</sup> Wer sich auf Tradition beruft, ist immer schon dabei, diese zu verändern.

Ähnliche Prozesse haben durchaus auch viele westliche Gesellschaften immer wieder durchlaufen. Hier wurde die Modernisierung aber häufig als selbstgestaltet erlebt, und es gab gewisse kulturelle Kompensationsformen, um die Erfahrung beschleunigter Veränderung zu verarbeiten.<sup>25</sup> Seit den neunziger Jahren wird die wachsende Globalisierung der Lebenswelt aber auch in Europa immer stärker in ähnlicher Weise aufgenommen, wie außereuropäische Gesellschaften schon seit geraumer Zeit ihre Verwestlichung wahrnehmen. Als Europa noch im Zentrum der Welt stand, wurden derartige Erfahrungen nur an seiner Peripherie gemacht. Nun, da Europa nach dem Ende des Kalten Krieges seine zentrale Stellung in der Welt endgültig eingebüßt hat, wandern diese von der Peripherie in das frühere Zentrum ein. Die wachsende Sehnsucht nach Identität ist Ausdruck dieses Prozesses, überdeckt indes nicht selten nur notdürftig die eingetretene Leere und Desorientierung. Der französische Philosoph *Jean Baudrillard* hat das 1999 folgendermaßen formuliert:

„Die Identität ist ein Traum von krankhafter Absurdität. Man träumt davon, man selbst zu sein, wenn man nichts Besseres zu tun hat. Man träumt von sich und der Anerkennung seiner selbst, wenn man jede Besonderheit verloren hat. Heute kämpfen wir nicht mehr für die Souveränität oder den Ruhm, sondern wir kämpfen für die Identität. Die Souveränität war eine Bemeisterung, die Identität ist nur ein Bezugspunkt. Die Souveränität war ein Abenteuer, die Identität sucht Sicherheit ... Die Identität ist die Aneignungsobsession eines befreiten Wesens, das sich in der Leere wiederfindet und nicht mehr weiß, wer es ist. Sie ist das Markenzeichen einer Existenz ohne Eigenschaften.“<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Am Beispiel der Türkei dazu früh und eindringlich *J. Ritter*, Europäisierung als europäisches Problem (1956), in: *ders.*, Metaphysik und Politik, 1969 (1977), 321, mit Analyse der Dialektik zwischen der forcierten Modernisierungspolitik Atatürks und einer auf sie reagierenden Reislamisierung im Land. Für Asien: *P. Mishra*, Aus den Ruinen des Empires. Die Revolte gegen den Westen und der Aufstieg Asiens, 2013.

<sup>24</sup> *V. T. Hafstein*, Claiming Culture: Intangible Heritage Inc., Folklore©, Traditional Knowledge™, in: D. Hemme u.a. (Hrsg.), Prädikat „Heritage“: Wertschöpfungen aus kulturellen Ressourcen, 2007, 75; *S. Lenski*, Batik in Bethlehem, Hikaye in Hannover. Der rechtliche Schutz des Kulturerbes zwischen kulturellem Internationalismus und nationaler Identität, 2014, S. 85 ff., jeweils am Beispiel des Schutzes immateriellen Kulturerbes durch die UNESCO.

<sup>25</sup> Hierzu *Ritter* (Fn. 23), 338 f.; vgl. auch *H. Lübke*, Der Fortschritt von gestern. Über Musealisierung als Modernisierung, in: U. Borsdorf u.a. (Hrsg.), Die Aneignung der Vergangenheit. Musealisierung und Geschichte, 2005, 13; *O. Marquard*, Zukunft braucht Herkunft (1988/91), in: *ders.* (Fn. 10), 234.

<sup>26</sup> *J. Baudrillard*, L'échange impossible, 1999, S. 72, Übersetzung vom Verf.

Man kann Identitätsdiskurse vor diesem Hintergrund als Krisen- und Sehnsuchtsdiskurse bezeichnen, die einem Problem nicht abhelfen, sondern es nur anzeigen.<sup>27</sup> In jedem Fall entsteht seit den neunziger Jahren auch in Europa jene widersprüchliche Dialektik zwischen modernisierender Globalisierung und verstärkter Sehnsucht nach kultureller und nationaler Besonderheit. Da die Globalisierung hier in erster Linie in Form der Europäisierung in Erscheinung tritt, richten sich die entsprechenden Gegenbewegungen in besonderem Maß gegen die Europäische Union.

Die Neuentdeckung von Identität, sei es der Nation oder der Verfassung, versucht seither auch in der Sprache der Juristen, das kulturelle und nationale Element dieser Dialektik auszudrücken. Je stärker Globalisierung und Europäisierung Traditionsbestände, kulturelle Praktiken und rechtliche Arrangements herausfordern, sie verflüssigen oder zum Verdampfen bringen, desto mehr wächst das Bedürfnis nach haltender Rückversicherung im Überkommenen.<sup>28</sup> In diesem Sinn ist die Entdeckung der Verfassungsidentität die Entdeckung einer „Widerstandsnorm“ (*Millet*)<sup>29</sup>, die es Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten erlaubt, als Verteidiger gefährdeter Traditionsbestände aufzutreten.<sup>30</sup> In semantischer Hinsicht fällt auf, dass Identität dabei häufig den Platz eingenommen hat, den zuvor der Begriff der Souveränität besetzte.<sup>31</sup> Das weichere, zum Kulturellen und Nationalen hin öffnende Wort Identität scheint eher in die Zeit zu passen als der formalere, kühlere, schneidigere Begriff der Souveränität. Die Beharrungskraft der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union kann sich nicht länger erfolgreich in Kategorien wie Staatsgewalt und Souveränität ausdrücken, sondern sucht neuen Halt in einer Begrifflichkeit, die ihre kulturelle Existenz und Sichtbarkeit in den Vordergrund rückt.<sup>32</sup> Der Befund eines verstärkten gesellschaftlichen Bedürfnisses nach nationaler und kultureller Selbstvergewisserung bedeutet freilich nicht, dass dieses Problem irgendwie zu lösen wäre, und erst recht nicht, dass Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten mit der neuen Allzweckwaffe „Verfassungsidentität“ dazu einen sinnvollen Beitrag leisten könnten. „Verfassungsidentität“ ist zunächst einmal ein Symptom. Bietet sie aber auch eine erfolgversprechende Therapie?

<sup>27</sup> Schönberger (Fn. 13), 56 ff.

<sup>28</sup> V. Breda, *Constitutional Identities in a Liquid Society*, in: J. Pribán (Hrsg.), *Liquid Society and its Law*, 2007, 153.

<sup>29</sup> Millet (Fn. 8), S. 17 ff.: „norme de résistance“.

<sup>30</sup> Vgl. dazu auch Reestman (Fn. 18), 384.

<sup>31</sup> J. H. H. Weiler, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), 173, 184: „to protect national sovereignty is *passé*; to protect national identity by insisting on constitutional specificity is *à la mode*“, Hervorhebungen dort.

<sup>32</sup> A. Viala, *Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique*, in: Burgorgue-Larsen (Hrsg.), *L'identité constitutionnelle* (Fn. 1), 7, 7.

### III. Die Frage nach der Frage, auf die Verfassungsidentität eine Antwort sein soll

#### 1. Das föderale Problem der Sicherung der Vielfalt in der Einheit

Das thematische Feld, in dem sich die Kategorie der unionsgerichteten Verfassungsidentität bewegt, ist zumindest in seinen groben Umrissen ein altes und altbekanntes. Es ist die für föderale Systeme typische Frage nach der Einheit in der Vielheit, nach der Zusammenordnung zwischen der einheitlichen Union und der Vielheit ihrer Mitgliedstaaten. Genauer gesagt ist es das Problem der Vielfalt in der Einheit, der Stellung der Mitgliedstaaten innerhalb der Union. Für die Lösung oder doch rechtliche Verarbeitung dieses Problems stellt die föderative Verfassungsgeschichte und -vergleiche, nicht zuletzt der Bundesstaaten in ihren Frühphasen, ein reiches Arsenal an verfassungsrechtlichen Instituten, Figuren und Reflexionsformen bereit.<sup>33</sup> Dabei verknüpft die Frage nach der Stellung der Mitgliedstaaten innerhalb des Bundes zwei Aspekte, die unterschieden, häufig aber nicht getrennt werden können: zum einen der Schutz der institutionellen Stellung der Mitgliedstaaten und ihrer Rechtsordnung innerhalb des Bundes; zum anderen der Schutz nationaler und kultureller Besonderheiten, wie sie im Recht der Mitgliedstaaten, manchmal auch in deren Verfassungsrecht, ihren Ausdruck gefunden haben. Im Rahmen der europäischen Integration werden die entsprechenden Sachprobleme nun seit über sechzig Jahren bearbeitet. Zu vielen grundlegenden Fragen wie etwa Grund und Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts gibt es dabei bis heute keinen Konsens zwischen der europäischen und der mitgliedstaatlichen Ebene, sondern nur ein mehr oder minder stabiles *agreement to disagree*.<sup>34</sup>

Die bisherige föderale Erfahrung zeigt allerdings von vornherein, dass die Sicherung der Autonomie der Mitgliedstaaten und ihrer nationalen oder kulturellen Partikularität nicht in erster Linie von gerichtlich gesicherten rechtlichen Garantien erwartet werden darf. Das ist selbst im Föderalismus der Vereinigten Staaten nicht der Fall, der wegen des grundsätzlichen Trennföderalismus die Sphären von Bund und Gliedstaaten bis heute deutlicher scheiden kann, als das in der Europäischen Union der Fall ist.<sup>35</sup> Im europäischen Föderalismus, in dem das Unionsrecht – ähnlich wie im deutschen Bundesstaat – bereits wegen des regelmäßigen mitgliedstaatlichen Vollzugs viel stärker auf den Mitgliedstaaten aufruhrt und mit ihrer Rechtsordnung verflochten ist, ist eine solche von rechtlichen Garantien umhegte Sphärentrennung noch viel weniger möglich. Der Föderalismus der Union beruht vielmehr von vornherein auf einem äußerst engen Miteinander von Mitgliedstaaten und Union.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Vgl. etwa T. Bruha (Hrsg.), *Europäischer Föderalismus im Licht der Verfassungsgeschichte*, 2011; R. Schuetze, *From Dual to Cooperative Federalism*, 2009.

<sup>34</sup> Überblick etwa bei F. C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztbegründung*, 2000, S. 76 ff. Zur Entwicklungsgeschichte am deutschen Beispiel K. Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, 2011.

<sup>35</sup> Dazu die vergleichende Analyse bei E. A. Young, *New York University Law Review* 77 (2002), 1612.

<sup>36</sup> Vgl. insoweit zum Kontrast zwischen US-amerikanischem und europäischem bzw. deutschem Föderalismus: D. Halberstam, *Virginia Law Review* 90 (2004), 732.

Die Autonomie der Mitgliedstaaten ergibt sich hier nicht zuletzt aus den „politischen Garantien des Föderalismus“, von denen *Herbert Wechsler* im Hinblick auf das Verfassungssystem der Vereinigten Staaten gesprochen hat.<sup>37</sup> Das institutionelle System der Union ist – insbesondere in Ministerrat und Europäischem Rat – auf einen permanenten Aushandlungsprozess zwischen Union und Mitgliedstaaten angelegt, in den staatliche Präferenzen, kulturelle Prägungen der Amtsträger oder Belange nationaler Identität und mitgliedstaatlicher Autonomie immer wieder einfließen.<sup>38</sup> Ähnliches gilt für das materielle Europarecht, das nicht nur durch Subsidiaritätskontrolle und vielfältige Formen differenzierter Integration mitgliedstaatlichen Sonderpräferenzen Rechnung trägt, sondern auch etwa in häufig indirekter Form bei den Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der Marktfreiheiten.

## 2. Die unionsrechtliche Antwort

### a) Die Bedeutung der unionsrechtlichen Identitätsklausel

Aus dem weiten Feld des föderalen Vielfaltsschutzes greift das Unionsrecht mit der Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV allein das Thema der nationalen Identität der Mitgliedstaaten heraus. Die Formulierung der Klausel im Lissaboner Vertrag stellt dabei zwar stärker als die vorhergehenden Vertragsfassungen eine Verbindung der nationalen Identität zu den Verfassungen der Mitgliedstaaten her. Es kann indes keine Rede davon sein, dass diese Gewährleistung des Unionsrechts dem entspräche, was die Verfassungsgerichte einiger Mitgliedstaaten neuerdings als deren Verfassungsidentität beschreiben. Das Unionsrecht hat hier vielmehr ein Instrument geschaffen, um spezifischen nationalen Präferenzen der Mitgliedstaaten bei der Schaffung, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts Rechnung tragen zu können. Die bisher sehr zurückhaltende Anwendung der Identitätsklausel durch den Gerichtshof lässt erkennen, dass es der Rechtsprechung regelmäßig darum geht, die Beschränkung von Grundfreiheiten des gemeinsamen Marktes durch mitgliedstaatliches Recht in besonderen Fallkonstellationen neu oder anders zu rekonstruieren.<sup>39</sup> Mit der Berufung auf seine nationale Identität entsteht für den Mitgliedstaat vor Gericht in erster Linie eine neue Möglichkeit, den Wertpräferenzen des nationalen Rechts gegenüber der Logik der Marktfreiheiten zum Durchbruch zu verhelfen. Die nationale Identität kann deshalb durchaus auch nur mitschwingen oder lediglich ein Zusatzargument sein, dessen Bedeutung für die Entscheidung letztlich offen bleibt.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> *H. Wechsler*, *Columbia Law Review* 54 (1954), 543: “political safeguards of federalism”.

<sup>38</sup> *Claes* (Fn. 14), S. 110, 113; *I. Pernice*, *AöR* 136 (2011), 185, 212 f.

<sup>39</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Slg. 2010, I-13693, Rdnr. 83, 92, wo der Gerichtshof eine Beschränkung der Freizügigkeit durch das österreichische Adelsaufhebungsgesetz als Teil nationaler Identität für gerechtfertigt ansieht. Siehe dazu insgesamt die eingehende Analyse der bisherigen Rechtsprechung einschließlich der Schlussanträge der Generalanwälte bei *L. Burgorgue-Larsen*, *A Huron at the Kirchberg Plateau or a Few Naive Thoughts on Constitutional Identity in the Case-Law of the Judge of the European Union*, in: *Saiz Arnaiz/Alcoberro Llivina* (Hrsg.), *National Constitutional Identity* (Fn. 7), 275.

<sup>40</sup> So beruht etwa die berühmte *Omega*-Entscheidung, EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609, im Kern auf einer Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung bei der Beschränkung der

Im spärlichen *case law* des Gerichtshofs haben die Mitgliedstaaten auffallend häufig dann Erfolg, wenn sie eine Landessprache schützen wollen<sup>41</sup> und damit letztlich die in der jeweiligen Sprache gespeicherte kulturelle Eigenheit.

### b) Nationale Identität versus Verfassungsidentität

Viele Interpreten meinen gleichwohl, die Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV schütze nunmehr unionsrechtlich die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten und greife die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten zu den Integrationsgrenzen und zur Verfassungsidentität auf. Damit sei die Vorschrift indirekt auch Ausdruck eines „Verfassungsgerichtsverbunds“ zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten.<sup>42</sup> Diese Deutung überzeugt indes nicht. Sie nimmt keine Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte der geltenden Klausel in den Beratungen des Konvents, für welche die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte nicht von besonderer Bedeutung war.<sup>43</sup> Die Entstehungsgeschichte der Identitätsrechtsprechung mancher Verfassungsgerichte bleibt dabei gleichfalls ausgeblendet. Denn diese haben nicht etwa selbstbewusst ihre Konzepte auf die Unionebene exportiert, sondern vielmehr umgekehrt auf die Entwicklung im Unionsrecht lediglich reagiert. Dass einige nationale Verfassungsgerichte ihre Rechtsprechung zur Verfassungsidentität als komplementär zur unionsrechtlichen Gewährleistung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten darzustellen versuchen, ist vor allem geschickte verfassungsrichterliche Selbstvermarktung.<sup>44</sup> Denn insoweit die Identitätsrechtsprechung von Verfassungsgerichten die Kompetenz beansprucht, Unionsrecht in bestimmten Fällen für im eigenen Mitgliedstaat unanwendbar zu erklären, ist sie mit dem Vorrang des Unions-

---

Dienstleistungsfreiheit. Die Berufung der deutschen Gerichte auf das spezifisch weitgehende Verständnis der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz neutralisiert der Gerichtshof dort hingegen, indem er die Achtung der Menschenwürde als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts rekonstruiert (Rdnr. 34). Eine ausdrückliche Erwähnung der nationalen Identität enthält die Entscheidung gleichfalls nicht.

<sup>41</sup> EuGH, C 391/09, *Runevic-Vardyn*, Slg. 2011, I-3787, Rdnr. 86: Schutz der offiziellen Landessprache als Teil der nationalen Identität; EuGH, Rs. C 227/07, *UTECA*, Slg. 2009, I-01407; schon vor der Einführung der Identitätsklausel in der Sache ähnlich EuGH, Rs. 379/87, *Groener*, Slg. 1989, S. 3967, Rdnr. 18 ff.; vgl. auch die grundsätzliche Anerkennung in EuGH, U. v. 16.4.2013, Rs. C 202/11, *Las*, Slg. 2013, I-0000, Rdnr. 26 f.; EuGH, Rs. C 473/93, *Kommission ./. Luxemburg*, Slg. 1996, I-3248, Rdnr. 35 f.

<sup>42</sup> Die weitgehendste Formulierung dieser Deutung findet sich bei *A. v. Bogdandy/S. Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701; vgl. in diesem Sinne auch *M. Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, S. 572 ff.

<sup>43</sup> Eingehend dazu *Guastafarro* (Fn. 15), 271 ff.

<sup>44</sup> Beim Bundesverfassungsgericht kommt diese noch im Lissabon-Urteil zu findende Selbstbeschreibung (BVerfGE 123, 267 (352)) schon wieder an ihre Grenzen. Denn das Gericht betont inzwischen stärker – und in der Sache durchaus zutreffend – die Unterschiede zwischen der unionsrechtlichen Identitätsklausel und der von ihm entwickelten Verfassungsidentität: BVerfGE 134, 366 (386 f.) – OMT (2014). Wegen der existierenden Überschneidungsbereiche zwischen beiden Gewährleistungen folgt daraus freilich nicht, wie das BVerfG annimmt, dass deshalb eine Vorlage des BVerfG an den EuGH zu Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV von vornherein ausscheidet; vgl. zur Kritik *Kumm*, German Law Journal 15 (2014), 203 (209 f.); *Wendel*, ZaöRV 74 (2014), 615 (644 f.).

rechts nach wie vor unvereinbar; die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang hat die Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Lissabon ausdrücklich bestätigt.<sup>45</sup> Manche mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte mögen eigenständig aus ihrem Verfassungsrecht Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts ableiten und sich dabei neuerdings auch auf Verfassungsidentität berufen. Unionsrechtlich führt dorthin aber auch über die Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV kein Weg.

Vom Unionsrecht her betrachtet kommt dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten ohnehin generell keine andere oder größere Bedeutung zu als deren einfachem Recht. Der Gerichtshof hat vielmehr immer großen Wert darauf gelegt, dass die Mitgliedstaaten sich einer unionsrechtlichen Pflicht nicht unter Berufung auf ihre Verfassung entziehen können. Aus der Perspektive des Unionsrechts ist Verfassungsrecht genauso wenig wie das nationale Recht insgesamt in der Lage, die Gültigkeit des Unionsrechts in dem jeweiligen Mitgliedstaat in Frage zu stellen.<sup>46</sup> Ansonsten hätten es die Mitgliedstaaten in der Hand, sich unionsrechtlicher Pflichten durch Aufnahme entsprechender Bestimmungen in ihre Verfassungen zu verweigern, so dass eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts unmöglich würde.<sup>47</sup> Die Berufung auf nationales Verfassungsrecht als solche, auch wenn sich darin nationale Identität ausdrücken soll, kann unionsrechtlich keinen Vorbehalt zur Suspendierung des Unionsrechts begründen.<sup>48</sup> Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV stellt den Mitgliedstaaten vielmehr zunächst und vor allem einen vertragsrechtlichen Argumentationstopos zur Verfügung, den sie in den vielfältigen Aushandlungsprozessen auf Unionsebene rechtsgestaltend nutzen und für den jeweiligen Sachbereich plausibel machen können. Hier werden also die politischen Garantien des Unionsföderalismus argumentativ flankiert. Zugleich enthält die Vorschrift ein Achtungs- und Abwägungsgebot<sup>49</sup>, das bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts spezifische nationale Präferenzen verarbeiten kann. Diese fließende Einbeziehung von Belangen nationaler Identität kann bei der Auslegung des Unionsrechts durch den Luxemburger Gerichtshof nur gelingen, wenn diese Belange durch mitgliedstaatliche Institutionen plausibel gemacht werden. Die Union und ihr Gerichtshof sind bei der Deutung der

<sup>45</sup> Das ist mit Recht hervorgehoben bei *Guastafarro* (Fn. 15), 310; vgl. auch *Wendel* (Fn. 42), S. 582.

<sup>46</sup> Leitentscheidung: EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1126, Rdnr. 3.

<sup>47</sup> Schlussanträge GA Poiares Maduro v. 28.10.2008, Rs. C-213/07, *Michaniki*, Slg. 2008, I-9999, Rdnr. 33. Aufgrund der Besonderheit des Vorabentscheidungsverfahrens ist dem Gerichtshof überdies eine eigenständige Erkenntnis und Beurteilung des nationalen Rechts einschließlich des Verfassungsrechts regelmäßig verwehrt. Eine Berücksichtigung mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts konnte deshalb in der Vergangenheit allenfalls aus der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht des damaligen Art. 10 EGV folgen: *T. Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess, 2003, S. 792ff.

<sup>48</sup> Treffend dazu *C. Walter*, Europäische und nationale Identität in der Wechselwirkung: Überlegungen zur Integration durch Verfassungsrecht am Beispiel des Staatskirchenrechts, in: *W. Kluth* (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 2007, 65, 72. Der Gerichtshof vermeidet es denn auch in auffälliger Weise, sich bei der Rekonstruktion der Zielsetzung des nationalen Rechts auf das nationale Verfassungsrecht zu beziehen, auch wenn dieses selbst die maßgebliche und detailliert ausgeführte Regelung enthält; vgl. dazu etwa EuGH, Rs. C 213/07, Slg. 2008, I-9999, *Michaniki*, Rdnr. 50ff. (zur in Art. 14 Abs. 9 Griechische Verfassung vorgesehenen Regelung, nach der aus Gründen der Korruptionsbekämpfung ein Medienunternehmen nicht gleichzeitig im öffentlichen Bausektor tätig sein durfte).

<sup>49</sup> *Walter* (Fn. 48), 75.

Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV in besonderer Weise auf den Dialog mit den Mitgliedstaaten angewiesen.<sup>50</sup> Das bedeutet aber keine Engführung der nationalen Identität auf das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten. Die nationale Identität des Unionsrechts geht nicht in der Verfassungsidentität mancher Verfassungsgerichte auf. So sind etwa Sprachenfragen, die im Zusammenhang der nationalen Identität immer wieder thematisiert werden und bisher die Hauptgruppe von Fällen in der spärlichen EuGH-Rechtsprechung zur Identitätsklausel ausmachen,<sup>51</sup> im Recht der Mitgliedstaaten häufig gar nicht oder nur am Rande im Verfassungsrecht geregelt. In viel stärkerem Maß sind sie Gegenstand des einfachen Rechts. Die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten durch die Union kann aber nicht davon abhängen, in welchem Ausmaß bestimmte Sachprobleme ihren Niederschlag im Verfassungstext gefunden haben oder verfassungsgerichtlich juridifiziert worden sind.<sup>52</sup> Die Permeabilität der unionsrechtlichen Identitätsklausel für die Ausdeutung durch mitgliedstaatliche Institutionen bedeutet auch nicht etwa, dass maßgeblicher Dialogpartner die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte sein müssten. Schon prozessrechtlich liegt das fern, müssen doch die entsprechenden Belange nationaler Identität im Vertragsverletzungsverfahren von der Regierung des verklagten Mitgliedstaats und in Vorabentscheidungsverfahren sowohl vom vorlegenden Gericht als auch von der mitgliedstaatlichen Regierung artikuliert werden.<sup>53</sup> Zwischen den verschiedenen mitgliedstaatlichen Institutionen kann es überdies grundlegende Meinungsverschiedenheiten geben, die in das Verfahren vor dem Gerichtshof hineinspielen.<sup>54</sup> Mehrere Mitgliedstaaten haben zudem gar kein selbständiges Verfassungsgericht (etwa die Niederlande, Dänemark, Großbritannien, Schweden). Dialogpartner zur Frage nationaler Identität können dort von vornherein nur die politischen Institutionen und die allgemeine Gerichtsbarkeit sein.<sup>55</sup> Die nationale Identität des Unionsrechts kann gewiss inhaltliche Schnittmengen mit der Verfassungsidentität haben. Jene schützt die Mitgliedstaaten indes breiter und anders als diese.

---

<sup>50</sup> Dazu *Wendel* (Fn. 42), S. 572 ff.; *Millet* (Fn. 8), S. 147 ff.

<sup>51</sup> Nachweise oben in Fn. 41.

<sup>52</sup> *Claes* (Fn. 14), 123 f.

<sup>53</sup> *Anders v. Bogdandy/Schill*, *ZaöRV* 70 (2010), 731, wonach der Gerichtshof immer „das spezifische Verständnis der jeweiligen Verfassungs- und Höchstgerichte vom jeweiligen nationalen Verfassungsrecht“ zu berücksichtigen habe.

<sup>54</sup> Vgl. dazu etwa Schlussanträge GA Yves Bot v. 2. Oktober 2012, Rs. C 399/11, *Melloni*, Rdnr. 140f., wo Auffassungsunterschiede zwischen dem vorlegenden spanischen Verfassungsgericht und der spanischen Regierung deutlich werden und in die Einschätzung einfließen, dass die Auslieferung an einen anderen Mitgliedstaat nach einem dort durchgeführten Strafverfahren in Abwesenheit des Angeklagten die nationale Identität Spaniens nicht beeinträchtigt. Ein plastisches Beispiel für eine Situation grundlegender Auffassungsunterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Akteuren bietet auch die erstaunliche tschechische Saga der Auseinandersetzungen zwischen dem Verfassungsgericht und dem Verwaltungsgerichtshof über das Recht der slowakischen Pensionen. Dabei kam es zu dem bemerkenswerten Vorgang, dass in einem vom tschechischen Verwaltungsgerichtshof angestregten Vorabentscheidungsverfahren das Verfassungsgericht seine abweichende Rechtsansicht in einem Brief an den Europäischen Gerichtshof darzulegen versuchte, den dieser aus prozessualen Gründen nicht annahm; näher dazu *J. Komarek*, *Czech Constitutional Court Playing With Matches*, *European Constitutional Review* 8 (2012), 323.

<sup>55</sup> Vgl. etwa den Hinweis auf den Fall Schwedens bei *T. Konstadinides*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 13 (2011/11), 195, 218, der in der Geltendmachung von Belangen nationaler Identität auch deshalb eine Zukunftsaufgabe für die Parlamente der Mitgliedstaaten sieht.

c) *Zwischenbilanz: Die unionsrechtliche Identitätsklausel als Gegenbild der Verfassungsidentität*

Blickt man auf die Identitätsklausel des Unionsrechts, dann ist sie nicht ein Spiegelbild der Verfassungsidentität mancher Verfassungsgerichte, sondern vielmehr deren Gegenbild. Die Klausel ist nicht allein auf Wirkung in Gerichtsentscheidungen angelegt, sondern auf Vorwirkungen im politischen Aushandlungsprozess der Rechtsgestaltung durch die Unionsorgane. Sie ermöglicht eine verbindliche Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof, die auf vielfältigen Erstinterpretationen durch mitgliedstaatliche Institutionen aufruh, unter denen nicht nur die vorliegenden Gerichte, sondern auch die Regierungen eine wichtige Rolle spielen. Die Verflechtungssituation zwischen Union und Mitgliedstaaten kommt hier ebenso zum Ausdruck wie die Durchlässigkeit zu den politischen Akteuren. Die nationale Identität wirkt dabei nicht als absolute Position, sondern als Argumentationsgesichtspunkt. Sie wird in eine Argumentationsform des Mehr oder Weniger hineingestellt, die auf Konfliktvermeidung durch Interpretation abzielt. Identität ist hier eher flüchtig als fest, eher Schild als Schwert.<sup>56</sup> Dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht kommt für die unionsrechtliche Berücksichtigung nationaler Identität keine ausgezeichnete Rolle zu; es ist durch andere Rechtsschichten substituierbar und wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofs geradezu bewusst unsichtbar gemacht. Konfliktkonstellationen zwischen nationalen und unionsrechtlichen Präferenzen werden so banalisiert und nicht dramatisiert.

#### IV. Verfassungsidentität als Widerstandsformel

All das ist bei der Verfassungsidentität Karlsruher Provenienz ganz anders.<sup>57</sup> Sie zieht nach der Rechtsprechung des Gerichts dem Bund absolute Grenzen, wenn er mit den für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten Vertragsänderungen zur Vertiefung der Europäischen Union zustimmen will. Das kann er nur tun, wenn „der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Artikel 79 Abs. 3 GG“<sup>58</sup> gewahrt bleibt. Im Lissabon-Urteil behauptet das Gericht dabei insbesondere, hieraus sei abzuleiten, dass bestimmte Sachbereiche in der politischen Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten verbleiben müssten, und zählt einige davon auf, etwa die Staatsbürgerschaft, Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme, aber auch kulturelle Fragen wie die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse oder die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit.<sup>59</sup> Es behauptet derartige unverrückbare Grenzen nicht nur für künftige Vertragsänderungen, sondern auch für das Handeln der Union im Rahmen des geltenden Vertragsrechts. Auch hier sieht sich das

<sup>56</sup> Das letztere Bild nach *Konstadinides* (Fn. 55).

<sup>57</sup> Eine eingehende kritische Zwischenbilanz zur Argumentation des Gerichts mit der Verfassungsidentität seit dem Lissabon-Urteil demnächst bei *A. Ingold*, Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland: Karriere – Konzept – Kritik, Manuskript, AÖR, im Erscheinen.

<sup>58</sup> BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon (2009).

<sup>59</sup> BVerfGE 123, 267 (357 ff.) – Lissabon (2009).

Gericht dazu berufen, „die Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Rahmen einer Identitätskontrolle einfordern zu können“ und „identitätsverletzende Unionsrechtsakte im Einzelfall in Deutschland unangewendet zu lassen“<sup>60</sup>.

Diese Verfassungsidentität kommt ganz anders daher als die nationale Identität des Unionsrechts. Hier ist in einem Richtermonolog nur und ausschließlich von Verfassungsrecht die Rede, allerdings von einem Verfassungsrecht sehr besonderer Art. Denn dieses Verfassungsrecht zieht den Institutionen des Mitgliedstaats bei der weiteren Ausgestaltung der europäischen Integration Grenzen, die absolut und unüberwindbar sind. Was dieses Verfassungsrecht verbürgt, ist unantastbar, unbeweglich, nicht abwägungsfähig und nicht änderbar. Hier scheint alles fest und nichts flüchtig. Politische Erstinterpretationen oder zur Verfassungsänderung befugte Institutionen tauchen gar nicht erst auf. Einen Richterdialog mit dem Europäischen Gerichtshof über diese Verfassungsidentität kann es gleichfalls nicht geben, weil man über absolute Rechtspositionen nicht reden, sondern diese nur kundtun kann.<sup>61</sup> Wer auf diese Weise Verfassungsidentität sagt, eröffnet kein Gespräch, sondern entzieht sich ihm. Diese Verfassungsidentität ist nur als „Widerstandsnorm“ (*Millet*<sup>62</sup>) denkbar.

Die Entwicklung dieser Widerstandsformel in Deutschland ist das Ergebnis eines doppelten Sonderwegs, weil sie die Existenz eines selbständigen Verfassungsgerichts ebenso voraussetzt wie eine singuläre politische Kultur, die einen hohen Grad an Verrechtlichung politischer Entscheidungen mit einer problematischen nationalen Identität verbindet (dazu unter 1.). Verfassungsidentität kann indes als systematische Kategorie nicht überzeugen, weil sie ohne Anhalt im Grundgesetz dessen europäische Dimension ausblendet und kontingente Inhalte sakralisiert (dazu unter 2.).

### 1. Zweierlei Sonderweg

Die Verfassungsidentität in der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Form ist das Ergebnis eines doppelten Sonderwegs. Sie ist zunächst nur unter den besonderen Bedingungen einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit denkbar, die sich ausschließlich auf Verfassungsrecht beziehen kann und durch die Europäisierung marginalisiert zu werden droht. Hinzu treten besondere Bedingungen der deutschen politischen Kultur, die plausibel machen, warum Verfassungsidentität nur in Deutschland als absolute Grenze für die Weiterentwicklung der Europäischen Union behauptet wird:

<sup>60</sup> BVerfGE 123, 267 (353, 355) – Lissabon (2009); vgl. auch BVerfGE 126, 286 (302) – Honeywell (2010); 134, 366 (384 ff.) – OMT (2014).

<sup>61</sup> Im OMT-Vorlagebeschluss ist das BVerfG denn auch von seiner noch im Lissabon-Urteil vertretenen Auffassung abgerückt, der unionsrechtliche Schutz nationaler Identität und der Schutz der Verfassungsidentität gingen „Hand in Hand“. Nunmehr kehrt es die Unterschiede zwischen beiden hervor und erklärt, der Schutz der Verfassungsidentität obliege „allein dem Bundesverfassungsgericht“: BVerfGE 134, 366 (384 f.) – OMT (2014). Siehe dazu auch oben bei Fn. 22.

<sup>62</sup> *Millet* (Fn. 8), S. 17 ff.

a) *Die selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit als Voraussetzung der Verfassungsidentität*

Die Figur einer unionsgerichteten Verfassungsidentität lebt zunächst von einer grundlegenden institutionellen Voraussetzung: Sie setzt die Existenz einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit voraus. Selbständige Verfassungsgerichte sind nur für eine Normschicht zuständig: die nationale Verfassung. Alle ihre normativen Aussagen müssen sich auf irgendeine Weise als Aussagen über Verfassungsrecht ausweisen. Im Umgang mit dem Recht haben sie deshalb, anders als die übrigen Gerichte, ein König-Midas-Problem: Wie Midas durch seine Berührung jeden Gegenstand in Gold verwandelte, verwandelt ein selbständiges Verfassungsgericht jedes rechtliche Problem durch seine Berührung in eine Frage, die verfassungsrechtlich zu beantworten ist und nur verfassungsrechtlich beantwortet werden kann. Anders als die integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit etwa des US-amerikanischen Supreme Court oder des Schweizer Bundesgerichts ist ein selbständiges Verfassungsrecht strukturell dazu gezwungen, das Verfassungsrecht als eigene und besondere Normschicht hervorzuheben und auszubauen.<sup>63</sup> Wenn ein selbständiges Verfassungsgericht über den Schutz der Mitgliedstaaten und ihres Rechts im Prozess der Europäisierung befindet, dann kann es das nur in der Sprache des Verfassungsrechts tun. Das wird besonders deutlich im Kontrast zur Gewährleistung nationaler Identität im Unionsrecht. Die Union schützt Belange nationaler Identität ohne Rücksicht darauf, ob sie im Verfassungsrecht verbürgt sind oder nur im einfachen Recht. Das Bundesverfassungsgericht muss seinen Schutzgegenstand hingegen als spezifisch verfassungsrechtlichen ausweisen. Die Verfassungsidentität wurde nicht zufällig von einem Akteur entwickelt, dessen einzige Sprache das Verfassungsrecht ist und der deshalb auch Identitätsfragen nur als Verfassungsidentitätsfragen reformulieren kann. Hierin liegt aber von vornherein eine starke Blickverengung. Die grundlegende Frage nach der Autonomie der Mitgliedstaaten in der Union und dem Schutz ihrer nationalen und kulturellen Identität verengt sich allein auf diejenigen Fragen, die als verfassungsrechtliche zur Sprache gebracht werden können.

Die Erfindung der Widerstandsformel Verfassungsidentität hat weiter damit zu tun, dass die selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit durch den Prozess der Europäisierung des Rechts besonders herausgefordert wird. Entwicklungsgeschichtlich sind die selbständigen Verfassungsgerichte in Europa überwiegend ein Produkt der nachtotalitären Transformation in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts.<sup>64</sup> Ihr eigentliches Wirkungsfeld war die innere Demokratisierung des Nationalstaats. Der Prozess der Europäisierung des Rechts läuft hingegen an diesen Gerichten, soweit es um das Unionsrecht geht,<sup>65</sup> in starkem Maß vorbei. Das für die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zentrale Vorabentscheidungsverfahren nach

<sup>63</sup> Dazu am deutschen Beispiel *M. Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, 77, 106 ff., 111 f.

<sup>64</sup> *J. Ferejohn/P. Pasquino*, Constitutional adjudication: lessons from Europe, *Texas Law Review* 82 (2004), 1671, 1674.

<sup>65</sup> Anderes zeichnet sich für den Bereich der EMRK ab. Hier entwickelt das BVerfG zunehmend eine an der EMRK orientierte Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes, die es ihm erlaubt,

Art. 267 AEUV bringt die gesamte Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten alltäglich in einen Dialog mit dem Europäischen Gerichtshof, in den die Verfassungsgerichte kaum eingebunden sind und auch nur am Rande eingebunden werden können. Das Unionsrecht übernimmt so zunehmend jene Impulsfunktion für die Umgestaltung des einfachen Rechts, die etwa in der Bundesrepublik über längere Zeit das Verfassungsrecht des Grundgesetzes gehabt hatte.<sup>66</sup> Die Frage nach der Verfassungsidentität ist vor diesem Hintergrund nicht zuletzt auch die Frage nach der Identität der selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit.

*b) Die deutsche Sonderform der Verfassungsidentität und die politische Kultur der Bundesrepublik*

Verfassungsidentität als die Postulierung weitgesteckter und absoluter, im Rahmen der geltenden Verfassung nicht überwindbarer Grenzen der Weiterentwicklung der europäischen Integration ist eine deutsche Sonderentwicklung. Das Bundesverfassungsgericht teilt zwar mit anderen Verfassungsgerichten in der Union seit jeher die Ausgangsposition der Konstruktion des Unionsrechts auf der Grundlage des nationalen Verfassungsrechts und der damit einhergehenden verfassungsrechtlichen Grenzen.<sup>67</sup> Es ist aber das einzige Verfassungsgericht, das selbst verfassungsändernden Mehrheiten eingehend vorschreiben will, wie sie die europäische Integration nicht weiterentwickeln dürfen.

Das zeigt sich besonders deutlich im Kontrast zur Rechtsprechung des französischen Verfassungsrats zur „identité constitutionnelle de la France“. Diese bezieht sich nur auf die Kontrolle der Umsetzung von Sekundärrecht und hält wie selbstverständlich den Weg dafür offen, einen vom Verfassungsrat festgestellten Identitätsverstoß durch eine Verfassungsänderung zu korrigieren. Ein Identitätsverstoß verhindert entsprechendes Umsetzungsrecht also nur so lange, bis eine Verfassungsänderung den Weg dafür freigemacht hat: „sauf à ce que le constituant y ait consenti“.<sup>68</sup> Die Überprüfbarkeit einer inhaltlichen Grenze für Verfassungsänderungen lehnt der Conseil constitutionnel überdies ab, obwohl Art. 89 Abs. 5 der französischen Verfassung dafür einen Anknüpfungspunkt böte.<sup>69</sup> Die Verfassungsidentität stellt in Frankreich also keine absolute Grenze dar, sondern kann durch verfassungsändernde Mehrheiten überwunden werden. Nur in Deutschland behauptet das Verfassungsgericht hingegen die Existenz einer unantastbaren und jeder Verfassungsänderung entzogenen Verfassungsidentität, die der Weiterentwicklung der Europäischen Union Grenzen ziehen soll.

---

gleichsam als durchschlagkräftiges Vollzugsorgan der EGMR-Rechtsprechung in Erscheinung zu treten; vgl. dazu BVerfGE 128, 326 – Sicherungsverwahrung (2011).

<sup>66</sup> C. Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt u.a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht (Fn. 63), S. 60 ff.

<sup>67</sup> Zusammenfassend dazu M. P. Maduro, Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: N. Walker (Hrsg.), Sovereignty in Transition, 2003, 501, 502 ff.

<sup>68</sup> Nachweis oben Fn. 18.

<sup>69</sup> Dazu näher Reestman (Fn. 18), 388 f.

Die Gründe für diesen deutschen Sonderweg sind vielfältig. Dazu zählen: die im internationalen Vergleich besonders einflussreiche Stellung des Bundesverfassungsgerichts; eine legalistische politische Kultur, die auch hochpolitische Fragen gerichtsförmig entscheiden lässt; die Existenz einer Ewigkeitsklausel im Verfassungstext; der kaum unbefangene mögliche Rückbezug auf nationale Identität in der politischen Kultur der Bundesrepublik; nicht zuletzt auch die gesellschaftliche Bedeutung eines „Verfassungspatriotismus“. Hinzu kommt, dass europaskeptische Strömungen im politischen System der Bundesrepublik – anders als in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union – über viele Jahrzehnte keinerlei Bedeutung hatten und entsprechende Positionen in der öffentlichen Debatte kaum artikuliert wurden. Erst im Zuge der Staatsschuldenkrise beginnt sich das in den letzten Jahren zu ändern. Diese Umstände können die neue Hinwendung des Gerichts zur Verfassungsidentität indes nur erklären, nicht aber rechtfertigen.

## *2. Warum das Konzept der Verfassungsidentität nicht überzeugen kann*

Als systematisches Konzept kann Verfassungsidentität nämlich nicht überzeugen. Es entbehrt jeder Textgrundlage, blendet die für das Grundgesetz konstitutive europäische Dimension aus und sakralisiert den europapolitischen Status quo in einer Form, welche die Rechtsprechung ansonsten nur der Menschenwürde angedeihen lässt.

### *a) Ein kontingentes Rechtsprechungsprodukt ohne Textgrundlage*

Die unionsgerichtete Verfassungsidentität ist eine verfassungsgerichtliche Erfindung. Sie ist ein kontingentes Produkt aus einer bestimmten Entwicklungsphase der europäischen Integration. Anders als der Europäische Gerichtshof im Unionsrecht finden die Verfassungsgerichte nicht einmal die Textgrundlage unionsgerichteter Identitätsklauseln vor. Das gilt auch für das deutsche Grundgesetz. Dieses enthält zwar seit der Einführung seines Europaartikels im Jahr 1992 in Artikel 23 Abs. 1 Satz 3 GG eine verweisende Bezugnahme auf die überkommene „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG. Anders als im Unionsrecht ist dort indes von nationaler Identität oder Verfassungsidentität keine Rede. Der deutsche verfassungsändernde Gesetzgeber hat überdies den traditionellen, nicht auf mögliche Integrationsgrenzen zugeschnittenen Text von Art. 79 Abs. 3 GG unverändert gelassen und nicht den Versuch unternommen zu umschreiben, welche Änderungen der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union ausgeschlossen sind. Die verfassungsgerichtliche Deutung von Integrationsgrenzen mit der neuen Kategorie der Verfassungsidentität findet also keinen Verfassungstext vor, der in irgendeiner Weise die Sachfrage unantastbarer Gehalte mitgliedstaatlicher Verfassungen innerhalb eines Integrationsverbandes eigenständig zum Thema macht.

### b) *Verfassungsidentität eines Mitgliedstaats*

Neben der unsicheren Textgrundlage liegt die bedeutendste Schwierigkeit der Kategorie einer unionsgerichteten Verfassungsidentität darin, dass es sich nicht um die Verfassungsidentität irgendeines Staates, sondern gerade eines *Mitgliedstaates* handelt. Zur Verfassungsidentität eines solchen Staates gehört die Mitgliedschaft in einem übergreifenden bündischen Gemeinwesen von vornherein dazu. Es ist die Verfassungsidentität eines integrierten Staates.<sup>70</sup> Beim deutschen Grundgesetz, das schon in seiner Präambel von vornherein auf die Einbindung in ein vereintes Europa angelegt war und ist, ist das in besonderer Weise offenkundig.<sup>71</sup> Hier lässt sich die Gewährleistung des Art. 79 Abs. 3 GG nicht gegen die durch die Präambel und Art. 24, später 23 GG getroffene Entscheidung für eine Mitwirkung der Bundesrepublik im vereinten Europa ausspielen. Beide Vorschriften verarbeiten vielmehr die traumatische Erfahrung der Zerstörung des deutschen Verfassungsstaats von innen wie nach außen. Die „Ewigkeitsklausel“ legt dabei den Akzent auf Garantien für die innere Entwicklung der Bundesrepublik, das Integrationsgebot will hingegen die äußeren Bedingungen durch Einbindung Deutschlands in die Einheit Europas sichern.<sup>72</sup> Es gibt keine Verfassungsidentität des Grundgesetzes, die von der Mitgliedstaatlichkeit Deutschlands ganz ablösbar wäre und dieser gegenüber verselbständigt werden könnte. Art. 79 Abs. 3 GG mag noch einen letzten Schutz gegen grundlegende und extreme Fehlentwicklungen der Europäischen Union bieten. Als Garantie gegen eine von allen Mitgliedstaaten und verfassungsändernden Mehrheiten in Deutschland getragene Umgestaltung und Weiterentwicklung der Union taugt er nicht.

### c) *Sakralisierung beliebiger Inhalte*

Zur fehlenden Verarbeitung der Mitgliedstaatlichkeit durch die Verfassungsidentität tritt die Ungewissheit und Beliebigkeit der davon umfassten Inhalte hinzu. Sie wird in der unterschiedlichen Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten, die mit diesem Begriff arbeiten, besonders deutlich: Hier geht es um Kompetenzen, dort um die Souveränität von Staat oder Nation, wieder andernorts um besondere nationale Werte oder dieses oder jenes Grundrecht.<sup>73</sup> Beim Bundesverfassungsgericht führt das zu einem schreienden Missverhältnis zwischen der Garantie absoluter Unantastbarkeit und der Beliebigkeit der Inhalte, denen dieser Schutz zuteilwerden soll. Diese Beliebigkeit ist auch nicht nur zufällig oder mangelnder theoretischer Durchdringung des Sachproblems geschuldet, sondern strukturell. Denn es gibt schlicht keine allgemeine Verfassungstheorie der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Bund in einem föderativen Gemeinwesen. Ob die Union irgendwann eine Unionsarmee oder eigene Besteuerungsgewalt bekommt, ob die

<sup>70</sup> Zur strukturellen Situation integrierter Staatlichkeit *M. Kaufmann*, JZ 1999, 814, 820, mit Betonung der Inkorporation der unionsrechtlichen Einbindung in die „nationale Verfassungsidentität“.

<sup>71</sup> Eindringlich *H. Steiger*, EuR, Beiheft 1 (2010), 57; vgl. auch *Walter* (Fn. 48), 73; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 200ff.

<sup>72</sup> *Steiger*, ebd., 78f.

<sup>73</sup> Vgl. dazu *Millet* (Fn. 8), S. 145.

Mitgliedstaaten mehr Geld für den Unionshaushalt bereitstellen, wie sich das Institutionengefüge der Union parallel verändern könnte, all das sind Fragen, auf die es keine festliegenden verfassungs- oder staatsrechtlichen Antworten gibt, sondern nur politische. Wenn das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf die Verfassungsidentität beansprucht, entsprechende Entwicklungen oder Optionen der politischen Gestaltung durch die deutsche Staatsgewalt vollständig zu entziehen, wird es zu einem politischen Akteur, der seine europapolitische Präferenz – das Einfrieren des europäischen Status quo – zum unantastbaren Verfassungsgehalt erhebt. Die Verfassungsgarantie absoluter Unantastbarkeit beruht indes auf der Evidenz der Unaufhebbarkeit. Deshalb ist die Menschenwürde ihr eigentliches Paradigma. Und deshalb geht auch das Bundesverfassungsgericht selbst mit Art. 79 Abs. 3 GG außerhalb europäischer Zusammenhänge zu Recht mit größter Vorsicht und Zurückhaltung um.<sup>74</sup> Man kann, darf und soll mit Fug darüber streiten, ob die Europäische Union mehr Kompetenzen bekommen oder anders organisiert werden soll. Dass aber der europapolitische Status quo für die deutsche Staatsgewalt insgesamt unverfügbar sein, dass er, der Menschenwürde gleich, eine gleichsam sakralisierte Unantastbarkeit genießen soll, dieser verfassungsgerichtlichen Identitätsbehauptung fehlt jede Evidenz. Das Gericht spürt diese fehlende Evidenz auch selbst und verweist deshalb auf eine Ablösung des Grundgesetzes durch die verfassungsgebende Gewalt nach Art. 146 GG, bei der dann all das möglich würde, was derzeit noch absolut unverfügbar sein soll.<sup>75</sup> Hier löst das Bundesverfassungsgericht aber nur ein Problem, das es durch seine eigene verfehlte Aufladung der Ewigkeitsklausel mit kontingenten europapolitischen Inhalten überhaupt erst selbst geschaffen hat.

#### *d) Thematisierung europapolitischer Grundsatzfragen mit ungeeigneten Mitteln*

Die Kategorie der Verfassungsidentität thematisiert europapolitische Grundsatzfragen mit ungeeigneten Mitteln. Niemand wird bestreiten, dass das Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten aufmerksamer Reflexion bedarf. Auch ist offenkundig, dass die Union in vielfältiger Hinsicht ein instabiles Gebilde bleibt, was ihre Kompetenzausstattung, Organstruktur, grundrechtliche Einhegung oder demokratische Legitimation angeht. Das Bundesverfassungsgericht, das als Verfassungsorgan ohnehin stärker in den Raum der Politik hineinreicht, als das bei der allgemeinen Gerichtsbarkeit der Fall ist, könnte durchaus einen Beitrag zu einer besseren Durchdringung dieser Fragen leisten. Es müsste dann im Rahmen seiner Möglichkeiten aus der Perspektive eines deutschen Verfassungsorgans die Entwicklung der Bundesrepublik in und mit der Union konstruktiv begleiten. Die Kategorie der Verfassungsidentität als rein defensive Widerstandsformel kann das aber nicht leisten, ja dokumentiert geradezu den Unwillen, sich mit dem Recht der Union anders zu beschäftigen als in der Perspektive der Abwehr von Übergriffen in den mitgliedstaatlichen Gestaltungs-

<sup>74</sup> Näher dazu C. Schönberger, *Der Staat* 48 (2009), 535, 553 ff.

<sup>75</sup> BVerfGE 123, 267 (331 f.) – Lissabon (2009). Aus der entsprechenden Diskussion um eine mögliche Ablösung des Grundgesetzes siehe nur M. Nettesheim, *Der Staat* 51 (2012), 313; K.-P. Sommermann, *DÖV* 2013, 708.