

CHRISTIAN NEUMEIER

Kompetenzen

*Grundlagen der
Rechtswissenschaft*

41

Mohr Siebeck

Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Marietta Auer, Horst Dreier und Ulrike Müßig

41



Christian Neumeier

Kompetenzen

Zur Entstehung des deutschen öffentlichen Rechts

Mohr Siebeck

Christian Neumeier, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg, Oxford und Bonn; 2013 Erstes Staatsexamen am OLG Köln; 2017 Visiting Researcher an der Harvard Law School; 2018 Master of Laws (LL.M.) Yale Law School; 2019 Promotion durch die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin; 2020 Zweites Staatsexamen am Kammergericht; derzeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht an der HU Berlin (Professor Dr. Christian Waldhoff).

orcid.org/0000-0002-2107-5832

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) –
Projektnummer 470604715.

ISBN 978-3-16-160725-7 / eISBN 978-3-16-160726-4
DOI 10.1628/978-3-16-160726-4

ISSN 1614-8169 / eISSN 2569-3964 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Das deutsche Verfassungsrecht versteht die Demokratie als Ensemble von ‚Organen‘ mit verschiedenen ‚Kompetenzen‘. Die folgende Untersuchung geht den Ursprüngen dieser Vorstellung nach. Sie rekonstruiert, wie liberale Juristen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine neue Theorie des öffentlichen Rechts entwickelten, als der Verwaltungsstaat die Grundbegriffe des öffentlichen Rechts zu prägen begann. Politische Herrschaft sollte jetzt auf einer einzigen rechtlichen Form beruhen: auf begrenzten Ermächtigungen, die verschiedenen Akteuren bestimmte Aufgaben zuwies, deren Erledigung sie funktional legitimierte. Bürger verfügen seitdem über Rechte, der Staat über Kompetenzen. Die Untersuchung verfolgt die Entstehung dieser Theorie aus der Vorstellungswelt des deutschen Liberalismus, seiner politischen Situation und seines Sozialmodells und fragt nach ihrer Bedeutung für das öffentliche Recht der Gegenwart.

Diese Untersuchung wurde in einer früheren Fassung im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen und im Sommersemester 2020 mit dem Fakultätspreis ausgezeichnet. Meinem Doktorvater Professor Christian Waldhoff danke ich sehr herzlich für die Betreuung dieser Arbeit. Von ihm durfte ich über die Jahre mehr über das Verfassungsrecht und seine Geschichte lernen als von jedem anderen. Sein unerschöpfliches Wissen, seine Neugier und intellektuelle Großzügigkeit haben den Raum für die Fragen dieses Buches eröffnet. Ebenso herzlich danke ich Professor Christoph Möllers. Er hat nicht nur das Zweitgutachten übernommen, sondern auch großen Anteil an der Publikation genommen. Seiner Kunst, Verfassungsrecht und politische Theorie zu verbinden, verdanke ich die Erinnerung an die systematische Fragestellung des Buches. Mein besonderer Dank gilt Professor Dieter Grimm. Seine Arbeiten zur Verfassungsgeschichte der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts standen am Beginn dieser Untersuchung und bleiben als Vorbild unerreichbar. Er hat mich im rechten Moment ermutigt, Untersuchungszeitraum und historische Fragestellung der Arbeit zu präzisieren. Ihm verdanke ich die Chance, den Gegenstand durch Forschungs- und Studienaufenthalte in den Vereinigten Staaten von außen zu betrachten.

Die Arbeit hat von Gesprächen mit den Professoren Pascale Gonod, Wolfgang März und Tarun Khaitan sehr profitiert, das Buchmanuskript von einer überaus gründlichen Lektüre durch Professor Horst Dreier. Texte zu analysieren, hat

mich zuerst Stephan Uhde gelehrt, in jedem Satz eine Welt zu suchen, Professor Jürgen Paul Schwindt. Die Arbeit konnte während dreier Forschungs- und Studienaufenthalte an der Oxford Law Faculty, der Harvard und der Yale Law School wesentlich vorangebracht werden. Mein Dank gebührt den Professoren Mike Macnair, Mark Tushnet, Christine Desan, David Grewal und Daniel Markovits für ihre Gesprächsbereitschaft, Gastfreundschaft und Unterstützung.

Die Arbeit ist über die Jahre durch eine Reihe von Institutionen großzügig gefördert worden. Allen voran möchte ich der Studienstiftung des deutschen Volkes danken, die mich über viele Jahre in Studium und Promotion unterstützt hat. Das Deutsche Historische Institut London und die Fulbright Kommission haben Forschungsaufenthalte gefördert, die zunächst anderen Fragen galten, mittelbar aber in die Arbeit eingeflossen sind. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat die Drucklegung ermöglicht.

Mit Susanne Paas, Lennart Gau und Eike Hosemann habe ich einzelne Kapitel diskutiert. Valentin Jeutner und Laila Schestag haben schon die ersten Entwürfe kritisch kommentiert und seitdem allen Kapiteln Scharfsinn und Sprachgefühl gewidmet. Die Arbeit hätte nicht geschrieben werden können ohne meine Freunde Florian Meinel und Matthias Roßbach. Ihren Nachfragen und Einwänden verdanke ich ebenso wie ihrer fortwährenden Ermutigung, daß aus einer Frage schließlich ein Buch geworden ist. Es steht im stillen Gespräch mit ihren Arbeiten über die Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems und das Personal der Republik. Zusammen legen sie Zeugnis ab vom Glück des gemeinsamen Nachdenkens.

Zuletzt und zuerst danke ich meiner Familie: Meiner Patentante Anni Schäfer und meinen Eltern, Edeltraud und Hubert Neumeier. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Frühjahr 2022

Christian Neumeier

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Nach dem klassischen Konstitutionalismus	
<i>Einleitung</i>	1
1. Verfassung nach dem klassischen Konstitutionalismus	7
2. Fragestellung und Vorgehen	12
3. Kompetenzen heute	17
4. Überblick über den Argumentationsgang	23
I. Hegels Gespenster 27	
1. Hegels Kritik des klassischen Konstitutionalismus	28
2. Liberalismus nach dem Vernunftrecht	31
3. Strukturwandel der bürgerlichen Gesellschaft	36
4. Handlung und Organisation: Eine Theorie entsteht	49
II. Kompetenz-Competenz? 53	
1. Gesellschaftsverfassung und politische Verfassung	55
2. Die verfassungspolitische Forderung nach Kompetenzen	64
3. Die Kompetenzen der Verwaltung	80
4. Das Problem der Verfassungsänderung	95
III. Die Kompetenzen von Parlament und Regierung 111	
1. Der liberale Bürger Albert Hänel	112
2. Föderales Organisationsverfassungsrecht	121
3. Das Parlament in der Organisationsgesellschaft	154
4. Die normative Organisation der Politik	164
5. Eine wesentliche Erleichterung der Regierungsmaschine	184

IV. Die Verfassung der Verwaltung	213
1. Georg Jellinek und das Problem bürgerlicher Freiheit	216
2. Aporien des liberalen Systems der Rechte	227
3. Die Form funktionaler Berechtigungen	268
4. Das Organisationsrecht des liberalen Verwaltungsstaates	301
5. Nach der Gewaltenteilung	335
V. Politik und Verwaltung in der Demokratie	353
1. Das liberale Paradigma der Kompetenz	354
2. Ein Zweifler und drei Kritiker	366
3. Die neue Sachlichkeit	376
4. Von der Verwaltung einer Republik	389
Summary	405
Literaturverzeichnis	407
Personenregister	445
Sachregister	449

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Nach dem klassischen Konstitutionalismus	
<i>Einleitung</i>	1
1. Verfassung nach dem klassischen Konstitutionalismus	7
2. Fragestellung und Vorgehen	12
3. Kompetenzen heute	17
4. Überblick über den Argumentationsgang	23
I. Hegels Gespenster	
<i>Liberaler Fragen nach der Revolution</i>	27
1. Hegels Kritik des klassischen Konstitutionalismus	28
2. Liberalismus nach dem Vernunftrecht	31
3. Strukturwandel der bürgerlichen Gesellschaft	36
a) Die Erosion des assoziativen Sozialmodells	38
b) Von den Gesellschaften zur Gesellschaft: Neue sozialtheoretische Fragestellungen	45
4. Handlung und Organisation: Eine Theorie entsteht	49
II. Kompetenz-Competenz?	
<i>Zur liberalen Verfassungstheorie um 1867</i>	53
1. Gesellschaftsverfassung und politische Verfassung	55
2. Die verfassungspolitische Forderung nach Kompetenzen	64
a) Carl Twesten und die neue Verfassungstheorie der Realpolitik	66
b) Skizzen eines verfassungspolitischen Programms	71
c) Die Politik der Ministerverantwortlichkeit	78
3. Die Kompetenzen der Verwaltung	80
a) Von der Verwaltung der Rechte zum Recht der Verwaltung	82
b) Die <i>rule of law</i> und ihre institutionellen Voraussetzungen	88
c) Die Konstitutionalisierung der Verwaltung	89

4. Das Problem der Verfassungsänderung	95
a) Die Verfassungsberatungen des Norddeutschen Bundes	96
b) Politische Positionen	99
c) Kompetenz-Kompetenz: Konservative Polemik und offene Fragen	103
 III. Die Kompetenzen von Parlament und Regierung	 111
1. Der liberale Bürger Albert Hänel	112
2. Föderales Organisationsverfassungsrecht	121
a) Parlamentarismus im monarchischen Bundesstaat	122
aa) Die Föderalismusdiskussion im Kaiserreich	127
bb) Hänels Argumentationsstrategie	131
b) Die organisationstheoretische Perspektive	136
c) Gesellschaftliche Funktionen der politischen Organisation ‚Staat‘	144
d) Der exemplarische Bundesstaat	148
3. Das Parlament in der Organisationsgesellschaft	154
a) Gesellschaftspolitik des liberalen Etatismus	155
b) Regulierung I: Rechtsform	159
c) Regulierung II: Subventionspolitik	162
4. Die normative Organisation der Politik	164
a) Organisation und Organisationsrecht	165
b) Die Kompetenzen der Organe	168
c) Das instrumentelle Schema	173
d) Die Politik der Zuständigkeiten	177
aa) Normativierung der Zuständigkeiten	177
bb) Parlamentarische Organisationsgewalt	179
e) Die kompetenzielle Organisation politischer Herrschaft	183
5. Eine wesentliche Erleichterung der Regierungsmaschine	184
a) Die Kompetenzen der Minister	185
b) Die Verteilung der Verwaltung	191
c) Das unerreichte Vorbild	198
aa) Dicey und die viktorianische Verfassung des Parlamentarismus	199
bb) Kompetenz-Kompetenz: Die ambivalente Parlamentarisierung der Souveränität	204
cc) Das kompetenzielle Parlament	206
d) Eine moderne Regierung	209

IV. Die Verfassung der Verwaltung	213
1. Georg Jellinek und das Problem bürgerlicher Freiheit	216
2. Aporien des liberalen Systems der Rechte	227
a) Zur Funktion individueller Rechte in der Theorie des liberalen Konstitutionalismus	229
aa) Die Regierung der Rechte	229
bb) Das System der Rechte	232
cc) Jellineks Kritik der liberalen Theorie der Rechte	235
b) Jellineks Strukturanalyse des subjektiven Rechts	239
aa) Die Funktion der Rechte	240
bb) Die Form der Rechte	242
cc) Die Freiheit der Rechte	247
dd) Der Bruch im System	254
c) Jellineks Neubegründung der liberalen Theorie der Rechte	256
aa) Regulierte Freiheit	257
bb) Naturalisierte Freiheit	259
d) Die leere Mitte: Aporien im System der Rechte	261
e) Interessenvermittlung im administrativen Konstitutionalismus	265
3. Die Form funktionaler Berechtigungen	268
a) Die kollektive Organisation der Zwecke	269
aa) Die Zwecke der kollektiven Organisation	269
bb) Die Rechte des Kollektivsubjekts	276
b) Die normative Form der Organberechtigungen	278
aa) Organschaft: Die Rechtsstellung der Staats-Funktionäre	279
bb) Die normative Form der Kompetenz	290
c) Form der Funktion und Funktion der Form	297
4. Das Organisationsrecht des liberalen Verwaltungsstaates	301
a) Besonderheiten der Verwaltung des Kaiserreichs	302
b) Die Legalisierung der Bürokratie	309
aa) Der mandatierte Staatsdiener	309
bb) Der Innenraum des politischen Subjekts	313
cc) Begründungsstrategien einer Legalisierung der Exekutive	315
c) Die Ordnung der Zuständigkeiten	317
d) Die funktionale Etatisierung der Verbände	322
e) Ultra Vires: Die Dogmatik der Kompetenz	331
aa) Das Recht der Fehlerfolgen	331
bb) Die Haftung des Staates	333
5. Nach der Gewaltenteilung	335
a) Dualismus und kompetenzielle Funktionenordnung	338
b) Der bürokratisierte Leviathan	346

V. Politik und Verwaltung in der Demokratie

<i>Kompetenzen im öffentlichen Recht der Gegenwart</i>	353
1. Das liberale Paradigma der Kompetenz	354
2. Ein Zweifler und drei Kritiker	366
3. Die neue Sachlichkeit	376
4. Von der Verwaltung einer Republik	389
Summary	405
Literaturverzeichnis	407
Personenregister	445
Sachregister	449

Nach dem klassischen Konstitutionalismus

Einleitung

Zur politischen Freiheit gehört, daß man von ihr weiß. Wenige Jahre nach der Französischen Revolution erschien in Paris ein Kompendium, das seinen Lesern eine vollständige Auflistung aller Kompetenzbestimmungen des neuen Gemeinwesens versprach. Auf 547 Seiten sollte der *Code de compétence* eine, wie Untertitel und Vorwort verhießen, „handliche“ und „methodische Sammlung“ der Kompetenzen aller „Funktionäre der Französischen Republik“ bieten.¹ Vom Parlament über das Direktorium und die Ministerien bis hin zu den Gerichten mußte sich jede einzelne Kompetenz, so hielt es die Sammlung als „erstes Prinzip“ der neuen revolutionären Ordnung fest, auf die Verfassung und die „unveräußerliche Souveränität“ der Bürger zurückführen lassen.² In dieser Abstraktion war der Gebrauch des Wortes *compétence* so neu wie die politische Ordnung, die es beschreiben sollte. Seit Jahrhunderten hatte man mit ‚Competenz‘ eigentlich die Zuständigkeit eines Richters für einen bestimmten Fall bezeichnet: „le droit qui appartient à un juge de prendre connoissance d’une affaire“, wie es noch wenige Jahrzehnte vor der Revolution die Enzyklopädie definiert hatte.³ Die Verfassung hatte nicht nur die Bürger zu Freien und Gleichen gemacht, indem sie die alten Privilegien der feudalen Ordnung abschaffte. Auch die Unterschiede zwischen den Amtsträgern schienen mit einem Mal aufgehoben. Gleich ob König, Parlamentarier oder Mitglied des Direktoriums, sie alle wurden nicht durch Geburt, Gnade oder eine glückliche Hand im höfischen Intrigenspiel, sondern durch eine Verfassung eingesetzt, um bestimmte öffentliche Aufgaben mit begrenzten rechtlichen Befugnissen zu erfüllen. Im Jahr III des neuen republikanischen Kalenders waren so aus Parlamenten, Gemeindeversammlungen, Ministern, Gerichten und Verwaltungsbehörden Funktionäre

¹ *Jourdain*, Code de compétence, ou recueil méthodique de dispositions non abrogées, puisées dans les Loix des Assemblées Nationales, qui se sont succédées depuis 1789 jusqu’à présent, concernant la Compétence des Assemblées primaires, communales, électorales, du Corps Législatif, du Directoire Exécutif et de ses Ministres, des Corps administratifs et judiciaires, et de tous Fonctionnaires de la République française, fondée sur les bases de la Constitution de l’an III, 1797.

² *Jourdain*, Code de compétence, 1797, S. 5.

³ Encyclopédie, Ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, Bd. 3, 1753, S. 762. Weil sich die moderne Verwaltung im Schatten der *jurisdictio* ausbildete, bezeichnete ‚Competenz‘ auch bald die Arbeitsteilung der entstehenden Verwaltungen.

der Republik geworden – „Fonctionnaires“ wie der *Code de compétence* sie folgerichtig nannte. Ihre verschiedenen Aufgaben, Befugnisse und Zuständigkeiten wurden unterschiedslos zu Kompetenzen.

Der Autor des *Code de compétence* war Yves-Claude Jourdain, ein unbekannter Advokat aus der Provinz, den die Revolution nach Paris gebracht und zum Abgeordneten der zweiten Kammer gemacht hatte.⁴ Kurz nach der Veröffentlichung geriet er während des Staatsstreichs des 18. Brumaire in die Opposition und wurde von Napoleon aus dem Senat entfernt. Nachdem er sich entschieden hatte, mit dem neuen Regime zu kooperieren, schrieb er 1811 zum Beweis seiner Loyalität einen zweiten *Code de compétence*, der wiederum sämtliche Kompetenzen sämtlicher Funktionäre auflistete – nun allerdings des Empire statt der Republik.⁵ Mit dieser Neuauflage in drei Bänden endete der Versuch, die postrevolutionäre Verfassung Frankreichs durch eine Auflistung von Kompetenzen zu beschreiben.⁶ Das Buch erlebte keine weitere Auflage. Das Vorhaben einer Katalogisierung aller Kompetenzen fand auch keinen Nachahmer – weder im Frankreich der bourbonischen Restauration noch in den weiteren Republiken des 19. Jahrhunderts.⁷ Jourdain's *Code de compétence* blieb folgenlos. So nützlich er für die Karriere seines Autors gewesen sein mochte, so wenig theoretische Bedeutung maßen ihm offenbar Publikum, Wissenschaft und politische Öffentlichkeit bei. Das war kaum verwunderlich: Am Ende enthielt der *Code de compétence* nichts als eine Auflistung von Zuständigkeiten. Wer sie heute durchsieht, mag manches Interessante darin entdecken. Das Verfassungsrecht des postrevolutionären Frankreichs verstehen läßt sich so nicht. So evident es war, daß politische Herrschaft arbeitsteilig von verschiedenen Institutionen in den durch die Verfassung bestimmten Formen ausgeübt wurde, so wenig folgte daraus, daß sich aus einer minutiösen Aufzählung einzelner Kom-

⁴ Jourdain war Deputierter im *Conseil des Anciens*, s. die Einträge in: Robert/Bourloton/Cougny (Hrsg.), *Dictionnaire des parlementaires français*, Bd. 3, 1890, S. 435; Robinet/Robert/Chaplain (Hrsg.), *Dictionnaire historique et biographique de la Révolution et de l'Empire 1789–1815, 1899*, S. 235.

⁵ *Jourdain*, *Code de la compétence des autorités constituées de l'Empire français; ou Collection des dispositions constitutionnelles, législatives, administratives et judiciaires en ce qui concerne les attributions de l'Empereur des Français, des autorités administratives, judiciaires, civiles, militaires, et de tous les fonctionnaires de l'Empire*, Paris 1811.

⁶ Damit die Ordnungsleistung des Empire und wohl auch seines eigenen Compendiums angemessen gewürdigt würde, setzte Jourdain der zweiten Auflage seines *Code* den lateinischen Halbvers *rudis indigestaque moles* aus den Metamorphosen voran – eine Anspielung auf das *chaos* vor der ordnenden Welterschöpfung, die Jourdain allerdings statt dem Dissidenten Ovid lieber fälschlich dem augusteischen Staatsdichter Vergil zuschrieb.

⁷ Statt dessen wurde *compétence* zu einem juristisch etablierten Fachbegriff des Verwaltungsrechts, mit dem sich Verwaltungsbehörden organisieren und die Einhaltung ihrer Zuständigkeiten gerichtlich überprüfen ließ. Der dogmatische Versuch von *Carpentier*, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, 2006 knüpft darum auch folgerichtig nicht an die französische Tradition, sondern unmittelbar an Georg Jellinek an (S.7–25).

petenzen eine sinnvolle Theorie des öffentlichen Rechts ergab. Von der Revolution blieben bei Jourdain als falsche Form ihrer Verrechtlichung Kompetenzen.

Zur selben Zeit, als Jourdains *Code de compétence* in Frankreich zum antiquarischen Kuriosum wurde, wurde Kompetenz in Deutschland zum zentralen Begriff einer liberalen Verfassungstheorie. Noch heute geht man davon aus, daß sich die zentrale politische Stellung der Regierungschefin aus ihrer Richtlinienkompetenz ergibt. Bundestag und Bundesregierung, Bundesrat und selbst das Bundesverfassungsgericht gelten im deutschen öffentlichen Recht bis heute gleichermaßen als Verfassungsorgane, deren Verhältnis durch ihre jeweiligen Kompetenzen bestimmt wird. Auch die Bedeutung der Europäischen Union wird rechtlich daran festgemacht, ob sie über eine Kompetenz-Kompetenz verfügt oder nicht. Warum? Das ist die Frage, der dieses Buch nachgeht. Sie hat zwei Aspekte. Der eine ist historisch: In welcher Situation begann man, juristisch über Verfassungen und politische Institutionen in den abstrakten Begriffen von Organ und Kompetenz zu sprechen? Darum geht es in den ersten vier Kapiteln dieses Buches: um die historische Rekonstruktion einer neuen Theorie des öffentlichen Rechts, die von liberalen deutschen Juristen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelt wurde – ihre Entstehungsbedingungen, die Hoffnungen, die sich mit ihr verbanden, die Gegner, die mit ihrer Hilfe bekämpft werden sollten und die Implikationen, die sich aus dem neuen theoretischen Ideal ergaben. Der zweite Aspekt der Frage, dem das letzte Kapitel nachgeht, ist systematischer Natur und betrifft das Problem der Kontinuität dieser theoretischen Vorstellung im deutschen Verfassungsrecht der Gegenwart. Warum sprechen deutsche Juristen über die demokratischen Institutionen der Bundesrepublik oder über die Europäische Union zum Teil noch heute in Begriffen, die zur Beschreibung eines semiautoritären Regimes in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelt wurden? Beide Aspekte der Frage hängen zusammen, sind aber nicht identisch. Ebenso wenig wie die Kritik einer theoretischen Vorstellung ohne deren Historisierung auszukommen vermag, überhebt die Historisierung einer Vorstellung von der Notwendigkeit ihrer systematischen Kritik. Wer den historischen Ort eines Arguments aufgewiesen hat, hat es weder widerlegt noch seine Berechtigung erwiesen.

Beide Aspekte der Fragestellung, der historische wie der systematische, zielen auf verschiedene Weise auf denselben Gegenstand: das schwierige Verhältnis von demokratischer Verfassung und moderner Verwaltung. Kaum hatte das Zeitalter der liberalen Verfassungen in Europa begonnen, kündigten die preußischen Reformen 1807 die Wahlverwandtschaft von ökonomischer und politischer Freiheit auf, mit der die liberalen Revolutionen in Frankreich und Amerika Furore gemacht hatten – und setzten an ihre Stelle die Allianz von Gewerbefreiheit und moderner Bürokratie. Politische und ökonomische Freiheit wurden bewußt gegeneinander ausgespielt, indem man dem Bürgertum das eine nur um

den Preis des anderen versprach. In Frankreich gründete Napoleon seine Herrschaft auf dasselbe um die politische Freiheit kupierte Versprechen freier Märkte und rationaler Verwaltungen. Wenige Jahre nach ihrem revolutionären Rendezvous schienen sich die Wege der ökonomischen und politischen Moderne zu trennen. Zwischen sie traten moderne Bürokratien, die für die Bürger eine liberale Marktgesellschaft einrichteten, die Industrialisierung vorantrieben und gegen Ende des Jahrhunderts auch die Beseitigung von deren sozialen Folgen übernahmen, den Bürgern die volle politische Selbstbestimmung aber vorenthielten. Der Historiker Barthold Georg Niebuhr faßte das neue Credo zu Beginn des 19. Jahrhunderts in dem bald vielzitierten Satz zusammen, „daß die Freyheit“ in Wahrheit „ungleich mehr auf der Verwaltung als auf der Verfassung beruhe“.⁸ Darin lag nicht nur ein Bekenntnis zur gegenrevolutionären Strategie der preußischen Reformen, sondern vor allem die Diagnose eines bleibenden Problems. Denn im 19. Jahrhundert wurde die für den älteren Liberalismus noch selbstverständliche Vorstellung auf eine harte Probe gestellt, daß sich die Selbstregierung freier und gleicher Bürger ausschließlich in den drei großen Institutionen Parlament, Gericht und Regierung verwirklichen würde. In den liberalen Theorien der Revolutionszeit hatten moderne Administrationen noch keine größere Rolle gespielt. Die klassische Gewaltenteilung kennt eine Exekutive, aber keine Verwaltung. Weder Kant noch Locke hatten bürokratische Apparate größeren Stils, moderne Sozialverwaltungen oder unabhängige Regulierungsagenturen vorhergesehen. Am Ende des 19. Jahrhunderts war alles drei für die aufmerksameren unter den liberalen Zeitgenossen zu einer unübersehbaren Realität geworden.⁹

Die Probleme und möglichen Folgen, die sich aus dieser Situation für eine liberale Theorie des öffentlichen Rechts ergaben, bilden den Gegenstand dieses Buches. Es untersucht die Entstehung einer verfassungsrechtlichen Sprache, die sehr viel jünger ist als die Idee der Verfassung selbst. In ihre Begriffe, die das öffentliche Recht in Deutschland bis heute prägen, ist eine zentrale Erfahrung eingegangen, die erst nach dem Zeitalter der großen transatlantischen Revolutionen zur fraglosen Realität geworden ist: die modernen Verwaltungen. Die Untersuchung verfolgt über den Zeitraum eines halben Jahrhunderts, wie liberale Juristen in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Kategorien und Begriffe zu einer neuen Theorie des öffentlichen Rechts entwickeln, in

⁸ Niebuhr, Vorrede, in: v. Vincke, Darstellung der inneren Verwaltung Großbritanniens, 1815, III–X, S. III.

⁹ Bereits wenige Jahre nach Niebuhr hatte Hegel den Schluß gezogen, daß das alte republikanische Ideal einer Selbstregierung freier und gleicher Bürger in der Moderne nur noch für Beamte gelten konnte. Im Alltag einer arbeitsteiligen Gesellschaft, in der jedermann seinem besonderen Beruf nachging, waren Beamte – strenggenommen – die einzigen, die mit ihrer Arbeit noch wirklich praktischen Anteil an der Regierung hatten. Das Prinzip gleicher Freiheit verlangte darum von nun an vor allem den chancengleichen Zugang zur Beamtenlaufbahn, s. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, §§ 289–294.

der nicht mehr von Verfassungen und kaum von Freiheit die Rede ist, sondern von den ‚Aufgaben‘, die ein politisches Subjekt namens ‚Staat‘ für seine Bürger erledigen soll. Was der Staat durch seine ‚Organe‘ im einzelnen tun sollte, bestimmten seine jeweiligen ‚Kompetenzen‘. Der ‚Staat‘, das hieß konkret zu-meist: die Verwaltungen. Die Theorie mündete in der Vorstellung, daß die Legitimität politischer Herrschaft in den Leistungen bestand, die eine moderne Verwaltung für ihre Bürger erbrachte. Sie sollte eine liberale Wirtschaftsordnung durchsetzen, soziale Konflikte befrieden, Universitäten gründen, Zölle erheben, Kolonien erobern oder Theater unterhalten. Was immer es auch im einzelnen sein mochte – das politische Gemeinwesen, der ‚Staat‘, war eine Organisation zur administrativen Erledigung bestimmter Aufgaben. Aus dieser Perspektive ergab sich dann eine radikal andere verfassungsrechtliche Beschreibung von Politik. Aus politischen Akteuren wurden administrative „Funktionäre“: Kanzler, Beamte, Parlamentarier und Regierungen, sie alle wurden rechtlich gleichermaßen zu „Organen“, wie man nun juristisch sagte.¹⁰ Ihre Berechtigungen ergaben sich aus einer einheitlichen neuen Klasse von Rechtsnormen: Kompetenzen.

Im Zentrum dieser Theorie stand mit Kompetenz ein Begriff, dessen etymologische Wurzeln sehr viel weiter zurückreichen, der aber in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine spezifisch neue Bedeutung gewinnt. Kompetenzen waren mehr als ein Modewort. Mit ihnen sollte die Einsicht auf den Begriff gebracht werden, daß es für die Berechtigungen des Staates eine distinkte Klasse rechtlicher Normen gab, eine zweite normative Form neben den Rechten der Bürger. Bürger verfügen seitdem über Rechte, der Staat über Kompetenzen. Diese neue normative Form ‚Kompetenz‘ zeichnete sich durch drei Eigenschaften aus. Kompetenzen waren zunächst vor allem eines: abstrakt. Sie stellten eine unbestimmte rechtliche Form für alle möglichen staatlichen Aufgaben zur Verfügung, die in allen erdenklichen institutionellen Arrangements erledigt werden konnten. Parlamente verfügen über Kompetenzen, aber Gerichte und Zentralbanken auch. Durch Kompetenzen konnte alles so, aber auch ganz anders organisiert werden. Kompetenzen waren dabei, zweitens, immer begrenzt. Sie zielten auf eine rechtliche Verfassung und Einhegung politischer Herrschaft. Darin lag ihr Zusammenhang mit jener liberalen politischen Bewegung, die sich in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts selbst den Namen ‚Constitutionalismus‘ gegeben hatte. Aufgaben mußten nur dann rechtlich verteilt, Zuständigkeiten erst dann abgegrenzt und Befugnisse nur unter der Bedingung gesetzlich bestimmt werden, daß staatliche Aufgaben variabel, aber nicht mehr unbegrenzt waren, daß staatliche Eingriffsbefugnisse flexibel, aber nicht unbestimmt sein durften. Vor allem waren Kompetenzen, drittens, immer zweckgebunden. Darin lag neben ihrem Abstraktionsgrad die eigentliche Innovation dieser neu-

¹⁰ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, ²1905, S. 25.

en normativen Form. Kompetenzen sollten die Politik immer schon auf die Erreichung bestimmter Ziele verpflichten, indem sie sie als *Aufgaben* festsetzten, begrenzte *Befugnisse* zu ihrer Erledigung bestimmten und sie konkreten Institutionen als deren *Zuständigkeit* zuwiesen. Im Folgenden wird Kompetenz als Begriff für dieses dreiteilige Schema (Aufgabe, Befugnis, Zuständigkeit) verwendet. Durch Kompetenzen wurde also nicht einfach die Gewaltenteilung verschiedener politischer Institutionen rechtlich ins Werk gesetzt. Kompetenzen organisierten die Arbeitsteilung der staatlichen Institutionen auf eine sehr viel bestimmtere Weise. Sie legten fest, welche konkreten Aufgaben welches Organ auf welche Weise zu erledigen hatte.

Die normative Form dieses Zweck-Mittel-Schemas und die Theorie öffentlicher Gewalt, in deren Mittelpunkt sie stand, sind gemeint, wenn im Folgenden vom *Paradigma* der Kompetenz die Rede ist. Von Kompetenz in diesem sehr spezifischen Sinne zu sprechen, ist erklärungsbedürftig. Kompetenz heißt wörtlich zunächst ja nichts anderes als Zuständigkeit. Zuständigkeiten festzulegen ist ein organisatorisches Phänomen einer bestimmten Form sozialer Kooperation. Verschiedene Akteure handeln, indem sie eine als gemeinsam verstandene Arbeit nach bestimmten Gesichtspunkten unter sich aufteilen. Jeder Beteiligte hat dann seinen nach sachlichen, örtlichen oder anderen Kriterien zugewiesenen Aufgabenbereich: seine Zuständigkeit. Auch wenn dieses Phänomen seit der Moderne rapide zugenommen hat, ist es doch offenbar weder modern noch auf das öffentliche Recht beschränkt. Auch Galeeren und Fabriken lassen sich in dieser Weise organisieren. Die Geschichte unterschiedlicher Regelungen von gerichtlichen und administrativen Zuständigkeiten reicht dementsprechend lange zurück.¹¹ Das soziale Phänomen der Arbeitsteilung ist also das eine, es zum zentralen Begriff einer liberalen Verfassungstheorie zu machen etwas anderes. Auch die römischen Magistrate haben ihre Angelegenheiten unter sich verteilt, in vielen Fällen auch absichtlich nicht verteilt. Auf den Gedanken, darum den „Kompetenzbegriff“ für „das Wesen der republikanischen Magistratur“ zu halten, kam erst ein deutscher Liberaler in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.¹² Der Gegenstand dieses Buches sind also nicht rechtliche Zuständigkeiten als solche, ihre Arten oder möglichen Verteilungsformen, sondern eine Verfassungstheorie, die Kompetenz zu ihrem zentralen Begriff machte: das liberale Paradigma der Kompetenz. Im verbleibenden Teil dieser Einleitung soll die Ausgangssituation einer solchen Theorie kurz skizziert werden (1.), bevor Fragstellung und Vorgehen der Untersuchung (2.), Forschungsstand (3.) und heutiger juristischer Gebrauch des Kompetenzbegriffs (4.) näher vorgestellt werden.

¹¹ Begriffsgeschichtliche Hinweise im Historischen Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, 1976, S. 918–933.

¹² *Mommsen*, Römisches Staatsrecht, Bd. 2.2, ³1887, S. 747. S. auch Bd. 1, ³1887, S. 76–257 über die „magistratische Kompetenz“; S. 34–35 zum Verhältnis des „Prinzips der Kompetenz“ zum „Prinzip der Collegialität“.

1. Verfassung nach dem klassischen Konstitutionalismus

Mit dem Kompetenz-Paradigma beginnt sich der deutsche liberale Konstitutionalismus vom verfassungsrechtlichen Kategorien- und Begriffssystem der Zeit um 1800 zu lösen.¹³ Kompetenz ist keine Kategorie der liberalen Theorie der Revolutionszeit. In ihr war von Verfassungen und Freiheitsrechten, von Parlamenten und bürgerlicher Öffentlichkeit, von Gewaltenteilung, *pouvoirs* und *powers* die Rede – nicht von Kompetenzen. Was also trennte die deutschen Liberalen in der zweiten Jahrhunderthälfte von ihren großen Vorbildern?

Die Politische Ökonomie des klassischen Konstitutionalismus

Das Verhältnis von liberaler Ökonomie und liberaler politischer Verfassung war schwieriger, als es die Liberalen der Revolutionszeit angenommen hatten. Die neue marktformige Ökonomie erwies sich als eine instabile Sozialordnung.¹⁴ Das war überraschend. Die Organisation der Gütererzeugung und -verteilung im Rahmen eigeninteressierter Tauschverhältnisse, so hatte man ursprünglich gedacht, würde nicht nur hinter dem Rücken der Beteiligten zu einem produktiven Gleichgewicht bei der Nutzung gesellschaftlicher Ressourcen führen, sondern vor allem würden die rationalen Motive der Marktteilnehmer die sozialen Leidenschaften der Menschen befrieden.¹⁵ Mit dem Ende der feudalen Privilegien würde der wesentliche Stein des sozialen Anstoßes entfallen. Ehe man seine industrielle Realität kannte, verhieß der Kapitalismus eine soziale Utopie friedlichen Interessenausgleichs.¹⁶ Daraus erklären sich zwei zentrale Prämissen der liberalen Verfassungstheorie dieser Zeit. Die neue Ökonomie würde, einmal eingerichtet, ohne massive Eingriffe der Regierung auskommen. Umgekehrt würden die sozialen Akteure nicht ihrerseits die politischen Institutionen über Gebühr unter Druck setzen. Politik und Ökonomie waren zwar verschieden, beruhten jedoch auf einem ähnlichen Legitimationsprinzip: dem vertraglichen Konsens von Individuen, bei dem jedermann auf seine Kosten kam. Die klassische liberale Verfassungstheorie rechnete weder mit Konjunkturkrisen noch mit Parteien, Konzernen oder starken gesellschaftlichen Interessenorganisationen. Wo sie auftraten, wurden sie zunächst kurzerhand ver-

¹³ Vgl. *Grimm*, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, 31–66; *Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 227–277.

¹⁴ Dazu ausführlich Kapitel II. 1. Gesellschaftsverfassung und politische Verfassung, S. 57–64.

¹⁵ *Hirschman*, *The Passions and the Interests*, 1977; *Appleby*, *Capitalism and a New Social Order*, 1984; *Holmes*, *The Secret History of Self-Interest*, in: Mansbridge (Hrsg.), *Beyond Self-Interest*, 1990, 267–286.

¹⁶ *Anderson*, *Private Government*, 2017, S. 1–36.

boten.¹⁷ James Madison etwa, der noch als der modernste unter den amerikanischen Verfassungsvätern gelten kann, ahnte zwar, daß leidenschaftlich selbstinteressierte Bürger sich womöglich in organisierten Gruppen zusammenschließen könnten. So bezeichnend wie diese Sorge war seine Antwort aus dem Fundus der klassischen Ökonomie. Je mehr solcher *factions* es gäbe, desto eher würden sich die fanatisierten Grüppchen wechselseitig politisch neutralisieren.¹⁸ Der klassische Konstitutionalismus beruhte zwar auf der Unterscheidung von liberaler Gesellschaftsordnung und politischer Verfassung, ohne sie jedoch in ihren Folgen schon zu reflektieren.

Sachen, Räume, Personen

Das zweite Phänomen, das die Liberalen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts von ihren Vorgängern trennte, war die Realität moderner Verwaltungen.¹⁹ Die Verfassungstheorie des klassischen Konstitutionalismus kannte Regierungen, aber keine Verwaltungen.²⁰ Die großen revolutionären Verfassungen und ihre Theorien datieren vor der Entstehung moderner Industriegesellschaften und der Bewältigung ihrer sozialen Probleme durch Verwaltungen.²¹ Am wenigsten gilt dies sicher für die französischen Revolutionäre, die bereits eine in

¹⁷ Mit der *loi Le Chapelier* vom 14. Juni 1791 wurden nach Lohnstreiks in Paris Frühformen gewerkschaftlicher Organisation von der Nationalversammlung mit der Begründung verboten, daß sie in Wahrheit auf die Wiederherstellung der alten Korporationen zielten. Unter den Bedingungen der neuen liberalen Privatrechtsordnung „il n’y a plus que l’intérêt particulier de chaque individu, et l’intérêt général“, s. das Bulletin der Nationalversammlung im *Moniteur Universel* vom 14. Juni, abgedruckt in: Gallois (Hrsg.), *Réimpression de l’Ancien Moniteur*, Bd. 8, 1841, S. 661. Vgl. *Soreau*, *La loi Le Chapelier*, *Annales historiques de la Révolution française* 46 (1931), 287–314; *Seegert*, *Das Gesetz Le Chapelier*, in: *Herzig/Stephan/Winter* (Hrsg.), *„Sie und nicht Wir“*. Die Französische Revolution und ihre Wirkungen auf das Reich, Bd. 2, 1989, 787–809; *Bull*, *„Freiheit der Arbeit“* als Unterdrückung der Koalitionsfreiheit – Die *loi Le Chapelier* von 1791 und ihre Folgen, in: *FS Frotscher*, 2007, 129–143.

¹⁸ Das ist das berühmte Argument in *Federalist* Nr. 10. Die Multiplikation der Interessen sollte, ganz ähnlich wie bei Adam Smith die Multiplikation der Marktakteure, deren unbewußte Selbstorganisation zum Gemeinwohl verbürgen. Zu dieser für das gesamte 18. Jahrhundert zentralen Gedankenfigur *Shehaan*, *Invisible Hands: self-organization and the eighteenth century*, 2015.

¹⁹ Dazu ausführlich Kapitel IV. 4. Das Organisationsrecht des liberalen Verwaltungsstaates, S. 301–309. Vergleichende Übersicht über die flächendeckende Durchsetzung moderner Verwaltungen im 19. Jahrhundert bei *Osterhammel*, *Die Verwandlung der Welt*, 2020, S. 866–882.

²⁰ Es ist darum nur konsequent, wenn heute in der konservativ-libertären Variante des Liberalismus die Verwaltung insgesamt für verfassungswidrig gehalten wird, s. *Hamburger*, *Is Administrative Law Unlawful?*, 2014; *Postell*, *Bureaucracy in America. The Administrative State’s Challenge to Constitutional Government*, 2017.

²¹ Das ist eine Ausgangsbedingung des klassischen liberalen Konstitutionalismus, die nicht nur im Rückblick häufig übersehen wird, sondern zum Teil bis heute die liberale Theorie prägt. Die Verwaltung kommt nicht nur bei Kant, sondern auch bei Dworkin oder Rawls nicht vor. Auch bei *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 21992 besteht das öffentliche Recht aus

Ansätzen zentralisierte und hierarchisierte Verwaltung vorfanden.²² Aber gerade hier bedeutete die Verwaltung für die liberale Verfassungstheorie zunächst kein besonderes Problem. Sie sollte zum Agenten der liberalen Gesellschaftsreform werden, indem sie die Feudalgesellschaft in der Praxis beseitigte. Die französischen Verfassungen der Revolutionszeit zielten darum noch auf eine weitgehende Freistellung der Verwaltung von überkommenen rechtlichen Bindungen, nicht ihre Einhegung durch das Recht.²³ Nachdem sie ihre historische Aufgabe, eine bürgerliche Gesellschaft zu errichten, vollendet hatten, würden die Administrationen in der neuen Gesellschaftsordnung nur sehr begrenzte Aufgaben übernehmen. Noch waren sie kein Instrument einer unbestimmten Vielzahl politischer Ziele, gesellschaftlicher Aufgaben und Funktionen. Sie verwalteten Sachen und Räume, Geld, den Krieg, aber, sah man von den Aushebungen des Militärs ab, keine Menschen.

Die deutschen Liberalen der zweiten Jahrhunderthälfte hatten ein sehr viel ambivalenteres Verhältnis zu den wachsenden Verwaltungen. Sie waren für die Liberalen so unverzichtbar wie gefährlich. Zu Beginn des Jahrhunderts hatten reformbereite Kreise innerhalb der Verwaltung für die Liberalen deren ökonomisches Programm auf den Weg gebracht, politisch im entscheidenden Moment 1848/49 aber gemeinsame Sache mit dem monarchischen Establishment gemacht. Es waren die Verwaltungen, denen die Liberalen in Deutschland unfreiwillig einen Gutteil ihrer praktischen Freiheit verdankten. In dieser Erfahrung lag mehr als eine mißglückte politische Allianz. Vielmehr zeigte sich darin ein strukturelles Problem. Eine moderne Industriegesellschaft war auf die Leistungen einer Verwaltung angewiesen, die Wasserstraßen anlegte, Monopole konzessionierte und Arbeiterstreiks auflöste. Gleichzeitig stellte eine politisch noch immer weitgehend autonom operierende Bürokratie mit obrigkeitlichen Dispositionen die Vorstellung einer Selbstregierung freier und gleicher Bürger auf eine harte Probe.

Das Problem der Kontingenz

Beide Phänomene zusammen, die veränderte politische Ökonomie und die Realität moderner Verwaltungen, ließen die Vorstellung von Politik und öffentlicher Gewalt in einem ungeahnten Sinne unbestimmt werden. Wenige Jahrzehnte nach ihrer Verabschiedung wurden die großen liberalen Verfassungen

Rechten, Gerichten, Parlamenten, Öffentlichkeit und Zivilgesellschaft. Vgl. zu Dworkin die entsprechende Beobachtung bei *Vermeule*, *Law's Abnegation*, 2016, S. 3.

²² *Burdeau*, *Histoire de l'administration française*, 1989, S. 46–72; *Church*, *Revolution and Red Tape. French Ministerial Bureaucracy 1770–1850*, 1981; *Brown*, *War, Revolution, and the Bureaucratic State*, 1995; *Raphael*, *Recht und Ordnung. Herrschaft durch Verwaltung im 19. Jahrhundert*, 2000, S. 42–52; *Osterhammel*, *Die Verwandlung der Welt*, 2020, S. 868; *Cobb*, *Reactions to the French Revolution*, 1972, S. 139.

²³ S. dazu unten Kapitel II. 3. Die Kompetenzen der Verwaltung, S. 80–94.

von der Modernität der Gesellschaften eingeholt, die sie freigesetzt hatten. Die ökonomische ebenso wie die institutionelle Prämisse der klassischen liberalen Theorie erodierten in unterschiedlichem Grad aus unterschiedlichen Gründen und mit unterschiedlicher Geschwindigkeit im Laufe des 19. Jahrhunderts. Das hatte für die liberale Theorie eine einschneidende Folge. Natürliche Freiheitsrechte und abstrakte Staatszwecke verloren ihre theoretisch zentrale Stellung. Wenn die neue Ökonomie instabil war und die gleiche Freiheit der Bürger nicht herbeiführte, sondern untergrub, genügte es nicht, sie durch die Behauptung natürlicher Freiheitsrechte gegen staatliche Interventionen abzuschirmen. Ökonomische Freiheit und die Rechte, auf denen sie beruhte, mußten nicht nur koordiniert, sondern reguliert werden. Auch eine liberale Politik mußte darum über die Rechte der Bürger und ihren Umfang sehr weitgehend disponieren können. Ihr konkreter Gehalt variierte dann von Fall zu Fall. Darüber wurden Rechte selbst zu einer unbestimmten Form.²⁴ Gleichzeitig nahmen die Handlungsfelder auch liberaler Regierungen gegen Ende des 19. Jahrhunderts dramatisch zu, als die Verwaltungen mehr und mehr die Bewältigung der Probleme industrialisierter Gesellschaften übernahmen. Sie durchdrangen soziale Verhältnisse mit Versicherungsregimen, verteilten Risiken, Leistungen und vor allem: Geld. Sie regulierten und deregulierten Märkte, bauten Staudämme, gründeten Universitäten, beschafften Wohnraum und überwachten öffentliche Plätze. Ihre politischen Ziele waren so verschieden wie die Techniken, mit denen sie verfolgt wurden. Was sie im einzelnen als nächstes in welcher Organisationsform tun würden, ließ sich dann kaum mehr durch begrenzte und abstrakte Staatszwecke vorhersagen.

Das Handeln der Regierungen und ihrer Verwaltungen wurde mit einem Wort: kontingent. Als Kontingenz wird traditionell die Eigenschaft eines Zustands bezeichnet, weder notwendig noch unmöglich zu sein.²⁵ Die Dinge können so oder so sein – oder auch ganz anders. Pathetischer ließe sich auch von Freiheit sprechen. Die Offenheit dessen, was moderne Regierungen tun können, ist ja nur die andere Seite freier demokratischer Selbstregierung. Ein emphatischer Freiheitsbegriff aber war den deutschen Liberalen der zweiten Jahrhunderthälfte über die massiven sozialen Krisenphänomene gerade verloren gegangen – und selbst regieren konnten und wollten sie vorerst auch nicht. Daß man nicht mehr vorab wußte, was Regierungen taten, wurde darum vor allem als Problem wahrgenommen. Die politische Unbestimmtheit öffentlicher Gewalt war innerhalb der liberalen Theorie ein neues Phänomen. Zwar sind die großen Revolutionen des 18. Jahrhunderts selbst zum historischen Symbol der Kontingenz moderner öffentlicher Gewalt geworden. Man konnte Institutio-

²⁴ Dazu ausführlich Kapitel IV. 2. Aporien des liberalen Systems der Rechte, S. 227–265.

²⁵ *Lubmann*, Kontingenz als Eigenwert der modernen Gesellschaft, in: *Beobachtungen der Moderne*, 1992, 93–128; *Kontingenz und Recht*, 2013.

nen anders und vernünftiger konstruieren, als es traditionell der Fall gewesen war.²⁶ Aber das bedeutete nicht, daß die Handlungsfelder der Politik auch ihrerseits bereits als kontingent begriffen worden wären. Die liberale Semantik der Revolutionszeit konnte auch darum unbestimmt von *powers* und *pouvoir* sprechen, weil man über mehr oder weniger klare Vorstellungen zu verfügen glaubte, was Exekutive, Judikative und Legislative tun würden.²⁷ Und das war – nach heutigen Maßstäben – nicht allzu viel. Die Vorstellung einer Unterscheidung verschiedener Gewalten beruhte auch auf der Annahme, daß es genügen würde, rational konstruierte Institutionen einzurichten und bei Bedarf einander entgegensetzen, um die Rationalität von deren Funktionen zu verbürgen.

Gegenüber dem Problem moderner Verwaltungen ließen sich aus Sicht einer liberalen Verfassungstheorie wenigstens drei verschiedene Strategien verfolgen. Man konnte so tun, als gäbe es sie nicht und die Verwaltungen funktional einfach als Teil der Regierung behandeln. Für sie galten dann die gleichen Legitimationsanforderungen wie für die Regierung. Dann mußte, wie noch heute in weitem Umfang in den Vereinigten Staaten, mit jedem Regierungswechsel auch das politisch relevante Personal der Verwaltung ausgetauscht werden.²⁸ Man konnte andererseits Regierung und Verwaltung institutionell unterscheiden und hoffen, die Verwaltung über die Regierung in den Griff zu bekommen. Das war das in England erprobte und in Deutschland am berühmtesten von Max Weber propagierte Modell parlamentarisch verantwortlicher Fachminister.²⁹ Oder man konnte die Regierungen als Verwaltung behandeln und versuchen, ihnen durch eine neue Form von Rechtsnormen vorzuschreiben, was sie zu tun hatten. Dafür steht das Paradigma der Kompetenz: eine Theorie des öffentlichen Rechts, die auf eine weitgehende rechtsstaatliche Einhegung von Politik zuläuft. Historisch bedeutet sie den zunehmend verzweifelten Versuch der Liberalen, die modernen Bürokratien, auf deren Personal sie während des gesamten 19. Jahrhunderts keinen Zugriff hatten, auf anderem Wege zu steuern: durch Rechtsnormen, die der Verwaltung vorschrieben, was sie zu tun und vor allem, was sie zu lassen hatte. Das Eigentümliche dieser Vorstellung bestand darin, daß sie Politik nicht durch liberale Freiheitsrechte begrenzen, an Verfahren binden oder auf normative Prinzipien verpflichten wollte. Kompetenzen zielten vielmehr darauf ab, Politik *inhaltlich* oder, wie man im deutschen öffentlichen Recht noch heute zu sagen pflegt, ‚materiell‘ auf bestimmte Ergebnisse festzulegen. An die Stelle der traditionellen liberalen Vorstellung einer politisch konfliktreichen „Teilung der Gewalten“ sollte, so forderte etwa Georg Jellinek aus-

²⁶ *Arendt*, On Revolution, 1963; *Grimm*, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: Die Zukunft der Verfassung, 1991, 31–66.

²⁷ *Vile*, Constitutionalism and the Separation of Powers, 1967, S. 59–67.

²⁸ *Roßbach*, Das Personal der Republik, 2021.

²⁹ *Meinel*, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, 2019, S. 350–355.

drücklich, eine „Verteilung von Zuständigkeiten“ durch Kompetenzen treten, bei der die verschiedenen politischen und administrativen Institutionen loyal und sachlich zusammenarbeiteten.³⁰ Bei diesem Versuch, eine Form kollektiver Handlungsrationalität bei der Verfolgung derjenigen Zwecke zu institutionalisieren, die alle angingen, geriet nur eines aus dem Blick – die freie Verständigung darüber, worin diese Zwecke eigentlich bestehen sollten. Über den Versuch, die Realität moderner Verwaltung in eine liberale Verfassungstheorie zu integrieren, wurde den Liberalen die Ordnung gleicher Freiheit selbst im Kern zu einem Verwaltungsproblem. Die Konstitutionalisierung der Verwaltung schlug in die Bürokratisierung der Verfassung um.

2. Fragestellung und Vorgehen

Dieses Buch versucht, Kompetenz als zentralen Begriff einer liberalen Theorie des öffentlichen Rechts zu rekonstruieren. ‚Liberal‘ wird dabei zunächst einfach als historische Selbstbeschreibung verstanden. Warum begannen in Deutschland politische Akteure und wissenschaftliche Autoren, die sich selbst als Liberale bezeichneten, in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts über Kompetenzen und Organe zu sprechen statt von Verfassungen und Freiheitsrechten?³¹ Dieses Vorgehen, das sich zunächst am empirisch nachweisbaren vermehrten Gebrauch eines Wortes orientiert, bringt zwei Schwierigkeiten mit sich. Zum einen sind *Competenz* und *Kompetenz* schon bald so allgegenwärtig wie in ihrer Verwendung unreflektiert. Die Untersuchung läßt sich daher zwar vom Wortfeld ‚Kompetenz‘ leiten, sie betreibt aber weder historische Semantik im strengen Sinne noch klassische Begriffsgeschichte. Sie versteht Kompetenz als Abkürzung für einen Komplex von theoretischen Sätzen, in denen sich zeitgenössische Vorstellungen und Annahmen über die öffentliche Gewalt und ihre juristische Beschreibung idealtypisch zusammenfassen lassen. Kompetenz, so die These, ist ein Paradigma politischer Herrschaft, ganz ebenso wie es einmal Souveränität war oder wie es Verfassung noch heute ist.³² Es läßt sich jedoch, darin liegt die zweite Schwierigkeit, nicht einfach fertig formuliert in den historischen Quellen vorfinden. Es gab kein programmatisches wissenschaftliches Werk, kein politisches Manifest, das unter dem Titel ‚Kompetenz‘ erschienen wäre. Man sprach von Kompetenzen in einem unspezifischen Sinne, lange be-

³⁰ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1914, S. 501.

³¹ Zum Wandel der Konnotationen im Laufe des 19. Jahrhunderts s. *Leonhard*, Liberalismus. Zur historischen Semantik eines europäischen Deutungsmusters, 2001; zur theoretischen Annäherung an den Begriff vgl. *Möllers*, Freiheitsgrade, 2020.

³² Zum Begriff vgl. *Hoyningen-Huene*, Paradigma, in: Archiv für Begriffsgeschichte, Sonderheft 11 (2014), 279–289. Der Begriff wurde von *Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, 1962 popularisiert. Zur Kritik vgl. *Masterman*, The Nature of a Paradigm, in: Lakatos/Musgrave (Hrsg.), Criticism and the Growth of Knowledge, 1970, 59–89.

vor in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts daraus eine Forderung liberaler Politiker, später ein zentraler theoretischer Begriff liberaler Verfassungsjuristen wurde. Aber auch deren Äußerungen benutzten den Begriff häufiger, als sie ihn explizit reflektierten. Das Verfahren der Untersuchung besteht darum in einer Rekonstruktion. Die einzelnen, zum Teil verstreuten Vorstellungen liberaler Politiker und Autoren bei der Beschreibung öffentlicher Gewalt mußten überhaupt erst zueinander in Beziehung gesetzt werden. Die Quellen für dieses Vorgehen sind parlamentarische Äußerungen und politische Traktate ebenso wie juristische Schriften im engeren Sinne. Dem liegt die Annahme zugrunde, daß man die Texte einer Epoche historisch besser verstehen kann, wenn man zu Ende denkt, was sie andeuten oder unausgesprochen lassen. Das Typische einer Zeit liegt oft gerade im scheinbar Nebensächlichen, in den Vorstellungen, die vorausgesetzt werden oder fraglos geworden sind.

Autoren

Die Untersuchung geht dabei von drei Autoren aus. Ihre Prämissen und Frontstellungen sollen das Kompetenz-Paradigma als theoretische und politische Option des deutschen Liberalismus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts verständlich machen, ohne seine Ambivalenzen und Widersprüche zu unterschlagen. Theoretisch blieb das Kompetenz-Paradigma in vielem ebenso vage, wie sich politisch sehr verschiedene Hoffnungen mit ihm verbanden. Diese politische und theoretische Mehrdeutigkeit kommt in der Auswahl der untersuchten Autoren zum Ausdruck. Die Untersuchung konzentriert sich auf drei für den Liberalismus dieser Zeit zentrale, wenn auch heute zum Teil vergessene Figuren: Carl Twesten, Albert Hänel und Georg Jellinek. Ein Politiker, ein Professorenpolitiker, ein Professor, geboren 1820, 1833, 1851. Gemeinsam bilden sie das politische Spektrum des Liberalismus vom linksliberalen Fortschritt bis hin zu den Nationalliberalen ab.³³ Anhand ihrer Schriften und Äußerungen läßt sich über eine Generation hinweg der Weg von der politischen Forderung nach einer Verrechtlichung der öffentlichen Gewalt durch ‚Competenzen‘ in die theoretische Sprache einer liberalen Verfassungstheorie ebenso nachverfolgen wie die unterschiedlichen politischen Ziele und Hoffnungen, für die der Ruf nach Kompetenzen jeweils stand. Twesten wollte durch Kompetenzen eine noch weitgehend autonome Regierung begrenzen, damit sich eine liberale Wirtschafts- und Sozialordnung entfalten konnte, die langfristig die Liberalisierung der politischen Verfassung zur Folge habe würde. Hänel hoffte, mit ihrer Hilfe das Parlament zum politischen Zentrum der Nation zu machen. Jellinek schließ-

³³ Twesten begann als Mitglied der Fortschritts-Fraktion, wechselte später zu den Nationalliberalen. Hänel war zeit seines Lebens Mitglied in wechselnden linksliberalen Fraktionen. Jellinek stand den Nationalliberalen nahe.

lich, „innerlich“ schon ganz „fin de siècle“, wie er mit leiser Ironie von sich schrieb, war skeptisch geworden gegenüber den Parlamenten.³⁴ Sein Denken kreiste vor allem um die Realität moderner Verwaltungen. Durch zwei abstrakte normative Formen sollten sie, die sich als unverzichtbar für eine liberale Gesellschaft erwiesen hatten, zum verlässlichen Garanten bürgerlicher Freiheit werden. Kompetenzen sollten die Verwaltung auf die Verfolgung bestimmter Zwecke festlegen, subjektive öffentliche Rechte ihre Leistungen direkt und jenseits aller Politik einklagbar machen.

Es sind eigentümliche und eigentümlich verzweifelte Charaktere, von denen dieses Buch erzählt.³⁵ Twesten war der jugendliche politische Hoffnungsträger der preußischen Liberalen seiner Zeit, als Assessor noch kommunistischer Revolutionär und Dramendichter in Venedig, später liberaler Abgeordneter, eine Medien- und Märtyrerfigur, die sich im Duell mit dem Generaladjutanten des Königs den Arm zerschießen ließ und nebenher, zum Vorteil für diese Untersuchung, allerlei politische Traktate veröffentlichte, die von den liberalen Zeitgenossen als repräsentativer Ausdruck ihrer Ziele und Vorstellungen begrüßt wurden. Daß die „Parlaments-Verfassung“ ein „äußerer Anhang des bürokratischen Staates“ blieb, ließ ihn so sehr verzweifeln, daß er zuletzt die moderne Verwaltung insgesamt privatisieren wollte.³⁶ Kurz vor der Reichsgründung starb er im Alter von nur 50 Jahren. Hänel, der als Kind seinen Stiefvater zur Frankfurter Nationalversammlung begleitete und in den Revolutionstumulten beinahe verloren ging, war 25 Jahre linksliberaler Abgeordneter im Reichstag und im Preußischen Abgeordnetenhaus, liberaler Parteiorganisator, nebenher Professor in Kiel.³⁷ Eigentlich Rechtshistoriker, war er über die „kompendiari-sche Gedankenlosigkeit“ des öffentlichen Rechts seiner Zeit so verzweifelt, daß er ihm durch begriffsjuristische Polemiken mit den eigenen Mitteln den Kampf ansagte und das vermutlich einzig entschieden liberal parlamentarische Verfassungsrecht seiner Zeit zu schreiben versuchte.³⁸ Für Jellinek, zwei Jahrzehnte jünger und unter dem Eindruck aufgewachsen, daß die „liberale[n] Ideen und Parteien“ seiner Zeit bereits „im großen und ganzen ein einheitliches Gepräge“ gegeben hatten, war der Liberalismus weniger konstitutionelle Utopie als politische Realität.³⁹ In manchem die symptomatische Figur eines zugleich ernüchterten und saturierten wilhelminischen Liberalismus, blieb er durch seinen Hintergrund doch immer ein hochbegabter Außenseiter, nachdem er vor dem

³⁴ Brief an L. Felix vom 30. September 1895, zitiert bei C. Jellinek, Georg Jellinek – Ein Lebensbild entworfen von seiner Witwe, AS Bd. 1, 4–140, S. 102.

³⁵ Vgl. die biographischen Skizzen Kapitel II. 2. a) Carl Twesten und die neue Verfassungstheorie der Realpolitik, S. 66–71; Kapitel III. 1. Der liberale Bürger Albert Hänel, S. 112–121; Kapitel IV. 1. Georg Jellinek und das Problem bürgerlicher Freiheit, S. 216–226.

³⁶ Twesten, Der preußische Beamtenstaat (1866), ND 1979, S. 78.

³⁷ Zur Episode in Frankfurt s. Laube, Erinnerungen 1841–1881, 1882, S. 140–147.

³⁸ Hänel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, 1888, S. 196.

³⁹ Jellinek, Der Kampf des alten mit dem neuen Recht (1907), AS Bd. 1, 392–427, S. 422.

katholischen Antisemitismus der Wiener Universität in den protestantischen Antisemitismus der deutschen Universitäten geflohen war, philosophisch vielleicht der gebildetste unter den Juristen seiner Generation, Anzugspunkt für Studenten aus aller Welt, Ehrendoktor der Princeton University und lange Jahre enger Freund Max Webers.

Bei der Auswahl der drei Autoren kam es nicht so sehr darauf an, ob sich bei Twesten, Hänel oder Jellinek die erste oder einzige Formulierung eines Problemzusammenhangs findet, sondern ob sich anhand ihrer Schriften und Äußerungen das Kompetenz-Paradigma am klarsten rekonstruieren ließ. Ein solches Vorgehen kommt nicht ganz ohne zirkuläre Momente aus. Es hat mit den typischen Schwierigkeiten hermeneutischer Verfahren zu kämpfen. In der Beschränkung auf drei Autoren liegt zugleich eine natürliche Grenze für die Thesen der Untersuchung. Es ist der Preis für den Versuch einer genauen und genaueren Lektüre. Zwar kann man ihre zeitgenössische Bedeutung kaum überschätzen. Sie decken nicht nur das politische Spektrum des Liberalismus und seiner Entwicklung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ab. Sowohl Twesten als auch Hänel waren in ihrer Zeit politisch außerordentlich einflußreiche Figuren, die zeitweilig als Ministerkandidaten gehandelt wurden und als Gallionsfiguren bestimmter liberaler Strömungen galten; Jellinek der theoretisch versierteste und international bekannteste deutsche Jurist seiner Generation. Inwieweit es sich bei ihren Fragen, Interventionen und Theoremen zugleich auch um repräsentative Positionen des deutschen Liberalismus insgesamt handelte, ist jedoch eine zweite Frage, die hier nicht im Vordergrund der Untersuchung steht und einer eingehenderen Diskussion bedürfte.

Untersuchungszeitraum

Die Untersuchung erstreckt sich mit diesen drei Autoren im Kern auf den Zeitraum zwischen 1859 und 1892. Für die Liberalen war es eine Zeit des neuerlichen politischen Aufbruchs nach der gescheiterten Revolution, der Ernüchterung, dramatischer Selbstzweifel und theoretischer Neuorientierung. In den Untersuchungszeitraum fallen die großen liberalen Reformprojekte der Reichsgründung ebenso wie erbitterte Flügelkämpfe und die beginnende Einsicht in die endgültige Enttäuschung ihrer politischen Hoffnungen. Er reicht von der Aufbruchsstimmung der Neuen Ära in Preußen bis in die klassische Moderne des Kaiserreichs, von dem Moment, in dem Twesten mit der Veröffentlichung eines liberalen Reformprogramms, das die Regierung auf bestimmte Kompetenzen festlegen wollte, die politische Bühne betrat, über die Verfassungsberatungen des Norddeutschen Bundes, in denen er einen „allgemeinen Grundsatz“ der Kompetenz ausrief, der schnell zu einer politischen Formel der Zeit wurde, bis hin zur Veröffentlichung von Jellineks *System der subjektiven öffentlichen*

Rechte und Hänel's *Deutschem Staatsrecht*, den theoretischen Hauptwerken der liberalen Theorie der Kompetenz, die beide 1892 erschienen.

Forschungsstand: Alter und neuer Liberalismus

Leben und Werk der drei Referenzautoren sind in unterschiedlichem Maß erforscht. Twestens repräsentative Stellung innerhalb des Liberalismus wird zwar häufig betont, es mangelt jedoch an einer neueren monographischen Untersuchung. Zu Hänel liegen zwei ältere Monographien vor.⁴⁰ Am besten ist Georg Jellinek erforscht.⁴¹ Seine Überlegungen zur normativen Form der Kompetenz wurden jedoch bislang nicht untersucht. Der historische Kontext, in dem sich diese Untersuchung bewegt, die politische Geschichte des Deutschen Kaiserreichs, seine Sozial-, Mentalitäts- und Kulturgeschichte, ist durch eine Vielzahl von Spezialmonographien und die großen historischen Gesamtdarstellungen außerordentlich gut erforscht.⁴² Das gilt nicht in gleicher Weise für einige der spezifischeren Themenkomplexe des Buches. Zwar bildet die Geschichte des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert einen traditionellen Schwerpunkt der historischen Forschung.⁴³ Ihre Fragestellungen sind jedoch überwiegend der Vorstellungswelt des Frühliberalismus, dem Sonderwegsproblem, der Bürgertumsforschung oder der liberalen Reaktion auf die ‚soziale Frage‘ verpflichtet.⁴⁴ Dagegen fällt es erstaunlich schwer, sich über die Entwicklung der politischen und verfassungsrechtlichen Vorstellungswelt deutscher Liberaler zwischen 1848

⁴⁰ Noch immer sehr lesenswert *Vitzthum*, Linksliberale Politik und materiale Staatsrechtslehre, 1971; *Friedrich*, Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken. Albert Hänel und seine Bedeutung für die deutsche Staatsrechtswissenschaft, 1971.

⁴¹ Hier konnte insbesondere auf die wertvolle Untersuchung von *Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000; die beiden Sammelbände von *Paulson/Schulte* (Hrsg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, 2000 und *Anter* (Hrsg.), Die normative Kraft des Faktischen. Das Staatsverständnis Georg Jellineks, 2004; sowie die ausgezeichnete theoretische Rekonstruktion bei *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 95–155 zurückgegriffen werden. Wichtige biographische Informationen finden sich zudem in der Familienbiographie von *Kempter*, Die Jellineks 1820–1955, 1998.

⁴² Vgl. den Überblick zum Forschungsstand bei *Müller/Torp* (Hrsg.), Das deutsche Kaiserreich in der Kontroverse, 2009. Zur Verfassungsgeschichte des Kaiserreichs s. jetzt *Haardt*, Bismarcks ewiger Bund, 2020.

⁴³ *Langewiesche* (Hrsg.), Liberalismus im 19. Jahrhundert, 1988; *Sheehan*, German Liberalism in the Nineteenth Century, 1978; *Gall* (Hrsg.), Liberalismus, 1976; vgl. die Bilanz bei *Grothe* (Hrsg.), Liberalismus-Forschung nach 25 Jahren, 2016. Die Geschichte des deutschen Liberalismus wurde traditionell als Geschichte seiner „Anfechtungen“ geschrieben, s. die Beobachtung bei *Bracher*, Liberalismus im Jahrhundert der Ideologien, in: Wendezeiten der Geschichte, 1995, 133–142, S. 133. Tonangebend für dieses Genre das einflussreiche Buch von *Sell*, Die Tragödie des deutschen Liberalismus, 1953.

⁴⁴ *Möller*, Liberalismus als Bürgertumsgeschichte, in: Grothe (Hrsg.), Liberalismus-Forschung nach 25 Jahren, 2016, 71–95; v. *Kieseritzky*, Liberalismus und Sozialstaat, 2002; *Holl/Trautmann/Vorländer* (Hrsg.), Sozialer Liberalismus, 1986.

und 1890 zu unterrichten.⁴⁵ Weder gibt es zusammenhängende Untersuchungen zur politischen Geschichte der einzelnen liberalen Parteien und Fraktionen im Kaiserreich noch zur Weiterentwicklung ihrer politischen und ökonomischen Theorien. Allen voran mangelt es bislang an einer Untersuchung des zentralen Problems, wie der deutsche Liberalismus auf das Phänomen moderner Verwaltungen reagierte.⁴⁶ Die Rechts- und Verfassungsgeschichte hat diesen Zeitraum, von wenigen Ausnahmen abgesehen, bislang vor allem unter dem Blickwinkel des Gesetzesbegriffs, der Stellung des Parlaments und dem speziellen Gesichtspunkt der Entwicklung juristischer Methoden untersucht.⁴⁷

3. Kompetenzen heute

Über Kompetenzen und rechtliche Zuständigkeiten ist von Juristen naturgemäß sehr viel geschrieben worden. Das Wort Kompetenz wird vor allem im deutschen öffentlichen Recht ubiquitär gebraucht, ohne daß dieser Gebrauch auf einem spezifischen Begriff beruhte.

Begriffe und Bürokratien

Kompetenz gehört neben Zuständigkeit, Aufgabe und Befugnis zu den Grundbegriffen des Verwaltungsorganisationsrechts, mit dessen Hilfe die komplexen Strukturen der modernen Verwaltung durch einheitliche rechtliche Begriffe beschrieben werden sollen.⁴⁸ Kompetenz wird dabei terminologisch mal mit Auf-

⁴⁵ *Thompson*, Left Liberals, the State, and Popular Politics in Wilhelmine Germany, 2000; *Seeber*, Zwischen Bebel und Bismarck. Zur Geschichte des Linksliberalismus 1871–1893, 1965. Vgl. die Untersuchungen zu einzelnen Personen: *Aldenhoff*, Schulze-Delitzsch. Ein Beitrag zur Geschichte des Liberalismus zwischen Revolution und Reichsgründung, 1984; *Lorenz*, Eugen Richter. Der entschiedene Liberalismus in wilhelminischer Zeit 1871–1906, 1981; *Theiner*, Sozialer Liberalismus und deutsche Weltpolitik. Friedrich Naumann im Wilhelminischen Deutschland (1860–1919), 1983; *W. Mommsen*, Max Weber und die deutsche Politik, ²1974.

⁴⁶ Ganz anders als für die USA oder Großbritannien. Vielleicht war in Deutschland die Verwaltung immer ein zu selbstverständliches Phänomen. Vgl. mit anderer Fragestellung die wertvollen Hinweise bei *Jellinghaus*, Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur, 2006.

⁴⁷ *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, ²1981; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961; *Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat, 1997; *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958; *v. Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974; *Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993. Das gilt auch für die Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, s. etwa *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘, 2004; *Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid, 1989.

⁴⁸ Vgl. die konzise Darstellung bei *Jestaedt*, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, ²2012, 953–1004; *Fügemann*, Zuständigkeit als organisationsrechtliche

gabe, mal mit Befugnis, gelegentlich auch mit der Verbindung aller drei Begriffe identifiziert, in der Regel aber als Synonym für Zuständigkeit gebraucht.⁴⁹ Sachlich macht das wenig Unterschied. Verwaltungen erfüllen aus der abstrakten Perspektive des Organisationsrechts Aufgaben und verfügen zu diesem Zweck über rechtliche Befugnisse. Weil es sich dabei um einen arbeitsteiligen Vorgang handelt, an dem institutionell eine Vielzahl von Verwaltungsstellen beteiligt sind, müssen Aufgaben und Befugnisse, über die abstrakt nur der ‚Staat‘ als juristische Person verfügt, konkreten Akteuren rechtlich zugeordnet werden. Zuständigkeitsnormen stellen dieses „Junktum zwischen Aufgabe und Organisation“ her.⁵⁰ Zuständigkeiten organisieren die Zuordnung von Aufgaben und Befugnissen dabei unter verschiedenen Gesichtspunkten. Dementsprechend unterscheidet man etwa zwischen sachlichen, örtlichen oder instanzziellen Zuständigkeiten.⁵¹ Für die Veränderung von Zuständigkeiten durch die Verwaltung haben sich ihrerseits bestimmte Rechtsinstitute mit eigenen Regeln ausgebildet: die Delegation, das Mandat und das Selbsteintrittsrecht.⁵² Besonders die Frage, ob und unter welchen Bedingungen einzelne Verwaltungsstellen ihre Zuständigkeiten vor Gerichten selbst einklagen können, hat die deutsche Rechtswissenschaft lange bewegt.⁵³

Dieser einfache organisationsrechtliche Sachverhalt wird in Deutschland durch eine verfassungsrechtliche und eine theoretische Besonderheit verkompliziert, die Anlaß zu einer Reihe weiterer begrifflicher Differenzierungen gegeben haben. Zum einen können Entscheidung in der Sache und ihre Verantwortung gegenüber dem Bürger im deutschen Föderalismus rechtlich auseinanderfallen.⁵⁴ Etwa dann, wenn formal eine Landesbehörde dem Bürger gegenüber

Kategorie, 2004; *Adami*, Zuständigkeit, Unzuständigkeit und Unzuständigkeitsfolgen in der staatlichen Verwaltungsorganisation, 1971.

⁴⁹ Überblick bei *Fügemann*, Zuständigkeit als organisationsrechtliche Kategorie 2004, S. 124–145. Beispielhaft für die unterschiedlichen Verwendungen *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, ⁸2016, S. 77–78; *Pieroth*, Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen, AöR 114 (1989), 422–450, S. 434; *Schlink*, Die Amtshilfe, 1982, S. 143.

⁵⁰ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, ²2006, S. 248.

⁵¹ *Jestaedt*, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, ²2012, 953–1004, S. 989–990.

⁵² *Reinhardt*, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 2006; *Guttenberg*, Weisungsbefugnisse und Selbsteintritt, 1992.

⁵³ *W. Roth*, Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten, 2001; *Buchwald*, Der verwaltungsgerichtliche Organstreit, 1998; *Erichsen*, Der Innenrechtsstreit, in: FS Menger 70, 1985, 211–233; *Bethge*, Grundfragen innerorganisationsrechtlichen Rechtsschutzes, DVBl. 1980, 309–314; *Kisker*, Insihprozeß und Einheit der Verwaltung, 1968.

⁵⁴ Das bekannteste Beispiel sind die bundesstaatlichen Verwaltungszuständigkeiten. Der Bund kann im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 Abs. 3 GG sachliche Weisungen an die Landesbehörden erteilen, das Land trägt jedoch nach außen weiter die Verantwortung. Auch im Bereich des kommunalen Aufsichtsrechts kann es zu solchen Konstellationen kommen.

einen Bescheid erläßt, über dessen sachlichen Inhalt in Wahrheit eine Bundesbehörde zu entscheiden hat. Um diese Differenz abzubilden, unterscheidet man zwischen Sachkompetenzen und Wahrnehmungskompetenzen. Zum anderen differenziert man im deutschen Organisationsrecht traditionell zwischen Verbands- und Organkompetenzen, weil man davon ausgeht, daß Aufgaben und Befugnisse letztlich nur juristischen Personen, den sogenannten Verwaltungsträgern zugeordnet werden können.⁵⁵ Parlamente, Regierungen und Verwaltungsbehörden werden zwar durch Verfassung und Gesetze in der Regel direkt adressiert. Die Zuordnung der Kompetenzen zu einzelnen Institutionen durch die Gesetze soll jedoch einen, wie man sagt, nur „transitorischen“ Charakter haben.⁵⁶ Damit wird die Vorstellung erzeugt, letztlich handele nicht eine spezifische Behörde oder eine konkrete politische Institution, sondern immer der Bund oder das Land – die juristische Person ‚Staat‘.⁵⁷

Kompetenzen im Grundgesetz

Kompetenzen sind nicht nur ein Begriff des deutschen Verwaltungs-, sondern auch des Verfassungsrechts. Das Grundgesetz selbst gebraucht das Wort Kompetenz nur an einer einzigen, eher versteckten Stelle.⁵⁸ Im föderalen Kontext ist jedoch regelmäßig von Kompetenzen die Rede.⁵⁹ Vor allem die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, ihre verschiedenen Arten und Interpretationsprobleme haben große Aufmerksamkeit gefunden.⁶⁰ Die deutsche Verfassungsrechts-

⁵⁵ *Oldiges*, Verbandskompetenz, DÖV 1989, 873–884. Der Begriff geht zurück auf *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, ²1954, S. 716.

⁵⁶ *Wolff*, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1962, S. 10.

⁵⁷ Die Implikationen dieser konsequenten Ersetzung konkreter politischer und administrativer Institutionen durch ein einheitliches politisches Subjekt ‚Staat‘ werden jedoch selten reflektiert. Die wichtigste Ausnahme bildet *Möllers*, Staat als Argument, ²2011, S. 151–162.

⁵⁸ Art. 109 Abs. 3 Satz 5 GG, der lautet: „Die nähere Ausgestaltung für die Haushalte der Länder regeln diese im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen mit der Maßgabe, dass Satz 1 nur dann entsprochen ist, wenn keine Einnahmen aus Krediten zugelassen werden“.

⁵⁹ *Isensee*, Die bundesstaatliche Kompetenz, HStR, Bd. 6, ³2008, § 133; *Pietzcker*, Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, HStR, Bd. 6, ³2008, § 134; *Fehling*, Mechanismen der Kompetenzabgrenzung in föderativen Systemen im Vergleich, in: Aulehner (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, 31–55; *Bothe*, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 1977; v. *Danwitz*, Vertikale Kompetenzkontrolle in föderalen Systemen, AöR 131 (2006), 510–578.

⁶⁰ *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, 2014; *Heintzen/Uhle* (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht, 2014; *Rengeling*, Gesetzgebungszuständigkeit, HStR, Bd. 6, ³2008, § 135; *Hahn-Lorber*, Parallele Gesetzgebungskompetenzen, 2012; *Weltecke*, Gesetzgebung im Bundesstaat, 2011; *Jarass*, Allgemeine Probleme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, NVwZ 2000, 1089–1096; *Schröder*, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhang nach dem Grundgesetz, 2007; *Harms*, Kompetenzen des Bundes aus der Natur der Sache, Der Staat 33 (1994), 409–428; *Wipfelder*, Die Theoreme ‚Natur der Sache‘ und ‚Sachzusammenhang‘ als verfassungsrechtliche Zuord-

wissenschaft hat politische Differenzen zwischen Bund und Ländern traditionell eher mit Argwohn betrachtet und darum unter dem Begriff der ‚Bundestreue‘ weitreichende föderale Kooperationspflichten in Form von ‚Kompetenzausübungsschranken‘ postuliert.⁶¹ Der Föderalismus wird in Deutschland vor allem als ein organisatorisches Problem bestmöglicher Arbeitsteilung verstanden.⁶² Bis heute gibt es kaum eine Theorie, die den möglichen Widersprüchen und Friktionen, die sich aus der politischen Freiheit der Länder auch ergeben könnten, etwas abzugewinnen vermöchte.⁶³ Auch jenseits des Bundesstaates ist im Verfassungsrecht vielfach, wenn auch eher unspezifisch von Kompetenzen die Rede. Im verfassungsrechtlichen Organstreit etwa wird von Verfassungsorganen vor dem Bundesverfassungsgericht um Kompetenzen gestritten.⁶⁴ Unklare Kompetenzen in der Verwaltung haben verfassungsrechtlichen Argwohn erregt.⁶⁵ So wird ein verfassungsrechtliches Gebot der „Klarheit der Kompetenzordnung“, der „rationalen Zuordnung von Aufgabe und Kompetenz“ oder gar ein Gebot „optimaler Verwaltungsorganisation“ postuliert.⁶⁶ Kompetenz wird häufig ganz allgemein als Begriff für staatliche Handlungsermächtigungen gebraucht und sogar als ein „Leitgedanke des Rechts“ bezeichnet.⁶⁷ Explizit zu einem verfassungstheoretischen Zentralbegriff ist Kompetenz in der Bundesrepublik dagegen nur sehr vereinzelt ausgerufen worden.⁶⁸

nungsbegriffe, DVBl. 1982, 477–486; *Bullinger*, Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat, AöR 96 (1971), 237–285; *Achterberg*, Die Annex-Kompetenz, DÖV 1966, 695–701.

⁶¹ *Bauer*, Die Bundestreue, 1992.

⁶² Zu anderen Perspektiven auf den Föderalismus vgl. *Lev* (Hrsg.), *The Federal Idea*, 2017; *Beaud*, *Théorie de la fédération*, 2007; *Eleftheriadis*, Federalism and Jurisdiction, in: Cloots (Hrsg.) *Federalism in the European Union*, 2012, 45–64; *Lenaerts*, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, AJCL 38 (2002), 205–263; *Elazar*, *Exploring Federalism*, 1987.

⁶³ Vgl. für die USA *Cover*, *The Uses of Jurisdictional Redundancy*, Wm. & Mary L. Rev. 22 (1981), 639–682.

⁶⁴ *Grote*, *Der Verfassungsorganstreit*, 2010, S. 394–411.

⁶⁵ *Oebbecke*, *Mehrfachzuständigkeiten in der Verwaltung als Verfassungsproblem*, in: FS Stree/Wessels, 1993, 1119–1134; *Brohm*, *Kompetenzüberschneidungen im Bundesstaat*, DÖV 1983, 525–531.

⁶⁶ *Krebs*, *Verwaltungsorganisation*, HStR, Bd. 5, ³2007, § 108, Rn. 90 unter Hinweis auf BVerfGE 63, 1, 43.

⁶⁷ *Rengeling*, *Kompetenzen*, in: *Leitgedanken des Rechts*. FS P. Kirchhof, Bd. 1, 2013, 85–96.

⁶⁸ *Stettner*, *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, 1983; *Zimmer*, *Funktion – Kompetenz – Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*, 1979; *Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, ²1964, S. 103–112; *Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 107–115. Zu Ehmke s. Kapitel V. 3. Die neue Sachlichkeit, S. 378–379.

Kompetenzkataloge, europäisch und global

Ein dritter Kontext, in dem Kompetenzen eine zentrale Rolle spielen, ist die Beschreibung des Rechts der Europäischen Union.⁶⁹ Das hat teils mit der Terminologie der Verträge zu tun, die im englischen und französischen Text von *competence* und *compétence* sprechen, vor allem aber mit der politischen Sprengkraft der Aufteilung verschiedener Politikfelder zwischen Union und Mitgliedstaaten.⁷⁰ Kompetenz wird bei der Beschreibung der Europäischen Union jedoch in Deutschland nicht nur für einen praktisch wichtigen, sondern explizit auch für einen theoretisch zentralen Begriff gehalten. So wird vorgeschlagen, ein „Kompetenzdenken“ als „Legitimationsdenken“ zu entwickeln. Auch wenn der „rechtsnormative Gehalt der Kompetenzlehren gerade in einem rechtspluralistischen Umfeld“ derzeit noch „unterentwickelt“ sei, werde doch schon jetzt in „den allgemeinen und spezifischen Kompetenzlehren [...] die Notwendigkeit einer rigiden und statischen Handhabung von Kompetenzen betont“.⁷¹ Kompetenz hat sich schließlich in der analytischen Rechtsphilosophie als Synonym für den gebräuchlicheren Ausdruck *legal power* eingebürgert.⁷² Damit wird eine Klasse von Normen bezeichnet, die nicht nur ein bestimmtes Verhalten erlauben oder verbieten, sondern die rechtliche Möglichkeit einräumen, Rechtspositionen zu verändern und sich insofern von den Rechten im engeren Sinne unterscheiden.⁷³

⁶⁹ *Azoulai* (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, 2014; *Hendler/Ibler/Martínez* (Hrsg.), *Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU*, 2015; *Craig*, *Competence: clarity, conferral, containment and consideration*, *ELR* 29 (2004), 323–344; *Michel*, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, 2003.

⁷⁰ *Garben/Govaere* (Hrsg.), *The Division of Competences between the EU and the Member States*, 2017; *Craig*, *Competence and Member State Autonomy*, in: *Micklitz/de Witte* (Hrsg.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, 2012, 11–34; *de Búrca/de Witte*, *The Delimitation of Powers between the EU and its Members States*, in: *Arnulf/Wincott* (Hrsg.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, 2002, 201–222; *Jürgens*, *Die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten*, 2010; *Strohmayr*, *Kompetenzkollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht*, 2006; *Mayer*, *Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte*, *ZaöRV* 61 (2001), 577–640; *Pernice*, *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, *JZ* 2000, 866–876.

⁷¹ *Nettesheim*, *Kompetenzdenken als Legitimationsdenken*, *JZ* 2014, 585–592, S. 585–586; *Kompetenzen*, in: v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.) *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 389–439.

⁷² *Bulygin*, *On Norms of Competence*, *Law and Philosophy* 11 (1992), 201–216; *Spaak*, *Norms that confer Competence*, *Ratio Juris* 16 (2003), 89–104; *Explicating the Legal Concept of Competence*, in: *Hage/v. d. Pfordten* (Hrsg.), *Concepts in Law*, 2009, 68–80; *MacCormick*, *Power and Power-Confering Norms*, in: *Paulson* (Hrsg.), *Norms and Normativity*, 1998, 493–506; *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 211–228; *Hart*, *Legal Powers*, in: *Essays on Bentham*, 1982, 194–219; *Ross*, *Directives and Norms*, 1968, S. 130–133; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1960, S. 152–154.

⁷³ Darunter wird das Anfechtungsrecht eines Verbrauchers ebenso wie die VA-Befugnis einer Polizistin oder die Gesetzgebungskompetenz des Bundestages gerechnet. Die Abgrenzung zwischen normativem Verhalten und einem Verhalten mit normativen Folgen ist schwierig.

Ein Leitgedanke des Rechts

Bei alledem scheint es im Kern zunächst um andere, mitunter sehr konkrete Fragen des positiven Rechts zu gehen. Dabei wird jedoch nicht selten das in diesem Buch behandelte Problem aufgeworfen, ohne als solches in den Blick zu geraten: Wie läßt sich aus der Tatsache, daß verschiedene politische und administrative Akteure rechtlich über verschiedene Aufgaben, Befugnisse und Zuständigkeiten verfügen, eine theoretisch sinnvolle Beschreibung ihres Verhältnisses entwickeln? Die soziale Bedeutung einer Fabrik erschließt sich zum Teil, aber kaum allein über eine Systematisierung der Organisationsnormen ihrer Arbeitsteilung. Es ist darum gewiß richtig, daß Verwaltungen nicht ohne Blick auf Zuständigkeitsnormen beschrieben werden können. Ob sich daraus zugleich eine aufschlußreiche Theorie ihrer verfassungsrechtlichen Stellung ergibt, ist eine andere Frage. Sie stellt sich um so schärfer, wenn nicht nur Verwaltungen, sondern eine demokratische Ordnung gleicher Freiheit insgesamt durch Begriffe wie Aufgabe, Organisation, Zuständigkeit und Kompetenz beschrieben werden soll.

Die unbesehen technische, oder wie die Juristen es nennen, dogmatische Verwendung des Kompetenzbegriffs übergeht genau diese Frage. Allzu oft werden Kompetenzen als analytisches Konzept mit einer bestimmten Theorie ihrer Funktion oder Verteilung verwechselt. Dieses Problem fällt besonders im Bereich föderaler Kompetenzen ins Auge. Daß Bund und Länder über jeweils eigene Zuständigkeiten verfügen, bedeutet nicht, daß es sich *deswegen* bei Kompetenzen selbst um eine irgendwie gehaltvolle föderale „Ordnungsidee“ handelt.⁷⁴ Daß man etwas verteilt hat, heißt nicht, daß man es sinnvoll verteilt hat. Daß föderale Gemeinwesen Regeln über die jeweiligen Zuständigkeiten benötigen, bedeutet auch nicht, daß diese Zuständigkeitsregeln normativ alle in gleicher Weise funktionieren müßten, sich gar in einem „allgemeinen Teil des bundesstaatlichen Kompetenzrechts bündeln und dogmatisch entfalten“ ließen, oder, wie man es in Deutschland mit kritischem Blick auf Europa eine Zeitlang gern behauptet hat, am besten in Katalogen normiert werden müßten.⁷⁵ Auch ist alles andere als klar, warum die Politisierung von Zuständigkeitsfragen per se ein Problem bedeuten sollte oder warum die „rechtliche Einheit der Staatsgewalt“ „gesprengt“ wird, sobald Kompetenzen nicht „systematisch, vollständig und nahtlos“ geregelt sind.⁷⁶ Zuständigkeiten können ebenso gut redundant, unbestimmt oder flexibel geregelt sein und das absichtlich und aus guten Grün-

rig und im einzelnen nicht vollständig klar. Das zeigt sich etwa bei dem Problem, deliktische Handlungen aus der Kategorie der Kompetenznormen auszuschließen.

⁷⁴ Typisch für dieses Mißverständnis *Isensee*, Die bundesstaatliche Kompetenz, HStR, Bd. 6, ³2008, § 133, Rn. 113.

⁷⁵ *Heintzen*, Die Beidseitigkeit der Kompetenzverteilung im Bundesstaat, DVBl. 1997, 689–693, S. 689, der dann auch sofort konstatieren muß, dieses „wissenschaftliche Programm“ sei „erst in Ansätzen abgearbeitet“.

⁷⁶ *Isensee*, Die bundesstaatliche Kompetenz, HStR, Bd. 6, ³2008, § 133, Rn. 1–6; *Schorkopf*,

den. Unter Umständen kann es der politischen Freiheit durchaus dienlicher sein, wenn zwei Gerichte für dieselbe Sache zuständig sind, statt nur eines.⁷⁷ Und vielleicht besteht in der Entpolitisierung von Zuständigkeitsfragen das viel größere Problem als in ihrer Politisierung. Kompetenzen organisieren eine föderale Ordnung, ersetzen aber weder deren Theorie noch ihre normative Begründung.⁷⁸ Außer man macht sich das Kompetenz-Paradigma der deutschen Liberalen des ausgehenden 19. Jahrhunderts zu eigen.

4. Überblick über den Argumentationsgang

Was bedeutete die neue und abstrakte Rede von Kompetenzen und Organen? Welche politischen Absichten verfolgte sie? Auf welches Gemeinwesen und welches Gesellschaftsmodell steuerte sie zu? Anhand dieser drei Leitfragen versucht das Buch die Entstehung der liberalen Theorie der Kompetenz auf drei Ebenen nachzuvollziehen. Juristisch stellten Kompetenzen eine neue normative Form zur Verfügung, mit der sich die gesamte öffentliche Gewalt in Zweck-Mittel-Beziehungen beschreiben ließ. Politisch läßt sich die Entscheidung, eine solche normative Form zum Zentrum einer liberalen Verfassungstheorie zu machen, durch die prekäre Situation der deutschen Liberalen erklären. Bis zuletzt konnten sie auf die Verwaltungen kaum anders Einfluß nehmen als durch Kompetenzen – durch Rechtsnormen, die instruktiv wirken sollten. Auf der Ebene politischer Theorie schließlich lief diese Vorstellung geradewegs auf das zu, was sie politisch verhindern sollte: ein durch Bürokratien dominiertes Gesellschaftsbild, in dem zwischen Politik und Verwaltung theoretisch kaum mehr unterschieden werden konnte.

Das Buch rekonstruiert das Kompetenz-Paradigma dabei in fünf Schritten. Im folgenden *ersten* Kapitel werden zunächst Fragen und Probleme einer liberalen Verfassungstheorie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts skizziert. Von Kompetenzen zu sprechen, hieß von Verfassungen zu schweigen. Der Konstitutionalismus der zweiten Jahrhunderthälfte war mit einem liberalen Erbe konfrontiert, dessen zentrale Theoreme – Sozialvertrag, Theorie natürlicher Freiheitsrechte und eine starke Unterscheidung von Verfassung und Gesetz – er

Die Politizität der europäischen Kompetenzverteilung als Rechtsproblem, in: Hendler/Ibler/Martínez (Hrsg.), Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU, 2015, 11–25.

⁷⁷ Zum Beispiel aus Gründen der Gewaltenteilung oder um den individuellen Rechtsschutz zu erhöhen, s. zu diesem Argument Cover, *The Uses of Jurisdictional Redundancy*, Wm. & Mary L. Rev. 22 (1981), 639–682.

⁷⁸ Problematisch ist darum auch das Argument, Kompetenznormen seien in besonderem Maße historisch auszulegen, wenn es nicht berücksichtigt, daß auch Kompetenztitel einen verfassungsrechtlichen Kontext haben, s. BVerfGE 7, 29, 44; 33, 125, 152; 41, 205, 220; 67, 299, 315; 97, 198, 219; 134, 33, 55. Vgl. dazu die Rechtfertigung bei *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, 2014, S. 35–47.

für obsolet hielt und dessen aufklärerisches Sozialmodell den Realitäten einer modernen Gesellschaft mit Konzernen, Gewerkschaften und Parteien kaum gerecht zu werden schien. Im *zweiten* Kapitel wird das Aufkommen der politischen Forderung nach einer Organisation von Regierung und Verwaltung durch ‚Competenzen‘ am Beispiel des liberalen Politikers und Publizisten Carl Twesten untersucht. Der Ruf nach Kompetenzen stand für eine veränderte politische Strategie der Liberalen. Statt großer Verfassungsreformen sollte es vorerst genügen, die Befugnisse der Verwaltung durch Kompetenznormen gesetzlich zu begrenzen. Langfristig würde eine liberalisierte Wirtschafts- und Sozialordnung, das war Twestens Überlegung, notwendig zu einer Liberalisierung der politischen Verfassung führen. Dahinter verbarg sich ein funktionales Argument, das sich den Unterschied von teilliberalisierter Ökonomie und noch immer autoritärem politischem System zunutze machen wollte, aber die meisten Fragen offenließ. Als die Liberalen in den Verfassungsberatungen des Norddeutschen Bundes auf der Basis ihrer neuen konstitutionellen Theorie eine Verfassung konzipieren sollten, verwickelten sich Twesten und seine Kollegen in eine Reihe von verheerenden Widersprüchen, die von konservativer Seite mit dem polemischen Neologismus ‚Competenz-Competenz‘ aufgespießt wurden.

Albert Hänel wollte die Liberalen aus dieser mißlichen Lage befreien. Das *dritte* Kapitel verfolgt seinen Versuch, aus der konservativen Kampfformel ‚Competenz-Competenz‘ eine neue und zeitgemäße liberale Theorie des Parlaments zu entwickeln. Weil die freien Individuen einer liberalen Gesellschaft auf vielfältige Weisen in formalen Strukturen, den modernen gesellschaftlichen Organisationen, kooperierten, gerieten sie auf ebenso vielfältige Weise in Konflikt. Zur Lösung dieser Konflikte bedurfte es einer weiteren Organisation: des ‚Staa-tes‘. Seine Aufgaben waren so unbestimmt wie die Konflikte unvorhersehbar, die er zu lösen hatte. Staat und Verfassungsrecht mußten dann, so schien es Hänel, konsequent aus ebendieser funktionalen Perspektive beschrieben werden: als Organisation zur Erledigung unbestimmter Sachaufgaben. Aus Parlamenten, Regierungen und Verwaltungen wurden so ‚Organe‘ mit ‚Kompetenzen‘. An der Spitze dieser Organisation aber stand für Hänel das Parlament. Weil es durch Gesetze die Kompetenzen aller übrigen Organe ändern konnte, verfügte es verfassungsrechtlich über ein einzigartiges Recht: die Kompetenz-Kompetenz. Mit ihrer Hilfe konnte das Parlament nicht nur über die Organisation der gesamten öffentlichen Gewalt, sondern vor allem über die Aufgaben der Verwaltung bei der Regulierung der gesellschaftlichen Konflikte entscheiden. Kompetenz-Kompetenz bedeutete so für Hänel zweierlei: den Schlüsselbegriff einer funktionalen Theorie moderner öffentlicher Gewalt und die politische Hoffnung auf eine parlamentarische Regierung. Beides hing eng zusammen. Freie Gesellschaften konnten theoretisch nur durch formale Begriffe beschrieben und politisch nur durch Parlamente regiert werden.

Georg Jellinek war skeptischer. Er hatte die Hoffnung auf eine parlamentarische Regierung aufgegeben. Im *vierten* Kapitel wird seine Suche nach den Garantien bürgerlicher Freiheit in einem System administrativer Herrschaft rekonstruiert. Es waren zwei abstrakte, inhaltlich ganz unbestimmte normative Formen, auf die sich die Bürger verlassen sollten: Kompetenzen und subjektive öffentliche Rechte. Mit Kompetenzen ließ sich die moderne Verwaltung auf bestimmte politische Ziele festlegen und in ihren Eingriffen begrenzen, durch subjektive Rechte konnten die Bürger deren Leistungen außerhalb politischer Verfahren direkt einfordern. Das *fünfte* und abschließende Kapitel skizziert drei wirkmächtige Einwände, die gegen das Kompetenz-Paradigma vorgebracht wurden, um nach den Gründen für sein erstaunliches Fortwirken im Verfassungsrecht der Gegenwart zu fragen.

I. Hegels Gespenster

Liberaler Fragen nach der Revolution

Auf welche Fragen versuchen Kompetenzen eine Antwort zu geben? Wenn die These zutrifft, daß Kompetenzen eine paradigmatische Form der Beschreibung öffentlicher Gewalt sind, die von deutschen Liberalen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelt wird, ist es für deren historische Rekonstruktion entscheidend, zu verstehen, auf welche Probleme und Herausforderungen liberaler Theorie hin sie konzipiert wurde. In diesem Kapitel werden drei Frage- und Problemstellungen skizziert, denen sich der liberale Konstitutionalismus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stellen mußte. Die klassische liberale Begründung politischer Herrschaft durch den Sozialvertrag hatte in der Jahrhundertmitte politisch wie theoretisch ihre frühere Überzeugungskraft verloren (2.). In dem Moment, in dem sich der deutsche Liberalismus von seinen vertragstheoretischen Grundlagen trennte, wurde zugleich sein Sozialmodell mit einer sich rapide modernisierenden Gesellschaft konfrontiert (3.). Vor allem das Phänomen moderner Organisationen stellte die liberale Theorie vor schwierige Herausforderungen. Die bürgerliche Gesellschaft bestand nicht nur aus bürgerlichen Individuen. Mit den frühen Formen von Konzernen, Parteien, Gewerkschaften und Lobbygruppen traten großflächige soziale Akteure in Erscheinung, die den Zielen ihrer Mitglieder verpflichtet waren, deren Handlungen sich aber nicht mehr allein über die Absichten von Individuen erklären ließen. Beide Problemstellungen waren von Hegel in seiner Kritik der klassischen liberalen Verfassungstheorie früh vorweggenommen worden (1.). Die spätere liberale Theorie ging jedoch andere Wege. Sie versuchte eine allgemeine Theorie gesellschaftlicher Organisationen zu entwickeln (4.). Damit veränderte sich auch das Vokabular des liberalen Konstitutionalismus radikal. Statt von Freiheitsrechten und Gewaltenteilung, von Wahlen und Parlamenten begannen liberale Juristen nun von Organisationen und Zwecken, von Organen und Kompetenzen zu sprechen.

1. Hegels Kritik des klassischen Konstitutionalismus

Hegel stand in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bei den deutschen Liberalen nicht sehr hoch im Kurs.¹ Max Weber hat diesen Gegensatz später in aller Schärfe formuliert: „Zwei Wege stehen offen: Hegel oder – *unsere* Art die Dinge zu behandeln.“² So sehr sich die Liberalen der zweiten Jahrhunderthälfte von Hegels Sozialphilosophie distanzieren, so aufschlußreich bleibt seine frühe Kritik an den Prämissen des klassischen Konstitutionalismus für die späteren Probleme seiner Kritiker. Hegel war nicht der erste, aber aus liberaler Sicht der interessanteste unter den vielen Kritikern des revolutionären Verfassungsprojekts des ausgehenden 18. Jahrhunderts. Anders als die konservative Kritik von de Maistre, Gentz oder Burke ließ Hegel keinen Zweifel daran, daß er die normative Prämisse der großen transatlantischen Revolutionen akzeptierte.³ Es gab unter den Bedingungen der Moderne kein anders valides normatives Prinzip mehr als das menschlicher Freiheit.⁴ Dennoch lehnte Hegel die drei zentralen Theoreme der klassischen liberalen Verfassungstheorie allesamt ab: Volkssouveränität, Sozialvertrag und natürliche Freiheitsrechte – sie alle beruhten für Hegel auf einer defizitären Form menschlicher Freiheit.⁵

Ein System vermeintlich natürlicher Freiheitsrechte konnte, bei aller praktischen Bedeutung individueller Freiheiten, schon darum nicht die Grundlage einer neuen politischen Ordnung der Freiheit sein, weil es sich bei näherem Hinsehen als bloße Abstraktion der beschränkten sozialen Interaktionsformen der sich herausbildenden Marktgesellschaft entpuppte.⁶ Auch das Sozialvertragstheorem hing von Prämissen ab, die mit der Behauptung menschlicher Freiheit unvereinbar waren. Offenbar hing die normative Plausibilität des Sozi-

¹ Die einflußreiche Forderung Robert v. Mohls nach einer eigenen Gesellschaftstheorie begann mit einer ausdrücklichen Kritik an Hegel, s. v. *Mohl*, *Gesellschafts-Wissenschaften und Staats-Wissenschaften*, *ZgesStW* 7 (1851), 3–71, S. 18–19. Auch die späteren Liberalen distanzieren sich in der Regel von Hegel. Jellinek eröffnete 1878 sein wissenschaftliches Werk mit einer methodischen Absage an die hegelianische Tradition des Idealismus, s. *Jellinek*, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908, S. 5–6; vgl. dazu *Kersten*, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, 2000, S. 321–335.

² Brief an Franz Eulenburg, undatiert [1909], *MWGA* Bd. 2.6, S. 173.

³ *Ritter*, *Hegel und die französische Revolution*, in: *Metaphysik und Politik*, 1969, 183–233.

⁴ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §29; im folgenden zitiert nach der Ausgabe von H. Brandt, 2013, die auf der historisch-kritischen Ausgabe der Gesammelten Werke beruht.

⁵ Der klassische liberale Konstitutionalismus war also nicht etwa zu liberal, er war nicht liberal genug. Zu Hegels radikalem Freiheitsbegriff s. *Honmeth*, *Leiden an Unbestimmtheit*, 2001, S. 17–34.

⁶ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §62: „Die Freiheit des Eigentums aber ist seit gestern“; vgl. *Smith*, *Hegel's Critique of Liberalism*, 1989, S. 98–131; *Riedel*, *Hegels Kritik des Naturrechts*, in: *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 1975, 42–74; *Bobbio*, *Hegel und die Naturrechtslehre*, in: *Fetscher (Hrsg.), Hegel in der Sicht der neueren Forschung*, 1973, 291–321.

alvertrages davon ab, wie man die Situation des Vertragsschlusses konstruierte. Hegel formulierte früh einen der zentralen Einwände gegenüber dem Kontraktualismus. Die Schilderung des Naturzustands war durch die Sozialvertragstheorie bei allen Unterschieden im Detail jeweils so angelegt worden, daß sie die Individuen verläßlich zum Vertragsschluß motivierte. Hegel kritisierte eben das aus methodischen wie inhaltlichen Gründen. Wenn die liberale Tradition etwa die Wertschätzung des Privateigentums zur primären Eigenschaft der menschlichen Natur erklärte, war es nicht verwunderlich, daß die Menschen sogleich einen Gesellschaftsvertrag zum ungestörten Genuß des Eigentums abschlossen. Empirisch war diese Annahme jedoch ebenso unbewiesen, wie sie normativ auf das Gegenteil einer Theorie menschlicher Freiheit hinauslief. Das „richtende Prinzip für jenes Apriorische“, das den Abschluß des Gesellschaftsvertrags begründeten sollte, war, wie Hegel bemerkte, in Wahrheit bloß „das Aposteriorische“ einer sehr konkreten Gesellschaft.⁷ Wenn für den Naturzustand galt, was Locke behauptet hatte, daß „In the beginning all the world was America“, dann war Amerika auch alles, was die Welt je sein konnte.⁸ Aus dem Prinzip der Volkssouveränität schließlich folgte zwar, daß die Menschen jede konkrete Verfassung ablehnen konnten; weiter folgte für Hegel aber nicht viel daraus.⁹ Von der abstrakten Behauptung normativer Ungebundenheit führte kein argumentativer Weg zu einer konkreten Institutionenordnung der Freiheit, nicht einmal zu gehaltvollen normativen Maßstäben für eine solche Ordnung.

Hegel stieß in seiner Kritik des klassischen Konstitutionalismus, wenn auch mehr en passant, auf ein weiteres zentrales Problem der Theorie moderner Gesellschaften. Die bürgerliche Gesellschaft bestand nicht nur aus Tauschbeziehungen oder anderen konsensualen Kooperationsformen von Individuen, sondern sie brachte zugleich eine höherstufige Form der Interessenverfolgung hervor. Hegel nennt sie „Korporationen“.¹⁰ Ihr Prinzip bestand für Hegel darin, daß in ihnen „die Einzelheit des Interesses sich organisirt“.¹¹ Die Korporationen machten sich die Belange ihrer Mitglieder zu eigen und verfolgten sie auf zweckmäßige Weise. Weil sie dabei über interne Autorität gegenüber den Mitgliedern verfügten, übten sie zugleich Herrschaft über ihre Mitglieder aus.¹² Bei der Beschreibung dieses Phänomens muß man zwischen Hegels Beispielen, die

⁷ Hegel, Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften, in: Jenaer Kritische Schriften, Bd. 2, hrsg. v. Brockard/Buchner, 1983, 90–178, S. 100. Das kommt in der Sache einer frühe Form der Macpherson-These sehr nahe.

⁸ Locke, Second Treatise of Government, 1698, hrsg. v. Laslett, 2009, § 49.

⁹ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 29.

¹⁰ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, §§ 250–256.

¹¹ Hegel, Vorlesungen über die Philosophie des Rechts, Nachschrift Griesheim WS 1824/25, GW Bd. 26.3, S. 1397.

¹² Hegel, Vorlesungen über die Philosophie des Rechts, Nachschrift Griesheim WS 1824/25, GW Bd. 26.3, S. 1396–1405.

im Kern noch vormodern bleiben, der autoritären Funktion, die er den Korporationen innerhalb seines Gesellschaftsmodells zugedacht hatte, und dem theoretischen Strukturprinzip unterscheiden, auf das er sie zurückführte. Bei der Beschreibung der Korporationen standen Hegel offenbar noch die älteren berufsständischen Zünfte vor Augen.¹³ Sie sollten für die sozialen Defizite der neuen Ökonomie aufkommen: bei Bedarf ihre Mitglieder materiell unterstützen, vor allem aber einen Raum zur Verfügung stellen, in dem die durch marktformige Interaktionen sozial deformierten bürgerlichen Subjekte eine Praxis solidarischer Gemeinwohlorientierung einüben konnten. „Das Vernünftige der Corporationen“, bestellte Hegel seinen Heidelberger Studenten, daß in ihnen „das gemeinsame Interesse, dies allgemeine, in bestimmter Form wirklich existire“.¹⁴

Hegel machte zwei interessante strukturelle Eigenschaften der Korporationen aus.¹⁵ Sie ließen sich, erstens, nicht auf den Konsens ihrer Mitglieder zurückführen, verfolgten aber gleichwohl in einer verselbständigten Weise deren Interessen. Sie übernahmen, zweitens, darin protopolitische Funktionen außerhalb der Institutionen der politischen Verfassung, d. h. jenseits von Wahl und bürgerlicher Öffentlichkeit. „Die Korporationen organisiren“ auf diese Weise „die Gesellschaft“.¹⁶ Für Hegel war das noch mehr Forderung als Diagnose: „Man hat in neueren Zeiten soviel organisirt, aber immer obenherum in höheren Sphären, und was das Volk heißt, das Gewerbe, dieses ist nicht organisirt, nach dieser breiten Basis ist die Organisation nicht verbreitet“.¹⁷ Aus dieser Beobachtung folgte für Hegel zweierlei. Zum einen war „die gewöhnliche Vorstel-

¹³ Hegels Suche nach dem Prinzip der Korporationen läßt sich anhand der überlieferten Vorlesungsnachschriften gut nachverfolgen. Die Korporationen kommen anfangs in der Gliederung gar nicht vor und werden einfach als Zusammenfassung der einzelnen Stände verstanden (s. Nachschrift Wannemann WS 1817/18, GW Bd. 26.1, S. 145–147). Dabei steht die Entwicklung von Solidarstrukturen noch ganz im Vordergrund. Wenig später faßt Hegel sie schon abstrakter als soziale Entität zur Verfolgung kollektiver Zwecke auf (Nachschrift Ringier/anon. WS 1819/20, GW Bd. 26.1, S. 506: „Einheit als gewußter Zweck“). Sie verfolgen auf organisierte Weise die Belange ihrer Mitglieder: „Die Corporation [...] macht sich auf concrete Weise das Wohl der Besonderheit zum inneren Zweck“ (Nachschrift Hotho WS 1822/23, GW Bd. 26.2, S. 989).

¹⁴ Hegel, Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft, Nachschrift Wannemann WS 1817/18, GW Bd. 26.1, S. 145.

¹⁵ Die Hegel-Forschung hat den Korporationen traditionell nicht sehr viel Aufmerksamkeit geschenkt und sie für ein reaktionäres Relikt gehalten. Dabei ist das zentrale Problem, das Hegel unter dem Stichwort der Korporationen diskutiert, nicht recht deutlich geworden. Vgl. jetzt aber *Ellmers/Herrmann* (Hrsg.), *Korporation und Sittlichkeit*. Zur Aktualität von Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 2017; *Schnädelbach*, *Hegels praktische Philosophie*, 2000, S. 295–298; *Vieweg*, *Das Denken der Freiheit*, 2012, S. 337–344.

¹⁶ Hegel, Vorlesungen über die Philosophie des Rechts, Nachschrift Hotho WS 1822/23, GW Bd. 26.2, S. 998.

¹⁷ Hegel, Vorlesungen über die Philosophie des Rechts, Nachschrift Hotho WS 1822/23, GW Bd. 26.2, S. 998.

lung“, die „den Sprung vom Staat zum einzelnen Bürger“ machte, verkürzt.¹⁸ Das traf die gesamte Sozialtheorie des klassischen Liberalismus, in der Interessenvertretungen ebenso wenig eine Rolle spielten wie Parteien, Aktiengesellschaften oder Gewerkschaften. Zum anderen, befand Hegel, seien „Corporation und Staat“ unter dem Gesichtspunkt der organisierten Verfolgung kollektiver Zwecke „eigentlich gleich“.¹⁹ Marx erkannte die Bedeutung dieser These sogleich: „Die Korporation ist die Bürokratie der bürgerlichen Gesellschaft“.²⁰ „Derselbe Geist, der in der Gesellschaft die Korporation, schafft im Staat die Bürokratie“.²¹ Unabhängig von der autoritären Wendung, die das bei Hegel nahm, für den die Korporationen im Kern ihre Mitglieder erziehen sollten, war damit ein Problem formuliert, daß die Liberalen bis hin zu Max Weber beschäftigen sollte. In der bürgerlichen Gesellschaft entwickelten sich jenseits der politischen Verfassung durch den organisierten Zusammenschluß interessierter Individuen Phänomene sozialer Herrschaft.

Hegel verband die Kritik der traditionellen liberalen Begründung öffentlicher Gewalt durch Naturrecht und Sozialvertrag also mit einer Kritik an deren gesellschaftstheoretischen Prämissen. Die markförmige Ökonomie war nicht nur instabil, sondern die soziale Sphäre bestand neben den Individuen aus weiteren selbständigen Akteuren: den gesellschaftlichen Organisationen. Das mußte das Verhältnis von Sozialverfassung und politischer Verfassung der bürgerlichen Gesellschaft erheblich komplizieren. Die gesellschaftlichen Organisationen wurden schon bei Hegel zum, wenn auch nur rudimentär ausgearbeiteten, Zentralpunkt der Gesellschaftstheorie, indem sie die Mittelstellung zwischen freien und gleichen Individuen und einer dem vernünftigen Ganzen verpflichteten Politik einnehmen sollten.

2. Liberalismus nach dem Vernunftrecht

Vergleicht man den deutschen Liberalismus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit den großen europäischen Vorbildern in England oder Frankreich, mit John Stuart Mill, den *Doctrinaires* oder auch mit Tocqueville, läßt sich eine gewisse theoretische Armut kaum übersehen.²² Die Liberalen forderten viel und

¹⁸ Hegel, Vorlesungen über die Philosophie des Rechts, Nachschrift Griesheim WS 1824/25, GW Bd. 26.3 S. 1398. Vgl. die wichtige Untersuchung von *Erbentraut*, Theorie und Soziologie der politischen Parteien im deutsche Vormärz 1815–1848, 2016, der nachweist, wie verbreitet das Nachdenken über das Phänomen der politischen Parteien seit den 1830er Jahren war.

¹⁹ Hegel, Vorlesungen über die Philosophie des Rechts, Nachschrift Griesheim WS 1824/25, GW Bd. 26.3, S. 1396.

²⁰ Marx, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie (1843), MEW Bd. 1, 201–333, S. 247.

²¹ Marx, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie (1843), MEW Bd. 1, 201–333, S. 247.

²² Diese Diagnose liegt implizit der bekannten These von Gall, Liberalismus und ‚bürgerliche Gesellschaft‘, HZ 220 (1975), 324–356 zugrunde, der Liberalismus sei auch in der zwei-

begründeten wenig. Das war eine Folge des Glaubwürdigkeitsverlusts zentraler Theoreme des klassischen Liberalismus. Nach der gescheiterten Revolution von 1848 war das Sozialvertragstheorem in Deutschland weitgehend aus dem Arsenal liberaler politischer Theorie verschwunden (1). Dabei spielten theoretische wie politische Gründe gleichermaßen eine Rolle. Der Sozialvertrag hatte sich nicht nur als politisch inopportun erwiesen (3), sondern das kontraktualistische Argument selbst war den deutschen Liberalen in seinen zentralen Prämissen fragwürdig geworden (2).

(1) War der vormärzliche Liberalismus noch stark von der Theorie eines vernunftrechtlich fundierten Sozialvertrags geprägt, begannen die Vertragskonstruktionen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts an Überzeugungskraft einzubüßen.²³ Die staatsrechtliche Literatur der Zeit hatte für den Sozialvertrag überwiegend schon nur mehr historisches Interesse.²⁴ Sie konnte sich damit begnügen, noch einmal übersichtshalber die Argumente zusammenzutragen, warum die „Lehre vom Gesellschaftsvertrag“ „selbst in den Zeiten“, als sie noch „die zahlreichsten Anhänger hatte“, „mit der Geschichte und dem Wesen der Sache in Widerspruch“ gestanden hatte.²⁵ Dieser nachmärzliche Plausibilitätsverlust kontraktualistischer Argumente hatte verschiedene Gründe. Das Vertragstheorem war nicht nur ein bevorzugtes Ziel konservativer und reaktionärer Angriffe gewesen.²⁶ Spätestens nach 1848 verloren die natur- und vernunftrechtlichen Strömungen auch innerhalb des Liberalismus selbst an Einfluß.²⁷ Wie für die gesamte Geschichte des deutschen Liberalismus, bildet das Jahr 1848 auch für die *theoretische* Selbstverständigung der liberalen Bewegungen einen tiefen Riß. Die schwindende Bedeutung des Sozialvertrages war jedoch kein ausschließlich deutsches Phänomen. Gegen Mitte des Jahrhunderts war

ten Jahrhunderthälfte letztlich einem noch vorindustriellen Gesellschaftsbild verpflichtet geblieben.

²³ *Kersting*, Vertrag – Gesellschaftsvertrag – Herrschaftsvertrag, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, S. 932–944; *Boldt*, Deutsche Staatslehre im Vormärz, 1975, S. 69–74; *Schöttle*, Politische Theorien des süddeutschen Liberalismus im Vormärz, 1994, S. 324. Zur absolutistischen Vorgeschichte des Theorems *Klippel*, Naturrecht als politische Theorie, in: Bödeker/Hermann (Hrsg.), *Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung*, 1987, 267–293.

²⁴ *Zöpfl*, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Bd. 1, ⁴1855, S. 68–73; *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, Bd. 1, ²1857, S. 231–236; *Zachariä*, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Bd. 1, ³1865, S. 58 widmet ihr gerade noch eine Seite; vgl. dazu *Boldt*, Deutsche Staatslehre im Vormärz, 1975, S. 74. Vernichtender Rückblick dann bei *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 216: „nichts anderes als ein naives ὑστερον πρότερον“.

²⁵ *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, Bd. 1, ²1857, S. 232; *Zachariä*, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Bd. 1, ³1865, S. 64–65.

²⁶ Überblick bei *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 2005, S. 250–258; *Rolin*, Der Ursprung des Staates, 2005, S. 153–214.

²⁷ *Sheehan*, German Liberalism in the Nineteenth Century, 1978, S. 79–119; *Langewiesche*, Liberalismus in Deutschland, 1988, S. 65–226.

das Vertragsargument in ganz Europa aus der politischen Diskussion weitgehend verschwunden.²⁸

(2) Die systematische Kritik des Sozialvertrages setzte von zwei Seiten an: Er war den individuellen Interessen zugleich zu wenig und zu sehr verhaftet. Einerseits bot ein rational konstruierter Vertrag keine hinreichende Gewähr für die realen Interessen der Individuen, andererseits konnten konsensuale Vereinbarungen wirklich rationale Ergebnisse nur in einem eingeschränkten Sinne verbürgen.²⁹ Den ersten dieser beiden Einwände hatte am wirkmächtigsten Hume formuliert: Wozu bedurfte es des Umwegs über eine vertragliche Selbstbindung, wenn sich die Legitimität einer Regierung auch *unmittelbar* aus den jeweiligen Interessen der regierten Subjekte ableiten ließ?³⁰ Die klassischen Vertragsmodelle hatten den Subjekten durch einen fiktiven Naturzustand stark homogene Interessen unterstellen müssen, um eine vertragliche Einigung plausibel machen zu können.³¹ Das eröffnete die Möglichkeit, die realen Interessen empirischer Individuen gegen ihre fiktive Harmonisierung in einem immer schon auf Dauer gestellten vertraglichen Konsens ins Feld zu führen.³² Politische Assoziationen mußten sich unmittelbar durch die Interessenlagen der Beteiligten ohne die vermittelnde Figur vertraglicher Selbstbindung rechtfertigen

²⁸ *Gough*, *The Social Contract*, 1957, S. 186–206; *Boldt*, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, 1975, S. 72 spricht für den deutschen Kontext von einem „totalen Zusammenbruch“ nach 1848. Zur Entwicklung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vgl. *Rolin*, *Der Ursprung des Staates*, 2005, S. 149–151.

²⁹ Vgl. *Kersting*, *Zur Logik des kontraktualistischen Arguments*, in: Gerhardt (Hrsg.), *Der Begriff der Politik*, 1990, 216–237; *Czaniera*, *Stärken und Schwächen kontraktualistischer Moralbegründung*, in: *Aufklärung und Kritik* 10 (2003), Sonderheft 7, 33–49; *Pettit*, *Can Contract Theory Ground Morality?*, in: Dreier (Hrsg.), *Contemporary Debates in Moral Theory*, 2006, 77–96.

³⁰ *Hume*, *Of the Original Contract* (1748), in: *Political Essays*, hrsg. v. Haakonssen, 1994, 186–201, S. 196: „What necessity, therefore, is there to found the duty of allegiance or obedience to magistrates on that of fidelity or a regard to promises [...]; when it appears, that both allegiance and fidelity stand precisely on the same foundation, and are both submitted to by mankind, on account of the apparent interests and necessities of human society?“; vgl. *Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 2005, S. 251.

³¹ Hegel hatte einen ähnlichen Einwand formuliert, als er auf die im Naturzustandstheorem extrapolierten gesellschaftlichen Voraussetzungen des Vertrages hinwies, die in der Theorie des Sozialvertrages systematisch abgeblendet oder in den Prämissen der Situation des Vertragsschlusses unausgewiesen vorausgesetzt werden mußten, s. *Hegel*, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, in: *Jenaer Kritische Schriften*, Bd. 2, 1983, 90–178. Ein ähnliches Argument ist später von Durkheim gegen Spencer formuliert worden, s. dazu *Röhl*, *Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages*, in: *FS Schelsky*, 1978, 435–480; *Kersting*, *Zur Logik des kontraktualistischen Arguments*, in: Gerhardt (Hrsg.), *Der Begriff der Politik*, 1990, 216–237, S. 218–219.

³² *Kersting*, *Zur Logik des kontraktualistischen Arguments*, in: Gerhardt (Hrsg.), *Der Begriff der Politik*, 1990, 216–237, S. 232.

lassen können.³³ Damit war nicht so sehr der individuelle Konsens selbst als Prinzip politischer Legitimation fragwürdig geworden, sondern seine Vermittlung durch das Konstrukt einer *vertraglichen* Bindung, das für eine empirisch valide Theorie des Politischen unbrauchbar schien. Andererseits bot das Sozialvertragstheorem den individuellen Interessen gerade so viel Raum, um die traditionelle Vorstellung eines von der Summe individueller Interessen unterschiedenen gerechten Allgemeinwohls in Frage zu stellen. Darauf lief der zweite Strang der Kritik am Sozialvertrag hinaus, allein der Konsens von Individuen biete keine hinreichende Gewähr, sich auch notwendig auf wirklich Vernünftiges zu verständigen.³⁴ Nicht umsonst hatte der Sozialvertrag ja eine absolutistische Vergangenheit.³⁵

(3) Politisch eignete sich das Sozialvertragskonstrukt für die deutschen Liberalen schlecht für einen Kompromiß mit der monarchischen Exekutive, hatten die kontraktualistischen Argumente doch bei allen Zugeständnissen, die sich mit der Vertragsfigur begründen ließen, insofern einen unaufhebbar demokratischen Kern, als sie jede Herrschaft von der Zustimmung der Bürger abhängig machten.³⁶ Für die Vertreter des monarchischen Prinzips war der Sozialvertrag darum nur eine Chiffre für das Schreckgespenst der Volkssouveränität.³⁷ Damit mußte er für die sorgsam um eine Abgrenzung zu den demokratischen Strömungen bemühten deutschen Liberalen der Jahrhundertmitte schon aus Opportunitätserwägungen an Attraktivität einbüßen.

Diese an sich recht verschiedenen Motive und Versatzstücke einer Kritik der kontraktualistischen Argumentation verbanden sich zu der allgemeinen Überzeugung, daß der Vertrag als politisches Theorem zu den Akten zu legen war. Die Bedeutung dieses Schritts, mit dem der Liberalismus sich von seiner klassischen Begründungsfigur trennte, läßt sich kaum hoch genug veranschlagen. Der Sozialvertrag hatte nicht nur im Hintergrund als Argument für die verfassungsrechtliche Behauptung gedient, Verfassungen seien etwas kategoriell anderes als

³³ Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 2005, S. 251.

³⁴ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 258; zu Hegels Kritik s. Riley, *Will and Political Legitimacy*, 1982, S. 194–199; Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 2005, S. 253–258. Hegels Argument ist im Detail komplizierter als es mitunter wiedergegeben wird: Es geht nicht allein um die mögliche Unvernunft konsensueller Verträge, sondern vor allem darum, daß die Konstruktion der Position des Vertragsschlusses nicht ihrerseits am Prinzip menschlicher Freiheit ausgewiesen wird.

³⁵ Kersting, *Der Kontraktualismus im deutschen Naturrecht*, in: Dann/Klippel (Hrsg.), *Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution*, 1995, 90–110; Klippel, *Naturrecht als politische Theorie*, in: Bödeker/Hermann (Hrsg.), *Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung*, 1987, 267–293.

³⁶ Grimm, *Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution*, *Ius Commune* 3 (1970), 120–151.

³⁷ Nachweise für diesen konservativen Verdacht bei Boldt, *Staatslehre im Vormärz*, 1975, S. 69–74.

einfache Gesetze.³⁸ Mit dem Sozialvertragstheorem verlor zugleich auch die Vorstellung natürlicher Freiheitsrechte ihre zentrale theoretische Bedeutung.³⁹ Der zunehmende Historismus der Liberalen konnte mit den aufklärerisch vernunftrechtlichen Prämissen kontraktualistischer Argumente ebenso wenig anfangen wie mit der Behauptung ‚natürlicher‘, d. h. moralisch begründeter Freiheitsrechte.⁴⁰ Für die liberale Politik der Jahrhundertmitte waren beides, Sozialvertrag wie Freiheitsrechte, nur mehr „metaphysische Phrasen“ oder bestenfalls melancholische Schlachtrufe einer längst vergangenen Zeit.⁴¹ Der Hoffnungsträger des neuen Liberalismus Carl Twesten etwa konstatierte mit nüchterner Zufriedenheit: „Von den metaphysischen Dogmen der allgemeinen Menschenrechte, der natürlichen Gleichheit oder der absoluten Gedankenfreiheit ist wenig mehr die Rede.“⁴² Die „inhaltsleeren Deklamationen“ hatten „allmählich ihren Credit verloren“.⁴³ Über die politischen Gefahren der „willkürlichen Constructions aus abstracten Begriffen“ waren die Liberalen durch die Niederlage von 1848/49 schmerzlich belehrt worden.⁴⁴ Im Zuge der liberalen Neupositionierung nach 1848 war man mit ihnen glücklicherweise aber gerade noch rechtzeitig „fertig geworden“.⁴⁵ Das bedeutete nicht, daß der Ruf nach individuellen Freiheiten als politische Forderung politisch keine Rolle mehr gespielt hätte. Aber individuelle Freiheitsrechte hatten ihre systematische Funktion für eine liberale Theorie öffentlicher Gewalt in Deutschland eingebüßt.

Mit der Kritik der sozialvertraglichen Begründungen trennte sich der deutsche Liberalismus auch von seinen stärker egalitären und demokratischen Strömungen. Der vernunftrechtliche Kontraktualismus war immer „Umschlagplatz“ für die englische und französische Theorie des älteren Liberalismus gewesen.⁴⁶ Noch die auf Kant folgende Naturrechtsrenaissance stand in einem selbstverständlichen Gespräch mit Locke, Montesquieu, Rousseau, aber auch mit Thomas Paine und Adam Smith.⁴⁷ Dieser gemeineuropäische Diskussions-

³⁸ Wood, *The Creation of the American Republic 1776–1787*, 1969, S. 282–291. Bei Sieyès kommt dieses Argument zwar noch vor, spielt aber keine zentrale Rolle mehr. Ausführlich dazu Kapitel III. 1. Gesellschaftsverfassung und politische Verfassung, S. 55–64.

³⁹ Über den Zusammenhang von Naturrecht und liberaler Theorie der Freiheitsrechte Klippel, *Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland*, in: Mohnhaupt (Hrsg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten*, 1991, 348–386; Batscha, *Studien zur politischen Theorie des deutschen Frühliberalismus*, 1981.

⁴⁰ Klippel, *Naturrecht als politische Theorie*, in: Bödeker/Hermann (Hrsg.), *Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung*, 1987, 267–293, S. 280.

⁴¹ S. dazu die Programmschrift von Twesten, *Woran uns gelegen ist*, 1859, S. 27.

⁴² Twesten, *Woran uns gelegen ist*, 1859, S. 22.

⁴³ Twesten, *Woran uns gelegen ist*, 1859, S. 21–22.

⁴⁴ Twesten, *Woran uns gelegen ist*, 1859, S. 21.

⁴⁵ Twesten, *Woran uns gelegen ist*, 1859, S. 27.

⁴⁶ Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976, S. 180–184.

⁴⁷ Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976, S. 182.