

Das Allgemeine Staatsrecht (die Allgemeine Staatslehre) in Deutschland und Japan: Geschichtliche Betrachtung*

HISAO KURIKI

I. Grundlinien: Typen der Wissenschaft zur Grundlegung des Staatsrechts

1. Michael Stolleis hat in seinem Standardwerk über die Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland darauf hingewiesen, daß seit der Mitte der 60er Jahre des 19. Jahrhunderts die Allgemeine Staatslehre sich wandelte und besonders auf den normativen Geltungsanspruch gegenüber dem positiven Staatsrecht verzichtete. Er führte diesen Wandel auf die Verschiebung des Interesses der Wissenschaft vom Idealen zum Realen, von der philosophischen Spekulation zur empirischen Beobachtung und auf die Stabilisierung der konstitutionellen Monarchie zurück.¹⁾ Als Beschreibung der Tendenz der Zeit ist dagegen nichts einzuwenden. Was die Terminologie betrifft, muß man diesen Wandel eher als Übergang vom Allgemeinen Staatsrecht zur Allgemeinen Staatslehre bezeichnen. Die Bezeichnungen in den Vorlesungsverzeichnissen vieler Universitäten und der Titel der betreffenden Bücher legen das nahe. Die Wörter "Recht" und "Lehre" drücken diesen Wandel treffsicher aus. So kann man in der Wissenschaft zur Grundlegung des Staatsrechts die Zäsur zwischen dem Allgemeinen Staatsrecht und der Allgemeinen Staatslehre in die 60er Jahre des 19. Jahrhunderts legen.²⁾
2. Im Allgemeinen Staatsrecht kann man zwei verschiedene Typen unterscheiden. Gewöhnlich setzt man das Allgemeine Staatsrecht mit dem Naturrecht gleich. Als die Haupttendenz des Allgemeinen Staatsrechts kann man das nicht leugnen.³⁾ Aber es ist nicht allein das Naturrecht, welches das Allgemeine Staatsrecht getragen hat. Getragen hat es auch der Organismusgedanke. Seit den 30er Jahren des 19. Jahrhunderts ist der Organismusgedanke der Hauptträger des Allgemeinen Staatsrechts gewesen. Auch der Organismusgedanke hat das dem positiven Staatsrecht überlegene Recht anerkannt und ihm gegenüber den normativen

* Dieser Aufsatz ist die schriftliche Wiedergabe des Vortrages, den ich aus Anlaß der Verleihung der Ehrendoktorwürde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. für mich am 7. Mai 2003 gehalten habe. Hiermit danke ich der Freiburger Rechtswissenschaftlichen Fakultät und deren Mitglieder für die Verleihung der Ehrendoktorwürde und für die langjährige und warme Hilfe und Unterstützung von Herzen aus. Für die Veranstaltung des Vortrages dem damaligen Dekan Professor Dr. Uwe Blaurock, für die Hilfe bei der inhaltlichen Gestaltung des Vortrages Herren Professoren Alexander Hollerbach und Rainer Wahl danke ich verbindlich.

1) Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 423 f., 434 f. Vgl. auch Walter Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 125 ff., 129.

2) Vgl. dazu Hisao Kuriki, Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, in: Archiv des öffentlichen Rechts 99 (1974), S. 556 ff.

3) Vgl. dazu Diethelm Klippel, Die Diskussion der Menschenrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland, in: Menschenrechte und Menschenwürde: Akademie Forum Masonicum, 1991, S. 47, 49 ff.; ferner auch ders., Naturrecht als Politische Theorie: Zur politischen Bedeutung des deutschen Naturrechts in 18. und 19. Jahrhundert, in: H. E. Bödeker/ U. Hermann (Hrsg.), Aufklärung als Politisierung - Politisierung der Aufklärung, 1987, S. 273.

Geltungsanspruch erhoben.⁴⁾

3. Ferner kann man innerhalb des naturrechtlichen Allgemeinen Staatsrechts zwei Arten unterscheiden, nämlich zwischen dem Allgemeinen Staatsrecht mit der wesentlich Herrschaftsgewalt legitimierenden Funktion⁵⁾ und dem Allgemeinen Staatsrecht mit der wesentlich Herrschaftsgewalt limitierenden Funktion. Zwar hat Robert Schelp in seinen gründlichen Studien über das Allgemeine Staatsrecht des 18. Jahrhunderts behauptet, das die Herrschaftsgewalt limitierende Element sei schon von Anfang an im Allgemeinen Staatsrecht enthalten gewesen, z. B. bei Ulric Huber.⁶⁾ Zwar übte der Begriff "Wohl des Volkes" als Staatszweck auch im älteren Staatsrecht eine limitierende Funktion aus. Aber es gibt zwischen der limitierenden Funktion im älteren Allgemeinen Staatsrecht und derjenigen im späteren Allgemeinen Staatsrecht einen großen Unterschied. Es wurde die Kontrolle über den Inhalt des Wohls des Volkes strenger. Es wurde der Anwendungsbereich des Wohls des Volkes enger und es wurde auch die Art und Weise der Verwirklichung des Wohls des Volkes erörtert.⁷⁾ Dieser Unterschied ist nicht außer Acht zu lassen.

II. Wechsel der tragenden Grundgedanken in der Wissenschaft zur Grundlegung des Staatsrechts

1. Das Allgemeine Staatsrecht hat den von ihm aufgestellten Grundsätzen die rechtliche Geltung zugesprochen und dem diesen Grundsätzen widersprechenden Handeln des Herrschers die rechtliche Geltung abgesprochen.⁸⁾ Die Aufstellung der Grundsätze geschah auf zwei Wegen:

- (1) Das Allgemeine Staatsrecht hat die aufgestellten Grundsätze als den notwendigen Folgerungen aus dem Wesen des mit Ratio und Voluntas ausgerüsteten Menschen formuliert.
- (2) Das Allgemeine Staatsrecht hat den zum konkreten Inhalt der Grundsätze werdenden Stoff nicht nur aus der eigenen Tradition, sondern auch aus dem westeuropäischen Rechts- und Verfassungsgedanken gewonnen.⁹⁾ Diese Operation war bei der naturrechtlichen Richtung vorherrschend, aber auch bei der organologischen Richtung bemerkbar. Bei ihr wurde das englische Verfassungsdenken berücksichtigt.

Was auf diese Weise gewonnen worden war, sollte - wegen der Identität des Wesens des Staates - nicht nur in Westeuropa, sondern auch in Deutschland als Recht gelten. Das Allgemeine Staatsrecht ist zum Einfallstor des westeuropäischen Verfassungsdenkens in Deutschland geworden. Man kann auch sagen: Deutschland war bestrebt, durch das Allgemeine Staatsrecht dem verfassungsrechtlich fortgeschrittenen Westeuropa

4) Zum Beispiel: Friedrich Schmitt, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, 1845; Johann Caspar Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 1. Aufl., 1851; Joseph von Held, Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts, 1868. Vgl. auch die Hinweise von Böckenförde auf den Zusammenhang zwischen dem Organismusgedanken und dem Konstitutionalismus. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Organismus, Organisation, politischer Körper, in: O. Brunner/ W. Conze/ R. Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4, 1978, S. 595 ff.

5) Hennis läßt das natürliche öffentliche Recht (ius publicum universale seu naturale) mit Hobbes beginnen. Wilhelm Hennis, Politik und praktische Philosophie, 1963, S. 51.

6) Robert Schelp, Das Allgemeine Staatsrecht - Staatsrecht der Aufklärung, 2001, S. 147 ff., 174.

7) Zum Wechsel der Stoßrichtung des Naturrechts seit 1790 vgl. besonders Diethelm Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 180 ff.; ders., Naturrecht und Politik in Deutschland des 19. Jahrhunderts, in: K. G. Ballestrem (Hrsg.), Naturrecht und Politik, 1993, S. 39; ders., Naturrecht - Rechtsphilosophie in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: O. Dann/ D. Klippel (Hrsg.), Naturrecht - Spätaufklärung - Revolution, 1995, S. 286; Louis Pahlow, Administrativjustiz versus Justizstaat: Justiz und Verwaltung im Allgemeinen Staatsrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 22 (2000), S. 13.

8) Zum normativen Charakter des Naturrechts vgl. Klippel (Anm. 3), Die Diskussion der Menschenrechte, S. 56; ders. (Anm. 3), Naturrecht als politische Theorie, S. 275; Schlep (Anm. 6), S. 130 ff., 183. Zu dieser Problematik vgl. auch Jan Schröder, gNaturrecht bricht positives Recht hin der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts, in: D. Schwab u. a. (Hrsg.), Staats, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, 1989, S. 424, 430.

9) Vgl. dazu Kuriki (Anm. 2), S. 562 f., 565 f., 567 f. Auch Schelp erkennt an, daß das angelsächsische Staatsrecht von vielen Vertretern des Allgemeinen Staatsrechts als leuchtendes Beispiel erstrebenswerter staatsrechtlicher Verhältnisse angesehen worden ist. Schelp (Anm. 6), S. 281.

nachzufolgen.

2. (1) Das Allgemeine Staatsrecht hat bei seiner Theoriebildung das Volk - sei es als Inbegriff der den Gesellschaftsvertrag Abschließenden, sei es als das von vornherein vorhandene Ganze - als die Hauptdenkfigur verwendet, und zwar hat es dieses Volk gewissermaßen mit einer Persönlichkeit bekleidet. Es hat sozusagen das Volk den normativen Anspruch des Allgemeinen Staatsrechts erheben lassen.¹⁰⁾

Das bedeutet:

Erstens soll der Herrscher das Wohl des Volkes schützen und verwirklichen.

Zweitens soll der Herrscher den Willen des Volkes achten und verwirklichen.

Man kann den ersten Satz als das ideale Moment, den zweiten Satz als das reale Moment des Volkes bezeichnen.

- (2) Man kann unter dem Gesichtspunkt des Auf und Ab der beiden im Volksbegriff enthaltenen Momente den Wechsel der tragenden Grundgedanken in der Wissenschaft zur Grundlegung des Staatsrechts¹¹⁾ betrachten.

- a. Vom Ende des 17. Jahrhunderts bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts war nur das ideale Moment aktuell. Die Herrschaftsgewalt wurde nur durch das Wohl des Volkes legitimiert und limitiert.
- b. Von der Mitte des 18. Jahrhunderts an ist neben dem idealen Moment auch das reale Moment immer mehr aktuell geworden. Das ist folgendermaßen geschehen: Zuerst als Forderung an den Herrscher zur Verwirklichung des Volkswillens, dann als Forderung der Teilnahme des Volkes an der Ausübung der Herrschaftsgewalt, und zwar anfangs als Forderung an den Herrscher zur Achtung der öffentlichen Meinung als des Ausdrucks des nicht-institutionellen Volkswillens, aber zuletzt auch als Forderung der Errichtung eines Repräsentativorgans für den institutionellen Volkswillen.¹²⁾
- c. Parallel dazu wandelte sich auch das ideale Moment. Die Erörterung über das Wohl des Volkes ist ausführlicher, die Prüfung des Inhalts des Wohls des Volkes strenger geworden, und zuletzt sind als Inhalt des Wohls des Volkes die Menschenrechte aufgestellt und ist der Schutz der Menschenrechte gefordert worden.¹³⁾

Auf diese Weise wurde am Ende des 18. Jahrhunderts vom Allgemeinen Staatsrecht die Teilnahme des Volkes an der Ausübung der Herrschaftsgewalt durch das Repräsentativorganen, die Gewaltenteilung als die dazu geeignete organisatorische Einrichtung und die Gewährleistung der Menschenrechte als die Rechtsnorm aufgestellt und deren Verwirklichung mit normativem Geltungsanspruch gefordert.¹⁴⁾

Auf diese Weise hat das Allgemeine Staatsrecht, wie man heute oft sagt, eine Rolle als Ersatzverfassung gespielt. Der Begriff "Ersatzverfassung" drückt symbolisch aus, daß das Allgemeine Staatsrecht damals normative Kraft gehabt hat.¹⁵⁾

10) Vgl. dazu Hisao Kuriki, Die Funktion des Volksgedankens in der Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, in: N. Achterberg, u. a. (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 233 ff.

11) Zur Verwendung des Ausdruckes von der unentbehrlichen metaphysischen Grundlagendisziplin des positiven Staatsrechts für das Allgemeine Staatsrecht vgl. Manfred Friedrich, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 89.

12) Vgl. dazu Kuriki (Anm. 2), S. 575 ff.; Thomas Würtenberger, An der Schwelle zum Verfassungsstaat, in: P. Krause (Hrsg.), Vernunftrecht und Rechtsreform, 1988, S. 66 ff.

13) Vgl. dazu Klippel (Anm. 3), Diskussion der Menschenrechte, S. 43 ff.; Hisao Kuriki, Zum Gebrauch des Wortes "Menschenrechte" in der Geschichte der deutschen Rechts- und Staatsrechtslehre, in: J. Bohnert, u. a. (Hrsg.), Verfassung - Philosophie - Kirche: Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 27 ff.

14) Zum Problem der Geltung des Allgemeinen Staatsrechts vgl. Robert Schelp, Zur Geltung des Allgemeinen Staatsrechts, in: W. Gose/ Th. Würtenberger (Hrsg.), Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S. 75 ff.

15) Zur Auffassung des Allgemeinen Staatsrechts als des Verfassungersatzes vgl. Klippel (Anm. 7), Politische Freiheit, S. 184 ff.; Würtenberger (Anm. 12), S. 79 ff.; ders., Zu den Wurzeln des Rechtsstaates in Deutschland, in: B. Rill (Hrsg.), Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat, 1999, S. 18 f.

- d. Nachdem seit dem Ende des 2. Jahrzehnts des 19. Jahrhunderts in den deutschen Staaten Verfassungen erlassen worden sind, hat das Allgemeine Staatsrecht seine Rolle als Ersatzverfassung beendet und nun die Rolle als Protagonist, als "Vorwärtstreiber" einer sinngemäßen Verwirklichung der Verfassung übernommen. Der Schwerpunkt des Allgemeinen Staatsrechts verlegte sich auf das reale Moment. Dazu hat Carl von Rotteck das Wichtigste beigetragen.¹⁶⁾ Er hat zur Verwirklichung des Gesamtwillens als der maßgebenden Idee das Sich-Gegenüberstehen und die Wechselwirkung von dessen natürlichen und künstlichen Organen, nämlich der Landstände einerseits, der Regierung andererseits, gefordert und, da er beide Organe als Persönlichkeiten aufgefaßt hat, die Zweiheit der Persönlichkeit innerhalb der Gesamtpersönlichkeit des Staates als für den Konstitutionalismus unabdingbar behauptet.¹⁷⁾ Auf diese Weise war er bestrebt, die Unabhängigkeit der Landstände gegenüber der Regierung zu verteidigen. Aber er hat zur Erhaltung der Verfassung den Schwerpunkt doch auf das natürliche Organ legen müssen. Er hat nämlich dem ganzen Volk als dem eigentlichen natürlichen Organ die konstituierende Gewalt zugeordnet. Deshalb hat er die rechtliche Geltungskraft der bestehenden Verfassung - ganz unabhängig davon, ob sie oktroyiert war oder nicht - durch die Akzeptanz durch das Volk begründet, und deshalb die Rechtswidrigkeit der einseitigen Verfassungsänderung durch den Monarchen behauptet.¹⁸⁾ Rotteck hat sogar die Auflösung des Parlaments durch die Regierung als Appell an das Volk, die danach folgende Wahl als Urteil des Volkes verstanden, und er hat zwar nicht entschieden behauptet, aber doch schon darauf hingewiesen, daß die in der Wahl vom Volk negativ beurteilten Minister zurücktreten mußten.¹⁹⁾
- e. Rotteck hat zwar die Volkssouveränität nicht ausdrücklich vertreten, aber einen ihr nahekommenden Gedanken vertreten. Deshalb ist es gut möglich gewesen, daß aus dem naturrechtlichen Allgemeinen Staatsrecht die Volkssouveränität gefolgert und behauptet wurde. Das war aber unter der auf dem monarchischen Prinzip beruhenden Verfassung und unter der Herrschaft des Deutschen Bundes zu früh. Die Zeit konnte den diese Gefahr in sich enthaltenden Gedanken nicht gleich akzeptieren. Das ist ein Hintergrund für die Ablösung der herrschenden Stellung des Naturrechts im Allgemeinen Staatsrecht durch den Organismusgedanken.²⁰⁾
- f. Da der Organismusgedanke die Bedeutung des Ganzen und besonders die Bedeutung des Hauptes im Ganzen stark betonte und den Wert des Naturwüchsigen hoch schätzte, war er anfangs ein Gegner der Verfassung. Zwar hat er das Volksganze durchdringende objektive Gesetz anerkannt und ihm rechtliche Geltung zugesprochen. Er hat auch die Rechtswidrigkeit des diesem Gesetz widersprechenden Handelns des Hauptes behauptet, aber er hat allein das Haupt dieses Gesetz erkennen und verwirklichen lassen. Er konnte überhaupt nicht zum Herd der Volkssouveränität werden. Im Organismusgedanken der Anfangszeit war also allein das ideale Moment des Volkes (Wohl des Volkes) aktuell, während das reale Moment nur potentiell war, obwohl das Wort "Allgemeiner Wille", "Gesamtwille" und "Volkswille" als Schlüsselwort benutzt wurde. Aber der Organismusgedanke hat sich allmählich der unter der Verfassung stehenden Wirklichkeit angepaßt

16) Auch Rotteck hat die Rolle der Schrankensetzung für den König und die Volksrepräsentation in der Wissenschaft gefunden. Carl von Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Bd. 2, 2. Aufl., 1840 (Neudruck 1964), S. 127, 130, 132. Nach Rotteck kann das Staatsrecht nie ein anderes als das natürliche, d. h. rein vernünftige, sein. Das positive, in so fern es jenem widerstreitet, ist nur faktische Behauptung, nicht aber Recht (a. a. O., S. 78).

17) Rotteck (Anm. 16), S. 85-102, 223-243.

18) Carl von Rotteck, Artikel "Charte", in: C. v. Rotteck/ C. Welcker, Staats-Lexikon, Bd. 3, 1836, S. 405 ff.

19) Carl von Rotteck, Artikel "Constitution", in: Rotteck/ Welcker (Anm. 18), S. 786 f.; ders. (Anm. 16), S. 259. Vgl. dazu Hans Boldt, Deutsche Staatslehre im Vormärz, 1975, S. 159 f. Allerdings war Rotteck in diesem Punkt noch zurückhaltend.

20) Zur herrschenden Stellung des Organismusgedankens in der Staatsrechtswissenschaft seit den dreißiger Jahren des 19. Jahrhunderts vgl. Böckenförde (Anm. 4), S. 587 ff.

und sich konstitutionalisiert.²¹⁾ Da der Organismusgedanke von Anfang an die engste Beziehung zwischen dem Ganzen und den Gliedern stark betont hatte, mußte er nun nicht nur die Hingabe der Glieder für das Ganze, sondern auch die aktive Teilnahme der Glieder am Ganzen fordern. Demgemäß ist auch das reale Moment des Volkes akut geworden. Zum Beispiel hat Johann Caspar Bluntschli, sein Hauptvertreter, die politischen Rechte, die politische Teilnahme an der Staatsleitung durch das Repräsentativorgan als für das Volk als Person unentbehrlich behauptet²²⁾ und aufgrund des Prinzips der Gesetzgebung durch das Zusammenwirken von Monarch und Parlament das damals noch nicht gewährleistete Gesetzesvorschlagsrecht des Parlaments gefordert.²³⁾ Wie Carl von Rotteck hat auch Bluntschli den Gedanken der konstituierenden Gewalt des Volkes vertreten.²⁴⁾ Bei Bluntschli ist bemerkenswert, daß er gemäß dem Verständnis des Volkes als der geordneten Gesamtheit von Haupt und Gliedern die Staatssouveränität mit der Volkssouveränität gleichsetzt und zu sagen wagt: "Wir können diese Souveränität schicklicherweise Volkssouveränität heißen."²⁵⁾

- g. Da Bluntschli noch auf die besondere Stellung des Hauptes, d. h. des Monarchen im Ganzen, großen Wert gelegt hat, hat er selber höchstens das Gleichgewicht von Monarch und Volk bzw. Parlament bei deren Zusammenwirken behauptet. Wenn aber einmal das Gleichgewicht behauptet worden ist, ist es der natürliche Verlauf der Dinge, daß der Schwerpunkt mit der Zeit vom Monarchen zum Volk bzw. Parlament übergeht. Dann wächst wieder die Gefahr, daß von der Wissenschaft des Staatsrechts daraus die Volkssouveränität gefolgert und behauptet wird.²⁶⁾ Das war für die herrschenden Schichten eine unerwünschte Situation, zumal gerade die harten Machtkämpfe (die Märzrevolution, der Preußische Verfassungskrieg) im Sinne des monarchischen Prinzips entschieden worden sind und die konstitutionelle Monarchie des deutschen Typs jetzt stabil werden sollte. Jetzt sollte die Gefahr der Volkssouveränität an der Wurzel gepackt werden, das reale Moment des Volkes sollte nämlich ausgerottet werden. Es war die positivistische Staatsrechtswissenschaft mit der Lehre von der Staatspersönlichkeit, die diesem Bedürfnis entsprechen konnte. Die positivistische Staatsrechtswissenschaft hat durch ihre Bejahung der Persönlichkeit allein des Staates und ihre Verneinung der Persönlichkeit des Volkes es unmöglich gemacht, daß das Allgemeine Staatsrecht vermittelt der Figur "Volk" den normativen Geltungsanspruch erhebt. Die Folge der Verneinung der Persönlichkeit des Volkes war, was das reale Moment des Volkes betrifft, die Verneinung der rechtlichen Notwendigkeit der Teilnahme des Volkes an der Staatsleitung²⁷⁾ - das wurde nur als Problem der politischen Zweckmäßigkeit

21) Zur Funktion der Organismusvorstellung als eines normativen Prinzips der deutschen Staatsgestaltung vgl. Böckenförde (Anm. 4), S. 595 ff.

22) Johann Caspar Bluntschli, Allgemeine Staatslehre, 1875, S. 91 ff., 561.

23) Johann Caspar Bluntschli, Artikel "Monarchie", in: J. C. Bluntschli/K. Brater (Hrsg.), Deutsches Staats-Wörterbuch, Bd. 6, 1861, S. 704 ff. Darauf weist Schönberger hin. Christoph Schönberger, Das Parlament im Anstaltsstaat, 1997, S. 62 f.

24) Bluntschli (Anm. 22), S. 576 f.

25) Bluntschli (Anm. 22), S. 570.

26) Darauf weist auch Böckenförde hin. Böckenförde (Anm. 4), S. 592 f.

27) Böckenförde weist darauf hin, daß die Lehre von der Persönlichkeit des Staates die Wirkung gehabt hat, für das Volk die Stellung des Trägers der Staatsgewalt zu verneinen. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Organ, Organisation, Juristische Person, in: Ch.-F. Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts: Festschrift für H. J. Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 290 f.

Walter Pauly untersucht ganz eingehend die Bedeutung des Organismusgedankens für das System des Staatsrechts von Gerber, und folgert, daß der Organismusgedanke nicht die die Stellung der Volksmitglieder im Staat erhebende Wirkung gehabt hat, und behauptet, daß dagegen die Lehre von der Staatspersönlichkeit die den Schutz der Volksmitglieder gegen den Staat verstärkende Wirkung gehabt hat. Pauly (Anm. 1), S. 165 ff. Man muß aber berücksichtigen, daß die Stellung der Volksmitglieder im Staat zwei Seiten hat, nämlich die abwehrrechtliche und teilnahmerechtliche Seite. Und die Lehre von der Staatspersönlichkeit hat in der damaligen Situation die Wirkung gehabt, den inneren Zusammenhang zwischen dem Staat und dem Volk logisch zu schneiden und die Notwendigkeit der aktiven Teilnahme des Volkes am Staat theoretisch zu verneinen. Das muß vor dem Hintergrund der damaligen Situation gesehen werden, daß der Organismusgedanke im Laufe des 19. Jahrhunderts immer stärker das Zusammenwirken der Landstände als der Repräsentanten des Volkes mit dem Monarchen gefordert hat und diese Forderung allmählich verwirklicht worden ist. In diesem Zusammenhang ist es besonders wichtig, daß Gerber das Recht der Gesetzesinitiative für die Landstände abgelehnt hat.

angesehen -, was das ideale Moment des Volkes betrifft, die Verneinung der rechtlichen Geltungskraft des Prinzips des Wohls des Volkes als Staatszweck.²⁸⁾

Da Carl Friedrich Gerber, der Begründer der positivistischen Staatsrechtswissenschaft, und Paul Laband, deren Vollender, nicht nur den Grundsätzen des Allgemeinen Staatsrechts die rechtliche Geltung abgesprochen, sondern auch dessen Erörterung aus der Wissenschaft des Staatsrechts ausgeschlossen haben²⁹⁾ und die Allgemeine Staatslehre nicht kannten und sicherlich auch nicht kennen wollten, kann man schon bei ihnen nicht von der Ablösung des Status des Trägers der Wissenschaft zur Grundlegung des Staatsrechts durch die Allgemeine Staatslehre sprechen. Da aber Georg Jellinek, Hauptfigur der Allgemeinen Staatslehre, auf demselben Standpunkt wie Gerber und Laband stand, kann man das Auftreten der positivistischen Staatsrechtswissenschaft als einen wichtigen Hintergrund dieser Ablösung betrachten.

- h. Die positivistische Staatsrechtswissenschaft hat ihre Wissenschaftlichkeit darin gefunden, erstens den Gegenstand der Erörterung streng auf das im Staat geltende Recht, hauptsächlich das vom Staat gesetzte Recht, zu beschränken,³⁰⁾ zweitens diesen Gegenstand aus einem einheitlichen Gesichtspunkt, nach dem Prinzip der Logik und systembildend zu behandeln. Sozusagen in Selbstbeschränkung im Gegenstand und in der Methode hat sie ihre Wissenschaftlichkeit gefunden. Daß die positivistische Staatsrechtswissenschaft dem Allgemeinen Staatsrecht die rechtliche Geltung versagt³¹⁾ und überhaupt der Wissenschaft die Stellung als Rechtsquelle abgesprochen hat, ist eine Folge wissenschaftlicher Bescheidenheit. Darin daß sie auf diese Weise auf die normative Kraft der Wissenschaft selbst verzichtet hat, liegt ein bemerkenswerter Unterschied zum Allgemeinen Staatsrecht.³²⁾ Daß die Staatsrechtswissenschaft auf die normative Kraft selbst verzichtet hat, bedeutet, daß sie den Staat als Tatsache unkritisch hingenommen hat - wie Max von Seydel, ein damaliger Staatsrechtslehrer, sich ausdrückte.³³⁾ Die Folge dieser Einstellung war die Lehre von der Staatspersönlichkeit, die Gerber als den Ausgangs- und Mittelpunkt des Staatsrechts eingestuft hat.³⁴⁾ Im allgemeinen bedeutet der Begriff der Persönlichkeit, daß ein Subjekt Autonomie des Willens hat. Im Gegensatz zu anderen Persönlichkeiten, deren Autonomie des Willens durch das staatliche Recht begrenzt ist, bedeutet aber die Persönlichkeit des Staates, daß der Staatswille durch nichts begrenzt ist. Die Lehre von der Staatspersönlichkeit ist insofern die Lehre gewesen, die die autonome, d. h. von allen anderen Faktoren unbegrenzte und unbehinderte Verwirklichung des Staatswillens ermöglichen konnte. Walter Pauly hat zwar die Konstruktion des Staates als Persönlichkeit bei Gerber als das Ergebnis des Versuchs der Bildung des

28) Bluntschli erkennt dem Staatszweck die rechtliche Geltung zu. Bluntschli (Anm. 22), S. 362.

29) Friedrich hat darauf hingewiesen, daß erst der Standpunkt Gerbers in seinen Grundzügen von 1865 das übliche allgemeine Staatsrecht als die unentbehrliche theoretische Grundlagendisziplin für das positive Staatsrecht abgestoßen hat. Friedrich (Anm. 11), S. 213. Kersten hat vertreten, daß Gerber die Allgemeine Staatsrechtslehre als das Vorspiel im philosophischen Himmel polemisch desavouiert hat. Jens Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 69.

30) Zu der vernünftigen Selbstbeschränkung von Laband vgl. Dieter Wyduckel, *Ius publicum: Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1984, S. 262. Gerber hat behauptet, daß die Staatsrechtswissenschaft einen Erfolg ihrer Arbeit nur bei bewußter Selbstbeschränkung auf das ihr eigentümliche Gebiet erwartet. Carl Friedrich von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3. Aufl., 1880, S. 221.

31) Zum Beispiel Gerber (Anm. 30), S. 11.

32) Noch hat Warnkönig dem Allgemeinen Staatsrecht die bindende Kraft zuerkannt. Leopold August Warnkönig, *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, 1839, S. 420; ders., *Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland*, 1853, S. 478.

Nach Bluntschli hat die Wissenschaft auch die produktive Bedeutung, um deren willen sie allerdings selber auch zu einer Rechtsquelle wird. Johann Caspar Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl., 1863, S. 17. Bluntschli behauptet, daß die Erweiterung des bestehenden Rechts durch die Akzeptanz der Rechtsideen durch das Nationalbewußtsein sehr oft statt durch die Gesetzgebung durch die Wissenschaft vermittelt wird (a. a. O., S. 18).

33) Max von Seydel, *Grundzüge der allgemeinen Staatslehre*, 1873, S. 2.

34) Gerber (Anm. 30), S. 4.

autonomen und juristisch vollständigen Systems des Staatsrechts begriffen und deren Wert hoch geschätzt,³⁵⁾ aber nicht genügend berücksichtigt, daß diese Konstruktion den Staatswillen juristisch ungebunden gemacht hat, und daß das eine Folge oder eine Kehrseite des Versuches gewesen ist, den rechtlichen Sinn des Volkes im Staat oder den normativen Sinn des Volkes in dessen idealem und realem Moment zu verneinen.³⁶⁾

III. Versuch der Wiederherstellung der normativen Kraft der Wissenschaft zur Grundlegung des Staatsrechts durch die Allgemeine Staatslehre Jellineks

1. Die erste Bedeutung der Allgemeinen Staatslehre Jellineks:

Zusammenschließen und Ordnen

Die positivistische Staatsrechtswissenschaft, die durch Selbstbeschränkung ihre wissenschaftliche Selbständigkeit erzielt hat und herrschend geworden ist, hat indes auch eine Unzufriedenheit hervorgerufen. Ein Grund dafür liegt darin, daß für das Staatsrecht doch noch eine theoretische Grundlegung notwendig ist. Der für die damalige Situation geeignete Stoff dazu war schon umfangreich vorhanden, nämlich empirische Tatsachen als Ergebnisse soziologischer Untersuchungen und Kenntnisse der ausländischen Rechts- und Verfassungsinstitutionen als Ergebnisse rechtsvergleichender Untersuchungen. Wenn diese Tatsachen und Kenntnisse unter einem einheitlichen Gesichtspunkt in eine Gesamtwissenschaft integriert werden sollten, sollte die geeignete Grundlegung des Staatsrechts entstehen, zumal die spekulative Vertiefung in die Natur des Menschen und des Staates dem Zeitgeist nicht passend erschien. Georg Jellinek hat mit seiner Allgemeinen Staatslehre versucht, dieses Bedürfnis nach Zusammenschließen und Ordnen zu befriedigen.

Was den zweiten Stoff, nämlich Ergebnisse rechtsvergleichender Untersuchungen betrifft, soll mit Rücksicht auf das Allgemeine Staatsrecht bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts eine Bemerkung gemacht werden. Im Allgemeinen Staatsrecht herrschte nämlich bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts das Streben, die westeuropäischen Verfassungsinstitutionen (einschließlich des Verfassungsgedankens) als Vorbild zu betrachten und ihnen nachzufolgen.³⁷⁾ Aber nach dem Sieg des monarchischen Prinzips in den Entscheidungskämpfen und der Weichenstellung auf die konstitutionelle Monarchie des deutschen Typs mußte das aufhören. Die konstitutionelle Monarchie des deutschen Typs mußte als eine gleichberechtigte Art von Konstitutionalismus verortet werden. Grob gesagt wurde bisher das westeuropäische Staatsrecht mit dem Allgemeinen Staatsrecht gleichgesetzt. Nun müssen das westeuropäische und das deutsche Staatsrecht gleichberechtigte Stoffe des Allgemeinen Staatsrechts werden, müssen die in Westeuropa und Deutschland gemeinsamen Grundsätze als Grundsätze des Allgemeinen Staatsrechts dargestellt werden. Das in der Allgemeinen Staatslehre als ein Bestandteil enthaltene Allgemeine Staatsrecht ist insofern verdünnt worden. Es übte insofern aber eine die konstitutionelle Monarchie des deutschen Typs legitimierende Funktion aus.

35) Vgl. Pauly (Anm. 1), S. 110, 116 f., 142, 144, 165.

36) Vgl. dazu Kuriki (Anm. 10), S. 249 f.

Zwar hat Gerber an mehreren Stellen die Persönlichkeit des Volkes anerkannt (z. B. Gerber (Anm. 30), S. 1 f., 4 Anm. 2). Aber das ist entweder die Folge der Persönlichkeit des Staates, oder es handelt sich um die Gleichsetzung der Persönlichkeit des Volkes mit der Persönlichkeit des Staates.

Kersten spricht von der Verlust des Volksbegriffs in der juristischen Konstruktion der Metaebene bei Laband. Kersten (Anm. 29), S. 68.

37) Gerber kritisiert, daß so wie man früher das System des französischen Liberalismus für das deutsche Staatsrecht, ausgab jetzt nicht selten deutsches Staatsrecht mit völliger Geringschätzung vaterländischer Entwicklung aus dem s. g. englischen Musterstaatsrechte entlehnt wird, betont dagegen die Bedeutung, vom deutschen Verfassungsrechte zu reden. Gerber (Anm. 30), S. 10 f. Auch Laband fertigt die konstitutionelle Bewegung in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts kurz als politische Aufstellung einer Schablone für einen der constitutionellen Doctrin entsprechenden Musterstaat ab. Schönberger (Anm. 23), S. 101.

2. Die zweite Bedeutung der Allgemeinen Staatslehre Jellineks:

Infragestellen der Vorstellung von der juristischen Allmacht des Staates

- (1) Was Jellinek mit der die Allgemeine Soziallehre des Staates und die Allgemeine Staatslehre zusammenschließenden Allgemeinen Staatslehre beabsichtigt, ist erstens die totale Auffassung des Staates als totaler Erscheinung,³⁸⁾ zweitens die Ergänzung der einseitig juristischen Staatsrechtslehre durch die Ergebnisse der soziologischen Betrachtung. Aber, was ist für Jellinek das wichtigste Ergebnisse der soziologischen Betrachtung? Es liegt darin, daß die formal-juristische Vorstellung von Staatsallmacht angesichts der in der sozialen Wirklichkeit wirkenden Kräfte grundlos ist.³⁹⁾ Da aufgrund dieser Erkenntnis die die Staatsgewalt begrenzende Norm wissenschaftlich aufgestellt werden kann, kann hier der Ansatz zur Wiederherstellung der normativen Kraft der Wissenschaft liegen. Ist Jellinek von diesem Ansatz her an das beabsichtigte Ziel gekommen?
- (2) Jellinek hat die These von der normativen Kraft des Faktischen aufgestellt.⁴⁰⁾ Damit hat er der Überzeugung rechtserzeugende Kraft zuerkannt. Dabei beschränkte er sich darauf, die Tatsache der Transformation des Faktischen ins Normative objektiv zu beschreiben. Er stellte nicht den materialen Maßstab dafür auf, was durch Überzeugung zum Recht werden soll oder nicht werden soll. Zwar hat er auch auf die Tatsache hingewiesen, daß die von der Naturrechtslehre aufgestellten Sätze mittels der Überzeugung zum Recht geworden sind. Auch bei diesem Fall der Transformation des Normativen ins Faktische⁴¹⁾ hat Jellinek aber der Überzeugung die entscheidende Rolle zugeschrieben.⁴²⁾ Aber das muß eigentlich für die Überzeugung die Wissenschaft übernehmen. Was Jellinek vom Allgemeinen Staatsrecht unterscheidet, ist, daß das Allgemeine Staatsrecht die Wissenschaft die leitende Rolle spielen läßt, während Jellinek der Überzeugung die entscheidende Rolle zuordnet und sie der Wissenschaft versagt.⁴³⁾ Insofern ist bei Jellinek die normative Kraft der Wissenschaft bewußt ausgeschlossen. Man kann hierin wissenschaftliche Bescheidenheit sehen. In der Tat hat im Gegensatz zur Naturrechtslehre Jellinek den vom Allgemeinen Staatsrecht aufgestellten Grundsätzen den Charakter von Rechtsnormen abgesprochen. Er hat seinen Standpunkt zu diesem Problem damit klar gemacht, daß das Allgemeine Staatsrecht eine Theorie ist, die nicht Normen, sondern wissenschaftliche Sätze enthält.⁴⁴⁾ Es scheint schwierig, von diesem Standpunkt aus der Wissenschaft normative Kraft zuzuschreiben.
- (3) Jellinek hält aber nicht immer wissenschaftliche Bescheidenheit ein. Auch für ihn bildet nämlich den Mittelpunkt des Staatsrechts die Lehre von der Staatspersönlichkeit. Der Grundsatz, daß der Staat eine Persönlichkeit hat, ist einerseits ein wissenschaftlicher Satz, ihm muß andererseits als der nicht wegzudenkenden Voraussetzung des gesamten Staatsrechts der Charakter einer Rechtsnorm zugesprochen werden.⁴⁵⁾ Auch die daraus denkbaren zu folgernden Grundsätze müssen den Charakter von Rechtsnormen haben. Die Grundsätze, die Jellinek als solche angibt, haben zwei gegensätzliche Richtungen. In die eine Richtung

38) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 5. Nachdruck der 3. Auflage, 1929, S. 12, 63.

39) Jellinek (Anm. 38), S. 239, 343, 375, 482 f.

40) Jellinek (Anm. 38), S. 337 ff.

41) Jellinek (Anm. 38), S. 344 ff. Als Beispiel davon erwähnt Jellinek die Tatsache, daß dem allgemeinen konstitutionellen Staatsrecht unmittelbare Geltung für jeden Staat zugeschrieben wird. Jellinek (Anm. 38), S. 346.

42) Jellinek (Anm. 38), S. 353, 355.

43) Auch für das Allgemeine Staatsrecht bis damals war die Überzeugung des Volkes wichtig, aber die Wissenschaft primär, die Überzeugung sekundär, während bei Jellinek die Wissenschaft des Staatsrecht sekundär, die Überzeugung des Volkes primär war. Jellinek (Anm. 38), S. 353.

44) Jellinek (Anm. 38), S. 63.

45) Bei der Theorie der Begrenzung der Staatsgewalt scheint Jellinek mehr Gewicht auf die juristische Begründung als auf die Berufung auf die Volksüberzeugung zu legen. Als die Beispiele können die folgenden Thesen genannt werden. Die These, daß der Staat nicht derart über dem Rechte steht, daß er des Rechtes selbst sich entledigen könnte, daß nur das Wie, nicht das Ob der Rechtsordnung in seiner Macht, in seiner faktis-

geht der Grundsatz, daß der Staatswille autonom und ungebunden ist. In die andere Richtung gehen die Grundsätze, daß der Staat eine Rechtsordnung haben muß und daß der Staat die einzelnen als Person anerkennen muß,⁴⁶⁾ weil die Rechtsordnung nur zwischen Personen bestehen kann. Den Widerspruch zwischen diesen gegensätzliche Grundsätzen zu lösen und damit zugleich den Charakter des Staatsrechts als Recht zu beweisen, darin hat Jellinek die Rolle der Wissenschaft gesehen. Die Lösung, die er dafür vorgelegt hat, ist die Selbstverpflichtung bzw. Selbstbindung des Staates.⁴⁷⁾ Sein Bestreben, den Staat rechtlich zu verpflichten und zu binden, ist in seiner Absicht hoch zu schätzen, ist aber methodisch problematisch, und sein Ertrag ist inhaltlich karg. Die methodische Problematik liegt darin, daß die von Jellinek als Grund der Selbstverpflichtung herangezogene Autonomieethik von Kant nicht einfach auch auf den Staat angewendet werden kann.⁴⁸⁾ Die inhaltliche Kargheit liegt darin, daß die von Jellinek behauptete Verpflichtung nichts Materielles enthält. Nach Jellinek muß der Staat irgendeine Rechtsordnung haben, der Staat dem Einzelnen irgendeinen Anspruch gegen ihn zuerkennen.⁴⁹⁾ In diesem Zusammenhang muß folgendes erwähnt werden: Im Unterschied zu Gerber und Laband hat Jellinek die Auffassung vertreten, daß das Volk als Subjekt ein Element des Staates bildet. Man kann Jellineks Theorie auch als den Versuch verstehen, die Stellung des Volkes als des Subjekts des Staates wieder herzustellen. Für diesen Versuch ist entscheidend, daß Jellinek den Staat als die Verknüpfung von herrschaftlichen und genossenschaftlichen Elementen zur notwendigen Einheit gesehen hat, daß er aufgrund des genossenschaftlichen Charakters des Staates die Rechtssubjektivität des Volkes sowohl im Sinne der einzelnen Mitglieder des Volkes als auch im Sinne des Volkes als des Ganzen anerkannt hat.⁵⁰⁾ Dieser Gedanke kann als Ergebnis der soziologischen Betrachtungsweise verstanden werden. Die Folgerungen, die Jellinek aus diesen Gedanken gezogen hat, sind aber karg. Für die einzelnen Staatsmitglieder wurde gefolgert, daß sie irgendeinen Anspruch gegen den Staat haben müssen. Für die Gesamtheit der Staatsmitglieder wurde zwar die Folgerung gezogen, daß die Staatsgewalt irgendwie aus zum Volke hervorgehen muß, d. h. ihre Träger Mitglieder der Volksgemeinde sein müssen⁵¹⁾—das reale Moment des Volkes—, aber diese Forderung wird bei Jellinek auch dann erfüllt, wenn irgendeiner aus der Volksgemeinde Träger der Staatsgewalt ist,⁵²⁾ oder, wenn die Staatsgewalt nach der Überzeugung des Volkes rechtmäßig ausgeübt wird.⁵³⁾

3. Die Ergänzung und Verstärkung der Rechtslehre durch die Soziallehre

Der Versuch Jellineks, die normative Kraft der Wissenschaft wieder herzustellen, ist nach diesen Überlegun-

chen wie in seiner rechtlichen, liegt (Jellinek (Anm. 38), S.477), die These, daß alles Recht zu solchem nur dadurch wird, daß es nicht nur den Untertan, sondern auch die Staatsgewalt bindet, daß wenn der Staat ein Gesetz erläßt, so es nicht nur die einzelnen, sondern auch seine eigene Tätigkeit rechtlich an dessen Normen bindet, alle Garantien des öffentlichen Rechtes in erster Linie den Zweck verfolgen, die Bindung der Staatsgewalt an die von ihr festgesetzten Normen zu gewährleisten (a. a. O., S. 478), die These, daß eine Herrschergewalt dadurch zur rechtlichen wird, daß sie eingeschränkt ist, die potentielle Macht des herrschenden Gemeinwesens größer als seine aktuelle, der Staat innerhalb weiter Grenzen die formale Möglichkeit hat, die Art seiner Schranken zu bestimmen, das "Ob" der Schranke seiner Willkür entrückt ist (a. a. O., S. 386), die These, daß die Unterordnung des Individuums unter den Staat nur so weit reicht, als das Recht es anordnet, jeder staatliche Anspruch an den einzelnen rechtlich begründet sein muß, der faktische Zustand der Freiheit, in dem der auf sich selbst bezogene Mensch sich befindet, durch die Anerkennung einer bloß begrenzten Unterwerfung zu einem rechtlich anerkannten Zustand wird (a. a. O., S. 419), usw.

46) Jellinek (Anm. 38), S. 409, 482.

47) Jellinek (Anm. 38), S. 367 ff.

48) Jellinek (Anm. 38), S. 480.

49) Jellinek (Anm. 38), S. 482.

50) Jellinek (Anm. 38), S. 406 ff. Aber Kersten weist darauf hin, daß Jellinek den Genossenschaftsgedanken im Staatsbegriff entpolitisiert hat. Kersten (Anm. 29), S. 276.

51) Jellinek (Anm. 38), S. 424.

52) Jellinek (Anm. 38), S. 423.

53) Jellinek (Anm. 38), S. 424.

gen nicht so ergiebig. Aber sein Versuch hört nicht an diesem Punkt auf. Er beruft sich nämlich für die Bindung des Staates an sein Recht neben seiner Selbstbindungslehre auf die Überzeugung und auch für die Subjektstellung des Volkes neben dem Charakter des Staates als Genossenschaft auf die Überzeugung des Volkes, und zugleich erklärt er diese Überzeugung entweder als Resultat oder als Bedingung der Kulturentwicklung.⁵⁴⁾ Auf diese Weise ergänzt und verstärkt er die unergiebigste Rechtslehre durch die Soziallehre. Ferner spielt seine Soziallehre eine inhaltsausfüllende Rolle. Wo seine Rechtslehre nur den äußersten Rahmen — irgendeine Rechtsordnung, irgendein Anspruch gegen den Staat — aufgestellt hat, hat seine Soziallehre, um das Innere des Rahmens mit dem Materiellen auszufüllen, den im Recht der Kulturvölker vorhandenen Grundstock oder Niederschlag der gesamten geschichtlichen Entwicklung eines Volkes vor Augen geführt.⁵⁵⁾ Ferner hat Jellinek die Frage, ob die Norm, die den Staat binden soll, wirklich den Charakter einer Rechtsnorm hat, von der von der gesamten Kulturanlage eines Volkes bedingten Überzeugung abhängig gemacht.⁵⁶⁾ Auf diese Weise hat Jellinek den mittels der Überzeugung des Volkes zu verwirklichenden Inhalt der Institutionen des Staatsrechts zwar nicht als Rechtsnorm, aber als Resultat oder Bedingung der Kulturentwicklung aufgestellt. Es ist in dieser Hinsicht konsequent, daß Jellinek, der das Moment der kulturellen Entwicklung im Staatsrecht hochschätzt, als die vom Staat zu versorgenden Interessen neben dem individuellen und nationalen auch das menschheitliche Solidarinteresse erwähnt.⁵⁷⁾ Daß Jellinek schon damals in der Erörterung über den Zweck des Staates die Menschheit ins Auge gefaßt hat, ist beachtenswert. Aber problematisch ist, daß er dem Zweck des Staates die rechtliche Kraft abgesprochen hat.⁵⁸⁾ Hätte er nicht allen diesen drei Solidarinteressen die rechtliche Kraft zuerkennen müssen? Hätte er nicht dann den Staatszweck in der Staatsrechtslehre erörtern müssen? Hätte er nicht dann die ganze Soziallehre des Staates in die Staatsrechtslehre integrieren müssen?

Mit diesen Fragen breche ich meine kritische Analyse der Staatslehre Jellineks ab und wende mich dem letzten Teil meines Vortrags zu, der der Entwicklung des Allgemeinen Staatsrechts bzw. Allgemeinen Staatslehre in meinem Heimatland gewidmet ist.

IV. Allgemeines Staatsrecht (Allgemeine Staatslehre) in Japan

1. Einfuhr von Büchern des europäisch-amerikanischen Staatsrechts

Schon seit der Mitte des 18. Jahrhunderts war in Japan trotz der Geschlossenheit des Staates das Interesse für das europäisch-amerikanische Staatssystem und Staatsrechtssystem lebhaft, und es wurden Bücher darüber und Übersetzungen ausländischer Bücher darüber veröffentlicht. Da die Meiji-Restauration von 1868 nicht nur die Wiederherstellung des Regiments des Kaisers verwirklichte, sondern auch die Bildung des modernen Staates als Ergebnis der Auflösung des Feudalsystems und die Öffnung des Staates nach außen mit sich brachte, ist diese Tendenz umso lebhafter geworden. Sowohl zum Zweck der Bildung des modernen Staates als auch als Folge der Öffnung des Staates nach außen wurden viele europäisch-amerikanische Bücher über das Staatssystem und das Staatsrecht ins Japanische übersetzt und gelesen. Dabei wurden Übersetzungen von Schriften der einzelnen Staatsdenker, z. B. Locke, Montesquieu und Rousseau, Bücher über die einzelnen

54) Jellinek (Anm. 38), S. 370, 374, 408. Dazu vgl. auch die Hinweise von Kersten. Kersten (Anm. 29), S. 438.

55) Jellinek (Anm. 38), S. 325 f., 372, 374, 408, 679.

56) Jellinek (Anm. 38), S. 371 f.

57) Jellinek (Anm. 38), S. 263 f. Dazu vgl. auch die Hinweise von Kersten. Kersten (Anm. 29), S. 339 f.

58) Vgl. dazu Kersten (Anm. 29), S. 257. Zur Problematik, daß Jellinek den Staatszweck nicht als staatsrechtliches Problem erörtert hat, vgl. auch Schönberger (Anm. 23), S. 219.

Verfassungsinstitutionen, z. B. über das Parlament oder die Freiheitsrechte oder die politischen Rechte, und Lehrbücher des Staatsrechts der einzelnen Staaten, z. B. Lehrbücher von Hermann Schulze oder Ludwig von Rönne über das deutsche bzw. preußische Staatsrecht veröffentlicht.

2. Unter diesen Übersetzungen haben Übersetzungen der Lehrbücher des Allgemeinen Staatsrechts eine besondere Bedeutung gehabt. Als solche können "Europäisches Staatsrecht" von Simon Vissering und "Allgemeines Staatsrecht" von Johann Caspar Bluntschli erwähnt werden.

Das Erstere (1868) ist zwar nicht dem Namen nach, aber dem Inhalt nach "allgemeines", und zwar ein Ergebnis des Studiums des Übersetzers bei Simon Vissering, Professor an der Universität Leiden, der neben anderen Lehrfächern über "Staatsregt" Vorlesungen gehalten hat. In diesem Buch ist zum ersten Mal in Japan ein Bild vom Staat gezeichnet worden, und zwar vom gewaltenteiligen und mit Repräsentativversammlung ausgestatteten Staat. Das Buch ist zur Grundlage der "instrument of government" genannten ersten japanischen geschriebenen Verfassung (1868) geworden. Das Buch trägt zwar nicht in reiner Form, aber doch noch stark naturrechtlichen Charakter.⁵⁹⁾

Das zweite Buch (1872) ist auch dem Namen nach "allgemeines." Der Übersetzer war ein Hauslehrer des Kaisers. Er hat als Lehrstoff für den politischen Unterricht das Buch von Bluntschli übersetzt, dem Kaiser Erläuterungen darüber gegeben und danach die Übersetzung veröffentlicht. Das Buch hatte auch darin eine Bedeutung, den Kaiser darüber belehrt zu haben, daß auch der Kaiser Staatsverfassung und Staatsgesetze beachten muß.

Beide Bücher haben aber auch in anderen Punkten eine besondere Bedeutung gehabt. Sie haben nämlich nach der Form der Erklärung die für alle Staaten gültigen Grundsätze des Staatsrechts aufgestellt.

Das hat erstens die Umsetzung des europäisch-amerikanischen Systems in Japan bzw. die Neubildung des Staatssystems nach dem europäisch-amerikanischen Modell praktisch leichter gemacht und zweitens, besonders das zweite Buch, politisch leichter gemacht. Seit der Öffnung nach außen ist auch der Widerstand gegen den Einfall der europäisch-amerikanischen Kultur und ihrer Institutionen gestiegen, und auch auf dem Gebiet der Staats- und Rechtsordnung ist eine Bewegung, die Japan eigentümliche traditionelle Staatsform aufrechtzuerhalten, entstanden. Gegen diesen Widerstand und diese Bewegung hat das Allgemeine Staatsrecht ein effektives Gegenargument angeboten, daß nicht das europäisch-amerikanische Staatsrecht als solches, sondern das allen Kulturstaaten gemeinsame Staatsrecht eingeführt wird. Mit dieser Begründung der europäisch-amerikanischen staatsrechtlichen Grundsätze und Institutionen als Ausdrucksformen des Allgemeinen Staatsrechts konnten sie in Japan leichter eingeführt werden.

Das Allgemeine Staatsrecht spielte die Rolle des Einfallstors des europäisch-amerikanischen Staatsrechts oder die Rolle des Puffers gegen den Widerstand.⁶⁰⁾

Da aber der Widerstand gegen die Einführung der ausländischen staatsrechtlichen Institutionen stark und nachhaltig war, spielte das Allgemeine Staatsrecht auch nach der den Verfassungserlaß versprechenden Regierungserklärung (1882) und der ausdrücklichen Weichenstellung der Regierung zur Verfassungsgebung nach dem deutschen Modell diese Rolle.⁶¹⁾

59) Vgl. dazu Noriko Kokubun, Die Bedeutung der deutschen für die japanische Staatslehre unter der Meiji-Verfassung, 1993, S. 20 f.

60) Vgl. dazu Sannosuke Matsumoto, Tennosei-Kokka to Seiji-Shiso, 1969, S. 259 ff.

61) Zur Entstehungsgeschichte der Meiji-Verfassung vgl. Kokubun (Anm. 59), S. 65 ff.; Toshiyoshi Miyazawa, Verfassungsrecht (Kempo), Übers., bearb. und hrsg. von R. Heuser und K. Yamasaki, 1986, S. 12 ff.

Insgesamt hat das Allgemeine Staatsrecht der Anfangszeit dazu beigetragen, die Verfassungsgebung nach dem deutschen Modell politisch leichter zu machen.

3. Als Vorlesung in der Kaiserlichen Universität Tokyo hat die Vorlesung über das Allgemeine Staatsrecht früher als die Vorlesung über das Japanische Staatsrecht begonnen (1883). Der erste Inhaber des Lehrstuhls des Allgemeinen Staatsrechts war ein Deutscher namens Karl Rathgen, später Professor der Nationalökonomie in Heidelberg. Der zweite und dritte Inhaber waren Japaner, beide haben sich am deutschen Staatsrecht orientiert und waren Anhänger der Lehre von der Staatspersönlichkeit.

Im Kontrast dazu haben die Inhaber des 1890 errichteten Lehrstuhls des Japanischen Staatsrechts in methodischer Hinsicht das Allgemeine Staatsrecht verworfen und die Berufung auf das ausländische Staatsrecht bei der Interpretation der Japanischen Verfassung abgelehnt und in inhaltlicher Hinsicht die Souveränität des Kaisers und die grundsätzliche Ungebundenheit des Kaisers behauptet.⁶²⁾

4. In dieser Situation ist die Lehre von Minobe, wenigstens in der Gelehrten- und Beamtenwelt, zur herrschenden Lehre geworden.⁶³⁾ Tatsukichi Minobe war zwar förmlich der Inhaber des neu errichteten zweiten Lehrstuhls für Japanisches Staatsrecht, aber der zweite Lehrstuhl entsprach in funktioneller Hinsicht dem Lehrstuhl für Allgemeines Staatsrecht.
 - (1) Minobe behauptete, daß auch die den modernen Verfassungsstaaten gemeinsamen Grundsätzen Rechtsquellen des Staatsrechts sind. Dabei meinte er, daß diese Grundsätze kraft der Natur der Sache Geltung als Recht beanspruchen können.
 - (2) In Wirklichkeit hat Minobe den konkreten Inhalt solcher Grundsätze hauptsächlich vermittelt der Augen Jellineks gefunden und grundsätzlich die Jellineksche Theorie mit den Grundsätzen des Allgemeinen Staatsrechts gleichgesetzt. Aber darüber hinaus hat er auch das für Rechtsnormen gehalten, was Jellinek zurückhaltend nicht als Rechtsnormen, sondern nur als das Ergebnis der kulturellen Entwicklung bezeichnete. In der Tat hat Minobe bei Berufung auf die Allgemeine Staatslehre Jellineks die Bezeichnung "Allgemeines Staatsrecht" verwendet. Im übrigen ist als Bezeichnung der Vorlesung in Japan "Allgemeines Staatsrecht" bis zur Gegenwart beibehalten.
 - (3) Minobe hat, im Rahmen der Lehre von der Staatspersönlichkeit, die Souveränität des Staates behauptet, die Souveränität des Kaisers verneint, die Organstellung des Kaisers klar ausgesprochen, die rechtliche Gebundenheit alles Staatshandelns (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) behauptet und dem einzelnen eine Stellung zuerkannt, die es ihm ermöglicht, einen Anspruch gegen den Staat zu erheben. Es ist bemerkenswert, daß die Lehre von der Staatspersönlichkeit zwar in rechtlicher Hinsicht sowohl in Deutschland als auch in Japan dieselbe Funktion ausgeübt hat, die rechtliche Gebundenheit des Staatshandelns in der Gestalt von Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu verwirklichen und zu fördern, aber in politischer Hinsicht in beiden Staaten die gegenteiligen Funktionen ausgeübt hat, nämlich in Deutschland die Funktion, den Siegeszug der Volkssouveränität zu hemmen, in Japan die Funktion, das übermäßige Vordringen der Fürstensouveränität zu hemmen.
 - (4) Ferner hat Minobe die über die Lehre von der Staatspersönlichkeit hinausgehenden Thesen aufgestellt.⁶⁴⁾
 - a. Trotz des alle Rechte der Staatsgewalt vereinigt dem Kaiser zuordnenden Monarchischen Prinzips hat er die Vermutung gegen den Kaiser ausgesprochen und die kaiserliche Prärogative auf die von der Verfassung

62) Vgl. dazu Kokubun (Anm. 59), S. 153 ff.

63) Zur Lehre von Minobe vgl. Kokubun (Anm. 59), S. 188 ff.; auch Akira Wani, Artikel "Minobe, Tatsukichi", in: M. Stolleis (Hrsg.), Juristen: ein biographisches Lexikon: von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 1995, S. 427.

64) Vgl. dazu Tetsu Isomura, Shakaihogaku no Tenkai to Kozo, 1975, S. 34 ff.

explizit zuerkannten Befugnisse beschränkt.

- b. Er hat den verfassungsrechtlichen Schutz (Vorbehalt des Gesetzes) auch auf die von der Verfassung nicht explizit gewährleisteten Rechte erweitert.
- c. Er hat dem Parlament das materielle Recht der Ministerernennung zuerkannt und das von der Verfassung unbedingt zuerkannte Recht des Kaisers auf das formelle Ernennungsrecht reduziert. Er hat unter der Verfassung mit dem ausdrücklichen Monarchischen Prinzip das parlamentarische Regierungssystem verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Minobe hat diese Thesen unter Berufung auf den Geist des Verfassungsstaates gerechtfertigt, den er den modernen Verfassungsstaaten gemeinsamen Grundsätzen zugeordnet und daher mit rechtlicher Kraft ausgestattet hat. Seine das parlamentarische Regierungssystem unterstützende Theorie konnte, wenn auch nur für kurze Zeit von 1924 bis 1932, in der politischen Praxis verwirklicht werden.⁶⁵⁾ Auf diese Weise hat Minobe durch die Berufung auf das Allgemeine Staatsrecht dazu beigetragen, den Verfassungsstaat in Japan weiter als das voranzubringen, was die Meiji-Verfassung vorgeschrieben hat. Aber das nur in bezug auf das reale Moment des Volksbegriffs. Was das ideale Moment betrifft, konnte er nicht über das hinausgehen, was die Meiji-Verfassung vorgeschrieben hat, nämlich die Gewährleistung der Freiheitsrechte nur im Rahmen des Vorbehaltes des Gesetzes. Er gelangte nicht zur Anerkennung der nicht auch vom Gesetz zu beschränkenden Menschenrechte. Wenn er sich auch in diesem Punkte auf das Allgemeine Staatsrecht berufen hätte, hätte er auch im idealen Moment des Volksbegriffs über die Meiji-Verfassung hinausgehen können. Hier lag die Grenze seiner Theorie.

V. Der Ausblick

Zum Schluß möchte ich einen ganz kurzen Ausblick auf die Zukunft machen.

Was das Allgemeine Staatsrecht bzw. die Allgemeine Staatslehre damals gefordert hat oder hat fordern müssen, ist zwar heute in Deutschland im Grundgesetz, in Japan in der Verfassung von 1946 fast verwirklicht. Wenn das Allgemeine Staatsrecht bzw. die Allgemeine Staatslehre als die Wissenschaft zu Grundlegung des Staatsrechts die normative Kraft der Wissenschaft ausüben soll, sollte die Wissenschaft nicht nur zur immer besseren Verwirklichung des schon Erreichten beitragen, sondern auch die Verwirklichung des noch nicht Erreichten fordern. Dabei sollten die beiden im Volksbegriff enthaltenen Moment immer zugleich berücksichtigt und zur Konkordanz gebracht werden. Was das ideale Moment betrifft, sollte die Dimension der Solidarität sowohl nach innen als auch nach außen verstärkt werden, das heißt sollte das Interesse auf die Menschheit gerichtet werden. Darauf hat Georg Jellinek schon vor hundert Jahren hingewiesen. Wir sollten uns daran erinnern, daß das Naturrecht, das die Grundlage des Allgemeinen Staatsrechts in seiner ersten Phase gewesen ist, mit dem Völkerrecht begonnen hat.

Müßte sich aber dann nicht das Allgemeine Staatsrecht bzw. die Allgemeine Staatslehre zum Besseren, nämlich zu einer Allgemeinen Verfassungslehre entwickeln?

65) Vgl. dazu Miyazawa (Anm. 61), S. 27 ff.

