

Souveränität im Verfassungsrecht des Kaiserreichs und der Weimarer Republik

DIETER GRIMM

1. Souveränität auf dem Weg zur Reichseinheit

Das Konzept der Souveränität war ursprünglich auf den Einheitsstaat bezogen. Die Übertragung auf föderale Gebilde bereitet von jeher Schwierigkeiten. Deutschland ist stets ein solches Gebilde gewesen, unterbrochen nur durch den Nationalsozialismus. Das Heilige Römische Reich, selber kein Staat im modernen Sinn, verhinderte durch seine Existenz, dass seine Territorien, obwohl großenteils schon Züge des modernen Staats aufweisend, souverän wurden. Mit der Auflösung des Reiches 1806 entfiel dieses Hindernis. Aber erst das Ende der napoleonischen Vorherrschaft in Europa brachte den deutschen Einzelstaaten die volle Souveränität. Ihre Fürsten waren nicht geneigt, sie sofort wieder einer neuen Reichseinheit zu opfern, gleichzeitig aber darauf bedacht, den Bestrebungen nach Volks- statt Monarchensouveränität als Legitimationsprinzip staatlicher Herrschaft einen Riegel vorzuschieben.

Ihren Niederschlag fand diese Interessenkonstellation in dem 1815 gegründeten Deutschen Bund, der sich in der Wiener Schlussakte von 1820 als »völkerrechtlicher Verein der deutschen souveränen Fürsten und freien Städte, zur Bewahrung der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit ihrer im Bunde begriffenen Staaten und zur Erhaltung der innern und äußern Sicherheit Deutschlands« bezeichnete. Die »landständische Verfassung«, die laut Art. XIII der Bundesakte von 1815 in allen Mitgliedstaaten »stattfinden« sollte, durfte nicht das monarchische Prinzip antasten, demzufolge der Monarch alleiniger Inhaber der Souveränität war und sich lediglich bei der Ausübung freiwillig an die Bestimmungen der Verfassung band. Gemäß Art. LVI der Wiener Schlussakte konnten die Bindungen, einmal eingegangen, aber nur »auf verfassungsmäßigem Wege«, also nicht einseitig, geändert werden.

Gemäß der gebräuchlichen Unterscheidung war der Bund kein Bundesstaat, sondern ein Staatenbund, in dem die Souveränität per definitionem bei den Mitgliedstaaten liegt. Doch war das Verhältnis zwischen ihnen und dem Bund in einer Weise ausgestaltet, die dem klassischen Souveränitätsbegriff Bodins nicht standgehalten hätte. Der Bund besaß nicht unerhebliche Interventionsbefugnisse zur Abwehr revolutionärer

Bestrebungen oder Unruhen in den Mitgliedstaaten, notfalls auch ohne deren Zustimmung. Die Erfüllung des Verfassungsversprechens in Art. XIII der Bundesakte hatte er laut Art. LIV der Wiener Schlussakte zu überwachen. Ob er auch Gesetzgebungsbefugnisse hatte, war strittig. Tatsächlich erließ er Gesetze mit Bindungswirkung im gesamten Bundesgebiet. Zur Durchsetzung des Bundesrechts konnte er die Bundesexekution einsetzen. Überdies war er berechtigt, Krieg zu führen.

Für die Revolution von 1848 hatte die Souveränitätsfrage überragende Bedeutung. Die Revolution verfolgte das doppelte Ziel, die Souveränität der Einzelstaaten zugunsten eines staatlich geeinten, souveränen Deutschlands und die Fürstensouveränität zugunsten der Volkssouveränität zu überwinden. Beide Ziele wurden verfehlt. Die auf dem Prinzip der Volkssouveränität beruhende, gleichwohl monarchische Paulskirchen-Verfassung trat nicht in Kraft. Der Deutsche Bund lebte wieder auf. Die Souveränität verblieb bei den Einzelstaaten und innerhalb ihrer bei den wiedererstarkten Fürsten. Die Bemühungen um die Reichseinheit setzten sich indessen fort, nun aber von oben und also ohne Veränderung des Legitimationsprinzips der monarchischen Souveränität. Dagegen konnte es bei der vollen Souveränität der Einzelstaaten nicht bleiben, wenn es wieder ein Deutsches Reich geben sollte.

Der erste, das Weitere aber schon vorwegnehmende Schritt zu diesem Ziel bestand in der Gründung des Norddeutschen Bundes. Nach der Trennung von Österreich im deutsch-deutschen Krieg von 1866 und der Auflösung des Deutschen Bundes kam es im Norddeutschen Bund zur Vereinigung von Preußen, das sich durch Annexion der mit Österreich verbündeten Staaten nördlich der Mainlinie erweitert hatte, mit den übrigen norddeutschen Staaten, während die vier süddeutschen Länder, die ebenfalls auf österreichischer Seite gekämpft hatten, einstweilen als souveräne Einzelstaaten fortbestanden. Bei der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung des Norddeutschen Bundes war aber bereits die Hoffnung auf deren späteren Anschluss bestimmend. Deswegen verwarf Bismarck Maximilian Dunckers Vorentwurf für eine Verfassung des Norddeutschen Bundes als »zu zentralistisch bundesstaatlich für den dereinstigen Beitritt der Süddeutschen«.¹

Bismarck wollte sich vielmehr an das »Hergebrachte« halten, »dem sich die Regierungen als etwas Gewohntem und Selbstverständlichem leichter fügen werden als jeder neuen Kombination«.² Für die Verfassung gab er daher die Maxime aus, sie solle sich in der Form mehr an den

1 Otto von Bismarck: Die Gesammelten Werke, Berlin 1924-1935, Bd. 6, Nr. 615.

2 Ebd., Nr. 616.

Staatenbund anlehnen, in der Sache aber bundesstaatlich sein. In den Erklärungen, die er dem endgültigen preußischen Entwurf beifügte, hieß es, die staatsrechtliche Frage, ob das neue Gebilde ein Staatenbund oder ein Bundesstaat sei, solle in der Schwebe bleiben.³ Dementsprechend fehlte in dem Verfassungsentwurf von 1867 eine Aussage zum Ort der Souveränität. Zum Träger der Staatsgewalt im Norddeutschen Bund war der Bundestag ausersehen, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzte, während dem preußischen König lediglich das Präsidium des Bundes zugeordnet war.

Die Verfassungsgebung war damit auf den Vertragsweg verwiesen, der aber mit der Annahme durch eine gewählte Volksvertretung kombiniert wurde. Zunächst einigten sich die norddeutschen Staaten auf einen Verfassungstext. Dieser wurde sodann dem konstituierenden Reichstag unterbreitet, der nach gleichlautenden Wahlgesetzen in den Gründerstaaten vom Volk gewählt worden war. Die vom Reichstag verlangten Änderungen akzeptierten die Regierungen fast ausnahmslos. Der so entstandene Text wurde schließlich von den Landtagen der Mitgliedstaaten des künftigen Staates ratifiziert. Spätere Änderungen bedurften dieser komplizierten Prozedur nicht mehr. Sie erfolgten durch Bundesgesetz. Damit hatten die Gründerstaaten die verfassungsgebende Gewalt auf den Bund übertragen. Von der Genese her ein Vertrag, wurde das Dokument seiner Rechtsnatur nach dadurch zur Verfassung.

Einem vergleichbaren Muster folgte vier Jahre später auch die Reichsgründung nach dem siegreichen Krieg gegen Frankreich, jedoch mit dem Unterschied, dass auf norddeutscher Seite nicht mehr die Mitgliedstaaten des Norddeutschen Bundes, sondern dieser selbst Verhandlungspartner der süddeutschen Staaten war. Zwischen dem Bund und den einzelnen süddeutschen Regierungen wurden Verträge über den Inhalt der künftigen Reichsverfassung geschlossen, die dann durch den Bundesrat und den Reichstag des Norddeutschen Bundes sowie die Kammern der süddeutschen Staaten nach zum Teil kontroversen Debatten ratifiziert wurde und am 1. Januar 1871 in Kraft trat. Die Souveränitätsfrage wurde auch hier stillschweigend übergangen, weil die Einigung gefährdet gewesen wäre, wenn man den süddeutschen Staaten, vor allem Bayern, den ausdrücklichen Verzicht auf ihre Souveränität zugemutet hätte.

3 Ebd., Bd. 10, S. 314.

2. *Souveränität im Kaiserreich*

Politisch war die Unbestimmtheit hinsichtlich der Souveränität im Reich eine Bedingung für das Zustandekommen der Reichsverfassung. Juristisch konnte die Frage aber nicht offenbleiben, weil sie den Schlüssel zur Lösung weiterer Probleme bildete. Vor allem die Klärung von Kompetenzkonflikten hing von ihr ab. Deswegen nahm sich nun die Staatsrechtslehre der Frage an. Kein Thema wurde in den frühen Jahren des Reichs intensiver diskutiert als dieses. Jeder Staatsrechtslehrer, der auf sich hielt, beteiligte sich an der Diskussion.⁴ Allein dieser Umstand deutet darauf hin, dass es nicht allein um juristische Begriffe ging. Hinter der begrifflichen Auseinandersetzung um den Ort der Souveränität im Reich stand eine politische Spannung, die bei der Reichsgründung nicht aufgelöst worden war und nun im juristischen Gewand wiederkehrte. Wie sie juristisch entschieden wurde, war politisch folgenreich.

Einen Ausweg aus dem Dilemma hätte die Annahme einer geteilten Souveränität eröffnet. Mit der klassischen Souveränitätslehre ließ sich das nicht vereinbaren. Aber diese war ohne Rücksicht auf die Existenz von Bundesstaaten entstanden. Nun gab es solche und damit auch Theorien, die eine Teilung für möglich hielten. In Deutschland hatte es vor allem der Historiker Georg Waitz nach dem Scheitern der Revolution unternommen zu begründen, dass in Bundesstaaten die Souveränität geteilt sei.⁵ Er vermied damit zugleich das Dilemma, dass bei unteilbarer Souveränität wegen der Identität von Staat und Souveränität nur der souveräne Teil Staat sein konnte. Den Beweis dafür glaubte er in den USA zu finden, denen bereits Tocqueville eine doppelte Souveränität bescheinigt hatte. In der Schweiz war man 1848 dagegen auf die Formel einer durch die Bundesverfassung beschränkten Souveränität der Kantone verfallen.

Von der Souveränität blieb danach, dass sie höchste Gewalt war. Aber dafür genügte es Waitz, dass jeder der zum Bundesstaat gehörenden Staaten »in seiner Sphäre« zuhächst war und den eigenen Teil der Staatsgewalt unabhängig von anderen ausüben konnte. Es ging dann nicht

- 4 Näher Dieter Grimm: War das Kaiserreich ein souveräner Staat?, in: Das Deutsche Kaiserreich in der Kontroverse, hg. von Sven Oliver Müller und Cornelius Torp, Göttingen 2009, S. 86-101. Aus der zeitgenössischen Literatur vgl. besonders Albert Hänel: Deutsches Staatsrecht, Bd. 1, Leipzig 1892, S. 200 ff.
- 5 Georg Waitz: Das Wesen des Bundesstaates. Reden und Betrachtungen von J. v. Radowitz (Gesammelte Schriften, Bd. 2), in: Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur, 1853, S. 494-530; auch in: ders.: Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen, Kiel 1862, S. 153-218.

mehr um Souveränität oder Nicht-Souveränität, sondern nur noch um eine zweckmäßige Verteilung der Kompetenzen. Waitz' These beherrschte seit den fünfziger Jahren die Wissenschaft, wie Heinrich von Treitschke bestätigte, der sich der Auffassung von Waitz angeschlossen und ihm das Verdienst zugeschrieben hatte, die »bahnbrechenden Gedanken« der Amerikaner über den Bundesstaat⁶ »systematisch und mit dem tiefen Ernste deutscher Wissenschaft« ausgeführt zu haben. »Der alte Streit der Schule über die Begriffe Staatenbund und Bundesstaat ist durch diese meisterhafte Abhandlung von Waitz abgeschlossen.«⁷

Mit der Erreichung der Reichseinheit und dem Inkrafttreten der Reichsverfassung bahnte sich in der Staatsrechtslehre aber ein Sinneswandel an. Sie hielt nun die Zeit für gekommen, sich unter Abkehr von den politischen Parteinahmen der Vergangenheit ganz auf die juristisch richtige Deutung des neuen Rechtszustandes zu konzentrieren. Dass gleichzeitig eine jüngere, nicht mehr durch die Debatten des Vormärz geprägte Generation von Staatsrechtlern die Lehrstühle besetzte, erleichterte die Wende. Die für die neue Aufgabe geeignete Methode sah sie im juristischen Positivismus, dem es zuvörderst darum ging, die Staatsrechtslehre von allen nichtrechtlichen Beimischungen zu reinigen und den positiven Rechtsstoff logisch-begrifflich zu durchdringen, wie es in der Privatrechtswissenschaft schon länger gebräuchlich war. Bereits 1865 ausgerufen,⁸ gelangte diese Methode nach der Reichsgründung schnell zur Vorherrschaft.

Bezogen auf die Souveränität begünstigte das eine Rückkehr zum klassischen Verständnis, dessen Kennzeichen nicht nur das Zuhöchstsein, sondern auch die Unteilbarkeit war. Das unbestrittene Haupt der neuen Staatsrechtslehre, der Straßburger Professor Paul Laband, bei der Reichsgründung erst 33 Jahre alt, erklärte:

Die Souveränität ist eine Eigenschaft absoluten Charakters, die keine Steigerung oder Verminderung zulässt. Es gibt keine halbe, geteilte, verminderte, abhängige, relative Souveränität, sondern nur Souveränität oder Nichtsouveränität.⁹

6 Gemeint sind die nicht näher gekennzeichneten Ausführungen von Alexander Hamilton in den *Federalist Papers*.

7 Heinrich von Treitschke: *Bundesstaat und Einheitsstaat*, Freiburg 1864; zitiert nach ders.: Aufsätze, Reden und Briefe, Meersburg 1929, Bd. 3: Schriften und Reden zur Zeitgeschichte, S. 37 f.

8 Von Carl Friedrich von Gerber: *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865.

9 Paul Laband: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, Tübingen 1876, zitiert nach der 4. Aufl. 1901, S. 68.

Lediglich einige ältere Staatsrechtler hielten an der Teilbarkeit der Souveränität fest. Auch Treitschke räumte nun ein, er habe Waitz' Theorie damals noch nicht anzufechten gewagt, sondern »den allgemeinen Irrtum« geteilt. Nun sehe man klarer. Innerhalb des Staates könnten nicht mehrere Souveränitäten nebeneinander bestehen. »Die höchste Gewalt ist eben die höchste«.¹⁰

Unter diesen Umständen ließ sich aber die Frage nach dem Ort der Souveränität im neuen Reich nicht mehr umgehen. Die Diskussion eröffnete der erst 25-jährige bayerische Jurist Max Seydel bereits ein Jahr nach der Reichsgründung,¹¹ und er tat es mit einem Paukenschlag, der die gerade erreichte Reichseinheit sogleich wieder hinfällig zu machen drohte. Seydel suchte die Eigenart des Bundesstaats nicht wie üblich vom Souveränitätsbegriff, sondern vom Staatsbegriff her zu erfassen. Der Staat sei das höchste menschliche Gemeinwesen. Über ihm gebe es keine höhere, neben ihm keine gleich hohe »Einigung«. Diese Einheit könne nur von einem einheitlichen höchsten Willen beherrscht sein. »Zwei höchste Willen heben einander auf.« Der Wille erscheine in Gestalt der Staatsgewalt. Sie sei höchste Gewalt und ertrage keine andere Gewalt über oder neben sich. Für diese Eigenschaft der Staatsgewalt stehe seit Bodin der Ausdruck »souverän«.

Von hier aus näherte sich Seydel dem Bundesstaatsbegriff. Dabei holte er sich Argumentationshilfe in den USA, wo dieselbe Debatte 40 Jahre vorher im sogenannten Nullifizierungsstreit geführt worden war.¹² Anlass war ein Zollgesetz, das South Carolina wegen fehlender Bundeskompetenz für verfassungswidrig hielt. South Carolina beschritt aber nicht den Rechtsweg, sondern annullierte das Gesetz durch Parlamentsbeschluss. In der Debatte des amerikanischen Senats, die sich daran entzündete, vertrat John Calhoun die Ansicht, South Carolina habe das Recht, dem Bundesgesetz die Geltung zu verweigern, weil die Souveränität bei den Einzelstaaten liege. Die USA seien von diesen, nicht vom amerikanischen Volk gegründet worden, die US-Verfassung sei daher ihrer Rechtsnatur nach ein Vertrag souveräner Staaten. Diese hätten ihre

10 Heinrich von Treitschke: *Bund und Reich*, Berlin 1874; zitiert nach ders., Aufsätze, Bd. 4 (Anm. 7), S. 212-245; hier S. 218, S. 225.

11 Max Seydel: *Der Bundesstaatsbegriff*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 28, 1872, S. 185-256, die folgenden Zitate auf S. 188 f.

12 Vgl. Richard Ellis: *The Union at Risk. Jacksonian Democracy, States' Rights and the Nullification Crisis*, New York 1987; Jackson Turner Main: *The Antifederalists: critics of the Constitution, 1781-1788*, Chapel Hill 2004; Dieter Grimm: *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin 2009, S. 54 ff.

Souveränität beim Vertragsschluss weder aufgegeben noch teilten sie sie mit den USA. Geteilte Souveränität gebe es nicht.

Dem hielt Daniel Webster im Senat entgegen, die Verfassung möge durch Vertrag der Staaten entstanden sein, habe aber die Rechtsnatur einer Verfassung, denn sie sei vom amerikanischen Volk in Kraft gesetzt worden. Mit der Rückführung auf das amerikanische Volk gewann Webster das Argument, das Volk habe in der Verfassung auch darüber entschieden, wie Kompetenzkonflikte zu lösen seien, nämlich gerichtlich, also durch den US Supreme Court. Das bestritt wiederum Calhoun: Die Verfassung sei von den Völkern der Einzelstaaten ratifiziert worden. Die USA habe es vor der Ratifikation noch gar nicht gegeben. Der Streit erledigte sich schließlich durch eine Änderung des Zollgesetzes. Die Grundfrage, wer im zusammengesetzten Staat souverän sei, war damit aber nicht aus der Welt. In den USA bedurfte es eines Bürgerkrieges 30 Jahre später, um die Frage endgültig zugunsten der Bundesgewalt zu entscheiden.

Calhoun wurde Seydels Gewährsmann. Wie jener insistierte er in scharfer Ablehnung der Lehre von Waitz auf der Unteilbarkeit der Souveränität. Gesamtstaat und Gliedstaaten könnten nicht zugleich souverän sein. Da das Reich durch Vertrag entstanden sei, die Staaten in diesem Vertrag die Souveränität aber nicht auf das Reich übertragen hätten, liege sie weiter bei ihnen. Damit aber nicht genug. Weil der Staat für Seydel dadurch definiert war, dass er die Souveränität innehatte, konnten Gesamtstaat und Gliedstaaten auch nicht gleichzeitig Staaten sein. Traf das zu, entfiel indes die Möglichkeit eines Bundesstaats gänzlich. Diesen Schluss zog Seydel in der Tat. »Alle staatlichen Gebilde, die man mit dem Namen Bundesstaat zu bezeichnen pflegt, müssen entweder einfache Staaten oder Staatenbünde sein.«¹³ Zwischen Staatenbund und Einheitsstaat gab es für ihn nichts Drittes.

Die Frage war daher, wer in dem neuen Reich den Namen Staat verdiene, der Gesamtstaat oder die Gliedstaaten. Die Antwort suchte Seydel, wiederum in Anlehnung an Calhoun, in der Entstehungsweise von Bundesstaaten. Sie kämen durch Verträge bereits existierender Einheitsstaaten zustande. Der Vertrag, nicht ein Gesetz, sei ihre Rechtsgrundlage. Der Staatscharakter hing unter diesen Umständen davon ab, ob die vertragsschließenden Staaten ihre Souveränität aufgeben und dem neu gebildeten Gemeinwesen übertragen wollten. Da es keinen nicht-souveränen Staat gibt, lautete die Frage noch präziser: ob sie mit dem Vertragsschluss ihr Dasein als Staaten aufgeben hätten. Einen derartigen Willen konnte

13 Seydel: Der Bundesstaatsbegriff (Anm. 11), S. 208.

Seydel nicht erkennen. Folglich hatte das Reich die Souveränität nicht erlangt, und folglich war es kein Staat geworden. Verglichen mit dem Deutschen Bund hatte sich lediglich der Umfang seiner Kompetenzen und der Name geändert, nicht seine Rechtsnatur.

Seydels Antipode Laband bezweifelte zwar nicht, dass das Reich durch einen Vertrag der Einzelstaaten gegründet worden sei. Mit der Gründung habe aber das vertragsmäßige, also völkerrechtliche, Verhältnis aufgehört und sei in ein staatsrechtliches überführt worden. Damit hätten die Einzelstaaten jedoch nicht ihre Staatsqualität verloren.¹⁴ Im Gegensatz zu Seydel nahm Laband an, dass Souveränität kein notwendiges Attribut von Staaten sei. Es gebe souveräne und nicht souveräne Staaten. Die Identifikation von Souveränität und Staat erkläre sich daraus, dass man zur Zeit der Entstehung dieser Lehre allein den Einheitsstaat vor Augen gehabt habe. Die Existenz zusammengesetzter Staaten zwingt aber zu einer Revision der ursprünglichen Annahme. Seydel hatte darauf nur die Antwort, den nicht souveränen Staat könne man »besten Falles nur in demselben Sinne einen Staat nennen, wie den Eunuchen einen Mann«.¹⁵

An einer Stelle mussten also angesichts föderaler Gebilde Zugeständnisse gemacht werden. Wenn man an der Einheit von Staat und Souveränität festhielt, musste einer Seite die Staatsqualität abgesprochen werden. Wenn man die Staatsqualität beider Seiten aufrechterhalten wollte, musste man die Einheit von Staat und Souveränität opfern. Labands Auffassung setzte sich durch. Seine Position wurde nun von Georg Jellinek näher ausgearbeitet.¹⁶ Mit Laband ging er davon aus, dass Souveränität nicht zum Wesen des Staates gehöre. Sie sei lediglich eine Eigenschaft, die manche Staaten hätten, andere nicht. Auf die Frage, wie es sich im Reich verhalte, legte Jellinek dar, in zusammengesetzten Staaten stehe demjenigen die Souveränität zu, der über die Kompetenzverteilung zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten bestimme. Souverän ist, wer die Kompetenz-Kompetenz hat. In diese zog sich die Souveränität fortan zurück.

Die Kompetenz-Kompetenz lag nun in der Tat beim Reich. Zwar findet man in der Reichsverfassung keine Vorschrift, welche dies ausdrücklich feststellt. Wohl aber heißt es im Schlussartikel 78 wie bereits in der Verfassung des Norddeutschen Bundes, dass Verfassungsänderungen »im Wege der Gesetzgebung« erfolgen, also nicht durch erneuten Ver-

14 Laband: Das Staatsrecht (Anm. 9), S. 60 ff., 84.

15 Max Seydel: Kommentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich, 2., umgearbeitete Auflage 1. Abteilung, Freiburg 1897, S. 8.

16 Georg Jellinek: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882.

tragsschluss. Das konnte nur bedeuten, dass die Gliedstaaten die verfassungsgebende Gewalt auf den Zentralstaat übertragen hatten. Sie lag beim Reich. Daran änderte es auch nichts, dass die Gliedstaaten Anteil an der Verfassungsänderung hatten, denn sie hatten sie nicht als solche je für sich, sondern als Mitglieder eines Reichsorgans, des Bundesrats, der mit Mehrheit entschied, sich also über widerstrebende Staaten hinwegsetzen konnte. Das wurde nun schnell herrschende Meinung. Die Souveränitätsdiskussion flaute ab. Andere Fragen traten in den Vordergrund.

3. *Souveränität in der Weimarer Republik*

In der Weimarer Republik wiederholte sich die Diskussion nicht. Die Ausgangslage war eine andere. Unmittelbar nach der Revolution von 1918 schien sogar alles auf einen Einheitsstaat unter Einschluss Österreichs hinauszulaufen. Im Verlauf der Vorarbeiten zur Verfassung, noch ehe die Nationalversammlung gewählt war, klärte sich aber, dass die Länder erhalten bleiben würden. Im Folgenden ging es nur noch um die Ausgestaltung der Beziehungen. Es gab niemand mehr, der an der Souveränität des Reichs zweifelte. Zwar enthielt auch die Weimarer Verfassung keine Bestimmung über den Ort der Souveränität. Dass sie dem Reich zustand, folgte aber schon daraus, dass dieses nicht von den Ländern gegründet worden war wie das Kaiserreich. Gründer war vielmehr laut Präambel das Deutsche Volk, von dem gemäß Art. 1 Abs. 2 WRV die Staatsgewalt ausging, nicht von den Monarchen der Einzelstaaten wie 1867 und 1871.

Die Diskussion unter der Weimarer Verfassung kreiste daher nicht um die alte Frage, ob die Länder souveräne Staaten geblieben seien und das Reich also kein Bundesstaat sein konnte. Stattdessen ging es darum, ob die Länder überhaupt noch Staaten bildeten und das Reich nicht vielmehr ein dezentraler Einheitsstaat sei. Nur eine verschwindende Minderheit wollte auch den Ländern Souveränität zusprechen. Bei Hans Nawiasky, einem Österreicher, der aber seit 1914 in Bayern wirkte, verband sich diese Annahme mit der Vorstellung eines dreigliedrigen Bundesstaats, in dem Reich und Länder gleichberechtigt nebeneinanderstanden und zusammen den Gesamtstaat bildeten.¹⁷ Damit blieb Nawiasky aber allein. Die Vorstellung hatte keine Entsprechung in der Wirklichkeit. Vielmehr setzte sich die Auffassung durch, die Länder seien nach

17 Hans Nawiasky: Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920.

wie vor Staaten, wenn auch keine souveränen. Auch die Republik war also ein Bundesstaat, aber ein erheblich unitarischerer als das Kaiserreich.

Auffällig ist jedoch, wie die Argumentation sich änderte. Sie wurde nicht mehr begrifflich geführt. Richard Thoma fragte vielmehr, ob

die Wissenschaft vom positiven deutschen Staatsrecht, die seit der Mitte des 19. Jahrhunderts mit größtem Eifer und mit einem nicht geringen Aufgebot von logischem Scharfsinn die Lehre von den Staatverbindungen und allem was damit zusammenhängt, gepflegt hat und von deren Vertretern auch heute noch viele diese Probleme zu den ihrigen, wenn nicht sogar zu ihren wichtigsten, rechnen – ob sie nicht, erleichtert, all diese begrifflichen und konstruktiven Bemühungen über Bord werfen und sie denjenigen Wissenschaften überlassen sollte, in denen sie ihre eigentliche Heimat und ihren unmittelbaren wissenschaftlichen Wert haben, nämlich der allgemeinen Staatslehre und vergleichenden Staatsrechtswissenschaft, sowie der Wissenschaft vom Völkerrecht.¹⁸

So weit wollte er am Ende aber doch nicht gehen. In den Worten und Begriffen schwängen nämlich »bedeutsame Imponderabilien des Gefühls und des Willens mit, die eine nach Übereinstimmung mit dem Volksempfinden und nach Lebensnähe strebende praktische Rechtswissenschaft nicht missachten« dürfe; es handele sich hier um »Einfühlung, nicht um Logik und Konstruktion«.¹⁹ Aus diesem Grund, der im Kaiserreich zweifellos dem Diktum »unjuristisch« verfallen wäre, sollte man an der Staatlichkeit der Länder festhalten. Was Thoma 1930 erwog, war freilich längst in Gang. Das Thema wanderte in die Staats- und Verfassungstheorie aus. Der Streit des 19. Jahrhunderts um den Ort der Souveränität im Kaiserreich ließ sich für die neue Generation von Staatsrechtslehrern nur noch historisch erklären, wobei ungeachtet des methodologischen Credos der Positivisten politische Wünsche eine Rolle gespielt hätten.

Hans Kelsen sah den Sinn der alten Debatte nur in dem Versuch, »an der Deutung des Charakters der – zum Bundesstaat sich zusammenschließenden – Verbände, trotz des durch den Zusammenschluss wesentlich geänderten Tatbestandes nichts wesentlich zu ändern«; an dem »*theoretischen* Resultat« habe ein »ausgesprochen *politisches* Interesse« be-

18 Richard Thoma: Das Reich als Bundesstaat, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Tübingen 1930, Bd. I, S. 169-186; hier S. 171 ff.

19 Ebd., S. 173.

standen.²⁰ Auch für Hermann Heller war der Streit nur aus politischen Gründen zu verstehen. Wissenschaftlich sei die Position unhaltbar. »Wird mit dem Staats- und Souveränitätsbegriff ernst gemacht, so ist man nicht in der Lage, den Ländern die Eigenschaften eines Staates zuzusprechen.«²¹ Trotz der »Bibliotheken, welche die besten Köpfe der beiden letzten Generationen« diesem Problem gewidmet hätten, sei es eine Forderung der wissenschaftlichen Eindeutigkeit, den Namen Staat ausschließlich für die universalen Entscheidungseinheiten zu reservieren.²²

Desgleichen ist es für Carl Schmitt nur »geschichtlich begrifflich und erklärlich, dass nach dem Jahre 1871 die Staatsrechtslehre des Deutschen Reiches den Unterschied dieses Reiches gegenüber dem früheren Deutschen Bund von 1815 auf solche simplistischen Schlagworte« wie Staatenbund und Bundesstaat gebracht habe.²³ Die Jellineksche Lösung, wonach derjenige Verband souverän ist, der die Kompetenz-Kompetenz besitzt, wird ad absurdum geführt. »Souveränität ist keine Kompetenz, auch keine Kompetenz-Kompetenz.« Allerdings gelang es Schmitt nur durch eine unscheinbare sprachliche Abwandlung, Jellineks These als »unsinnig« hinzustellen. Jellinek hatte ja nicht gesagt, Souveränität sei Kompetenz-Kompetenz, sondern derjenige, welcher die Kompetenz-Kompetenz besitze, sei souverän, also keine Aussage über den Inhalt der Souveränität, sondern über ihren Träger gemacht.

An die Stelle der alten Versuche, die aus Staaten zusammengesetzten politischen Einheiten zu begreifen, setzte Schmitt, ebenfalls in Auseinandersetzung mit Calhoun,²⁴ eine neue Variante, die Theorie vom Bund. Den Bund definierte er als

eine auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung, durch welche der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird.²⁵

Ihm fehlt aber ein gemeinsames Volk. Im Gegensatz zur Unterscheidung von Staatenbund und Bundesstaat, die gerade wegen der Souveränitäts-

20 Hans Kelsen: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 116 [Hervorhebung im Original].

21 Hermann Heller: Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, Berlin und Leipzig 1927, S. 117.

22 Ebd., S. 115.

23 Carl Schmitt: Verfassungslehre, München und Leipzig 1928, S. 366.

24 Ebd., S. 373 ff.

25 Ebd.

frage getroffen worden war, charakterisierte Schmitt den Bund dadurch, dass er die Souveränitätsfrage offenhielt. Der Bund sei daher am Ende, sobald die Souveränitätsfrage gestellt werde. Entweder regrediere er dann zum Staatenbund oder schreite vorwärts zum Einheitsstaat.

Bundesstaaten waren danach, wie bei Seydel, eine Unmöglichkeit. Was war dann aber die Weimarer Republik? Für sie, aber auch die USA, schlug Schmitt einen »selbständigen Typus« vor, der sich aus der Kombination von Demokratie und bundesstaatlicher Ordnung ergebe, den »Bundesstaat ohne bündische Grundlage«. ²⁶ Er hat ein einheitliches Volk und ist in Wahrheit Einheitsstaat. Die bundesstaatliche Organisation diene nur noch der Gewaltenteilung und Dezentralisierung. Die Länder seien weder souverän noch Staaten. Dafür fand Schmitt die entschiedene Zustimmung Hellers. Die Länder der Weimarer Republik waren für ihn, juristisch betrachtet, nichts anderes als Provinzen oder Kommunen. Sie hätten zwar einen eigenen Wirkungskreis, aber doch nur in den vom Zentralstaat gesetzten Grenzen, über deren Einhaltung dieser wache. »Erst und allein der souveräne Staat ist nur nach unten Herr und nach oben nicht mehr Untertan.« ²⁷

Schmitt hatte der Souveränität allerdings noch größere Aufgaben zugeordnet als die Klärung der Bundesstaatsfrage. Von all den Begriffsstreitigkeiten, die darüber geführt worden seien, hänge wenig ab. Die Souveränitätsfrage musste für ihn viel radikaler gestellt werden. Sie sollte Schmitts vordringlichem Ziel dienen, den liberalen Rechtsstaat zu überwinden und den Primat der Politik über das Recht wiederherzustellen. Schmitts beständiger Vorwurf an den Liberalismus und seine Ausprägung im bürgerlichen Rechtsstaat war es, der Souveränitätsfrage mit der Fiktion auszuweichen, souverän sei die Verfassung.

In Wirklichkeit aber sind es gerade die wesentlich politischen Entscheidungen, welche der normativen Umschreibung entgehen. Die Fiktion der absoluten Normativität hat dann kein anderes Ergebnis, als dass eine so fundamentale Frage wie die nach der Souveränität im Unklaren gelassen wird. ²⁸

Für die nötige Klarheit hatte Schmitt schon 1922 in seiner Schrift *Politische Theologie* sorgen wollen. Sie beginnt mit dem berühmt gewordenen Satz: »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entschei-

26 Ebd., S. 89.

27 Heller: Die Souveränität (Anm. 21), S. 116, in offenkundiger Anspielung auf eine Formulierung von Laband: Das Staatsrecht (Anm. 9), S. 55.

28 Carl Schmitt: *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, München und Leipzig 1922; hier zitiert nach der 2. Aufl. 1934, S. 11.

det.«²⁹ Allein diese Definition könne dem Begriff der Souveränität gerecht werden. Der Ausnahmezustand wird »im eminenten Sinne« verstanden, als existentielle Bedrohung des politischen Gemeinwesens, die für Schmitt nicht wie gewöhnliche Störungen tatbestandsmäßig erfasst und normiert werden kann. Wer in dieser Situation die Entscheidung an sich ziehe, nehme daher auch keine Kompetenz wahr. Er erhebe sich vielmehr über die Rechtsordnung und suspendiere sie in ihrer Gesamtheit. »Die Entscheidung macht sich frei von jeder normativen Gebundenheit und wird im eigentlichen Sinne absolut.«³⁰ Es bleibe dann immer noch eine Ordnung übrig, aber keine Rechtsordnung.

Schmitts Aussagen zum Verhältnis von Souveränität und Normativität schwanken allerdings. In der *Verfassungslehre*, die sechs Jahre später unter den Bedingungen einer konsolidierten Republik erschien, kehrt die Formulierung im Zusammenhang mit der Verfassungsdurchbrechung wieder.

Wenn im Interesse der Existenz des Ganzen solche Durchbrechungen und Maßnahmen vorgenommen werden, so zeigt sich darin die Überlegenheit der Existenz über die bloße Normativität. Wer zu solchen Handlungen befugt und imstande ist, handelt souverän.³¹

Auch für den modernen Rechtsstaat seien diese Durchbrechungen das »Kriterium der Souveränität«. Hier ist das souveräne Handeln im Ausnahmezustand also doch Wahrnehmung einer Kompetenz, aber eben der Kompetenz, das geltende Recht außer Acht zu lassen. Nicht gesagt wurde, was gilt, wenn von den beiden Bedingungen nur eine erfüllt ist und der Kompetenz keine Fähigkeit entspricht. Bleibt es dann bei der »Politischen Theologie«?

Radikal wurde die Souveränitätsfrage ebenfalls von Schmitts Antipoden Kelsen gestellt, aber gerade in der umgekehrten Richtung, indem er die Souveränität völlig in der geltenden Rechtsordnung aufgehen ließ.³² Kelsen war es primär um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft und der Rechtserkenntnis zu tun. Sie erschien ihm nur möglich, wenn Sein und Sollen scharf voneinander getrennt wurden. Die »Reinheit« der Rechtslehre, die er forderte, verlangte den Ausschluss jedes metaphysischen oder faktischen Elements. Recht war konsequent selbstbezüglich zu denken. Recht konnte nur aus Recht hervorgehen. Es ist reine Sollens-

²⁹ Ebd.

³⁰ Ebd., S. 19. Diese Auffassung wird ausdrücklich geteilt von Heller: Die Souveränität (Anm. 21), S. 161 ff.

³¹ Schmitt: *Verfassungslehre* (Anm. 22), S. 107.

³² Kelsen: *Allgemeine Staatslehre* (Anm. 20), S. 16 ff., 102 ff.

ordnung und als solche notwendig widerspruchsfrei. Der Preis, den Kelsen für die Reinheit zu zahlen hatte, bestand darin, dass an der Spitze der Rechtsordnung eine Fiktion in Form der sogenannten Grundnorm als rein logischer Zurechnungspunkt aller nachfolgenden, rechtsetzenden wie rechtsanwendenden Akte stand.

Für einen Souverän als obersten Rechtsetzer oder gar als zur Rechtsverletzung befugte Instanz ist daher in Kelsens System kein Platz. Der Staat ist nicht eine Institution, die das positive Recht setzt und durchsetzt, sondern »seinem Wesen nach ein System von Normen oder der Ausdruck für die Einheit eines solchen Systems«. ³³ Dass es daneben einen »soziologischen Staat« gibt, lässt sich nicht leugnen, ist aber juristisch irrelevant. ³⁴ In der Reinen Rechtslehre fallen Staat und Recht in eins. Souveränität kommt überhaupt nur als Eigenschaft der Rechtsordnung in Betracht. Sie ist »Ausdruck der Einheit der Rechtsordnung«. ³⁵ Schmitt bemerkte dazu, Kelsen löse »das Problem des Souveränitätsbegriffs dadurch, dass er es negiert«. ³⁶ Das war der Stand der Dinge, als das Jahr 1933 neue Fakten schuf, unter denen Carl Schmitt zu Ehren kam, während Kelsen emigrieren musste.

4. Die Aktualität der historischen Souveränitätsdiskussion

Wie das Kaiserreich und die Weimarer Republik ist die Bundesrepublik ein Bundesstaat, und ihre bundesstaatliche Ordnung hat zu vielen Streitfragen und noch mehr Verfassungsänderungen geführt, aber keine Souveränitätsprobleme aufgeworfen. Die Souveränitätsfrage stellte sich vielmehr erst im Zusammenhang mit der europäischen Integration, indessen nicht sogleich, sondern aufgrund der Intensivierung, wie sie insbesondere vom Lissabon-Vertrag des Jahres 2007 ausging. Mit ihm ist die Frage nach dem Ort der Souveränität in der Europäischen Union ins Zentrum gerückt. Auch die damit zusammenhängende Frage, ob die Rechtsgrundlage der EU ein völkerrechtlicher Vertrag souveräner Staaten oder eine Verfassung ist, spielt wieder eine Rolle. Das soll hier noch kurz zur Sprache kommen, weil dabei wieder auf die Argumente zurückgegriffen wird, die schon in den USA und im Kaiserreich verwendet wurden.

³³ Ebd., S. 16.

³⁴ Hans Kelsen: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922.

³⁵ Kelsen: Allgemeine Staatslehre (Anm. 20), S. 105.

³⁶ Schmitt: Politische Theologie (Anm. 28), S. 31.

Die Dichotomie von Staatenbund und Bundesstaat ist allerdings überwunden. Die EU ist eine supranationale Organisation, aber angesichts ihrer Kompetenzfülle und Organisationsdichte eine präzedenzlose, für die es an einem Begriff noch fehlt, sodass sie meist als Institution *sui generis* bezeichnet wird. Einigkeit herrscht jedoch darüber, dass sie kein Staat ist. Unstrittig ist auch, dass sie jedenfalls nicht allein souverän ist, kontrovers dagegen, ob sie Anteil an der Souveränität hat. Verneint wird dies insbesondere vom deutschen Bundesverfassungsgericht, das hier wie Calhoun argumentiert.³⁷ Es geht davon aus, dass die EWG/EG/EU ein Geschöpf souveräner Staaten ist, welches diese im Wege des Vertragsschlusses gegründet und bisher nicht in die Selbständigkeit entlassen haben. Die Entscheidung über ihre Existenz und ihre Rechtsgrundlage liegt bei den Mitgliedstaaten. Übertragen wurde nicht die Souveränität, sondern eine Anzahl von Hoheitsrechten.

Auf dieser Differenz insistiert das Bundesverfassungsgericht mit besonderem Nachdruck. Aus ihr leitet es ab, dass europäische Rechtsakte, die sich nicht auf eine übertragene Kompetenz stützen können, nicht nur gegen die Europäischen Verträge verstoßen, sondern auch die Souveränität der Bundesrepublik verletzen und die Anwendung ihrer Verfassung unzulässig verkürzen, weswegen sie in der Bundesrepublik keine Geltung entfalten können. Ob ein solcher Fall vorliegt, stellt mit Wirkung für die Bundesrepublik das Bundesverfassungsgericht letztverbindlich fest. Die letztere Schlussfolgerung bildet den Stein des Anstoßes für den Gerichtshof der EU (EuGH). Er leugnet zwar nicht, dass kompetenzlose Akte europarechtswidrig sind, beansprucht aber die Befugnis, dies festzustellen, für sich allein. Der Streit, der bereits seit 1974 schwelt, ist 2020 im Verfahren über die Anleihekäufe der EZB erstmals offen ausgebrochen.³⁸

Hinter ihm stehen unterschiedliche Auffassungen der beiden Gerichte über den Geltungsgrund des Europarechts. Während das Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, dass es seine Geltung in der Bundesrepublik allein dem Rechtsanwendungsbefehl des Deutschen Bundestages verdankt, der mit der Ratifizierung der Verträge erteilt wird, und daher auch nur so weit gilt, wie dieser Befehl reicht, nimmt der EuGH an, dass sich das Europarecht von seiner Quelle in den Mitgliedstaaten emanzipiert hat und aus eigenem Recht gilt. Von diesen Ausgangspunkten entwickeln die beiden Gerichte ihre Position folgerichtig. Die Möglichkeit eines Kompromisses zwischen ihnen ist nicht ersichtlich. Aus dieser Un-

37 Eine Zusammenfassung der Europa-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei Dieter Grimm: Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union, in: *Der Staat* 48, 2009, S. 475-495.

38 Siehe BVerfGE 154, 17 – PSPP.

versöhnlichkeit bezieht die Souveränitätsfrage sowie die Verfassungsfrage ihre tiefere Bedeutung wie seinerzeit im amerikanischen Nullifizierungsstreit und in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung im deutschen Kaiserreich.

Souveränität und Verfassung hängen zusammen. Wenn der Begriff der Souveränität ein Merkmal über die Zeit hinweg beibehalten hat, dann das Recht einer politischen Einheit auf Selbstbestimmung hinsichtlich ihrer Zwecke, Organisation, Befugnisse und Mittel. Diese Selbstbestimmung findet Ausdruck im Akt der Verfassungsgebung. Indessen ist die EU hinsichtlich all dieser Grundfragen nicht selbstbestimmt, sondern fremdbestimmt, mithin das Gegenteil von souverän.³⁹ Die Entscheidung darüber liegt ausschließlich bei den Mitgliedstaaten. Die EU ist in dieser Hinsicht Objekt fremder Willensentscheidungen, nicht Subjekt. Ebenso verhält es sich mit ihrer Rechtsgrundlage. Die EU gibt sie sich nicht selbst, sie wird ihr von den Mitgliedstaaten mittels Vertragsschlusses gegeben, und nur diese können sie durch erneuten Vertragsschluss wieder ändern. Die Selbstbestimmung der EU setzt erst unterhalb der Verfassungsebene ein.

Die Verträge erfüllen zwar eine Reihe von Funktionen, die in Staaten die Verfassung erfüllt. Sie richten die EU ein, bestimmen ihre Organisation und ihre Kompetenzen und setzen die Bedingungen fest, unter denen sie ausgeübt werden dürfen. Was zur Verfassung im Vollsinn des Begriffs fehlt, ist aber gerade das für die Souveränität relevante Element der Selbstbestimmung. Weder die EU noch die Unionsbürger sind an der Verfassungsgebung beteiligt. Sie liegt bei den Mitgliedstaaten, und selbst dort, wo die Ratifikation ein Referendum erfordert, stimmen die Einzelnen nicht als Unionsbürger, sondern als Staatsbürger ab. In der EU sind die Verträge also nicht wie seinerzeit im deutschen Kaiserreich lediglich die Entstehungsform einer Verfassung, sodass der Vertragscharakter mit dem Vertragsschluss konsumiert ist. Die verfassungsgebende Gewalt verbleibt vielmehr bei den Mitgliedstaaten, und die Rechtsgrundlage behält den Charakter von Verträgen.

Kann man dann wenigstens davon sprechen, dass die Souveränität in irgendeiner Form zwischen der EU und den Mitgliedstaaten verteilt ist? Das wird vielfach angenommen. Aber auch eine geteilte Souveränität wäre Souveränität. Es ist jedoch schwer vorstellbar, eine politische Institution souverän zu nennen, die über alle wesentlichen Fragen ihrer Exis-

39 Vgl. Dieter Grimm: Souveränität in der Europäischen Union, in ders.: Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München 2016, S. 49-70.

tenz, Zwecke und Form nicht selbst bestimmt. Die EU teilt sich mit den Mitgliedstaaten die Hoheitsrechte und übt diejenigen, welche ihr überlassen wurden, selbständig aus. Aber sie besitzt keine Souveränität. Andere nehmen an, die Mitgliedstaaten hätten ihre Souveränitäten »gepoolt« und ließen die gepoolte Souveränität von der EU ausüben. Auch davon kann aber keine Rede sein. Die EU übt die Befugnisse, die ihr übertragen worden sind, selbständig und unabhängig von dem Willen der Mitgliedstaaten, unter Umständen sogar gegen ihren Willen aus.

Calhouns und Seydels Argumentation, die bezogen auf die USA und das Kaiserreich nicht zutraf, weil die Souveränität dort in der Tat auf die höhere Einheit übergegangen war, trifft also auf die EU sehr wohl zu. Sie ist weiterhin eine auf völkerrechtlichen Verträgen beruhende und von dem Willen der Mitgliedstaaten abhängige supranationale Organisation, und ihre Rechtsgrundlage ist keine Verfassung. Das ließe sich freilich ändern, wenn die Mitgliedstaaten in einem letzten völkerrechtlichen Vertrag die verfassunggebende Gewalt für die EU auf diese übertragen. Sollte das angestrebt werden, käme freilich noch einmal das Bundesverfassungsgericht ins Spiel. Es hat nämlich festgestellt, dass das deutsche Volk die Staatsorgane der Bundesrepublik nicht ermächtigt habe, die nationale Souveränität preiszugeben.⁴⁰ Solange das Grundgesetz gilt, scheidet demnach eine souveräne EU unter deutscher Beteiligung aus.

40 BVerfGE 123, 267 (347f.) – Lissabon-Vertrag.