

## András Jakab: Staatslehre – Eine deutsche Kuriosität\*

*Für den Staatsbegriff der deutschen staatsrechtlichen Tradition bleibt es bei der Feststellung, dass er zu stark einer spezifisch deutschen vordemokratischen Tradition verhängen bleibt, um als wissenschaftliche Kategorie taugen zu können.<sup>1</sup>*

Die *Staatslehre* war seit jeher eine sehr deutsche Disziplin, die mit einer langen Tradition bis ins 19. Jahrhundert zurückreicht.<sup>2</sup> Seit geraumer Zeit verliert dieser konzeptuelle Rahmen allerdings sogar in Deutschland an Boden, insbesondere unter der jüngeren Generation ist dies der Fall. Das Thema scheint dennoch interessant zu sein: Einerseits wegen der allgemeinen Dominanz deutscher Rechtswissenschaft im Europäischen Verfassungsrechtsdiskurs, andererseits wegen der Verbreitung der Staatslehre in Frankreich und dem Vereinigten Königreich in jüngerer Zeit.<sup>3</sup>

Im ersten Teil dieses Aufsatzes werde ich zeigen, wie sich das Schlüsselkonzept Staat (im Sinne einer „vorrechtlichen staatlichen Entität“) im 19. Jahrhundert in Deutschland entwickelte (teilweise aus Ansätzen, die in früheren Jahrhunderten wurzeln). Ich werde die Unterschiede im politischen und wissenschaftlichen Kontext zu anderen Ländern analysieren, um zu erklären, warum in anderen Verfassungsrechtsdiskursen dieses Konzept nie zum dominanten Begriff wurde. Im zweiten Teil werde ich die Vor- und Nachteile der Verwendung von Staatslehre im Hinblick auf Methodik und Relevanz von einer juristischen und einer nicht-juristischen Perspektive aus betrachten. Daran anschließend werde ich in einem dritten Teil die entscheidenden Argumente gegen die Verwendung der Staatslehre am praktischen Beispiel des Staatsverständnisses im Notstandsrecht und der Frage, wie verfassungsrechtliche Einschränkungen politische Macht in Notsituationen limitieren, veranschaulichen. Schließlich wird im vierten Teil mein Fazit dahin gehen, dass die Staatslehre keinen aussagekräftigen konzeptuellen Rahmen für den europäischen Verfassungsrechtsdiskurs bietet, da sie den Anforderungen des modernen Demokratie- und Verfassungsverständnisses nicht gerecht wird.

### 1. Das Schlüsselkonzept traditioneller Staatslehre: der Staat

Um die Tradition deutscher Staatslehre zu verstehen ist es sinnvoll, ihrem Ursprung im 19. Jahrhundert auf den Grund zu gehen und den politischen und wissenschaftlichen Kontext ins

---

\* Dieser Beitrag wurde in leicht divergierenden Versionen in der „Dienstagsrunde“ am Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg am 12. Februar 2013, im Gesprächskreis „Grundlagen des öffentlichen Rechts“ der Staatsrechtslehrertagung in Düsseldorf am 1. Oktober 2014, ferner am monatlichen Workshop der Budapest Research Group on Constitutional Theory in Budapest am 25. Februar 2015 vorgestellt. Für kritische Anmerkungen bin ich Michael Anderheiden, Hans Herbert von Arnim, Andreas Anter, Jürgen Bast, Armin von Bogdandy, Horst Dreier, Isabel Feichtner, Matthias Goldmann, Lando Kirchmair, Konrad Lachmayer, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Ekkehart Reimer, Stephan Schill, Attila Vincze und Markus Wagner dankbar. Ins Deutsche übersetzt von Lando Kirchmair.

<sup>1</sup> Christoph Möllers, *Staat als Argument*, Tübingen, Mohr 2011, XLIX.

<sup>2</sup> Christoph Schönberger, *Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich*, in: Olivier Beaud – Erk Volkmar Heyen (Hrsg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?*, Nomos, Baden-Baden 1999, 111-137, insbes. 116. Für andere Züge des deutschen juristischen Verfassungsdenkens im Vergleich mit dem österreichischen siehe András Jakab, *Die österreichische öffentlichrechtliche Dogmatik aus deutschem Blickwinkel. Ex contrario fiat lux*, *Der Staat* 2/2007, 268-291. Zum allgemeinen deutschen juristischen Denkstil siehe *ders.*, *Seven Role Models of Legal Scholars*, *German Law Journal* 2011/2, 757-784, insb. 755-765 („oracle scientist“).

<sup>3</sup> Siehe z.B. Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France 1994; Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford e.a., Oxford University Press 2010.

Auge zu fassen, welcher zu ihrer Entstehung beitrug. So werden politische, wissenschaftliche und indirekt soziale Herausforderungen und Dilemmata augenscheinlich, auf die die Staatslehre eine Antwort gab.

### 1.1 Die deutsche Tradition der Staatslehre

Der intellektuelle Stellenwert der Staatslehre in Deutschland kann mit den besonderen politischen und wissenschaftlichen Begebenheiten am Ende des 19. Jahrhunderts erklärt werden. Paul Laband und Carl Friedrich von Gerber, zwei prominente Personen in der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, führten eine neue juristische Methode in die Wissenschaft vom öffentlichen Recht dieser Epoche ein,<sup>4</sup> indem sie bewusst alle historischen, soziologischen und politischen Überlegungen von der juristischen Analyse trennten.<sup>5</sup> Das geschah aus zwei Gründen:<sup>6</sup> (1) zum einen konnte so eine Annäherung an die systematischere Privatrechtswissenschaft (im speziellen der damaligen Romanistik) hergestellt werden, was dem wissenschaftlichen Ideal am Ende des 19. Jahrhunderts besser entsprach als die traditionell anekdotische, soziologische und unsystematische deutsche Wissenschaft vom öffentlichen Recht (z.B. Robert von Mohl, Lorenz von Stein);<sup>7</sup> (2) zum anderen konnten so Legitimitätsfragen von der juristischen Analyse getrennt werden. Diese galten als „politisch unkorrekte“ und generell unangenehme Fragen, da das deutsche Verfassungsrecht (wie die meisten europäischen Pendanten dieser Zeit) an einem schwerwiegenden demokratischen Defizit litt.<sup>8</sup> Die Exekutive war nicht gewählt, prinzipiell unabhängig von der Legislative und sowohl auf bundesstaatlicher als auch auf Länderebene ausschließlich dadurch gerechtfertigt, dass sie im öffentlichen Interesse handeln sollte. Effektive richterliche Kontrolle der Gesetzgebung und sogar teilweise des exekutiven Handelns (im Speziellen im Bereich des auswärtigen Handelns und der Verteidigungspolitik) gab es nicht. Dies führte zu einem prozeduralistischen und legalistischen Ansatz der deutschen Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Substantielle (Werte-)Fragen blieben grundsätzlich ausgeblendet (in Abwesenheit effektiver richterlicher Kontrolle staatlichen Handelns waren sie rechtlich nicht relevant und auf Grund der politischen Situation war es nicht ratsam, dies zu erwähnen, sofern Ambitionen bestanden, ein offiziell anerkannter Wissenschaftler des öffentlichen Rechts zu werden).

Vor der deutschen Einigung im Jahr 1871 waren Diskussionen über den Staat im deutschen öffentlich-rechtlichen Diskurs mit dem Wunsch nach nationaler Einheit verbunden. Auch nach 1871 blieb jedoch die schillerndste Frage die des Staates. Dies lag daran, dass das deutsche Kaiserreich einerseits eine äußerst komplexe Einheit bildete, die aus Stadtstaaten, Fürstentümern, Herzogtümern, Großherzogtümern und Königtümern bestand, und andererseits eine vollkommene deutsche Einheit (mit Österreich) nicht realisiert war.<sup>9</sup> Folglich blieb das Staatsverständnis auch das Schlüsselkonzept für den öffentlich-rechtlichen Diskurs nach 1871.

---

<sup>4</sup> Paul Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Dresden, Zahn & Jaensch 1895; ders., Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 4 (1870) 619-707; ders., Staatsrechtliche Vorlesungen [Hrsg. Bernd Schlüter], Berlin, Duncker & Humblot 2004; Carl Friedrich von Gerber, Über öffentliche Rechte, Tübingen, Laupp 1852; ders., Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig, Tauschnitz 1865.

<sup>5</sup> Walter Pauly, Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, Tübingen, Mohr 1993, 177-208.

<sup>6</sup> Bernd Schlüter, Reichswissenschaft, Staatsrechtslehre, Staatstheorie und Wissenschaftspolitik im Deutschen Kaiserreich am Beispiel der Reichsuniversität Straßburg, Frankfurt a.M., Klostermann 2004.

<sup>7</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt a.M., Klostermann 1958, insbes. 13-16.

<sup>8</sup> Ibid., 152-159.

<sup>9</sup> Oliver Lepsius, Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat 2013, 157-186, 159-160.

Staatsrechtslehre war die dogmatikzentrierte Wissenschaft des Staatsrechts.<sup>10</sup> Alle substantiellen, soziologischen und historischen Fragen, welche von der Staatsrechtslehre unbeantwortet blieben, wurden unter dem Begriff „Allgemeine Staatslehre“ zusammengefasst (einer Disziplin, die zwar nicht neu war, aber durch die Situation jener Zeit den Gipfel ihrer Popularität erreichte).<sup>11</sup> Diese Disziplin suchte ein komplexes (rechtliches, soziologisches, historisches) Bild der grundlegenden Konzepte der Wissenschaft vom öffentlichen Recht zu fassen.<sup>12</sup> Das wichtigste war der Staat,<sup>13</sup> was vor allem „vorrechtliche Staatsverwaltung“ bedeutete.<sup>14</sup> Diese vorrechtliche Staatsverwaltung habe bestimmte inhärente Befugnisse, welche vom positiven Recht nicht limitiert werden können. Ganz im Gegenteil, diese vorrechtliche Entität gewährleiste die Existenz der Rechtsordnung. Das heißt, der Staat gehe der Rechtsordnung logisch voraus. Die komplexe (juristische und nicht-juristische) Methode und die Wahl des Schlüsselkonzepts (die Wahl der Disziplin selbst) bleiben nicht unbeeinflusst vom politischen Umfeld: Ein vorrechtlicher Staat mit bestimmten Befugnissen kann nur unter Verwendung von zumindest teilweise nicht-rechtlichen Argumenten vertreten werden. Diese Disziplin war und ist allerdings noch in einer weiteren Hinsicht komplex: Sie ist teilweise deskriptiv und teilweise präskriptiv. Sie „beschreibt“ die politische Situation (i.e. die Vormachtstellung der Exekutive gegenüber der Legislative) und nimmt dies als Basis für das rechtlich-normative Argumentieren, wodurch also aus einer faktische Situation ein rechtliches Argument wird. Die Staatslehre ist die Sprache des rechtlichen Diskurses, die den Staat im Sinne einer „vorrechtlichen Entität“ als Schlüsselkonzept verwendet.

Im Laufe der Zeit gab es verschiedene Versuche diese methodische Ausgangsposition neu zu definieren. Eine Richtung hatte eine rein deskriptive, soziologische Disziplin im

---

<sup>10</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: id., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M., Suhrkamp 1991, 11-28, insbes. 23. Für einen unüblichen, aber interessanten Ansatz Staatslehre von Staatsrechtslehre zu trennen, wobei ersterer zugestimmt und letztere abgelehnt wird, siehe Oliver Lepsius, Funktion und Wandel von Staatsverständnissen, in: Andreas Voßkuhle e.a. (Hrsg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Berlin, Duncker & Humblot 2013, 37-58.

<sup>11</sup> Schönberger (Fn. 2) 117 charakterisiert *Allgemeine Staatslehre* als eine Sammlung von alldem, das nicht in das neue Labandsche Bild der Wissenschaft vom öffentlichen Recht passte. Für einen ähnlichen Ansatz zum Ursprung der *Staatslehre* siehe Carl Schmitt, Verfassungslehre, München, Leipzig, Duncker & Humblot 1928, IX und Martin Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, Berlin, Duncker & Humblot 1988, 24. Der Begriff der *Allgemeinen Staatslehre* stammt von Robert von Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, vol. 1, Erlangen, Enke 1855, 125-126. Das Genre an sich hat seinen Ursprung in der Literatur zum *ius publicum universale* (ein philosophische Fachgebiet, das in einigen deutschen rechtswissenschaftlichen Fakultäten im 18. Jahrhundert gelehrt wurde). Siehe Hans Boldt, Deutsche Staatslehre im Vormärz, Düsseldorf, Droste 1975.

<sup>12</sup> David Dyzenhaus, Introduction: Why Carl Schmitt? in: id. (Hrsg.), Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism, Durham, Duke University Press 1998, 1-20. Carl Schmitt hat missverständlicherweise sein Hauptwerk *Verfassungslehre* (1929) genannt, obwohl sein Werk und seine komplexe Methode in die Tradition der Staatslehre eingebettet waren.

<sup>13</sup> Zur Geschichte des Konzepts in verschiedenen Europäischen Sprachen, siehe Werner Conze e.a., Staat und Souveränität, in: Otto Brunner e.a. (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, vol. 6, Stuttgart, Klett-Cotta [1990] 2004, 1-154.

<sup>14</sup> Christoph Möllers, Staat, in: Werner Heun e.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart, Kohlhammer, 2006, 2272-2283, insbes. 2278. Zur deutschen Identifikation von „Staat“ und „staatliche Verwaltung“ siehe Schönberger (Fn. 2) 124. Diese Art Staat wird auch Anstaltsstaat genannt. Siehe Christoph Schönberger, Das Parlament im Anstaltsstaat: Zur Theorie der parlamentarischen Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs, Frankfurt a.M., Klostermann 1997, 369 m.w.N. zu *inter alia* Kelsens und Krabbes Kritik an der Jellinekschen Prämisse des vorrechtlichen Staates, welche gegenwärtig etwa Udo Di Fabio vertritt. Siehe ders., Die Staatsrechtslehre und der Staat, Paderborn e.a., Ferdinand Schöningh 2003, insbes. 63-64, 73; für eine explizite These in diesem Geist siehe *ibid.* 35.

Blick.<sup>15</sup> Die entgegengesetzte Richtung befürwortete eine rein rechtliche Disziplin, wobei sogar der Staat als die Rechtsordnung definiert wurde (ein österreichischer Vorschlag).<sup>16</sup> Dennoch scheint der ursprünglich komplexe Ansatz in Deutschland (und teilweise in der Schweiz und in Österreich) allen Versuchen methodologischer Bereinigung der Weimarer Zeit getrotzt zu haben.<sup>17</sup> Die Staatslehre hat sogar eine eigene namhafte Zeitschrift: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte*, 1962 gegründet von der dritten Generation von Schmittianern;<sup>18</sup> obwohl seit Neuestem die (relativ jungen) Herausgeber paradoxerweise eine neue Generation pro-europäischer und grundrechtszentrierter Verfassungsrechtler sind, welche explizit der Staatslehre-Tradition entgegentreten.<sup>19</sup> Das größte Werk in der deutschen Verfassungsrechtsgeschichte, das *Handbuch des Staatsrechts*, ist ebenso auf der Linie der Staatslehre. Der Titel demonstriert diese programmatische Ausrichtung eindrücklich.<sup>20</sup> Unlängst wurde ein Gegenentwurf vorgebracht: das *Ius Publicum Europaeum*, welches bereits im Titel das neue Forschungsprogramm zum Ausdruck bringt. Obwohl erst einige Jahre jung, könnte es das *Handbuch des Staatsrechts* mittelfristig in den Schatten stellen.<sup>21</sup> Die Relevanz der Staatslehre scheint folglich im Verfassungsrechtsdiskurs mehr und mehr abzunehmen.

## 1.2 Staatslehre und das Konzept des Staates in anderen Ländern

Der Begriff „Staat“ taucht im österreichischen Verfassungsrechtsdiskurs nur äußerst spärlich auf;<sup>22</sup> ebenso selten wie „Staatlichkeit“.<sup>23</sup> Sogar in Anbetracht der stetig voranschreitenden

<sup>15</sup> *Hermann Heller*, Staatslehre [Hrsg. Gerhart Niemeyer], Leiden, Sijthoff 1934. Ein weiterer Wandel, den Heller einführte ist die Reduktion auf Staatslehre anstelle der Allgemeinen Staatslehre. Dies war seinen Zweifeln an einer (geographisch) Allgemeinen Staatslehre geschuldet. Sein Vorschlag fand allerdings keinen Wiederhall.

<sup>16</sup> *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin, Springer 1925; *Friedrich Koja*, Allgemeine Staatslehre, Wien, Manz 1993; *ders.*, Der Begriff der Allgemeinen Staatslehre, in: Bernd-Christian Funk (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaft in Zeiten des Wandels, Festschrift für Ludwig Adamovich, Wien, Springer 1992, 244-252. Zu dieser österreichischen Schule siehe auch *Ewald Wiederin*, Denken vom Recht her. Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin, Duncker & Humblot 2007, 293-318.

<sup>17</sup> Aus jüngerer Zeit siehe *Thomas Fleiner – Lidija R. Basta Fleiner*, Allgemeine Staatslehre, Berlin e.a., Springer 2004; *Reinhold Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, München, Beck 2007; *Burkhard Schöbener*, Allgemeine Staatslehre, München, Beck 2009. Manche Autoren schreiben Staatslehre unter der Überschrift [Neue] Staatswissenschaft, siehe *Andreas Voßkuhle*, Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, Juristische Schulung 2004, 1-7, insbes. 7 zu *Gunnar Folke Schuppert*, Staatswissenschaft, Baden-Baden, Nomos 2003. Der komplexe deutsche Ansatz hat sogar Österreich erobert, siehe das kürzlich erschienene Lehrbuch von *Anna Gamper*, Staat und Verfassung, Wien, Facultas 2014. Zur Unmöglichkeit methodologischer Innovation in der Staatslehre siehe *Michel Troper*, Sur la théorie juridique de l'État, in: id. Pour une théorie juridique de l'État, Presses Universitaires de France 1994, 5-22, 6, Fn. 4.

<sup>18</sup> *Christoph Möllers*, Der vermisste Leviathan, Frankfurt a.M., Suhrkamp 2008, 110.

<sup>19</sup> Insbes. Armin von Bogdandy, Christoph Möllers, Oliver Lepsius.

<sup>20</sup> *Hasso Hofmann*, Von der Staatssoziologie zur Soziologie der Verfassung JuristenZeitung 1999, 1065-1074, insbes. 1066 zu Josef Isensee – Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Vol. I-X, Heidelberg, CF Müller 1987-2001 (seit damals in mehreren neuen Auflagen). Für eine ähnliche Ansicht siehe *Helmuth Schulze-Fielitz*, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre, Die Verwaltung 1999, 241-282, insbes. 248 und *Peter Häberle*, Ein „Zwischenruf“ zum Diskussionsstand in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Theo Stammen e.a. (Hrsg.), Politik - Bildung - Religion. Festschrift Hans Maier, Paderborn, Schöningh 1996, 327-339, insbes. 331-332.

<sup>21</sup> Armin von Bogdandy – Peter M. Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, vols I-VII, Heidelberg, CF Müller, 2007-2015. Für Details zu diesem Projekt, siehe *Armin von Bogdandy – Stefan Hinghofer-Szalkay*, Das etwas unheimliche *Ius Publicum Europaeum*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2013, 209-248, 216-220.

<sup>22</sup> Es gibt vereinzelt Ausnahmen insbes. in der neueren Literatur. Siehe, z.B., *Walter Berka*, Die Grundrechte, Wien, Springer 1999, Rn 186-187, welcher den Staat als Träger von grundrechtlichen Pflichten versteht.

europäischen Integration ist die Rede von einem „integrationsfesten Verfassungskern“ anstelle einer traditionell deutschen „Bewahrung der Staatlichkeit“. Ähnlich selten trifft man auf die Wendung von der Willensbildung des Staates oder staatlicher Intention im Allgemeinen. Allenfalls wird von „legislativer Intention“ gesprochen.

Die Erklärung dieser Unterschiede lenkt zunächst die Aufmerksamkeit auf Hans Kelsen. In seiner normativen Theorie des Staates ist dieser identisch mit der Rechtsordnung. Das heißt, rechtlich kann man sinnvollerweise nur über die Verfassung sprechen. Die deutsche Literatur hingegen verwendet die Idee des vorrechtlichen Staates, einer vom Volk institutionell abgegrenzten Autorität, ausgestattet mit eigenständiger Entscheidungskompetenz.<sup>24</sup> Eine derartige Konzeptualisierung ist der österreichischen Literatur fremd. In Österreich besitzt der Staat als personifizierte Rechtsordnung keine Intentionen zur Entscheidungsfindung; allenfalls staatliche Institutionen (wie z.B. die Legislative) können personifiziert agieren. Diese Ausgrenzung eines soziologischen Staatsverständnisses ist möglicherweise ein Resultat der Erfahrungen mit der politischen Realität der österreichisch-ungarischen Monarchie. In dem stark multiethnischen Staat wirkte die Verfassung (und die Armee, welche den Staat in Krisensituationen zusammen hielt) vereinigend, wobei andere integrative Faktoren wie eine gemeinsame Kultur, Sprache und zivilgesellschaftliche Solidarität offensichtlich nicht vorhanden waren.<sup>25</sup>

Die traditionelle österreichische Doktrin ist allerdings mit einer Schwierigkeit verbunden: Der Begriff „Staat“ findet in Gesetzen in einer Art und Weise Verwendung, welche nicht mit dem Verständnis des Staates als Rechtsordnung vereinbar ist. Um dieser Schwierigkeit zu begegnen, hat Adolf Merkl, ein Schüler Kelsens, eine dreifache Definition des Staatsbegriffs entwickelt, wonach „Staat“ (1) die Summe der Institutionen ist (ob privat oder öffentlich), welche die Rechtsordnung verwirklichen (was nicht nur legislative, judikative und exekutive Institutionen, sondern auch private Parteien eines Geschäfts- oder Arbeitsvertrages einschließt), (2) derjenige Teil der eben genannten Staatsorganisation, für den zu Weisungen berechnete oder durch Weisungen verpflichtungsfähige Vollzugsorgane charakteristisch sind (d.h. praktisch die Verwaltung) und (3) ein von einem zentralen, aus rechtlich geregelten Einnahmequellen gespeisten Fonds in Funktion erhaltener Organkomplex (d.h. die zentrale Verwaltung ohne die Selbstverwaltungen).<sup>26</sup> Die drei Definitionen sind konzentrische Kreise, wobei der erste der weiteste und der dritte der engste Kreis ist. Offensichtlich korrespondiert keine dieser drei Definitionen mit dem deutschen Konzept des Staates, dem am ehesten noch der österreichische Begriff der „Republik“ gleichkommt (der allerdings wiederum ein Rechtsbegriff aus der Verfassung ist).<sup>27</sup>

Die traditionelle österreichische Rechtswissenschaft kennt also den Begriff Staat, dieser beinhaltet allerdings kein vorrechtliches Verständnis. Die traditionelle österreichische Staatslehre hat sogar ihr Objekt dahingehend vollständig neu definiert, dass sie sich nun ausschließlich auf das positive Recht und die Theorie desselben bezieht. Dieses Verständnis hat sich des bedeutendsten ursprünglichen Merkmals (d.h. des vorrechtlichen Staates) entledigt.

In Frankreich ist die typisch deutsche Staatslehre ebenfalls nicht präsent. Die Gründe dafür sind vielfältig. Erstens erschien Staatslehre ungemein deutsch (und war es eigentlich

---

<sup>23</sup> In der Abhandlung von *Ludwig Adamovich* e.a., *Österreichisches Staatsrecht*, vol. 1, Wien, Springer 1997, handelt nicht eine Passage vom „Staat“, obwohl der Titel, *Österreichisches Staatsrecht*, anderes vermuten lässt.

<sup>24</sup> Zu den unterschiedlichen Sichtweisen auf Souveränität (und den Träger selbiger) in den Ländern Europas, siehe *András Jakab*, *European Constitutional Language*, Cambridge, Cambridge University Press (im Druck), II.6.1.

<sup>25</sup> *Rudolf Aladár Méall*, Hans Kelsen: *Leben und Werk*, Wien, Deuticke 1969, 22.

<sup>26</sup> *Adolf Merkl*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer 1927, 291-294; *Koja* (Fn. 16) 24-29.

<sup>27</sup> Z.B. Art. 6(1) und 8(1) B-VG.

auch), was sie für den Erzfeind Frankreich eminenterweise ablehnungswürdig machte.<sup>28</sup> Zweitens erfuhr das französische öffentliche Recht nie eine derartige methodologische Reinigung, wie dies für die deutsche Wissenschaft vom öffentlichen Recht Laband und Gerber leisteten. Verfassungsrechtler waren folglich nicht gezwungen, soziologische und historische Gedanken außerhalb ihrer Disziplin zu behandeln.<sup>29</sup> Darüberhinaus etablierten sich Soziologie und Politikwissenschaften relativ früh (früher als in Deutschland) als eigenständige wissenschaftliche Disziplinen. Spezialisierte „Fachleute“ (manche von ihnen ursprünglich Juristen, welche das Fach wechselten und eine neue Disziplin (mit-)begründeten) griffen die Themen auf, bevor Verfassungsrechtler des Establishments auf den Geschmack kamen.<sup>30</sup> Schließlich war zwar Staatlichkeit in Frankreich ein wichtiges Thema in der Rechtswissenschaft (während und nach dem Ersten Weltkrieg manchmal sogar im Sinne eines vorrechtlichen Staates, ähnlich dem deutschen *Staatsverständnis*),<sup>31</sup> es war jedoch nie ein primäres Thema öffentlicher Debatten.<sup>32</sup> In Deutschland hingegen war „Staatlichkeit“ ein heißes politisches Thema, gerade weil lange (bis 1871) der institutionelle Rahmen der Staatlichkeit fehlte. Nach dem zweiten Weltkrieg wurde es politisch schon wieder hochinteressant – auf Grund der Tatsache zweier deutscher Staaten, wobei aber gemäß der offiziellen westdeutschen Position die Existenz nur einer Nation und die Kontinuität mit dem Reich umfangreich diskutiert wurden.<sup>33</sup>

Im Vereinigten Königreich ist „Staat“ kein Schlüsselkonzept der Verfassungsrechtswissenschaft.<sup>34</sup> Mit den Worten Lord Mustills:<sup>35</sup>

The Crown as the source of authority means that the UK has never found it necessary to create the notion of the „state“ as a single legal entity.

Das in gewisser Weise ähnliche Konzept der Krone<sup>36</sup> ist viel personifizierter als der institutionell-abstrakte Staat,<sup>37</sup> und „Souveränität“ ist damit auch nicht verknüpft (denn

---

<sup>28</sup> *Olivier Jouanjan*, Braucht das Verfassungsrecht eine Staatslehre? Eine französische Perspektive, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 31 (2004) 362-370, insbes. 363-365. Das einzige französischsprachige Hauptwerk in der Tradition der *Staatslehre* ist *Raymond Carré de Malberg*, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. 1-2, Paris, Sirey 1920-1922, geschrieben von einem französischen Professor aus Straßburg, der sich stark an der deutschen Literatur orientierte. Niemand hat dieses Werk in dieser Form in Frankreich fortgesetzt.

<sup>29</sup> *Schönberger* (Fn. 2) 126-127. Zur Verwendung von soziologischen Argumenten im französischen Verfassungsrechtsdiskurs siehe *Oliver Lepsius*, *L'influence du droit public français sur la doctrine juridique allemande de la République Fédérale*, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 24 (2004) 205-227, 216.

<sup>30</sup> *Schönberger* (Fn. 2) 126-127.

<sup>31</sup> *David Bates*, *Political Unity and the Spirit of the Law: Juridical Concepts of the State in the Late Third Republic*, *French Historical Studies* 28 (2005) 69-101; *H.S. Jones*, *The French State in Question. Public Law and Political Argument in the Third Republic*, Cambridge, Cambridge University Press 1993, 29-54 und 149-204 m.w.N.

<sup>32</sup> *Schönberger* (Fn. 2) 123.

<sup>33</sup> *Möllers* (Fn. 1) 136-149.

<sup>34</sup> *Nevil Johnson*, *Law as the articulation of the state in Western Germany: a German tradition from a British perspective*, *West European Politics* 1 (1978) 177-192, insbes. 179; *Dieter Grimm*, *Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition*, in: id., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp 1987, 54-81, insbes. 61-62. Für eine umfassende Analyse der Verwendung des Konzeptes Staat in der britischen Rechtswissenschaften, siehe *Janet McLean*, *Searching for the State in British Legal Thought*, Cambridge, Cambridge University Press 2012.

<sup>35</sup> *R. v. Preston* (1993) 4 All ER, 638, 663. Für die sehr seltene Verwendung des Begriffs 'state', im Sinne von 'community as a whole', 'sovereign power', 'executive branch of the government' oder 'nation', siehe *John Alder*, *Constitutional and Administrative Law*, New York, Palgrave Macmillan 5. Aufl. 1995, 95 m.w.N.

<sup>36</sup> *Florian Becker*, *Staat und Krone im Vereinigten Königreich*, in: Peter Axer e.a. (Hrsg.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, 471-488, insbes. 484 zu Spuren monarchischer Macht als Schlüsselprinzip des Konzepts der "Krone". Zur Ähnlichkeit beider Konzepte siehe auch *Martin*

Souveränität ist in der britischen Tradition nicht mit einer einheitlichen juristischen Person, sondern mit der mehrgliedrigen „Krone im Parlament“ verbunden).<sup>38</sup> In Deutschland besteht die Tendenz, dem „Staat“ maßgebliche verfassungsrechtliche Konzepte terminologisch zuzuordnen, welche im englischen Jargon ohne die Konnotation mit dem Staat auskommen: Rechtsstaat („rule of law“), Verfassungsstaat („constitutionalism“), Sozialstaat („social justice“), Bundesstaat („federation“ oder „federalism“).<sup>39</sup> Im Vereinigten Königreich wurde der Staat selten als der Inhaber nationaler Identität angesehen (obwohl er als Institution stärker war als seine kontinentalen Pendanten – dafür war er in inneren Angelegenheiten weniger aktiv). In öffentlichen Debatten spielte er im Vergleich zu Deutschland oder Frankreich nur eine untergeordnete Rolle und Verfassungsrechtler tendierten dazu, das Konzept zu vernachlässigen.<sup>40</sup>

Dennoch gab (und gibt) es in den meisten europäischen Ländern Versuche, die deutsche Staatslehre zu importieren.<sup>41</sup> In keinem Land wurde sie allerdings zum dominanten konzeptuellen Rahmen. Obwohl diverse mehr oder weniger erfolgreiche Exportversuche stattfanden, verbleibt sie eine spezifisch deutsche Herangehensweise, um verfassungsrechtliche Probleme zu lösen (wobei ihr Einfluss sogar in Deutschland abnimmt).<sup>42</sup>

## 2. Der heutige Nutzen der Staatslehre

Nachdem geklärt ist, was Staatslehre in Deutschland und andernorts ist, widmen sich die folgenden Ausführungen der Frage, ob die Staatslehre (i.e. eine Verfassungsrechtstheorie mit dem Staat als „vorrechtlicher Entität“ als Schlüsselkonzept) einen konzeptuellen Rahmen für den europäischen Verfassungsrechtsdiskurs darstellen kann.

### 2.1 Eine objektdefinierte Disziplin unter Verwendung einer komplexen Methode

Das erste Argument gegen die Nützlichkeit von Staatslehre ist ihre komplexe Methode: Staatslehre analysiert den Staat von einer rechtlichen, soziologischen etc. Perspektive. Sie ist weder eine juristische noch eine sozialwissenschaftliche Disziplin, sondern eine Mixtur. Es ist auch nicht die Methode, sondern das Objekt (i.e. der Staat), das die Disziplin definiert. Fraglich ist folglich, ob eine derartige Disziplin überhaupt gutgeheißen werden kann. Diese Kritik überzeugt jedoch nicht, da es eine Reihe anderer objektdefinierter Disziplinen gibt (z.B.

---

*Loughlin*, *The State, the Crown and the Law*, in: Maurice Sunkin – Sebastian Payne (Hrsg.), *The Nature of the Crown*, Oxford, Oxford University Press 1999, 33-76.

<sup>37</sup> *Jones* (Fn. 31) 9.

<sup>38</sup> *András Jakab*, *Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentation before European Integration and Since*, *European Constitutional Law Review* 2006, 375-397, 376-377.

<sup>39</sup> *Brun-Otto Bryde*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, *Der Staat* 42 (2003) 61-75, insbes. 62-63 schlägt vor, die deutschen Begriffe, die das Konzept „Staat“ beinhalten, aufzugeben.

<sup>40</sup> *Jones* (Fn. 31) 15; *José Harris*, *Society and the state in twentieth-century Britain*, in: F. M. L. Thompson (Hrsg.), *The Cambridge Social History of Britain 1750-1950*, vol. III, Cambridge, Cambridge University Press 1990, 63-118, 67-68.

<sup>41</sup> Siehe oben Fn. 3. Darüber hinaus *Andrés de Blas Guerrero* (Hrsg.), *Teoría del Estado*, Madrid, UNED 2010; *Péter Takács*, *Államtan*, Budapest, Corvinus 2011; *Christian Behrendt – Frédéric Bouhon*, *Introduction à la théorie générale de l'État*, Bruxelles, Larcier 2011. *Martin Loughlin* (UK) verwendet manchmal den Begriff „public law“ im Sinne der Staatslehre, siehe *Martin Loughlin*, *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press 2004, 157 zur komplexen (und nicht ausschließlich rechtlichen) Natur von Fragen zum „public law“. Vgl. des Weiteren *ibid.* 155, wobei „public law“ auch die Beschreibung der politischen Wirklichkeit mit beinhaltet. Nebenbei sei erwähnt, dass sein Ansatz auf Grund der fehlenden formellen Verfassung besser zum Vereinigten Königreich als zu Deutschland passt.

<sup>42</sup> *Schönberger* (Fn. 2) 127.

*nationalism studies*, Regionalwissenschaft), die ebenfalls mit einer komplexen Methode arbeiten.<sup>43</sup>

Außerdem könnte man argumentieren, dass die methodologischen Debatten und Zweifel aus der Weimarer Zeit überlebt haben und nun für die Unmöglichkeit der Lösung der methodologischen Fragen sprechen.<sup>44</sup> Dieser Verdacht ist richtig. Die bloße Tatsache einer unendlich andauernden Debatte (in der dieselben Argumente wiederholt werden) genügt allerdings für sich noch nicht, um eine ganze Disziplin zu begraben. Obwohl eine generationenübergreifende Debatte über eine richtige Antwort sehr wahrscheinlich das Symptom einer falschen Frage ist, ist damit noch nicht der Grund benannt, weshalb die Frage falsch gestellt ist.

Schließlich kann der Staatslehre vorgeworfen werden, dass sie notwendigerweise einen metaphysischen Essentialismus impliziert,<sup>45</sup> da sie voraussetzt, dass so etwas wie ein „Staat“ existiert, der dann von verschiedenen Standpunkten mit unterschiedlichen Methoden untersucht werden kann. Die Wahrheit hingegen ist – so der Vorwurf –, dass Juristen, wenn sie über den Staat sprechen, etwas anderes meinen als Politikwissenschaftler. Ökonomen verstehen wiederum etwas anderes unter dem Staat. Unterschiedliche Disziplinen bedienen sich unterschiedlicher Sprachen. Die Methoden zu vermischen wäre gleichermaßen sinnfrei wie willkürlich Wörter verschiedener Sprachen in einem Satz aneinander zu reihen. Damit ist ein gewichtiger Einwand benannt, da tatsächlich ein Großteil der Literatur zur Staatslehre diesen Fehler begeht, wenn sie „multidisziplinär“ analysiert (siehe unten 2.2 *Staatslehre als methodisch unkontrollierte Sozialwissenschaft von Juristen*). Gleichwohl ist auch dieser Einwand nicht vollständig vernichtend, da multidisziplinäre Wissenschaft möglich ist, wenn vorsichtig definiert wird, welche Disziplin was leisten kann und bei der Übernahme von Forschungsergebnissen einer Disziplin für eine andere größte Vorsicht angewandt wird. Um aussagekräftige interdisziplinäre Forschung zu betreiben, dürfen die internen Diskursregeln und Beweisanforderungen der betroffenen Disziplinen nicht verletzt werden. Dasselbe gilt, sofern Forschungsergebnisse einer anderen Disziplin explizit zurückgewiesen und dafür gute Gründe angeführt werden sollen. Am wichtigsten ist allerdings, dass die Konzepte unterschiedlicher Disziplinen nicht willkürlich vermischt werden dürfen – das hingegen geschieht unter dem Deckmantel der Interdisziplinarität gar nicht selten.

Folglich vermag auch dieser Einwand über die Frage nach der Nützlichkeit von Staatslehre nicht abschließend zu entscheiden.

## **2.2 Staatslehre als methodisch unkontrollierte Sozialwissenschaft von Juristen**

Ein weiterer üblicher Einwand, der ins Treffen geführt wird, wirft der Staatslehre vor, sie sei eine Disziplin von Juristen für Juristen, um politische und soziologische Fragen zu diskutieren, ohne sich an das rigorose methodologische Kontrollinstrumentarium von echter Sozialwissenschaft zu halten („anekdotische Soziologie“ und *armchair theorising*).<sup>46</sup> Staatslehre als wissenschaftliche Disziplin eigne sich folglich nur als Einführung in die Sozialwissenschaften für Studenten der Rechtswissenschaften,<sup>47</sup> was aber vermutlich besser durch eigens ausgebildete, wirkliche Sozialwissenschaftler geschehen sollte. Auf Grund des

---

<sup>43</sup> Möllers (Fn. 14) 2321.

<sup>44</sup> Oliver Lepsius, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates? Europäische Grundrechte-Zeitschrift 31 (2004) 370-381, insbes. 375.

<sup>45</sup> Vgl. Harry Eckstein, On the ‘Science’ of State, Daedalus 1979/4, 1-20, insbes. 15 der die deutsche Tradition der Staatslehre als aus politikwissenschaftlicher Perspektive methodologisch mangelhaft kritisiert („hazy Germanic metaphysics“).

<sup>46</sup> Lepsius (Fn. 44) 376; Möllers (Fn. 18) 54; Karsten Plog, Die Krise der Allgemeinen Staatslehre in der Wissenschaftsgeschichte der Politik, München, Schön 1969, 156.

<sup>47</sup> Möllers (Fn. 14) 2320.



Fehlens der sozialwissenschaftlich methodischen Rigorosität werden die Resultate der Staatslehre von Sozialwissenschaftlern nicht akzeptiert (oder nicht einmal wahrgenommen). In der Konsequenz dient die Staatslehre keinem richtigen interdisziplinären Dialog.<sup>48</sup> Das Gegenteil ist der Fall: Es trägt zur disziplinären Isolierung der Rechtswissenschaften bei, da vorgetäuscht wird, interdisziplinär zu agieren, ohne tatsächlich etwas zu erarbeiten, was für Nicht-Juristen von Interesse sein könnte. Anstelle von Interdisziplinarität (oder Multidisziplinarität) sind wir oft mit einem enttäuschenden Universal-Dilettantismus konfrontiert.<sup>49</sup> Das hauptsächliche wissenschaftliche Betätigungsfeld der Staatslehre ist folglich das Lehrbuch, das zumeist eine repetitive Zusammenstellung von sozialwissenschaftlichen Forschungsergebnissen und Schlüsselkonzepten des Verfassungsrechts aufweist.<sup>50</sup>

All das sind berechnete Einwände, da die aktuelle Literatur zur Staatslehre tatsächlich die genannten Fehler begeht. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Staatslehre als solche verworfen werden sollte. Die Konsequenz könnte ja auch sein, dass gut ausgebildete, tatsächliche Sozialwissenschaftler Staatslehre betreiben sollten (mit oder ohne juristisches Examen). Letztlich spricht also auch dieser Einwand nicht endgültig gegen die Nützlichkeit von Staatslehre.

### 2.3 Konfusion über das Schlüsselkonzept: der Staat

Der Staatslehre könnte ferner entgegengehalten werden, dass ihr Schlüsselkonzept, der Staat, unklar ist, bzw. im besten Fall je nach Disziplin unterschiedlich definiert wird.<sup>51</sup> Sogar Verfechter der Staatslehre anerkennen diese Schwierigkeit, die sie allerdings als Beweis für die komplexe Natur der Fragestellung verstehen.<sup>52</sup> Genau diese Unklarheit des Staatsbegriffs gab Anlass zu der Behauptung, selbst die EU sei ein Staat,<sup>53</sup> vielleicht auch, um die Anhänger der traditionellen Staatslehre, die zumeist auch Europaskeptiker sind, zu irritieren. Es wurde bereits zuvor konzediert, dass die Tatsache einer lang anhaltenden Debatte für sich genommen nicht ausreicht, um der Fragestellung einen inhärenten Fehler nachzuweisen. So wurde auch in der Nationalismusforschung der Begriff der Nation ähnlich lang debattiert (und die meisten Anhänger dieser Forschungsdisziplin finden diese Tatsache völlig akzeptabel).

Eine spezifische Definition des Staatsbegriffes soll hier allein schon wegen ihres Prestiges und ihrer Bekanntheit erwähnt werden. Georg Jellinek definierte den „Staat“ mit drei Elementen: Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt.<sup>54</sup> Ein möglicher Einwand gegen diese Definition stößt sich daran, diese drei Elemente nebeneinander zu erwähnen, was der Aneinanderreihung von Äpfeln und Orangen gleich komme. Kritisiert wird also das konzeptuelle Verhältnis zwischen den Elementen, tatsächlich stehe die Gewalt an erster Stelle, und darauf folgen der persönliche und territoriale Anwendungsbereich der Gewalt.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> *Lepsius* (Fn. 44) 376.

<sup>49</sup> Ich bin Ewald Wiederin dankbar für diesen Ausdruck.

<sup>50</sup> Für eine ähnliche Ansicht siehe *Schönberger* (Fn. 2) 117.

<sup>51</sup> Vgl. *Peter Badura*, Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre, Goldbach, Keip<sup>2</sup>1998, 99.

<sup>52</sup> *Josef Isensee* e.a., Staat, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, vol. 5, Freiburg e.a., Herder<sup>7</sup>1989, 133-170, insbes. 134. Cf. *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: Josef Isensee – Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. II: Verfassungsstaat, Heidelberg CF Müller<sup>3</sup>2004, 261-316, insbes. 277 zum Konzept „Staat“, das zwar eine Rechtsquelle ist, aber gleichzeitig auch rechtlich gesetzt ist.

<sup>53</sup> Vgl. *Rainer Wahl*, Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?, *JuristenZeitung* 2005, 916-925, 920.

<sup>54</sup> *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, Berlin, Häring<sup>3</sup>1914, 180-181. Siehe auch BVerfGE 123, 267 (Lissabon-Urteil), 340-349 mit explizitem Bezug auf Jellinek. Für wissenschaftliche Literatur in diesem Geist m.w.N. siehe *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: Isensee – Kirchhof (Fn. 52) 3-106, 34-37.

<sup>55</sup> *Möllers* (Fn. 14) 2274.

Ein relevanter Einwand, dem allerdings mit einer Neuformulierung der Jellinekschen Definition begegnet werden kann: Der „Staat“ kann als physische (politische) Gewalt über ein Territorium und ein Volk definiert werden.

Damit ist allerdings, wie Badura richtigerweise feststellte, eine soziologische Definition gegeben: Sie definiert „Staat“ als faktische Gewalt.<sup>56</sup> Von diesem Fakt des (soziologischen) Staates wird sodann die Rechtspersönlichkeit des Staates abgeleitet,<sup>57</sup> und dieser vorrechtliche Staat kann dann durch positives Recht eingefangen werden (mittels Verfassungen oder internationaler Verträge).<sup>58</sup> Darin besteht die Pointe. Wenn es nicht die Verfassung ist, die den „Staat“ definiert und ihm so rechtliche Relevanz zuschreibt (in Verfassungen ist die Definition Jellineks nicht enthalten), dann ist es der Jurist. Wenn diese Aufgabe dem Juristen zufällt, sollte er Rechenschaft darüber ablegen, woher die Definition kommt. Eine derartige Klarstellung fehlt allerdings in aller Regel. Zu finden ist zumeist nur ein kurzer Verweis auf Jellinek (oder einen anderen verstorbenen Rechtswissenschaftler)<sup>59</sup> oder ein Verweis auf das Völkerrecht.<sup>60</sup>

Letzteres führt zu einem interessanten Problem. Im Völkerrecht herrscht die Jellineksche Definition des Staates vor (auch als Montevideo-Test der Staatlichkeit bezeichnet, welcher ergänzend noch das Element der Fähigkeit, mit anderen Staaten in Beziehung zu treten, verlangt).<sup>61</sup> Demzufolge könnte die Maßgeblichkeit der Jellinekschen Definition des „Staates“ im Verfassungsrecht inzwischen dem Prinzip der völkerrechtsfreundlichen Interpretation von Verfassungsrecht geschuldet sein. Dies wäre allerdings ein Fehlschluss. Völkerrecht verlangt von nationalem Recht nicht die Akzeptanz rechtlicher Konzepte im innerstaatlichen Recht, sondern kennt nur die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für Verletzungen des Völkerrechts.<sup>62</sup> Mir ist keine Analyse bekannt, welche die Annahme eines vorrechtlichen Staates im nationalen Verfassungsrecht als vom Völkerrecht gefordertes Verständnis des Staates nachweist. Folglich kann von der völkerrechtlichen Definition des Staates nicht zwingend auf die nationale Definition geschlossen werden.

Es bleibt daher die Notwendigkeit, die (Jellineksche) vorrechtliche Staatsdefinition zu rechtfertigen. Im Folgenden werde ich mögliche Rechtfertigungen aufzeigen.

---

<sup>56</sup> Badura (Fn. 51) 208-209. Für eine divergierende Interpretation von Jellinek siehe Möllers (Fn. 1) 34.

<sup>57</sup> Zur normativen Kraft des Faktischen siehe Jellinek (Fn. 54) 338-342. Zu Kelsen's Kritik an dieser Art von Argumentation siehe *András Jakab*, Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2004, 1045-1057, 1052-1053. Von der faktischen auf die rechtliche Situation zu schließen hatte vor allem den Vorteil, auf diese Weise Legitimitätsfragen ausklammern zu können, siehe Möllers (Fn. 1) 21.

<sup>58</sup> Nach Jellinek, kann jede Limitierung des Staates nur eine Selbst-Limitation sein (*Selbstverpflichtungslehre*), siehe *Georg Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Wien, Hoelder 1880. Die Gretchenfrage ist, ob diese Selbst-Limitation vom Staat selbst aufgehoben werden kann, und wenn ja, ob es dann noch eine rechtliche Verpflichtung ist, siehe *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen, Mohr <sup>2</sup>1928, 168-174.

<sup>59</sup> Zum Einfluss Jellinek's auf den aktuellen Verfassungsrechtsdiskurs in Deutschland siehe *Jens Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, Tübingen, Mohr 2000, 1-2.

<sup>60</sup> *Karl Doehring*, Allgemeine Staatslehre aus der Sicht des Völkerrechts, in: Herbert Haller e.a. (Hrsg.), *Festschrift für Günther Winkler. Staat und Recht*, Wien, Springer 1997, 179-192.

<sup>61</sup> Artikel 1 der Montevideo Convention on Rights and Duties of States (26 Dezember 1933, (165) LNTS 19): "The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government; and d) capacity to enter into relations with the other states." Diese Liste der Kriterien von Staatlichkeit werden hingegen nicht als vollständig taxativ gesehen, siehe *James R. Crawford*, State, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford e.a., Oxford University Press 2011 [elektronisch verfügbar unter <http://www.mpepil.com/>].

<sup>62</sup> Zur Interpretation von nationalen Verfassungen im Lichte von Völkerrecht siehe *András Jakab*, Judicial Reasoning in Constitutional Courts. A European Perspective, *German Law Journal* 2013 1215-1278, 1234 m.w.N.

## 2.4 Soziologische (Un-)Wichtigkeit des Staates im Zeitalter der Globalisierung

Eine gemeinsame Rechtfertigung betrifft die (politische oder soziologische) Wichtigkeit der Institution des Staates in der Gegenwart. Einige sehen die Rolle des Staates im Angesicht der Globalisierung und in Europa auf Grund der EU schwinden. Konsequenterweise verliert das traditionelle, staatszentrierte Konzept der Staatslehre an Erklärungskraft.<sup>63</sup> Andere hingegen sehen im Staat immer noch einen gewichtigen Akteur des politischen Lebens. Ihnen zufolge trifft die staatszentrierte Terminologie immer noch den Kern.<sup>64</sup> Wiederum andere sehen mit der Verdrängung des Staates durch die europäische Integration eine Reihe neuer Fragen aufgeworfen, auf die die Staatslehre eine Antwort geben kann.<sup>65</sup>

Neben dem Umstand einer andauernden Debatte über den Staatsbegriff (welche auch erschwert, festzustellen, ob die Rolle des Staates tatsächlich schwindet),<sup>66</sup> besteht für alle Seiten das Problem, dass ihre Relevanz für unsere Fragestellung unklar ist. Es ist eine umstrittene Frage, ob, und wenn ja in welchem Ausmaß, der Einfluss des Staates (auf was?) schwindet. Zusätzlich besteht Unklarheit darüber, wie daraus ein rechtliches Argument gewonnen werden kann. Die rechtliche und die institutionelle Relevanz sind zwei verschiedene Punkte.<sup>67</sup> Die Erklärung, wie diese zwei Punkte verknüpft sind, fehlt in den angeführten Ausführungen.

Für die Beurteilung der Nützlichkeit der Staatslehre kommt diesem Argument folglich keine erhebliche Bedeutung zu.

## 2.5 Juristische Relevanz oder Irrelevanz

Einen Ausgangspunkt, um die Staatslehre als Disziplin zu rechtfertigen, könnte der Verfassungstext bieten: Wo „Staat“ in einer Verfassung aufscheint, muss der Begriff definiert werden. Die Staatslehre ist fähig, eine solche Definition zu liefern.<sup>68</sup>

Das ist allerdings ein recht schwaches Argument. Verfassungen beinhalten eine Reihe von Begriffen, ohne dass es für jeden (oder die meisten) Begriffe eine spezifische Wissenschaftsdisziplin gäbe. Ebenso wenig werden alle bzw. die meisten dieser typischen Begriffe als Schlüsselkonzepte behandelt. Demnach bedürfen die Existenz der Staatslehre und des Staates als Schlüsselbegriff einer anderen Begründung.

Der Staatslehre kann entgegengehalten werden, dass sie juristisch nicht relevant sei, da sie nur ein Potpourri soziologischer und historischer Informationen über den Staat darstelle.<sup>69</sup> Dies trifft definitiv auf einen Großteil der Literatur zur Staatslehre zu. Es gibt allerdings Ausnahmen: Das Herzstück der Staatslehre, der vorrechtliche Staat, findet nämlich Anwendung auch als rechtsdogmatischer Begriff und kann somit rechtliche Konsequenzen auslösen. Im Folgenden werden diese rechtlichen Konsequenzen ins Auge gefasst.

---

<sup>63</sup> *Wahl* (Fn. 53); *Jo Eric Khushal Murkens*, The Future of Staatsrecht: Dominance, Demise or Demystification?, *Modern Law Review* 2007, 731-758, insbes. 758.

<sup>64</sup> *Martin Loughlin*, In Defence of Staatslehre, *Der Staat* 48 (2009) 1-28. Zur Interpretation des Staates im allgemeinen siehe das klassische Werk von *Peter B Evans* e.a. (Hrsg.), *Bringing the State Back In*, Cambridge, Cambridge University Press 1985. Für eine nuanciertere allgemeinere (historische) Abhandlung siehe *Martin von Crefeld*, *Aufstieg und Untergang des Staates*, München, Gerling 1999.

<sup>65</sup> *Voßkuhle* (Fn. 17) 6-7.

<sup>66</sup> *Voßkuhle* (Fn. 17) 3.

<sup>67</sup> *Möllers* (Fn. 1) XIII-XIV.

<sup>68</sup> *Christoph Gusy*, Brauchen wir eine juristische Staatslehre? *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 55 (2007) 41-71, insbes. 48-51.

<sup>69</sup> Gegen Teile von *Jellineks* Werk mit diesen Argumenten *Möllers* (Fn. 1) 35.

### 2.5.1 Staatslehre als Trennung von Staat und Gesellschaft

Ein Argument könnte sich auf die Notwendigkeit der Trennung von Staat und Gesellschaft für den verfassungsrechtlichen Diskurs als Voraussetzung individueller Freiheit stützen (d.h. der Staat sollte sich möglichst von der Gesellschaft fern halten).<sup>70</sup> Dieses dogmatische Argument verwendet das Konzept Staat, *ergo* müsse es zentral sein für die Verfassungsrechtsdogmatik einer liberalen Demokratie. Bisweilen wird die Trennung von Staat und Gesellschaft auch mit der Trennung von öffentlichem Recht („Staatsrecht“) und privatem Recht („Recht der Gesellschaft“) verknüpft.<sup>71</sup> Was von der Idee der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht im Allgemeinen zu halten ist, mag interessant sein; noch wichtiger ist aber, dass diese Trennung in keinem notwendigen, logischen Zusammenhang mit der Trennung von Staat und Gesellschaft steht. Privatrecht, ebenso wie öffentliches Recht, ist staatsgesetztes Recht: Der Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht (falls man ihn anerkennt), fällt in den Bereich des Staatlichen.<sup>72</sup> Problematisch an dieser Herangehensweise ist weiterhin, dass sie besagt (oder zumindest impliziert), „öffentliches Recht“ schütze die Privatautonomie und Grundfreiheiten nicht (oder nur in geringerem Maße als das Privatrecht), was aber der Idee der Verfassungsstaatlichkeit stark widersprechen würde.

Es gibt Systeme der Verfassungsdogmatik, die ohne das Konzept des Staates (ganz zu schweigen von einem vorrechtlichen Staat) auskommen und dennoch ein hohes Maß an Grundrechtsschutz garantieren, so z.B. das System der USA.<sup>73</sup> Darüber hinaus impliziert die Trennung von Staat und Gesellschaft, dass der Staat eigenständig und von der Gesellschaft abgegrenzt ist. Dem entsprach die Situation zur Zeit der Regierung Bismarck, auf die demokratischen Staaten der Gegenwart trifft es hingegen nicht mehr zu (und sollte dies auch nicht).<sup>74</sup>

Die Trennung von Staat und Gesellschaft ist also kein notwendiges Element moderner Verfassungsrechtsdogmatik. Konsequenterweise kann aus dieser Trennung kein aussagekräftiger Schluss für die Frage der Nützlichkeit des (vorrechtlichen) Staates als Schlüsselkonzept des Verfassungsrechtsdiskurses gewonnen werden.

---

<sup>70</sup> *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Opladen, Westdeutscher Verlag 1973. Für eine ablehnende Haltung, welche auf die Notwendigkeit der politischen Verbindung von „Staat“ und „Gesellschaft“ hinweist, um Freiheiten zu schützen (d.h. der „Staat“ dürfte nicht unabhängig von der „Gesellschaft“ sein, da er sich sonst gegen sie wenden könnte) siehe *Christian Graf von Krockow*, Staat, Gesellschaft, Freiheitsbewahrung, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1976, 432-483.

<sup>71</sup> *Horst Ehmke*, Staat und Gesellschaft als verfassungstheoretisches Problem, in: Konrad Hesse e.a. (Hrsg.), Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen, Mohr 1962, 23-49.

<sup>72</sup> *Möllers* (Fn. 1) 303; vgl. noch *Murray Hunt*, The Horizontal Effect of Human Rights Act: Moving beyond the Public-Private Distinction, in: Jeffrey Jowell – Jonathan Cooper (Hrsg.), Understanding Human Rights Principles, Oxford, Hart 2001, 161-178, insb. 173: „there is no such firm distinction [between public law and private law], because the very presence of the law introduces a public element: private relations are in part constituted by both statute and common law, and the State lurks behind both.“

<sup>73</sup> Die französische republikanische Tradition kennt die Trennung von „Staat“ und „Gesellschaft“ ebensowenig, siehe *Olivier Jouanjan*, Synthese, in: Constance Grewe – Christoph Gusy (Hrsg.), Französisches Staatsdenken, Baden-Baden, Nomos 2002, 242-252, 252 Fn. 27. Berücksichtigt man allerdings die ernstzunehmende Lücke im französischen Verfassungsrecht auf Grund des Fehlens der Verfassungsmäßigkeitsprüfung vor 2008, scheint das Beispiel der USA in diesem Zusammenhang überzeugender, um zu zeigen, dass ein hohes Maß an Grundrechtsschutz auch ohne diese deutsche Dichotomie möglich ist.

<sup>74</sup> *Otto Hintze*, Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung (1911), in: id., Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen, vol. 1, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 1962, 359-389, 365-366. Die Trennung impliziert auch die Impermeabilitätstheorie (eine Doktrin nach welcher interne Akte der staatlichen Verwaltung nicht richterlicher Kontrolle unterliegen können).

## 2.5.2 Primat des Staates vor der Verfassung

Die dominante Rechtfertigung dafür, dass der Staat (als vorrechtliche Entität) ein Schlüsselkonzept der Staatslehre ist, ist der logische Vorrang des Staates vor der Verfassung.<sup>75</sup>

Der Staat ist vor der Verfassung. Die Priorität gilt ontologisch, (mit Vorbehalt) rechtlich und i.d.R. auch historisch. [...] Die Verfassung schafft nicht den S., sondern sie formt ihn näher aus. Sie geht aus ihm hervor. Ein neues Verfassungsgesetz ist nicht *creatio ex nihilo*, sondern Anknüpfung an vorhandene staatliche Strukturen. Die verfassungsgebende Gewalt als solche kann keinen Anfang setzen. Sie bedarf des S. als vorgegebenen Objekts und eines vorgegebenen, handlungsfähigen Subjekts, das sie ausübt.

Für die meisten europäischen Länder trifft es zu, dass der Staat historisch der ersten Verfassung vorging. Die Behauptung geht allerdings weiter: Sie postuliert einen "logischen Vorrang", d.h. der Staat sei eine logische Voraussetzung der Verfassung.<sup>76</sup> Von diesem logischen Vorrang werden sodann Argumente für die Schwächung der normativen Kraft der Verfassung abgeleitet. Konkrete rechtliche Konsequenzen sind die Widerrufbarkeit der Verfassung durch den Staat (da diese nur einen Akt des vorrechtlichen Staates darstellt),<sup>77</sup> oder die Einschränkung der Kontrollbefugnisse des Verfassungsgerichts,<sup>78</sup> oder die Befugnisse der Regierung, im Staatsnotstand die Verfassung im Interesse des Staates außer Kraft zu setzen (*salus rei publicae suprema lex esto*).<sup>79</sup> Der Staatsnotstand soll für die weitere Analyse als Beispiel dienen (3. „Vorrechtlicher Staat“ vs. „Verfassung“ als Schlüsselkonzept: Das Beispiel des Staatsnotstandes).

Diese Rechtfertigung hat mehrere Schwachstellen: (1) Eine etatistische Super-Verfassung wird eingeführt (erfunden), welche gegen die aktuelle Verfassung verwendet werden kann.<sup>80</sup> Dabei bleibt der rechtliche Ursprung dieser Super-Verfassung im Dunkeln. (2) In einem Verfassungsstaat ist nur so viel Staat möglich, wie die Verfassung zugesteht.<sup>81</sup> Der obige Ansatz widerspricht aber dieser grundsätzlichen Annahme des Verfassungsstaates. (3) Das Argument enthält einen logischen Fehler (oder eine Zwischenstufe fehlt): Der empirisch-historische Vorrang des Staates wird plötzlich und auf wundersame Weise zum konzeptuell-logischen Vorrang.<sup>82</sup> Es ist natürlich möglich zu argumentieren, dass eine effektive Staatsorganisation die Voraussetzung für ein gesundes Funktionieren einer Rechtsordnung und konsequenterweise auch für eine effektive Verfassung ist. Zu dieser Voraussetzung kommen allerdings noch eine Reihe von (soziologischen, politischen) Voraussetzungen hinzu, die in einem Staat für das Zustandekommen einer Verfassung notwendig sind.<sup>83</sup>

Da diese Argumentation für die Staatslehre von entscheidender Bedeutung ist, sollen ihre konkreten rechtlichen Konsequenzen nun eingehend untersucht werden. Als Beispielfall wird das Notstandsrecht gewählt.

---

<sup>75</sup> *Isensee* (Fn. 52) 150-151. Ähnlich *Beaud* (Fn. 3) 208; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: id., *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt a.M., Suhrkamp 1999, 127-140, 136.

<sup>76</sup> *Herbert Krüger*, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Horst Ehmke (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot 1973, 285-306, insbes. 293-297; *Isensee* (Fn. 54) 4, 24, 102. Für eine frühzeitige Auseinandersetzung siehe *Phillip Karl Ludwig Zorn*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. 1, Berlin, Guttentag 1880, 26.

<sup>77</sup> *Paul Laband*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, Tübingen, Mohr 1911, 39-40.

<sup>78</sup> *Hans H Klein*, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, Frankfurt a.M., Metzner 1968.

<sup>79</sup> *Martin Loughlin*, *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press 2004, 154.

<sup>80</sup> *Möllers* (Fn. 14) 2280.

<sup>81</sup> *Peter Häberle*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot 1998, 620.

<sup>82</sup> *Anne Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot 2001, 101.

<sup>83</sup> *Thomas Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, Heidelberg, Springer 2012, 141-142 m.w.N. Allg. Zum Thema siehe *Ute Sacksofsky* e.a., *Erosion von Verfassungsvoraussetzungen*. Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 68 (2008).

### 3. „Vorrechtlicher Staat“ vs. „Verfassung“ als Schlüsselkonzept: Das Beispiel des Staatsnotstandes

Nach diesen abstrakt-konzeptuellen Erklärungen wird nun das wahrscheinlich illustrativste Beispiel der Konsequenzen eines vorrechtlichen Staates für den Verfassungsrechtsdiskurs beleuchtet: die Konzeptualisierung des Staatsnotstandes.<sup>84</sup> Die theoretischen Konstrukte, mit denen der Staatsnotstand erfasst wird, sind in zwei Gruppen aufzuteilen: (1) staatszentrierte Theorien und (2) verfassungszentrierte Theorien.

#### 3.1 Staatszentrierte Theorien

Die Vertreter dieser Gruppe gehen davon aus, dass der Staat eine vorrechtliche (nicht positivrechtliche – also in diesem Sinne naturrechtliche) Befugnis zu selbsterhaltenden Aktionen hat.<sup>85</sup> Die gemäßigte Version sieht diese Befugnisse als für das positive Recht disponibel an, die klassische Version hingegen nicht.

##### 3.1.1 Der klassische Staatszentrismus

Der derzeit bekannteste zeitgenössische Vertreter des – auf die vorkonstitutionellen Zeiten zurückgehenden – klassischen Staatszentrismus im Hinblick auf die Natur des Staatsnotstandes ist Klaus Stern. Seiner Ansicht nach hat der Staat immer ein ungeschriebenes, überpositives Notrecht, das durch positives Recht nicht verdrängt werden kann.<sup>86</sup> Ähnlich sind insoweit die Ansichten von Herbert Krüger, Hans Nawiasky, Carl Schmitt, Paul Kirchhof und Ulrich Scheuner.<sup>87</sup>

Die Argumentation dieser Juristen lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die *Normativität setzt die Normalität der Verhältnisse voraus*.<sup>88</sup> Das heißt, „dass Normen nur für

---

<sup>84</sup> Wir könnten auch andere Beispiele anführen, um die Unterschiede zwischen dem „vorrechtlichen Staat“ (Tradition der *Staatslehre*) und der verfassungszentrierten Theorie zu veranschaulichen, wie z.B. ihren Ansatz mit Bezug auf die europäische Integration, siehe *Jakab* (Fn. 24) II.6.1 und *Murkens* (Fn. 63). Für eine exzellente und umfassende Analyse der Verwendung von „vorrechtlichen Staats“-Argumenten im deutschen Verfassungsrechtsdiskurs siehe *Möllers* (Fn. 1). Für weitere Nachweise zur deutschen Debatte zum Staatsnotstand nach dem zweiten Weltkrieg siehe *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. IV, München, Beck 2012, 308, 457, 568.

<sup>85</sup> Nach *Friedrich Koja*, *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*, Salzburg, Pustet 1979, 12 sind diese Vorstellungen auf die Hegelsche Idee des Staates als präeminente Institution zurückzuführen. Koja hat teilweise Recht, allerdings muss man auch in Betracht ziehen, dass diese Ideen schon vor Hegel bekannt waren, siehe *Ernst Rudolf Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. 1, Stuttgart, Kohlhammer 1960, 654.

<sup>86</sup> Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. 2: *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassungen, Notstandsverfassung*, München, Beck 1980, 1337.

<sup>87</sup> *Carl Schmitt*, *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München e.a., Duncker & Humblot 1921, IX. Nur in der Formulierung, nicht aber der Sache nach abgewiesen von *Stern* (Fn. 86) 1337. Auch *Meinhard Schröder*, *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 103 (1978) 121-148, 134; *Georg Flor*, *Staatsnotstand und rechtliche Bindung*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 73 (1958) 149-152; *Paul Kirchhof*, *Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen*, in: *William Birtles e.a. (Hrsg.), Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen*, Karlsruhe e.a., Müller 1976, 83-118, 98, 100; *Ulrich Scheuner*, *Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz*, in: *Hermann Jahrreiss e.a. (Hrsg.), Um Recht und Gerechtigkeit: Festgabe für Erich Kaufmann*, Stuttgart, Kohlhammer 1950, 313-330, 318-319; *Hans Nawiasky*, *Allgemeine Staatslehre*, vol. 2/2, Einsiedeln, Benziger 1955, 108; *Hanns Kurz*, *Volkssouveränität und Volksrepräsentation*, Köln e.a., Heymanns 1965, 317; *Rudolf Zihlmann*, *Legitimität und Legalität des Notrechts*, Bern, Stämpfli 1950, 72.

<sup>88</sup> *Herbert Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart e.a., Kohlhammer 1966, 31; *Carl Schmitt*, *Politische Theologie*, München, Duncker & Humblot 1934, 19. Dies wird auch von den später zu analysierenden Vertretern einer gemäßigten staatszentrierten Theorie anerkannt, siehe *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, *Neue juristische Wochenschrift* 1978, 1881-1890, 1884: „Entfällt die

normale Situationen gelten und dass die vorausgesetzte Normalität der Situation ein positivrechtlicher Bestandteil ihres Geltens“ ist.<sup>89</sup> In Ausnahmesituationen können also Normen den Staat nicht binden. Hier hat der Staat vielmehr ein Notrecht auf Selbsterhaltung, das wegen der Abnormität der Ausnahmesituation von Normen nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>90</sup>

Der naturrechtliche Charakter dieser Gedankenführung ist offensichtlich: Es wird dem Staat ein *vorpositives Existenzrecht* (*jus eminens*<sup>91</sup>) eingeräumt.<sup>92</sup> Und zwar nicht nur neben der Verfassung, sondern auch gegen sie,<sup>93</sup> da die Verfassung in einer (*per definitionem* anormalen) Notsituation nicht gelten kann. Dies wird teils offen,<sup>94</sup> teils ein bisschen zurückhaltender<sup>95</sup> benannt. Offen ist in diesem Sinne Herbert Krüger, der es für ausgeschlossen hält, dieses Notrecht überhaupt zu institutionalisieren.<sup>96</sup> Zurückhaltender (aber im Endeffekt mit demselben Ergebnis) formuliert Stern, der zwar nicht offen die Sinnlosigkeit jeglicher Notstandsregelung behauptet, aber ein System der von der jeweiligen Verfassung unabhängigen Schranken der Notstandsbefugnisse ausarbeitet.<sup>97</sup> Diese Schranken seien folgende: (1) Schutz essentieller Verfassungsgüter, (2) Notstandsbefugnisse nur als *ultima ratio* einsetzbar, (3) Abwägung kollidierender Rechtsgüter, (4) Übermaßverbot, und (5) die Absicht, in die Normallage zurückzukehren. Auf den ersten Blick scheint Stern so die Argumentation an das positive Verfassungsrecht zurückzubinden (Schutz essentieller Verfassungsgüter als Schranke der Ausübung vorpositiver Notstandsbefugnisse). Doch der Schein trügt, da diese Forderung ihrerseits nicht näher beleuchtet wird und solche weit interpretierbaren, „essentiellen Verfassungsgüter“ die Detailregelungen (die das eigentliche Herz der geltenden deutschen Notstandsverfassung sind) nicht ersetzen können. Das positive Verfassungsrecht wird also nicht rehabilitiert, sondern es werden lediglich seine wichtigsten Prinzipien zum Referenzpunkt gemacht.

---

vorausgesetzte Normallage, entfällt der Bezugspunkt für die intendierte Regulierungskraft der Norm.“ Ähnlich *Hermann Heller*, Staatslehre, Leiden, Sijthoff 1934, 255.

<sup>89</sup> *Carl Schmitt*, Legalität und Legitimität, in: id., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, Berlin, Duncker & Humblot 1958, 303-350, 321.

<sup>90</sup> Der Staat wird als prelegale (vorrechtliche) Institution aufgefasst, dessen Gewalt ursprünglich unbegrenzt ist, und nur das Recht ihn zähmt. Vgl. die Schmittianische Sichtweise auch bei dem gemäßigten Staatszentrierten *Böckenförde* (Fn. 88) 1885; *Kirchhof* (Fn. 87) 117-118.

<sup>91</sup> MWN für die Geschichte des Terminus bei Schröder (Fn. 87) 132.

<sup>92</sup> In diesem Sinne *Carl Friedrich von Gerber*, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Leipzig, Tauschnitz 1880, 42 Fn. 2: „In der Anerkennung des Staatsnothrechts liegt der Gedanke, dass es ein Existenzrecht des Staates über sein normales verfassungsmäßiges Leben hinaus giebt, welches in anomalen Nothverhältnissen zur Erscheinung kommt.“; *Erich Kaufmann*, Zur Problematik des Volkswillens, Berlin e.a., de Gruyter 1931, 14: „Für den äußersten Fall gehört ein letztes Notrecht neben den verfassungsrechtlich normierten und formierten Ausnahmerechten zum ungeschriebenen naturrechtlichen Bestande jedes Verfassungsrechtes.“ Ähnlich *Rudolf von Jhering*, Der Zweck im Recht, Leipzig, Breitkopf & Haertel 1923, 330 „Wie der einzelne Mensch, so habe auch der Staat im Falle der Bedrohung seiner Existenz ein solches Notrecht.“ Oder aus der Antike: *Cicero*, De Legibus III, 3: „Salus populi suprema lex esto“.

<sup>93</sup> Siehe *Krüger* (Fn. 88) 31: „Notrecht impliziert seinem Begriffe nach den Rückgriff auf das natürliche Recht gegen das positive Gesetz.“. Genauso *Stern* (Fn. 86) 1336.

<sup>94</sup> E.g. *Georg Meyer – Gerhard Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, München e.a., Duncker & Humblot 1919, 906: „Sicher steht nur eines: die Verfassung will nicht, kann nicht wollen, daß [...] das Staatsleben stillsteht. [...] Hier hört das Staatsrecht auf; die Frage [...] ist keine Rechtsfrage.“. Oder eben *Schmitt* (Fn. 88) 11: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“. Diese Entscheidung und dieser Ausnahmezustand können vom positiven Recht nicht gebunden werden, siehe *Schmitt* (Fn. 87) IX.

<sup>95</sup> *Nawiasky* (Fn. 87) 108.

<sup>96</sup> Siehe *Krüger* (Fn. 88) 31.

<sup>97</sup> Die Schranken sollten zeigen, dass es beim ungeschriebenen Notstandsrecht nicht um „offene Generalermächtigung“ geht, siehe *Stern* (Fn. 86) 1337. Ausdrücklich gegen den diesbezüglichen Vorwurf von *Böckenförde* (Fn. 88) 1883.

Nach Stern kann also das positive Recht das (naturrechtliche) Existenzrecht des Staates nicht verdrängen.<sup>98</sup> Dafür bietet er aber ein System von nicht-positivierten Schranken der Ausübung dieses Rechtes.<sup>99</sup> Es bleibt allerdings offen, was für einen Sinn das positive Notstandsrecht dann überhaupt noch hat.

Nach der Ansicht von Klaus Stern sollte es nur dann eingehalten werden, wenn es dem Existenzrecht des Staates nicht widerspricht. *Im Rahmen dieses Existenzrechts* sei also die Normativität der positiven Notstandsregelungen anzuerkennen – ähnlich wie im Allgemeinen die Normativität des positiven Rechts („des Gesetzes“) nur innerhalb des Rahmens des Naturrechts („des Rechts“) anzuerkennen sei.<sup>100</sup> Das – eventuell dem positiven Recht widersprechende – Existenzrecht könne aber weiterhin jederzeit unmittelbar ausgeübt werden.<sup>101</sup> Die Normativität der verfassungsrechtlichen Notstandsregelungen ist also in dieser Konzeption immer von den vorrechtlichen Notstandsregeln abhängig. Im Ergebnis wird hier die Notstandsverfassung zu einem *nicht-justiziablen, verwaltungsinternen Aktionsplan* (oder zu einer bloßen Richtlinie) degradiert, und zum eigentlichen Notstandsrecht wird das Naturrecht. Wann immer nämlich das positiv-verfassungsrechtliche Notstandsrecht (üblicherweise von der Exekutive) verletzt wird, steht die Legitimation durch vorpositive Notstandsbefugnisse als „gute juristische Ausrede“ im Raum. Dies macht eine effektive rechtliche Kontrolle unmöglich.

### 3.1.2 Der gemäßigte Staatszentrismus

Im Gegensatz zum eben erörterten klassischen geht der gemäßigte Staatszentrismus davon aus, dass das vorpositive Existenzrecht des Staates *durch das positive Verfassungsrecht verdrängt werden kann*.<sup>102</sup> Diese Verdrängung erfolgt durch detaillierte Regelung.

Ein bekannter Vertreter dieser Richtung, Ernst-Wolfgang Böckenförde, sieht im ungeschriebenen Notrecht eine „offene Generalermächtigung“ für jedes staatliche Organ, deren einzige Begrenzung die Verhältnismäßigkeit wäre, nicht aber eine Begrenzung nach Träger, Umfang und Reichweite. Eine solche offene Generalermächtigung widerspreche der Grundstruktur einer rechtsstaatlichen Verfassung.<sup>103</sup> Gemäß Böckenförde ist aber die geltende deutsche Notstandsregelung *nicht detailliert genug*, um die überverfassungsrechtlichen Ausnahmebefugnisse zu ersetzen.<sup>104</sup> Die Konsequenzen kommen daher dem klassischen Staatszentrismus sehr nahe – obwohl er dessen staatstheoretische Grundlegung angreift. Nach Böckenförde gilt nämlich in Deutschland auch derzeit überpositives Notstandsrecht, und man müsste gerade darum eine detailliertere Notstandsregelung schaffen, damit es verdrängt wird.

Andere folgen hingegen eher dem *Willen des Verfassungsgebers*,<sup>105</sup> nach dem mit den im Jahre 1968 eingeführten Notstandsregelungen die Ausübung der (ansonsten im Hintergrund existierenden) überverfassungsrechtlichen Befugnisse ausgeschlossen sei.<sup>106</sup>

---

<sup>98</sup> Siehe Stern (Fn. 86) 1337.

<sup>99</sup> Stern (Fn. 86) 1337.

<sup>100</sup> Siehe Stern (Fn. 86) 1334, 1337.

<sup>101</sup> Stern (Fn. 86) 1337.

<sup>102</sup> Siehe Theodor Maunz – Reinhold Zippelius, Deutsches Staatsrecht, München, Beck <sup>30</sup>1998, 415 die nur auf die theoretische Situation bei fehlender Regelung verweisen; Karl Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a.M., Metzner <sup>3</sup>1984, 270-275; ders., Allgemeine Staatslehre, Heidelberg, CF Müller <sup>3</sup>2004, 204-213; Markus Trotter, Der Ausnahmezustand im historischen und europäischen Rechtsvergleich (1997) 99 (Diss. Universität Heidelberg); Günter Dürig, Artikel 87a, in: Theodor Maunz – Günter Dürig (Hrsg.), Das Grundgesetz (Loseblattsammlung, 1971) Rn 128, insbes. Fn. 5.

<sup>103</sup> Siehe Böckenförde (Fn. 88) 1883.

<sup>104</sup> Zu seinem Regelungsvorschlag *de lege ferenda* siehe Ernst-Wolfgang Böckenförde, Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat, in: Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Die Freiheit des Anderen: Festschrift für Martin Hirsch, Baden-Baden, Nomos 1981, 259-272, insbes. 264-272.

<sup>105</sup> Siehe oben Fn. 102.



## 3.2 Verfassungszentrierte Theorien

Die verfassungszentrierten Theorien erkennen die Existenz vorrechtlicher staatlicher Befugnisse nicht an. Als Ausgangspunkt der Argumentation dient hier immer die positive (gesetzte) Verfassung.

### 3.2.1 Die klassische Version

Nach der klassischen (radikalen) Version dieser Ansicht sind Staatsnotbefugnisse nur diejenigen, die in der Notstandsverfassung ausdrücklich als solche genannt sind.<sup>107</sup>

Diese verfassungszentrierten Stimmen betonen die *Gefahr des Missbrauchs* ungeschriebener und damit unlimitierter Notstandsermächtigungen stärker als die Vertreter der staatszentrierten Theorien.<sup>108</sup> Ganz einleuchtend formuliert diesen Standpunkt Adolf Arndt: „Alles Spekulieren mit einem ‚überverfassungsgesetzlichen Notstand‘ als einer Erlaubnis zu Maßnahmen, die nicht von der urkundlichen Verfassung gerechtfertigt werden, ist nichts als eine verwerfliche Beschönigung des Verfassungsbruchs, des Verfassungsverrats.“<sup>109</sup>

Der Staatsnotstand wird also nicht als außerverfassungsrechtliche Lage, sondern als verfassungsrechtliche *lex specialis* aufgefasst.<sup>110</sup>

Das Argument des dem Verfassungsrecht überlegenen Existenzrechts des Staates wird abgelehnt.<sup>111</sup> Demaskierend formuliert Kelsen: „Hinter der treuerzigen Versicherung, dass

---

<sup>106</sup> Danach sei Ziel der Notstandverfassungsgebung im Jahre 1968 gerade, „den Rückgriff auf ungeschriebene Verfassungsgrundsätze durch ausdrückliche Regelungen zu erübrigen.“ siehe Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses, Bundestags-Drucksache V/2873 (zitiert von *Stern* (Fn. 86) 1329).

<sup>107</sup> Siehe *Richard Thoma*, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Gerhard Anschütz – Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, vol. 2, Tübingen, Mohr 1932, 221-236, 232: „Ein Staatsnotrecht über das verfassungsrechtlich regulierte hinaus kann es im geordneten republikanischen Verfassungsstaat nicht geben, so wie es auch schon im Kaiserreich und selbst in den konstitutionellen Monarchien (deren Struktur immerhin Zweifel erlaubte) nicht gegolten hatte.“; *Alfred Voigt*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1952, 33-45, 44; *Adolf Arndt*, Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, Neue juristische Wochenschrift 1961, 897-902, 900; *Hans M. Parche*, Der Einsatz von Streitkräften im inneren Notstand: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom rechtsstaatlichen Handeln der Exekutive und seiner Kontrolle (1974) 3, 179 (Diss., Universität Münster); *Möllers* (Fn. 1) 267; *Heinrich Oberreuter*, Notstand und Demokratie, München, Vögel 1978, 113, 120-121; *Werner Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich, Polygraph 1945, 118; *Michael Krenzler*, An den Grenzen der Notstandsverfassung. Ausnahmezustand und Staatsnotrecht im Verfassungssystem des Grundgesetzes, Berlin, Duncker & Humblot 1974, 74; *Frank-Bodo von Wehrs*, Zur Anwendbarkeit des Notstandsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1971) 116-117 (Diss. Universität Mainz). Überraschenderweise ist die Ansicht von *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen, Mohr 1959, 24; *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, CF Müller 201999, 300-317 der Kelsenianischen eigentlich ähnlich. Nach Hesse könne man sich nicht auf überpositives Notstandsrecht berufen. Man müsse allerdings auch sehen, dass im Falle der Nichtregelung des Notstandes die staatlichen Organe doch so tun würden.

<sup>108</sup> Daneben wird auch die naturrechtliche Einstellung selbst als unwissenschaftlich kritisiert, siehe *Koja* (Fn. 16) 398; *Koja* (Fn. 85) 10.

<sup>109</sup> *Adolf Arndt*, Demokratie: Wertsystem des Rechts, in: Adolf Arndt – Michael Freund (Hrsg.), Notstandsgesetz – aber wie?, Köln, Verlag Wissenschaft und Politik 1962, 7-66, 13. Genauso *J. Barthélemy / P. Duez*, Traité de droit constitutionnel, 1933, 242 darüber, dass überpositives Notstandsrecht kein Rechtsgrundsatz sondern nur „une théorie politique que le gouvernement pourra invoquer devant le parlement pour expliquer son illégalité et la rendre politiquement excusable“ ist. Ähnlich *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1929, 359 darüber, dass man „um eklatante Verletzungen der Staatsordnung zu beschönigen“, die Kategorie des Staatsnotrechts entwickelt und angewendet habe, „die doch nur ein anderer Ausdruck für den Satz ist, dass Macht vor Recht geht.“ Oder eben *Merkl* (Fn. 26) 166: überpositives Notstandsrecht als die „letzte Rückzugsposition der Verfechter einer teilweisen gesetzlichen Ungebundenheit der Verwaltung.“

<sup>110</sup> *Koja* (Fn. 16) 399. Siehe auch *Koja* (Fn. 85) 14: „Der so verstandene Staatsnotstand ist also – dies ist wichtig – ein Verfassungszustand und kein Zustand der Verfassungslosigkeit.“

der Staat ‚leben‘ müsse, verbirgt sich meist nur der rücksichtslose Wille, dass der Staat so leben müsse, wie es diejenigen für richtig halten, die sich zur Rechtfertigung eines ‚Staatsnotrechts‘ bedienen.<sup>112</sup>

Dies heißt allerdings nicht, dass den Vertretern dieser Richtung zufolge jeder Bruch des Notstandsrechts – selbst wenn der Bruch im Interesse der Wiederherstellung des verfassungsmäßigen Zustandes geschieht – gemäß den positiven Vorschriften bestraft werden sollte. Denn ein solcher Bruch könne nachträglich durch *Indemnitätsbeschluss* des zuständigen Organs, etwa des Parlaments, gebilligt werden. Der Bruch als solcher könne aber nicht geleugnet werden.<sup>113</sup> Nach dieser Konzeption kann zwar eine moralische Verpflichtung zur Rechtsverletzung (im Interesse der Rettung des Verfassungsstaates) bestehen; dies ist aber streng von der juristischen Beurteilung des Falles zu unterscheiden.

### 3.2.2 Die offene Version

Eine offenere verfassungszentrierte Version wird von Eckart Klein vertreten, nach dem zwar alle staatlichen Notstandsbefugnisse auf die positivrechtliche Verfassung zurückführbar sein müssen – sie können allerdings auch als *implizite Befugnisse* gegeben sein, d.h. nicht ausdrücklich genannt werden, da die Verfassung auch die allgemeine Pflicht umfasse, sie zu erhalten.<sup>114</sup> Das grundsätzliche Problem dieser Auffassung ist, dass sie – nur scheinbar auf der positiven Verfassung basierend – eine Ansicht vertritt, die dem Willen des Verfassungsgebers widerspricht. Der Wille des Verfassungsgebers war nämlich im Jahre 1968 gerade der Ausschluss der ungeschriebenen Notstandsbefugnisse.<sup>115</sup>

### 3.3 Schlussfolgerungen über die Konzeptualisierung des Staatsnotstandes

Die verschiedenen Ansichten lassen sich folgendermaßen darstellen. Das eine ordnende Kriterium ist die theoretische Basis, d.h. die Anerkennung vorrechtlicher (d.h. vorpositiver) Notstandsbefugnisse. Die verfassungszentrierten Theorien leugnen diese Befugnisse, die staatszentrierten hingegen bejahen sie. Das andere ordnende Kriterium ist praktischer – nämlich: Ob gemäß den jeweiligen Autoren in der geltenden bundesdeutschen Verfassungslage auch im GG nicht ausdrücklich erwähnte Notstandsbefugnisse gegeben sind. Insoweit kann zwischen textgebundenen und nicht-textgebundenen Ansichten unterschieden werden.<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> Siehe *Adolf Arndt*, Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, *Neue juristische Wochenschrift* 1961, 897-902, 899 „Ein Verfassungsstaat hat keine andere ‚Raison‘ als seine Verfassung.“ Ähnlich *Konrad Hesse*, Ausnahmezustand und Grundgesetz, *Die öffentliche Verwaltung* (1955) 741.

<sup>112</sup> *Kelsen* (Fn. 16) 157.

<sup>113</sup> Siehe *Koja* (Fn. 85) 17.

<sup>114</sup> *Eckart Klein*, Der innere Notstand, in: Josef Isensee – Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. 7: Normativität und Schutz der Verfassung – internationale Beziehungen, Heidelberg, CF Müller 1992, 387-414, 412. Ähnlich die amerikanische Doktrin der *implied powers*, siehe *Karl Doehring*, Das Staatsnotrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Hans Ballreich e.a. (Hrsg.), *Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Großbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Köln, Heymann 1955, 209-247, 212-222.

<sup>115</sup> Siehe oben Fn. 106.

<sup>116</sup> Diejenigen, die konkret über die heute geltende bundesdeutsche Rechtslage nichts gesagt haben, sind in Klammern. Diejenigen hingegen, die das taten, sind kursiv gedruckt.

<div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="flex: 1; writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">           existieren vorpositive Notstandsbefugnisse? (theoretische Basis)         </div> <div style="flex: 1; border-left: 1px solid black; padding-left: 10px;">           ja (staatszentriert)         </div> <div style="flex: 1; border-left: 1px solid black; padding-left: 10px;">           nein (verfassungszentriert)         </div> </div>
<div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="flex: 1; writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">           sind nur die im GG ausdrücklich erwähnten Notstandsbefugnisse auszuüben? (praktische Seite)         </div> <div style="flex: 1; border-left: 1px solid black; padding-left: 10px;">           ja (textgebunden)         </div> <div style="flex: 1; border-left: 1px solid black; padding-left: 10px;"> <i>Maunz, Zippelius, Doebling, Dürig, Trotter</i> </div> <div style="flex: 1; border-left: 1px solid black; padding-left: 10px;"> <i>Hesse, Möllers, Wehrs, Krenzler, Oberreuter, Parche</i> (Kägi, Arndt, Duez, Barthélemy, Hamann, Voigt, Speidel, G. Jellinek, Koja, Kelsen, Merkl)         </div> </div>
<div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="flex: 1; writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">           nein (nicht-textgebunden)         </div> <div style="flex: 1; border-left: 1px solid black; padding-left: 10px;"> <i>Böckenförde, Stern, Schröder, Kirchhof, Siegers</i> (Schmitt, Krüger, Flor, Jhering, Zihlmann, Meyer, Anschütz, Gerber, Kaufmann, Scheuner, Kurz, Nawiasky, Folz)         </div> <div style="flex: 1; border-left: 1px solid black; padding-left: 10px;"> <i>E. Klein</i> </div> </div>

Staatszentrierte und nicht-textgebundene Ansichten (Feld links unten) haben die Effektivität als zentrales Element des Staatsnotstandes im Fokus. Verfassungszentrierte und textgebundene Ansichten (Feld rechts oben) wollen vor allem Missbrauchsgefahren des Staatsnotstandes entgegenwirken. Diejenigen, welche beide Theoriestränge kombinieren (wie z.B. die verfassungszentrierte aber nicht-textgebundene Ansicht von Klein; Feld rechts unten) versuchen einen Kompromiss zwischen Effektivität und Missbrauchsgefahr zu finden. Solche Kompromisse sind allerdings Sackgassen. Klein nimmt z.B. auf die Verfassung Bezug, ist aber nicht durch den Text gebunden. Dadurch werden die verfassungsrechtlichen Einschränkungen des Staatsnotstandes unwirksam und der Kompromiss geht verloren zu Gunsten der Effektivität. Ein anderer Kompromiss (Feld oben links, z.B. Zippelius), verortet über-verfassungsrechtliche Befugnisse im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht, welche aber auf Grund widersprechenden positiven Rechts nicht anwendbar sind, da sie nur ausgeübt werden könnten, sofern die relevanten Bestimmungen im GG abgeschafft würden. Dies ist entweder äußerst hypothetisch oder sehr unwahrscheinlich. Das macht diese Theorie nicht schädlich, aber unnützlich. Der traditionelle und radikale staatszentrierte und nicht-textgebundene Ansatz schlussendlich geht keine Kompromisse ein. So werden dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet und die normative Relevanz von Verfassungsrecht wird desavouiert.

Den Gefahren des Missbrauchs wird die verfassungszentrierte und textgebundene Lösung mit der moralischen Ergänzung<sup>117</sup> am ehesten gerecht, ohne zugleich Effizienzprobleme aufzuweisen – deshalb steht sie auch der Auffassung des Autors dieser Zeilen am nächsten. Konsequenterweise bedeutet dies auch die Ablehnung eines vorrechtlichen Staatsverständnisses für den Staatsnotstand.

<sup>117</sup> Siehe oben 3.2.1

#### 4. Schlussfolgerungen zur Verwendung des konzeptuellen Rahmens der Staatslehre

Das Verständnis des Staats als „vorrechtlicher Entität“ entspricht nicht den Vorstellungen einer modernen Demokratie und eines Verfassungsstaates. Teilweise stützt es sich auf vordemokratische Ideen (z.B. Trennung von Staat und Gesellschaft), die auf das Deutschland vor dem ersten Weltkrieg zutrafen, heutzutage aber nicht mehr akzeptabel sind. In ähnlicher Weise ist die Idee vom Primat des Staates vor der Verfassung zu hinterfragen, da sie der Prävalenz der Verfassung widerspricht. Folglich ist die Erarbeitung einer europäischen Staatslehre für den europäischen Verfassungsrechtsdiskurs basierend auf diesen Annahmen nicht ratsam.<sup>118</sup>

Im Gegensatz zur Souveränität kann vorrechtliche Staatlichkeit auch nicht als Anspruch reformuliert werden.<sup>119</sup> Glücklicherweise wird der Staatslehre weniger emotionaler Wert beigemessen als der Souveränität; zumindest außerhalb Deutschlands, wo nach der Gründung des Reiches 1871 starke demokratische Elemente fehlten und stattdessen eine emotionale Identifikation mit dem Staat stattfand.<sup>120</sup> Der Staatsbegriff hatte außerdem in Deutschland den Vorteil, dass er nach dem zweiten Weltkrieg nicht so stark diskreditiert war wie der Begriff der Nation oder des Volkes. Zusätzlich bot er eine Sprache reicher intellektueller Geschichte, die nationalen Gefühlen in öffentlichen Debatten bis zur Wiedervereinigung 1990 in schonender Weise Ausdruck verlieh. Mittlerweile hat allerdings die Staatslehre ihre Aussagekraft und Funktion verloren und ist ausschließlich zu einem salonfähigen Sprachcode für deutsche europaskeptische Juristen geworden.<sup>121</sup> Die inhärenten vordemokratischen und antiverfassungsstaatlichen Elemente nähren ernsthafte Zweifel daran, ob die Staatslehre im deutschen oder gar im europäischen Verfassungsrechtsdiskurs zukünftig einen Platz haben sollte.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> Für eine ähnliche Schlussfolgerung siehe *Möllers* (Fn. 1) 418-425; *Möllers* (Fn. 18) 17 und 69.

<sup>119</sup> Zur Reformulierung der Souveränität als Anspruch (*claim*), siehe *Jakab* (Fn. 24) II.6.4.

<sup>120</sup> *Kenneth H.F. Dyson*, Die Ideen des Staates und der Demokratie. Ein Vergleich „staatlich verfaßter“ und „nicht staatlich verfaßter“ Gesellschaften, *Der Staat* 19 (1980) 485-515, insbes. 490-491.

<sup>121</sup> Siehe z.B. *Josef Isensee*, Die Staatlichkeit der Verfassung, in: Otto Depenheuer – Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck 2010, 199-270, 263-269 m.w.N. Für einen kritischen Ansatz der Staats-Terminologie siehe *J.H.H. Weiler*, The State “über alles”. *Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, Jean Monnet Working Papers 1995/6.

<sup>122</sup> Für eine ähnlich skeptische Schlussfolgerung bezüglich der Kompatibilität dieses konzeptuellen Rahmens sowohl mit der europäischen Integration als auch dem modernen Verfassungsstaat, siehe *Jo Eric Khushf Murkens*, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law since 1871*, Oxford, Oxford University Press 2013.