

RUDOLF SMEND

Staatsrechtliche Abhandlungen

und andere Aufsätze

Vierte Auflage

(Unveränderter Nachdruck der dritten Auflage)



Duncker & Humblot · Berlin

RUDOLF SMEND

Staatsrechtliche Abhandlungen
und andere Aufsätze

Staatsrechtliche Abhandlungen

und andere Aufsätze

Von

Rudolf Smend

Vierte Auflage

(Unveränderter Nachdruck der dritten Auflage)



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 1955

2., erweiterte Auflage 1968

3., wiederum erweiterte Auflage 1994

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISBN 978-3-428-08080-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Zur neuen Auflage

Dem Verlag ist zu danken, daß er die „Staatsrechtlichen Abhandlungen“ wieder zugänglich macht. Zwei Beiträge wurden neu aufgenommen, das Schriftenverzeichnis ergänzt.

Rudolf Smends Werk ist das Verständnis nicht leichtgemacht worden; sein leidenschaftliches Interesse an der Geschichte des Fachs wurde zu einem Teil angetrieben durch die Frage, wieso es dem eigenen Fach seit der nach Laband herrschend gewordenen Lehre so schwerfiel, Smends und seiner Mitstreiter Position im „Richtungsstreit“ zu verstehen. Man lese die Klage Richard Thomas auf S. 627.

Smends Verfassungsdenken fußt auf ganz persönlichen Erfahrungen und breiter historischer Anschauung. Die basler Welt der Kindheit war ihm immer gegenwärtig. Die angelsächsische Welt, ihr praktischer politischer Sinn stand ihm näher als die doktrinäre Denkweise der Franzosen. Niemand hat die Meriten der Bismarckverfassung, unter der Deutschland seinen Zusammenhalt so festigte, daß es die Katastrophen des 20. Jahrhunderts als „Rechtssubjekt“ überstehen konnte, so unvoreingenommen gewürdigt wie Smend. Die Dissertation schlug ein Grundthema an: die belgische Charte von 1830 und die preußische Verfassung von 1850 wichen kaum voneinander ab. Und doch trennte sie, auch „normativ“, „juristisch“ eine Welt. Dem preußischen Staat war anderes „aufgegeben“, ein zentraler Begriff Smends, Kerngedanke seines „geisteswissenschaftlichen“ Herangehens an politische Institutionen und Verfassungsrechtssätze. Verfassungsrecht ist „geronnener Geist“ (Max Weber), eine immer neu in Lebenszusammenhänge eingreifende Macht — und entsprechend „geisteswissenschaftlich“ zu verstehen. Im berühmten Aufsatz über „Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz“ von 1951 griff Smend den alten Gedanken wieder auf. Art. 140 GG rezipiert das Weimarer Staatskirchenrecht auf Punkt und Komma genau — aber das alte Recht ist nicht mehr das gleiche.

Sollte es sich mit dem Grundgesetz von 1949, nach so bedeutsamer Veränderung seines „Geltungsbereiches“ seit dem 3. X. 1990, anders verhalten? Sind „Land und Leute“, die konkreten Bezugspunkte einer Verfassung, die so radikal veränderte Konstellation, in der sich das vereinte Deutschland wiederfindet, für die Interpretation des Grundgesetzes ohne Belang? Es sollte heute doch nicht so schwer sein, Smends Fragen zu verstehen.

Freiburg, 30. März 1994

Wilhelm Hennis

Vorbemerkung zur zweiten Auflage

Die erste Auflage dieser Sammlung wurde mir von Freunden und Schülern 1954 zum Goldenen Doctorjubiläum überreicht. Wilhelm Hennis hatte sie besorgt. Ich danke ihm an dieser Stelle noch einmal.

Seit einigen Jahren ist der Band vergriffen. Der bisherige Bestand ist aus technischen Gründen unverändert geblieben. In die Erweiterung (von S. 462 an) ist von meinen kirchenrechtlichen Arbeiten der Zwischenzeit nichts aufgenommen worden.

Die Aufsätze sind in der Fassung des Erstdrucks aufgenommen worden, die Vorträge in der Fassung, in der sie gehalten worden sind.

Göttingen, im Februar 1968

Rudolf Smend

Inhalt

Zur Geschichte der Formel „Kaiser und Reich“ in den letzten Jahrhunderten des alten Reiches (1910)	9
Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts (1912)	19
Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916)	39
Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl (1919)	60
Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (1923)	68
Das Recht der freien Meinungsäußerung (1928)	89
Verfassung und Verfassungsrecht (1928)	119
Hochschule und Parteien (1930)	277
Protestantismus und Demokratie (1932)	297
Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933)	309
Der Einfluß der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung (1939)	326
Politisches Erlebnis und Staatsdenken seit dem 18. Jahrhundert (1943)	346
Staat und Politik (1945)	363
Das Problem der Presse in der heutigen geistigen Lage (1946)	380
Die Göttinger Sieben (1951)	391
Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz (1951)	411
Die Göttinger Gesellschaft der Wissenschaften (1951)	423
Die Göttinger Universität und ihre Umwelt (1953)	440
Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955)	462

Integrationslehre (1956)	475
Integration (1966)	482
Reichskonkordat und Schulgesetzgebung (1956)	487
Noch einmal: Reichskonkordat und Schulgesetzgebung (1956)	493
Das Problem der Institutionen und der Staat (1956)	500
Staat (1959)	517
Zur Geschichte der Berliner Juristenfakultät im 20. Jahrhundert (1960)	527
Die Berliner Friedrich-Wilhelms-Universität (1961)	547
Das Bundesverfassungsgericht (1962)	581
Heinrich Triepel (1966)	594
Deutsche Staatsrechtswissenschaft vor hundert Jahren — und heute (1969)	609
Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit (1973)	620
Bibliographie Rudolf Smend	636
Namen- und Sachregister	645

Für den Ort der Erstveröffentlichung der einzelnen Stücke
wird auf die Bibliographie S. 634 ff. verwiesen

Zur Geschichte der Formel „Kaiser und Reich“ in den letzten Jahrhunderten des alten Reiches

In der „Geschichte Gottfriedens von Berlichingen mit der eisernen Hand, dramatisiert“ erwidert der Ritter auf die Zumutung, in der ihm vorgelegten Urfehde einzugestehen, daß er sich gegen Kaiser und Reich rebellischerweise aufgelehnt habe: „Ich bin kein Rebell, habe gegen Ihre Kaiserliche Majestät nichts verbrochen, und das Reich geht mich nichts an. Kaiser und Reich! — Ich wollt, Ihre Majestät ließen Ihren Namen aus so einer schlechten Gesellschaft. Was sind die Stände, daß sie mich Aufruhrs zeihen wollen? Sie sind die Rebellen, die mit unerhörtem geizigem Stolz mit unbewehrten Kleinen sich füttern und täglich Ihre Majestät nach dem Kopf wachsen. Die sind's, die alle schuldige Ehrfurcht außer Augen setzen und die man laufen lassen muß, weil der Galgen zu teuer werden würde, woran sie gehenkt werden sollten“¹.

Der historische Götz hätte schwerlich so gedacht oder sich so ausgedrückt; er hätte wohl nicht unter dem „Reich“ die Stände in dem Sinne verstanden, wie es hier geschieht, und hätte deshalb auch nicht eine Treupflicht, die er gegenüber dem Kaiser anerkannte, gegenüber dem Reich bestritten. Es ist die Sprache und Denkweise des 18. Jahrhunderts, die das „Reich“ gleichsetzt mit der Summe der Stände und daher unter „Kaiser und Reich“ im politischen Sinne zwei gleichartige politische Mächte und im staatsrechtlichen zwei gleichgeordnete Faktoren der Reichsregierung versteht. Für das Gesamtbild der Geschichte der Reichsverfassung in den letzten Jahrhunderten ist aber die Frage nach dem Alter dieses Sprachgebrauchs und der ihm zugrunde liegenden Anschauungen nicht ohne Bedeutung, um so mehr, als sie verschieden und, soweit ich sehe, meist unrichtig beantwortet wird.

Wenn das Mittelalter rex und regnum, Kaiser und Reich einander gegenüberstellt, so wird dabei unter dem „Reich“ das „Allgemeinere

¹ 4. Aufzug, 2. Szene. Im „Götz“ fehlen die Worte von „Kaiser und Reich“ an: sie passen nicht mehr in den veränderten Stil, aber vielleicht hat auch — zwischen beiden Fassungen liegt die Wetzlarer Zeit. — die hohe Schule des Reichsrechts bei der Reichskammergerichtsvisitation Goethe veranlaßt, die Stelle zu streichen.

und Dauernde in der staatlichen Gemeinschaft und Ordnung“² gegenüber der Individualität des Oberhaupts bezeichnet. In ihrer formelhaften Zusammenstellung bezeichnen beide Ausdrücke nicht zwei verschiedene Faktoren, deren höhere Einheit durch die ganze Formel gedeckt wird, sondern mit jedem von beiden ist im Grunde dasselbe gemeint, nur mit dem zweiten mehr nach der Seite der objektiven Institution, mit dem ersten mehr nach der Seite seiner Aktualität in der Machtvollkommenheit des Oberhaupts und der diesem geschuldeten Treupflicht; insofern decken beide Begriffe sich nicht vollständig, sondern jeder greift in gewissem Sinne über den anderen hinaus, und auf ihrer damit gegebenen beiderseitigen Ergänzung, nicht auf der Zusammenfassung zweier damit bezeichneter verschiedener koordinierter Faktoren beruht der eigentümliche Charakter der Formel. Wenn einmal unter dem „Reich“ geradezu die Fürsten im Gegensatz zum Kaiser verstanden werden, so erklärt sich das daraus, daß sie dann neben ihm in höherem Maße als er selbst das Reichsganze repräsentieren, sei es in anschaulicher Gesamtheit als Reichshof oder Reichsheer³, sei es in einem großen politischen Gegensatz⁴.

Das ist unverändert auch noch der Sprachgebrauch des 15. Jahrhunderts⁵ und insbesondere der Reichsreformperiode. Obwohl die Gesamtheit der Stände wenigstens tatsächlich das Regiment im Reich an sich zu bringen strebt, identifiziert sie sich doch weder in ihren staatsrechtlichen Anschauungen noch in ihrer Ausdrucksweise mit dem „Reich“; diesem Wort und der Formel „Kaiser und Reich“ bleibt viel-

² Waitz, Verfassungsgeschichte VI² 466.

³ MG. SS. XXI 415 (bei Waitz VI² 467), Grimm, Weisthümer III 426 (bei Gierke, Genossenschaftsrecht II 571 Anm. 30 a. E.).

⁴ MG. Const. I 159 = MG. SS. VI 757 und dazu Waitz a. a. O. S. 467 und namentlich Niese, Verwaltung des Reichsgutes im 13. Jahrhundert S. 4. Vgl. auch Fr. G. Schultheiß, Geschichte des deutschen Nationalgefühles I 280 f., und über das Verhältnis der Begriffe rex und regnum, Land, Landschaft usw. im ständischen Staat überhaupt, Tezner, Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts (Staats- und socialwissenschaftliche Forschungen, herausgegeben von Schmoller XIX 3) S. 15 ff., 56 ff., Gierke a. a. O. I 534 ff., II 855 ff., G. v. Below, Territorium und Stadt S. 248 ff. Wenn Gierke a. a. O. S. 569, 571 unter dem „Reich“ in der Zusammenstellung mit dem Kaiser schon im Mittelalter die „Reichsgesamtheit“ versteht, die das Reich mit dem Kaiser teilt, so ist dieser Sinn an keiner der von ihm angezogenen Quellenstellen evident; eine entsprechende Umwandlung in den staatsrechtlichen Anschauungen und im Sprachgebrauch hat sich nachweislich erst viel später vollzogen.

⁵ Tomaschek, Sitzungsberichte der Wiener Akademie Phil.-hist. Kl. B. 49 S. 524, setzt die Entstehung des Begriffes des „Reichs“ als der dem Kaiser geschlossen gegenüberstehenden Korporation der Stände in das 15. Jahrhundert, ohne einen einzigen Beleg für einen derartigen Gebrauch des Wortes.

mehr in den Reichstagsakten dieser Zeit noch unverändert derselbe Sinn wie im Mittelalter. So ist es namentlich unrichtig, wenn man herkömmlich im Anschluß an die spätere Reichspublizistik in der wichtigsten organisatorischen Leistung der Reformzeit, in der Neuordnung des Kammergerichts, eine Veränderung der staatsrechtlichen Stellung dieses Gerichts und in seiner veränderten Bezeichnung als „kaiserliches und Reichskammergericht“ oder kurz „Reichskammergericht“ einen Ausdruck für diese angebliche Veränderung findet. Die Reform wollte weder an dem formal-staatsrechtlichen Charakter der Reichsverfassung überhaupt noch der Reichsjustiz insbesondere irgend etwas ändern, sie war im Gegenteil in dieser Hinsicht so konservativ wie nur möglich, und so ist auch das Kammergericht seit 1495 seiner staatsrechtlichen Stellung wie seiner Bezeichnung nach durchaus identisch mit dem älteren sogenannten königlichen Kammergericht⁶. Schon das Reichshofgericht war vom Kaiser häufig als „unser und des Reichs Hofgericht“, als kaiserliches und Reichshofgericht bezeichnet⁷; und das Kammergericht heißt gerade in den Akten der Reformreichstage gleichmäßig „kaiserliches“, „Reichs“- und „kaiserliches und Reichskammergericht“⁸, der beste Beleg dafür, daß „Kaiser“ und „Reich“ hier nicht im Sinne des späteren Gegensatzes, sondern in dem mehr tautologischen Sinne der älteren Zeit verstanden werden. Die Reichskammergerichtsordnung von 1495 und ihre sämtlichen Vorstadien enthalten nur die Bezeichnung „königliches Kammergericht“, und erst die nach der Einigung von König und Ständen hinzugefügte, wohl

⁶ Näher begründet habe ich diese Auffassung vom Charakter der Reichsreform in einer Monographie über das Reichskammergericht, deren erster Teil demnächst in den „Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des Deutschen Reiches in Mittelalter und Neuzeit“, herausgegeben von K. Zeumer, erscheinen wird. — Anders Gierke I 511 f., der die Reichsreform als Einigung, also als unmittelbare Veränderung der Verfassungsgrundlagen des Reichs, auffaßt.

⁷ Beispiele bei Harpprecht, Staatsarchiv des Kayserlichen und Reichscammergerichts I 119, 122, Tomaschek a. a. O. S. 574 Anm., Seeliger, Hofmeisteramt S. 137, Franklin, Reichshofgericht I 345 Anm. 1.

⁸ Im Nürnberger Reichseinigungsentwurf von 1487 heißt es „des Reichs Cammergericht“ und in demselben Artikel das „gemelt kaiserliche Gericht“, im kaiserlichen Gegenprojekt und der letzten Fassung der Stände „unser und des Reichs Cammergericht“ (Forschungen zur deutschen Geschichte XXIV 498 f., 501, Neue Sammlung der Reichsabschiede I 281). 1495 in Worms spricht Berthold in seinem ersten Vortrag des Reformprogramms von der Verordnung eines königlichen Kammergerichts (Datt de pace imperii publica p. 830); der ständische Regimentsentwurf bezeichnet es nacheinander als „unser und des Reichs Gericht“, „unser königliches Cammergericht“, „des Reichs Gericht“ (Datt. p. 836 XL § 1, 839 § 32, 840 § 46), der Gegenentwurf des Königs dagegen durchgehend als königliches.