

Einleitung

von Dian Schefold

I. Fragestellung und Abgrenzung der Bände	1
II. Wurzeln der Entwicklung und früheste Schriften (1885–1888).....	3
1. Zur Bedeutung Otto von Gierkes	3
2. Die Entwicklung in den frühen Schriften.....	5
3. Insbesondere: Friedenspräsenz und Reichsverfassung.....	7
III. Die theoretische Grundlegung in der Habilitationsschrift (1889)	10
1. Die Diskussion über den Bundesstaat als Ausgangspunkt	10
2. Der Abschied vom Souveränitätsbegriff	11
3. Die organisch-germanistische Alternative	12
4. Die genossenschaftstheoretische Synthese.....	14
5. Die Sonderrolle der Gebietskörperschaft	17
6. Zwischenbilanz	21
IV. Das Pflichtprogramm des jungen Staatsrechtslehrers (1889–1898).....	25
1. Die Antrittsvorlesung und Folgeveröffentlichungen dazu	25
2. Zum konstitutionell-parlamentarischen System der Reichsverfassung 1871	27
3. Zum Völkerrecht	29
4. Reichs- und Landesfinanzen	31
5. Rezensionen und Anzeigen	33
V. Die Zusammenführung von Kommunalrecht und Theorie (1900–1908)	35
1. Zum Wesen der Selbstverwaltung.....	35
2. Die Organpersönlichkeit als Schlüsselbegriff	38
3. Anwendung auf das städtische Amtsrecht.....	41
4. Städtisches Amtsrecht und Staat	44
5. Der konstitutionelle Gesetzesbegriff und die Wende zur Grundrechtsdogmatik	48
6. Die Auseinandersetzung mit sozialistischer Staatstheorie	50
7. Kleinere juristische Veröffentlichungen 1903–1906.....	53
8. Die Rechtssouveränität: Krabbe und Preuß.....	55
9. Die Synthese: Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität.....	56
VI. Folgerungen für die Verwaltungsreform und der Weg zur Staatsreform (1908–1917).....	59
1. Das rechtspolitische Programm.....	59
2. Die theoretisch-dogmatische Grundlegung	62
3. Gang und Kritik der Reformgesetzgebung.....	65
4. Preuß' eigenes Konzept	69
5. Die bleibende Aktualität des Themas.....	71
VII. Schlussbemerkung	73

I. Fragestellung und Abgrenzung der Bände

Der Zweite Band der Gesammelten Schriften von Hugo Preuß dokumentiert die Genese des verfassungsrechtlichen Instrumentariums, das für das Staats- und Kommunalverfassungsrecht Deutschlands, für die Kommunalverfassung wie für die Staatsverfassung der Weimarer Republik bestimmend geworden ist. Der vorangehende Erste Band enthält die Arbeiten zu *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*. Darin wird Preuß' politisches Wir-

ken dokumentiert, von der Bismarck-Zeit und, nach der für die Entwicklung von Preuß so wichtigen Übergangsphase des Thronwechsels von 1888, der Periode Wilhelms II. bis zum Ersten Weltkrieg und zum Zusammenbruch. Daran schließen der Dritte Band, vorwiegend zur Entstehung der Weimarer Verfassung, und der Vierte Band zum Wirken in der Weimarer Republik zeitlich an. Der Fünfte Band zu *Kommunalwissenschaft und Kommunalpolitik* übergreift die verschiedenen Perioden.

Der hier vorgelegte Zweite Band umfasst zeitlich im Wesentlichen die gleiche Periode wie der Erste, grenzt sich aber thematisch von ihm ab. Geht es im Ersten Band um den Politiker, auch um sein Wirken im Ersten Weltkrieg, ist hier vom Juristen die Rede. Preuß hat nach seinem Abitur am Berliner Sophiengymnasium und Militärdienst vom Wintersemester 1879 an je drei Semester an der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin und an der Universität Heidelberg Jura studiert und im Mai 1883 das Erste Juristische Staatsexamen beim Königlich-Preußischen Kammergericht Berlin, ferner auch die Doktorprüfung in Göttingen auf Grund einer nicht veröffentlichten Dissertation *Über den Eviktionsregreß des in possessorio unterlegenen Käufers* abgelegt.¹ Anschließend leistete er einen Teil des Referendardiensts ab, schied jedoch nach längerem Urlaub Anfang 1886 endgültig daraus aus und widmete sich ganz der Publizistik – im doppelten Sinn der Wissenschaft vom öffentlichen Recht und der politischen Öffentlichkeitsarbeit. Frühe Arbeiten gipfelten in der 1889 zur Erlangung der *venia legendi* für öffentliches Recht vorgelegten und im gleichen Jahr veröffentlichten Habilitationsschrift über *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*.² Sie legte den Grund für die weitere juristische Arbeit, die im vorliegenden Band dokumentiert und in den fünf folgenden Abschnitten (II–VI) dieser Einleitung kommentiert wird.

¹ Biographische Angaben nach Ernst Feder, *Hugo Preuß. Ein Lebensbild*, Berlin 1926; Siegfried Graßmann, *Hugo Preuß und die deutsche Selbstverwaltung*, Lübeck 1965, S. 6ff.; Arndt Faatz, *Hugo Preuß*, Diss. Trier 1999, S. 7ff.; Günther Gillessen, *Hugo Preuß. Studien zur Ideen- und Verfassungsgeschichte der Weimarer Republik* (Diss. Freiburg 1955), Berlin 2000, S. 17ff. Grundlage Gillessens ist der anlässlich der Habilitation vorgelegte Lebenslauf vom 27.10.1888. Die Dissertation liegt in einer handschriftlichen Fassung von 214 halbspaltig beschriebenen Seiten, datiert Wittenberge, 30. Oktober 1883 vor, die Preuß „später lächelnd als ‚wenig nutzvoll‘ bezeichnete“, die auch nie gedruckt wurde und die „heute längst verschollen ist“ (Gillessen a.a.O. S. 18; jetzt aufgefunden im Universitätsarchiv Göttingen, Jur. Prom. 0.2772). In der Tat ist die Arbeit spätestens seit Ernst Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, 1902 (vgl. Jörs/Kunkel/Wenger, *Römisches Recht*, 3. Aufl. Berlin 1949, § 143.1 S. 230 mit Fn. 1) überholt und hat, soweit ersichtlich, in Preuß' weiterem Werk keine Spuren hinterlassen, so dass von einer Veröffentlichung in dieser Edition abgesehen wird.

² Hugo Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889 (Neudruck Aalen 1964, Dillenburg 1999). Dieses als Reprint vorliegende Buch wird, ebenso wie das über *Das städtische Amtsrecht in Preußen*, Berlin 1902 (Neudruck Genschmar 2006), in der vorliegenden Edition nicht abgedruckt, wohl aber in die Einleitung mit einbezogen. Entsprechendes gilt für die großen Monographien über *Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa. Historische Grundlagen zu einem Staatsrecht der Deutschen Republik*, aus dem Nachlass, herausgegeben und eingeleitet von Hedwig Hintze, Berlin 1927 (Neudruck Genschmar 2008), die in der Einleitung zu Bd. 3, und *Die Entwicklung des deutschen Städtewesens*. Erster Band: *Entwicklungsgeschichte der deutschen Städteverfassung*, Leipzig 1906 (Neudruck Aalen 1965), die in der Einleitung zu Bd. 5 mit behandelt werden.

Dennoch zeigen schon die zeitliche Parallelität, zahlreiche thematische Überschneidungen rechtlicher und politischer Argumentationen und die beide Bereiche verbindende brillante Formulierungskunst, dass rechtliche und politische Arbeit für Preuß, bei allem Bestreben um wissenschaftliche Objektivität,³ zusammengehören. Das im Ersten Band dokumentierte und einleitend charakterisierte politische Wirken kann daher nicht ohne die theoretischen Grundlagen, die im Folgenden darzustellen sind, verstanden werden, und ebenso beruhen die methodisch-theoretischen Weichenstellungen auch auf den politischen Optionen, die die Einleitung zum Ersten Band behandelt hat.⁴ Die Trennung der beiden Bände, technisch aus Gründen des Umfangs und zur Herausarbeitung einzelner Fragestellungen unumgänglich, darf daher nicht dazu führen, die enge Verbindung politischer und juristischer Argumentation bei Preuß und den sachlichen Zusammenhang der von ihm vertretenen Positionen zu verkennen.

Dies wird zunächst schon bei den Prämissen des Staatsbegriffs deutlich, die vom politischen Freiheitsverständnis kaum zu trennen sind. Vor allem aber prägt es die Folgerungen, die juristisch für den Bundesstaatsbegriff, die Bedeutung des Völkerrechts, die Stellung der Gemeinden und, als Grundlage für all dies, den Verfassungsbegriff gezogen werden. Insofern ist, über die Bandgliederung hinweg, hier vor allem die Einheit des Werks zu betonen, auch wenn diese in den unterschiedlichen Schaffensperioden und thematischen Zusammenhängen nicht immer unmittelbar erkennbar wird.

II. Wurzeln der Entwicklung und früheste Schriften (1885–1888)

1. Zur Bedeutung Otto von Gierkes

Zum Verständnis der Theoriebildung bei Preuß ist es daher erforderlich, neben den Einflüssen auf die Formung politischer Überzeugungen, für die in der Einleitung zum Ersten Band namentlich Theodor Barth und Ludwig Bamberger, ferner Max von Forckenbeck und Franz von Stauffenberg genannt wurden,⁵ auch auf die wissenschaftli-

³ Exemplarisch und wegleitend das Franz Lieber entnommene Motto zur Schrift über Friedenspräsenz und Reichsverfassung, nachstehend Nr. 17, und dazu unten II 1, 3. Zu dieser Trennung der Disziplinen durch Preuß vgl. schon im Ansatz Detlef Lehnert, *Verfassungsdemokratie als Bürgergenossenschaft. Politisches Denken, Öffentliches Recht und Geschichtsdeutungen bei Hugo Preuß – Beiträge zur demokratischen Institutionenlehre in Deutschland*, Baden-Baden 1998, insb. S. 21ff., 49f.

⁴ In diesem Sinn vorbildlich Sandro Mezzadra, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna 1999, der in Kap. I (S. 17ff.) die ideengeschichtliche Stellung, in Kap. II (S. 85ff.) das Wirken in der politischen Geschichte, aber unter Einbeziehung der staatstheoretischen Positionen darstellt. Zu deren Bedeutung neuerdings eindrucklich auch Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari 2007, S. 225. Im Gegensatz dazu fällt auf, dass der gleich nach Preuß' Tod von Else Preuß herausgegebene und von Theodor Heuss eingeleitete Sammelband: Hugo Preuß, *Staat, Recht und Freiheit. Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte*, Tübingen 1926 (Neudrucke Hildesheim 1964, 2006) schon im Untertitel den rechtlichen Aspekt ausklammert und in der Tat keine der in diesem Band abgedruckten Schriften enthält.

⁵ Vgl. Albertin, Einleitung zum Ersten Band dieser Edition, S. 13ff.

chen Einflüsse einzugehen. Erst die Verbindung beider Wurzeln lässt das begrifflich-theoretische Instrumentarium von Preuß' Gedanken, aber auch die Wirksamkeit seiner Theorie, vor allem für das politische Umfeld, verstehen.

Insofern gehört an erste Stelle Otto von Gierke.⁶ Ihn lernte Preuß zwar noch nicht als Student kennen, denn damals lehrte Gierke in Breslau, und auch nicht während Gierkes Heidelberger Lehrtätigkeit, denn damals (1884–1887) war Preuß schon nicht mehr dort, wohl aber 1887, als Gierke nach Berlin berufen wurde, und es ergab sich eine intensive Zusammenarbeit. Davon zeugt schon der im Folgenden unter Nr. 1 wiedergegebene Beitrag, der Anfang 1889 ein Kapitel der Habilitationsschrift vorweg veröffentlicht.⁷ Diese versteht sich im Untertitel ausdrücklich als *Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie* und ist

„Dem Vorkämpfer deutscher Genossenschaftstheorie Herrn Dr. Otto Gierke, Geheimem Justizrath und ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Berlin in Verehrung zugeeignet.“

Die Zusammenarbeit, in der Vorbemerkung nochmals betont und im Buch auf Schritt und Tritt nachvollziehbar, trug also sehr bald Früchte.

Näheres Zusehen führt dennoch auf zwei zusätzliche Akzente. Einerseits ist die Vorbemerkung zur Habilitationsschrift (S. IX) „September 1888“ datiert. Zu diesem Zeitpunkt dürfte daher das Manuskript – jedenfalls im Wesentlichen – fertig gestellt gewesen sein. Dafür sprechen auch die Veröffentlichung des schon erwähnten Beitrags im ersten Heft des *Archivs für öffentliches Recht* 1889, der Abschluss des Habilitationsverfahrens und die Publikation des Buchs noch 1889. Dass aber Preuß das über vierhundert Seiten umfassende Werk vom Frühjahr 1887 bis September 1888 thematisch konzipiert, erarbeitet und verfasst habe, erscheint denn doch fraglich. Näher liegt die Annahme, dass Preuß aus sachlichen Gründen schon vorher auf Gierkes Genossenschaftstheorie stieß und den Gedanken, sie auf Gebietskörperschaften unterschiedlicher Ebenen anzuwenden, entwickelte. Diese Gierke ja in mancher Hinsicht abwandelnde und verändernde Idee mag durch den persönlichen Kontakt bereichert und ergänzt, aber kaum ausschließlich determiniert gewesen sein. Man wird daher das Buch vom Ansatz und Grundgedanken her ganz Preuß zuschreiben, Gierkes Part eher in der gedanklichen Anregung und dann gewiss im diskursiven Austausch mit Preuß sehen dürfen.

Andererseits fällt auf, dass Preuß zwischen 1885 und 1887 mehrere Arbeiten verfasst hat, die mit Gierke nichts zu tun haben. Das gilt von *Kolonialpolitik und Reichsverfassung*,⁸ der Auseinandersetzung mit Holtzendorffs *Handbuch des Völkerrechts*,⁹ den

⁶ Dazu Karsten Malowitz, *Zwischen Kaiserreich und Republik. Hugo Preuß und Otto von Gierke*, in: D. Lehnert/Chr. Müller (Hrsg.), *Vom Untertanenverband zur Bürgergenossenschaft*, Baden-Baden 2003, S. 123ff. m. Nachw.; wichtig auch die Darstellung bei Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 21ff. Grundlegend, wenn auch für die Beziehung Gierke-Preuß unergiebig der Nachruf von Ulrich Stutz, *Zur Erinnerung an Otto von Gierke*, *Savigny-Zeitschrift*, Germ. Abteilung Bd. 43, 1922, S. VII-LXIII.

⁷ Der Text entspricht – bis auf den ersten Absatz und einige unwesentliche Korrekturen – dem Kapitel VI von *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* (zit. Fn. 2), S. 138–173.

⁸ Nachfolgend Nr. 11, in den gleichen Zusammenhang kann Nr. 13 gerückt werden.

⁹ Nachfolgend Nr. 12.

Schriften über Franz Lieber, auch im Verhältnis zu Johann Caspar Bluntschli,¹⁰ und vor allem von der recht umfangreichen Studie über *Friedenspräsenz und Reichsverfassung* mit einigen diese begleitenden Arbeiten.¹¹ Diese Arbeiten sind weithin – wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird – durch eine liberale politische Position bestimmt und führen diese zu rechtlichen Konsequenzen. Sie bewegen sich aber weitgehend innerhalb der Bandbreite vorherrschender juristischer Argumentation des Kaiserreichs, ohne diese in Frage zu stellen.

Diese Art der Argumentation bricht mit den genannten Schriften auch nicht völlig ab, sondern findet einzelne Fortsetzungen. Aber sie lässt Preuß' Situation nach seiner Hinwendung zur Wissenschaft besser verstehen. Zunächst tastete er, bestimmt durch die ihn politisch prägenden Einflüsse, mögliche Arbeitsfelder ab und entwickelte dazu auch bestimmte methodische Ansätze. Dabei tritt die Relativierung der Souveränität des Staates bald ins Blickfeld. Offenbar von hier aus erscheint eine Parallelsetzung des Staates mit andern Gebietskörperschaften – von der Weltgemeinschaft bis zur Gemeinde – als interessanter Gedanke. Ihn abzustützen und zu entwickeln, hilft die Genossenschaftstheorie, wie Preuß sie versteht. Damit ist das Konzept der Habilitationsschrift, aber auch der Funktionsbestimmung Gierkes gefunden.

2. Die Entwicklung in den frühen Schriften

Im Einzelnen nehmen die erwähnten Schriften, auch soweit sie hier als primär juristische gewürdigt werden, ihren Ausgangspunkt in der Zusammenarbeit mit Theodor Barth und Veröffentlichungen in der Zeitschrift *Die Nation*.¹² In diesem Rahmen lassen sie schon vor der Begegnung mit Gierke bestimmte Einflüsse erkennen.

Dies gilt zunächst für Franz von Holtzendorff, vom Ausgangspunkt Vertreter des Strafrechts, der aber gerade 1885 mit der Herausgabe eines (bis 1889 auf vier Bände vervollständigten) Handbuchs *des Völkerrechts*¹³ begonnen hatte. Preuß besprach den ersten Band in der *Nation*¹⁴ und entwickelte dabei den Gedanken einer rechtlichen Durchdringung des Handelns öffentlicher Gewalt auch im Weltmaßstab sowie der Durchdringung und gegenseitigen Bedingung von Staat und Recht. Hier klingen somit Gedanken an, auf deren Bedeutung noch zurückzukommen sein wird.

¹⁰ Nachfolgend Nr. 14–16, dazu sogleich im Text.

¹¹ Nachfolgend Nr. 17 (dazu nachfolgend unter 3.), auch 18 und 19; vgl. auch die in Bd. 1 unter Nr. 1–7 wiedergegebenen Schriften, für die Entsprechendes gilt.

¹² Dazu Albertin, Einleitung zu Bd. 1, S. 13ff.

¹³ Franz von Holtzendorff (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. 1, Berlin 1885, Bde. 2–4, 1886–1889. Über Holtzendorff (1829–1889), der auch das später von Gustav Schmoller herausgegebene *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* (seit 1871, im Folgenden *SchmollersJb*) und weitere enzyklopädische Werke begründet hatte, vgl. *Neue Deutsche Biographie (NDB)*, Bd. 9, Berlin 1972, S. 556f., und Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, München 1992, S. 378.

¹⁴ Nachfolgend Nr. 12.

Holtzendorff hatte im gleichen Jahr auch eine deutsche Übersetzung der autobiographischen Schrift des in die USA emigrierten Deutschen Franz Lieber herausgegeben, und auch dieses Buch wurde von Preuß besprochen.¹⁵ Es berichtet vom Schicksal eines Teilnehmers an den Befreiungskriegen von 1815, der danach als Burschenschafter in das Visier politischer Verfolgung geriet, nach etlichen Wechselfällen erst nach England, dann in die USA auswanderte und dort nach großen Schwierigkeiten als Professor und Autor einige Berühmtheit erlangte; eines seiner Hauptwerke, *On civil liberty and self-government*, war 1860 in deutscher Übersetzung erschienen.¹⁶ Offenbar war Preuß von diesem Schicksal beeindruckt, denn er widmete Lieber zwei weitere im folgenden Jahr erschienene Schriften.¹⁷ Betrachtet man Preuß' Wirken aus späterer Sicht, so fällt auf, dass er hier, also schon 1885/86, erstmals mit dem Erbe der Preußischen Reformzeit konfrontiert wurde. Lieber, geprägt von dieser Epoche, hatte 1822/23 ein Jahr bei Barthold Niebuhr, einem zum Kreis des Freiherrn vom Stein gehörenden Gelehrten, in Rom zugebracht. Das könnte zur Hypothese führen, er habe dadurch Steins Ideen rezipiert, seiner Lehre vom *Selfgovernment* zugrunde gelegt und damit Preuß und dessen Lehre von der Selbstverwaltung beeinflusst.¹⁸ Damit wäre, schon vor der Begegnung von Gierke und Preuß, eine Kontinuität zwischen Preußischen Reformen und Preuß' Selbstverwaltungstheorie aufweisbar.

So verlockend eine derartige Hypothese ist, sie lässt sich schwerlich verifizieren. Zunächst geht aus Preuß' Schriften über Lieber höchstens in ganz knappen Ansätzen¹⁹ hervor, dass er sich mit dessen Theorie des *Selfgovernment* auseinandergesetzt hätte. Preuß interessierte die Biographie des Freiheitskämpfers und Unterdrückten, die Auswanderungsproblematik, die Bedeutung – auch im Verhältnis zu Bluntschli – für das Völker-

¹⁵ Franz Lieber, *Aus den Denkwürdigkeiten eines Deutsch-Amerikaners (1800–1872)*. Auf Grundlage des englischen Textes von Thomas Sergeant Perry und in Verbindung mit Alfred Jachmann hrsg. von Franz von Holtzendorff, Stuttgart 1885, vgl. nachfolgend Nr. 14.

¹⁶ Franz Lieber, *Über bürgerliche Freiheit und Selbstverwaltung* (übersetzt von Mittermaier), Heidelberg 1860. Preuß zitiert dieses Buch auch 1888 im Aufsatz *Zur Jubelfeier der französischen Revolution*, in dieser Edition Bd. 1, Nr. 9 S. 147 (149); zur historischen Bedeutung etwa G.-Chr. von Unruh, *Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung*, in: G. Püttner (Hrsg.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 2. Aufl. Bd. 1, Berlin 1981, S. 57 (67).

¹⁷ Bluntschli und Lieber (nachfolgend Nr. 15); *Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten* (nachfolgend Nr. 16). Ergänzend dazu zwei Jahre später *Ein Bericht des amerikanischen Generalauditeurs* (nachfolgend Nr. 21), zu einer Arbeit des Sohnes Liebers als Acting Judge-Advocate-General im Heer der USA über das dortige Wehrdisziplinarrecht.

¹⁸ Vgl. die eingehende Untersuchung durch Tatsuji Ohno, *Meiji-Restauration und Selbstverwaltung. Die Rolle von Rudolf von Gneist und Franz Lieber in Japan*, in: Chr. Müller (Hrsg.), *Gemeinde, Stadt, Staat: Aspekte der Verfassungstheorie von Hugo Preuß*, Baden-Baden 2005, S. 121 (134ff.), und jetzt Tatsuji Ohno, *Selbstverwaltung, Selbstregierung und Freiheit. Franz Lieber und Rudolf Gneist in Deutschland und Japan*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 56, 2008, S. 75 (78, 88); danach auch zum Folgenden.

¹⁹ In: *Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten* (nachfolgend Nr. 16), wo S. 323 global und kurz vom Reformwerk des Freiherrn vom Stein sowie einer Parallele zwischen dem preußisch und dem angelsächsisch geprägten „germanischen Geist“ im Gegensatz zur romanischen Gebundenheit die Rede ist und S. 326 ganz kurz der Name Gneists genannt wird; in diesem Zusammenhang kann auch der Hinweis auf die „anglican liberty“ (Bd. 1, S. 149 dieser Edition, oben Fn. 16) verstanden werden (aber erst 1888).

recht²⁰ und für ein demokratisches Staatsverständnis, eine Selbstregierung des Volkes auch im Flächenstaat, aber nicht die Selbstverwaltungstheorie. Seinerseits hatte sich Preuß damals – 1885/86 – mit der kommunalen Selbstverwaltung noch nicht zu befassen begonnen. Aber auch im Übrigen lässt sich ein Einfluss des Lieber'schen *Selfgovernment*-Konzepts auf das deutsche Kommunalrecht kaum feststellen.²¹ Zwischen Liebers Entwicklung in der amerikanischen Demokratie und dem Kommunalrecht in den deutschen Monarchien lagen Welten, die durch einfache Übernahme nicht zu überbrücken waren – mochte auch Preuß' späteres Wirken eine Annäherung bringen. Aber der Weg dorthin ist in den frühen Schriften noch nicht erkennbar.

Wohl aber bestätigen die Studien über Lieber und, mit ihm verbunden, auch Bluntschli, dass der junge Preuß vor allem an der Entwicklung des Völkerrechts interessiert war. Dass der Staat nicht einfach über das Recht verfügen, sondern sich dabei in eine ihn bedingende Ordnung, die freilich vom Staat ebenfalls nicht unabhängig gedacht werden konnte, einfügen müsse – diese Verbindung von Recht und Staat, zunächst als Vorbedingung des Völkerrechts, prägt schon die ersten Schriften.²²

Diese Fragestellung und Erkenntnis spiegelt sich sogleich in der Kompetenzsphäre im Staat auf mehreren Ebenen. Zwei weitere für den politischen Liberalismus essentielle Themen, die Kolonialpolitik und das Recht zum Abschluss von Auslieferungsverträgen,²³ werden im Hinblick auf die bundesstaatliche Zuständigkeit untersucht, und in beiden Fällen votiert Preuß – überzeugend – für die ausschließliche Zuständigkeit des Zentralstaats. Auch diese Problembehandlung bereitet schon vor Beginn eines feststellbaren Einflusses Gierkes die Argumentation der Habilitationsschrift vor, vor allem aber die Zuweisung der Rolle des Bewahrers der Freiheit an das Reich, die für die verfassungspolitische Tätigkeit um 1918 essentiell wurde.²⁴

3. Insbesondere: Friedenspräsenz und Reichsverfassung

Wichtigstes Ergebnis dieser frühen Schaffensphase war jedoch eine monographische Schrift von rund hundert Seiten, mit der Preuß schon 1887 zu einer Zentralfrage der damaligen verfassungspolitischen und verfassungsrechtlichen Kontroversen Stellung nahm. Seit dem Preußischen Verfassungskonflikt, der davon seinen Ausgang genommen

²⁰ Dazu überzeugend die materialreiche Studie von Betsy Röben, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht 1861–1881*, Baden-Baden 2003; darin ist von Selbstverwaltung nicht die Rede.

²¹ Selbst das *Staats-Wörterbuch*, hrsg. von Bluntschli/Brater, Leipzig 1875, erwähnt im Artikel von Loening, *Gemeinde* (Bd. 1, S. 736–775), Liebers Ideen zum *Selfgovernment* mit keinem Wort; vgl. im Übrigen die Nachweise bei Ohno (zit. Fn. 18), *JöR* 56, 2008, S. 78, 88.

²² So in der unter Nr. 12 abgedruckten Rezension, unten S. 281.

²³ Nachfolgend Nr. 11, 13.

²⁴ Dazu im Einzelnen Bd. 3; hierauf stützt sich Gerhard Anschütz, *Aus meinem Leben*, hrsg. und eingeleitet von Walter Pauly, Frankfurt 1993, insb. S. 121, 251, wenn er Preuß – vielleicht die eigene Position in ihn projizierend – als Befürworter des Unitarismus apostrophiert. Diese Bewertung entspricht auch der durch Lehnert (zit. Fn. 3), S. 217, 455; Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 129. Auf die Problematik und Diskussion ist unten III 6 erneut einzugehen.

hatte, dass bei der Mobilmachung von 1859 Mängel zutage getreten waren und durch Heeresreorganisation behoben werden sollten, war streitig, welche Rechte dabei dem Parlament, welche der Regierung und speziell dem monarchischen Oberbefehl zustanden. Der Streit war vor allem als einer über das Budgetrecht des Parlaments ausgetragen und insofern nach dem Sieg Preußens über den Deutschen Bund und speziell Österreich durch das Indemnitätsgesetz vom 14. September 1866 beigelegt worden. Die Bewertung dieses Ergebnisses war damals und ist bis heute strittig.²⁵ Fest steht jedoch, dass neben der haushaltsrechtlichen Seite der Konflikt auch und vor allem die Frage der Gesetzgebungshoheit des Parlaments im Verhältnis zur exekutiven Organisations- zur Kommandogewalt, namentlich dem königlichen Oberbefehl²⁶ betraf.

Da die Verfassung des Norddeutschen Bundes, insofern durch die Reichsverfassung von 1871 sachlich nicht verändert, im unmittelbaren Anschluss an den Verfassungskonflikt formuliert wurde, lag es nahe, die einschlägigen Bestimmungen – vor allem die Art. 59–63 – im Licht dieser Vorgeschichte zu verstehen. In der Tat stellten sich alsbald ähnliche Probleme; sie wurden durch die Teilnahme Deutschlands am Rüstungswettlauf im letzten Drittel des Jahrhunderts verschärft. Im Ergebnis wurden erst durch Gesetz vom 9.12.1871 Heeresstärke und Heeresausgaben für drei Jahre („Triennat“), dann durch Gesetze vom 2.5.1874 und vom 6.5.1880 auf jeweils sieben Jahre („Septennat“) festgelegt; ein Gesetzesentwurf der Regierung von 1886 wollte erneut so verfahren, stieß jedoch auf Opposition. Das war der Anlass für Preuß' Monographie.

Zentrales Anliegen der Schrift ist, aufzuzeigen, dass schon im Verfassungskonflikt die Heeresreorganisation das bis dahin geltende Wehrgesetz vom 3.9.1814, dessen Änderung im Abgeordnetenhaus auf Widerstand stieß, missachtete, und statt einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage bloße Bewilligung der erforderlichen Mittel durch das Budget als Grundlage zu nehmen beanspruchte. Sie wurde durch die liberale Mehrheit im Abgeordnetenhaus verweigert. Aber damit verlagerte sich die Frage der Rechtsgrundlage der Heeresreform auf ein Budgetproblem. Auch für die Liberalen, vor allem den in diesem Sinn traditioneller Mittelbewilligung argumentierenden Eduard Lasker, bot sich das Budget als das geeignete Steuerungsinstrument an, das eine jährliche Überprüfung ermöglichte. Die selbständige rechtliche Regelung der Friedenspräsenzstärke des Heeres erschien entbehrlich. Da aber die Regierung die Notwendigkeit einer gewissen Planungssicherheit betonte, kam es immer wieder zu schweren Konflikten mit den wenig befriedigenden Kompromisslösungen der drei- und siebenjährigen Mittelbewilligung.

²⁵ Vgl. nächst der umfassenden Dokumentation bei Preuß, *Friedenspräsenz und Reichsverfassung* (nachfolgend Nr. 17) aus heutiger Sicht Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5. Aufl. München 2005, § 32 II 3 S. 315f.; Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 3, 3. Aufl. Stuttgart 1988, S. 333ff., 348ff.; Bd. 4, 2. Aufl. Stuttgart 1982, S. 545ff.; für meine eigene Sicht darf ich auf Dian Schefold, *Verfassung als Kompromiss?*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR)* 1981, S. 137ff. m.w.Nachw. verweisen.

²⁶ Nach Art. 46 der Preußischen Verfassung vom 31.1.1850 (*Preußische Gesetzessammlung*, im Folgenden *PrGS*, S. 17).

Das Ziel von Preuß' Schrift ist nun, die Frage der Friedenspräsenzstärke des Heeres als Gegenstand eines materiellen und zugleich formellen, also vom Parlament zu erlassenden Gesetzes zu qualifizieren und damit eine eindeutige, dauerhafte Regelung zu postulieren. Dabei entwickelt er mehrere Argumentationsstränge, von der erwähnten Herleitung aus dem Preußischen Verfassungskonflikt mit den Folgen in den Septennats-Streitigkeiten über die Genese, die historische und die systematisch-teleologische Interpretation der Reichsverfassung bis zur Diskussion des Gesetzesbegriffs und des monarchischen Verordnungsrechts. Insofern fällt auf, dass er über weite Strecken Paul Laband, namentlich seiner Schrift über das Budgetrecht²⁷ folgt, vor allem aber seine Theorie in der Nachfolge Rudolf Gneists sieht, der, so Preuß, wohl als Einziger, in zahlreichen Reden im Preußischen Abgeordnetenhaus und im Reichstag, in der Presse und in wissenschaftlichen Veröffentlichungen²⁸ immer die Notwendigkeit einer Fixierung der Friedenspräsenzstärke in einem materiellen parlamentarischen Gesetz gefordert habe.

Diese Argumentation erscheint aus mehreren Gründen bemerkenswert. Zunächst wendet sie Labands These von der Trennung zwischen formellem und materiellem Gesetz ins Positive, indem aus der Irrelevanz des Budgets als nur formelles Gesetz, die als Entwertung der parlamentarischen Staatsleitung erscheinen mag,²⁹ die Notwendigkeit einer Regelung durch materielles, allerdings vom Parlament zu erlassendes Gesetz abgeleitet wird.³⁰ Sodann entspricht sie der liberalen Position Preuß' nur sehr begrenzt; denn eine gesetzlich dauerhaft geregelte Friedenspräsenzstärke, ein „Aeternat“³¹ schwächt den Einfluss des Parlaments auf die Militärpolitik, erst recht nach der Reichsverfassung, deren Art. 5 Abs. 2 in Angelegenheiten des Militärwesens eine Veränderung entgegen dem Willen der Stimme des Präsidiums ausschließt.³² Schließlich aber kennzeichnet die Argumentation die Bedeutung Gneists für Preuß. Lange vor dem Beginn der Beschäftigung Preuß' mit Problemen der kommunalen Selbstverwaltung wird Gneist für ihn zum

²⁷ Paul Laband, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungsurkunde*, Berlin 1871.

²⁸ Vor allem Rudolf Gneist, *Budget und Gesetz*, 1867 – also vor Laband. In einem Brief an Gneist vom 3.3.1887 (Geh. StArch. Preuß. Kulturbesitz, Nachlass Gneist, Nr. 107, Bl. 34–35) bezeichnet Preuß seine diesbezügliche Übereinstimmung mit Gneist als „Leitmotiv meiner Studie“; in diesem Sinn bekämpft er „die unnatürliche Verquickung der Friedenpräsenzfixierung mit dem Budgetrecht“.

²⁹ So die These Hermann Hellers, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, *VVDStRL* 4, 1928, S. 98ff., jetzt in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften* Bd. 2, 2. Aufl. Tübingen 1992, S. 203ff. (214ff., und Leitsätze 5, 6, S. 243), der sich insofern auf Preuß hätte berufen können.

³⁰ Dies dürfte der Intention Labands schwerlich entsprochen haben, zumal dieser sich für ein Verordnungsrecht des Kaisers hinsichtlich der Friedenspräsenzstärke ausspricht, vgl. die Nachweise S. 389f. und dazu Lehnert, *Verfassungsdemokratie* (zit. Fn. 3), S. 50 mit Fn. 49.

³¹ Zu diesem Begriff und auch der Abneigung beider Parteien dagegen unten S. 385f., 394f.; wohl deshalb das in „Carissima veritas“ gipfelnde, von Franz Lieber (vgl. S. 292) übernommene Motto der Schrift. Aus heutiger Sicht mit umfangreichen Nachweisen E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte* Bd. 4 (zit. Fn. 25), S. 546ff., der sich, freilich wohl eher Labands Standpunkt teilend, auch eingehend mit Preuß' Argumentation auseinandersetzt.

³² Darauf hat Preuß wenig später (1889) in seiner Schrift zur organischen Bedeutung der Art. 15 und 17 der Reichsverfassung, nachstehend Nr. 20 (S. 423.), selbst hingewiesen.

maßgebenden Gewährsmann in Fragen des Gesetzesbegriffs und des parlamentarischen Systems,³³ wobei die ursprünglich liberale Position im Verfassungskonflikt bei Gneist in der Spätphase eher eine der Regierung günstige Funktion erhält – und auch insofern von Preuß gestützt wird. Dieser vertraut eher einer faktischen Verkürzung der Dienstzeit bei den Fahnen und damit der Stärkung milizartiger Elemente in der Wehrverfassung,³⁴ während er durch das Postulat parlamentarischer Selbstbindung der Rüstungspolitik weniger Schranken setzt als seine liberalen Gesinnungsgenossen.

III. Die theoretische Grundlegung in der Habilitationsschrift (1889)

1. Die Diskussion um den Bundesstaat als Ausgangspunkt

Die Themenstellung des bereits erwähnten Buchs, mit dem sich Preuß 1889 habilitierte und das noch im gleichen Jahr im Druck erschien, scheint auf den ersten Blick völlig anders gelagert. Dennoch ist sie bereits in den erwähnten frühen Aufsätzen angelegt, denn einerseits kreisen mehrere von ihnen um die Auslegung von Reichs- und Gliedstaatenzuständigkeiten nach der Reichsverfassung von 1871, andererseits lassen die Ausführungen zum Völkerrecht und auch erste Erwähnungen der kommunalen Selbstverwaltung als zentrales Problem hervortreten, dass öffentliche Gewalt im modernen Staat auf mehreren unterschiedlichen Ebenen ausgeübt wird. Insofern ist der Titel des Buchs Programm, das noch dadurch erweitert wird, dass als „Gemeinde“ auch Kommunalverbände, namentlich die Kreise und die preußischen Provinzialverbände verstanden werden,³⁵ und dass auch von der Völkerrechtsgemeinschaft gesprochen wird. Das Buch reiht sich ein in die Vielzahl von Untersuchungen, die nach der Gründung des Norddeutschen Bundes und Deutschen Reichs die Staatsqualität von Gliedstaaten und Reich behandeln. Die Problematik, gewiss schon vorgeprägt durch die des alten Reichs und des Deutschen Bundes, aber auch den amerikanischen und den schweizerischen Bundesstaat, hatte nach der Reichsgründung und nach dem amerikanischen Bürgerkrieg Konjunktur. Daher drängte sich eine „Dogmengeschichte“ – so der Titel des ersten Teils des Buchs – als Thema eines seine Qualifikation nachweisenden jungen Gelehrten auf, und sie ist als Beispiel für das Argumentationsgeschick des Verfassers bis heute exemplarisch und lesenswert.

Denn in der Tat war die Diskussion, wie aus Preuß' Darstellung deutlich wird, festgefahren, und Preuß benennt den Grund davon: Ist Souveränität Attribut der Staatlichkeit und wird sie als höchste Gewalt definiert, so kann es nur eine Ebene der Staatlichkeit geben. Folglich bleibt nur, entweder den Gliedstaaten oder dem Reich den Staats-

³³ Dazu der oben Fn. 28 zitierte, überaus verehrungsvolle Brief.

³⁴ So andeutungsweise S. 380f.; vgl. auch Preuß, *Die neue Militärvorlage*, nachfolgend Nr. 18, mit den wohl doch nicht unproblematischen Folgerungen in: *Vom ewigen Frieden*, nachfolgend Nr. 19.

³⁵ Explizit in diesem Sinn insb. Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, zit. Fn. 2, S. 367ff.

charakter abzusprechen, oder, im Widerspruch zur Definition der Souveränität, eine Teilbarkeit der Souveränität anzunehmen, oder, im Widerspruch zur Definition des Staates, auch nichtsoveräne Staaten anzuerkennen. Überdies bleibt die Unmöglichkeit, ein klares Kriterium für den Unterschied der kommunalen Ebene von der staatlichen zu finden, wenn für diese das an sich prätendierte Merkmal der Souveränität nicht ungeteilt aufrecht erhalten bleiben kann. Folge ist die von M. von Seydel apostrophierte und von Preuß mehrfach zitierte „Bankerrotterklärung des Bundesstaatsbegriffs“,³⁶ „das absolut negative Resultat“³⁷ der Diskussion. Gewiss ist diese weiter gegangen, hat sich namentlich eine herrschende Meinung den Souveränitätsbegriff so zurecht gelegt, dass er in einer „relativen, superlativen Deutung des Wortes“ mehreren Herrschaftsebenen zuerkannt werden konnte.³⁸ Aber eben, Superlativ und Relativität schließen sich aus. Daher ist der von Preuß herausgearbeitete Befund, akzeptiert man die Prämissen, logisch kaum widerlegbar.

2. Der Abschied vom Souveränitätsbegriff

In dieser Situation wird es für Preuß entscheidende Aufgabe, ohne den Souveränitätsbegriff auszukommen, und schon einleitend stellt er als Ziel heraus, „das Spinnennetz des veralteten, zeitwidrigen Souveränitätsbegriffs zu zerreißen“.³⁹ Erweist die Empirie Organisationen öffentlicher Gewalt auf mehreren Ebenen, so kann es nicht sinnvoll sein, aufgrund eines begrifflichen Kriteriums das Monopol der Staatlichkeit für eine davon zu vindizieren, den andern eine entsprechende Qualität abzusprechen; sondern es gilt – und das ist der Inhalt des zweiten Teils des Werkes –, eine Theorie der Staatlichkeit und speziell der Bundesstaatlichkeit zu entwickeln, die alle Ebenen der Ausübung öffentlicher Gewalt abdeckt.

Dabei benennt Preuß auch den Grund für die Inkongruenz von Souveränitätslehre und neueren Entwicklungstendenzen der Staatlichkeit. Jene Lehre, von Bodin entwickelt zur Begründung vor allem der französischen Souveränität entgegen dem globalen Herrschaftsanspruch des Kaisers des Heiligen Römischen Reiches, begründet und legitimiert den absoluten Staat, den absoluten Monarchen; sie hat insofern auch in Deutschland, gerade im Preußen des Großen Kurfürsten, eine entscheidende Rolle gespielt. Dagegen kann sie, wie vor, so auch nach der Periode des Absolutismus als Definitionsmerkmal

³⁶ So M. Seydel, bei Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* gleich anfangs (S. 3) und erneut S. 28, 30, 83 zitiert. Gierke hatte Seydel kurz zuvor in einem Aufsatz über *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatstheorien*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1874, scharf kritisiert [*ZfgStW* 30 (1874), S. 175ff.], Neudruck separat Tübingen 1915, dort S. 20ff.

³⁷ Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich*, S. 83.

³⁸ So zuerst, in eingehender Kritik des Preuß'schen Werks, Albert Hänel, *Zur Revision der Methode und Grundbegriffe des Staatsrechts*, *Archiv für öffentliches Recht (AöR)* 5, 1890, S. 457 (469ff., das Zitat S. 470), während Gustav Schmoller in seiner Rezension in: *SchmollersJb* Bd. 13, 1889, S. 265, die Logik von Preuß' Argumentation anerkennt.

³⁹ A.a.O. S. VI; die im Folgenden zusammengefassten Ausführungen finden sich vor allem in Kap. V, S. 100ff. Die zentrale Funktion dieses Ansatzes betont mit Recht Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, Frankfurt 1997, S. 368ff.

des Staates nicht taugen: der Verfassungsstaat ersetzt den Souveränitätsbegriff durch ihm adäquatere Kriterien. Dabei gilt es, die Entfaltung der Staatlichkeit von unten nach oben zur Kenntnis zu nehmen und eine ihr entsprechende Theorie zu entwickeln. Schon diese Argumentation operiert nur vordergründig mit dogmatischen Begriffen. Dahinter steht die Betonung der Verfassungsstaatlichkeit in Überwindung des absolutistischen Staates, der lokalen, kommunalen Demokratie als zusätzlicher Ebene sowie das Bekenntnis zum Völkerrecht, somit die politische Option des Juristen, die auch seine dogmatische Argumentation prägt und in einen Widerspruch zur herrschenden Lehre gelangen lässt.

Zusätzlich leitet Preuß die Argumentation mit dem Souveränitätsbegriff aus dem Einfluss des römischen Rechts her. Der Individualismus des römischen Rechts, der dem Staat als absolut anderer Größe gegenübergestellt wird, kann diesen nur als „*persona ficta*“, der für seine Einbeziehung in den Privatrechtsverkehr als Fiskus fingiert wird, verstehen; der Staat als solcher jedoch ist „*legibus solutus*“, eben absolut. Diese von Preuß vor allem mit Gierke belegte, aber auch schon von Laband vertretene Sicht dürfte durch neuere methodengeschichtliche Arbeiten bestätigt worden sein.⁴⁰ Allerdings schließt sie, wie Hänel Preuß entgegenhält,⁴¹ eine Umdeutung des Begriffs nicht aus, und sie hat auch Gierke nicht daran gehindert, im Unterschied zu seinem Schüler am Souveränitätsbegriff festzuhalten. Aber für Preuß, seine Entwicklung und den Zusammenhang juristischer und politischer Argumentation überaus kennzeichnend ist, dass die Analyse des Souveränitätsbegriffs in der Zuordnung des Begriffs zum Modell des „Obrigkeitsstaats“ gipfelt:⁴² Hier taucht dieser für Preuß' spätere Argumentation so wichtige Begriff erstmals im Zusammenhang juristisch-dogmatischer Gedankenführung auf und gibt einen Hinweis auf deren politische Stoßrichtung.

3. Die organisch-germanistische Alternative

Angesichts des Ergebnisses der Analyse, das als Dekonstruktion des Souveränitätsbegriffs verstanden werden kann, sieht sich Preuß vor der Notwendigkeit, eine neue Begrifflichkeit für die Phänomene öffentlicher Gewalt und deren realistischere Erfassung zu erarbeiten. Dazu holt er weit aus und legt zunächst, in dem vorab separat veröffentlichten Kapitel,⁴³ die Grundlagen einer organischen Staatsauffassung dar. Allerdings sieht er, dass diese auf Schelling rückführbare Betrachtung eine „von Schwärmerei und Mystik nicht freie Denkart“ begünstigen kann, und setzt sich deshalb namentlich von den durch den „sonderbaren Propheten“ Friedrich Rohmer beeinflussten Gedanken „sei-

⁴⁰ Vgl. Preuß, a.a.O., S. 108ff., vor allem unter Berufung auf Gierke, aber auch auf Laband, *Die Bedeutung der Reception des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht*, Strassburg 1880, S. 30; dazu Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt a.M. 1958.

⁴¹ S.o. Fn. 38. Auch Rudolf Gneists Zweitgutachten im Habilitationsverfahren von Hugo Preuß (Archiv Humboldt-Universität, Jur. Fak. 144 Habilitationen, Bl. 71R) meldet insofern Bedenken an.

⁴² A.a.O., S. 136.

⁴³ S.o. II 1 mit Fn. 7, nachfolgend Nr. 1; die Zitate S. 80. Vgl. dazu Lehnert (zit. Fn. 3), S. 86ff.

nes wissenschaftlichen Apostels“ Johann Caspar Bluntschli und der Restaurationslehre Karl Ludwig von Hallers ab. Aber in der Evolution einzelner Lebewesen, wie auch menschlicher Verbände geht er von genetischen Prinzipien des Zusammenwirkens aus, die notwendig, nicht vom menschlichen Willen abhängig sind.⁴⁴ Sie führen zur Bildung menschlicher Verbände, die zunächst wesensgleich sind, ob es sich um ursprüngliche Gemeinschaften, deren Entwicklung, Staaten und weitere gesellschaftliche Formationen handelt. Jeweils stellt sich die Problematik der Personenbildung, im physisch-menschlichen wie im sozialen Bereich – und vor allem der Bildung von Personen, an die eine juristische Dogmatik anknüpfen kann. Dabei wird schon hier der Einfluss von Gierkes Genossenschaftstheorie deutlich. Sie wird der romanistischen Fiktionstheorie und dem ausschließlichen Abstellen auf die Willensmacht des abstrakt gedachten Subjekts entgegengestellt. Jede Person, auch die Verbandsperson, ist ein Organismus und als solcher real. Allerdings bleibt der Unterschied zwischen dem Individuum und verbandsmäßigen Gruppierungen bedeutsam und stellt Preuß deshalb, auch insoweit Gierke folgend, dem Individualrecht ein Sozialrecht gegenüber, unabhängig von der juristischen Unterteilung von privatem und öffentlichem Recht. Verbände können sich auf verschiedenen Ebenen bilden und überlagern, ohne dass ein Verband der Bildung anderer entgegensteht.

Folglich erweist sich der Staat als Organismus in einer Kette von Personen und Organismen, die sich nicht ausschließen, und innerhalb derer keinem Element das Attribut der Souveränität zugesprochen werden muss oder kann.⁴⁵ Wohl aber bedarf es einer Ordnung unter diesen öffentliche Gewalt ausübenden Machträgern. Es gibt zwischen ihnen Herrschaftsverhältnisse und eine Überordnung des höheren Organismus, der „Gesamtperson“, die die „Gliedpersonen“ in sich schließt. Diese Herrschaftsverhältnisse bedürfen der Regelung und Abgrenzung. Aber im Gegensatz zur Souveränitätslehre lehnt es Preuß ab, die Gliedpersonen als bloße Objekte der Herrschaft durch die Gesamtperson aufzufassen. Das (in Gierkes Sinn sozialrechtliche⁴⁶) Verhältnis zwischen Gesamtperson und Gliedperson ist ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Einflussrechten; es gibt weder ein Herrschafts-, noch ein Zwangsmonopol einer Ebene, sondern auch die Gemeinden haben an der sozialrechtlichen Zwangsgewalt Anteil.

Auch insofern springt die rechtspolitische Konsequenz der Argumentation ins Auge: sie ist sowohl gemeinde-, als auch völkerrechtsfreundlich, indem sie neben der gliedstaatlichen und gesamtstaatlichen Ebene die grundsätzliche Gleichwertigkeit auch der darunter und der darüber liegenden Ebene prätendiert. Allerdings bleibt zunächst noch offen, was bei Konflikten im Rahmen der Gegenseitigkeitsordnung geschehen soll. Aber

⁴⁴ An späterer Stelle (Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich* S. 234) bezeichnet er die Genossenschaftstheorie ausdrücklich als „Darwinismus der Jurisprudenz“. Ähnlich auch in der Antrittsvorlesung, nachstehend Nr. 2 S. 112; zu Darwin siehe Erl. in Bd. 1, S. 749 [zu S. 418].

⁴⁵ Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich*, Kap. VII S. 174ff.; durch die Ablehnung der Verortung der Souveränität weicht die Darstellung von der Gierkes ab.

⁴⁶ Zu dem von Otto von Guericke seit seinen frühen Schriften, zusammenfassend in: *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin 1902, Ausgabe Darmstadt 1954, S. 28ff., entwickelten Begriff vgl. Stolleis (zit. Fn.13), Bd. 2, S. 360 m. Nachw. in Fn. 278.

durch die Eliminierung des Souveränitätsbegriffs werden sowohl die Durchsetzungschancen des Völkerrechts, als auch die Chancen des Schutzes kommunaler Selbstverwaltung verbessert.

4. Die genossenschaftstheoretische Synthese

Auf dieser theoretischen Grundlage sucht Preuß im umfangreichsten dritten Teil seiner Untersuchung das Verhältnis und Nebeneinander von kommunalen Körperschaften, Gliedstaaten, Bundesstaat (Reich) und Völkerrechtsgemeinschaft zu bestimmen.⁴⁷ Dabei verwirft er gleich – ebenso wie einen naturrechtlichen Vorrang des Rechts vor dem Staat – ein Rechtsetzungsmonopol und einen Primat des Staates bei der Herausbildung von Recht, sondern er postuliert einen notwendigen Zusammenhang von Staat und Recht. Das Nebeneinander von Menschen ist nur durch die gleichzeitige Herausbildung von Recht möglich; es sind „Individuen und Familie, und damit Recht und Staat in ihrer Urform gleichzeitig gegeben“.⁴⁸ Soziales Miteinander bedarf des Rechts, eben des Sozialrechts, das nicht auf Individualrecht zurückgeführt werden kann, sondern schon existiert, bevor der Staat als Träger öffentlicher Gewalt ein spezifisches öffentliches Recht setzt.

Diese dialektische Einheit von Staat und Recht,⁴⁹ die zwar nicht im rechtstheoretischen Ausgangspunkt, aber im Ergebnis Kelsens Identifikation von Staat und Recht nahe kommt, bestimmt auch die Maßstäbe für den Begriff des Rechtsstaats. Während die Setzung öffentlichen Rechts durch einen absoluten Monarchen sich außerhalb der Verbandsperson stellt und dieser das Recht fremdbestimmt – hier würde auch Preuß sagen: souverän – oktroyiert, geht das Recht des Rechtsstaats aus der Verbandsperson hervor und formt deren Sozialrecht in eigentliches öffentliches Recht um.⁵⁰ Folglich bedarf es des Ausdrucks der genossenschaftlichen Natur dieser Rechtsbildung

„durch eine Vertretung der zur Einheit organisierten Vielheit, [...] d.h. dass die Verfassung des Rechtsstaats eine repräsentative sein müsse“.

Parallel dazu wird die Kontrolle der Einhaltung dieses Rechts durch Verwaltungsrechtssprechung, im Anschluss an Bähr und Gneist, gefordert. Zwar drückt sich Preuß vorsichtig aus und nennt seinen Schluss „mehr ein dynamisches oder politisches Postulat, als ein juristisches“.⁵¹ Wesentlich ist, dass auch das Staatsoberhaupt als Staatsorgan, nicht aber kraft individualrechtlicher Befugnisse handelt, und dass auch eine Volksvertretung nicht etwa individualrechtliche Positionen schützt, sondern Organ der zur Ein-

⁴⁷ Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich*, Kap. VIII S. 199ff.

⁴⁸ A.a.O., S. 205 und dazu Lehnert (zit. Fn. 3), S. 81ff. Zu den Grundlagen dieser Lehre Gierke, *Grundbegriffe* ([Separatdruck 1915] zit. Fn. 36), S. 24ff. [*ZfgStW* 30 (1874), S. 178ff.] – Hänel (zit. Fn. 38) Kritik an dieser Argumentation, *AöR* 5, 1890, S. 457 (472), beruht auf der abweichenden Prämisse des Wesensunterschieds vorstaatlicher, aber bereits Recht erzeugender Verbände vom Staat.

⁴⁹ So der später von Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 3. Aufl. Zürich 1950, insb. S. 7ff., 118ff. geprägte Ausdruck, der sich freilich nicht auf Preuß bezieht.

⁵⁰ A.a.O., S. 213ff.; zum Begriff des Sozialrechts oben Fn. 46.

⁵¹ A.a.O., S. 216, 217.

heit orientierten Vielheit ist. Mag sein, dass Preuß diese Formulierungen in Auseinandersetzung mit Gierke so zurückhaltend gewählt hat. Aber auch hier schimmert durch die dogmatische Analyse die politisch liberale Option durch.

Entsprechendes gilt für die folgenden Ausführungen zur Selbstverwaltung, die – unter ausdrücklicher Berufung auf Gneist⁵² – die Gesellschaft in die Ordnung des Staates einbeziehen soll. Dabei schränkt Preuß, durchaus in Kenntnis von der Relevanz des Gegenstands, auch in Ergänzung der Dogmengeschichte des Bundesstaates, freilich von Anfang an die Tragweite seiner Ausführungen ein und verzichtet bewusst darauf, „die spezifische Natur des Verwaltungsrechts“ in seine Untersuchung einzubeziehen.⁵³ Aber dass für den Aufbau des Mehrebenen-Staates kommunale Selbstverwaltung von entscheidender Bedeutung ist, tritt bereits hier hervor und führt schon in dieser Phase zu schwierigen konzeptionellen Differenzen mit der bisherigen Theorie. Wenn Gneist, in Rezeption englischer liberaler Theorie etwa eines John Stuart Mill, die Gesellschaft durch Selfgovernment am Staat teilhaben lassen will, stellt er der Einheit des Staates die Vielheit der gesellschaftlichen Interessen gegenüber. Dem widerspricht Preuß. Auch der sich selbst verwaltende Verband ist Gesamtperson und daher sozialrechtlicher Natur. Er bildet eine eigene Ebene und ist nicht nur an der des Staates beteiligt. So zeigt sich schon in dieser ersten Auseinandersetzung die Differenz zur Gneist’schen Selfgovernment-Doktrin,⁵⁴ deren Gewicht später – bei allem großen Respekt Preuß’ für Gneist – noch zunimmt. An die Stelle des frühliberalen Gegensatzes zwischen Staat und Gesellschaft tritt für Preuß wie für Gneist die Einbeziehung der Selbstverwaltung in die Sphäre des Öffentlichen. Aber während Gneist, insofern im Einklang mit Laband und auch mit der Kritik an Preuß durch Albert Hänel,⁵⁵ das Öffentliche auf den souveränen Staat ausgerichtet und Selbstverwaltung deshalb nur als Mittel zur Heranführung an den Staat sieht, bleibt für Preuß die kommunale Ebene selbständige Stufe der Bildung von Gesamtpersonen und damit eine prinzipiell gleichwertige, allumfassende Stufe öffentlicher Gewalt, die neben der Selbstverwaltung auch Selbstgesetzgebung in der Form von Rechtsetzungsautonomie und – zumindest im Grundsatz – Selbstrechtsprechung einschließt. Keineswegs beschränken sich die eigenen Angelegenheiten der Gemeinde auf wirtschaftliche Selbstverwaltung, sondern sie schließen auch hoheitliche Aufgaben ein,

⁵² Zur Bedeutung Gneists für Preuß in dieser Phase schon oben II 3 und Preuß’ Aufsatz über *Rudolf von Gneist* (1895), in: *Staat, Recht und Freiheit*, S. 503ff., nachfolgend Bd. 5 dieser Edition. Zur späteren Wandlung dieses Bilds allerdings die Differenzierungen bei Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 42ff., und nachfolgend V 9, VI.

⁵³ A.a.O., S. 218 Fn. 35 – eine auch biographisch für Preuß’ Wechsel der Orientierung bei Eintritt in die Kommunalpolitik und damit auch Beschäftigung mit dem Kommunalrecht kennzeichnende Aussage; zur Veränderung des Ansatzes unten V 1 und im Einzelnen in Bd. 5.

⁵⁴ A.a.O., S. 219ff.; zu diesen Unterschieden vgl. Dian Schefold, *Selbstverwaltungstheorien: Rudolf Gneist und Hugo Preuß*, in: Detlef Lehnert/Christoph Müller (Hrsg.), *Vom Untertanenverband zur Bürgergenossenschaft*, Baden-Baden 2003, S. 97ff., auch mit dem Hinweis auf die römisch-rechtlichen, der Theorie von Preuß diametral entgegen gesetzten Ausgangspositionen Gneists; dazu bereits Heinrich Heffter, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, 2. Aufl. Stuttgart 1969, S. 751ff.

⁵⁵ Hänel (zit. Fn. 33), *AöR* 5, 1890, S. 457 (472f.).

wenn auch Preuß anerkennt, dass das positive Recht staatliche Angelegenheiten den Gemeinden als Organen des Staates übertragen kann. Aber er begrenzt diese Möglichkeit durch die Frage, inwieweit ein solcher Eingriff in die Selbständigkeit der Gemeinde notwendig sei.⁵⁶ Daraus wird auch die Regelung der Organbestellung abgeleitet: Sie ist grundsätzlich eigene Angelegenheit der Gemeinde und erfolgt daher sinnvoller Weise durch Wahlen, kann aber durch die Stellung der Gemeinde als Organ des Staates modifiziert werden – und schließt, wie die Stellung der Fürsten der deutschen Gliedstaaten zeigt, auch die Möglichkeit erblicher Organstellung, etwa auch von Stadtpatriziaten, ein. Trotz dieser Konzession an die Verfassungslage wird auch hier die demokratiefreundliche Funktion der Argumentation offenkundig.

Allerdings stellen die bisherigen Ausführungen noch nicht klar, wie die Organstellung der Gliedperson für die Gesamtperson und damit die Kontrolle und Unterordnung der Gliedperson, konkret der Gemeinde, rechtlich zu konkretisieren ist. Zur Entwicklung dieses Gedankengangs geht Preuß auf die zunächst privatrechtlichen, aber auch auf das öffentliche Recht übertragbaren Grundlagen der Genossenschaftstheorie ein und beleuchtet das Verhältnis von Genossenschaft, Körperschaft und Anstalt,⁵⁷ in scharfer Absetzung von der römisch-rechtlichen Begriffsbildung. Im Gegensatz zu Gierke und Rosin lehnt Preuß ab, genossenschaftliche Körperschaften auf den privatrechtlichen Bereich zu begrenzen und Staat und Gemeinde als öffentlich-rechtliche Körperschaften und damit als Gegenbegriff dazu aufzufassen.⁵⁸ Das genossenschaftliche Prinzip gilt im gesamten Sozialrecht, also auch im politischen Bereich und auch für Gebietskörperschaften, die ebenso genossenschaftlich sein können wie private Verbände. Folglich ist die Genossenschaft im weiteren Sinn ein Oberbegriff für alle Personenverbände, die die Glieder zu einer höheren Einheit zusammenschließen suchen, während die Genossenschaft im engeren Sinn noch keine wirkliche Verbandsperson herausgebildet hat. Wo jedoch dies geschieht, spricht Preuß von „Körperschaften“.⁵⁹ Während somit für Gierke die Körperschaft Oberbegriff ist und in öffentlich-rechtliche (Staat, Gemeinde) und privatrechtliche (Genossenschaften) Körperschaften untergliedert wird, wählt Preuß einen Begriff der Genossenschaft im weiteren Sinn als Oberbegriff und untergliedert diesen in einfache Personenverbände einerseits, Körperschaften mit Rechtspersönlichkeit andererseits, ohne zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Genossenschaften zu differenzieren.

Diese Abweichung, im Ausgangspunkt und vordergründig gekennzeichnet durch den Verzicht auf die letztgenannte Differenzierung, setzt zusätzlich den Akzent auf die aller-

⁵⁶ A.a.O., S. 228f. – eine verblüffend moderne Betrachtungsweise.

⁵⁷ So der Titel von Kap. IX, S. 233ff., zu den Begriffen S. 239ff.; dazu gute Erläuterung bei Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 46ff.

⁵⁸ Was es ermöglicht, im Gegensatz zur privatrechtlichen Verbandsbildung im öffentlichen Recht Raum für ein Souveränitätskonzept zu lassen (wie Preuß, S. 243, indirekt zugesteht). Auf die Folgen wird zurückzukommen sein, vgl. unten V 8, 9, VI 2.

⁵⁹ So die Definitionen S. 246f.

dings auch bei Gierke angelegte Unterscheidung von Gesamtperson und Gliedperson sowie damit auf die vor allem für das öffentliche Recht und für das von Preuß behandelte Thema wichtige Einbeziehung mehrerer Ebenen: Wie lässt sich die gleichzeitige Existenz von Gesamtperson und Gliedpersonen, dazu noch auf mehreren Ebenen, so ausgestalten, dass unterschiedliche Zuständigkeiten festgelegt und respektiert, Konflikte vermieden werden können? Schlüssel dafür ist der Begriff der Anstalt, für den Preuß, auch hier Gierke folgend, auf das kanonische Recht zurückgeht.

„Die Anstalt ist ein von außen für irgend einen rechtlichen Verband konstituierte Einheit; [...] ihr belebendes Princip ist ein von einem außer ihr stehenden Willen abgezweigter und individualisirter Theilwille; ihre Persönlichkeit ist den durch sie verbundenen Personen nicht immanent, sondern transcendent“,

übernimmt Preuß die Formulierung Gierkes.⁶⁰ Soweit eine Körperschaft in diesem Sinn anstaltliche Elemente annimmt, wird sie zum Organ einer Gesamtperson, einer übergeordneten Körperschaft, und gibt damit die genossenschaftliche Struktur zugunsten einer anstaltlichen, hierarchischen auf. Die Gesamtperson kann dadurch die anstaltlich beherrschte Gliedperson steuern. Dabei sucht Preuß eine entsprechende Steuerung der Gliedperson durch Individuen auszuschließen, mit der doch eher eine *petitio principii* darstellenden Begründung, dann liege keine – im Sinn der erwähnten Darlegungen – rechtsstaatliche, organische, sondern eine patrimonialstaatliche anstaltliche Beherrschung vor.⁶¹ Die Brisanz dieser Argumentation angesichts der in Deutschland vorherrschenden Monarchien liegt auf der Hand: niemals darf der Fürst als Person die seinem Staat unterstellten Gliedkörperschaften beherrschen, sondern nur als Organ der Gesamtkörperschaft, also des Staates oder des Reichs. Eine entsprechende Entwicklung anstaltlicher Elemente sieht Preuß, insoweit wohl seiner Zeit weit voraus, selbst im Reich angelegt, da die Völkerrechtsgemeinschaft Ansätze zu einer Gesamtperson entwickle, die nun ihrerseits rein genossenschaftlich sei, da darüber keine noch höhere Gesamtperson in Betracht komme.⁶² Aber sein abschließendes Fazit, Gemeinde, Staat, Reich seien Körperschaften im Rahmen einer sozialrechtlichen, bis ins Völkerrecht reichenden Gesamtordnung, sucht die dadurch erheblich abgewandelte Genossenschaftstheorie in vollem Umfang für das öffentliche Recht fruchtbar zu machen.

5. Die Sonderrolle der Gebietskörperschaft

Dabei kommt unter den Körperschaften des öffentlichen Rechts denen eine besondere Bedeutung zu, die auf ein bestimmtes Gebiet orientiert sind, und Preuß entwickelt den Begriff der Gebietshoheit als spezifischen Aspekt der öffentlichen Gewalt, in Abgren-

⁶⁰ A.a.O. S. 249 unter Zitierung von Gierke, *Juristische Person*, in: *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, Franz von Holtzendorff (Hrsg.), 2. Theil: *Rechtswörterbuch*, 2. Bd, 3. Aufl. Leipzig 1881, S. 418 (422).

⁶¹ A.a.O., S. 253f.

⁶² A.a.O., S. 256.

zung zum privaten Eigentum, zunächst „im Allgemeinen“.⁶³ Das Nebeneinander von privatem Eigentum und öffentlicher Gebietshoheit wie auch der Gebietshoheit von Gebietskörperschaften unterschiedlicher Ebenen muss zur Erkenntnis führen, dass Gebietshoheit ein spezifisch sozialrechtliches Rechtsverhältnis der Gebietskörperschaften, auch unterschiedlicher Stufen, zum von ihnen umfassten Gebiet ist.⁶⁴ Es bestimmt, in Präzisierung und Abwandlung eines körperschaftlichen Abstammungsprinzips, die Zugehörigkeit zur Gebietskörperschaft, und führt zum Zusammenhang zwischen deren räumlichem und personellem Substrat. Entgegen in Deutschland häufigen historischen Missdeutungen geht es nicht um eine fürstliche Herrschaft über Gebiet und Volk, sondern um den Staat mit seinem Gebiet und Volk. Preuß verwendet hier den genossenschaftstheoretischen Begriff der „objektiven Rechtseinheiten“.⁶⁵

Mit diesem begrifflichen Rüstzeug versucht Preuß nun im umfangreichen folgenden Kapitel,⁶⁶ die Situation im alten, 1806 untergegangenen Reich zu deuten. Alte Ansätze sieht er im Stein'schen Reformwerk der Napoleonischen Zeit wieder aufgenommen und durch die Entwicklung des Staatsrechts zwischen 1806 und 1867 gekräftigt, wobei er in der Gemeinschaftsidee des Gemeindelebens das zukunftsfruchtige Element sieht – so schwierig, ja eingestandenermaßen uneinheitlich diese Entwicklung auch ist:

„Vielmehr muss die Theorie, indem sie einerseits an die realen Grundlagen der wirklichen Verhältnisse anknüpft, zugleich andererseits durch deren *gedankliche* (im Original gesperrt D. S.) Ausgestaltung der *thatsächlichen* (im Original gesperrt D. S.) vorarbeiten“.⁶⁷

Schärfer lässt sich der dogmatische, ja ideologische Anspruch dieser Dogmengeschichte schwerlich formulieren.

In den folgenden historischen, stark von der Terminologie der Genossenschaftstheorie geprägten Ausführungen geht es nun vor allem darum, die Bedeutung der romanistischen Theorie und des dadurch geprägten Eigentumsbegriffs sowie der Konzepte einer fürstlichen Landeshoheit im alten Reich in ihrer Bedeutung zu relativieren. Demgegenüber wird das Verhältnis der Menschen zu Grund und Boden nicht individualistisch, sondern als sozialrechtliche Beziehung verstanden und versucht, damit objektive Rechtseinheiten in der Struktur der Städte als Körperschaften mit eigenem Gebiet und insofern als Gebietskörperschaften nachzuweisen. Damit erweisen sich die mittelalterlichen Städte als erste Erscheinungsformen des modernen Staates. In einer Zwischenbilanz werden die Begriffe des Gebiets als sozialrechtlicher Rechtsbegriff, der in einem Rechtsverhältnis zur Gesamtperson steht und als objektive Rechtseinheit deren Verdichtung zu einer

⁶³ A.a.O. Kap. X, S. 263ff., während das überaus umfangreiche Kap. XI die Situation im alten Reich, Kap. XII im neuen Reich behandeln soll, so dass, den Nachvollzug der Gedankenfolge erschwerend, eine neue an den ersten Teil anknüpfende Dogmengeschichte, jetzt der Gebietshoheit, nachgeschoben wird. Das kann hier nur unter starker Vereinfachung und Verkürzung nachgezeichnet werden.

⁶⁴ A.a.O., S. 280.

⁶⁵ A.a.O., S. 289

⁶⁶ A.a.O. Kap. XI, S. 291–365; das Kapitel zerfällt in drei Unterkapitel.

⁶⁷ A.a.O., S. 295.

Körperschaft unterstützt, sowie der dadurch gewordenen Gebietskörperschaft definiert.⁶⁸

Freilich erfordert diese Darstellung und (Re-)Konstruktion eine Auseinandersetzung mit den gegenläufigen Aspekten der Landeshoheit, wie sie, auch im Zusammenhang mit der Souveränitätsdiskussion, die Entwicklung der Territorialherrschaft in Deutschland bestimmt haben. Deshalb wird der Gegensatz zwischen dogmatisch durch das römische Recht, politisch durch die Macht der Fürsten geprägter Landesherrschaft einerseits und der Stellung der Städte andererseits, zwischen Patrimonialstaat und Gebietskörperschaft herausgearbeitet. Auf das Nebeneinander dieser Organisationsformen wird die Struktur des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation, das seinerseits ein Herrschaftsverband mit dem Anspruch eines *dominium mundi* gewesen sei, zurückgeführt. Das Reich und die Territorialherrschaften waren zwar Körperschaften, aber keine Gebietskörperschaften, da hier die Fürsten über Bevölkerung und Territorium herrschten. Auch Landstände und der Reichstag waren Grundherren- und Herrscherversammlungen, keine Organe der politischen Einheiten – wobei einzig die repräsentierten Städte in eine ihrer Struktur nicht entsprechende Position gedrängt wurden. So entstand der „obrigkeitliche Anstaltsstaat“,⁶⁹ der vor allem im 18. Jahrhundert zwar kritisiert wurde, aber sich im alten Reich nicht mehr zu moderner Staatlichkeit in Aufnahme der in den Städten entwickelten Lehre von der Gebietskörperschaft entwickeln konnte.

Damit ist die These des Schlusskapitels, die jetzt dogmatisch entwickelt und dargestellt wird, bereits angedeutet. Nicht der Territorialstaat und das alte Reich, sondern die Gemeinschaftsidee der Stadt ist die Grundlage von Staat und Reich in der Gegenwart und bestimmt „Gebietskörperschaften und Gebietshoheit im neuen Reich“.⁷⁰ Die sozialrechtliche Struktur ermöglicht die Herrschaft der Gesamtperson über die Gliedpersonen, wird aber von unten nach oben, von der Gemeinde über die Gemeindeverbände zum Staat und zum Reich aufgebaut. Auch wenn Preuß hier noch Mängel einräumen muss,⁷¹ listet er doch sorgfältig die gesetzliche Ausgestaltung vor allem der Preußischen Kreise und Provinzen durch die Kreisordnung von 1872⁷² und die Provinzialordnung von 1875⁷³ auf. Er leitet daraus ab, dass jetzt in Stadt und Land, auf allen Stufen, die Kommunen körperschaftlich organisiert seien, ein Gebiet hätten und deshalb als Gebietskörperschaften zu betrachten seien, deren Angehörigkeit durch den Wohnsitz im Gebiet

⁶⁸ A.a.O., S. 320f. – für Preuß offenbar zentrale und als solche hervorgehobene Begriffe. Zur Kritik daran durch Hänel vgl. unten 6 mit Fn. 92, aus der Sicht heutiger Geschichtswissenschaft Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 89 mit Anm. 11 S. 149f.; Lehnert (zit. Fn. 3), S. 97ff.

⁶⁹ Dieser auch für die heutige Diskussion wegleitende Begriff erstmals S. 353; dazu Schönberger, (zit. Fn. 39), S. 342ff.

⁷⁰ So der Titel von Kap. XII, S. 366ff.

⁷¹ Immerhin wurde die für die preußische Kommunalstruktur doch ganz entscheidende Landgemeindeordnung erst am 3.7.1891 (PrGS S. 233) erlassen; darauf und auf Preuß' spätere kritischere Sicht der Untergliederungen Preußens wird zurückzukommen sein, vgl. unten VI 3.

⁷² Kreisordnung vom 13.12.1872 (PrGS S. 661).

⁷³ Provinzialordnung vom 29.6.1875 (PrGS S. 335).

determiniert sei. Entsprechendes will er für Bürgerrecht und Staatsangehörigkeit in Gliedstaat und Reich deduzieren;⁷⁴ deshalb sei auch hier die Existenz von Gebietskörperschaften anzunehmen. Dabei ermöglicht die erwähnte Einfügung anstaltlicher Elemente durch die Herrschaft einer übergeordneten Gebietskörperschaft über die untere eine Abgrenzung der Kompetenzsphären und dadurch ein koordiniertes Wirken der Gebietskörperschaften unterschiedlicher Ebenen, aber auch die Erklärung von Einflüssen der übergeordneten Gebietskörperschaft auf die Organbestellung, etwa bei der Auswahl der Landräte und Bürgermeister. Umgekehrt ermöglicht die Vertretung teils des Volkes auf individueller Basis, teils von Teilkörperschaften, von einer organschaftlichen Stellung der Vertretungskörperschaften zu sprechen. Auch insofern allerdings kann Preuß gewisse Defizite nicht bestreiten.⁷⁵

Bleibt die Frage nach dem qualitativen Kriterium, das staatliche von kommunalen Körperschaften zu unterscheiden gestatten soll. Preuß behandelt mit diesem Ziel die Frage der Gebietshoheit, die nach den im Kap. X zugrunde gelegten Ausführungen die Gebietskörperschaften bestimmt, und daher bei Gebietsveränderungen die Alternativen der Kontinuität, Rechtsnachfolge oder Neubildung lässt.⁷⁶ Bei der Ein- und Ausgliederung kommunaler Gebietskörperschaften, etwa der Ein- oder Auskreisung einer Stadt oder dem Provinzwechsel einer Gemeinde, nimmt er Kontinuität, an, während die Annexion eines Staates, wie sie Preußen nach dem Krieg von 1866 mit Hannover, Kurhessen, Nassau, Frankfurt vornahm, diesen als solchen beseitige und möglicherweise eine neue, kommunale Körperschaft an seiner Stelle entstehen lasse. Die Eingliederung der Gliedstaaten in den Norddeutschen Bund und das Deutsche Reich 1867/71 verändert zwar deren Position, lässt aber ihren Staatscharakter und damit ihre Kontinuität unverändert.

Damit ist ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Staat – Gliedstaat und Reich – und Kommunalkörperschaft gefunden: die Überschreitung der Unterscheidungslinie führt zur Neubildung der Gebietskörperschaft, Veränderungen auf der einen oder andern Seite der Linie nicht.⁷⁷ Anders gesagt: Staaten haben Gebietshoheit, Kommunen nicht. Daraus

⁷⁴ A.a.O., S. 372ff.; eingehende und sachlich wohl zutreffende Kritik daran bei Hänel (zit. Fn. 38), *AöR* 5, 1890, S. 457 (461ff.). Zum bei Preuß dahinter stehenden Volksbegriff Lehnert in der Einleitung zu Bd. 4 dieser Edition, S. 18.

⁷⁵ So S. 386ff., wo für die Kreistage nach der Kreisordnung nach wie vor eine Vertretung auch der größeren Grundbesitzer registriert wird, was doch eher patrimonialstaatlichen Vorstellungen entspricht, und für das Preußische Herrenhaus, wo in Reaktion entgegen der insofern moderneren oktroyierten Verfassung vom 5.12.1848, nach geltendem Recht „die alte, rein personelle Standschaft, die Individualberechtigung der Fürsten, Grafen und Herren“ (S. 387) konstatiert wird – mit dem Schluss, hier sei eine Änderung dringend: Gestaltung der Praxis nach Maßgabe der Theorie (vgl. oben das Zitat zu Fn. 67). Aber ob damit die Wirklichkeit des damaligen Preußen treffend erfasst wurde? Auch hinsichtlich des Bundesrats ist die entgegen z.B. Laband argumentativ gut begründete Qualifikation als reines Reichsorgan und die Negation einer „föderalistische(n) Besonderheit“ (S. 389) durchaus zweifelhaft; man denke an Art. 10 RV 1871 und an Preuß' eigene Darstellung im Habilitationsvortrag *Die organische Bedeutung der Art. 15 und 17 der Reichsverfassung*, nachstehend Nr. 20 und dazu unten IV 2.

⁷⁶ A.a.O., S. 393ff.

⁷⁷ A.a.O., S. 403ff.

ist zu folgern, dass Änderungen der Gliedstaatsgrenzen in Deutschland nur vom Willen der Gliedstaaten, nicht des Reichs abhängen – eine angesichts des Wortlauts der Präambel und vor allem des Art. 1 RV 1871 nicht unproblematische Folgerung, deren Brisanz Preuß erfahren musste, als er 1918 eine Neugliederung des Reichs unter tiefgreifender Veränderung der bisherigen Gliedstaaten anstrebte und damit scheiterte.⁷⁸ Umgekehrt sind die Gliedstaaten berechtigt, die in ihren Grenzen bestehenden Kommunkörperschaften umzugestalten. Reich und Gliedstaaten sind Gebietskörperschaften mit Gebietshoheit, Gemeinden jeder Ordnung sind Gebietskörperschaften ohne Gebietshoheit. In diese in verschiedene Richtungen explizierte These mündet das Buch.

„Auf der Grundlage der Genossenschaftstheorie und dem aus ihr fließenden Begriffe der Gebietskörperschaft erhebt sich einheitlich und geschlossen die Konstruktion des deutschen Staates.“⁷⁹

6. Zwischenbilanz

Dieser in offenbarem Stolz geschriebene Schlusssatz des bei der Niederschrift wohl kaum Achtundzwanzigjährigen lässt durchschimmern, dass der Verfasser von der Bedeutung seines Ergebnisses überzeugt war, und rechtfertigt die Hypothese, dass es für Preuß' weiteres Wirken bestimmend wurde, so dass die hier vorgelegte Einführung daran anzuknüpfen und die Auswirkungen des Buchs im folgenden einzubeziehen hat.⁸⁰ Gewiss rückt die starke Orientierung auf Gierke bei gleichzeitiger Absetzung von der Romanistik das Buch in den Zusammenhang des Schulenstreits des späten 19. Jahrhunderts und bindet es insofern an die Epoche. Aber es fällt auf, wie sehr sich Preuß – wie ja letztlich auch Gierke⁸¹ – darum bemüht, auch die Dogmatik Labands in seine Litera-

⁷⁸ Unter diesem Aspekt bedeutungsvoll die Diskussion der Frage S. 409f. Vgl. im weiteren im Rahmen der vorliegenden Edition Bd. 3.

⁷⁹ So der Schlusssatz des Werks, S. 419; aufschlussreich zuvor die Ausführungen zum Reichsland Elsaß-Lothringen, das zwar von Reichs wegen Gebietskörperschaft, aber kommunaler Natur ist, S. 414, und zu den gliedstaatlichen Fürsten, die zwar echte Staatsoberhäupter, aber Organe der Gliedstaaten und ohne patrimoniale oder souveräne Herrschaftsmacht sind, S. 416f.

⁸⁰ Für diese Sichtweise, die die Darstellungen des Preußischen Werks, etwa durch Heffter (zit. Fn. 54), S. 751ff., Lehnert (zit. Fn. 3) und Mezzadra (zit. Fn. 4) weitgehend bestimmt, und das Folgende darf ich mich beziehen auf Dian Schefold, *Hugo Preuss (1860–1925). Von der Stadtverfassung zur Staatsverfassung der Weimarer Republik*, in: H. Heinrichs u.a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, S. 429 (437ff.); Dian Schefold, *Hugo Preuß: „Aus dem großen Zusammenbruch den demokratischen Volksstaat retten“*, in: *Recht und Politik* 1997, S. 144 (145ff.), auch in: H. Erler u.a. (Hrsg.), *„Meinetwegen ist die Welt erschaffen.“ Das intellektuelle Vermächtnis des deutschsprachigen Judentums. 58 Porträts*, Frankfurt/ New York 1997, S. 293ff.

⁸¹ Vgl. die kurz zuvor veröffentlichte große Auseinandersetzung Otto Gierkes *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, *SchmollersJb* 7, 1883, S. 1097ff. (Neudruck 1971). Zu diesem Schulenstreit des späten 19. Jh., den man füglich als einen ersten Methoden- und Richtungsstreit vor dem der Weimarer Zeit betrachten darf, vgl. insb. Manfred Friedrich, *Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit*, *Archiv des Öffentlichen Rechts* 111, 1986, S. 197ff.; Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, Tübingen 1993, insb. S. 228ff. Schmoller selbst hat in seiner Rezension (*SchmollersJb* 13, 1889, S. 265) allerdings Preuß' Eingehen auf eine Betätigung als „scho-lastischer Begriffsconstructeur“ als Irrweg kritisiert.

turauseinandersetzung einzubeziehen und zu berücksichtigen. Dabei setzt die methodisch unterschiedliche Herangehensweise vor allem an die Begriffe der Person, der Personenverbände und der Sachherrschaft Grenzen. Aber diese bestimmen Positionen wohl für die ganze Lebenszeit von Hugo Preuß. Gerade im Verhältnis zu Rudolf Gneist, den Preuß ja, wie schon an der Schrift zur Friedenspräsenzstärke deutlich, überaus schätzte,⁸² zeigt sich von Anfang an eine grundlegende und letztlich wohl auf den Gegensatz von germanistischem und romanistischem Personenverständnis zurückzuführende Differenz hinsichtlich der Bedeutung einer eigenen Ebene der kommunalen Selbstverwaltung.⁸³ Preuß hat seine Position in der Habilitationsschrift entwickelt, und die weitere Ausformung baut auf diese Grundlage auf.

Dogmatisch bedeutsam sind insofern zunächst die Ausführungen zum Verhältnis von Staat und Recht und zu den Grundlagen des Rechtsstaats. Sie führen, entgegen den Formalisierungstendenzen des staatsrechtlichen Positivismus, zu einer engen Verbindung von Rechtsstaat und Selbstverwaltung und damit (lokaler) Demokratie. Schon dies schließt die Bedeutung der öffentlichen Gewalt auf mehreren Ebenen ein; Gemeinde, in ihrem Zusammenhang eher marginal mit behandelte Gemeindeverbände, Gliedstaaten und Reich oder Bundesstaat bilden ein System, das dem Bürger Entfaltung auf allen Ebenen ermöglicht. Sie geben zugleich ein Abbild pluralistischer politischer Formationen, wie sie die neuere politische Theorie vor allem bei Gierke verortet hat; Preuß' Darstellung ist insoweit jedoch erheblich konsequenter. Die Mehrstufigkeit ist zugleich offen für die Gesamtperson der Völkerrechtsgemeinschaft, deren Erfassung, wie schon die ersten Schriften⁸⁴ zeigen, Preuß besonders wichtig war. Hier ist seine Theorie, unter Eliminierung der Souveränitätslehre, seiner Zeit weit voraus und von unmittelbar aktuellem Interesse.

Aber die Darstellung hat zugleich gezeigt, dass die dogmatischen Konstruktionen für Preuß von unmittelbarer politischer Relevanz sind, und damit auch für *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* den schon eingangs angedeuteten Zusammenhang mit Band 1 der *Gesammelten Schriften* bestätigt. Der organische Staatsbegriff, so wie ihn Preuß fasst, führt unmittelbar zum Postulat der Verfassungsstaatlichkeit. Er versteht den Staat als personale Einheit und lässt daher Herrschaft nur nach deren Ordnung, organschaftlich zu.⁸⁵ Die Monarchie wird dadurch relativiert und ihrer sakralen oder patrimonialen Legitimation beraubt; zugleich verliert dadurch die organschaftlich monokrati-

⁸² S.o. II 3, namentlich den dort Fn. 28 mitgeteilten Brief an Gneist vom 3.3.1887.

⁸³ S.o. 4 mit den Nachweisen Fn. 52–56.

⁸⁴ Dazu oben II 2; der Ausbau dieses Gedankenstrangs wird schon in der Antrittsvorlesung, nachstehend Nr. 2, und bald in der Schrift über *Das Völkerrecht im Dienste des Wirtschaftslebens*, nachstehend Nr. 22 sichtbar.

⁸⁵ Wenn Peter von Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt 1974, S. 170ff. diesen Gedanken auf Carl Friedrich von Gerber zurückführt, so ist diese bei Gerber erst ansatzweise erschließbare Position, gerade in der Auseinandersetzung mit Gerber, bei Preuß voll entwickelt; vgl. auch die Kritik Gerbers bei Lehnert (zit. Fn. 3), S. 70ff. Zur Neuartigkeit der genossenschaftlichen Struktur nach Preuß' Theorie auch Schönberger (zit. Fn. 39), S. 373ff.

sche Herrschaft ihre Bedrohlichkeit, so dass sich der Weg in Richtung auf Wandlungen des deutschen Kaisergedankens und auf einen unmittelbar vom Volk gewählten Reichspräsidenten öffnen kann.⁸⁶ Das herausgearbeitete Verhältnis von Staat und Recht und dadurch zu realisierender Rechtsstaatlichkeit setzt Verwaltungsrechtsprechung und Volksvertretung voraus.⁸⁷ Indem Preuß in seiner zugleich materialreichen und begriffsklärenden Analyse den modernen, speziell den seit 1867 verwirklichten Staat als Entwicklung des in der mittelalterlichen Stadt geborenen Gedankens der Gebietskörperschaft versteht, argumentiert er nicht nur zugunsten einer grundsätzlichen Gleichartigkeit von Stadt und Staat und einer dem entsprechend gestärkten Selbstverwaltung, sondern vor allem zugunsten körperschaftlicher, republikanischer, ja demokratischer Strukturen auf beiden Ebenen und sieht die monarchischen Staatsorgane als letztlich systemwidrige, als Relikte des Obrigkeitsstaats zu überwindende Elemente.

Allerdings, sucht man Preuß' dogmatische Konstruktionen und Argumentationen als Stütze seiner liberalen politischen Position zu verstehen, ergeben sich merkwürdige Bruchlinien. Die Entgegensetzung von gewillkürter und gewordener Körperschaft, von Preuß für die Gebietskörperschaften durchwegs im zweiten Sinn entschieden, lässt für den freien Willen des einzelnen Bürgers wenig Raum. Insofern ist die Gebietskörperschaft in Preuß' Sinn nicht nur von der aufklärerischen Vertragstheorie, sondern auch von der Republik im Sinn Kants weit entfernt und eher deterministisch gedeutet; das Wort vom „Darwinismus der Jurisprudenz“⁸⁸ ist kennzeichnend, mag aber auch nachdenklich stimmen. Demgegenüber gäbe gerade die Genese von Bundesstaaten allen Grund, Elemente einer gewillkürten Körperschaft zu entdecken. Die Präambeln und Eingangartikel der Verfassungen des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs sprechen ja davon, dass die Signatäre „einen ewigen Bund“ „schließen“, also vereinbaren, und in der dogmengeschichtlichen Analyse setzt sich Preuß mit vollem Recht eingehend mit den vertraglichen Elementen der Reichsverfassung auseinander.⁸⁹ Dennoch bleibt davon bei der Analyse des Reichs als Gebietskörperschaft kaum eine Spur; im Gegenteil setzt sich die Anheimgabe der Gebietshoheit über die Gliedstaaten ausschließlich an diese – unter Ausschluss des Reichs – über den Wortlaut des Art. 1 RV hinweg. All dies erzeugt den Eindruck eines Überwiegens der juristisch-dogmatischen Konstruktion und wohl auch des Einflusses der Lehre Gierkes über die politische Programmatik.

⁸⁶ Vgl. den in Bd. 1 Nr. 37 S. 616ff. abgedruckten Vortrag über *Die Wandlungen des deutschen Kaisergedankens* (1917) und, zur Auseinandersetzung um die Stellung des Reichspräsidenten in der Weimarer Verfassung, Bd. 3 dieser Edition.

⁸⁷ S.o. 4 mit Fn. 49–51.

⁸⁸ A.a.O. S. 234, vgl. oben Fn. 44. Diese naturwissenschaftliche Betrachtungsweise kehrt in der Antrittsvorlesung, nachstehend Nr. 2 S. 111ff. wieder.

⁸⁹ Hervorzuheben insb. Albert Hänel, *Die vertragsmäßigen Elemente der deutschen Reichsverfassung*, Leipzig 1873, zit. bei Preuß a.a.O. S. 33 Fn. 1. Den Widerspruch vermerkt auch Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 60. Kritik der Argumentation in der Art eines „Scholastikers“ bei Preuß auch durch Schmoller in der Fn. 38 zitierten Rezension, *SchmollersJb* 13, 1889, S. 265f.

Umgekehrt wirft die Übertragung der im Mittelalter entwickelten städtischen Gebietskörperschaft auf Gemeinde, Staat und Reich der Gegenwart die Frage auf, ob die Überwindung des für das alte Reich als bestimmend beschriebenen Patrimonialstaats in der Gegenwart wirklich so eindeutig sei. Immerhin galt in vielen deutschen Gliedstaaten seit der nach 1815 erfolgten Konstituierung praktisch das ganze 19. Jahrhundert hindurch Verfassungskontinuität, und auch die Preußische Verfassungsurkunde vom 31.1.1850 ist, neben der in der Genese ja stark relativierten Zustimmung der Kammern,⁹⁰ durch Friedrich Wilhelm IV. „von Gottes Gnaden“ verkündet worden. Entsprechend sind die Akteure der Vereinbarung der Verfassungen von Norddeutschem Bund und Deutschem Reich die Monarchen der Einzelstaaten. Gewiss ist es möglich, Preuß zu folgen und die Rolle der Monarchen organschaftlich zu deuten; gewiss war die Konstruktion der gemeinsamen Souveränität der verbündeten Regierungen, die Preuß so scharf kritisiert, künstlich. Aber reicht dies aus, den Patrimonialstaat als endgültig überwunden zu betrachten? Ist der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie, von Preuß später ja sehr kritisch dargestellt, aber von der herrschenden Meinung bis 1918 fervent als eigenständig verteidigt, nicht doch stärker dem Patrimonialstaat verhaftet? Die einzelstaatlichen Verfassungen und Herrschaftspraktiken, die Ordnung des Bundesrats und der vorbehaltenen Rechte einzelner Gliedstaaten oder ihrer Fürsten⁹¹ geben Anlass zu Zweifeln, so sehr sie Preuß zu widerlegen trachtet. Hinsichtlich der Kommunalebene gesteht er selbst Defizite ein; deren Liste wäre erweiterungsfähig.

Hinzu kommt schließlich, dass die juristische Einzelkritik eines Albert Hänel, über die bereits erwähnten und diskutablen Einzelpunkte hinaus,⁹² gewichtige Kritikpunkte anführt, die das Modell der Gebietskörperschaft mit Gebietshoheit in Frage stellen. Ansatzpunkt ist die „objektive Rechtseinheit“ des Gebiets und des von Preuß behaupteten Rechtsverhältnisses zwischen Körperschaft und Gebiet. Nur, wie ist ein Rechtsverhältnis zwischen einem Subjekt und einem Objekt zu konstruieren? Hänel – sich dabei auf Gierke berufend – sieht hier einen „Widersinn“⁹³ und stellt von da her den theoretischen Ausgangspunkt der Lehre von der Gebietskörperschaft in Frage. Zusätzlich weist er darauf hin, dass das Wohnsitzkriterium, von Preuß im Gefolge seines die Anknüpfung an die Rasse vermeidenden Nationalitätskonzepts⁹⁴ als herrschend dargestellt, zwar in der Tat interkommunal im Wesentlichen die Gemeindeangehörigkeit bestimmt, für das Staatsangehörigkeitsrecht – auf gliedstaatlicher und Reichsebene – aber für sich nicht

⁹⁰ Es sei an den Octroi vom 5.12.1848, die Kammerauflösung mit folgender Einführung des Dreiklassenwahlrechts durch Notverordnung sowie den Druck auf die Kammern bei der endlichen Verabschiedung der Verfassung erinnert.

⁹¹ Symptomatisch z.B. Art. 66 RV 1871, wo nicht etwa von Rechten der Einzelstaaten, sondern der einzelnen Bundesfürsten die Rede ist.

⁹² Dazu und zu dem oben Fn. 38 zitierten Besprechungsaufsatz die oben bei und in Fn. 48, 55, 68, 74 erwähnten Einwände.

⁹³ Hänel (zit. Fn. 38), *AöR* 5, 1890, S. 457 (459ff., 461).

⁹⁴ Dazu vor allem *Nationalitäts- und Staatsgedanke* (1887), in Bd. 1 Nr. 5 dieser Edition und dazu in der Einleitung Albertin, S. 21ff.; ausführlich auch Lehnert (zit. Fn. 3), S. 155ff., 168ff.

bestimmend ist, so dass ein einheitlicher Begriff der Zugehörigkeit zu einer Gebietskörperschaft nicht festgestellt werden kann.⁹⁵ Die Entwicklung des letzten Jahrhunderts dürfte gezeigt haben, dass es sich hier nicht um ein Übergangsproblem, sondern um einen grundsätzlichen, dauerhaften Unterschied handelt. Der Einwand schließlich, dass nicht nur die fehlende Gebietshoheit die Unterordnung der Gemeinde unter den Staat begründe,⁹⁶ ist zwar richtig, schließt aber das Abstellen auf die Gebietshoheit als Kriterium nicht notwendig aus.

Allerdings zeigt die Kritik Hänel, dass Preuß' Argumentation, bei aller rhetorischen Eindringlichkeit und sachlichen Konsistenz, Angriffsflächen bietet. Dennoch hat Preuß mit seiner Untersuchung ein Instrumentarium bereitgestellt, das die folgenden Argumentationslinien vorzeichnet, bestimmt und begründet. Kategorien wie die Organstellung aller Staatsgewalt, die einerseits einer Eigenständigkeit der Exekutive entgegensteht, andererseits auch die Volksvertretung nicht als Souverän zu verstehen gestattet, ferner eine Lehre von der Gebietskörperschaft, die Leitmarken für jede Verwaltungsreform aufstellt, die Parallelsetzung von Selbstverwaltung und Bundesstaatlichkeit, die, vielleicht unter Nivellierung historischer Einzelausgestaltungen des Föderalismus,⁹⁷ ganzheitlich körperschaftliche Selbstverwaltung einzurichten nahe legt, die Öffnung zum Völkerrecht als einer globalen gebietskörperschaftlichen Ordnung – all dies sind Leitmotive für Preuß' weitere Arbeit, in Verbindung von politischer und dogmatisch-juristischer Orientierung. Sie helfen schon in dieser frühen Phase zu verstehen, inwieweit sich Preuß' Ideen in Modifikation bestimmter Parteiprogramme entwickeln.

IV. Das Pflichtprogramm des jungen Staatsrechtslehrers (1889–1898)

1. Die Antrittsvorlesung und Folgeveröffentlichungen dazu

Nach dem groß angelegten Entwurf der Habilitationsschrift lag es nahe, dass Preuß in seiner akademischen Antrittsrede⁹⁸ an deren Gedanken anknüpfte. Das öffentliche Recht

⁹⁵ Hänel, a.a.O., S. 461ff. unter Hinweis auf § 12 des – als Reichsgesetz übernommenen – Gesetzes über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1.6.1870 (BGBl. S. 355).

⁹⁶ Hänel, a.a.O., S. 464ff. (466f.). Ähnlich dann auch Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. Tübingen 1905 (Neudruck 1919, 1964), S. 77f. Fn. 3.

⁹⁷ Dazu Dieter Langewiesche, Vortrag bei der Vorstellung von Bd. 1 der vorliegenden Edition: *Moderner Staat in Deutschland – eine Defizitgeschichte. Hugo Preuß' radikale Kritik eines deutschen Sonderwegs in die Moderne*, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)* 2007, S. 1 (10). Wie sehr Preuß daher einseitig qualifiziert werden kann, hat Gerhard Anschütz, *Aus meinem Leben* (zit. Fn. 24), S. 121f., 251 gezeigt, der – vielleicht seine eigene Haltung extrapolierend – in Preuß den Befürworter des Einheitsstaats sieht; so jetzt auch Albert Funk, *Föderalismus in Deutschland*, o.O., o.J. (2008), S. 154ff. Das wird aber jedenfalls vom Befund der Habilitationsschrift schwerlich bestätigt, mag auch das Föderalismus- und Selbstverwaltungskonzept eher schematisch und nicht den territorialen Besonderheiten angepasst erscheinen. Zu den Auswirkungen auf Preuß' Konzept der Verwaltungsreform unten VI; für die Genese der Weimarer Verfassung und Preuß' Position dabei muss auf Bd. 3 und 4 dieser Edition verwiesen werden.

⁹⁸ Preuß, *Entwicklung und Bedeutung des öffentlichen Rechts*, nachstehend Nr. 2.

als bislang noch nicht in gleichem Maß wie das Privatrecht ausgebildete Disziplin verteidigend, weist er auf den Widerspruch zwischen Souveränität und Entwicklung einer verbindlichen Rechtsordnung hin, tritt er für eine Verbandsbildung von unten nach oben ein, lehnt er die Konstruktion gewillkürter – namentlich vertraglicher – Körperschaften zugunsten gewordener ab, verfiht er ein von den Naturwissenschaften geprägtes Entwicklungsgesetz, plädiert er für einen ursprünglichen Bereich des Sozialrechts und tritt er für die Entwicklung einer Rechtsordnung gegenseitiger, organischer Verbundenheit, des Rechtsstaats, ein, die bis ins Völkerrecht reichen soll. Von da her ergibt sich die Aufgabe, das öffentliche Recht als Gegenseitigkeitsordnung auszugestalten. Auch hier ist die politisch liberale Tendenz ebenso offenkundig wie die theoretisch eigenständige Begründung dafür.

Für all dies und den Einfluss Gierkes darauf wird auf die Habilitationsschrift Bezug genommen. Etwas weicht davon ab und neu ist die ausführlichere Argumentation mit der Geschichte der Staatstheorien. Sie geht auf Aristoteles und die Thomistik zurück, setzt sich mit der Lehre vom Gesellschaftsvertrag als der Theorie gewillkürter Körperschaften kritisch auseinander, enthält aber vor allem – zum damaligen Zeitpunkt recht ungewöhnlich – Ausführungen zu Johannes Althusius.⁹⁹ Es ist bekannt, dass Gierke in einem kurz zuvor erstmals veröffentlichten Buch den Einfluss des Althusius auf die modernen Staatstheorien eindringlich dargestellt und damit die Grundlagen der modernen Althusius-Forschung gelegt hat.¹⁰⁰ Es ist daher anzunehmen, dass Preuß' Ausführungen auf den Einfluss Gierkes, der ja in seinen genossenschaftstheoretischen Forschungen enorme Quellenstudien betrieben hat, zurückgehen.

In den gleichen Zusammenhang der Folgerungen aus der Habilitationsschrift gehört ferner ein Teil der von Preuß verfassten Rezensionen. Bei der Besprechung des Buchs von August Trieps über den Bundesstaat¹⁰¹ kritisiert Preuß, insofern anknüpfend an das im ersten Teil der Habilitationsschrift konstatierte „absolut negative Resultat“ der Diskussion,¹⁰² die Unklarheiten des Buchs, auch hinsichtlich des Souveränitätsbegriffs, und wendet sich scharf gegen die Übertragung zivilrechtlicher Begriffe durch das Verständnis einer obligatorischen Abtretung von Rechten auf den Staatenbund, einer dinglichen auf den Bundesstaat: dieser hat, auch mittels der *implied powers*, wie sie die nordamerikanische Doktrin entwickelt hat, seinen eigenständigen Zuständigkeitsbereich.

⁹⁹ Unten S. 106f.

¹⁰⁰ Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 1. Aufl. 1880, 3. Aufl. 1913 (Neudruck 1968), der in Althusius einen Begründer der Lehre vom Gesellschaftsvertrag sehen will und deshalb von Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1911 (Neudruck 1960), S. 206 kritisiert wird; es bleibt zu betonen, dass Preuß den auf Althusius zurückgeführten genossenschaftlichen Staatsaufbau als Pyramide „gewordener Körperschaften“ den „gewillkürten Körperschaften“ und damit dem Konzept des Gesellschaftsvertrags (dazu dann unten S. 32ff.) entgegengesetzt, so deutlicher in: *Gemeinde, Staat, Reich* S. 260f., 280ff. – Daneben wird auf Spinoza Bezug genommen, dazu Lehnert (zit. Fn. 3), S. 115f., und 1921 der in Bd. 4 Nr. 22 wiedergegebene Beitrag.

¹⁰¹ August Trieps, *Das deutsche Reich und die deutschen Bundesstaaten in ihren rechtlichen Beziehungen*, Berlin 1890, Rezension nachstehend Nr. 37, *AöR* 6, 1891, S. 581ff.

¹⁰² Dazu oben III 1 S. 10f.

Auch über Emil Lingg, *Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*,¹⁰³ ist Preuß' Urteil skeptisch. Auf die Habilitationsschrift verweisend, insistiert er auf der Existenz realer Gesamtpersonen neben den Einzelwesen und auf der Möglichkeit, einen Gesamtwillen zu bilden. Linggs Bestreitung dieser Phänomene, im Gefolge namentlich Max von Seydels, führt dazu, dass Herrschaft nur als personale Macht Einzelner verstanden werden kann, und kann deshalb weder der Realität des modernen Verfassungs- und Rechtsstaats gerecht werden, noch die „Determination“ des Herrscherwillens durch die Herrschaftsunterworfenen erklären. Folglich ist auf dieser Grundlage auch für die Theorie des Bundesstaates kein befriedigendes Ergebnis zu erwarten.

Wenige Jahre später, 1898, kommt Preuß in einem Aufsatz, der nur locker am Anfang und am Ende die Aufgabe einer Besprechung eines neu erschienenen Bandes von Stintzing/Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*¹⁰⁴ einbezieht, auf die staatstheoriegeschichtlichen Fragestellungen der Antrittsvorlesung zurück.¹⁰⁵ Diesmal wird der Gegensatz zwischen der Scholastik, die die staatliche Autorität göttlich zu legitimieren trachte, und dem Naturrecht als Vernunftrecht betont, obwohl auch der Thomismus mit der Vorstellung eines Naturrechts operiert. Aber für Preuß ist dieses ausschließlich durch menschliche Vernunft, namentlich die Konzeption des Gesellschaftsvertrags geprägt. Allerdings kann dieser, etwa nach Hobbes Darstellung, auch den absoluten Staat legitimieren und haben entsprechend die Lehren von Pufendorf, Thomasius und Christian Wolff den aufgeklärten Absolutismus in Deutschland gestützt. Aber in der Tradition von Locke, Montesquieu und Rousseau, in Deutschland vor allem von Kant verarbeitet, lässt sich auch dem Staat gegenüber die individuelle Freiheit schützen, und für die Gegenwart legt Preuß Gewicht darauf, das Naturrecht als Grundlage der Rechtskritik festzuhalten.

2. Zum konstitutionell-parlamentarischen System der Reichsverfassung 1871

Noch im Jahr der Habilitation und daher ebenfalls unter fortdauerndem Einfluss der dazu angestellten Überlegungen, aber in unmittelbarerem Zusammenhang mit der politischen Tätigkeit steht der aus dem Habilitationsvortrag hervorgegangene Aufsatz über *Die organische Bedeutung der Art. 15 und 17 der Reichsverfassung*.¹⁰⁶ Er leitet direkt über zu der nach Bismarcks Entlassung veröffentlichten Artikelserie über *Die Organisation der Reichsregierung und die Parteien*,¹⁰⁷ die den Weg in Richtung auf ein parla-

¹⁰³ Wien 1890; die nachstehend unter Nr. 38 abgedruckte Rezension ist ebenfalls im *Archiv des öffentlichen Rechts* 6, 1891, S. 163ff. erschienen. Zur Bedeutung Linggs im Disput zwischen Stoerk, Laband und Max von Seydel insb. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. 2 (zit. Fn. 13), S. 346 Fn. 191, S. 436 Fn. 68; diese Einordnung wird durch die von Preuß vorgenommene ergänzt.

¹⁰⁴ Roderich Stintzing/Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. 1, 1880, Bd. 2, 1884; 1898 erschien als Grundlage der Besprechung Bd. 3.

¹⁰⁵ Nachstehend Nr. 3.

¹⁰⁶ Nachstehend Nr. 20.

¹⁰⁷ Bd. 1 dieser Edition, Nr. 10 S. 155ff., dazu die Einleitung Albertin S. 8, 30ff.; in der Bedeutung hervorgehoben auch bei Lehnert (zit. Fn. 3), S. 218, und Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 130f.

mentarisches System weisen soll. Wichtig ist aber nun, dass der verfassungsrechtliche Grund dafür bereits vorher gelegt worden ist.

In Absetzung von Souveränitätsteilungslehren, sei es zwischen Reich und Gliedstaaten, sei es zwischen Staatsgewalten, wird eine organische Verbindung zwischen ihnen, durchaus auch mit Einfluss der Krone auf alle Gewalten, als unverzichtbar erklärt. Gegenstück ist ein – die Grenzen des Gewaltenteilungsgrundsatzes seinerseits überschreitendes – Kontrollrecht des Parlaments im Rahmen der Ministerverantwortlichkeit, ebenso wie die Trennung von Reich und Gliedstaaten durch den Bundesrat überbrückt wird. Nur, wie lassen sich Ministerverantwortlichkeit und Bundesratsprinzip vereinbaren? Bismarck hat jene, gestützt auf das Prinzip der „verbündeten Regierungen“, bekämpft, aber neben den Prinzipien der Preußischen Hegemonie und des Bundesratsprinzips eben auch den Reichstag als Vertretung des deutschen Volkes als Einheit akzeptiert.¹⁰⁸ Dennoch, war der Reichskanzler als Vorsitzender des Bundesrats zugleich Preußischer Bundesratsgesandter, so war eine andere Verantwortlichkeit als die gegenüber der Preußischen Krone prekär, und man kann die infolge des Amendements Bennigsen ausdrücklich in Art. 17 RV verankerte Verantwortlichkeit gegenüber dem Kaiser immer noch als „klare Niederlage“ des Postulats nach parlamentarischer Mitwirkung deuten, zumal weiter gehende Vorschläge zur Schaffung spezieller Bundeskommissare nicht durchdrangen.¹⁰⁹

Preuß stellt diese Problematik durchaus schonungslos dar. Aber er insistiert, dass durch die Erklärung der Verantwortlichkeit der Reichskanzler von einem bloßen Preußischen Bundesratsgesandten und Vorsitzenden des Bundesrats (Art. 15 RV) zum Träger einer selbständigen Bundesexekutive geworden sei. Auch wenn die Verantwortlichkeit nicht zur formellen Regelung einer sie sanktionierenden Ministeranklage ausgestaltet worden sei, bleibe sie als Zurechenbarkeit bestimmten exekutiven Handelns wirksam. Damit ermögliche sie eine Einflussnahme des Reichstags auf Entscheidungen des Reichskanzlers, ohne das Prinzip der Unverantwortlichkeit der Krone zu tangieren, und schaffe einen eigenen, zurechenbaren Bereich der Reichszuständigkeit. Folglich seien deren Träger genauer zu bestimmen, was ja das Stellvertretungsgesetz vom 17. März 1878¹¹⁰ bewirkt habe.

Allerdings bedeutet diese Lesart, die eine Öffnung des konstitutionellen zum parlamentarischen System anstrebt und insofern Preuß' gesamtes späteres Wirken einleitet, dass die Verbindung zwischen den Ämtern des Reichskanzlers und des Preußischen Ministerpräsidenten auch rechtlich notwendig ist, da die Preußische Vertretung im Bundesrat dem Reichskanzler als dessen Vorsitzenden nicht übergeordnet werden kann.

¹⁰⁸ Dazu Albertin, a.a.O., S. 8f.

¹⁰⁹ So auch Albertin a.a.O. unter Hinweis auf L. Gall; vgl. neuestens Gerhard Stuby, *Vom „Kronjuristen“ zum „Kronzeugen“*, Hamburg 2008, S. 25ff.

¹¹⁰ RGBl. S. 7, auch (mit Vorgeschichte) bei E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte* Bd. 2, 3. Aufl. 1986, S. 405–407; dazu E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 3, (zit. Fn. 25), S. 823ff.

Mehr noch, auch das Kollegialsystem der Preußischen Regierung wird durch die monokratische Position des Reichskanzlers relativiert, und die in der Reichsverfassung angelegten Vetorechte Preußens bzw. des Kaisers¹¹¹ müssen extensiv, als Ausdruck eines einheitlichen Prinzips interpretiert werden.

Die Verfassungsinterpretation, die mit den Methoden der organischen Staatslehre, wie sie im unter Nr. 1 abgedruckten Aufsatz und in der Habilitationsschrift entwickelt worden ist, aber auch mit historischen Argumenten operiert, ermöglicht Preuß somit, das kurz danach präsentierte politische Programm hinsichtlich der Stellung der Reichsregierung (Bd. 1, Nr. 10) verfassungsrechtlich abzustützen. Damit hat Preuß eine Argumentationslinie entwickelt, die sein Verhältnis zum Parlamentarismus bis in die Weimarer Zeit prägt.¹¹²

3. Zum Völkerrecht

Auf der Grundlage der so gewonnenen Interpretation der Ministerverantwortlichkeit nach der Reichsverfassung war das folgende Jahr vor allem von der großen Arbeit über die Organisation der Reichsregierung und die Parteien¹¹³ geprägt. Zugleich suchte Preuß die Ausführungen über das Völkerrecht, die schon in seinen ersten Schriften vorgezeichnet sind, dann jedoch durch die Eliminierung des Souveränitätsbegriffs in der Habilitationsschrift zusätzliche Relevanz erhalten, monographisch zusammenzufassen. Dem dient die 1891 veröffentlichte kleine Schrift über *Das Völkerrecht im Dienste des Wirtschaftslebens*;¹¹⁴ sie wird ergänzt durch eine kurze, wenig später erschienene Rezension zu Ludwig von Bar, *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*.¹¹⁵

Die erstgenannte Schrift geht aus von zeitgenössischen Tendenzen einerseits zur Leugnung des Rechtscharakters und einer Bindungswirkung des Völkerrechts, andererseits zu zunehmender, rechtlich auch geregelter internationaler Verflechtung. Den Leugnern des Völkerrechts hält Preuß, auf die Argumentation zum Verhältnis von Staat und Recht¹¹⁶ aufbauend, die allmähliche Herausbildung des Zwangselements im Recht entgegen. Der innere Zwang der wirtschaftlichen Bedürfnisse erfordert, dass sich das Rechtssystem wandelt, und auch wenn der äußere Zwang im Völkerrecht noch nicht entwickelt ist, bewirkt die Interessenlage der Staaten eine Einfügung in die völkerrecht-

¹¹¹ Preuß verweist insofern auf Art. 5 II, 24, 37, 78 RV; zur Bedeutung der erstgenannten Bestimmung vgl. oben II 3 mit Fn. 32.

¹¹² Zu diesem Zusammenhang Lehnert (zit. Fn. 3), S. 218ff., 267ff., und nunmehr in der Einleitung zu Bd. 4 dieser Edition, S. 15ff.

¹¹³ Bd. 1, Nr. 10; Folge davon war der Aufsatz zu *Sozialdemokratie und Parlamentarismus*, Bd. 1 Nr. 11.

¹¹⁴ Nachstehend Nr. 22, dazu auch Lothar Albertin in der Einleitung zu Bd. 1 dieser Edition, S. 34ff., unter Hinweis auf Detlef Lehnert, *Der Beitrag von Hans Kelsen und Hugo Preuß zum modernen Demokratieverständnis*, in: C. Gusy (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 2000, S. 221 (250f.). Auch Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (zit. Fn. 96), S. 311, würdigt Preuß' Schrift positiv, obwohl Jellinek an der Souveränitätslehre festhält.

¹¹⁵ Stuttgart 1892; die in der „Nation“ erschienene Rezension ist nachstehend Nr. 40 wiedergegeben.

¹¹⁶ Vgl. die Darstellung oben III 4.

liche Ordnung. Dabei distanziert sich Preuß von Versuchen, Selbsthilfe im internationalen Bereich, namentlich den Krieg, als Zwangsmittel einer Rechtsordnung zu rechtfertigen. Wenn schon innerstaatlich die Selbsthilfe nicht völlig ausgeschaltet werden kann, dann noch weniger im internationalen Verkehr. Aber neben dem Interessengegensatz, der zu Kriegen führen kann, konstatiert Preuß, wiederum die Argumentation der Habilitationsschrift konkretisierend, eine Gemeinschaft auch auf internationaler Ebene, deren gemeinsames wirtschaftliches Interesse die Staaten allmählich zu zwingen geeignet ist.

Diese Gemeinschaftsbildung wird historisch hergeleitet und – auch insofern nach schon entwickeltem Muster – auf die spätmittelalterlichen Städte zurückgeführt, die zur Entwicklung von Arbeitsteilung, Handel und wirtschaftlicher Verflechtung führten. Allerdings verlief die Entwicklung nicht bruchlos, denn die Herausbildung des Territorialstaats hat mit dem Absolutismus im Innern die äußere Abschließung, Merkantilismus und wirtschaftlichen Kampf gefördert. Erst die niederländische Orientierung auf den Welthandel bringt ein neues Element in die internationale Ordnung – nicht zufällig parallel zur Völkerrechts- und Naturrechtslehre von Hugo Grotius. Zwar brachte die napoleonische Herrschaft einen Rückschritt, aber zugleich das Bewusstsein der Notwendigkeit von Solidarität der Staaten, so dass seit dem Wiener Kongress trotz fortbestehender Gegensätze die Interessengemeinschaft der Staaten vorherrscht.

Rechtlich macht es Preuß aufgrund der von ihm entwickelten Beziehung von Staat und Recht wenig Probleme, auch völkerrechtlichen Verträgen Bindungswirkung zuzuschreiben. Entsprechend argumentiert er jedoch auch für das internationale Herkommen, dessen Einwirkung auf staatliche Maßnahmen wie Münzverschlechterungen, Benachteiligung von Fremden, Ausweisungen er anschaulich schildert. Ob vertraglich vereinbart oder gesetzlich aufgrund internationaler Verflechtung angeordnet – die Gesetzgebung tendiert zu internationaler Gleichförmigkeit, mit der Zielprojektion internationaler Kodifikationen und verbindlicher internationaler Ordnung, für die der Weltpostverein als aktuelles Beispiel genannt werden kann. So konstatiert Preuß eine zwar nicht vor Rückfällen geschützte, aber doch langfristig wirksame Entwicklung hin zu einer friedlichen Welt. Die eingangs dieses Abschnitts erwähnte Rezension zu von Bar ermöglicht ihm, diese Feststellung zusätzlich zu untermauern.

Methodisch fällt an der Schrift auf, dass sie, über das schon zuvor konstatierte Interesse an der naturwissenschaftlichen Entwicklungstheorie hinaus, über weite Strecken mit einer materialistischen Geschichtsbetrachtung argumentiert. Das ist Preuß durchaus bewusst, und in einer Anmerkung¹¹⁷ bezieht sich Preuß ausdrücklich auf Karl Marx. Er grenzt sich von ihm nicht methodisch, aber durch Betonung der Gemeinschaft neben den zugestandenen Gegensätzen, und durch die Ablehnung eines konfliktlosen Zukunftsmodells ab. Beides passt zur fast gleichzeitigen Schrift über Sozialdemokratie und Parlamentarismus¹¹⁸ und trägt dazu bei, die folgende Annäherung zwischen Preuß und dem revisionistischen Sozialismus zu erklären.

¹¹⁷ Exkursartige Anm. 9, unten S. 364f.

¹¹⁸ In dieser Edition Bd. 1, Nr. 11, S. 176ff.

4. Reichs- und Landes-Finzen

Drei Jahre später datiert die nächste öffentlich-rechtliche Monographie.¹¹⁹ Sie erscheint vordergründig dem Finanzrecht und damit einem speziellen verwaltungsrechtlichen Thema, das den Übergang zur kommunalpolitischen Aktivität signalisiert, gewidmet. Dennoch ist der Zusammenhang mit den vorangegangenen bundesstaatsrechtlichen und das konstitutionelle System des Bismarckreichs behandelnden Arbeiten offensichtlich, denn teils in Nachwirkung des Preußischen Verfassungskonflikts, teils in der Situation der Vorläufigkeit der Gründung von Norddeutschem Bund und Deutschem Reich war die Regelung der Reichsfinzen im XII. Abschnitt der Reichsverfassung (Art. 69–73) wenig systematisch ausgefallen, wenn auch das Amendement des Finanzfachmanns Johannes von Miquel wenigstens einen Rahmen vorgegeben hatte.¹²⁰ Aber zunächst ging Art. 70 RV noch davon aus, dass, wie im Deutschen Bund, Matrikularbeiträge der Gliedstaaten, bemessen nach der Bevölkerungszahl, neben eigenen Einnahmen den Finanzbedarf des Reichs decken sollten. Mit Recht kann Preuß daher mit dem provisorischen Charakter der damit übernommenen Lösung argumentieren. Allerdings war die Verfassungslage insofern offen, als Art. 4 Nr. 2 RV dem Reich neben der Gesetzgebung über Zölle auch die „über die für die Zwecke des Reichs zu verwendenden Steuern“, also ohne sachliche Begrenzung des Steuersubstrats, zuwies und diese Steuern dem Reich zustehen sollten (Art. 38 I), und Art. 70 die Matrikularbeiträge nur vorsah, „solange Reichssteuern nicht eingeführt sind“. Die Reichsgesetzgebung war daher frei, entweder nach traditionell staatenbündischem Vorbild Matrikularbeiträge, oder aufgrund Gesetzes nach dem Verfassungswortlaut jedwede Art von Reichssteuern, auch Zölle, vorzusehen.¹²¹

Diese Situation wirkte sich aus, als das Reich 1878/79 zur Schutzzollpolitik überging – ein Systemwechsel, den Preuß an anderer Stelle scharf kritisiert hat.¹²² Damit wären die Reichseinnahmen in einem Maß gestiegen, dass das Reich eine ausreichende Finanzausstattung gehabt hätte und deshalb Matrikularbeiträge nicht mehr nötig gewesen wären.¹²³ Aber das Zentrum, das zur neuen die Schutzzollpolitik tragenden Reichstagsmehrheit gehörte, wollte eine derartige Unabhängigkeit des Reichs von den Gliedstaaten vermeiden und setzte deshalb die nach seinem Führer und zwischenzeitlichen Vizepräsidenten des Reichstags benannte „Franckensteinsche Klausel“ durch: soweit die Einnahmen aus Zöllen den Betrag von 130 Mio. M jährlich überstiegen, waren sie an die

¹¹⁹ Nachstehend Nr. 23.

¹²⁰ Dazu Preuß, unten S. 488f.; zu Miquel der Lebenslauf bei E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte* Bd. 3, (zit. Fn. 25), S. 388.

¹²¹ So die Argumentation von Preuß, unten S. 489f., wobei (S. 493) im Anschluss an Laband die „Gesellschaftswirtschaft“ oder „Vereinswirtschaft“ der Matrikularbeiträge und die „Staatswirtschaft“ eines Steuersystems einander gegenübergestellt werden.

¹²² Siehe Bd. 1 Nr. 6, S. 121f. dieser Edition. Darstellung der Wende etwa bei E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte* Bd. 4 (zit. Fn. 25), S. 1044ff.

¹²³ So Huber, a.a.O. Bd. 4, S. 1047.

Gliedstaaten zu überweisen.¹²⁴ Dadurch blieb das Reich von den Matrikularbeiträgen der Gliedstaaten abhängig und musste weiterhin, im Weg des Provisoriums, Steuerquellen zu erschließen suchen, die seinen Finanzbedarf zu decken halfen – wobei dieses Verfahren weiterhin dadurch erschwert wurde, dass auch für solche Steuern wie namentlich die Stempelsteuer und die Branntweinsteuer entsprechende Klauseln eingefügt wurden. Es dauerte bis zum Finanzreformgesetz vom 14.5.1904,¹²⁵ bis die Franckensteinsche Klausel wieder abgeschafft wurde.

Allerdings stieß sie schon vorher auf heftige, auch in der Schrift von Preuß eingehend dargestellte Kritik, und in den Zusammenhang eines 1893 von der Reichsleitung eingeleiteten Versuchs, die Klausel aufzuheben, gehört seine Monographie über Reichs- und Landesfinanzen. Sie setzt die Kritik einer Überbetonung des parlamentarischen Haushaltsbewilligungsrechts fort, wie sie Preuß bereits in *Friedenspräsenz und Reichsverfassung*¹²⁶ entwickelt hatte, und anerkennt zwar, über den zaghaften Neuordnungsvorschlag der Reichsleitung hinaus und in Aufnahme von Vorschlägen, die Bennigsen bereits beim Übergang zum Schutzzollsystem gemacht hatte,¹²⁷ die Notwendigkeit einer bundesstaatlichen Finanzverfassung, die Reich und Gliedstaaten eine den Aufgaben angepasste Finanzausstattung sichert. Aber Preuß zeigt in auch für heutige Diskussionen überaus aktueller Weise, dass dies nicht einfach durch Verzicht auf Ausgleichszahlungen und Ausscheidung bestimmter Steuerquellen zu erreichen ist, sondern dass die verfassungsrechtliche Aufgabenverteilung zwar die Zuweisung bestimmter Steuerquellen an die verschiedenen Ebenen, aber vor allem die Einführung beweglicher Faktoren in der Art von Hebesätzen erfordert, damit alle Gebietskörperschaften die Erfüllung ihrer Aufgaben finanzieren können. Dabei denkt Preuß für das Reich an Zölle, Verbrauchs- und Verkehrssteuern, für die Gliedstaaten an die direkten Steuern einschließlich der Vermögens- sowie der Gewerbesteuer. Ausgleichszahlungen – Matrikularbeiträge respektive Überweisungen an die Gliedstaaten – sollen nur für den Fall unvorhergesehener Mehr- oder Mindereinnahmen erfolgen. Dies setzt freilich eine reichsrechtliche Festlegung der die gliedstaatlichen Steuer bestimmenden Grundsätze und eine organische Verbindung von Finanzverwaltung des Reichs und der Gliedstaaten, vor allem Preußens, voraus.¹²⁸

Das Konzept, das wesentliche Punkte der Erzbergerschen Finanzreform von 1919/20 vorwegnimmt, mutet erstaunlich modern und aktuell an.

„Allerdings kann ein solcher Generalplan füglich in den Hauptzügen nur von *einer* Stelle ausgehen, und die kann nach Lage der Dinge nur das Reich sein“.¹²⁹

¹²⁴ § 8 des Reichsgesetzes betreffend den Zolltarif des deutschen Zollgebiets und den Ertrag der Zölle und der Tabaksteuer vom 15.7.1879 (RGBl. S. 207); vgl. Huber, a.a.O., Bd. 3, S. 951, sowie die Darstellung durch Preuß, unten S. 463ff.

¹²⁵ RGBl. S. 169; vgl. Huber Bd. 3, S. 952f., Bd. 4, S. 295.

¹²⁶ Nachstehend Nr. 17 und dazu oben II 3; den Zusammenhang betont auch Lehnert (zit. Fn. 3), S. 270.

¹²⁷ Dazu nachstehend S. 502f.

¹²⁸ Zusammenfassung der Vorschläge unten S. 522ff.

¹²⁹ S. 523 unter Berufung auf Adolf Wagner. Insofern schimmert auch bei Preuß eine Art von Souve-

Der Vorschlag strebt somit ein einheitliches finanzverfassungsrechtliches System an – in offenem Gegensatz zum kritisierten „System Franckenstein“. Hier schimmert Preuß' Verständnis von Föderalismus und Selbstverwaltung durch: Es geht um möglichst weitgehende Eigenverantwortung der unteren Ebenen, aber im Rahmen eines einheitliche Bedingungen gewährleistenden Systems. Vom Konzept der Reservatrechte und Unabhängigkeit der Gliedstaaten in vielen Bereichen gewährleistenden Reichsverfassung von 1871 aus kann dies ebenso als Schritt zur Unitarisierung kritisiert werden, wie es im Rahmen einer Selbstverwaltungstheorie als aufgabenadäquate Eigenverantwortung verstanden werden kann und von Preuß verstanden wird.

5. Rezensionen und Anzeigen

Zur publizistischen Tätigkeit in der hier dargestellten Phase gehören auch Buchbesprechungen, neben den bereits im Zusammenhang erwähnten Rezensionen zu Trieps,¹³⁰ Lingg¹³¹ und von Bar,¹³² sowie dem anlässlich der Besprechung des Werks von Stintzing/Landsberg verfassten Aufsatz,¹³³ vor allem der etwas eingehendere Besprechungsaufsatz zu Ludwig Gumplowicz.¹³⁴ Anknüpfend an Gumplowicz' sozialwissenschaftlich orientierte Schriften¹³⁵ vertieft hier Preuß bereits in der Völkerrechts-Monographie (oben 3) anklingende Überlegungen zur soziologischen, die gesellschaftliche Prägung in den Vordergrund rückenden Geschichtsauffassung. Sie stellt die Rolle der Persönlichkeit in der historischen Entwicklung in Frage und weist ihre Abhängigkeit von gesellschaftlichen Bedingungen nach. Freilich zeigt Preuß am Beispiel Bismarcks, dass die Besetzung des Postulats nationaler Einheit, ja demokratischen Wahlrechts durchaus in die Vertretung der Junker-Interessen eingeordnet werden konnte. Hier klingen später in der Schrift über die Junkerfrage¹³⁶ entwickelte Überlegungen bereits an. Für die internationalen Beziehungen folgt Preuß der Feststellung eines grundlegenden Gegensatzes zwischen russischer Despotie, die „mechanische Staatsbildung der asiatischen Reiche repräsentiert“, und europäischer Kultur, deren Blüte er – hier wieder ganz im Gefolge Gierkes und in Fortsetzung der Argumentation der Habilitationsschrift – im

ränitätsanspruch des Zentralstaats durch, wie ihn z.B. Georg Jellinek, *System* (zit. Fn. 96), S. 292f. Preuß kritisch entgegenhält.

¹³⁰ Oben IV 1 S. 26 mit Fn. 101.

¹³¹ Oben IV 1 S. 27 mit Fn. 103.

¹³² Oben IV 3 S. 29 mit Fn. 115.

¹³³ Oben IV 1 S. 27 mit Fn. 104.

¹³⁴ Ludwig Gumplowicz, *Naturgesetze der Politik?*, die in zwei Beilagen-Nummern des *Berliner Tageblatts* vom 4. und 11.1.1892 erschienene Abhandlung ist nachstehend Nr. 39 abgedruckt. Preuß bespricht in dieser Sammelrezension Ludwig Gumplowicz: *Rechtsstaat und Socialismus*, Innsbruck 1881; *Der Rassenkampf*, Innsbruck 1883; *Grundriss der Soziologie*, Wien 1885; *Soziologie und Politik*, Leipzig 1892.

¹³⁵ Dazu Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts* Bd. 2 (zit. Fn. 13), S. 308f., 350 (auch im Verhältnis zu Preuß S. 369, 435, 444f.).

¹³⁶ Bd. 1 Nr. 12 der vorliegenden Edition; dazu Stephan Malinowski/Christoph Müller, *Die ‚Junkerfrage‘ in der Analyse von Hugo Preuß*, in: Chr. Müller (Hrsg.), *Gemeinde, Stadt, Staat: Aspekte der Verfassungstheorie von Hugo Preuß*, Baden-Baden 2005, S. 191ff.

organischen Staatsgedanken sieht. Aber ob dies zu einer (west-)europäisch-russischen Konfrontation, abgemildert durch eine Pufferzone von Finnland bis Bulgarien und unter Führung Österreich-Ungarns, führt? Was ist dabei der Stellenwert des französisch-deutschen Gegensatzes? Preuß betont hier das Fortdauern internationaler Gegensätze, aber er setzt, wie in der früheren Schrift, darauf, dass der „ewige Kampf“ „in Schranken und Formen des Rechts“ zum „Interessenkampf“ wird – dass also soziologische Geschichtsbetrachtung, mit Marx, Konflikte offen legt, aber, entgegen Marx, nicht in einer künftigen Harmonie auflöst. Diese abschließende Stoßrichtung zeigt, ähnlich wie im Aufsatz über Sozialdemokratie und Parlamentarismus,¹³⁷ Annäherung und zugleich Abgrenzung im Verhältnis zur Sozialdemokratie.

Zu nennen ist ferner eine kurze Anzeige der ersten Lieferung von Karl von Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts,¹³⁸ das später ganze Generationen von Verwaltungsjuristen prägen sollte. Es fällt auf, dass Preuß sofort den Bearbeiterkreis analysiert, wobei er den umfassenden Charakter, aber das Fehlen der Staatsrechtslehrer hervorhebt, „welche nebenbei freisinnige Publizisten sind“. Nicht nur diese Feststellung, sondern auch der zugrunde liegende Befund hat eine bis heute wirkende Tradition begründet.¹³⁹ In den Jahren 1896–1898 folgen mehrere kleine Buchanzeigen, darunter die des Buchs des Berliner Anwalts Richard Grelling, der die Einschränkungen der Meinungsäußerungs-, Presse- und Kunstfreiheit, darunter die Verfolgung Heinrich Geffckens¹⁴⁰ geißelt, ferner von Georg Haberland, *Bauschöffenämter*, sowie einer Sammlung der *Kolonialgesetzgebung*.¹⁴¹

Bedeutsamer dürfte der am 19. Juni 1897 gehaltene Vortrag über die damals sehr umstrittenen zivilprozessualen Grundlagen des Verwaltungsstreitverfahrens vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin gewesen sein, über den freilich nur ein zusammenfassender Bericht vorliegt.¹⁴² Preuß stellt der Formlosigkeit des Verwaltungsverfahrens die Formstrenge des Zivilprozesses gegenüber, die schon in der Kammerjustiz des absoluten Staates zu einer gewissen Formalisierung geführt, im gegenwärtigen Rechtsstaat, für den in Preußen insofern das Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883¹⁴³ bestimmend

¹³⁷ Bd. 1 Nr. 13 der vorliegenden Edition.

¹³⁸ Freiburg 1889; dazu nachstehend Nr. 36. Das Wörterbuch erschien in 5 Bänden 1890–1897 und dann, in 2. Aufl. hrsg. von v. Stengel/Fleischmann, 3 Bde., Tübingen 1922–1924. Zur Bedeutung Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts* Bd. 2 (zit. Fn. 13), S. 402f.

¹³⁹ Frappant die Übereinstimmung mit der freilich ausführlicheren Bestandsaufnahme durch Helmuth Schulze-Fielitz, *Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz – in der Beleuchtung des Handbuchs des Staatsrechts, Die Verwaltung* 32, 1999, S. 241 (242, 245–247).

¹⁴⁰ Zu dieser für das Dreikaiserjahr wichtigen, auch in Bd. 1 S. 265 dieser Edition erwähnten Episode vgl. den Versuch der Rechtfertigung des Vorgehens Bismarcks bei E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte* Bd. 4 (zit. Fn. 25), S. 190–194.

¹⁴¹ Nachstehend Nr. 41–43.

¹⁴² Nachstehend Nr. 24. Zur zeitgenössischen Kontroverse etwa Philipp Zorn, *Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsarchiv* 2 (1894), S. 74–147.

¹⁴³ PrGS S. 195; zu den Grundlagen vor allem Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgewichte in Deutschland*, 2. Aufl. Berlin 1879.

war, zu zahlreichen Verweisungen auf den Zivilprozess geführt habe. Daraus resultiert auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein formalisierter Parteiprozess. Allerdings insistiert Preuß für den Bereich des öffentlichen Rechts auf dem Untersuchungsgrundsatz und stellt die Bindung des Gerichts an die Parteibegehren in Frage. Auch hier dürfte der Einfluss des „norddeutschen“, von Gneist geprägten Systems der Verwaltungsgerichtsbarkeit durchschimmern.

1898 folgen, neben dem bereits (oben IV 1) erwähnten Besprechungsaufsatz zu Stintzings und Landsbergs *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, im *Archiv des öffentlichen Rechts* eine Anzeige der Schrift Friedrich Tezners zur politischen Bildung sowie die Rezension eines Buchs von Emil Steinbach über Verträge zur Schaffung wirtschaftlicher Organisationen.¹⁴⁴ Diese Rezension stellt den auf Konkurrenz ausgerichteten individualrechtlichen Gütertauschverträgen die zu gemeinsamer Interessenverfolgung geschlossenen, im Sinn Gierkes sozialrechtlichen Verträge gegenüber und fasst damit Gesellschaftsverträge, Verträge (namentlich Mandate) zur Vertretung einer Organisation und die vertragliche Verbindung einer Organisation mit ihren Hilfskräften, vor allem Beamten, zusammen. Hier kommt somit das Thema des 1902 veröffentlichten Buchs über *Das städtische Amtsrecht in Preußen* (dazu unten V 3, 4) zur Sprache, und obwohl Steinbach darin nicht ausdrücklich zitiert ist,¹⁴⁵ liegt ein sachlicher Zusammenhang nahe. In der Rezension geht Preuß auf Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Gütertausch und gemeinsamer Interessenverfolgung, vor allem im Bereich von Werkverträgen, ein. Danach und von heute her gesehen erstaunt, dass vom arbeitsrechtlichen Element im Beamtenverhältnis, das dieses auch in den Zusammenhang der Gütertauschverträge zu stellen gestatten könnte, keine Rede ist.¹⁴⁶ Schon hier wird das Amtsrecht als Organisationsrecht gedeutet und damit die Grundlage der späteren Monographie vorbereitet.

V. Die Zusammenführung von Kommunalrecht und Theorie (1900–1908)

1. Zum Wesen der Selbstverwaltung

Dass Preuß im letzten Jahrzehnt des zu Ende gehenden Jahrhunderts so viel weniger Juristisches publiziert hat als in den Jahren davor, hängt – neben dem fortdauernden politischen Interesse, das so wichtige Schriften wie *Die Junkerfrage*¹⁴⁷ provoziert hat – mit der damals beginnenden kommunalpolitischen Betätigung, vor allem der Wahl in

¹⁴⁴ Nachstehend Nr. 45 und 44.

¹⁴⁵ Im Buch über *Das städtische Amtsrecht in Preußen* (zit. Fn. 2), S. 348ff., wird zwar in entsprechender Weise die amtliche Tätigkeit der Beamten als eigene, durch die Stellung als Organ geprägte der durch Vertrag geregelten Besorgung fremder Geschäfte gegenübergestellt, Steinbach jedoch nicht zitiert.

¹⁴⁶ Zu diesem ständig wiederkehrenden Grundproblem des deutschen Beamtenrechts neuerdings die treffende Kritik durch Hans Peter Bull, *Beamte – Die vernachlässigten Hüter des Gemeinwohls?, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2007, S. 1029ff.

¹⁴⁷ Bd. 1 dieser Edition, Nr. 12, vgl. auch Nr. 13–15.

die Berliner Stadtverordnetenversammlung, und dem dadurch erschlossenen Arbeitsfeld zusammen. Dessen Darstellung und Dokumentation gehört in Bd. 5 dieser Edition. Die Entscheidung zugunsten der Kommunalpolitik beruht jedoch auf einem Verständnis der kommunalen Selbstverwaltung, das, wie in Abschnitt III der vorliegenden Einführung dargestellt, in der Habilitationsschrift entwickelt und begründet worden ist. Damals erkannte Preuß, dass in diesen Zusammenhang auch eine „Dogmengeschichte des Selbstverwaltungsbegriffs“, analog zu der des Bundesstaates, gehörte, sah jedoch davon ab, sie darzustellen, da „die spezifische Natur des Verwaltungsrechts“ eine andere, zweckmäßigkeitsorientierte Methode erforderte.¹⁴⁸ Aber die Kommunalpolitik als Arbeitsfeld führte folgerichtig dazu, die 1889 entwickelte Stellung der Gemeinde im System der Gebietskörperschaften auch dogmatisch zu vertiefen. Die Bearbeitung dieser Fragestellung setzt um 1900 ein.

Anknüpfungspunkt war, neben den praktischen kommunalpolitischen Schriften, die Diskussion und Rezension eines Buchs des damals jungen Julius Hatschek, der *Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung*¹⁴⁹ behandelt und, in Anknüpfung an Rudolf Gneist, aber auch an Georg Jellinek, dessen *System der subjektiven öffentlichen Rechte*¹⁵⁰ kurz zuvor erschienen war, die Lehre vom *status passivus* auf die Träger von Selbstverwaltung, namentlich die Gemeinden, übertragen hatte: Es seien „aktiv öffentlich-rechtliche“ und „passiv öffentlich-rechtliche“ Verbände zu unterscheiden; diese, im Gegensatz zu den aktiven Verbänden ohne körperschaftliche Qualität, werden, im Anschluss an Gneist und mit Ausformung in Hatscheks späterer Arbeit,¹⁵¹ vor allem in der englischen Tradition nachgewiesen und als die Wirkungsfelder kommunaler, aber grundsätzlich von der Zentralgewalt ernannter Ehrenbeamter dargestellt. Entsprechend wird auch für die Preußischen Ämter und Kreise argumentiert. Selbstverwaltung als Oberbegriff über aktive und passive Verbände sei daher nur ein politischer, kein juristischer Begriff.

¹⁴⁸ *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* (zit. Fn. 2), S. 218 Fn. 35; vgl. oben III 4 mit Fn. 53; dazu auch Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 85ff.; Grassmann (zit. Fn. 1), S. 9ff., 27ff.; Schefold, in: *Deutsche Juristen* (zit. Fn. 80), S. 441.

¹⁴⁹ Leipzig 1898. Hatschek (1872–1926), aus Galizien stammender Schüler Georg Jellineks, hatte Gneist gründlich studiert und ihn in *Allgemeine Deutsche Biographie (ADB)* Bd. 49 (1904, Neudruck 1971), S. 403ff. gewürdigt, allerdings Preuß' Arbeit kaum berücksichtigt und (S. 90 Fn. 1 seines Buchs und folgende Nachweise) schon in Titel und Erscheinungsjahr falsch zitiert. Zu Hatschek vgl. Ottobert L. Brintzinger, *NDB* Bd. 8, Berlin 1969, S. 57f. sowie Heffter (zit. Fn. 54), S. 756; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts* Bd. 3, München 1999, S. 237f.; Stanley L. Paulson, *Hugo Preuß und Hans Kelsen – überraschende Parallelen*, in: Chr. Müller (Hrsg.), *Gemeinde, Stadt, Staat*, Baden-Baden 2005, S. 65 (76ff.). Preuß' Besprechungsaufsatz nachstehend Nr. 4.

¹⁵⁰ 1892, in 2. Aufl. Tübingen 1905 (zit. Fn. 96), wo S. 35ff. Preuß' Lehre scharf abgelehnt wird; in: *Allgemeine Staatslehre* (zit. Fn. 100), S. 640ff. übernimmt Georg Jellinek Hatscheks Befunde und Konstruktion vollständig, während Preuß' Kritik nicht erörtert und sein Konzept nur marginal (Fn. S. 638, 644f. mit Fn. 1 S. 645) erwähnt und abgelehnt wird.

¹⁵¹ Insb. Julius Hatschek, *Englisches Staatsrecht mit besonderer Berücksichtigung der für Schottland und Irland geltenden Sonderheiten*, 2 Bde., 1905/1906; im Ansatz schon im Anhang S. 173ff. der oben Fn. 149 zitierten Schrift.

An dieser Stelle setzt Preuß mit seiner, wie schon im Titel des Aufsatzes angedeutet, zunächst und in erster Linie methodisch orientierten Kritik ein. Er sieht in der neueren Literatur eine Tendenz zur spekulativen Abstraktion und Spezialisierung, die die Wirklichkeit in konstruierte Begriffssysteme zwingt. Formal erinnert diese Kritik an die Gierkes an Laband¹⁵² und ergänzt diese durch eine Kritik an Jherings Verwendung des Zwecks als Merkmal bei der Begriffskonstruktion; sachlich verteidigt Preuß das Ergebnis seiner Habilitationsschrift,

„die feste, juristische Formel zu finden, die den Begriff der Gemeinde von dem des Staates und zugleich den des Gliedstaates von dem des Gesamtstaates dauernd scheidet“.¹⁵³

Er zieht schon die englischen Befunde Hatscheks in Zweifel und anerkennt Ansätze von den Gebietskörperschaften zu unterscheidender passiv öffentlich-rechtlicher Verbände allenfalls in den Preußischen – damals vor allem ostelbischen – Ämtern, die ihm aber als „höchst fragwürdiger Notbehelf“ erscheinen.¹⁵⁴ Namentlich für die Kreise und Preußischen Provinzen jedoch vindiziert er die Rechtsnatur als Gebietskörperschaften, die sich grundsätzlich ihre Zwecke selbst setzen, und die zwar vom Staat mit übertragenen Aufgaben befrachtet werden können, aber ohne damit ihre Aktivrolle einzubüßen. Entgegen der vor allem von Laband, aber auch von Jellinek vertretenen Lehre ist kommunale Gewalt nicht vom Staat übertragen, sondern eigenständig.¹⁵⁵ Wenn Hatschek dem die Priorität der staatlichen Zwecksetzung entgegenstellen will, so sieht Preuß darin die *petitio principii* der von ihm widerlegten Souveränitätslehre, die allerdings von Georg Jellinek in voller Schärfe vertreten wird. Dabei nimmt Preuß – entgegen Hatschek – auch Gneists Auffassung für sein Verständnis der Selbstverwaltung in Anspruch.¹⁵⁶ Der schon die Habilitationsschrift bestimmende Begriff der Gebietskörperschaft, schon damals auch auf die höheren Kommunalverbände, vor allem die Kreise und Provinzen angewandt, steht daher weiter im Vordergrund und prägt die neue Arbeitsphase.

¹⁵² Otto von Gierke, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (zit. Fn. 81). Aber Schmoller selbst hat diese Kritik in der Rezension zu *Gemeinde, Staat, Reich*, *SchmollersJb* 13, 1889, S. 265f. auf Preuß umgemünzt.

¹⁵³ So S. 123 dieser Edition, vgl. oben III 5 a.E.

¹⁵⁴ So S. 126; zur Fortdauer dieser Problematik bis in die Gegenwart BVerfGE 52, S. 95ff. und dazu Andreas Bovenschulte, *Gemeindeverbände als Organisationsformen kommunaler Selbstverwaltung*, Baden-Baden 2000, S. 317ff.

¹⁵⁵ Dazu Lehnert (zit. Fn. 3), S. 192ff.; grundlegend insofern Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, 5. Aufl. Tübingen 1911 (Neudruck 1964), S. 102ff. mit Fn. 4; Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (zit. Fn. 100), S. 633ff. und *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (zit. Fn. 96), S. 282ff.; Hatschek (zit. Fn. 149), S. 87ff., 95; zum heutigen Streitstand, der den Konflikt durch die Gewährleistung eines universellen eigenen und insofern eigenständigen, aber kraft staatlicher Verfassung gewährleisteten Wirkungsbereiches abmildert, Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Christian Röhl, *Kommunalrecht*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. Berlin 2005, S. 15 Rz. 8.

¹⁵⁶ Zu dieser Problematik Heffter (zit. Fn. 54), S. 755; Schefold, *Selbstverwaltungstheorien: Rudolf Gneist und Hugo Preuß* (zit. Fn. 54), S. 97ff.

2. Die Organpersönlichkeit als Schlüsselbegriff

Folglich stellt sich die Frage des Verhältnisses der Gebietskörperschaft zu ihren Amtsträgern. Dieser Problembereich, der durch den Erlass des Preußischen Kommunalbeamtengesetzes vom 30. Juli 1899¹⁵⁷ konkrete Aktualität erhielt, wird im umfangreichen Werk über *Das städtische Amtsrecht in Preußen*¹⁵⁸ behandelt und steht im Mittelpunkt der hier dargestellten Schaffensperiode. Preuß erhoffte sich davon den Nachweis seiner Qualifikation für ein Extraordinariat an der Berliner Fakultät, wie es in der Tat von dieser für ihn beantragt, freilich dann vom Ministerium abgelehnt wurde.¹⁵⁹ Sachlich aber sollte sich an der Darstellung der Beziehung von Gebietskörperschaft und Amtsträger die zentrale Konstruktion der organischen Theorie, die Beziehung zwischen Gesamtperson und Organ, bewähren.

Zur Grundlegung dieser Darstellung dient der zunächst, wiederum im Gefolge Gierkes, veröffentlichte Aufsatz *Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie*.¹⁶⁰ Er schließt unmittelbar an die Methodenkritik in der Auseinandersetzung mit Hatschek an und postuliert, dass wer von „Organen“ einer juristischen Person, namentlich einer Gebietskörperschaft spreche, diese konsequenterweise auch als Organismus, als Gesamtperson verstehen müsse. Gemäß der von Preuß vertretenen organischen Theorie, wie er sie in der Habilitationsschrift entwickelt hat, ist die Gebietskörperschaft Gesamtperson mit realer Existenz, die aus den Gliedpersonen, den sie bildenden Einzelpersonen zusammengesetzt ist. Deren Zusammenwirken als sozialer und politischer Prozess, der juristisch nicht voll erfassbar ist, erzeugt einen Gesamtwillen oder Gemeinwillen, der neben die Individualwillen der Einzelnen tritt.

Damit die Gesamtperson handeln kann, bedarf sie bestimmter Institutionen, namentlich Ämter, die bestimmten Personen anvertraut werden müssen. Dadurch werden diese Personen zu Organen der Gesamtperson, zu Organpersonen. Ihre Befugnisse sind als Kompetenzen zugleich Befugnisse der Gesamtperson, werden aber durch die Organperson wahrgenommen. Neben die Beziehung zwischen der Gesamtperson und den Adressaten von deren Akten tritt daher eine Beziehung zwischen Gesamtperson und Organperson. Jede Herrschaft, die nicht in patrimonialstaatliche oder absolutistische Machtverhältnisse zurückfallen will, bedarf der Zurückführung auf die Regelungen der Gesamtperson, konkret die Verfassungs- und Gesetzesgrundlagen. Insofern deutet Preuß

¹⁵⁷ PrGS S. 141.

¹⁵⁸ Berlin 1902, Neudruck Genschmar 2006; das Werk ist mit 501 Seiten Preuß' umfangreichste Arbeit.

¹⁵⁹ Zu den Vorgängen Gillessen (zit. Fn. 1), S. 64ff.

¹⁶⁰ Nachstehend Nr. 5; der Aufsatz wurde, wie seine Fn. 1 darlegt, als Vorstudie zum Buch über *Das städtische Amtsrecht* ausgearbeitet und vor diesem publiziert; darauf wird auch in *Das städtische Amtsrecht*, a.a.O., S. 11f. hingewiesen. Die Grundlage bei Otto von Gierke (zit. Fn. 81), *SchmollersJb* 7, 1883, S. 1143; auch die zeitliche Parallele zu Gierkes Rektoratsrede *Das Wesen der menschlichen Verbände* (zit. Fn. 46), dort insb. S. 28ff. dürfte kaum zufällig sein. Vgl. die weiteren Hinweise zur Genese der Kontroverse bei Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (zit. Fn. 100), S. 560 Fn. 1, und *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (zit. Fn. 96), S. 35ff.; Lehnert (zit. Fn. 3), S. 86ff., der von hier aus sein Konzept der Verfassungsdemokratie entwickelt; vgl. jetzt auch in der Einleitung zu Bd. 4 dieser Edition, S. 9.

die organische Theorie, wie schon in Habilitationsschrift und Antrittsvorlesung, als spezifisch rechtsstaatlich, und versteht auch den Monarchen als Staatsorgan. Die rechtliche Differenzierung der Staatsorgane, klassisch ausgeprägt in der Gewaltenteilungslehre, ist für den modernen Rechtsstaat essentiell. Aber auch unter den Organpersonen und zwischen diesen und der Gesamtperson bestehen Rechtsbeziehungen, wie sie schon im 19. Jahrhundert durch die Staatsgerichtsbarkeit geschützt werden konnten und Gegenstand der heutigen Organstreitigkeiten vor Verfassungsgerichten sind.¹⁶¹ So lässt sich das Wahlrecht als Zuerkennung von Organqualität an die Wähler und der Wahlakt als rechtliche Seite der Erzeugung des Gesamtwillens deuten. Auch die Selbstverwaltungskörper, sowohl in ihrem eigenen Wirkungskreis als Träger subjektiver Rechte, als auch im übertragenen Wirkungskreis als Organe der staatlichen Gesamtperson sind Organpersonen, wobei auch Organe der Selbstverwaltungskörper im Weg der Organleihe in den Dienst der staatlichen Gesamtperson gestellt werden können, was Preuß allerdings als „arge Durchbrechung“ des Selbstverwaltungsprinzips kritisiert.

Die hier zusammengefasste Darstellung wird dadurch kompliziert, dass sie in zwei zentralen Kontroverspunkten der Zeit einen dezidierten, wohl eher minoritären Standpunkt vertritt und sich mit den Gegenmeinungen auseinandersetzt. Zum einen stellt sich das Beharren auf der *realen Existenz der Gesamtperson* der auf das römische Recht und die Pandektistik zurückgeführten Fiktionstheorie, die die Rechtspersönlichkeit des Staates als bloß rechtliche, in Wahrheit aber fiktive Gleichstellung mit den natürlichen Personen betrachtet,¹⁶² entgegen. Preuß lokalisiert dahinter eine Tendenz mancher Autoren, die Herrscherpersönlichkeit als Träger der Staatsgewalt zu deuten und damit den Patrimonialstaat weiter zu verteidigen. Aber auch wenn, etwa entsprechend der Theorie Edmund Bernatziks und des ihm folgenden Georg Jellinek,¹⁶³ der Staat als fiktive juristische Person Träger der Hoheitsrechte ist, sieht Preuß in der Konstruktion von dessen Beziehungen zu den Amtsträgern unentrinnbare Widersprüche. Sie sind freilich in der weiteren Entwicklung der Dogmatik zumindest verdeckt worden, so dass von heute her gesehen der Unterschied zwischen fingierter oder realer Persönlichkeit der juristischen Person gering erscheinen mag.¹⁶⁴ Aber für das späte 19. Jahrhundert war, auch in Fortsetzung des Kampfs zwischen Romanisten und Germanisten bei der Erarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der Theorienstreit bestimmend. Für Preuß' Argumentation

¹⁶¹ Insofern ist es kein Zufall, dass deren Grundlagen schon in der Paulskirchenverfassung (Verfassung des Deutschen Reichs vom 28.3.1849, RGBl. S. 101), § 126 b), d), e) erkennbar sind; dazu Manfred Goeßl, *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes*, Berlin 1961.

¹⁶² Dazu in der zeitgenössischen Literatur besonders pointiert Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl. 1873ff., Bd. 3, §§ 432ff.; viel vorsichtiger bereits Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Bd. I 1, 6. Aufl. Berlin 1900, § 59 S. 134ff. m. Nachw.; vgl. Ulrich Häfelin, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates. Dogmengeschichtliche Darstellung*, Tübingen 1959.

¹⁶³ Hauptobjekt von Preuß' Kritik ist der Aufsatz von Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person*, AöR 5, 1890, S. 169ff.; zu Jellinek dann *Allgemeine Staatslehre* (zit. Anm. 100), S. 559ff.

¹⁶⁴ Vgl. zur Annäherung der pandektistischen Theorie an Gierke Dernburg (zit. Fn. 162), S. 135f.; zur Unterscheidung zwischen Außen- und Innenrecht Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 560ff.

dürfte zusätzlich eine Rolle gespielt haben, dass die Herausbildung eines Gemeinwillens und die Gewaltendifferenzierung durch die rechtlich geordnete Zusammenfassung der Individualpersonen zu einer Gesamtperson zwingender begründet werden konnte als durch die bloße Annahme juristischer Persönlichkeit des Staates.

Zum andern wirft die Konstruktion des Handelns von Organen für den Staat die Frage nach dessen Zweck auf. Diese Frage war durch Rudolf von Jhering¹⁶⁵ in den Mittelpunkt gestellt und zur Grundlage einer teleologischen juristischen Methode gemacht worden. Aber was ist der *Zweck des Staates*? Preuß argumentiert, ganz in Fortsetzung des Aufsatzes zur Methode der juristischen Begriffskonstruktion, damit, dass jeder Interpret den Staatszweck nach Belieben definieren und daraus dann, begriffsjuristisch, das gewünschte Ergebnis ableiten könne. Für ihn setzt sich der Staat seine Zwecke selbst, und in der Tat ist auf Grund der organischen Theorie eine andere Antwort auch schwer zu begründen.¹⁶⁶ Dass aber die Zwecksetzung und Zweckformulierung durch den Staat zu dessen Ortsbestimmung, konkret: Verfassung gehört, dürfte ganz im Sinn des von Preuß postulierten Verhältnisses von Staat und Recht sein. Von daher erscheint von heute her gesehen Preuß' Polemik gegen den Zweck im Recht ins Leere zu gehen. Aber sie wird verständlicher, vergegenwärtigt man sich die apriorischen Zwecksetzungen der Blütezeit der Begriffsjurisprudenz.

Preuß' erstgenannte These, die reale Existenz der Gesamtperson, erhielt sogleich zusätzliches Profil durch die Auseinandersetzung mit Schloßmanns Lehre von der Stellvertretung,¹⁶⁷ die als Gegenstück oder Gegensatz zur Lehre vom Verhältnis zwischen Gebietskörperschaften und ihren Amtsträgern, also von Gesamtperson und Organperson verstanden werden muss. Gewiss, Schloßmanns Werk interessiert sich für die Stellvertretung „insbesondere bei obligatorischen Verträgen“.¹⁶⁸ Aber gleich nach Erscheinen von Preuß' Aufsatz *Über Organpersönlichkeit* und unmittelbar vor Erscheinen des *Städtischen Amtsrechts* ergänzte Schloßmann sein Werk durch einen Aufsatz über Organ und Stellvertreter,¹⁶⁹ in dem er die These aufstellte, Organschaft sei nichts anderes als ein besonderer Fall der Stellvertretung. Der Aufsatz nimmt nicht auf die hier inter-

¹⁶⁵ Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 2 Bde. Leipzig 1877–83, 3. Aufl. 1893–1898.

¹⁶⁶ So auch Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 232, unter Hinweis auf Preuß, den er freilich scharf kritisiert, vgl. S. 261, 264; vgl. Stefan Koriath, *Die Staatszwecklehre Georg Jellineks*, in: Stanley L. Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek*, Tübingen 2000, S. 117ff.; Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen 2000, S. 312ff. Aber auch für Jellinek gehört die Lehre von den Staatszwecken in die Soziallehre des Staates, und an der letztzitierten Stelle (S. 264) räumt Jellinek ein, dass seine Staatszwecklehre einen Wertmaßstab enthalte; dieser ist überdies so abstrakt, dass daraus durch Subsumtion fast jedes Ergebnis begründet werden kann.

¹⁶⁷ Siegmund Schloßmann, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 2 Teile, Leipzig 1900/1902, Neudruck Aalen 1970.

¹⁶⁸ So der Untertitel des Werks, das in der Tat, trotz einiger Ausführungen zu staatsrechtlichen Vertretungsverhältnissen, fast ausschließlich in die Geschichte der zivilrechtlichen Dogmatik gehört. Zur Differenz Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 35.

¹⁶⁹ Siegmund Schloßmann, *Organ und Stellvertreter*, *Jherings Jahrbücher* Bd. 44 (Heft 2), 1902, S. 291ff.

essierenden, Schloßmann wohl noch nicht vorliegenden¹⁷⁰ Ausführungen von Preuß Bezug, widerspricht ihnen aber in der Sache diametral, weil er die juristische Person als abstraktes – fiktives – Rechtssubjekt andern Rechtssubjekten, namentlich Stellvertretern, gegenüberstellt. Preuß' Grundthese, dass die Gesamtperson aus Gliedpersonen bestehe und durch einzelne zu Organpersonen bestellte Gliedpersonen handle, wird damit negiert, und insofern zugleich die doppelte Rechtsträgerschaft von Gesamtperson und Organperson sowie die Existenz besonderer, „sozialrechtlicher“ Rechtsbeziehungen zwischen den beiden.

Preuß reagierte daher scharf und nahm Schloßmanns Ausführungen zum Anlass, die Fiktionstheorie erneut zu kritisieren und auf die Binnendifferenzierung der Gesamtperson, die erst die Erklärung organschaftlichen Handelns ermögliche und dieses als Gegenbegriff der Vertretung eines Rechtssubjekts durch ein anderes entgegensetze, zu verweisen.¹⁷¹ Dabei unterstreicht er den Unterschied des auf Verständnis der Rechtsbeziehungen innerhalb der Gesamtperson ausgerichteten öffentlichen Rechts, des Organisationsrechts, vom privaten, auf das Verhältnis mehrerer Rechtssubjekte ausgerichteten Vermögensrecht; dass auch dieses von Gesamtpersonen, etwa im Familienbereich, geprägt werden kann, wird an der Vormundschaft deutlich, die sich jedenfalls im Ursprung von Stellvertretung unterscheidet. Zur Wahrnehmung und zum Verständnis der Fakten, die den Schluss auf die reale Existenz der Gesamtperson ermöglichen, argumentiert Preuß zwischen rechtstatsächlicher Erkenntnis und einer Normativität der rechtlichen Ordnung, die ihrerseits auf den Willen, nämlich den Gemeinwillen der Gesamtperson zurückgeht; hier wie in früheren Ausführungen¹⁷² vermeidet er die einseitig ontologische wie die rein normative Festlegung. Der Rekurs auf den Gemeinwillen legt aber – und insoweit argumentiert Preuß ganz eigenständig und unabhängig von Gierke¹⁷³ – jedenfalls eine demokratische Grundlage der Gesamtperson nahe; das wird auch bei den Folgerungen, etwa zur Vertretungsmacht der auswärtigen Gewalt und zum Vertretungsmandat des Abgeordneten, die beide von der zivilrechtlichen Stellvertretung scharf zu trennen sind, deutlich.

3. Anwendung auf das städtische Amtsrecht

Auf dieser Grundlage entwickelt Preuß nun in dem so betitelten, überaus umfangreichen Buch seine Lehre vom städtischen Amtsrecht. Grundthese des Werks ist, dass dieses Amtsrecht als Gegenmodell zum Fürstendienst des absoluten, patrimonialen Staates zu verstehen ist und seine Grundlage im Modell der Stadt findet, wie es von der Stein'schen Städteordnung von 1808 vorgezeichnet wird und in den seitherigen Städte-

¹⁷⁰ So eine Bemerkung von Preuß, nachstehend S. 174.

¹⁷¹ *Stellvertretung oder Organschaft? Eine Replik*, *Jherings Jahrbücher* Bd. 44, 1902, S. 429ff., nachstehend Nr. 6. Auch hier fällt die argumentative Nähe zu Gierkes Rektoratsrede (zit. Fn. 46, 160) auf.

¹⁷² Ziff. 3 des Aufsatzes, nachstehend S. 169ff.; vgl. dazu oben III 4 zum Verhältnis von Staat und Recht.

¹⁷³ Das hat Lehnert (zit. Fn. 3), S. 88ff., 106, zutreffend herausgearbeitet.

ordnungen Preußens sowie zuletzt durch das Kommunalbeamten-gesetz vom 30. Juli 1899 ausgestaltet worden ist. Unversehens verbindet sich mit dieser zunächst positivisti-schen Argumentation aber die Deutung von Entwicklung und Organisation des gebiets-körperschaftlichen Gemeinwesens, wie wir sie bereits in der Habilitationsschrift gefun-den haben und wie sie durch die soeben behandelten Aufsätze präzisiert worden ist. Ist die Gebietskörperschaft genossenschaftlich organisiert, bedarf sie der Beamten als Organe mit eigener Organpersönlichkeit. An die Stelle des Fürstendienstes, der seinem Wesen nach als zivilrechtliches Arbeitsverhältnis eines funktionell und finanziell abhän-gigen Bediensteten charakterisiert wird, tritt ein publizistisches Organverhältnis zur Ge-bietskörperschaft. Da deren genossenschaftliche Organisation in der Gemeinde am rein-sten verwirklicht ist, hat sich hier am eindeutigsten ein Amtsrecht entwickeln können.

Dieses wird nun vor allem, im Gegensatz zum mittelbaren Staats- und damit Fürsten-dienst, den noch das Allgemeine Landrecht für die Gemeinden vorsah und der eine kommunale Selbstverwaltung ausschloss, auf die Stein'sche Städteordnung von 1808 zurückgeführt. So wie der Magistrat durch Wahl der Stadtverordnetenversammlung zum Organ der Stadt gekürt wird, so sind auch deren nachgeordnete Beamte Organe, nicht etwa Bedienstete der Stadt, bestellt in der Regel für eine bestimmte Amtsperiode und nur aus Gründen der ökonomischen Sicherung bei – atypischerweise – besoldeten Be-amten auf Lebenszeit. Die Organpersonen haben ein Recht auf ihr Amt gegenüber der Gesamtperson.

Mit dieser Konstruktion wendet sich Preuß gegen alle Lehren, die den Beamten als Gehilfen der Verwaltungsspitze – im Staat konkret: des konstitutionellen Monarchen – verstanden wissen wollen. Das gilt für C. F. von Gerber, Georg Jellinek, Max von Seydel, Paul Laband und andere.¹⁷⁴ Im Gegensatz dazu ist der Beamte, wie es am deut-lichsten bei den Ehrenbeamten sichtbar wird, in Vollzug des Gemeinwillens bestelltes unmittelbares Organ der Gebietskörperschaft mit einer durch öffentliches Recht ausge-stalteten Stellung. Eben dies schließt die – entgegen Otto Mayer¹⁷⁵ auch im Fall einer Qualifikation als öffentlich-rechtliche – vertragliche Begründung des Beamtenverhält-nisses aus, ähnlich wie bei der Verleihung der Staatsangehörigkeit: die Staatsgewalt kann in Konkretisierung des Gemeinwillens der Gesamtperson zwar der Gliedperson Rechte gewähren, aber nicht durch Vertrag. Für diesen bleibt allenfalls bei der Festle-gung der vermögensrechtlichen Stellung des Beamten Raum; dann wird der Vertrag als privatrechtlicher gedeutet.

Preuß' Argumentation hat das Verdienst, unter Berufung auf das Kommunalbeamten-gesetz und vor allem dessen § 1¹⁷⁶ so klar wie nie zuvor den öffentlich-rechtlichen und

¹⁷⁴ Vgl. die eingehende Literatur-Auseinandersetzung in *Das städtische Amtsrecht*, S. 56ff.

¹⁷⁵ Vgl. dessen grundlegende, die spätere Lehre des Verwaltungsakts auf Unterwerfung vorbereitende Abhandlung *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage*, AöR 3, 1888, S. 1ff.

¹⁷⁶ Die von Preuß zwar durchgängig zitierte, aber nie wiedergegebene Vorschrift des § 1 Kommunal-beamtengesetz vom 30.7.1899 (PrGS S. 141) lautet: „Als Kommunalbeamter im Sinne dieses Gesetzes

hoheitlichen Charakter der Zuweisung eines Amtes und, als Voraussetzung dafür, der Verleihung des Status des Amtsträgers herausgearbeitet zu haben. Diese Konstruktion, gründend in der organischen Theorie, hat weit reichende praktische Konsequenzen, die vor allem im 3. Teil des Buchs entwickelt werden. Dabei geht es um den Begriff des Beamten als Organ der Stadt, als Ehrenbeamten oder als Berufsbeamten und unter Einschluss der Mitglieder des Magistrats, im Gegensatz zu den Mitgliedern der Stadtverordnetenversammlung, die ohne individuelles Amt die Stadt repräsentieren, sowie zu bloß zeitweilig für die Stadt tätigen Personen. Inwieweit die Städte Beamte beschäftigen wollen, entscheiden sie im Rahmen ihrer Selbstverwaltung eigenverantwortlich, soweit nicht Gesetze zur Errichtung von Beamtenstellen verpflichten. Allerdings darf die Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen nur Beamten übertragen werden. Die Anstellung von Beamten setzt die Aushändigung einer Ernennungsurkunde voraus und soll damit die bis dahin häufige und in der Rechtsprechung vielfach diskutierte konkludente Begründung von Beamtenverhältnissen ausschließen. Eingehend werden ferner die verschiedenen Möglichkeiten der Wahl für eine bestimmte Amtsdauer – vor allem bei Mitgliedern der Magistratur – und des Lebenszeitprinzips diskutiert. Ein Kündigungsrecht ist mit beiden Lösungen unvereinbar, soll jedoch bei kommunalen Betrieben im Rahmen von Dienstkontrakten vorgesehen werden können.¹⁷⁷ Im Gegensatz zu dieser rein öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Beamtenstatus sucht Preuß, an die von der Fiskustheorie geprägte Zuständigkeit der Zivilgerichte anknüpfend, den privatrechtlichen Charakter der vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis zu begründen. Die Einzelausführungen zum Alimentationsprinzip und der durch dieses bestimmten Ausgestaltung der Ansprüche muten dennoch erstaunlich modern an. Schließlich wird die Verantwortlichkeit der Organperson in strafrechtlicher, disziplinarrechtlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht behandelt. Dabei folgt aus der Organstellung eine umfassende, disziplinarisch zu sanktionierende Pflichtbindung, in deren Rahmen Preuß freilich die politische Treuepflicht einzugrenzen trachtet. In vermögensrechtlicher Hinsicht wird auf Grund der damals neuen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Organhaftung (§ 31 i.V.m. § 89 BGB) neben die Amtshaftung (§ 839 BGB) gestellt.

Insgesamt gibt das Buch eine Grundlegung des modernen Beamtenrechts und nimmt den gesetzgeberischen Ausgangspunkt des Preußischen Gesetzes von 1899 geschickt als solchen eines republikanischen Amtsrechts, zunächst für Stadtrepubliken, das geeignet ist, das „öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis“, von dem heute Art. 33 IV GG spricht, in eine republikanische Verfassungslage einzubetten. Kein Geringerer als

gilt, wer als Beamter für den Dienst eines Kommunalverbandes (§§ 8 bis 22) gegen Besoldung angestellt ist. Die Anstellung erfolgt durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde.“

¹⁷⁷ Hier ist die Parallele zu dem oben sub IV 5 erwähnten Buch Emil Steinbachs (vgl. die Rezension nachstehend Nr. 44) offensichtlich; allerdings wird es nicht zitiert. Für die große Bedeutung der Betriebsverwaltungen im Rahmen der kommunalpolitischen Bestrebungen muss auf Bd. 5 dieser Edition verwiesen werden.

Paul Laband hat in seiner überaus eingehenden Rezension des Werks diese Bedeutung erkannt und gewürdigt.¹⁷⁸ Aber er hat zugleich, im Anschluss an die erwähnte frühe Darstellung Otto Mayers, auf die unverzichtbare Bedeutung des Einverständnisses des Bewerbers zur Ernennung zum Beamten – soweit nicht eine gesetzliche Pflicht zur Übernahme eines Ehrenamts bestehe – hingewiesen und daraus die Notwendigkeit einer vertraglichen Konstruktion, öffentlich-rechtlicher Natur, abgeleitet. Wenn er Preuß' Ausweg, zur Regelung besoldungsrechtlicher Fragen auf einen zivilrechtlichen Vertrag zu rekurrieren, kritisiert, so ist dem kaum zu widersprechen. Während sich die Verwaltungsrechtswissenschaft in der Folge, wohl auch unter Preuß' Einfluss, vorwiegend zur einseitigen Konstruktion der Beamtenernennung mit Hilfe der Rechtsfigur eines „Verwaltungsakts auf Unterwerfung“¹⁷⁹ entwickelt hat, ist das Gewicht des vertraglichen Elements bei der Begründung des Beamtenverhältnisses immer wieder betont¹⁸⁰ und seit 1976 durch die Regelung der §§ 54ff. VwVfG auch generell anerkannt worden. Aber spätestens damit wird der oft ideologische Charakter einer Gleichsetzung von Amtsrecht und Organstellung mit der Wahrung des Gemeinwohls, sowie die Notwendigkeit, die von Preuß bestrittenen arbeitsrechtlichen, „individualrechtlichen“ Elemente des öffentlichen Dienstes zu berücksichtigen, sichtbar.¹⁸¹ Die heute eher strikter als zu Preuß' Zeit gehandhabte Formstrenge des Beamtenrechts engt zwar die Möglichkeiten vertraglicher Gestaltung weiter ein, insistiert aber auf der Zustimmung des Bewerbers vor der – einseitigen – Berufung in das Beamtenverhältnis und der Zuweisung eines konkreten Amtes.

4. Städtisches Amtsrecht und Staat

In Konflikt mit dem von Preuß entwickelten Modell des Amtsrechts steht jedoch, dass auch auf städtische Beamte der Staat gewisse Einflussrechte haben muss. Traditionell, namentlich im Preußischen Allgemeinen Landrecht,¹⁸² gelten die Kommunalbeamten als mittelbare Staatsbeamte, und zu Preuß' Zeit, namentlich in den Schriften von Paul Laband und Georg Jellinek, herrscht diese Sichtweise vor.¹⁸³ Preuß setzt sich damit, im 2. Teil des Werks, zunächst in drei grundlegenden Kapiteln zu einem der Selbstverwal-

¹⁷⁸ Paul Laband, *Rezension zu Hugo Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preußen*, AöR 18, 1903, S. 73–84; man kann darin eine Antwort auf Gierkes wohl noch bedeutendere *Rezension von Labands Staatsrecht* (zit. Fn. 81) sehen; vgl. auch Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 112ff.

¹⁷⁹ So später Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. Berlin 1924 (Neudruck 1969), Bd. 1, S. 98, Bd. 2, S. 145ff.

¹⁸⁰ Klassisch Max Imboden, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel 1958, S. 128ff.

¹⁸¹ Dazu grundlegend der Bericht der *Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts*, Baden-Baden 1973, der damals eine umfangreiche Diskussion, aber keine Neuordnung auslöste. Zum heutigen Problemstand Bull (zit. Fn. 146), *DöV* 2007, S. 1029 (1031ff.).

¹⁸² Teil II Tit. 10: „Von den mittelbaren Staatsbeamten“.

¹⁸³ So Preuß, *Das städtische Amtsrecht*, a.a.O., S. 120ff.; vgl. für Laband die in Fn. 178 zit. Rezension, AöR 18, S. 75, für Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (zit. Fn. 100), S. 639ff.; für die Praxis etwa Graf Hue de Grais, *Handbuch der Verfassung und Verwaltung*, 22. Aufl. Berlin 1914, der (§ 62 S. 100f.) Preuß' Sichtweise schlicht ignoriert.

tung adäquaten Beamtenbegriff, zur kommunalen Organisationshoheit und zum staatlichen Bestätigungsrecht auseinander¹⁸⁴ und leitet daraus in drei weiteren umfangreichen Kapiteln Folgerungen für die kommunale Personalhoheit, vor allem im Gegensatz zur staatlichen Organleihe und andern Beschränkungen, zur Regelung der kommunalen Besoldungen sowie zur Unterscheidung von Staatsaufsicht und beamtenrechtlicher Subordination ab.¹⁸⁵

Ausgangspunkt für Preuß ist die Überlagerung des noch vom Absolutismus geprägten Allgemeinen Landrechts durch die Stein'sche Städteordnung. Wenn diese die Städte als eigene Ebene öffentlicher Gewalt geregelt hat, spricht sie ihnen eigene und in eigener Verantwortung zu erfüllende Aufgaben zu, so dass Organe der Stadt in einer Organstellung zu dieser und nicht zum Staat zu verstehen, die anders lautenden Vorschriften des Allgemeinen Landrechts durch das Recht des Verfassungsstaats überholt sind. Grundsätzlich hat jede Gebietskörperschaft als Gesamtperson ihre Organpersonen zu bestellen. Diese sind nur den ihnen vorgesetzten kommunalen höheren Organpersonen untergeordnet, und diese Subordination ist scharf von der staatlichen Aufsicht über die Gemeinden als Gebietskörperschaften zu unterscheiden. In diesem Sinn deutet Preuß auch Gneists Verständnis des englischen Selfgovernment.¹⁸⁶ Für Preuß ist angesichts der Ablehnung des Souveränitätsbegriffs¹⁸⁷ die Annahme eines eigenen Herrschaftsbereichs der Gemeinde ebenso unproblematisch, wie er für Laband und Jellinek angesichts ihres Beharrens auf staatlicher Souveränität inakzeptabel ist. Insofern überzeugt von heute her gesehen, dass rechtlich ein eigener Herrschaftsbereich der Gemeinden denkbar und von der Verfassung gewährleistet ist. Preuß erscheint insofern, auch hier in frappierender Nähe zu Kelsen, als die Vorverständnisse seiner Zeitgenossen überwindender Begründer eines modernen, rechtlich gewährleisteten Verständnisses der Selbstverwaltung.

Allerdings anerkennt auch Preuß, dass die Städte als Gliedkörperschaften Teile des Staates sind und sich ihm einzufügen haben. Daher können staatliche Aufgaben den Städten auch vom Staat übertragen werden, so dass die Städte zu Organen, ihre Organe zu mittelbaren Organen des Staates werden. Daher und nach positivem Recht rechtfertigt Preuß solche Aufgabenübertragungen, wie schon in der Habilitationsschrift.¹⁸⁸ Aber beauftragt vom Staat ist in solchen Fällen die kommunale Körperschaft als solche. Gegen sie, nicht gegen die einzelnen Organe wirkt die staatliche Kommunalaufsicht; sie bewirkt keine Subordination der einzelnen Beamten, sondern diese bleiben ausschließlich den obersten kommunalen Organen unterstellt.

¹⁸⁴ *Das städtische Amtsrecht*, Kap. V–VII, S. 117–206.

¹⁸⁵ *Das städtische Amtsrecht*, Kap. VIII–X, S. 207–333.

¹⁸⁶ *Das städtische Amtsrecht*, S. 121ff.; zur Problematik dieser Deutung vgl. Schefold, *Selbstverwaltungstheorien* (zit. Fn. 54), S. 104ff.

¹⁸⁷ Dazu oben III 2, darauf wird in *Das städtische Amtsrecht*, S. 132 mit Fn. 12 Bezug genommen.

¹⁸⁸ Dazu oben III 4 bei Fn. 60, III 5 bei Fn. 75.

Im Gegensatz dazu ist die unmittelbare Übertragung staatlicher Aufgaben auf bestimmte Organe der Gemeinde grundsätzlich abzulehnen; denn dadurch würde die eigenständige körperschaftliche Struktur der Gemeinde aufgebrochen, würden ihre Organe als solche zu Organen des Staates erklärt, den Anweisungen vorgesetzter staatlicher Beamter unterworfen und ihrer Einbindung in die kommunale Organisationsstruktur beraubt. Diese Form der Aufgabenzuweisung, schon in der Städteordnung von 1808 angelegt und seitdem, vor allem für den Bereich der Ortspolizei, als staatliche Organleihe weithin praktiziert, würde es allerdings nahe legen, die kommunalen Amtsträger als mittelbare Staatsbeamte zu betrachten. Eben deshalb und wegen der praktischen Folgen, etwa für die Kollegialstruktur des Magistrats, wird die Organleihe von Preuß schärfstens kritisiert.¹⁸⁹ Dabei kann er freilich nicht bestreiten, dass vor allem für den Bereich der Ortspolizei und, wenn auch ohne hinreichende gesetzliche Grundlage, für die Schule das geltende Recht derartige Strukturen anordnet. Preuß setzt sich damit eingehend und kritisch auseinander.¹⁹⁰

Aber auch die Notwendigkeit, vom Staat der Stadt übertragene Aufgaben wahrzunehmen, rechtfertigt, wie soeben angedeutet, einen gewissen Einfluss des Staates auf die kommunale Organbestellung. Nur, in welchen Grenzen? Deren Bestimmung wird zum zweiten zentralen Thema von Preuß' Buch. Es setzt sich einerseits mit der Organisationshoheit, andererseits mit der Personalhoheit der Städte auseinander und betont auch erstere als aus dem Selbstverwaltungsrecht, ähnlich wie für die Gliedstaaten gegenüber der Reichsverfassung, folgendes Prinzip. Dabei erklärt Preuß den offenbaren quantitativen Unterschied – dort staatsgesetzliche Regelung der kommunalverfassungsrechtlichen Struktur, hier nur marginal durch Reichsrecht eingeschränkte Verfassungsautonomie – für prinzipiell irrelevant; Satzungshoheit gehört zum Kernbereich der Selbstverwaltung der Kommunen wie der Gliedstaaten. Auch dies ermöglicht konkrete Folgerungen für die städtische Hoheit zur Ausgestaltung der Ämter, etwa für das Besoldungswesen.¹⁹¹ Soweit kommunale Satzungen der staatlichen Bestätigung bedürfen, postuliert er daher eine Beschränkung der Bestätigungsinstanz auf bloße Rechtskontrolle, Begründungspflicht und verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz bei Verweigerung der Bestätigung

¹⁸⁹ *Das städtische Amtsrecht*, S. 140ff.; umgekehrt beruft sich Laband, a.a.O., *AöR* 18, S. 75, auf eben dieses Phänomen. – Das Problem hat sich bis in die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg fortgesetzt, als namentlich in Nordrhein-Westfalen der Gemeindedirektor staatliche, insb. ordnungspolizeiliche Aufgaben im Wege der Organleihe wahrzunehmen hatte, so dass der im übrigen kommunalverfassungsrechtlich gewährleistete Einfluss des Rates ausgeschlossen war, dazu H. J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl. München 1976, § 75 I a 1 S. 62; zum heutigen Stand, der das Problem durch stärkeren Ausbau unmittelbar staatlicher Polizei eingeschränkt, aber keineswegs gegenstandslos gemacht hat, vgl. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. München 2006, § 21 Rdnr. 54ff. S. 543f.

¹⁹⁰ So zur Ortspolizei *Das städtische Amtsrecht*, S. 215ff., zur Schule S. 235ff.; diese Ausführungen, geprägt von praktischen Erfahrungen der Berliner Kommunalpolitik, beruhen auf den in Bd. 5 im Einzelnen dokumentierten Vorgängen, Auseinandersetzungen und Stellungnahmen.

¹⁹¹ Dazu detailliert in: *Das städtische Amtsrecht*, Kap. IX, insb. S. 272ff. Demgegenüber wird die gesetzliche Verpflichtung der Kommunen, ehemalige Soldaten bei der Besetzung kommunaler Ämter zu berücksichtigen (dazu S. 290ff.), für grundsätzlich gerechtfertigt erklärt, freilich im Einzelnen kritisiert.

als Grunderfordernisse des Rechtsstaats. Dass die preußische Praxis dem nicht entspricht, brandmarkt er als Rückfall in polizeistaatliche Verhältnisse.

Damit stellt sich das Problem der Bedeutung des staatlichen Bestätigungsrechts auch für kommunale Amtsträger. Das dieser Frage gewidmete Kapitel, offenbar zentral für die Thematik des Buchs und deshalb von Preuß zum Vorabdruck in den *Preußischen Jahrbüchern* bestimmt,¹⁹² stellt die Bestätigung vor allem der örtlich gewählten Bürgermeister und der weiteren Mitglieder der Magistrate unter Verwertung der ganzen Gesetzgebungsgeschichte des 19. Jh. parallel zur Organisationsautonomie dar und zeigt auf, dass auf die Stein'schen Reformen folgende Veränderungen der Städteordnung ein über die Kontrolle bestimmter Wahlerfordernisse hinausgehendes Bestätigungsrecht der staatlichen Instanzen nach freiem Ermessen ermöglicht haben. Demgegenüber insistiert Preuß auf der eigenständigen Personalhoheit der Kommunen, auf der scharfen Unterscheidung zwischen freier Auswahl der zu Ernennenden und Bestätigung Gewählter aufgrund bestimmter Kriterien, sowie auf gesetzlich zu regelnden Bestätigungskriterien, deren Anwendung zu begründen und deren Auslegung verwaltungsgerichtlicher Prüfung zu unterwerfen sei. Auch hier stellt er solche rechtsstaatlich gebotene Regelungen einer polizeistaatlichen Praxis gegenüber und kritisiert diese.

Beide Felder kommunaler Hoheit führen ins Zentrum Preuß'schen Denkens und zu Zentralfragen seines Wirkens, die auf der Grundlegung in der Habilitationsschrift beruhen, im Buch über das städtische Amtsrecht eingehend und unter Aufarbeitung der gesamten Gesetzgebungs- und Verwaltungsgeschichte des 19. Jahrhunderts behandelt werden und damit als Grundlage des verfassungspolitischen Wirkens, zunächst in Fragen der Verwaltungsreform, dann bei der Staatsreform durch Neukonstituierung im und nach dem Weltkrieg die Argumentation bestimmen: grundsätzliche Gleichsetzung von Gliedstaaten und Kommunen, Organisations- und Personalhoheit jeder Ebene für sich, Begrenzung der Aufsicht der höheren Ebene auf Kontrolle der Rechtmäßigkeit und unter Vorbehalt gerichtlicher Überprüfung – diese Leitgedanken gehören zusammen. Zugleich fügen sie sich in das volksstaatlich-demokratische Konzept ein, das die obrigkeitsstaatlichen, polizeistaatlichen Relikte aus der Rechtsordnung zu eliminieren trachtet. Damit stellt Preuß schon dem zeitgenössischen Staatsdenken, vor allem aber den späteren Richtungsstreitigkeiten die Zusammengehörigkeit demokratischen und rechtsstaatlichen Denkens entgegen.¹⁹³

Wie deutlich dies schon zum Zeitpunkt des Buchs über *Das städtische Amtsrecht* war, zeigt die Reaktion des Herausgebers der *Preußischen Jahrbücher*, des Historikers

¹⁹² Nachstehend Nr. 25 (= *Das städtische Amtsrecht* Kap. VII S. 169–206); darauf und auf die daraus entstandene Kontroverse wird in *Das städtische Amtsrecht* S. 12f. hingewiesen, dazu sogleich im Text.

¹⁹³ Wohl deshalb kann Carl Schmitt, *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen 1930, Preuß zwar treffend historisch einordnen, aber ihm wenig für die eigene Argumentation Hilfreiches entnehmen. Zur Bedeutung des städtischen Amtsrechts dagegen sehr richtig Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 112ff.

Hans Delbrück.¹⁹⁴ Er stellte Preuß entgegen, „dem freien Walten von Persönlichkeiten“ Raum zu geben, und speziell dem Königtum; dieses möge „in irgend einer kleinen Provinzstadt [...] zuletzt auch einen sozialdemokratischen Bürgermeister vertragen“ können, aber „in Berlin nicht“. Bestimmung des Staates durch das persönliche Regiment des Fürsten *versus* Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften auf allen Ebenen: schon jetzt trat dieser Konflikt offen zutage, und hinter der dogmatischen Abhandlung stand, den Akteuren wohl bewusst, der grundsätzliche staatspolitische Konflikt.

Nimmt man die Tragweite dieses Konflikts und die oben erwähnte Anerkennung des Werts des Buches durch Laband zusammen, so wird deutlich, dass das Buch für das Verwaltungsrecht und seine verfassungsrechtlichen Grundlagen ein neues Verständnis ermöglicht. Dass das umfangreiche Werk dennoch so weitgehend in Vergessenheit geraten ist und in die Würdigung des politisch agierenden Autors kaum einbezogen wird, ist erklärlich, aber nicht gerechtfertigt; das Buch belegt die Konsistenz von Preuß' Ideen und ihre Bedeutung für die auch verwaltungsrechtliche Entwicklung bis zur Gegenwart. Allerdings kann man von hier aus auch begründen, dass damit die Grundlagen des wilhelminischen Deutschland in Frage gestellt wurden. Wenn daher Preuß mit dem Buch das erhoffte Ziel der außerordentlichen Professur nicht erreicht hat, so liegt in dieser eindeutigen und wissenschaftlich nicht zu rechtfertigenden Diskriminierung auch die – letztlich hilflose – Abwehr gegen einen Erneuerer.

5. Der konstitutionelle Gesetzesbegriff und die Wende zur Grundrechtsdogmatik

Immerhin wurde Preuß noch zum Oktober 1902 von der Juristischen Gesellschaft zu Berlin erneut¹⁹⁵ zu einem Vortrag eingeladen, und zwar diesmal zum Thema *Der konstitutionelle Gesetzesbegriff und seine praktischen Rechtsfolgen*,¹⁹⁶ wozu Preuß sich im Ansatz bereits in der frühen Monographie über *Friedenspräsenz und Reichsverfassung*¹⁹⁷ geäußert hatte. Zum Zeitpunkt des Vortrags hatte sich die Diskussion zugespitzt und war hoch brisant. Adolf Arndt, einer der Kommentatoren der Preußischen Verfassungsurkunde, hatte in Anknüpfung an eine eigene frühere Publikation das selbständige Verordnungsrecht untersucht und insoweit für gegeben gehalten, als die Verfassung nicht ausdrücklich gesetzliche Regelung verlange.¹⁹⁸ Im Gegensatz dazu leitete Gerhard Anschütz, der als junger Privatdozent 1897–1899 neben Preuß in Berlin gelehrt hatte,

¹⁹⁴ Vgl. seine „Nachschrift der Redaktion“ zum Vorabdruck des Kapitels über *Die Geschichte des Bestätigungsrechts*, nachstehend S. 553f. Delbrück (Lebensdaten bei E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 4, zit. Fn. 25, S. 39 Fn. 83), nach der politischen Orientierung Freikonservativer und objektiv genug, den sachlichen Wert von Preuß' Darstellung anzuerkennen und später seine Haltung zu modifizieren, distanzierte sich dennoch ausdrücklich von den durch Preuß vertretenen Auffassungen.

¹⁹⁵ Vgl. zum früheren Vortrag über *Die zivilprozessualen Grundlagen des Verwaltungsstreitverfahrens* – nachstehend Nr. 24. – oben Nr. IV 5.

¹⁹⁶ Nachstehend Nr. 7.

¹⁹⁷ Nachstehend Nr. 17, dazu oben Nr. II 3.

¹⁹⁸ Adolf Arndt, *Das selbständige Verordnungsrecht*, Berlin 1902; vorangegangen war ders., *Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches*, Berlin/ Leipzig 1884; Arndts *Kommentar zur (Preußischen) Verfassungsurkunde* war erstmals 1886 erschienen und erlebte sieben Auflagen bis 1911.

dann freilich nach Tübingen und Heidelberg berufen worden war, ebenfalls gestützt auf eine frühere Monographie – die Dissertation –, aus der Laband'schen Theorie vom formellen und materiellen Gesetzesbegriff ab, dass das Verordnungsrecht des Monarchen auf die Fälle einer Ermächtigung durch das Gesetz oder, als selbständiges Verordnungsrecht, durch die Verfassung beschränkt sei.¹⁹⁹ Dabei nahmen freilich auch diese Lehren, beeinflusst von der vorherrschenden Interpretation der Preußischen Verfassungsurkunde und namentlich von der Formel, die den materiellen Gesetzesbegriff auf die Rechtfertigung von Eingriffen in Freiheit und Eigentum beschränkte, die königliche Kommandogewalt, die besonderen Gewaltverhältnisse und die Organisationsgewalt vom Vorbehalt des Gesetzes aus.²⁰⁰

Preuß geht in seinem Vortrag auf die militärische Kommandogewalt nicht ein, legt aber für den Bereich der staatlichen Organisation und wohl auch der besonderen Gewaltverhältnisse die Thesen zugrunde, die er in den zuvor erwähnten Schriften entwickelt hat: Wenn auch die Rechtsverhältnisse innerhalb der staatlichen Organisation, zwischen Gesamtperson und Organperson echte subjektive Rechte begründen, so ist nicht einzusehen, weshalb deren Regelung nicht ebenfalls dem Gesetzgeber vorzubehalten ist. Deshalb postuliert er einen umfassenden Gesetzesvorbehalt auch für das Organisationsrecht. Auch der Haushaltsplan unterfällt als Kompetenzbestimmung dem Gesetzesbegriff, allerdings bedingt dadurch, dass er nur für das Haushaltsjahr gilt und durch die Gesetze, die die Einnahmen und Ausgaben festlegen, determiniert ist. Insofern knüpft Preuß an seine Ausführungen von 1887²⁰¹ an, freilich ohne dass sie zitiert werden. Insgesamt greifen die Ausführungen dennoch weit über die zur damaligen Zeit herrschenden Auffassungen hinaus.

Der sachliche Zusammenhang rechtfertigt, hier bereits die Rezension vorwegzunehmen, die Preuß 1912 dem damals neu erschienenen ersten – und einzig gebliebenen – Band des Kommentars zur Preußischen Verfassungsurkunde von Gerhard Anschütz gewidmet hat.²⁰² Auch hier wird das Bestreben deutlich, das geltende Verfassungsrecht im Licht der liberalen Einflüsse, die sich darin niedergeschlagen haben, zu interpretieren. Das gilt vor allem für die Grundrechte, die als selbständige Garantien über den Vorbehalt des Gesetzes hinaus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts fast völlig aus dem Blickfeld geraten waren. Indem Anschütz diese Materie in Kommentarform *lege artis*

¹⁹⁹ Ausgangspunkt war Gerhard Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetze*, Leipzig 1891, aus der die weitere Monographie von Anschütz über *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach Preußischem Staatsrecht*, Tübingen/Leipzig 1900, 2. Aufl. 1901 (Neudruck 1971) hervorgegangen war.

²⁰⁰ Zur Darstellung dieser Ausgangspositionen Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2 (zit. Fn. 13), S. 353; E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* (zit. Fn. 25), Bd. 3, S. 58ff., die aber beide in diesem Zusammenhang nicht auf Preuß eingehen.

²⁰¹ *Friedenspräsenz und Reichsverfassung*, nachstehend Nr. 17, dazu oben II 3.

²⁰² *Rezensionsabhandlung zu Gerhard Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Berlin, 1912, nachstehend Nr. 28. Dazu auch Lehnert (zit. Fn. 3), S. 321f.

so ausführlich behandelte, tat er einen entscheidenden Schritt, dessen Bedeutung sich in den Verfassungsberatungen von Weimar und der sich daraus entwickelnden Dogmatik zeigen sollte.²⁰³

Preuß allerdings ist gegen diesen Kommentierungsversuch kritisch, obwohl er ihm in der Sache weitgehend zustimmt:

„Die Ursache liegt in unseren politischen Verhältnissen; es ist die ideelle Reflexerscheinung der realen Tatsache, dass auch unseren politischen Parteien der gemeinsame Boden einer allseitig anerkannten Grundanschauung vom Staats- und Verfassungsleben fehlt. Und der geistige Zusammenhang der verschiedenen staatsrechtlichen Theorien mit den großen politischen Parteienrichtungen kann wohl gelegnet, aber nicht wirklich unterbunden werden. Auch die seit einem Menschenalter in unserer Wissenschaft vorherrschende Methode, die unter Herausdestillierung der politischen Elemente ein Staatsrecht in juristischer Reinkultur darzustellen vorgibt, hat sich zwar große Verdienste um die Herausarbeitung der juristischen Elemente im Staatsrecht erworben; aber politisch bedingt ist sie genau so, wie jede andere Richtung.“²⁰⁴

Im Moment, in dem der heute so bezeichnete Methoden- und Richtungsstreit der Staatsrechtslehre beginnt,²⁰⁵ weist Preuß auf einen davor liegenden Methoden- und Richtungsstreit hin, der die ganze Phase seiner Genese und damit auch seine Position in der Staatsrechtslehre bestimmt hat, freilich offener politisch war als der folgende, die Weimarer Republik bestimmende Streit.

Im Einzelnen teilt Preuß mit Anschütz die Hervorhebung der Bewegungen von 1848 – mit Einschluss der „Berliner Barrikadenstreiter“ –, die die Preußische Verfassungs-urkunde als treibende Kraft geschaffen hätten. Über Anschütz hinaus unterstreicht er freilich die Verfassungswidrigkeit der Einführung des Dreiklassenwahlrechts und die Problematik von Gewohnheitsrecht als Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe, während er die Auslegung des Gleichheitssatzes, der Religionsfreiheit und vor allem der Pflicht zur Ausgestaltung des Schulwesens als allzu zaghaft kritisiert. Die Rezension lässt, über die Verbindung zu Gerhard Anschütz hinaus,²⁰⁶ erkennen, welchen Beitrag Preuß zur Grundrechtsdiskussion leisten konnte.

6. Die Auseinandersetzung mit sozialistischer Staatstheorie

Im Anschluss an die im Bereich des Staats- und Verwaltungsrechts so enorm fruchtbare Phase um 1902 nimmt die Produktivität auf diesem Gebiet im Folgenden ab, offensichtlich, weil neben andern, vorwiegend kommunalpolitischen Arbeiten die Vorbereitung

²⁰³ Dazu ist im Einzelnen auf Bd. 3 dieser Edition zu verweisen; die oben im Text erörterte Rezension ist ein erstes Signal für den – zögernden – Übergang von Preuß' fast ausschließlich auf das Organisationsrecht bestimmter Thematik zu den sich neu stellenden Aufgaben.

²⁰⁴ Nachstehend S. 671f.; die Stelle zeigt die große Distanz zu Labands Positivismuskonzept.

²⁰⁵ Kelsens *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* erscheinen 1911, Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil* 1912. Vgl. zur Problematik mit weiteren Nachweisen Dian Schefold, *Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn*, in: K. Acham u.a. (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, Stuttgart 1998. S. 567ff.

²⁰⁶ Dazu aus der Sicht von Gerhard Anschütz, *Aus meinem Leben* (zit. Fn. 24), insb. S.121ff. und, zu der späteren Zusammenarbeit, S. 163, 239ff.

der 1906 veröffentlichten *Entwicklung des deutschen Städtewesens*²⁰⁷ in den Mittelpunkt trat. Dieser Entwicklungsschritt, nach den bisher behandelten theoretischen und kommunalrechtlichen Arbeiten folgerichtig, war zugleich wichtig im Hinblick auf die später zu behandelnde Beschäftigung mit den Problemen einer Verwaltungsreform, die unmittelbare Folgen für die Staatsreform hatte. Dazwischen aber trat ein Problemkreis, der Preuß schon früh beschäftigt hatte²⁰⁸ und der durch die kommunalpolitische Arbeit Aktualität gewonnen hatte, nämlich das Verhältnis zum Sozialismus und seinen Staatsvorstellungen.

Den Anlass bot das Erscheinen des Buchs über *Neue Staatslehre* des Wiener Zivilprozessualisten Anton Menger.²⁰⁹ Preuß setzt sich damit in doppelter Form auseinander, einerseits in einem Aufsatz für *Die Nation*,²¹⁰ der das Buch unter vorwiegend politischem Aspekt würdigt, andererseits in einer für ein juristisches Publikum bestimmten Rezensionabhandlung im angesehenen *Archiv für öffentliches Recht*.²¹¹ Inhaltlich überschneiden sich beide Aufsätze weitgehend. Sie belegen erneut die Parallelität von politischer Argumentation und juristisch-dogmatischer Darstellung bei Preuß.

Eine *Neue Staatslehre* fügt sich kurz nach 1900 in eine Entwicklung ein, die erst durch die Blüte der liberal-konstitutionalistischen Staatslehre, ausmündend in Johann Caspar Bluntschlis enzyklopädische Darstellung,²¹² dann durch die Zurückdrängung der Fragestellung infolge des staatsrechtlichen Positivismus und einer Konzentration auf das Reichsrecht nach der Einigung, dann aber durch einen Neubeginn gekennzeichnet wird; Preuß erwähnt die nacheinander erschienenen Werke von Hermann Rehm (Freiburg 1899), Georg Jellinek (Tübingen 1900), Richard Schmidt (Leipzig 1901), konstatiert freilich ein Nachwirken des Positivismus, weil die politische Intention der Autoren stärker durch empirische – sozialwissenschaftliche oder komparatistische – Materialsammlungen überdeckt werde.

Eine sich dem entgegenstellende sozialistische Staatslehre schien einerseits durch die schwache, ja nicht existente Vertretung sozialistischer Positionen im akademischen Bereich, vor allem des öffentlichen Rechts – hier wirkte sich Mengers österreichische Her-

²⁰⁷ Dazu, zum kommunalpolitischen Umfeld und zur vor allem aus diesem Buch ersichtlichen Bedeutung der geschichtlichen Dimension für Preuß ist auf Bd. 5 zu verweisen; vgl. vorerst die Ausführungen bei Lehnert (zit. Fn. 3), S. 58ff., 124ff.; Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 92ff.

²⁰⁸ Vgl. den Hinweis oben IV 3 a.E. und die in Bd. 1 Nr. 11 abgedruckte Schrift über *Sozialdemokratie und Parlamentarismus* (1891).

²⁰⁹ Anton Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1902 (2. Aufl. 1904); dazu und zu Menger die Hinweise bei Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts* Bd. 2 (zit. Fn. 13), S. 445f. mit kurzer Biographie Fn. 125 sowie weiteren Nachweisen, auch Bd. 1, S. 742 dieser Edition.

²¹⁰ *Sozialismus und Konstitutionalismus*, Bd. 1, Nr. 17 dieser Edition.

²¹¹ Nachstehend Nr. 8.

²¹² Johann Caspar Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, München 1851/52, später ausgeweitet zu *Die Lehre vom modernen Staat*, 5. Aufl. 1875, 6. Aufl., unter dem Titel *Allgemeine Staatslehre*, 2 Bde. Stuttgart 1886 (Neudruck 1965). Dazu und die im Text erwähnte Entwicklungsgeschichte des Fachs in der Sicht von Preuß im Wesentlichen bestätigend Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts* Bd. 2 (zit. Fn. 13), S. 423ff., 431, 445f.

kunft aus –, andererseits durch die marxistische Grundposition, die nach Verwirklichung des Sozialismus die Entbehrlichkeit des Staates prognostizierte,²¹³ ausgeschlossen. Eben dies machte Mengers Werk zwar den orthodoxen Marxisten fragwürdig, aber von Preuß' Standpunkt aus so interessant. Er erkennt Menger zu, die „Motivation menschlichen Willens“ einer politischen Ordnung zugrunde zu legen, die Menger als „volkstümlichen Arbeitsstaat“ etikettiert, und nach der Organisation zu forschen, die darin die sozialistische Ordnung verwirklichen kann. Den Ausführungen, wonach zur gerechten Güterverteilung in einem solchen Staat das Privatrecht überwiegend in öffentliches Recht umgewandelt werden müsse, widerspricht er allenfalls zurückhaltend in Einzelpunkten – etwa entgegen Mengers eher konservativer Familiensicht –, akzeptiert aber das Prinzip staatlicher Zuteilung nach Leistung und zur Wahrung der Würde aller Bürger.

Allerdings, soll das öffentliche Recht und sollen die es handhabenden Behörden die Arbeit so umfassend ordnen und die Güter verteilen, so spitzt sich die Frage nach der Staatsorganisation zu. Menger schlägt insofern eine Ergänzung der Ordnungsbehörden durch einen Apparat von Wirtschaftsbehörden vor; dieser muss angesichts der Aufgaben enorme Ausmaße annehmen. Preuß kritisiert nun schon, dass die Konturen dieses Apparats und sein Verhältnis zu den Ordnungsbehörden ganz diffus bleiben; aber auch die verfassungspolitischen Ausführungen des Buchs scheinen ihm wenig befriedigend. Erst recht stößt er sich an Mengers Befürwortung eines „freien Ermessens“ zur Entscheidung öffentlicher Angelegenheiten im volkstümlichen Arbeitsstaat. Er sieht darin einen Rückschritt gegenüber den Errungenschaften des Rechtsstaats und bleibt insofern auf der Linie seiner mehr als ein Jahrzehnt zuvor geäußerten Kritik an der Sozialdemokratie.²¹⁴ Auch die Option zugunsten eines Gemeindesozialismus bleibt unbestimmt; die Betonung der zentralen Wirtschaftsbehörden mit ihrem freien Ermessen muss dazu führen, dass den Gemeinden keine wirkliche Selbstverwaltung bleibt. In all diesen Punkten unterzieht Preuß Mengers Buch scharfer Kritik.

Das Ergebnis dieser Auseinandersetzung liegt ganz auf der Linie von Preuß' vorangegangenen Schriften. Entscheidend für ihn ist, gerade unter den Bedingungen zunehmender Staatstätigkeit, die Binnendifferenzierung der staatlichen Organisation, und Mengers Darstellung gibt ihm Anlass, erneut die Notwendigkeit einer Gewaltendifferenzierung auf zentralstaatlicher Ebene und deren Ergänzung durch Selbstverwaltung der kommunalen Ebene aufzuzeigen. Erneut erfolgt dies unter Berufung auf den Staat als gegliederten Organismus, wobei er die Angriffe Mengers gegen die organische Theorie

²¹³ Friedrich Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, 4. Aufl. Stuttgart 1892, in: Karl Marx/Friedrich Engels, Werke, Bd. 21, Berlin 1962, S. 25 (168): „Mit ihnen (scil. den Klassen) fällt unvermeidlich der Staat. Die Gesellschaft, die die Produktion auf Grundlage freier und gleicher Assoziation der Produzenten neu organisiert, versetzt die ganze Staatsmaschine dahin, wohin sie dann gehören wird: ins Museum der Altertümer, neben das Spinnrad und die bronzene Axt.“ Es versteht sich, dass Menger diese Erwartung kritisiert und ablehnt, vgl. nachstehend S. 220.

²¹⁴ *Die Sozialdemokratie und der Parlamentarismus*, Bd. 1, Nr. 11 dieser Edition.

zurückweist. Dabei wirkt Preuß' Kritik, sieht man von dem heute ferner liegenden theoretischen Rahmen ab, überaus aktuell. Sie antizipiert nicht nur Preuß' Warnung vor der Gefahr des „verkehrten Obrigkeitsstaats“ in der deutschen Novemberrevolution,²¹⁵ sondern auch Probleme der Organisation sozialistischer Ordnungen, deren volle Brisanz, von Menger durchaus geahnt, aber wohl nicht bewältigt, erst in der zweiten Hälfte des 20. Jh. deutlich geworden und zum schärfsten Argument gegen solche Ordnungen geworden ist. Aber mit der Kritik signalisiert Preuß zugleich die zunächst auf kommunaler Ebene bewiesene Bereitschaft, an der Lösung solcher Probleme gestaltend mitzuwirken. Diese Bereitschaft, 1903 schon deutlicher als noch 1891, war die Grundlage seiner Arbeit für die Weimarer Republik.²¹⁶

7. Kleinere juristische Veröffentlichungen 1903–1906

Neben der Arbeit an der Geschichte des deutschen Städtewesens, der kommunalpolitischen Tätigkeit und dem Beginn der Lehrtätigkeit an der Handelshochschule ist für die folgenden Jahre auf einige kleinere Veröffentlichungen hinzuweisen. Dabei ist zunächst im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung mit Menger die eher vernichtende Kritik zu erwähnen, die Preuß an Josef Poppers Fundament eines neuen Staatsrechts übt.²¹⁷

Mehr Gewicht haben zwei Beiträge, die Preuß 1904 für die von Francis Lieber, der ihn ja schon frühzeitig interessiert hatte, begründete *Americana*, eine groß angelegte amerikanische Enzyklopädie,²¹⁸ über das politische und justitielle System Deutschlands geschrieben hat;²¹⁹ denn hier wird, wenn auch sehr cursorisch, ein Gesamtüberblick über das Verfassungs- und Rechtssystem gegeben, der das verfassungspolitische Konzept und damit auch gewisse Leitgedanken bei der Arbeit daran erkennen lässt. Die Aufsätze stellen das gesamte Regierungssystem mit den maßgeblichen Verfassungsorganen und dem Gesetzgebungsverfahren, die bundesstaatliche Zuständigkeitsverteilung, das Wahlrecht und, sehr eingehend, die kommunale Selbstverwaltung, sowie Aufbau und Zuständigkeiten der Justiz, dann die Verwaltungsrechtspflege, die Sicherungen der Einhaltung der Verfassung und die Entscheidung von Kompetenzkonflikten dar. Deutlich wird speziell Preuß' Kritik an der Staatsqualität der deutschen Territorialstaaten vor 1806, die sich mühelos auf die Gliedstaaten auch des Bismarckreichs extrapolieren lässt und damit einen Vorgeschmack auf die Auseinandersetzungen um die Neugliederung seit 1918 gibt, sodann eine scharfe Kritik am Wahlrecht vor allem auf Reichsebene, noch mehr aber am Dreiklassenwahlrecht, sowie an etlichen Mängeln der Verwirklichung eines Selbstverwaltungskonzepts. Für die Rechtspflege wird betont, dass die

²¹⁵ Preuß, *Volksstaat oder verkehrter Obrigkeitsstaat?*, *Berliner Tageblatt*, 47. Jg., Nr. 583 vom 14.11.1918, in Bd. 4 Nr. 1 dieser Edition.

²¹⁶ Auch dazu ist im Einzelnen auf Bd. 3 zu verweisen; zum Zusammenhang schon Lehnert (zit. Fn. 3), S. 238ff., 406ff.; Schefold, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (zit. Fn. 80), S. 429 (445).

²¹⁷ Nachstehend Nr. 47; für das Umfeld kann auf Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts* Bd. 2 (zit. Fn. 13), S. 447, mit Fn. 136 verwiesen werden.

²¹⁸ Zu Preuß' Beschäftigung mit Lieber oben II 2 mit den dort angeführten Nachweisen.

²¹⁹ Nachstehend Nr. 26, 27.

Reichsregelungen eben nur die Justiz, nicht die gesamte rechtsprechende Gewalt erfassen, dass die Durchsetzung der Verfassung schon durch den Ausschluss des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen, erst recht aber durch die in Preußen und im Reich fehlende Ministeranklage, Defizite und Einschränkungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit gemindert ist. Vom Gegenstand wie vom Inhalt her können die Ausführungen wie ein Problemkatalog für die Erarbeitung der Weimarer Verfassung gelesen und in diesen Zusammenhang eingeordnet werden.

Im Anschluss an die schon 1892/93 geschriebene Würdigung eines Buchs Ludwig von Bars²²⁰ in der *Nation* behandeln zwei weitere Rezensionen 1903 und 1906 dessen Schriften zur Strafrechtsreform.²²¹ Beide Rezensionen lassen sich zwar nicht auf die strafrechtlichen Streitfragen und namentlich die Kontroverse zwischen „klassischer“ und „moderner“ Schule ein, in der von Bar eher der klassischen Schule zuzuordnen wäre; aber die Verbindung zwischen einer liberalen und insofern vorrangig rechtsstaatlichen Auffassung des Strafrechts und der klassischen Auffassung schimmert durch und rechtfertigt eine gewisse „Bedachtsamkeit“ gegenüber Bestrebungen der Strafrechtsreform, vor allem dem Täterstrafrecht.

Näher bei seinen eigenen Themen ist Preuß schließlich bei der Rezension eines nach der Themenstellung marginalen, aber in der Sache auf zentrale Argumente der Schrift über das *Völkerrecht im Dienste des Wirtschaftslebens*²²² zurückführbaren Buchs über die Welt-Zuckerindustrie.²²³ Preuß sieht hier bestätigt, dass der Gegensatz zwischen den Staaten durch den der Interessengruppen innerhalb der Staaten überlagert wird und dass daher das internationale Recht notwendigerweise einen Ausgleich nicht nur zwischen den Staaten, sondern auch zwischen diesen und den konfligierenden sozialen und wirtschaftlichen Interessen anstreben muss. Völkerrecht ist deshalb nicht nur zwischenstaatliches, sondern die Interessen im internationalen Bereich ausgleichendes Recht. Allerdings können diese Interessen als solche Recht nicht erzeugen, sie bedürfen der Organisation. Aber gerade deren Notwendigkeit erweist, dass der Staat der Gegenwart, wie gegen unten ergänzt durch die Gebietskörperschaften mit Selbstverwaltung, auch gegen oben durch eine Organisation der Weltgemeinschaft ergänzt wird. Kein Gemeinwesen kann Absolutheit, Souveränität beanspruchen, sondern jedes kann seinen Gemeinwillen erzeugen und muss versuchen, ihm, auch durch die Legitimität der ihn erzeugenden Organisation, Nachachtung zu verschaffen. Die Besprechung eines ganz technisch orientierten Werks wird hier zum Anlass einer Zusammenfassung zentraler von Preuß vertretener Positionen.

²²⁰ Nachstehend Nr. 40, dazu schon oben IV 3 und zu von Bar Lang-Hinrichsen, *NDB* Bd. 1, 1952, S. 579f.

²²¹ Nachstehend Nr. 46, 49.

²²² Nachstehend Nr. 22, dazu oben IV 3.

²²³ Wilhelm Kaufmann, *Welt-Zuckerindustrie und internationales und koloniales Recht*, 1906, die Rezension nachstehend Nr. 48.

8. Die Rechtssouveränität: Krabbe und Preuß

Während die zuvor erwähnten Arbeiten wohl eher durch konkrete Aufträge bestimmt worden sind, fällt in den hier in Betracht genommenen Zeitraum noch eine Rezension abhandlung, die Preuß, auch wenn er sich als „mit sanfter Gewalt [...] verpflichtet“ erklärt, die „aufrichtig dankbar“ begrüßte Gelegenheit gibt, die Grundlagen seiner staats-theoretischen Haltung zu erörtern. Der Niederländer Hugo Krabbe, damals Professor in Groningen (und später in Leiden), hatte 1906 *Die Lehre der Rechtssouveränität* auf Deutsch publiziert und sich dabei gegen die Souveränität des Staates gewendet, da diese auf der Fürstensouveränität beruhe und praktisch sie stütze. Offenbar näherte er sich damit Preuß' Gedanken, wie sie in *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* ausgeführt sind, stark an, und in der Tat stimmt er ihm über weite Strecken zu.²²⁴ Allerdings moniert er, dass Preuß Staat und Recht nicht einfach identifiziere, und Preuß anerkennt jetzt, dass Krabbe hier „den springenden Punkt schärfer herausarbeitet“.²²⁵ Zwar seien Staat und Recht in ähnlicher Weise zu unterscheiden, wie Individuum und Recht, aber die Verbindung und Ausgestaltung des Verhältnisses beider sei rechtlicher Art. In der Tat dürfte die verbleibende Differenz gering sein. Für Preuß war im Gefolge seiner organischen Staatsauffassung die Beschreibung der Bildung und Artikulation von Gesamtpersonen wichtig; Krabbe war eher an der Rechtsbindung des Staates interessiert; aber eben dieses Interesse wurde auch von Preuß betont.

Wohl aber argumentiert Preuß auch in der Auseinandersetzung mit Krabbe gegen die Verwendung des Zwecks als Merkmal des Rechts: gewillkürte Körperschaften, etwa Stiftungen, seien zwar durch einen Zweck bestimmt; gewordene Körperschaften, namentlich Gebietskörperschaften, dagegen nicht, da ihr Gemeinwille, wenn auch seinerseits rechtlich legitimiert und gebunden, das Recht setze.²²⁶ Auch hier lässt sich, von heute her gesehen, die Relevanz dieses Unterschieds in Zweifel ziehen.

Die Auseinandersetzung und weitgehende Übereinstimmung von Preuß und Krabbe gewinnt theoriegeschichtlich zusätzliche Bedeutung, weil wenige Jahre darauf Hans Kelsen erstmals die Identität von Staat und Recht begründet und in der Folge, darauf aufbauend, eine Preuß und Krabbe radikalierende Kritik der Souveränität formuliert hat. Kelsen hat dabei Krabbe und Preuß kritisiert,²²⁷ und methodisch ist die Kluft zwi-

²²⁴ Hugo Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität. Ein Beitrag zur Staatslehre*, Groningen 1906, S. 114ff.

²²⁵ Nachstehend Nr. 9, das Zitat S. 231.

²²⁶ Zur schon in der Habilitationsschrift angelegten, in zahlreichen weiteren Schriften ausgeführten Ablehnung des Zweckgedankens für die Staatsdefinition vgl. oben III 6, sodann insb. IV 1, V 1, 2.

²²⁷ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1. Aufl. Tübingen 1911; später ders., *Das Problem der Souveränität*, 1. Aufl. 1920; zur Darstellung der Lehre Kelsens Michael W. Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt*, Baden-Baden 1995, S. 166ff., der S. 224ff. die Kritik Kelsens an Krabbe weitgehend auf ein Missverständnis zurückführt; Stanley L. Paulson (zit. Fn. 149), S. 65ff., der gerade angesichts der methodischen Gegensätzlichkeit „überraschende Parallelen“ konstatiert; vgl. auch seine Besprechung zu Bd. 1 der vorliegenden Edition, *Juristenzeitung (JZ)* 2007, S. 1148f., auch unter Erwähnung von Detlef Lehnert, *Politische Vierteljahresschrift (PVS)* 33, 1992, S. 33 (48ff.); Christoph Schönberger (zit. Fn. 39), S. 368f.; Dian Schefold, in: *Deutsche Juristen* (zit. Fn. 80), S. 437ff.; dazu sogleich im Text.

schen der neukantianischen Normlogik und der von ihr kritisierten Analyse sozialer Kräfte, die in einer eigenständigen Theorie zu erfassen versucht werden, wohl kaum zu überbrücken. Aber schon im Verhältnis zur vorangegangenen Tendenz zur Identifikation von Staat und Monarch, wie erst recht im Hinblick auf neuere Versuche sozialwissenschaftlichen Verständnisses der Bildung von Staat und Recht dürfte die sachliche Nähe von Preuß, Krabbe und Kelsen für das Verständnis des modernen Verfassungsstaats von größerem Gewicht sein als die unterschiedliche methodische Herangehensweise.

9. Die Synthese: Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität

Als Quintessenz der hier erörterten Schaffensperiode kann der Aufsatz gelten, den Preuß, etwa zeitgleich mit der vorerwähnten Rezension, zur Festschrift zum Goldenen Doktorjubiläum von Paul Laband, dem führenden Staatsrechtslehrer der Epoche und politisch-methodischen Antipoden der Gierke-Schule,²²⁸ beigetragen hat. Zugleich gehört der Aufsatz in den Umkreis der – teils auch in Band 1, teils in Band 5 dieser Edition fallenden und mit der nachfolgenden Nr. 29 verbundenen – Veröffentlichungen zum hundertsten Jahrestag der Stein'schen Reformen, die, wie schon mehrfach betont und hier erneut deutlich, zum Kern von Preuß' Argumentationshaushalt gehören. Ausdrücklich war sich auch Preuß dieser mehrfachen Bedeutung des Aufsatzes bewusst. Er knüpft mit dem Titel an die Schrift an, die Heinrich Rosin, ein Preuß in der Lehre von der Selbstverwaltung und der Eigenständigkeit kommunaler Herrschaft näher stehender, aber den Schritt zur Absage an den Souveränitätsbegriff nicht mitmachender Kollege vor einem Vierteljahrhundert, kurz vor dem Erscheinen von Preuß' Habilitationsschrift veröffentlicht hatte,²²⁹ und mit der Preuß sich seitdem immer wieder auseinandergesetzt hat. Jetzt greift er die Diskussion nochmals zusammenfassend auf und stellt seine Sicht nicht nur Rosin, sondern vor allem Laband entgegen.

Das – schon in der Habilitationsschrift konstatierte – Scheitern aller Bemühungen, den Bundesstaat und die Selbstverwaltung unter Heranziehung der Merkmale des Staates befriedigend zu erklären, muss sich schon im Ausgangspunkt aus einer falschen Fragestellung ergeben. Souveränität (Rosin), juristische Persönlichkeit des Staates (Laband), Wesen des Staates (Jellinek) befrachten die staatsrechtliche Diskussion mit Kriterien, die das Phänomen mehrerer Ebenen zu erfassen ausschließen. Preuß stellt

Vgl. auch Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1986, S. 208ff., der allerdings auf Krabbe und Preuß nicht eingeht.

²²⁸ Dazu schon oben III 6 mit Nachweisen; Preuß' Aufsatz nachstehend Nr. 10. Soweit ersichtlich, hat Laband in der 5. Aufl. seines *Staatsrecht* (zit. Fn. 155) darauf nicht reagiert, sondern Bd. 1 S. 102ff. seine Preuß diametral entgegengesetzte Position aufrecht erhalten.

²²⁹ Heinrich Rosin, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, München/Leipzig 1883 (auch in: *Hirths Annalen* 1883, S. 265–322) – wohl einer der Anstöße für die Argumentation der Habilitationsschrift. Preuß hält Rosin neben der Kritik am Souveränitätsdogma namentlich die Ablehnung des Zweckkriteriums zur Unterscheidung von Staat und Gemeinde (vgl. oben V 2 mit Fn. 165) entgegen. Zu Person und Wirken Rosins (1855–1927) Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts* Bd. 2 (zit. Fn. 13), S. 294f., 364; Alexander Hollerbach, *Heinrich Rosin*, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (zit. Fn. 80), S. 369ff.

dem, in Anknüpfung an Rosin, den Gegensatz von Selbstverwaltung und Verwalteterwerden entgegen. Aber anders als für Rosin, ist für Preuß Selbstverwaltung jede Verwaltung eines korporativ organisierten Gemeinwesens; Gegenstück ist die Verwaltung von außen, in anstaltlicher Form. Beides ist auf verschiedenen Ebenen möglich. Namentlich der Verfassungsstaat verwaltet sich, wie eine autonome Gemeinde, selbst. Umgekehrt kann ein Herrscher den Staat oder ein beherrschendes Subjekt die Gemeinde zum Objekt seiner Herrschaft machen; dann werden beide, Staat und Gemeinde, anstaltlich verwaltet.

Der Gegenstand, an dem die Entwicklung der Ebenen auch für Deutschland thematisiert wurde, ist die englische Selbstverwaltung, vor allem aufgrund der Forschungen Gneists. Entgegen dessen Befunden und unter Berufung auf die inzwischen erschienene Darstellung Josef Redlichs²³⁰ insistiert nun Preuß darauf, auch das englische Self-government als eigene Ebene zu verstehen. Während die englische *County* frühzeitig zur sich selbst verwaltenden Verbandseinheit wurde, beherrschte in Deutschland die gräfliche Obrigkeit ihr Territorium. Durch die Entwicklung des britischen *House of Commons* zur „*communa communarum*“ wurde, wie Gneist herausgearbeitet hat, die dortige Entwicklung der Kommunalebene auch gegenüber der zentralen monarchischen Gewalt abgesichert. Auch Preuß gesteht zu, dass die dadurch mögliche Lokalverwaltungsstruktur keineswegs notwendig demokratisch war, sondern die das Ehrenamt erleichternden aristokratischen und plutokratischen Elemente einbezog, die Gneist so faszinierten. Nur waren auch diese Elemente nicht auf feudale Herrschaft, sondern auf Selbstverwaltung ausgerichtet. Durch die Leistungsfähigkeit und auch zentralstaatliche Absicherung dieser Selbstverwaltung wurde eine staatliche Verwaltung auf lokaler Ebene zugleich überflüssig und nicht durchsetzbar. Anders als in Preußen übernahm die Ebene der lokalen Selbstverwaltung mit ihren Organen alle Funktionen auch der staatlichen Verwaltung, ohne dass eine eigene staatliche Verwaltung der Grundstufe geschaffen werden oder eine Organleihe örtlicher Behörden durch den Staat erfolgen musste. Vor diesem Hintergrund bewertet Preuß die Einführung amtsrechtlicher Elemente durch den *Municipality Act* von 1835, den Gneist kritisiert hatte, positiv. So gesehen, kann Preuß ein Recht auf lokale, eine selbständige Ebene bildende Selbstverwaltung konstatieren und der Reduktion der Selbstverwaltungsträger auf passive Verbände im Sinn Hatscheks und auch Jellineks²³¹ widersprechen. Preuß findet in den englischen Selbstverwaltungsträgern das Phänomen der Gesamtperson im von Gierke entwickelten, von Preuß zur Grundlage seiner Theorie gemachten Sinn, und er stellt es dem romanistisch-kanonistisch geprägten Begriff der Körperschaft als juristischer Person gegenüber. Durch den angelsächsischen Begriff der Treuhand ergibt sich die Möglichkeit verant-

²³⁰ Josef Redlich, *Englische Lokalverwaltung. Darstellung der inneren Verwaltung Englands in ihrer geschichtlichen Entwicklung und in ihrer gegenwärtigen Gestalt*, Leipzig 1901; dazu Heffter (zit. Fn. 54), S. 744ff. Redlich betont schon in der Vorrede (S. VIIIf.) – bei hohem Respekt – die Kritik an Gneist und führt diese im Einzelnen S. 745ff. aus.

²³¹ Dazu oben V 1.

wortlicher, demokratisch legitimierter Herrschaftsausübung durch repräsentative Organe, die *local authorities*.²³²

Entgegen Georg Jellinek ist für Preuß zentral, dass solche Selbstverwaltung nicht im feudalistischen Sinn als Beleihung durch den Staat verstanden werden kann: in Großbritannien nicht, weil die *local authorities* keinerlei feudalistischen Charakter mehr tragen, in Deutschland nicht, weil die feudalistischen Beleihungen, soweit sie im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation fortwirkten, nicht sich selbst verwaltenden Gebietskörperschaften, sondern Landesherrn galten, die ihre – noch so zufällig zusammengesetzten²³³ – Territorien beherrschten, so dass diese von ihnen verwaltet wurden, nicht etwa sich selbst verwalteten. Die städtische Selbstverwaltung dagegen war in Deutschland verkümmert und zum Objekt des Fürstendienstes geworden. Vor diesem Hintergrund ist die Stein'sche Reform der Städteordnung und ihre Auswirkung auf ein spezifisch städtisches Amtsrecht zu sehen: hier dringt, wie von Preuß in den beiden großen Monographien herausgearbeitet, der Begriff der Gebietskörperschaft wieder neu in die kommunale Ebene ein und gestattet, diese als eigenständige Selbstverwaltung zu deuten. Freilich muss Preuß die Defizite dieser Entwicklung, die mangelnde Durchführung des Selbstverwaltungsprinzips vor allem auf dem Land, aber auch in den Städten, und das Fehlen einer Verbindung zur parlamentarisch-konstitutionellen Struktur auf staatlicher Ebene zugestehen: die obrigkeitliche Staatsgewalt besteht fort; Deutschland ist durch „eine ungelöste Dissonanz heterogener Organisationsprinzipien [...] charakterisiert“. ²³⁴ Hier klingt die Theorie des Sonderwegs an, die Preuß in der Folge beschäftigen wird.²³⁵

Aus der gebietskörperschaftlichen Natur auch der kommunalen Ebene folgt, dass sie, entgegen Rosin und in Übereinstimmung mit Laband, nicht durch eine eingeeengte

²³² Es kann darauf hingewiesen werden, dass diese (verantwortliche) Herrschaft örtlicher Behörden in Großbritannien auch in der Gegenwart dem entspricht, was auf dem Kontinent als kommunale Selbstverwaltung verstanden wird. Typischer Ausdruck dafür ist die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, die im maßgeblichen französischen Text von „*collectivités locales*“, wie in der deutschen Übersetzung von „kommunalen Gebietskörperschaften“ spricht, während im maßgeblichen englischen Text durchgehend von „*local authorities*“ die Rede ist, außer wenn speziell die Mitbestimmung der Bürger angesprochen ist, vgl. die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15.10.1985, von Deutschland genehmigt mit Gesetz vom 22.1.1987 (BGBl. II, S. 65) und dort den sachlich übereinstimmenden französischen und deutschen Text von Art. 3 I, 4 I, II, IV–VI, 5, 6, 8, 9, 10, 11, jeweils in Abweichung vom englischen Text, der nur in Art. 5 ebenfalls von „*local communities*“, sonst immer von „*local authorities*“ spricht. Sachlich ist – und darauf kam es Preuß an – die Herrschaft der „*local authorities*“ nichts anderes als Selbstverwaltung der kommunalen Körperschaften.

²³³ Hier springt die Parallele zum Enzyklopädie-Artikel über *Germany – The Government* (nachstehend Nr. 26, dazu oben V 7) ins Auge, in dem ebenfalls die Territorialstruktur, vor allem vor 1806, aber auch mit aktuellem Bezug kritisiert wird: der Übergang zur Beschäftigung mit der Verwaltungsreform, von der im Folgenden gleich zu handeln sein wird, zeichnet sich ab.

²³⁴ So Abschnitt V a.E. des Aufsatzes, nachstehend S. 259.

²³⁵ Hingewiesen sei namentlich auf *Das deutsche Volk und die Politik*, Bd. 1, Nr. 28, und dazu einleitend Albertin, S. 46ff.; ferner ist schon hier auf das posthum erschienene Buch *Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa*, 1927, hinzuweisen, dazu in der Einleitung zu Bd. 3 dieser Edition und vorerst Lehnert (zit. Fn. 3), S. 17.

Zwecksetzung definiert werden kann. Entfaltet eine Gebietskörperschaft ihren Willen, so bestimmt sich der Zweck dadurch. Dabei unterschlägt Preuß allerdings, dass die Willensentfaltung bei der Gemeinde – wie beim Gliedstaat des Bundesstaats, und letztlich wie beim Völkerrechtssubjekt – durch die Einordnung in eine Zuständigkeitsverteilung und Einhaltung der durch übergeordnetes Recht gezogenen Grenzen, die bei der Gemeinde besonders fühlbar sind, limitiert wird. Aber deshalb kann die Gemeinde – und dieser Laband und Jellinek entgegengesetzte Gedanke ist für Preuß zentral – nicht auf eine vom Staat und namentlich nicht auf die von einer monarchischen Obrigkeit delegierte Gewalt beschränkt werden. Dass Gesamtpersonen Herrschaft über die ihnen angehörigen Gliedpersonen ausüben, deshalb deren Herrschaftsbereich beschränken können, ist auch für Preuß anerkannte Grundlage. Aber diese rechtfertigt keine Verortung der Souveränität in einer Ebene, und schon gar nicht in einer Person. An dieser Stelle tritt die Auseinandersetzung mit Krabbe ins Blickfeld. Auch wenn Preuß' Position schon vorher ähnlich war, beruft er sich jetzt auf ihn und leitet aus der Verbindlichkeit der Rechtsordnung die Begrenzung aller öffentlichen Gewalt ab. Aber eben deshalb kann keine Gewalt als souverän bezeichnet, vor allem kein Herrscherbefehl zur Grundlage des Staates gemacht werden. Der Abschied vom Souveränitätsbegriff, schon in der Habilitationsschrift begründet, aber in den zwischenzeitlichen Schriften weniger betont, bekommt hier daher eine neue, deutlichere Färbung.

VI. Folgerungen für die Verwaltungsreform und der Weg zur Staatsreform

1. Das rechtspolitische Programm

Mit der zusammenfassenden Darlegung seines Standpunkts in der Laband-Festschrift verlagert sich für Preuß, freilich auf dem gleichen Arbeitsfeld, der Schwerpunkt der Aufgabe: Wenn Gebietskörperschaften als Träger von Selbstverwaltung wirken sollen, so ergibt sich daraus ein Programm für den Aufbau des Staates und deshalb eine Kritik an Verwaltungsstrukturen, die diesem Programm widersprechen. Nicht zufällig nimmt ein solches Programm der Verwaltungsreform seinen Ausgang von der „Säkularbetrachtung“, dem hundertsten Jubiläum der Stein'schen Städteordnung 1908, das Preuß auch in anderem Zusammenhang beschäftigt hat.²³⁶ Preuß wertet diese Reform, in pointierter Distanzierung von konservativen Stimmen, als „politische“, insofern nicht zufällig in der damals begründeten *Zeitschrift für Politik*. Es ging nicht nur um eine technische Verbesserung der Verwaltungsabläufe, sondern um „nationale Erhebung“,²³⁷ um ein

²³⁶ Vgl. die für Bd. 5 vorgesehenen Schriften des Jahres 1908, insb. *Zur Säkularfeier der Steinschen Städteordnung*, *Frankfurter Zeitung* Nr. 321 v. 18.11.1908; vorerst auch die in *Staat, Recht und Freiheit* (zit. Fn. 4) S. 25ff., 73ff. wiedergegebenen Schriften, in deren Zusammenhang der nachstehend unter Nr. 29 wiedergegebene Text gehört.

²³⁷ So nachstehend S. 582; wie sehr diese Bewertung heute geteilt wird, ist an der Darstellung einer-

neues Verhältnis des Bürgers zum Gemeinwesen: primär zur Stadt, aber nach der Konzeption zur Gebietskörperschaft auf allen Ebenen; dazu sollte das Volk erzogen werden.

Schärfer als noch in der Habilitationsschrift, in der er noch ein geschlossenes System von Gebietskörperschaften darzustellen gesucht hatte,²³⁸ kritisiert Preuß jetzt die Mängel in der Weiterführung der Stein'schen Reformen aus den letzten Jahrzehnten, die als „Epigonenwerk“ zu einem „höchst problematischen Abschluss“²³⁹ gebracht worden seien. Er sieht sich mit seiner Kritik nicht allein, denn in der Tat hatten in den vorangegangenen Jahren zahlreiche Autoren, darunter auch solche ausgesprochen konservativer und durch das höhere Beamtenum geprägter Provenienz, die Reformbedürftigkeit der geltenden Rechtslage betont und Änderungen gefordert.²⁴⁰ In die Augen stechendes Merkmal des aktuellen Systems ist die Vielzahl der Verwaltungsebenen: Zwischen die (ja ihrerseits teilweise dem Reich unterstehende) Staatsregierung und die Gemeinden schieben sich die Instanzen der Provinzen, Regierungsbezirke und Landkreise. Eine Vereinfachung muss daher zumindest eine dieser Ebenen einzusparen suchen – nur, welche, weshalb und wie?

Mit Rückblicken auf frühere Reformbestrebungen seit Friedrich Wilhelm I. legt Preuß nun dar, dass Stein seine Reform unter ganz außergewöhnlichen Bedingungen durchsetzen musste und konnte – dass der totale Zusammenbruch Preußens einen Neubau so dringend machte, dass Widerstände keine Erfolgsaussicht hatten, aber dass Stein sich dennoch darauf beschränkte, zunächst nur die Städteordnung durchzusetzen, ohne das flache Land und die weiteren Verwaltungsebenen in die Reform einzubeziehen. Die Darlegung liest sich im Nachhinein wie eine Vorwegnahme von Preuß' eigener Situation bei der Verfassungsgebung 1918/19 und beim erzwungenen Verzicht auf von ihm für nötig gehaltene Reformen. Nach Steins Entlassung unterblieb bis 1891 der Erlass einer Landgemeindeordnung und reduzierte Hardenberg die Neuordnung von Regierungsbezirken und Provinzen auf eine Behördenreform – ähnlich wie seit 1919 allenfalls die NS-Diktatur und, nach 1945, die Besatzungsmächte, nicht aber demokratische deutsche Regierungen zu umfassenderen Gebietsneuordnungen in der Lage waren.

In der konkreten Situation von 1908 allerdings setzt sich Preuß mit den Problemen der Verwaltungsstruktur auf Provinz- und auf Regierungsbezirksebene auseinander. Er kritisiert, dass trotz kleineren Veränderungen in der Organisation der Regierungsbezirke diese nicht zu Trägern von Selbstverwaltungsrechten wurden und deshalb als Instru-

seits durch Lehnert (zit. Fn. 3), S. 146ff., andererseits durch E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 1, 2. Aufl. Stuttgart 1960, S. 173ff., 290ff. abzulesen.

²³⁸ *Gemeinde, Staat, Reich*, Kap. XII, vgl. oben III 5 mit Fn. 67, 70ff.

²³⁹ S. 583; dabei bleibt zu beachten, dass die Landgemeindeordnung für die östlichen Provinzen (1891) zur Zeit der Publikation der Habilitationsschrift noch nicht einmal vorlag.

²⁴⁰ Vgl. die nachstehend S. 584 Fn. 3 genannten Schriften; zum verwaltungsgeschichtlichen Zusammenhang Heffter (zit. Fn. 54), S. 763ff.; Rudolf Morsey, *Bemühungen um eine Verwaltungsreform nach der Jahrhundertwende bis zum Ende der Monarchie*, in: Kurt G. A. Jeserich u.a. (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 3, *Das Deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie*, Stuttgart 1984, S. 855ff.; weitere Nachweise bei Mezzadra (zit. Fn. 3), S.140ff.

mente einer absolutistisch gebliebenen Zentralverwaltung verharren mussten. Als solche mochten sie zwar gegenüber feudalen Herrschaftsformen in Kreisen und Landgemeinden als sinnvolle Kontrollinstanz wirken, gefährdeten jedoch die Selbstverwaltung der Städte. Preuß anerkennt, dass die bürokratische Struktur der Bezirksverwaltungen einen entscheidenden Beitrag dazu leistete, das Beamtentum zu reformieren, und nimmt damit wichtige Ergebnisse der späteren Bürokratieforschung vorweg,²⁴¹ wobei er sich auf seine Herausarbeitung der Organstellung des Beamten in der Schrift über *Das städtische Amtsrecht* stützen kann. Aber er sieht im Subordinationsprinzip der Verwaltung, durch ein im Ergebnis den Beamten schutzlos lassendes Disziplinarrecht sanktioniert, eine Abkapselung gegenüber den von der Gebietskörperschaft als solcher kommenden Anforderungen, namentlich weil, im Gegensatz zum Vorbild Frankreich, die parlamentarische Verantwortlichkeit der jeweils an der Verwaltungsspitze stehenden Minister fehlt.

Seit der Umbildung der Preußischen Ersten Kammer zum Herrenhaus und der dadurch gegebenen Stärkung des Einflusses des Adels ist von dort aus mit Gegenwehr gegen jede tiefer greifende Verwaltungsreform zu rechnen. Dies hat den Erlass der Kreisordnung so sehr erschwert, sie und die Provinzialordnung in ihrem Reforminhalt geschmälert, die Landgemeindeordnung verzögert und weitere Reformen, vor allem der Städteordnung, blockiert.²⁴² Die noch von Miquel geäußerte Hoffnung, die Verwaltung in die Hand der Bevölkerung zu legen – mit Preuß' Worten: sie zur Selbstverwaltung zu machen –, musste scheitern; das Zusammenwirken von Staatsbeamten und Vertretern der Selbstverwaltung im Bezirksausschuss, der auch als Verwaltungsgericht amtierte, erweist sich als typisches Symptom. Dabei geht es weniger um die Entscheidung zwischen monokratischem und kollegialem System, als um die Frage, wessen Organ die beteiligten Amtsträger sind. Auch hier dient der Bezirksausschuss als Beleg; denn da es auf Bezirksebene keine Volksvertretung gibt, wird der – seinerseits mittelbar gewählte – Provinzialausschuss zur Wahlbehörde der gewählten Mitglieder, so dass „jede lebendige Fühlung der Gewählten mit den Wählern zum Teufel“ gehen muss.²⁴³ Verschlimmert wird die Lage durch die nach wie vor ständischen Elemente des Systems der Kreistagswahlen mit Begünstigung des Großgrundbesitzes und Benachteiligung der Städte. Dass unter solchen Rahmenbedingungen die Kommunalaufsicht nicht die Selbstverwaltung, sondern die hierarchische Verwaltungsstruktur stärkt, kann schwerlich erstaunen; es kommt zu einer Hypertrophie der Instanzen.

Von diesen Überlegungen her entwickelt Preuß sein Programm, das im vorliegenden Zusammenhang erst angedeutet, in den weiteren Schriften entwickelt wird. Entscheidend ist ihm der Zusammenhang von Gebietskörperschaft und Selbstverwaltung. Um diese von der – unverzichtbaren – Aufsicht abzugrenzen, bedarf es der körperschaftli-

²⁴¹ Vgl. die Darlegungen unten S. 592–594 und dazu insb. die grundlegende Untersuchung von Eckart Kehr, *Die Genese der Preußischen Bürokratie und des Rechtsstaats*, in: ders., *Der Primat der Innenpolitik. Gesammelte Aufsätze*, hrsg. von H.-U. Wehler, 2. Aufl. Berlin 1970, S. 31ff.

²⁴² Vgl. nachstehend S. 596ff. und die Erläuterungen zum Gang der Reformgesetzgebung unten 3.

²⁴³ Nachstehend S. 599.

chen Ausgestaltung von Gesamtverband und Gliedverband und gilt es, wie in England und Frankreich, ein einheitliches Prinzip der Ausgestaltung der Ebenen zur Geltung zu bringen. Daraus darf aber nicht auf die Ursprünglichkeit der Gewalt nur im Staat geschlossen werden;

„wirksame Dezentralisation hat die Anerkennung der örtlichen Verwaltung als Zuständigkeit kommunaler Selbstverwaltung zur unbedingten Voraussetzung“.²⁴⁴

Oberhalb der Gemeindeebene und unterhalb des Zentralstaats ist in entsprechender Weise Verwaltung als Selbstverwaltung für die Kreise und die Provinzen sinnvoll; weitere Verwaltung hat keine legitimierbare Funktion. Schon hier schimmert somit Kritik an einem Föderalismus mit Preußischer Hegemonie auf Reichsebene durch und wird damit der Ansatz einer 1918/19 versuchten, wenn auch in ihrer Radikalität gescheiterten Staatsreform erkennbar, von der in Band 3 dieser Edition zu handeln sein wird.²⁴⁵

2. Die theoretisch-dogmatische Grundlegung

Aufgrund des erwähnten programmatischen Aufsatzes wird nun in den folgenden Arbeiten die Verwaltungsreform und ihre Bedeutung entwickelt. Das erfordert einerseits eine Vertiefung der theoretischen Grundlagen, andererseits eine Detaillierung, Konkretisierung und Aktualisierung des Reformkonzepts. Insofern überschneiden sich die Inhalte der folgenden Schriften. Im Rahmen der vorliegenden Einleitung wird zunächst auf die Grundlegung (2.), dann auf den Gang und Preuß' Kritik der Reformgesetzgebung (3.) und schließlich auf seinen eigenen Standpunkt (4.) eingegangen.

Zum erstgenannten Aspekt bot sich, auch als Gegenstück zur Auseinandersetzung mit Laband in dessen zwei Jahre zuvor erschienener Festschrift,²⁴⁶ das Goldene Doktor-Jubiläum von Preuß' Lehrer, Otto von Gierke, am 21. August 1910 an. Preuß hatte ja seit der ihm gewidmeten Habilitationsschrift immer wieder sein Schüler-Verhältnis zu Gierke betont und die – wenn auch in den Schriften ausgiebig behandelten – sachlichen Differenzen im Verhältnis dazu als zweitrangig dargestellt.²⁴⁷ In der Tat basiert sein Werk durchgehend auf einem genossenschaftlichen Verständnis aller Gebietskörperschaften und auch des Staates. Jetzt galt es, die Konsequenzen hieraus zu ziehen, und zu diesem Zweck war die Berufung auf Gierke als den Begründer dahin gehender Überlegungen geeignet.

Preuß kann sich dabei auf den 1868, also noch vor der Reichsgründung erschienenen ersten Band des Genossenschaftsrechts und auf Gierkes Festrede zur Zentenarfeier der

²⁴⁴ S. 603f.; es wird deutlich, dass jetzt, wohl auch unter Einfluss des in Fn. 31 zitierten Werks von Josef Redlich (vgl. schon oben Fn. 230), die Kritik an Gneist eindeutiger wird als in vorangegangenen Schriften.

²⁴⁵ Zur Problematik vorerst Jasper Mauersberg, *Ideen und Konzeption Hugo Preuß' für die Verfassung der deutschen Republik 1919 und ihre Durchsetzung im Verfassungswerk von Weimar*, Frankfurt 1991, sowie die Ausführungen bei Lehnert (zit. Fn. 3), S. 184ff., 221ff.; sowie in der Einleitung zu Bd. 4 dieser Edition S. 10ff.; Schefold, in: *Deutsche Juristen* (zit. Fn. 80), S. 447ff.

²⁴⁶ Nr. 10, dazu oben V 9.

²⁴⁷ Dazu schon oben II 1, III insb. 3–5 m. Nachw. Der Aufsatz für Gierke nachstehend Nr. 30.

Stein'schen Städteordnung berufen;²⁴⁸ aber auch der Einfluss weiterer Schriften, die nicht im einzelnen zitiert werden, schimmert durch. Offenbar geht es Preuß vor allem darum, den von der Reichsgründung ausgehenden Reformimpuls zu evozieren und als Anlass zu einer Fortführung des Stein'schen Reformwerks nach dessen hundertjähriger Bewährung zu verstehen. Dabei stellt sich freilich die Doppel-Legitimation des Verfassungswerks von 1871 entgegen, das ja die Reichsgewalt neben dem Reichstag auf die im Bundesrat vertretenen „verbündeten Regierungen“ stützt, was keinen harmonischen Aufbau ermöglicht, sondern als „heterogenes Element, die alte Macht der einzelstaatlich bürokratischen Obrigkeit“²⁴⁹ zur Geltung bringt. Diese Sichtweise wird auf die preußischen Reformen der Jahre 1872–1883 angewandt und daraus hergeleitet, dass diese kein schlüssiges Konzept verwirklichen und im Gegensatz zu Frankreich und England – hier in deutlicherer Abhebung von Gneist als früher – keine wirkliche Reform bewirken konnten.

Auf kommunaler Ebene sieht Preuß als zentralen Anlass und Grund dieser Schwäche, wie schon im Buch über *Das städtische Amtsrecht*,²⁵⁰ den Versuch einer Sicherung staatlichen Einflusses auf die Polizei durch den später in verschärften Versionen aufrecht erhaltenen § 166 der Städteordnung von 1808: hier stoßen die „heterogenen Prinzipien“, einerseits Selbstverwaltung, andererseits Sicherung des staatlichen Einflusses auf die Polizei, aufeinander. Im Anschluss an die frühere Darstellung und sie ergänzend, zeigt Preuß auf, dass einzelne Reformer, namentlich Theodor von Schön, entgegen dem reichsstädtischen Konzept einer Identität von Stadt und Staat, in Anlehnung an Adam Smith und Immanuel Kant zwangsbewehrte Rechtsordnung und wirtschaftliche Funktionen zu trennen suchten und die Gemeinden dem wirtschaftlichen Bereich zuordneten. Darin sieht er den Ansatz einer Unterscheidung von obrigkeitlicher und wirtschaftlicher Selbstverwaltung und die Rechtfertigung der Indienstnahme kommunaler Amtsträger als solche der staatlichen Polizei.

Von hier zieht Preuß eine Linie zu Gneists Konzept der Kreisreform, wirtschaftliche und obrigkeitliche Selbstverwaltung, gewählte Verwaltungsräte und Ortsobrigkeit, zu verbinden.²⁵¹ In aller Schärfe denunziert Preuß dieses Bestreben als Missdeutung Steins und wendet sich dagegen. Wenn Polizei und obrigkeitliche Verwaltung von der wirtschaftlichen Verwaltung in Kreis und Gemeinde getrennt werden, wird die einheitliche Gebietskörperschaft aufgespalten, ohne dass sich für die Abgrenzung der beiden sach-

²⁴⁸ Otto von Gierke, *Genossenschaftsrecht*, Bd. 1, Berlin 1868; ders., *Die Steinsche Städteordnung*, Rede am Geburtstag des Kaisers 1909, gehalten in der Aula der Friedrich-Wilhelms-Universität, Berlin 1909, Neudruck (gekürzt) Darmstadt 1957. Auf Bd. 2 des *Genossenschaftsrechts*, Berlin 1873, wird (nachstehend S. 642 mit Fn. 58) nur kurz zur Abgrenzung von Ratsverfassung und Schöffenverfassung eingegangen.

²⁴⁹ Die Zitate nachstehend S. 607.

²⁵⁰ Dazu oben V 4 mit Fn. 189f., auch zur aktuellen Relevanz des Problems.

²⁵¹ Vgl. nachstehend S. 612ff. mit Zitat von Gneist, *Die preußische Kreis-Ordnung in ihrer Bedeutung für den inneren Ausbau des deutschen Verfassungs-Staates*, Berlin 1870, S. 19–25; in der Denkschrift (nachstehend Nr. 31, S. 669f., 678) wird darauf nur kurz eingegangen.

lich untrennbaren Zuständigkeitsbereiche klare Kriterien aufstellen lassen. Aber über seinen Einfluss auf Polizei und andere hoheitliche Verwaltungsfunktionen greift der Staat beliebig in den kommunalen Bereich ein. Die von Gneist geforderte Verbindung beider Bereiche bleibt künstlich, weil ihre Legitimationsgrundlage verschieden, ja gegensätzlich ist. Die Stadtverordnetenversammlung wird zur bloßen Bewilligungsinstanz für die kommunalen Steuern, Magistrat und vor allem Bürgermeister oszillieren zwischen ihrer Funktion für die Gemeinde und der für den Staat, so dass in der Tat von mittelbaren Staatsbeamten gesprochen werden kann; der Staat handelt durch die Gemeinde, statt sie zu beaufsichtigen.

Preuß stellt dem, auch unter Berufung auf Gierkes Interpretation und theoretische Grundlegung und unter ausführlicher Zitierung dieser Partien, Steins Modell der Gemeinde als Gebietskörperschaft und der Stadtverordnetenversammlung als Parlament entgegen. Obrigkeit ist dazu kein Gegensatz, sondern wird dadurch legitimiert. Gemeinde und Staat sind daher nicht durch unterschiedliche Aufgaben definitorisch zu unterscheiden, sondern als menschliche Verbände grundsätzlich gleichartig. Dabei verschweigt Preuß freilich – anders als seinerzeit in der Habilitationsschrift – den entscheidenden Differenzpunkt, dass Gierke an der Souveränität des Staates festhält, während Preuß sie negiert, wenn er auch, mit Gierke, ein Aufsichtsrecht des Staates anerkennt.

Vor diesem Hintergrund betrachtet Preuß die Problematik der Verwaltungsreform als Konflikt zweier unterschiedlicher Selbstverwaltungskonzepte. Der Konflikt wird dadurch beeinflusst, dass die Durchführung der Stein'schen Reform auf die Städteordnung beschränkt blieb, aber namentlich das flache Land, die Landgemeinden mit ihren schwächer entwickelten genossenschaftlichen Strukturen nicht erfassen konnte. Der Widerstand des ländlichen Großgrundbesitzes, der Rittergutsbesitzer und Junker, war zu groß.²⁵² Nachdem er in der eigentlichen Reformzeit nicht hatte gebrochen werden können, führte die Restauration der zwanziger Jahre zu einer Kreisorganisation im altständischen, den Rittergütern entscheidendes Gewicht beilegenden und den Kreis als solchen nicht konstituierenden Sinn. Folglich standen die Städte als isolierte gebietskörperschaftliche Organisationen unter der staatlichen Verwaltung. Deren Bedeutung und Verdienst wird, im Anschluss an die vorangegangenen Arbeiten, erneut unterstrichen; aber sie stand einer Entwicklung rechtlich gewährleisteter Selbstverwaltung entgegen. Auch die konstitutionelle Verfassung von 1848/50 änderte daran wenig, zumal das zunächst erlassene Gesetz vom 11. März 1850, das eine umfassende Reform bringen wollte, nicht umgesetzt und bald wieder aufgehoben wurde. Weitere Reformversuche mussten die Klippe des jetzt eindeutig vom Großgrundbesitz beherrschten Herrenhauses²⁵³ überwinden. So blieb der Konflikt bis 1869 ungelöst auf der Tagesordnung.

²⁵² Zur grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dieser Frage bei Preuß, der sich im hier interessierenden Zusammenhang vor allem auf Gierke beruft, vgl. die Schrift *Die Junkerfrage*, 1897, in Bd. 1 dieser Edition Nr. 12, und dazu die Einleitung Albertin, S. 19ff.

²⁵³ Während die oktroyierte Verfassung vom 5.12.1848 (PrGS S. 375, Art. 63) noch von einer Wahl der Ersten Kammer durch die Vertretungen der Kommunalkörperschaften gesprochen hatte und die revi-

Für den dann beginnenden Reformprozess, der vor allem in der Denkschrift eingehend dargestellt wird, wirkt sich aber, vor allem, Gneists Konzeption und speziell sein Postulat einer Verbindung von Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit aus.²⁵⁴ Preuß stimmt Gneist zwar insoweit zu, dass Verwaltungsgerichtsbarkeit und Selbstverwaltung zusammen gehören. Aber Gneist postuliert zu diesem Zweck, dass die „Kommunalbeamten [...] zugleich Organe des *Staats* (mittelbare Staatsbeamte) sein“²⁵⁵ müssen, um obrigkeitliche Aufgaben zu erfüllen, und dass dies mit der wirtschaftlichen Selbstverwaltung in Verbindung zu bringen ist. Obrigkeitliche Verwaltung, und als solche auch der Verwaltungsrechtsschutz, ist eine staatliche Funktion, begrifflich von der (wirtschaftlichen) Selbstverwaltung zu scheiden, und nur in organisatorische Verbindung damit zu bringen. Nur der Staat ist Obrigkeit; kommunale Organe, die obrigkeitlich handeln, sind daher ihm zuzurechnen. Damit ergibt sich eine Doppelgestalt der Kommunalverwaltung. Preuß bestreitet, dass die Abgrenzung der beiden Bereiche begrifflich klaren Kriterien folge, und verweist auf die umfangreiche und schwer überschaubare gesetzliche Kasuistik. Allerdings wäre hier zu erwägen, alle hoheitliche Verwaltung in der Gemeinde als obrigkeitlich zu betrachten. Aber diese von Laband und Jellinek vertretene und entsprechend die kommunale öffentliche Gewalt als vom Staat verliehen qualifizierende Betrachtungsweise²⁵⁶ beließe den Gemeinden einzig die kommunale Leistungserbringung, vor allem durch öffentliche Einrichtungen, als wirtschaftliche Selbstverwaltung. Die gesamte Ordnungsverwaltung auf kommunaler Ebene fiel in den Bereich der obrigkeitlichen Selbstverwaltung mit direktem staatlichen Zugriff auf die Amtswalter. Von Preuß' Verständnis der Selbstverwaltung her gesehen leuchtet ein, dass er eine solche Ausdehnung nicht einmal in Betracht zieht. Dabei kann er sich auch darauf stützen, dass die Gesetzgebung durchaus hoheitliche Aufgaben wie Wegewesen, Armen- und Krankenfürsorge zu Selbstverwaltungsaufgaben erklärt hat.²⁵⁷

3. Gang und Kritik der Reformgesetzgebung

Auf der Grundlage dieser Aufspaltung von hoheitlicher und wirtschaftlicher Selbstverwaltung beruht die Reformgesetzgebung. Ihre überaus komplizierte Genese, in der

dierte Verfassung vom 31.1.1850 (PrGS S. 17, Art. 65) wenigstens eine beschränkte Wahl der Hälfte der Abgeordneten vorsah, wurde die Kammer durch Gesetz vom 7.5.1853 (PrGS S. 181) zu einem Herrenhaus als Vertretung von Adel, Großgrundbesitz und vom König Ernannten umgestaltet; die Texte auch bei E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte* Bd. 1, 3. Aufl. Stuttgart 1978, S. 484ff.

²⁵⁴ Dazu bis heute grundlegend Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, erstmals 1872, 2. Aufl. Berlin 1891 (Neudruck Darmstadt 1958), dort S. 278ff. zur Verwaltungsreform in Verbindung mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen; voran ging und von Preuß zitiert wird Gneist, *Die preußische Kreis-Ordnung*, (zit. Fn. 251). Mit den Folgen für den Verwaltungsrechtsschutz setzt sich Preuß, jetzt in deutlicher Absetzung von Gneist, erst in der Denkschrift auseinander, dazu sogleich.

²⁵⁵ Gneist, *Die Kreis-Ordnung* (zit. Fn. 251), S. V, zit. nachstehend S. 622.

²⁵⁶ Vgl. Laband, *Staatsrecht* (zit. Fn. 155), Bd. 1, S. 102ff.; ebenso Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (zit. Fn.100), S. 644: „Alles Imperium, das der Gemeinde zusteht, ist abgeleitet, auch die ihnen zu eigenem Rechte verliehenen Herrschaftsrechte.“ Weitere Nachweise oben Fn. 155.

²⁵⁷ So die Argumentation in der Denkschrift, nachstehend S. 681.

Gierke-Festschrift nur angedeutet, wird in der Denkschrift *Zur Preußischen Verwaltungsreform* eingehend nachgezeichnet. Die wichtigsten Stadien sind hier kurz zu nennen.

Basis der Reform sollte die Kreisordnung sein.²⁵⁸ Ihr Entwurf wird erstmals 1869 dem Abgeordnetenhaus vorgelegt, scheitert aber im Februar 1870, auf Grund einer neuen Vorlage vom 21.12.1871 erneut am 31.10.1872, und erst nach einem Pairsschub im Herrenhaus kommt die Vorlage durch Gesetz vom 13.12.1872²⁵⁹ zustande. Grund der erbitterten Auseinandersetzungen ist der Konflikt zwischen erblicher gutsherrlicher Obrigkeit, die die Mitglieder des Herrenhauses durch die Kreisordnung bedroht sehen, und moderner Verwaltungsstruktur.²⁶⁰ Seine Schärfe erklärt sich daraus, dass für die Landgemeinden wegen des nach wie vor starken Widerstands der Großgrundbesitzer noch keine Organisation der Selbstverwaltung geschaffen, aber zur Regelung der Kreisverfassung als Grundstufe der Verwaltung im ländlichen Raum notwendige Voraussetzung ist. Denkbar wäre nun eine Zusammenfassung kleiner und organisationschwacher Gemeinden zu leistungsfähigen größeren Gebilden – Preuß spricht von „Samtgemeinde“²⁶¹ – oder, sei es übergangsweise, sei es als Dauerlösung, eine gemeindeübergreifende Organisation für bestimmte, eben die obrigkeitlichen Zwecke und namentlich die Polizeiverwaltung, in der Form von Amtsbezirken. Letzteres Konzept setzt sich durch, führt zur völligen Trennung von Ortspolizei und ländlicher Kommunalstruktur, der ausschließlich Aufgaben wirtschaftlicher Selbstverwaltung verbleiben, und steht daher der Entwicklung einer leistungsfähigen vollständigen Kommunalstruktur auf dem Land entgegen. Praktisch ist der Amtsvorsteher entweder ein als Ehrenbeamter fungierender Gutsbesitzer – was die alte gutsherrliche Polizei mit geringen Modifikationen fortsetzt –, oder Berufsbeamter, in diesem Fall vom Landrat auf Kreisebene abhängig.

Diese Trennung von obrigkeitlicher Verwaltung und wirtschaftlicher Selbstverwaltung auf der Ebene der Landgemeinden wirkt nun auf die Kreise zurück. Auch hier bleibt die Polizei obrigkeitlich. Die fortbestehende, vom Herrenhaus verteidigte starke Stellung des Großgrundbesitzes auf dem Land führt dazu, dass die Kreisvertretung nach wie vor aus den drei Wahlverbänden der Grundbesitzer in den Gutsbezirken, der kreisangehörigen Städte und der Landgemeinden besteht und somit die wirtschaftlichen Interessen, nicht die Aktivrechte der Bürger vertritt, auch wenn einige Modernisierungen die Struktur anzupassen suchen. Auch hier kann Preuß auf Gierkes schon 1868 geübte Kritik verweisen und die schwache Stellung der Städte kritisieren. Demgegenüber prägt der Landrat als vom Staat ernannter Beamter die Kreisverwaltung. Arbeitet er mit

²⁵⁸ Dazu die Denkschrift sub III, nachstehend S. 659ff.; vgl. auch Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte* (zit. Fn. 25), Bd. 4, S. 352ff., und die Darstellung bei Mezzadra (zit. Fn. 4), S. 110ff.

²⁵⁹ PrGS S. 661.

²⁶⁰ Für die Verteidigung des konservativen Konzepts eindrücklich die Zitate nachstehend S. 661f.

²⁶¹ Zu diesem bis heute in Niedersachsen prägenden Konzept vgl. Nikolaos K. Hlepas, *Unterschiedliche rechtliche Behandlung von Großgemeinden und Kleingemeinden*, Frankfurt 1990, S. 50ff., 294ff.; Bovenschulte (zit. Fn. 154), S. 317ff.; Jörn Ipsen, *Niedersächsisches Kommunalrecht*, Stuttgart 1989, S. 285ff.

dem Stand der Grundbesitzer zusammen, beherrscht er dadurch und dank dem Einfluss auf die Landgemeinden Kreistag und Kreisausschuss – zu Lasten der kreisangehörigen Städte.

Als *zweites* Reformproblem stellt sich die Frage einer Reform der Provinzialverfassung.²⁶² Nach einer ersten Regierungsvorlage in der Session 1873/74 wird eine zweite, allerdings nur für die östlichen Provinzen ohne Posen,²⁶³ 1874/75 vorgelegt, diesmal mit ergänzenden Vorschriften, namentlich zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, und einer Denkschrift, die das Konzept der Regierung erläutert. Aber dieses weicht diametral von Preuß' Betrachtungsweise ab, die die Verwaltung Gebietskörperschaften, also über den Gemeinden und Kreisen den Provinzen, anvertrauen und auf Verwaltungsstufen dazwischen verzichten will. Demgegenüber insistiert die Denkschrift der Regierung auf der Beibehaltung der Regierungsbezirke. Um sie trotz auf dieser Ebene fehlender Volksvertretung vergleichbar auszugestalten, wird für jede Ebene ein Aufbau mit leitendem Beamten und ehrenamtlichem Ausschuss konzipiert, also über Landrat und Kreisausschuss erst Regierungspräsident und Bezirksausschuss,²⁶⁴ dann Oberpräsident und Provinzialausschuss (als Selbstverwaltungsbehörde) sowie Provinzialrat (als staatliche Behörde); der Bezirksausschuss wird aus dem Provinzialausschuss legitimiert. Aber dadurch ergibt sich eine Vermengung von Funktionen in den Bereichen der Staats- und der Selbstverwaltung. Trotz sehr kontroverser parlamentarischer Debatte, auch über die Einzelausgestaltung, insistiert die Regierung auf der Beibehaltung der Bezirksinstanz und setzt sich damit durch – und gibt so, nach Preuß' Sicht, das Prinzip einer Dezentralisation durch Selbstverwaltung preis. Die Ausschüsse auf allen Ebenen werden statt Organe der Selbstverwaltung Staatsbehörden mit überwiegend obrigkeitlicher Funktion, zwar mit Laienmitwirkung, aber ohne Zuordnung zu einer bestimmten gebietskörperschaftlichen Ebene.²⁶⁵ Überdies wirkt sich auf die Wahl der Provinziallandtage das Wahlsystem für die Kreistage aus: es zementiert die Übermacht des Landes, vor allem des Großgrundbesitzes, über die Städte.

Mit der Schaffung der aus Staats- und Ehrenbeamten zusammengesetzten Ausschüsse verbindet sich, *drittens*, das Postulat eines Ausbaus der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ihm dienen zunächst das gleich nach der Provinzialordnung erlassene Verwaltungsgerichtsgesetz vom 3.7.1875²⁶⁶ und das Zuständigkeitsgesetz vom 26.7.1876.²⁶⁷ Die

²⁶² Provinzialordnung vom 29.6.1875, PrGS S. 335, dazu nachstehend S. 667ff.

²⁶³ Das von Preuß nachstehend S. 687f. referierte Motiv – Kulturkampf im Rheinland und Westfalen, Nationalitätenproblem in Posen – ist kennzeichnend.

²⁶⁴ In der Kreisordnung zunächst noch als Bezirksrat bezeichnet; seit den Gesetzen von 1883 (dazu sogleich im Text) setzt sich allgemein die Bezeichnung als Bezirksausschuss durch. Präzise Darstellung der Behördenorganisation bei Hue de Grais (zit. Fn. 183), S. 82ff., 149ff. – wobei Preuß nicht zitiert oder erwähnt wird.

²⁶⁵ Insofern entsprach das Konzept bis zu einem gewissen Grad Gneists Selbstverwaltungstheorie, dazu Schefold, *Selbstverwaltungstheorien* (zit. Fn. 54), S. 97ff. Gneists Bereitschaft zur Beibehaltung der Bezirksinstanz (nachstehend S. 673) ist insoweit verständlich.

²⁶⁶ Gesetz, betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3.7.1875 (PrGS S. 375), dazu nachstehend S. 695ff. und zum Problemrahmen S. 691ff.

Darstellung gibt Preuß Gelegenheit, erstmals²⁶⁸ – und jetzt in eindeutiger Distanz zu Gneist – zur Durchsetzung des Prinzips des Rechtsstaats mittels gerichtlichen Schutzes Stellung zu nehmen. Preuß plädiert jetzt, wohl beeinflusst vom Konzept der Paulskirchenverfassung (§ 182) und der grundlegenden Schrift Otto Bährs,²⁶⁹ für eine umfassende Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auch in Verwaltungssachen. Er anerkennt die Ausbildungsproblematik und die Notwendigkeit besonderer Prozessvorschriften, gibt aber der Sachnähe des Rechtsschutzes zur Justiz den Vorzug. Demgegenüber muss er jedoch feststellen, dass das Gneist'sche Konzept schon bei Erlass der Kreisordnung die Oberhand gewonnen hat und jetzt zu einer dreiinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Kreisausschuss, Bezirksausschuss und Oberverwaltungsgericht führt, wobei in den unteren Instanzen streitige und nichtstreitige Verwaltungssachen, freilich nach unterschiedlichen Verfahrensvorschriften, zu entscheiden sind – mit einer überaus komplizierten Kasuistik als Folge.

Viertes Element der Neuordnung hätte eine 1876 eingebrachte neue Städteordnung mit zunächst streitigem, potentiell aber ganz Preußen umfassendem Anwendungsgebiet sein sollen. Aber die dadurch intendierten Verbesserungen stoßen im Herrenhaus auf solchen Widerstand, dass die Reform scheitert. So bleiben die mehrfach, schon im Buch über *Das Städtische Amtsrecht*, postulierte Verbesserung auch des Stadtverfassungsrechts und die Annäherung der Rechtslage in den verschiedenen Landesteilen unerfüllt.

Fünftes in Betracht kommendes Gesetzeswerk ist ein Gesetz über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung vom 26.7.1880, in Verbindung mit Anpassungsgesetzen zum Verwaltungsgerichtsgesetz vom 2.8.1880, zur Kreisordnung vom 19.3.1881 und zur Provinzialordnung vom 22.3.1881.²⁷⁰ Alle diese Vorschriften beseitigen jedoch die Rechtszersplitterung in Preußen nicht und bringen keine Abhilfe für die von Preuß festgestellten Mängel. Die darauf beruhende Komplizierung der Verwaltung erfordert weitere Maßnahmen.

Zu diesem Zweck ergehen, *sechstens*, das Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30.7.1883 und das Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1.8.1883.²⁷¹ Diese für die gesamte weitere Rechtsentwicklung in Preußen maßgeblichen Regelungen,²⁷² die nach und nach, meist mit neuen

²⁶⁷ Gesetz, betreffend die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichtsbehörden im Geltungsbereiche der Provinzialordnung vom 29.6.1875. Vom 26.7.1876 (PrGS S. 297).

²⁶⁸ Zum insofern noch wenig expliziten Vortrag in der Juristischen Gesellschaft vom 19.6.1897, nachstehend Nr. 24, vgl. oben IV 5.

²⁶⁹ Otto Bähr, *Der Rechtsstaat*, Kassel 1864. Darauf bezieht sich Preuß nachstehend S. 692f.

²⁷⁰ Gesetz zur Organisation der allgemeinen Landesverwaltung vom 26.7.1880 (PrGS S. 291), Anpassungsgesetz mit folgender Neubekanntmachung des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 2.8.1880 (PrGS S. 315, 327); Bekanntmachung betreffend die Redaktion der Kreisordnung vom 19.3.1881 (PrGS S. 155, 179), sowie der Provinzialordnung vom 22.3.1881 (PrGS S. 176, 234), vgl. nachstehend S. 699ff.

²⁷¹ PrGS S. 195, S. 237; dazu nachstehend S. 703ff.

²⁷² Vgl. die Kommentierung durch Max von Brauchitsch, *Preußische Verwaltungsgesetze*, erstmals in 2 Bden. Berlin 1876/81, dann in zahlreichen Neuauflagen und Neubearbeitungen mehrerer Mitarbeiter;

Provinzial- und Kreisordnungen, auch im übrigen Staatsgebiet eingeführt werden, enthalten jedoch in der Sache wenig Neues. Sie legen auf der Ebene des Regierungsbezirks Bezirksrat und Verwaltungsgericht zum Bezirksausschuss, jetzt mit drei hauptamtlichen und vier vom Provinzialausschuss gewählten ehrenamtlichen Mitgliedern zusammen, jedoch ohne eine Generalklausel für die Anfechtung von Verwaltungsakten vorzusehen, und unter Beibehaltung der Unterscheidung von nichtstreitigen und streitigen Verwaltungssachen, so dass für beides sowie für die Abgrenzung der erstinstanzlichen Zuständigkeit auf den verschiedenen Ebenen jeweils umfangreiche Kasuistiken nötig sind. Da der Regierungspräsident dem Bezirksausschuss vorsitzt, ist dessen Einfluss stark, die Unabhängigkeit von der aktiven Verwaltung prekär.

Letzter Reformschritt war, *siebtens*, die Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen vom 3.7.1891,²⁷³ die auch insofern endlich einen rechtlichen Rahmen setzte. Auch dessen Bedeutung bleibt freilich begrenzt; namentlich die Gutsbezirke bleiben vor der Einbeziehung in ländliche Gemeinden geschützt, die Bildung von Samtgemeinden wird praktisch nahezu verunmöglicht, die Kontrolle des von Landrat und Großgrundbesitzern beherrschten Kreisausschusses beibehalten. Der Weg zu einer Angleichung ländlicher und städtischer Kommunalstrukturen und zu einer einheitlichen Grundstufe lokaler Verwaltung wird daher kaum beschritten.

4. Preuß' eigenes Konzept

Schon die Schilderung der Reformgesetzgebung, vor allem nach der zunächst gegebenen Darstellung der theoretischen Grundlagen, macht Preuß' eigene Postulate deutlich, allerdings vor allem mit kritischer Stoßrichtung. Als Angelpunkt der Kontroversen hat sich die von der Regierung erzwungene Fortexistenz von Regierungsbezirken ohne die Qualität von Selbstverwaltungskörperschaften erwiesen. Sie führt zur „direkten Staats-tätigkeit in der örtlichen Verwaltung“, zur „Vielregiererei des eudämonistischen Polizeistaates“.²⁷⁴ Statt dessen wäre die Ersetzung der staatlichen Behörden durch eine leistungsfähige Selbstverwaltung auf den Ebenen von Gemeinde, Kreis und Provinz jeweils unter eigener Verantwortung nötig, unter Beibehaltung eines begrenzten Aufsichtsrechts der Staatsregierung. Solange dagegen die bisherige bürokratische Struktur fortbesteht, sind die dafür charakteristischen Genehmigungs- und Kontrollmechanismen unvermeidlich.

Auch aus Staatsbeamten und Ehrenbeamten zusammengesetzte Ausschüsse können, entgegen Gneists Konzeption, keine Selbstverwaltung bewirken. Die Ehrenbeamten, vor allem wenn sie auf Provinzialebene für den Regierungsbezirk gewählt werden, sind niemandem verantwortlich. Dagegen sind die Staatsbeamten in den Ausschüssen – schon beamtete Amtsvorsteher, aber vor allem Landräte, Regierungspräsidenten, Oberpräsi-

wichtig etwa die Neuedition von Bd. 1 durch Konrad von Studt/Otto von Braunbehrens/Stefan Genzmer, 22. Aufl. Berlin 1918.

²⁷³ PrGS S. 233, vgl. nachstehend S. 709f.

²⁷⁴ Beide Zitate nachstehend S. 711f.

dentent und ihre in den Ausschüssen mitarbeitenden Untergebenen – fest in die staatliche Ämterhierarchie eingebunden. Als hauptamtlich fungierende Ausschussmitglieder dominieren sie die Ausschüsse, lassen die Ehrenbeamten darin als Fassade erscheinen und gewährleisten daher eine Tendenz zu mehr statt zu weniger staatlicher Kontrolle.

Preuß exemplifiziert dies zunächst an Erlass und Kontrolle von Polizeiverordnungen. Entgegen der Tendenz, diese als vom Staat delegierte hoheitliche Regelungen zu verstehen, betrachtet er sie als Kommunalstatute, also Satzungen. Sie machen einen wesentlichen Teil kommunaler Rechtsetzung aus, die keinesfalls nur auf einen (wie immer umschriebenen) wirtschaftlichen Bereich beschränkt werden kann; denn ohne die Möglichkeit, polizeiliche Vorschriften zu erlassen, bleibt die kommunale Verwaltung ein Torso und abhängig von der staatlichen Regelung der Verordnungsmaterien.

In ähnlicher Weise ist für das Schulwesen zu argumentieren. Eine Trennung äußerer und innerer Schulangelegenheiten, wie sie Preuß schon im Buch über *Das städtische Amtsrecht* abgelehnt, inzwischen aber die Gesetzgebung weiter verfestigt hatte,²⁷⁵ ist sachlich nicht zu rechtfertigen und kann nur durch willkürliche Grenzziehung erfolgen. Schule gehört insgesamt zur örtlichen Verwaltung. Praktisch argumentiert Preuß hier vor allem mit dem Eigeninteresse der Städte, deren Bürgertum an guten Schulen interessiert ist und dafür die Gewähr bietet. Auf dem Land freilich ist die Zuständigkeit kleinster Gemeinden für das Schulwesen unpraktikabel. Folgerichtig müsste Preuß daher zugunsten einer Zuständigkeit der Landkreise plädieren. Praktisch aber zeigt sich, dass diese an einer guten Schulbildung weniger Interesse haben als an der Kinderarbeit in der Landwirtschaft. Hier rächt sich die schon zuvor kritisierte Entscheidungsstruktur, die den Gutsbesitzern, vor allem in Zusammenwirken mit dem Landrat, die Schlüsselstellung sichert: So konstituierte Kreise sind keine sinnvollen Träger von Selbstverwaltung, und es erscheint typisch, dass nur und gerade hier konservative Kräfte eine Dezentralisierung auf die Landkreise befürworten.

Damit wird die Kreisstruktur zu einem Schlüsselproblem. Erneut betont Preuß, dass der Landrat, seinerseits von dienstlichen Weisungsstrukturen der Hierarchie der Staatsverwaltung abhängig, zwar die beamteten Amtsvorsteher und damit im Wesentlichen die Landgemeinden beherrscht, aber mit den kreisangehörigen Städten im Dauerkonflikt liegt. Daher ist er auf die Zusammenarbeit mit den Gutsbesitzern angewiesen. Mit ihnen zusammen aber beherrscht er den Kreis. Über die Provinziallandtage nimmt der Einfluss der Landräte weiter zu. So zeigt sich, dass die Kreisreform von 1872 an den tatsächlichen Machtstrukturen wenig geändert, die Vorherrschaft des Großgrundbesitzes nicht gebrochen, sondern bestätigt hat.

Örtlich gefährdet ist dieses Herrschaftssystem allerdings, wenn die Verstädterung den Charakter des wertvollen Grundeigentums und damit die Zusammensetzung des ersten

²⁷⁵ Vgl. zum Stand von 1901 *Das städtische Amtsrecht* (zit. Fn. 2), S. 235ff. und dazu oben V 4 mit Fn. 190; inzwischen war namentlich das Volksschulkostengesetz vom 28.7.1906 (PrGS S. 335) hinzugekommen.

Kreisstandes verändert, weil von auswärts kommende wohlhabende Einwohner wertvolle Wohn- oder Gewerbegebäude errichten. Dann entsteht ein Konflikt zwischen einer altständischen und einer kapitalistischen Struktur. Preuß registriert nun, dass die Gesetzgebung darauf eher mit dem Versuch eines Schutzes der altständischen Kräfte durch veränderte Berücksichtigung der Besteuerungsgrundlagen reagiert. Zugleich werden auch verstärkte Landgemeinden – Preuß nennt solche mit über vierzigtausend Einwohnern – zum Verbleib im Landkreis gezwungen. Sie können zwar im Kreistag wenig Einfluss gewinnen und hängen ganz vom Wohlwollen des Landrats ab, tragen aber entscheidend zur Finanzierung des Kreises bei. In all dem sieht Preuß Defizite der gebietskörperschaftlichen Struktur der Kreise. Sollen diese sich selbst verwalten, müssen sie vor allem modernisiert, das heißt zu stärker egalitären Willensbildungsformen entwickelt werden. Aber dahin gehende Tendenzen haben kaum Aussichten – ebenso wie von einer Wiederaufnahme der 1876 angestrebten Reform der Städteordnung und von einer Verbesserung des Rechtsschutzes, vor allem durch ordentliche Gerichte, kaum mehr die Rede ist.

So ordnet sich das eigene Konzept, das einfach und folgerichtig wäre und deshalb nur kurz erwähnt wird, in eine scharfe Kritik der Verwaltungsentwicklung ein. Preuß hält am eigenen Konzept fest, untermauert es jetzt jedoch, ganz anders als in den frühen Schriften, auch und besonders durch eine Aufnahme der Fakten wirtschaftlicher, industrieller und sozialer Entwicklung im Preußen des frühen 20. Jahrhunderts.²⁷⁶ Aber von der Hoffnung, dass der bestehende Staat mit seinem Apparat sich allmählich und friedlich wandeln könne, ist kaum mehr etwas zu spüren. Hatte die Stein'sche Reform 1808 „dem absoluten Obrigkeitsstaat gegenüber eine wahre Revolution“ bedeutet, dank „außerordentlichen Verhältnissen [...], wie sie vor hundert Jahren durch die gewaltige Katastrophe des alten Staates als Folgeerscheinung der großen Revolution geschaffen worden, und wie sie gegenwärtig weder von innen noch von außen, weder von unten noch von oben in Betracht zu ziehen sind“,²⁷⁷

so blieb vor der neuen „gewaltigen Katastrophe“, die 1910 schwerlich vorhergesehen werden konnte, nur die Analyse der Zustände und Abwarten.

5. Die bleibende Aktualität des Themas

Dass Preuß dabei das Reformziel nicht aus den Augen verlor, wird an mehreren Schriften aus den Jahren 1912 bis 1917 deutlich. Die jüngste, eine temperamentvolle Entgegnung auf einen Verwaltungspraktiker, der aus Ersparnisgründen im Krieg für eine Aufgabenbeschränkung der Oberpräsidenten plädiert hatte, ohne die Regierungsbezirke abschaffen zu wollen,²⁷⁸ gab nochmals Gelegenheit, das 1910 entwickelte Konzept kurz

²⁷⁶ Zur insofern besonders, vor allem für Berlin, wichtigen Eingemeindungspolitik Lehnert (zit. Fn. 3), S. 196ff., 212ff.

²⁷⁷ So in *Verwaltungsreform und Politik. Eine Säkularbetrachtung* (1908), nachstehend Nr. 29, das Zitat S. 587.

²⁷⁸ Ernst Holtz, *Zur Verwaltungsreform in Preußen*, *Verwaltungsarchiv* 25, 1917, S. 337–359.

zusammenzufassen,²⁷⁹ und belegt dadurch die Kontinuität der Argumentation, als Brücke zwischen der Beschäftigung mit der Verwaltungsreform und der Arbeit an der Weimarer Verfassung, speziell mit ihren Auswirkungen auf Preußen und auf die Problematik einer Neugliederung des Reichs in Länder neuen Typs.²⁸⁰

Davor liegen einige weitere Schriften. Nicht Preuß zuzurechnen und daher im Folgenden nicht abgedruckt ist freilich ein anonym in der Zeitschrift *Die Grenzboten* veröffentlichter Artikel über *Die Reform der inneren Verwaltung*;²⁸¹ denn die inhaltlichen Aussagen des Aufsatzes weichen in vielem von Preuß' Ideen, wie sie auch in dem soeben referierten Aufsatz von 1917 aufrecht erhalten werden, ab.²⁸² Besonderes Interesse verdienen jedoch Preuß' Aufsätze über Verwaltungsreform und Staatsreform in Preußen und Österreich sowie der kurz danach veröffentlichte über *Verwaltung*,²⁸³ denn es handelt sich um zwei der ganz wenigen Äußerungen zum außerpreußischen Staatsrecht, dessen Besonderheiten Preuß im Übrigen wenig interessierten.

Im erstgenannten Aufsatz erweist er sich allerdings als Kenner der spezifischen österreichischen Genese der kommunalen Selbstverwaltung. In der Auseinandersetzung mit einer Schrift von Carl Brockhausen²⁸⁴ muss er konstatieren, dass Österreichern ihre

²⁷⁹ Nachstehend Nr. 34; vorangegangen waren die damit zusammenhängenden in Bd. 1 Nr. 31 und 36 dieser Edition abgedruckten Schriften.

²⁸⁰ Dazu Mauersberg (zit. Fn. 245) und die weiteren Nachweise in Fn. 245. – Zur eigentlichen Verwaltungsreform hat Preuß 1924/25 nochmals kurz Stellung genommen, dazu Bd. 4, Nr. 57, 63 dieser Edition, und Bd. 5.

²⁸¹ (Ohne Verfasserangabe): *Die Reform der inneren Verwaltung*, in: *Die Grenzboten* Nr. 48 (1913), S. 305–316 und Nr. 50 (1913), S. 492–501. In der *Bibliographie der deutschen Zeitschriften-Literatur*, hrsg. F. Dietrich, Bd. XXXII (1913 [Juni-Dezember]) wird der ohne Verfasserangabe veröffentlichte Aufsatz im Verfasserregister unter dem Stichwort *Verwaltung* einem Autor „H. Preuß“ zugeschrieben, in gleicher Weise wie unter dem Stichwort *Stadt* der Aufsatz von Hugo Preuß *Verwaltungsorganisation größter Städte* (in dieser Edition Bd. 5).

²⁸² So wird, entgegen der justizstaatlichen Tendenz in Preuß' Denkschrift, eine einseitig juristische Sicht der Verwaltung abgelehnt. Es wird eingehend zur Arbeitsweise der verschiedenen Behördenstufen, zu daraus abzuleitenden Organisationsproblemen und den dadurch bedingten Qualifikationsanforderungen an Beamte Stellung genommen – Fragen, zu denen sich bei Preuß kaum Aussagen finden. Umgekehrt fehlen dessen Grundthesen zur Bedeutung und Eigenverantwortung gebietskörperschaftlicher Selbstverwaltung. Im Gegenteil wird für kreisfreie Städte die staatliche Trägerschaft der Polizei unter dem Bürgermeister, der zugleich Organ der Selbstverwaltung und staatlicher Beamter sein soll, befürwortet – in direktem Widerspruch zu dem von Preuß seit dem Buch über *Das städtische Amtsrecht* kontinuierlich vertretenen Postulat kommunaler Eigenverantwortung. Die Kritik an den nicht gebietskörperschaftlichen Regierungsbezirken fällt fast völlig weg. Die Betonung von Provinz und Oberpräsident wird nicht mit deren Stellung als Selbstverwaltungsträger, sondern mit einer zweckmäßigen Verwaltungshierarchie begründet. Die Ausführungen zur Personalverwaltung und zur Verwaltungsausbildung heben diese von der Justizausbildung ab, deuten aber auf einen Verwaltungspraktiker als Verfasser und finden in Preuß' Schriften keine Parallele. Der Aufsatz kann daher nicht Preuß zugeschrieben werden.

²⁸³ Nachstehend Nr. 32, 33.

²⁸⁴ *Österreichische Verwaltungsreformen*, Wien und Leipzig 1911. Über Carl Brockhausen (1859–1951) vgl. Ernst C. Hellbling, *NDB* Bd. 2, Berlin 1955, S. 627f.; zum von Preuß ebenfalls erwähnten Anton Ritter von Schmerling (1805–1893), der das österreichische Reichsgemeindegesezt von 1862 beeinflusst hat, vgl. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 2, 3. Aufl. Stuttgart 1980, S. 455 mit Fn. 16, sowie Helmut Rumpler, *NDB* Bd. 23, Berlin 2007, S. 132–134.

kommunale Selbstverwaltung allzu stark entwickelt, die Rolle des Staates zu schwach und deshalb die Einfügung einer zusätzlichen, etwa den Preußischen Regierungsbezirken entsprechenden staatlichen Verwaltungsstufe wünschbar erscheint. Preuß weist sofort auf die enorme politische Relevanz eines solchen Vorschlags hin und warnt, im Anschluss an seine Arbeiten zur Preußischen Verwaltungsreform, vor den daraus resultierenden Komplizierungen und vor dem Hineinregieren des Staates, das angesichts der hierarchischen Verantwortlichkeitsstrukturen staatlicher Behörden nur durch Selbstverwaltung vermieden werden kann. Allerdings muss er Brockhausens Kritik an der österreichischen Selbstverwaltung zur Kenntnis nehmen. Im Gegensatz zu ihm lokalisiert er die Mängel in den allzu kleinen Dimensionen der Ortsgemeinden, dem Fehlen – ähnlich wie in Preußen – einer nach modernen Gesichtspunkten entwickelten zweiten Selbstverwaltungsebene und dem gegenüber der Preußischen Einwohnergemeinde rückständigen Heimatprinzip, während er Bevölkerungswachstum und Verstädterung gerade als Grund für die Stärkung lokaler Selbstverwaltung anführt, auch eine staatliche Mitfinanzierung kommunaler Aufgaben nach englischem Vorbild befürwortet. Brockhausens Schrift gibt allerdings Hinweise, dass diese Therapieschritte auch außerhalb Preußens nicht unumstritten sind.

Im zweiten der Aufsätze, für ein Jahrbuch zur Kulturentwicklung mit fachübergreifender Fragestellung, verbindet Preuß die Ausführungen zu Österreich mit einer allgemeineren Betrachtung zur gemeinsamen, auf das Landesfürstentum zurückgehenden Entwicklung. Er stellt der daraus resultierenden, durch die Einführung von Selbstverwaltung nur fragmentarisch korrigierten Entwicklung des Obrigkeitsstaats die beiden auf dem Gemeinwillen beruhenden, wenn auch unter sich verschiedenen Staatsmodelle Frankreichs und Englands gegenüber; hierbei wird auch Otto Hintze ausdrücklich zitiert.²⁸⁵ Schon im Jahr vor dem Ausbruch des Ersten Weltkriegs ist daher, durchaus unter Bezeichnung Österreichs als „Brudervolk“, der Gegensatz angedeutet, der in *Das deutsche Volk und die Politik*²⁸⁶ entwickelt wird und später als Grundlage der erst aus dem Nachlass, nicht zufällig von Hedwig Hintze, herausgegebenen *Verfassungspolitische[n] Entwicklungen in Deutschland und in Westeuropa*²⁸⁷ gelten kann.

VII. Schlussbemerkung

Mit der soeben angesprochenen Kontinuität der wissenschaftlichen Positionen ist ein Gesichtspunkt genannt, der für das Verständnis der hier gesammelten Schriften und ihren Zusammenhang mit den in dieser Einleitung ebenfalls behandelten Büchern zentral

²⁸⁵ Nachstehend S. 756f.; für einen hier denkbaren Einfluss Hedwig Hintzes scheint es keine Belege zu geben, vgl. Steffen Kaudelka, *Hedwig Hintze und Hugo Preuß*, in: Chr. Müller (Hrsg.), *Gemeinde, Stadt, Staat* (zit. Fn. 16), S. 101 (102).

²⁸⁶ Bd. 1 Nr. 28, dazu Albertin, Einleitung, S. 49ff.; aber auch die perfide Besprechung durch Gustav Schmoller, *Obrigkeitsstaat und Volksstaat, ein missverständlicher Gegensatz*, *SchmollersJb* Bd. 40/2, 1916, S. 423ff.; dazu Dian Schefold, *Rassistische Rechtswissenschaft, Kritische Justiz* 1993, S. 249ff.

²⁸⁷ Berlin 1927 (zit. Fn. 2); dazu Näheres in der Einleitung zu Bd. 3 dieser Edition.

ist. Vergegenwärtigen wir uns nochmals die Grundgedanken der Habilitationsschrift: die Diffusität des Staatsbegriffs angesichts der Entstehung des Bundesstaats, das Konzept einer Gebietskörperschaft als Gesamtperson auf mehreren Ebenen, von der Gemeinde bis zur Weltgemeinschaft, den Verzicht auf den Souveränitätsbegriff als Qualifikationsmerkmal des Staates, die Betonung einer eigenständigen kommunalen Ebene, die Anerkennung des Völkerrechts als Weltordnung, die Herausbildung des Rechts aus der Gesellschaft bei gegenseitiger Bedingung von Staat und Recht, die bloße Organstellung der Herrschenden und Amtsträger. Alle diese Konzepte werden in den folgenden Jahrzehnten kontinuierlich entwickelt.

Dabei verschieben sich bei Preuß die Schwerpunkte in der Entwicklung und werden daher in mehreren Phasen unterschiedliche Aspekte der Lehre herausgebildet, etwa die Theorie der Organpersönlichkeit um 1900 und das Mehrebenensystem der Selbstverwaltung um 1910. Aber die Grundgedanken wirken fort, und sie bilden die Basis des folgenden Wirkens, vor allem bei der Erarbeitung der Weimarer Verfassung, die für den vorliegenden Band außer Betracht bleiben muss. Schon hier ist jedoch festzustellen, dass die Weimarer Verfassung, trotz allen zusätzlichen Einflussfaktoren, als die Kristallisation seit der zweiten Hälfte der achtziger Jahre entwickelter Gedanken von Hugo Preuß gelten kann.

Allerdings entwickeln sich dessen Gedanken, auch neben der erwähnten Verlagerung der Schwerpunkte. So fällt auf, dass der Kampf gegen die Souveränitätslehre, für die Argumentation der Habilitationsschrift zentral, in den folgenden Schriften zurücktritt. Vor allem in der Krabbe-Rezension und im Beitrag zur Laband-Festschrift²⁸⁸ lässt Preuß jedoch erkennen, dass er an seinen ursprünglichen Gedanken festhält und die Souveränität einer organisatorischen Ebene angesichts der Eigenständigkeit der Aufgabenerfüllung auf jeder Ebene nach wie vor ablehnt. Nur, wer entscheidet über die Zuständigkeiten der einzelnen Ebenen? Gerade die Auseinandersetzungen mit positiven Verfassungsrechtsfragen des Kaiserreichs, etwa der Finanzhoheit des Reichs, zwingen zur Anerkennung einer Art von Kompetenzkompetenz des Zentralstaats, auch wenn diese durch Völkerrecht, ausschließliche Gliedstaatenkompetenzen und Selbstverwaltungsrechte begrenzt ist. Aber die Zuständigkeit des Zentralstaats zur Zuständigkeitsverteilung und die Funktion seiner Verfassung zu deren Regelung lässt sich auch auf Preuß zurückführen – und damit die von Gerhard Anschütz²⁸⁹ gelobte Zentralisierungstendenz der Weimarer Verfassung.

²⁸⁸ Nachstehend Nr. 9 und 10 dazu in dieser Einleitung oben V 8, 9. Eine wie tiefe Kluft zu Gierke daraus entstand, wird aus Gierkes später Schrift *Der germanische Staatsgedanke*, Berlin 1919, S. 3ff., deutlich und wurde anlässlich Gierkes 80. Geburtstag von James Goldschmidt, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1921, Sp. 710f., der, offenbar mit Zielrichtung Preuß, nach Gierke den genossenschaftlichen Rechtsgedanken als Schwäche des germanischen Staates denunzierte, ausgesprochen; vgl. auch Malowitz (zit. Fn. 6), S. 146ff.

²⁸⁹ Gerhard Anschütz, *Aus meinem Leben* (zit. Fn. 24), S. 121, zu Hugo Preuß als seinem Berliner Fakultätsgenossen 1908–1916: „Die Ziele, denen er zustrebte, lassen sich, wenn man kurz sein will mit den Schlagworten Unitarismus, Demokratie, parlamentarische Regierung bezeichnen. Sein Ideal war der

Auch die Bewertung der einzelnen Ebenen von Gebietskörperschaften wandelt sich. Setzt die Habilitationsschrift noch Gemeinde, Kreis, Provinz, Staat und Reich grundsätzlich als Gebietskörperschaften gleich, so wird, gestützt auf eine präzisere Analyse des positiven Rechts, seiner sozialen Grundlagen und Wirkungen, die Betrachtung vor allem der Kreis-, aber auch der Provinzialverfassung in den Schriften zur Verwaltungsreform kritischer und tritt die negative Bewertung des die staatliche Verwaltung dekonzentrierenden Regierungsbezirks in den Vordergrund. Die Kritik am Fortwirken feudalistischer Strukturen im Verfassungsstaat, parallel zur politischen Kritik am Junkertum und damit verbunden, zielt immer deutlicher auf das Machtzentrum Preußischer Staatlichkeit, den Obrigkeitsstaat. In der Vorkriegszeit trifft sie auf eine kaum zu erschütternde Machtstruktur und klingt teilweise resignativ. Aber der Argumentationshaushalt für eine direkte Kritik am Obrigkeitsstaat, wie sie im Weltkrieg laut wird,²⁹⁰ steht bereit.

Trotz diesen Entwicklungen und Akzentverschiebungen rechtfertigt die Kontinuität der Hauptthesen, von einem eigenen methodischen Zugang zur Staatsrechtslehre zu sprechen. Dieser folgt über weite Strecken und bewusst den von Otto von Gierke gelegten Grundlagen,²⁹¹ setzt somit dessen Einwände und Gegenposition zu Labands Staatsrecht fort und konkretisiert sie, vor allem in den Beiträgen der Periode nach 1900. Insofern kann man vor dem Methoden- und Richtungsstreit, der als für die Weimarer Zeit charakteristisch betrachtet wird, von einem vorangehenden ersten Methoden- und Richtungsstreit sprechen, der, durch Gierke 1883 eingeleitet, in Preuß' Beiträgen zur Laband- und zur Gierke-Festschrift 1908–1910 dokumentiert ist. Unmittelbar danach, ab 1911, bahnt sich allerdings der neue, mit dem bisherigen kaum verbundene Methoden- und Richtungsstreit an, der die Weimarer Diskussion bestimmen wird.

Das führt zur paradoxen Feststellung, dass der Weimarer Methoden- und Richtungsstreit im Rahmen einer Verfassung ausgetragen wurde, die das Ergebnis eines vorangegangenen Methoden- und Richtungsstreits war, den manche 1918/19 schon als obsolet betrachten mochten. Die Erkenntnis dieses Widerspruchs mag – neben Preuß' frühem Tod – zur Erklärung beitragen, weshalb die eigene Interpretation „seines“ Verfassungswerks so rasch und weitgehend von andern überlagert wurde.

Kehrseite dieser staatstheoretisch-methodischen Festlegung ist der Wandel im Verhältnis zur Sozialdemokratie und zum theoretischen Sozialismus. Steht bei Preuß in den

deutsche Einheitsstaat, getragen von dem Willen der Nation, geleitet von einer auf das Vertrauen der Volksvertretung, des Reichstags sich stützenden Regierung. Über diese verfassungspolitischen Ideen war ich mit ihm schon damals vielfach einig.“ – Dass diese Bewertung nur eine Seite der Medaille nachzeichnet und die Gesichtspunkte des Mehrebenenstaats unterschlägt, ergibt sich aus dem Gesagten. Dennoch ist sie angesichts der Verbundenheit von Preuß und Anschütz (dazu auch nachstehend Nr. 28 und dazu in dieser Einleitung oben V 5) von Bedeutung.

²⁹⁰ Dazu *Das deutsche Volk und die Politik* (1915), in Bd. 1, Nr. 28 dieser Edition und dazu einleitend Albertin, S. 46, 49f.

²⁹¹ Gierke, *Labands Staatsrecht* (zit. Fn. 81) und dann, nach 1900, neben Gierke, *Das Wesen menschlicher Verbände* (zit. Fn. 46), die nachfolgend Nr. 4–6 wiedergegebenen Schriften. Wichtig auch Otto von Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts* (zit. Fn. 36). Zum damit begründeten „ersten“ Methoden- und Richtungsstreit auch die Nachweise oben Fn. 81 und 205.

frühen Schriften noch die Bedingung im Vordergrund, dass sich die Sozialdemokratie auf den Parlamentarismus einzulassen habe, wird dieser in der Arbeit der Berliner Stadtverordnetenversammlung praktische Realität und das gemeinsame Wirken mit den sozialfortschrittlichen Kräften zur Bewältigung der Probleme der modernen Großstadt vorrangig.²⁹² Das hindert nicht fortdauernde Kritik an sozialistischen Utopien einer rein sachbezogenen Verwaltung;²⁹³ aber es öffnet den Weg zur praktischen Kooperation und Koalition auch auf Reichsebene.

Parallel dazu werden die Aussagen zum Verhältnis von Staat und Recht konkreter. Bedeutete Genese des Rechts aus einer sich zur Gebietskörperschaft entwickelnden Gesamtperson in der Habilitationsschrift noch eine Reverenz vor historischer Rechtsbegründung, tritt in den Schriften seit etwa 1900 immer stärker der Gemeinwille als Grundlage des Rechts in den Vordergrund. Gewiss bleiben die schon früh geäußerten Vorbehalte gegen eine vernunftrechtliche, gesellschaftsvertragliche Rechtsbegründung. Aber dass die einmal existierende Gebietskörperschaft ihren Gemeinwillen als Volkswillen artikuliert, wird immer deutlicher als Legitimationserfordernis der Herrschaft verstanden. Der Volksstaat wendet sich gegen den Obrigkeitsstaat.²⁹⁴

So bewährt sich in der Entwicklung auch der staatsrechtlichen und staatstheoretischen Gedanken von Hugo Preuß eine Parallele zur politischen Entwicklung. Mag diese, wie in der Einleitung zu Bd. 1 dieser Edition ausgeführt, auch von kritischen Politikanalysen und von Kontroversen um die Regierungsfähigkeit der Liberalen geprägt worden sein: die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Argumentation führt zu entsprechenden Ergebnissen; Recht und Politik begründen die gleichen Handlungen. Aber als rechtliche Argumentation legitimiert sie die heutige Demokratie.

²⁹² Vgl. die Entwicklung von *Die Sozialdemokratie und der Parlamentarismus* (1891, Bd. 1 Nr. 11 dieser Edition) über die Argumentation in *Das städtische Amtsrecht in Preußen*, vor allem die von Hans Delbrück in seiner „Nachschrift“ zutreffend herausgearbeitete Position, das gouvernementale Bestätigungsrecht gegenüber Kommunalbeamten nicht zur Niederhaltung der Sozialdemokratie zu nutzen (dazu nachstehend Nr. 25 S. 553f.), und die von Siegfried Graßmann (zit. Fn. 1), S. 9ff. geschilderte Zusammenarbeit mit der Sozialdemokratie in der Berliner Stadtverordnetenversammlung bis zur Vorbereitung der Weimarer Verfassung; dazu eingehend Lehnert (zit. Fn. 3), S. 232ff.; auch Schefold, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (zit. Fn. 80), S. 429 (445f.).

²⁹³ Dazu die Menger-Rezension, nachstehend Nr. 8, und in dieser Einleitung oben V 6.

²⁹⁴ So ausdrücklich, nach zahlreichen früheren, weniger schroffen Aussagen ähnlicher Richtung, in: *Verwaltungsreform und Staatsreform in Preußen und Österreich* (1912), nachstehend Nr. 32, S. 749.