

ALEXANDER JANSEN

Grundrechte als Produkt der Staatsrechtswissenschaft?

*Beiträge zur Rechtsgeschichte
des 20. Jahrhunderts*

Mohr Siebeck

Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Hans-Peter Haferkamp, Joachim Rückert,
Christoph Schönberger und Jan Thiessen

127



Alexander Jansen

Grundrechte als Produkt der Staatsrechtswissenschaft?

Eine Untersuchung zum Einfluss von Rudolf Smend,
Carl Schmitt und Richard Thoma auf die Entstehung
der Grundrechte im Parlamentarischen Rat

Mohr Siebeck

Alexander Jansen, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bonn; 2020 Erste Juristische Prüfung; derzeit wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte der Universität Bonn und Rechtsreferendar am Landgericht Bonn.

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen Bundestages, Berlin

ISBN 978-3-16-163845-9 / eISBN 978-3-16-163846-6

DOI 10.1628/978-3-16-163846-6

ISSN 0934-0955 / eISSN 2569-3875 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Für Ruth, Otto, Christina und Elena

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn am Jahresende 2023 als Dissertation vorgelegt.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Mathias Schmoeckel. Ihm danke ich vor allem für die Ausbildung, die er mir über viele Jahre als studentische Hilfskraft und als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte gewährt hat.

Herrn Prof. Dr. Christian Hillgruber danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Den Professoren Haferkamp, Rückert, Schönberger und Thiessen danke ich für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe, Frau Taudt für die Aufnahme in das Verlagsprogramm.

Ohne die Unterstützung verschiedener Archive hätte diese Arbeit nicht geschrieben werden können. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesarchivs in Koblenz und Berlin-Lichterfelde, des Parlamentsarchivs des Deutschen Bundestages, des Archivs des Liberalismus der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit und des Archivs der Universität Bonn ermöglichten mir den Zugang zu wichtigen Quellen zur Entstehung unserer Verfassung.

Der Deutsche Bundestag hat das Erscheinen dieser Arbeit durch einen Druckkostenzuschuss gefördert. Für diese großzügige Unterstützung bin ich sehr dankbar.

Meinen Kolleginnen und Kollegen am Bonner Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte bin ich zu großem Dank verpflichtet. Sie haben mich in vielen Gesprächen unterstützt und für eine freundschaftliche und intellektuell bereichernde Atmosphäre gesorgt, darunter vor allem Dr. Malte Becker, Helena Falke, Christian Geitmann, Matthias B. Haase, Dr. Alexander Kustermann, Jan Philip Schopen und Tim Vieten.

Meine Patin, Dr. Edith Hanke, hat mir nicht nur wichtige Einsichten in das Denken Max Webers vermittelt. Sie hat mich schon in jungen Jahren für die Wissenschaft begeistert. Außerdem half sie bei der Korrektur der Druckfahnen. Meine Eltern Ruth und Otto, meine Schwester Christina und meine Großeltern Elisabeth Charlotte und Robert Hanke sowie Franziska Jansen haben mich in vielfältiger Weise unterstützt. Dafür bin ich ihnen allen unendlich dankbar!

Ohne den Beistand von Dr. Elena Nöcker wäre weder die erste noch die letzte Zeile dieses Buches geschrieben worden.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
<i>A. Hinführung</i>	1
<i>B. Untersuchungsgegenstand</i>	3
<i>C. Fragestellung</i>	10
<i>D. Thesen</i>	11
<i>E. Forschungsstand</i>	11
<i>F. Gang der Untersuchung</i>	17
<i>G. Methodenfragen: Wissenschafts- und Dogmengeschichte</i>	18
Kapitel 1: Integration durch Grundrechte (Rudolf Smend)	21
<i>A. Vorbemerkung: Die Integrationslehre als Grundlage der Grundrechtskonzeption?</i>	21
<i>B. Wissenschaftliche Kurzbiographie</i>	22
<i>C. Die Integrationslehre als Ausgangspunkt der Grundrechtslehre</i>	34
<i>D. Die Integrationslehre im Parlamentarischen Rat</i>	45
<i>E. Fazit: Wider die integrative Grundrechtstheorie</i>	58
Kapitel 2: Dezision und Grundrechte (Carl Schmitt)	61
<i>A. Vorbemerkung: Der Mythos Carl Schmitt</i>	61
<i>B. Wissenschaftliche Kurzbiographie</i>	63
<i>C. Die Grundrechtslehre Carl Schmitts im Parlamentarischen Rat</i>	69
<i>D. Fazit: Der, dessen Name nicht genannt werden darf</i>	110

Kapitel 3: Rechtsstaat und Grundrechte (Richard Thoma)	113
<i>A. Vorbemerkung: Thoma als Transporteur liberaler Grundrechtslehren?</i>	113
<i>B. Wissenschaftliche Kurzbiographie</i>	115
<i>C. Grundrechtstheorie: Grundrechte als individuelle Abwehrrechte</i>	128
<i>D. Rolle im Parlamentarischen Rat</i>	138
<i>E. Die Vorbehaltslehre Thomas im Parlamentarischen Rat</i>	143
<i>F. Fazit: Lösungsdivergenz trotz Systemkonvergenz</i>	159
Schluss	161
<i>A. Kenner der Grundrechtslehren</i>	161
<i>B. Grundrechte ohne Staatsrechtswissenschaft</i>	162
<i>C. Grundrechte als Vergangenheitsbewältigung</i>	162
<i>D. Verwaiste Verfassungsväter</i>	163
Quellen- und Literaturverzeichnis	165
<i>A. Quellenverzeichnis</i>	165
<i>B. Literaturverzeichnis</i>	169
Personenregister	191
Sachregister	193

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
<i>A. Hinführung</i>	1
<i>B. Untersuchungsgegenstand</i>	3
I. Staatsrechtswissenschaft	3
1. Der Begriff der Staatsrechtswissenschaft	3
2. Keine Abgrenzung von der Allgemeinen Staatslehre und der Verfassungsgeschichte	4
3. Abgrenzung von der Politik, Philosophie und Theologie	5
II. Auswahl der Grundgesetzbestimmungen	6
III. Auswahl der Staatsrechtslehrer	6
IV. Zeitliche Grenzen: Von Smends Lehrbuch bis zu v. Mangoldts Kommentar	8
<i>C. Fragestellung</i>	10
<i>D. Thesen</i>	11
<i>E. Forschungsstand</i>	11
I. Quellen und Quellenkritik	11
II. Literatur	13
III. Das Problem der Schulenburg	15
<i>F. Gang der Untersuchung</i>	17
<i>G. Methodenfragen: Wissenschafts- und Dogmengeschichte</i>	18
Kapitel 1: Integration durch Grundrechte (Rudolf Smend)	21
<i>A. Vorbemerkung: Die Integrationslehre als Grundlage der Grundrechtskonzeption?</i>	21
<i>B. Wissenschaftliche Kurzbiographie</i>	22
I. Von der Verfassungsgeschichte zum geltenden Recht	22

II.	Abkehr von der Staatstheorie im Nationalsozialismus	25
III.	Ansehen in der Nachkriegszeit	28
IV.	Rezeption und Smend-Schule	29
C.	<i>Die Integrationslehre als Ausgangspunkt der Grundrechtslehre</i>	34
I.	Textliche Grundlagen der Integrationslehre	34
II.	Staat und Verfassung als Integration	37
1.	Die „Krisis der Staatslehre“ als Ausgangspunkt	37
2.	Integration als staatlicher Vorgang	38
3.	Integrationstypen	39
III.	Integration durch Grundrechte	43
D.	<i>Die Integrationslehre im Parlamentarischen Rat</i>	45
I.	Vorbemerkung: Normativität als Maßstäblichkeit im Konfliktfall	45
II.	Smend: Normativität der Grundrechte unter dem Integrationsvorbehalt	46
1.	Grundrechte als verbindendes Moment	46
2.	Die Integrationslehre im Gewand der Normativität	48
III.	Parlamentarischer Rat: Vorbehaltslose Normativität der Grundrechte	50
1.	Keine Prädetermination durch alliiertes Recht	50
2.	Die unmittelbare Wirkung der Grundrechte	51
3.	Der Verzicht auf die Aufnahme von „Lebensordnungen“	55
4.	Grundrechte in der Tradition des Liberalismus	56
IV.	Konzeptionelle Inkompatibilität	57
E.	<i>Fazit: Wider die integrative Grundrechtstheorie</i>	58
Kapitel 2: Dezision und Grundrechte (Carl Schmitt)		61
A.	<i>Vorbemerkung: Der Mythos Carl Schmitt</i>	61
B.	<i>Wissenschaftliche Kurzbiographie</i>	63
I.	Schmitt vor dem Spiegel des Nationalsozialismus	63
II.	Vom Straf- zum öffentlichen Recht	64
III.	Der Nationalsozialismus	66
IV.	Ansehen in der Nachkriegszeit	68
C.	<i>Die Grundrechtslehre Carl Schmitts im Parlamentarischen Rat</i>	69
I.	Vorbemerkung: Schmitt „mit zwei ‚t‘“	69
II.	Die Ewigkeitsgarantie	70
1.	Vorbemerkung: „Hemmung, den Teufel zu zitieren“?	70
a)	Die Ewigkeitsgarantie als staatsrechtlicher Grenzfall	70
b)	Eine Frage der Schule?	71
c)	Fragestellung und These	73
2.	Schmitt: Immanente Grenzen der Verfassungsänderung	75

a)	Art. 76 WRV als normativer Ausgangspunkt	75
b)	Verfassungstheoretische Argumentation	76
c)	Dezisionistische Argumentation	78
d)	Abgrenzung von den Lehren Bilfingers und Fraenkels	79
3.	Parlamentarischer Rat: Die „Demaskierung“ der Revolution ...	82
a)	Verfassungshistorische Vorbilder	82
b)	Art. 108 HChE als Ausgangspunkt der Diskussion	83
c)	Ein vorläufiger Sieg der Gegner der materiellen Grenzen ...	84
d)	Dissoziation von der Antragslösung	85
e)	Die Unzulässigkeit von „Anschlägen“ oder „Anträgen“? ...	87
f)	Eine sprachliche Reminiszenz an Schmitt	88
g)	Inhaltliche Abweichung von Schmitt	90
4.	Zwischenergebnis: Der Revolution den „Schein der Legalität“ nehmen	92
a)	Polemik, Humor und Machtkämpfe	92
b)	Angst vor der Scheinlegalität	92
c)	Eher Bilfinger als Schmitt	93
III.	Die institutionellen Garantien und Institutsgarantien	94
1.	Vorbemerkung: Keine Frage der Dogmengeschichte?	94
2.	Schmitt: Grundrechte oder institutionelle Garantie	95
a)	Vorbemerkung: Sprachliche und textliche Grundlagen	95
b)	„Institutionelle Garantie“, „Institutsgarantie“ und „Einrichtungsgarantien“	96
c)	Denken vom Gegensatz her	97
d)	Zwischenergebnis: Schutz vor dem einfachen Gesetzgeber	98
3.	Parlamentarischer Rat: Institutionelle Garantien und Institutsgarantien als Grundrechte	99
a)	Vorbemerkung: Übernahme einer bekannten Lehre?	99
b)	Die Freiheit der Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 GG)	100
aa)	Vorbemerkung: Schweigen als Rezeption?	100
bb)	Die Ablehnung des Antrags der Deutschen Partei	101
cc)	Wissenschaftsfreiheit als Ausfluss der Meinungsfreiheit	102
dd)	Zwischenergebnis: Ablehnung einer bekannten Lehre	103
c)	Der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)	103
aa)	Vorbemerkung: Schmitt verschleiern	103
bb)	Anschütz als Strohhalm	103
cc)	Der Schutz durch „die Verfassung“ oder „die staatliche Ordnung“	105
dd)	Zwischenergebnis: Übernahme von Schmitts Lehre ...	106
d)	Die Gewährleistung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) ...	107
4.	Dasselbe Ergebnis auf anderem Weg erreichen	109
D.	Fazit: Der, dessen Name nicht genannt werden darf	110

Kapitel 3: Rechtsstaat und Grundrechte (Richard Thoma)	113
<i>A. Vorbemerkung: Thoma als Transporteur liberaler Grundrechtslehren?</i>	113
<i>B. Wissenschaftliche Kurzbiographie</i>	115
I. Badener und Württemberger Zeit	115
II. Insbesondere: Begegnungen im „Weltdorf“ Heidelberg	116
III. Bonner Zeit	119
IV. Ansehen in der Nachkriegszeit	126
<i>C. Grundrechtstheorie: Grundrechte als individuelle Abwehrrechte</i>	128
I. Vorbemerkung: Vom Rechtsstaatsprinzip zur liberalen Grundrechtstheorie	128
II. Der Rechtsstaat als Grundlage der Grundrechtstheorie	129
III. Der Streit um die Wirkung der Weimarer Grundrechte	131
IV. Effektivität als Argument für die Rechtswirkung der Grundrechte	133
V. Grundrechte in der Tradition des Liberalismus	135
VI. Ergebnis: Die „normativen Kräfte“ der Grundrechte	137
<i>D. Rolle im Parlamentarischen Rat</i>	138
I. Stellvertretendes Mitglied und Verbindung zur FDP	138
II. Sachverständiger, Gutachter und Zuhörer	140
III. „Lokalmatador“ oder überörtlicher Staatsrechtsexperte?	142
<i>E. Die Vorbehaltslehre Thomas im Parlamentarischen Rat</i>	143
I. Vorbemerkung: „Schrankenwirrwarr“ oder „abgestufte Vorbehalte“?	143
II. Thoma: Gestufte Schrankenlehre	144
1. Schrankenlehre als Korrektiv des allgemeinen Freiheitsrechts	144
2. Weitreichende Rezeption der Schrankenlehre	147
III. Parlamentarischer Rat: Konkretisierung als Ideal	150
1. Vorbemerkung: Thomas Schrankenlehre als Ausgangspunkt	150
2. Konkretisierung von Schutzbereich und Schranken	151
3. Gründe für die Konkretisierung	154
a) Misstrauen gegenüber dem „Wald- und Wiesenamtsrichter“	154
b) Der Richter in der Weimarer Republik	156
4. Zwischenergebnis	158
IV. Konkretisierung statt Vorbehaltssystematik	158
<i>F. Fazit: Lösungsdivergenz trotz Systemkonvergenz</i>	159
Schluss	161
<i>A. Kenner der Grundrechtslehren</i>	161
<i>B. Grundrechte ohne Staatsrechtswissenschaft</i>	162

<i>C. Grundrechte als Vergangenheitsbewältigung</i>	162
<i>D. Verwaiste Verfassungsväter</i>	163
Quellen- und Literaturverzeichnis	165
<i>A. Quellenverzeichnis</i>	165
I. Unveröffentlichte Quellen	165
1. Bundesarchiv (Koblenz/Berlin-Lichterfelde)	165
2. Parlamentsarchiv des Deutschen Bundestages (Berlin)	165
3. Archiv der Universität Bonn	165
4. Archiv der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn	166
a) Allgemeiner Bestand	166
b) Personalakten	166
5. Archiv des Landtags Nordrhein-Westfalen (Düsseldorf)	167
6. Archiv der liberalen Demokratie (Gummersbach)	167
II. Veröffentlichte Quellen	167
1. Quellensammlungen	167
2. Gesetze und Gesetzesentwürfe	168
3. Rechtsprechung	169
4. Zeitungsbeiträge	169
<i>B. Literaturverzeichnis</i>	169
Personenregister	191
Sachregister	193

Einleitung

A. Hinführung

Das Bundesverfassungsgericht erkennt seit dem Lüth-Urteil vom Januar 1958¹ in den Grundrechten eine omnipräsente Werteordnung. Der Gedanke, dass dem Grundgesetz bestimmte, über den eigentlichen Text hinausgehende Werte zugrunde liegen, war zu dieser Zeit in der Rechtswissenschaft kein Novum mehr.² Ebenso wenig war die Aussage, dass diese Werteordnung den Grundrechten entspringt, neu.³ Zweifelsohne war aber die gesetzeskräftige Aussage, durch welche diese Werteordnung zur Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts avancierte und universelle Wirkung beanspruchte, epochemachend.⁴

Die Grundrechte werden seitdem als „Allgemeiner Teil“ der Gesamtrechtsordnung gesehen.⁵ „Allgemeine Teile“ bringen die wichtigsten Prinzipien einer Rechtsordnung in eine feste, aussagekräftige Form. Zugleich schaffen sie eine Hierarchie der Normen, indem sie bestimmen, was der Grundsatz und was die Ausnahmen sind.⁶

Als „Allgemeiner Teil“ versprechen die Grundrechte auch, eine Vielzahl juristischer Probleme im Wege der Abwägung der widerstreitenden Interessen lö-

¹ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 (Az. 1 BvR 400/51), BVerfGE 7, 198, passim („Lüth“).

² Henne, in: M. Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 13, 27–29 weist zutreffend darauf hin, dass das BVerfG vor dem Lüth-Urteil den ähnlichen Begriff der „wertgebundenen Ordnung“ verwandte. Erstmals sprach das BVerfG kurz vor seinem einjährigen Gründungsjubiläum im ersten Parteiverbotsverfahren von einer „wertgebundenen Ordnung“ als eine „der im Grundgesetz getroffenen verfassungspolitischen Entscheidung“, BVerfG, Urt. v. 23.10.1952 (Az. 1 BvB 1/51), BVerfGE 2, 1, 12 („SRP-Verbot“). Auch im Urteil um Wilhelm Elfes findet sich der Begriff der „Werteordnung“, BVerfG, Urt. v. 16.01.1957 (Az. 1 BvR 253/5), BVerfGE 6, 32, 40 („Elfes“).

³ Vgl. Bartsperger, Die Integrationslehre Rudolf Smends, 1964, S. 54.

⁴ Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 4, 2012, S. 225–226; Voßkuhle, in: C. Hillgruber/C. Waldhoff (Hrsg.), 60 Jahre Bonner Grundgesetz, 2010, S. 97, 107–108.

⁵ Hollstein, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, passim; Ramm, JZ 1964, 494, 582–583; zustimmend Rückert, in: I. Birocchi/P. Caroni (Hrsg.), Storici del diritto allo specchio, 2022, S. 203, 217.

⁶ Schmoeckel, in: C. Peterson (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Römische Recht, S. 219, 243–245.

sen zu können.⁷ Ostentativ erklärte *Friedhelm Hufen* die Bundesrepublik zu ihrem 50. Geburtstag zur „Grundrechtsrepublik“.⁸

Ziel dieser Untersuchung ist es nicht, die Konstruktion einer objektiven Wertordnung oder die Funktion der Grundrechte als „Allgemeiner Teil“ der Rechtsordnung zu widerlegen. Ebenso wenig will die Arbeit die Suche nach einem geistigen Urheber der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen, geschweige denn die nach einem Karlsruher „Hausgott“⁹, fortsetzen.

Gegenstand der Untersuchung ist die Aussage, die dem Postulat der Grundrechte als „Allgemeiner Teil“ der Rechtsordnung innewohnt. Es ist die Aussage von dem „Allgemeinen Teil“ als Produkt der Wissenschaft. Der Allgemeine Teil des BGB wird als Ergebnis einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung und Beweis der Wissenschaftlichkeit des Gesamtwerks verstanden.¹⁰ Derjenige, der die Grundrechte zu einem Teil der Rechtsordnung erklärt, welche das Ergebnis einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem einfachen Recht verändert, suggeriert damit umso mehr, dass die Grundrechte selbst das Produkt einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung sind.

Zu Recht wird darauf verwiesen, dass eine Vielzahl von Normen des Grundgesetzes kompromisshaft seien, diese also im Ergebnis mehrere Ausgangspunkte miteinander verbinden.¹¹ Spricht das Bundesverfassungsgericht jedoch davon, dass bestimmte Normen „eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung“ enthalten und als solche „für alle Bereiche des Rechts“ gelten¹², so tut es dies nicht nur auf der Grundlage eines Kompromisses. Die Aussage ist auch von dem Gedanken einer bewussten Entscheidung des Verfassungsgebers in Bezug auf die Grundrechte beseelt.

Diese Arbeit sucht die Grundlage der Entscheidung des Verfassungsgebers in der Staatsrechtswissenschaft. Die Einflüsse der Staatsrechtswissenschaft auf die Entstehung der Grundrechte wurden in der Rechtswissenschaft, wie im Folgenden gezeigt wird, weitgehend vernachlässigt. Hier wird erstmals analysiert, ob die Lehren der Staatsrechtswissenschaftler *Carl Schmitt* (1888–1985)¹³, *Rudolf Smend* (1882–1975)¹⁴ und *Richard Thoma* (1874–1957)¹⁵ einen Einfluss auf die Entstehung der Grundrechte des Grundgesetzes nahmen. Im Mittelpunkt der Arbeit stehen die Beratungen des Parlamentarischen Rates, in denen die Kon-

⁷ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 4, 2012, S. 165–166; *Hufen*, NJW 1999, 1504, 1505.

⁸ NJW 1999, 1504; zustimmend *Schmoeckel*, Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung, 2005, S. 496.

⁹ *Hennis*, JZ 1999, 485, 487.

¹⁰ *Schmoeckel*, in: ders./J. Rückert/R. Zimmermann (Hrsg.), HKK-BGB, Bd. 1, 2003, vor § 1, Rn. 14–42.

¹¹ Vgl. nur *Koutnatzis*, Kompromisshaftige Verfassungsnormen, 2010, passim.

¹² BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 (Az. 1 BvR 400/51), BVerfGE 7, 198, 205 („Lüth“).

¹³ Zu seiner Biographie Kap. 2/B.

¹⁴ Zu seiner Biographie Kap. 1/B.

¹⁵ Zu seiner Biographie Kap. 3/B.

zeptionen dieser Wissenschaftler ausfindig gemacht werden. Die Gegenstände der Arbeit sind zunächst zu konkretisieren. Auf dieser Grundlage können die erkenntnisleitende Frage ausdifferenziert, Thesen formuliert und die Methode eruiert werden.

Die Aussage von den Grundrechten als eine das einfache Recht überlagernde Werteordnung bildet somit den Ausgangspunkt der Untersuchung, ohne selbst ihr Gegenstand zu sein.

B. Untersuchungsgegenstand

I. Staatsrechtswissenschaft

1. Der Begriff der Staatsrechtswissenschaft

Die Begriffe Staatsrecht und Staatsrechtswissenschaft stehen im Mittelpunkt der Untersuchung. Diese Untersuchung kann eine umfassende Darstellung der Geschichte des Staates,¹⁶ des Staatsrechts und seiner Wissenschaft¹⁷ nicht leisten. Vielmehr muss es genügen, die Bedeutung und die Geschichte der Begriffe zu skizzieren und für die Arbeit fruchtbar zu machen.

Der Begriff des Staatsrechts entstand in Deutschland im 18. Jahrhundert als verengende Übersetzung des bis dahin geläufigen *ius publicum*.¹⁸ Während es in anderen europäischen Sprachen zu einer Übernahme des lateinischen Begriffs im Sinne des hier geläufigen „öffentlichen Rechts“ und des „Verfassungsrechts“ kam, blieb der Begriff „Staatsrecht“ international weitestgehend ohne Entsprechung.¹⁹ Das Staatsrecht als eigene wissenschaftliche Disziplin zu begreifen, setzte das Bestehen eines Staatsbegriffs sowie eine Herauslösung aus der Staatswissenschaft voraus.²⁰ Beides brachte der Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts mit der Trennung von Staat und Gesellschaft.²¹

Gegenständlich für diesen Bereich des Rechts ist der Staat.²² Die normativen Grundlagen seines Aufbaus, seiner Funktion und seiner Legitimation werden zum Erkenntnisinteresse ihrer Wissenschaft.²³ Teilweise wird der Begriff der

¹⁶ Vgl. mwN. Picq, *Une histoire de l'État en Europe*, 3. Aufl. 2015, passim; Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt*, 3. Aufl. 2002, passim.

¹⁷ Vgl. hierzu nur Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. 1–4, 1988–2012, passim; Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997, passim.

¹⁸ Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997, S. 2; Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. 1, 1988, S. 62.

¹⁹ Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997, S. 2, der in Anm. 4 darauf hinweist, dass die russische Sprache ein Äquivalent kennt.

²⁰ Stolleis, Art. Staatsrechtswissenschaft, in: HRG, Bd. 4, 1990, Sp. 1836, 1836–1837.

²¹ Stolleis, Art. Staatsrechtswissenschaft, in: HRG, Bd. 4, 1990, Sp. 1836, 1836–1837.

²² Gröpl, *Staatsrecht I*, 15. Aufl. 2023, § 2, Rn. 80.

²³ Koriath/Müller, *Staatsrecht I*, 6. Aufl. 2022, § 2, Rn. 4.

Staatsrechtslehre als „Gruppe aller habilitierten Dozenten für Verfassungs- und Verwaltungsrecht“ und „staatsrechtlich“ als das dementsprechende Adjektiv verstanden.²⁴ Die Staatsrechtslehre wird hier jedoch nicht als die Lehre vom Staatsrecht, sondern als die Lehre des Staatsrechts interpretiert. Im Rahmen dieser Arbeit kann nur den üblichen juristischen Definitionen entsprechend²⁵ der Begriff der Staatsrechtslehre im zweiten Sinn verstanden werden. Die Begriffe Staatsrechtswissenschaft und Staatsrechtslehre werden dabei synonym verwandt.²⁶ „Staatsrechtlich“ wird als Adjektiv zu dem Substantiv Staatsrecht verstanden. Die Adjektivierung der Begriffe Staatsrechtslehre und Staatsrechtswissenschaft lautet „staatsrechtswissenschaftlich“.

Der Begriff des Verfassungsrechts findet im Rahmen dieser Arbeit keine Verwendung. Von dem Staatsrecht unterscheidet sich das Verfassungsrecht durch seinen Bezugspunkt.²⁷ Während das Erstgenannte an das Bestehen eines Staates anknüpft, ist das Zweitgenannte den normativen Grundlagen des Staates gewidmet, die in einer Verfassung niedergelegt sind.²⁸ Ob Verfassungsrecht immer Staatsrecht ist²⁹ oder ob es einen in der Verfassung über den Staat hinausgehenden Bezugspunkt geben kann,³⁰ bedarf hier keiner Entscheidung. Die Grundrechte sind in jedem Fall sowohl Staats- als auch Verfassungsrecht im Sinn der obigen Definitionen. Hieraus ergibt sich also kein Bedürfnis, den Begriff des Staatsrechts zu meiden. Überdies ist der Begriff des Verfassungsrechts noch stärker in der konkreten Ordnung eines Staates verwurzelt als der des Staatsrechts. Er ist nicht nur auf einen konkreten Staat, sondern auf die Verfassung eines bestimmten Staates bezogen.³¹ Umso weniger eignet er sich für diese Untersuchung.

2. Keine Abgrenzung von der Allgemeinen Staatslehre und der Verfassungsgeschichte

Die Allgemeine Staatslehre kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht scharf von der Staatsrechtswissenschaft getrennt werden. Die Allgemeine Staatslehre als die erklärende Wissenschaft von den Grundlagen der Staaten³² unterscheidet

²⁴ Günther, Denken vom Staat her, 2004, S. 9 Anm. 2.

²⁵ Vgl. nur Koriath/Müller, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2022, § 2, Rn. 3–5.

²⁶ Ebenso Stolleis, Art. Staatsrechtswissenschaft, in: HRG, Bd. 4, 1990, Sp. 1836, 1836.

²⁷ Koriath/Müller, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2022, § 3, Rn. 7.

²⁸ Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer, Staatsrecht I, 35. Aufl. 2023, § 1, Rn. 21; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 43.

²⁹ Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, 3. Aufl. 2004, Bd. 2, § 15, Rn. 1–3; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1, Rn. 43; Siern, Staatsrecht, Bd. 1, 1977, S. 9.

³⁰ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, § 1, Rn. 18; Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer, Staatsrecht I, 35. Aufl. 2023, § 1, Rn. 21.

³¹ Koriath/Müller, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2022, § 3, Rn. 7.

³² Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 9–10.

sich zwar sowohl in ihrem Gegenstand als auch in ihrer Methode von der Staatsrechtslehre.³³ Sie ist aber mit dem Staatsrecht eng verbunden.³⁴

Bei *Carl Schmitt*, *Rudolf Smend* und *Richard Thoma*, den Protagonisten dieser Arbeit, beruhen staatsrechtliche Argumente auf staatsrechtlichen Erwägungen. Aussagen der Protagonisten zu den Grundrechten lassen sich nur verstehen, wenn sie im Lichte dieser übergeordneten Kategorien betrachtet werden. Wie noch zu zeigen ist, sind bei *Smend* die Grundrechte nicht bloß subjektive Rechte, sondern zuvörderst Integrationsfaktoren. Bei *Schmitt* ruhen Aussagen zu den Grundrechten auf der Dissoziation von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* und bei *Thoma* sind sie Ausfluss seiner Rechtsstaatsvorstellung.

3. Abgrenzung von der Politik, Philosophie und Theologie

Kein Gegenstand dieser Arbeit sind solche Argumente des Parlamentarischen Rates, die einen rein politischen Charakter haben. Die Abgrenzung von Staatsrecht und Politik trifft den Mittelpunkt der Staatstheorie. Sie kann hier nicht umfassend erfolgen. Sie dient nur dem Zweck, den Untersuchungsgegenstand weiter einzugrenzen. Im Rahmen dieser Arbeit meint Politik anknüpfend an die Definition *Georg Jellineks* die Lehre von der Erreichung bestimmter staatlicher Ziele.³⁵ Von der Allgemeinen Staatslehre unterscheidet sie sich durch ihren Anwendungsbezug und ihre Ausrichtung. Während sich die Staatslehre an Vergangenheit und Gegenwart orientiert, ist die Politik auf zukünftige Maßnahmen gerichtet.³⁶ Vor allem ist ihre Methode im weitesten Sinn eine teleologische. Bei der Betrachtung und Beurteilung der staatlichen Verhältnisse geht es ihr um die Erreichung eines bestimmten Zwecks.³⁷ Solche Argumente werden nicht Gegenstand der Untersuchung.

Ebenso bleiben im Rahmen dieser Arbeit philosophische und theologische Argumente grundsätzlich außer Betracht. Einige Teilnehmer des Parlamentarischen Rates beriefen sich in der Diskussion um die Grundrechte auf Standardwerke der Philosophie oder auf den biblischen Dekalog.³⁸ Solche Äußerungen sind nur heranzuziehen, insoweit ihnen Aussagen zu den Grundrechten oder der Staatsvorstellung immanent sind.

³³ *Waldecker*, Allgemeine Staatslehre, 1927, S. 311.

³⁴ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 11.

³⁵ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 13.

³⁶ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 14.

³⁷ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 13.

³⁸ Vgl. *Hofer*, Die ideengeschichtlichen Quellen der Grundrechte, 2005, S. 184–186; *Otto*, Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates, 1971, S. 60.

II. Auswahl der Grundgesetzbestimmungen

In normativer Hinsicht bilden die Grundrechte des Grundgesetzes den Untersuchungsgegenstand. Im Mittelpunkt der Arbeit stehen also die Beratungen zu den ersten 19 Artikeln, die unter der Überschrift „Die Grundrechte“ verkündet wurden. Fragt man jedoch nach den grundlegenden Konzepten der Grundrechte, kann sich die Arbeit nicht auf solche Normen beschränken. Es werden auch Konzepte untersucht, die außerhalb des Grundrechtskatalogs positiviert sind, mit diesem aber eng verbunden sind. Die Ewigkeitsklausel, die jedenfalls den ersten Grundrechtsartikel der Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht,³⁹ kann daher beispielsweise nicht von der Untersuchung ausgeschlossen werden.

Die Auswahl der Grundgesetzbestimmungen wird hier durch die Auswahl der Staatsrechtslehrer vorgegeben. Nicht alle grundrechtsrelevanten Äußerungen der Protagonisten können Gegenstand der Untersuchung sein. *Schmitt*, *Smend* und *Thoma* äußerten sich zu einer Vielzahl von Grundrechten. Die Auswahl der Grundrechte ist in diesen Fällen einzuschränken. Hierfür wird auf bereits vorhandene Thesen zum Einfluss der Protagonisten auf die Entstehung bestimmter Grundrechte abgestellt. Sie bieten einen ersten Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage, welche Grundrechte den Einfluss eines Staatsrechtlers erkennen lassen.

Der Aufbau der Arbeit orientiert sich an den Personen. Grundrechtliche Konzepte können so im Kontext des Protagonisten vorgestellt und denen des Parlamentarischen Rates gegenübergestellt werden. Eine Untersuchung, welche in fortlaufender Reihenfolge die Grundrechte und ihre Entstehungsbedingungen beleuchtet, wird nicht vorgelegt. Wer eine solche sucht, muss auf die in dem ersten Band des „Jahrbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart“ herausgegebene systematisierte Zusammenfassung der Sitzungsprotokolle des Parlamentarischen Rates zurückgreifen.⁴⁰

III. Auswahl der Staatsrechtslehrer

Die Untersuchung kann nicht den Einfluss jeden deutschen Staatsrechtslehrers auf die Grundrechte des Grundgesetzes untersuchen. Ebenso wenig kann sie von einer allgemeingültigen, überpersonellen Staats- oder Grundrechtslehre sprechen oder eine solche herausarbeiten. Hierfür sind die Unterschiede in den Lehren der verschiedenen Staatsrechtler zu groß. Im Mittelpunkt der Arbeit können nur

³⁹ Vgl. zu der Frage, ob anderen Grundrechten ein Gehalt an Menschenwürde innewohnt, sodass sie ebenfalls der Ewigkeitsgarantie unterfallen, *Hong*, *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte*, 2019, insb. S. 465–480.

⁴⁰ v. *Doemming*/*Füßlein*/*Matz*, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, 1951, passim. Eine um eine Einleitung erweiterte 2. Aufl. wurde 2010 von *Peter Häberle* herausgegeben.

bestimmte Staatsrechtslehrer stehen. Sie sollen zwar nicht zu Gesamtvertretern der Staatsrechtswissenschaft erhoben, dennoch als prägend für bestimmte Epochen, Ideen, Schulen und Funktionen betrachtet werden.

Zuvörderst setzt sich die Arbeit mit *Rudolf Smend* und *Carl Schmitt* auseinander. Beide zählen unzweifelhaft zu den wichtigsten Vertretern der Weimarer Staatsrechtslehre.⁴¹ Ihre jeweils 1928 erschienenen Monographien zur Verfassung avancierten nicht nur in Weimar zu Klassikern. Bis heute werden sie nachgefragt.⁴² *Smend* wurde zum bedeutendsten Staatsrechtler der jungen Bundesrepublik, *Schmitt* zumindest zum berüchtigtsten.⁴³

Zu den führenden Weimarer Staatsrechtslehrern zählen neben den zuvor genannten *Hermann Heller* (1891–1933)⁴⁴ und *Erich Kaufmann* (1880–1972)⁴⁵. Sie bilden zusammen mit *Smend* und *Schmitt* die „Weimarer Quadriga“.⁴⁶ Nichtsdestoweniger sind *Kaufmann* und *Heller* keine Protagonisten dieser Untersuchung. Eine Vermutung zugunsten eines Einflusses auf die Grundrechtsberatungen im Parlamentarischen Rat besteht bei ihnen nicht. Ihre Lehren waren in der Nachkriegszeit weitgehend in Vergessenheit geraten.⁴⁷ Für *Heller* lässt sich dies zum einen mit seiner Emigration und seinem frühen Tod Ende 1933 erklären, sodass in der Nachkriegszeit nur wenige Staatsrechtler lebten, die ihn persönlich kannten.⁴⁸ Zum anderen waren die Schriften beider in Deutschland kaum verbreitet. Es liegt nahe, dass ihre jüdische Abstammung den Druck ihrer Texte in der Zeit des Nationalsozialismus durch deutsche Verlage unmöglich machte bzw.

⁴¹ Vgl. z.B. *Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl. 2011, S. 58–83, 100–116 sowie *Unruh*, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz, 2004, S. 87–131, 132–156, welche die Weimarer Staatsrechtslehre und Staatstheorie auch anhand von *Smend* und *Schmitt* erläutern.

⁴² Die weiterhin bestehende Nachfrage beweist die Auflage, in denen der Verlag die Werke nachdruckt. *Smends* „Verfassung und Verfassungsrecht“ wurde zuletzt 2010 in der 4. Aufl. der „Staatsrechtlichen Abhandlungen“ neugedruckt; *Carl Schmitts* „Verfassungslehre“ 2017 in der 11. Aufl.

⁴³ Vgl. hierzu sogleich Kap. 2/A. und B.; Kap. 1/A. und B.

⁴⁴ *Hermann Heller* war ein deutscher Staatsrechtler jüdischer Abstammung. Er habilitierte sich 1920 unter der Betreuung *Gustav Radbruchs*. 1928 erhielt er in Berlin eine außerordentliche, 1932 in Frankfurt am Main eine ordentliche Professur. Im spanischen Exil erlag er einer Herzkrankheit. *Volkman*, in: P. Häberle/M. Kilian/H. A. Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2. Aufl. 2018, S. 393, 394–397.

⁴⁵ *Erich Kaufmann* war ein deutscher Staats- und Völkerrechtler jüdischer Abstammung. Im Nationalsozialismus verlor er seinen Berliner Lehrstuhl. 1938 verließ er Deutschland. 1946 kehrte er nach Deutschland zurück und erhielt im Folgejahr ein Ordinariat in München, das er bis zu einer Emeritierung 1950 innehatte. *Rozek*, in: P. Häberle/M. Kilian/H. A. Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2. Aufl. 2018, S. 201, 201–213.

⁴⁶ *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Richard Thoma, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. XII, XIV. *Caldwell*, Popular Sovereignty, 1997, S. 45 und *Lepsius*, in: C. Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten, 2003, S. 354, 358, 360 bezeichnen *Schmitt*, *Smend*, *Heller* und *Smend* ebenfalls als die vier wichtigsten Verfassungstheoretiker der Weimarer Zeit.

⁴⁷ *Korioth*, Integration und Bundesstaat, 1990, S. 245; vgl. für *Heller* auch *Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, S. 9, 11–12.

⁴⁸ *Lepsius*, in: C. Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten, 2003, S. 354, 366.

zur Vernichtung bereits gedruckter Werke führte. Ein Leidener Unternehmen verlegte *Hellers* Monographie zur Staatslehre ein Jahr nach seinem Tod.⁴⁹ Die Schriften *Hellers* wurden erst Ende der 1960er-Jahre mit der Dissertation *Wolfgang Schluchters*⁵⁰ wiederentdeckt.⁵¹

Neben *Smend* und *Schmitt* widmet sich die Untersuchung der Grundrechtskonzeption *Richard Thoma*. Anders als die Vorgenannten zählen ihn heutige Vertreter der Verfassungsgeschichte nicht zu der ersten Riege der Weimarer Staatsrechtslehrer.⁵² Als Mitbegründer des Handbuchs des Staatsrechts gehört er nichtsdestoweniger zu den bedeutenderen Staatsrechtlern Weimarer Provenienz.⁵³ Daneben wirkte er als Gutachter in dem für die Grundrechte verantwortlichen Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates mit. Hier legte er ein schriftliches Gutachten zu einem Grundrechtsentwurf vor. Insofern kommt *Thoma* als Transporteur Weimarer Grundrechtslehren in Betracht.

Die Protagonisten der Arbeit sind also mit *Carl Schmitt* und *Rudolf Smend* zwei der unumstritten bedeutendsten Weimarer Staatsrechtslehrer. *Richard Thoma* verbindet die alten und neuen Größen als renommierter Weimarer Staatsrechtsdogmatiker und in Bonn hoch angesehener Gutachter.

IV. Zeitliche Grenzen:

Von Smends Lehrbuch bis zu v. Mangoldts Kommentar

Zeitlich begrenzt ist die Untersuchung durch die Hauptwerke der Protagonisten. Sie setzt mit *Smends* „Verfassung und Verfassungsrecht“ vom Februar 1928 ein.⁵⁴ Grundlegende Theorien vom Staat und den Grundrechten entstehen jedoch regelmäßig nicht ohne Vorarbeiten. Es müssen daher teilweise auch vor 1928 veröffentlichte Schriften berücksichtigt werden.

⁴⁹ Staatslehre, 1934 posthum hrsg. v. G. Niemeyer. *Friedrich* übt Kritik an der Edition und bezweifelt nach der Sichtung eines „Arbeitsbuchs“ *Hellers*, dass es sich für ihn um ein Werk „letzter Hand“ gehandelt hätte, AöR 102 (1977), 161, 164 Anm. 6.

⁵⁰ Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1968, passim.

⁵¹ *Friedrich* konstatiert, dass mit der Arbeit *Schluchters* der „Diskussionsrückstand von *Hellers* ‚Staatslehre‘ gegenüber *Smends* Integrationslehre im wesentlichen als aufgeholt gelten [kann]“, AöR 102 (1977), 161, 162 Anm. 2.

⁵² *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Richard Thoma, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*, 2008, S. XIII, XIV; *van Ooyen*, in: M. Gangl (Hrsg.), *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte*, 2011, S. 239, 244–247.

⁵³ *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Richard Thoma, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*, 2008, S. XIII, XVI. Zur Bedeutung des Handbuchs als eines der wichtigsten staatsrechtlichen Werke der Weimarer Republik vgl. *Waldhoff*, JuS 2019, 737, 738.

⁵⁴ Zur Datierung von *Smends* Monographie auf den Februar 1928 vgl. den Tagebucheintrag *Schmitts* vom 04.02.1928, in dem er berichtet, dass *Smend* ihm bei einem Besuch „sein neues Buch über Verfassung [zeigte], das er gerade erst bekommen hat“, abgedruckt in: M. Tielke/G. Gieseler (Hrsg.), *Carl Schmitt, Tagebücher 1925 bis 1929*, 2018, S. 202.

Im Zentrum der Arbeit stehen die Beratungen des Parlamentarischen Rates zu den Grundrechten im Ausschuss für Grundsatzfragen. Die Beratungen des Ausschusses fanden in insgesamt 36 Sitzungen vom 15.09.1948–27.01.1949 statt.⁵⁵

Darüber hinausgehende Aussagen zu den Grundrechten werden nicht analysiert. Insbesondere wird nicht untersucht, wie die Rechtsprechung und die Staatsrechtslehre das Grundgesetz durch Auslegung prägten. Es handelt sich also nicht um eine Arbeit, welche die Fortwirkung Weimarer Theorien in der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre und Judikatur zum Gegenstand hat. Die Untersuchung endet mit der Verkündung des Grundgesetzes am 23.05.1949.

Nur mit der 1953 erschienenen Erstauflage des Grundgesetzkommentars *Hermann v. Mangoldt*s wird über diesen Zeitpunkt hinausgegangen.⁵⁶ *v. Mangoldt* (1895–1953) war selbst seit 1935 Staatsrechtslehrer und für die CDU Mitglied des Parlamentarischen Rates. Zugleich leitete er den hier maßgeblichen Grundsatzausschuss, der über Grundrechte beriet. Als erster umfassender Kommentar zum Grundgesetz konnte er sich kaum mit Literatur auseinandersetzen.⁵⁷ Die Kommentierung beschränkt sich weitgehend auf die Vorstellung der Beratungen des Parlamentarischen Rates.⁵⁸ Der Kommentar fasst Diskussionen nicht nur konzise zusammen, erläutert Kompromisse und macht sie für die Auslegung des Grundgesetzes fruchtbar. Er benennt ebenso die überparteilichen und unumstrittenen Grundlagen der Beratungen, die aus den Ausschussprotokollen nur schwer entnommen werden können. Insofern ist der Kommentar für die Forschung zum Parlamentarischen Rat insgesamt zentral. Hierbei ist zu beachten, dass es sich um das Privatwerk eines Mitgliedes des Parlamentarischen Rates handelt. Demokratische Legitimation kann es nicht für sich beanspruchen. Der Kommentar ist für die Forschung also einerseits fruchtbar, andererseits stellt er ein quellenkritisches Problem dar.

Die Untersuchung ist damit durch das Hauptwerk *Smends* von 1928 und die Erstauflage des Grundgesetzkommentars *v. Mangoldt*s von 1953 zeitlich begrenzt.

⁵⁵ Der Parlamentarische Rat, Bd. 5/I, II, 1993, passim.

⁵⁶ Erste Teile des Kommentars erschienen bereits ab 1950 in mehreren Lieferungen. Der vollständige Kommentar mit dem Titel „Das Bonner Grundgesetz“ erschien erst nach dem Unfalltod *v. Mangoldt*s im Frühjahr 1953; vgl. hierzu das Geleitwort zum Kommentar von *Leibholz*, S. V–VII.

⁵⁷ Die erste Auflage des Kommentars ist 679 Seiten lang, *v. Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, passim. Die zweite, von Friedrich Klein herausgegebene Auflage erschien ab 1957 in drei Bänden und zählt bereits 2652 Seiten, vgl. *v. Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957–1974, Bd. 1–3, passim.

⁵⁸ *Leibholz*, Geleitwort, in: *v. Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. V–VI.

C. Fragestellung

Die weit gefasste Frage nach dem Einfluss der Staatsrechtswissenschaft auf die Entstehung der Grundrechte ist somit in begrifflicher, personeller, normativer und zeitlicher Hinsicht konkretisiert. Die Staatsrechtswissenschaft lässt sich nun genauer als die Wissenschaft von den normativen Voraussetzungen des Staates verstehen. Die Geschichtlichkeit und die Theorie seiner Entstehung kann sie nicht ausblenden. Durch ihren Gegenstand und ihre Methode lässt sie sich gleichwohl von der Politik und der Theologie abgrenzen. Die Staatsrechtswissenschaft wird im Rahmen dieser Arbeit durch die Beiträge *Carl Schmitts*, *Rudolf Smends* und *Richard Thomas* verkörpert. Ihre Beiträge bestimmen die zeitlichen und normativen Grenzen der Arbeit.

Diese Konkretisierungen ermöglichen die Formulierung der erkenntnisleitenden Frage: Welchen Einfluss hatten die in den jeweiligen Hauptwerken niedergelegten grundrechtlichen Konzepte der Protagonisten auf die Grundrechtsberatungen im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates?

Um diese Frage beantworten zu können, sind zunächst die staats- und grundrechtlichen Konzepte der jeweiligen Staatsrechtler vorzustellen. Erst in einem zweiten Schritt kann beantwortet werden, ob und wie sie in den Parlamentarischen Beratungen aufgegriffen wurden. Die Ergebnisse der Untersuchung zu den einzelnen Staatsrechtlern ermöglichen die Befassung mit weiteren Fragen: Welche staatsrechtlichen Argumente waren im Parlamentarischen Rat überhaupt bekannt? Welche der behandelten Grundrechte lassen eine staatsrechtswissenschaftliche Prägung erkennen? Wer sind die geistigen Urheber der jeweiligen grundrechtlichen Konzepte?

Erst hiernach kann die Frage beantwortet werden, ob die Grundrechte tatsächlich das Ergebnis eines staatsrechtswissenschaftlichen Einflusses sind oder eine politische Sammlung, die vor allem versucht, die neue Verfassungsordnung zu legitimieren. Der Gewinn soll darin bestehen, die Grundlagen der Normen, deren Werte die Gesamtrechtsordnung überlagern, besser zu verstehen.

Kein Gegenstand der Arbeit ist die Frage, inwieweit die gefundenen Ergebnisse für die Auslegung der Grundrechte fruchtbar zu machen sind. Dies ist nicht die Aufgabe der Rechtsgeschichte,⁵⁹ sondern der geltenden Staatsrechtswissenschaft bzw. Staatstheorie⁶⁰.

⁵⁹ Vgl. zur Methode der Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts *Haferkamp*, TRG 87 (2019), 268, 284: „Historiografie ist Deutung des Historikers, sie kann uns nicht sagen, was wir tun sollen.“

⁶⁰ Das BVerfG erklärt den Willen des einfachen Gesetzgebers in ständiger Rechtsprechung für unbeachtlich. Es zieht ihn nur heran, um auf anderem Wege erlangte Auslegungsergebnisse zu bestätigen oder Zweifel zu zerstreuen; erstmals BVerfG, Urt. v. 21.05.1952 (Az. 2 BvH 2/52), BVerfGE 1, 299, 312 („Wohnbauförderung“); zuletzt BVerfG, Beschluss v. 26.8.2014 (Az. 2 BvR 2400/13), NJW 2014, 3504 („Negativmittelungen“). Diesen Grundsatz übertrug es auf den Willen des Verfassungsgebers, vgl. BVerfG, Urt. v. 16.02.1983 (Az. 2 BvE

Personenregister

- Anschütz, Gerhard 76, 103–107, 109,
116–117, 119–121, 132, 140, 147–
149, 161
Arndt, Adolf 31, 71
- Bergsträsser, Ludwig 53–55, 102
Bilfinger, Carl 75, 79–82, 93
Brentano, Heinrich von 89–90
Brentano, Lujo 119
- Dehler, Thomas 13, 89–93, 139
- Eckhardt, Karl August 122
Ehmke, Horst 30
- Fecht, Hermann 86
Feyer, Hans 41
Fink, Albert 85
Fraenkel, Ernst 75, 79, 81–82
Frank, Hans 66
Friesenhahn, Ernst 124, 126–127, 140
- Gebhard, Ludwig 149
- Hänel, Albert 23, 163
Heller, Hermann 7–8, 28
Hennis, Wilhelm 30–31, 48
Hesse, Konrad 31–32, 48–49, 138
Heuss, Theodor 52, 126, 152, 155
Heyer, Friedrich 27
Höhn, Reinhard 27, 67
Höpker Aschoff, Hermann 138
- Ipsen, Hans Peter 72
- Jellinek, Georg 5, 35, 38, 116–117
Jellinek, Walter 148–149
- Kantorowicz, Hermann 121
- Katz, Rudolf 84–86, 88–92
Kaufmann, Erich 7, 24–25, 28, 120
Kelsen, Hans 33, 37–39, 66, 163
Klein, Friedrich 97
Koellreutter, Otto 67
Köttgen, Arnold 31
- Laband, Paul 35–36, 163
Leibholz, Gerhard 33, 127
- Mangoldt, Hermann von 9, 13, 53–54,
99, 101–102, 104–107, 109, 141,
152–154
Mayer, Otto 129, 148, 163
Menzel, Walter 155, 157–158
Mosler, Hermann 72, 127
Mußgnug, Reinhard 72
- Noth, Martin 140
- Quaritsch, Helmut 72
- Renan, Ernest 39
Rosin, Heinrich 115
- Schmid, Carlo 19, 52, 56, 69, 91–93,
107–111, 155, 157–158
Schmitt, Carl 61–111
Schneider, Hans 11, 72–73
Schwalber, Josef 86
Smend, Rudolf 21–59
Smend, Rudolf (sr., Theologe) 22, 45
Spencer, Herbert 136
Stahl, Julius 129
Strauß, Walter 107
Stutz, Ulrich 115
Süsterhenn, Adolf 69
- Thoma, Richard 113–159

- Tomuschat, Christian 72
TriepeI, Heinrich 33, 116, 127, 163
van Calker, Fritz 64
Weber, Marianne 118
Weber, Max 117–121, 124
Weber, Werner 31
Wolff, Martin 95
Zeumer, Karl 23
Zinn, Georg-August 54, 89–90, 143,
150, 153
Zorn, Philipp 24

Sachregister

- Antisemitismus 67, 107, 123
- Dezisionismus 78–79, 97–98
- Ewigkeitsgarantie 70–74, 93, 110
- Freund-Feind-Denken 48, 65
- Grundrechte
- als Allgemeiner Teil 1–2
 - als Werte 1–3, 30–31, 33, 42–44, 57, 79, 131
 - Normativität 45–59, 128–135, 137
 - unmittelbare Wirkung 51–55, 91, 104, 131–133
 - Verbürgungen
 - Ehe und Familie 103–107
 - Eigentum 107–109
 - Meinungsfreiheit 102–103
 - Wissenschaftsfreiheit 100–103
 - Vorbehalte 143–159
- Herrenchiemseer Verfassungsentwurf 54, 83–92
- Institutionelle Garantie u. Institutsgarantie 94–110
- Integrationslehre 21–59
- Integrationstypen 39–43
 - Rezeption durch Smend-Schule 48–50
 - textliche Grundlage 34–36
- Landesverfassungen 82–83
- Lebensordnungen 55–56
- Liberalismus 56–57, 128, 135–137, 143
- Nationalsozialismus 7, 14, 25–28, 62–64, 66–69, 90, 93, 107, 110–111, 121–126, 157, 162–164
- Positivismus 36–37, 120
- Pouvoir constituant u. pouvoir constitué 5, 77
- Rechtsstaat 5, 116, 128–131, 136, 147–148
- Revolution 70–71, 80–93, 162–163
- Richter 108, 154–158
- Schulbildung
- als methodisches Problem 15–16
 - Schmitt-Schule 28, 62, 71–73
 - Smend-Schule 27, 29–34, 48–50, 57, 110–111
- Staatsrechtswissenschaft (Begriff) 3–4
- Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 69, 126
- Weimarer Reichsverfassung 43, 51, 76–79, 80, 82, 96–98, 119, 131–133, 156
- Westalliierte 14, 50–51