

Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge des Bundes durch die Länder

Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts

Joseph H. Kaiser

o. Professor an der Universität Freiburg i. Br.

Concordatum mater rixarum. Dieses alte Wort hat sich jüngst am Reichskonkordat bewahrheitet. Das Konkordat zwischen dem Deutschen Reich und dem Heiligen Stuhl vom 20. Juli 1933 bot die Grundlage für den Kampf der Kirche gegen ein staatliches Gesetz, für einen Verfassungsverstreit zwischen dem Bund und drei Ländern und führte in diesem Streit schließlich zu dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 1957¹⁾, dessen tatsächliches Ergebnis von manchen der Beteiligten nicht ohne Grund als salomonisch empfunden wurde²⁾, das in wesentlichen Teilen jedoch mit dem geltenden Völkerrecht und Verfassungsrecht unvereinbar ist und darum zum Widerspruch herausfordert³⁾.

¹⁾ Aktenzeichen: 2 BVG 1/55; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (= B-VerfGE) Bd. 6, S. 309-367.

²⁾ Dazu siehe unten III.

³⁾ Die Besprechungen des Urteils, die mir bis zum Abschluß des Aufsatzes zugänglich gewesen sind, haben der Entscheidung aus verschiedenen Gründen, häufig mit Schärfe, widersprochen: Hans Joachim Becker, Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts, Neue Juristische Wochenschrift (= NJW) 1957, S. 694 ff.; Wilhelm Böhrer, Elternrecht, Schulfragen und Reichskonkordat im Parlamentarischen Rat und in der Politik der Deutschen Bundesrepublik und ihrer Länder, Festschrift für Hans Ehard, München 1957, S. 178 ff.; Hermann Brill, Konkordate und Dissonanzen, Die neue Gesellschaft, 1957, S. 182 ff.; Martin Bullinger, Das Ausmaß der Bindung an das Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts, Deutsches Verwaltungsblatt (= DVBl.) 1958, S. 10 ff.; W. Geiger, Das Bund-Länder-Verhältnis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bayerische Verwaltungsblätter 1957, S. 301 ff., 337 ff.; Werner Gross in DVBl. 1957, S. 378 ff.; Friedrich August Frh. von der Heydte, Das Karlsruher Konkordatsurteil, Wort und Wahrheit, 1957, S. 341 ff.; Günther Krauss, Zum Konkordatsurteil, Stimmen der Zeit 1957, S. 343 ff.; Edward McWinney, Federal Constitutional Law and the Treaty-Making Power etc., The Canadian Bar Review, vol. 35 (1957), S. 842 ff.; René Marcic, Das Karlsruher Konkordatsurteil, Österreichische Juristen-Zeitung, 1957, S. 254 ff.; Erich Ruppel, Der Konkordatsprozeß, Informationsblatt für die Gemeinden in den niederdeutschen Lutherischen Landeskirchen, 1957, S. 105 ff.; Günther Schultz in Monatsschrift für Deutsches Recht 1957, S. 337; Adolf

I.

Den Anlaß gab das niedersächsische Gesetz über das öffentliche Schulwesen vom 14. September 1954⁴⁾. Dem Land Niedersachsen wurde vorgeworfen, mit diesem Gesetz gegen die Schulartikel des Reichskonkordats (RK) verstoßen zu haben. Die Folge war eine Beunruhigung des katholischen Bevölkerungsteils, der mit Recht den Verlust einer großen Zahl der katholischen Bekenntnisschulen befürchtete. Es kam zu Massendemonstrationen und Schulstreiks, zu Protesten der zuständigen Bischöfe in Hirtenbriefen und Eingaben an die Landesregierung und schließlich zu wiederholten Interventionen des Heiligen Stuhles durch die Apostolische Nuntiatur bei der Bundesregierung, in denen die Verletzung des RK gerügt wurde. Die zuständigen Organe des Bundes haben stets die Auffassung vertreten, daß das RK geltendes Recht ist⁵⁾, und der Bundeskanzler ersuchte nunmehr den Ministerpräsidenten des Landes Niedersachsen, dementsprechend im Schulgesetz dem RK Rechnung zu tragen, jedoch ohne Erfolg⁶⁾. In diesem Streit zwischen Bund und Land rief die Bundesregierung das Bundesverfassungsgericht an und beantragte die Feststellung, Niedersachsen habe durch Bestimmungen des Schulgesetzes gegen das »Reichskonkordat verstoßen und damit das Recht des Bundes auf Respektierung der für ihn verbindlichen internationalen Verträge verletzt (Art. 20 Abs. 3, 32, 25, 123 Grundgesetz)«⁷⁾.

Süsterhenn im Rheinischen Merkur vom 3. und 24. 5. 1957; Wilhelm Wengler, Zur bindenden Wirkung des Konkordatsurteils, NJW 1957, S. 1417 ff., bes. 1420 f.

Solche Kritik an den Entscheidungen unseres höchsten Gerichts ist nichts ganz Ungewöhnliches, um so weniger als das Bundesverfassungsgericht selbst schon durch Repliken in eine Auseinandersetzung eingegriffen hat (Beschuß des BVerfG vom 19. 2. 1957 – 1 BvR 357/52 – auszugsweise in NJW 1957, S. 579 ff. und Die Öffentliche Verwaltung (= DOV) 1957, S. 531 ff.).

⁴⁾ Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt (= NdsGVBl.), S. 89. Das zunächst auch angegriffene Schulverwaltungsgesetz vom 19. 5. 1954, NdsGVBl., S. 29 trat in dem Rechtsstreit zurück und war nicht mehr Gegenstand des Prozesses.

⁵⁾ Nachweise bei Herbert Groppe, Das Reichskonkordat vom 20. Juli 1933, Köln 1956, S. 111 ff.

⁶⁾ Der Schriftwechsel ist abgedruckt in der Sammlung »Der Konkordatsprozeß«, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik Mainz, Bd. 7 (1956/57), S. 67–94; dort als Anlagen dieses Schriftwechsels auch die Noten der Nuntiatur. Von jener Sammlung sind bis zum Abschluß des Aufsatzes Lieferung 1–8 erschienen und hier zitiert worden. Die darin noch nicht erschienenen Gutachten, Verhandlungsprotokolle usw. sind in der gegenwärtig zugänglichen Form benutzt und angeführt worden.

Bei dem nachstehend zitierten Protokoll der in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht vorgetragenen Ausführungen handelt es sich nicht um ein amtliches Wortprotokoll des Gerichts. Die auf Tonband aufgenommenen Vorträge sind von den einzelnen Rednern durchgesehen und korrigiert worden.

⁷⁾ Konkordatsprozeß a. a. O., S. 20 (Sperrung vom Verf.). Die Bundesregierung hat den ursprünglichen Antrag, das Gericht möge auch feststellen, daß das RK in der Bundesrepublik

In diesem Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 3 GG in Verbindung mit §§ 13 Ziff. 7 und 68 BVerfGG hat die niedersächsische Landesregierung vorgetragen, das Schulgesetz sei mit dem RK vereinbar; im übrigen aber habe der Bund nicht das Recht, die Beachtung der Schulartikel des RK von den Ländern zu verlangen⁸⁾. Bremen und Hessen, die dem Rechtsstreit auf der Seite Niedersachsens beitraten, gingen darüber hinaus, indem sie die Geltung des RK überhaupt bestritten; falls es aber weitergelten sollte, seien die Länder an Stelle des Reiches Vertragspartner des Heiligen Stuhles geworden; keinesfalls könne der Bund von den Ländern die Einhaltung der Konkordatsbestimmungen verlangen⁹⁾.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Antrag der Bundesregierung durch das Urteil vom 26. März 1957 zurückgewiesen.

Nach Ausbreitung des Prozeßstoffes und Bejahung der Zulässigkeit des Antrags hat das Gericht im Teil D der Gründe¹⁰⁾ die Geltung des Reichskonkordats geprüft und zutreffend festgestellt, daß das RK gültig zustandegekommen (I, 1) und in innerstaatliches Recht transformiert (I, 2) ist, daß es während der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft völkerrechtlich und innerstaatlich seine Geltung bewahrt (I, 3) und auch durch den Zusammenbruch 1945 und das Besatzungsregime nicht eingebüßt (I, 4) hat, daß es heute noch kraft der Identität der Bundesrepublik mit dem Reich zwischen der Bundesrepublik und dem Heiligen Stuhl verbindlich ist (I, 5) und die Länder nicht Vertragspartner geworden sind (I, 6), daß schließlich die Schulartikel des RK mit dem Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) nicht in Widerspruch stehen (II)¹¹⁾. In der früher oft diskutierten Frage der Rechtsnatur der Konkordate¹²⁾ unterstellt das Gericht im Einklang mit der sich seit längerem immer mehr

unverändert fortgeltendes Recht sei, im weiteren Verlauf des Verfahrens nur noch als Anregung gemäß § 67 Satz 3 BVerfGG aufrechterhalten.

⁸⁾ Schriftsätze der niedersächsischen Landesregierung a. a. O., S. 30 ff., 285 ff., 380 ff.

⁹⁾ Schriftsätze des Präsidenten des Senats der Freien Hansestadt Bremen a. a. O., S. 96 ff., 313 ff., 351 ff.; des hessischen Ministerpräsidenten a. a. O., S. 124 ff., 273 ff.

¹⁰⁾ BVerfGE Bd. 6, S. 330.

¹¹⁾ Das Gericht folgt in diesem Teil der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung. Die meisten dieser Punkte waren erst durch die beigetretenen Länder Bremen und Hessen in den Prozeß eingeführt und vor allem durch die von ihnen vorgelegten Gutachten in Streit gestellt worden.

¹²⁾ Vgl. namentlich E. R. H u b e r, Verträge zwischen Staat und Kirche, 1930, S. 59 ff.; Willibald M. P l ö c h l, Reflections on the Nature and Status of Concordats, The Jurist, Washington, VII, 1947, S. 3; Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 6. Aufl. 1955, Vol. 1, S. 254 f.; das von Juristen des StIGH dem Heiligen Stuhl zum RK erstattete Gutachten («... Die Konkordate sind völkerrechtliche Verträge...», auszugsweise abgedruckt bei Peter Friedrich, Aus dem Kampf um die Schule, Freiburg 1951, S. 41); Emil Z w e i f e l, Die rechtliche Natur der Vereinbarungen zwischen dem Staat und dem Apostolischen Stuhl (Konkordate), Zürich 1948.

durchsetzenden Meinung, daß Konkordate völkerrechtliche Verträge, und zwar, wie ausdrücklich (E, I einleitend) hervorgehoben wird, Staatsverträge im Sinne des Art. 123 Abs. 2 GG sind.

II.

Für die Entscheidung hat Teil E der Gründe¹³⁾ den Ausschlag gegeben¹⁴⁾; auch für die vorliegende völkerrechtliche Fragestellung ist er vor allem von Belang. Zwar hängt das Urteil zunächst an der staatsrechtlichen Frage, ob die Länder aus Verfassungsrecht dem Bund gegenüber verpflichtet sind, die in ihrer Zuständigkeit liegenden Vertragsbestimmungen zu erfüllen, ob also das im Antrag der Bundesregierung in Anspruch genommene Recht des Bundes auf Respektierung seiner völkerrechtlichen Verträge durch die Länder überhaupt besteht. Insofern spielt der Prozeß im innerstaatlichen Bereich, handelt es sich deshalb um keine völkerrechtliche, sondern um eine föderalistische Streitfrage, und indem das Gericht jene staatsrechtliche Frage verneint, werden andere Fragen unerheblich. Die Entscheidung verkennt dabei jedoch die staats- und völkerrechtliche Position des Bundesstaates, mißdeutet den Einfluß völkerrechtlicher Prinzipien auf das Grundgesetz und seine Auslegung, nimmt ausdrücklich sogar das vertragswidrige Verhalten der Bundesrepublik als Konsequenz seines Spruchs in Kauf¹⁵⁾ und zeitigt damit für die internationalen Beziehungen des Bundes Auswirkungen von großer Tragweite, zumal das Urteil die konkordatären den zwischenstaatlichen Abmachungen schematisch gleichsetzt¹⁶⁾. Das alles rechtfertigt das völkerrechtliche Interesse an diesem Fall.

Das Bundesverfassungsgericht hebt wiederholt hervor, daß das RK »das Deutsche Reich als staatliche Einheit verpflichtet« und im Geltungsbereich des Grundgesetzes »die staatliche Einheit durch die Bundesrepublik Deutschland als Bundesstaat verwirklicht« wird¹⁷⁾. Das vom Einheitsstaat

¹³⁾ BVerfGE Bd. 6, S. 340.

¹⁴⁾ Das wird zu Beginn des Teils E deutlich vermerkt.

¹⁵⁾ »Es braucht nicht untersucht zu werden, ob die Bundesrepublik Deutschland für ein konkordatswidriges Verhalten eines Landes dem Heiligen Stuhl gegenüber haftet. Auch die völkerrechtliche Haftung des Bundes könnte an der verfassungsrechtlichen Lage dem Lande gegenüber nichts ändern« (BVerfGE Bd. 6, S. 366 f.).

¹⁶⁾ Darum ist das Urteil hier (unter II) zunächst unabhängig von dem konkreten Anlaß und dem Umstand, daß es sich bei dem in Rede stehenden Vertrag um ein Konkordat handelt, zu würdigen. Auf jene nichtsdestoweniger schwerwiegenden staatskirchen- und konkordatsrechtlichen Besonderheiten kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu J. H. Kaiser, Die politische Klausel der Konkordate, Berlin, München 1949, S. 77 ff., besonders S. 82 f.

¹⁷⁾ E IV 2 (BVerfGE Bd. 6, S. 363 f.).

abgeschlossene Konkordat bindet also nunmehr den Bundesstaat, dessen Verfassung aber die umstrittene Vertragsmaterie grundsätzlich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorenthält und den Ländern überläßt. Die Mitwirkung der Länder ist darum zur Erfüllung des den Bund bindenden völkerrechtlichen Vertrages erforderlich und, wie hier im Gegensatz zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgeführt werden wird, eine aus dem Wesen des Bundesstaates und aus seiner Verfassung folgende Pflicht der Länder.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat den ihm vorschwebenden und das Urteil bestimmenden Begriff des Bundesstaates an mehreren Stellen, *en passant* aber unzweideutig, bezeichnet: »Die Bundesrepublik Deutschland – das sind verfassungsrechtlich der Bund und die Länder als ein Ganzes«¹⁸⁾; die Bundesrepublik, »deren Glieder (*sic*) der Bund und die Länder sind«¹⁹⁾; die Länder wie der Bund(!) haben »dem Wesen des sie (!) verbindenden verfassungsrechtlichen ›Bündnisses‹ entsprechend zusammenzuwirken«²⁰⁾; die Staats- und Verfassungslehre²¹⁾ pflegt, geschichtlich richtig²²⁾, die Gliedstaaten wie Länder und Kantone als Partner des sog. »verfassungsrechtlichen Bündnisses«, richtiger: des Bundes anzusehen, die durch diese Vereinigung erst den »Bund«, den Bundesstaat, konstituieren; den (vom Bundesverfassungsgericht *incidenter* festgestellten) rechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik aus einem völkerrechtlichen Vertrag entsprechen nach Meinung des Gerichts innerstaatlich nichts als »Interessen« des Bundes, wenn es sich um Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder handelt, und diese »Interessen« sind, wie das Gericht hervorhebt, nicht im Sinne des (auch den Bund zugunsten der Länder verpflichtenden) Grundsatzes der Bundestreue wahrzunehmen, sondern alles bleibt »dem Einvernehmen von Bund und Ländern auf dem Boden der Gleichordnung überlassen«²³⁾.

¹⁸⁾ E Einleitung (BVerfGE Bd. 6, S. 340).

¹⁹⁾ E IV 2 (BVerfGE Bd. 6, S. 364). Geiger hat das Sonderbare dieser Formulierung, die er a. a. O., S. 301 f. zitiert, nicht erkannt, obwohl er unmittelbar anschließend in der Wendung »Verhältnis von Bund und Gliedern im Bundesstaat« zutreffend allein die Länder als Glieder bezeichnet und sie dem Bund gegenüberstellt.

²⁰⁾ E III (BVerfGE Bd. 6, S. 361).

²¹⁾ Vgl. statt anderer Otto von Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch Bd. 7 (1883) S. 1154; Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 366 f.; Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1 (1957) S. 658; Fleiner-Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 40, 45 ff.

²²⁾ Vgl. z. B. Einleitung der Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 und der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871.

²³⁾ E III 2 (BVerfGE Bd. 6, S. 362) mit der schon genannten Folge, daß mangels Einvernehmens von Bund und Ländern der Bruch des Vertrages durch die Bundesrepublik hingenommen wird (a. a. O., S. 366 f.).

In diesen und anderen Wendungen wird, mehr oder weniger bewußt, der Bundesstaat als ein aus drei verschiedenen staatlichen Kategorien – Ländern, Bund und Gesamtstaat (Bundesrepublik) – gebildeter Begriff vorausgesetzt. Dabei wird der Bund, wie die beiden anderen Faktoren, als eigenständig und als ein vom Gesamtstaat zu unterscheidendes Staatswesen gedacht²⁴); Länder und Bund werden im Urteil gleichermaßen als »Glieder« des Gesamtstaats vorgestellt, die, so scheint es, unter der Glocke des Gesamtstaats, durch dessen unter Umständen drückende völkerrechtliche Verpflichtungen nicht immer sonderlich beschwert, gleichgeordnet nebeneinander »wesen«.

Hier wird die späte Form eines Bundesstaatsmodells, dessen Ursprünge strittig sind, bis zur letzten Konsequenz strapaziert und, wie ich glaube, *ad absurdum* geführt. In jener Spätform sehe ich die unter dem Einfluß einer Richtung des Rechtspositivismus bewirkte, simplifizierende und vergrößernde Mechanisierung des vornehmlich von Albert Haenel und Otto von Gierke vertretenen organischen, körperschaftlichen Begriffes vom Bundesstaat. Jeder schlichten, untheoretischen Befundnahme stellt sich der Bundesstaat wie der Staatenbund als eine auf den Dualismus politischer Existenz gegründete Ordnung dar. Das ist der Verfassung des Deutschen Bundes mit ihrer Gegenüberstellung von selbständigen Staaten und der »in politischer Einheit verbundenen Gesamt-Macht«²⁵) ebenso selbstverständlich wie allen Bundesstaatsverfassungen mit ihrer Unterscheidung von Bundes- und Ländergewalten, Bundes- und Länderzuständigkeiten, und das war auch der Staatstheorie nicht minder einleuchtend²⁶).

²⁴) Theodor Maunz belegt in diesem Sinne den Bund mit dem Namen Zentralstaat, der zusammen mit den Gliedstaaten den Gesamtstaat (Bundesstaat) bilde; Zentralstaat und Bundesstaat seien also »zwei verschiedene Gebilde« (Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl. München 1957, S. 144).

²⁵) Art. 2 der Wiener Schlußakte von 1815.

²⁶) Vgl. z. B. Johann Stephan Pütter, *Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte*, Göttingen 1777, S. 26 ff., 30 f., 35 ff.; Wilhelm von Humboldt in seiner berühmten Denkschrift »Über die Behandlung der Angelegenheiten des Deutschen Bundes durch Preußen« vom 30. September 1816, *Gesammelte Schriften*, Berlin 1904, Bd. 12, 1. Hälfte, S. 53 ff.; nach Laband besteht der Bundesstaat »aus zwei Etagen« (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1911, Bd. 1, S. 59); Carl Schmitt sieht im Bundesstaat »zwei Arten politischer Existenz nebeneinander: die Gesamtexistenz des Bundes und die Einzelexistenz des Bundesmitgliedes« (Verfassungslehre, 1928, S. 371); Ludwig Adamovich bekennt sich zur Lehre von der Gesamtverfassung im Sinne Kelsens, stellt aber den organisatorischen Dualismus in den Vordergrund (Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts, 4. Aufl. Wien 1942, S. 68 ff.). Hier ist kein Raum für eine dogmengeschichtliche Übersicht; dazu u. a. S. Brie, *Der Bundesstaat*, Leipzig 1874; J. L. Kunz, *Die Staatenverbindungen*, Handbuch des Völkerrechts, Bd. II 2 (1929) S. 595 ff.

Auch zum Verständnis der gegenwärtigen Rechtslage Deutschlands trägt die namentlich von Kelsen entwickelte Lehre vom dreigeteilten Bundesstaat nichts bei (a. a. O., *Ermanora*, Anm. 16 a des unten Anm. 39 zitierten Aufsatzes), selbst dann nicht, wenn man

Auch Haenel lehnt den Gedanken jener Dreiheit im Bundesstaat ausdrücklich ab²⁷⁾, ist doch »der Gesamtstaat nicht etwas vom Bundesstaat Verschiedenes, sondern der Bundesstaat selbst«²⁸⁾. Wie Haenel ficht Gierke, jenem lebhaft zustimmend, gegen den »Widerspruch einer mehrfachen höchsten Gewalt auf demselben Rechtsgebiet«; das Subjekt der unteilbaren Staatsgewalt sieht er in der verfassungsmäßigen Zusammengehörigkeit von Bund und Gliedstaaten, »in ihrer organischen Verbundenheit«. »Diese organische Gemeinschaft ist nicht eine neue staatliche Person über deren Komponenten«²⁹⁾. »*Tertium non datur*«³⁰⁾. Gierke sagte dem Reich die Entwicklung zum dezentralisierten Einheitsstaat voraus und befürwortete sie³¹⁾; die Idee einer Dreiteilung lag ihm wie Haenel ganz fern³²⁾. Hans

über den beiden deutschen »Teilordnungen« ein gemeinsames »Dach« annimmt (vgl. von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. 1, S. 35 ff. mit weiterem Schrifttum), da eine Gesamtverfassung oder Grundnorm nicht sichtbar wird; Scheuner, Die staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland, DVBl. 1950, S. 485, hält die Annahme eines »dreistöckigen« Bundessystems für offenbar absurd. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat vielen Entscheidungen den Dualismus von Verfassungsordnung des Bundes und Verfassungsordnungen der Länder zugrunde gelegt, z. B. BVerfGE Bd. 1, S. 233: »Einwirkung der Bundesverfassung auf die Landesverfassung«; eine beiden übergeordnete bundesstaatliche Verfassung ist in seiner ganzen Rechtsprechung noch nicht zum Vorschein gekommen.

²⁷⁾ Ebenso wie er sich gegen die Vorstellung von der Nebenordnung von Bund (in seiner Sprache »Gesamtstaat«) und Einzelstaaten ausspricht (Studien zum Deutschen Staatsrechte, Bd. 1, Leipzig 1873, S. 66); Martin Usteri irrt darum, wenn er in Haenel einen Vorläufer Kelsens erblickt (Theorie des Bundesstaates, Zürich 1954, S. 214). Auf S. 63 der Studien heißt es: »Nicht der Einzelstaat, nicht der Gesamtstaat sind Staaten schlechthin, sie sind nur nach der Weise von Staaten organisierte und handelnde politische Gemeinwesen. Staat schlechthin ist nur der Bundesstaat als die Totalität beider«. In diesen oft zitierten Sätzen behauptet Haenel nicht die Dreiheit, sondern die Einheit der Staatsgewalt, um für den Bundesstaat den Staatsbegriff zu retten, zu dessen begrifflichen Merkmalen, wie er ausführt, die »herkömmliche Auffassung« mit ihrer Aufspaltung der Staatssubstanz auf Einzelstaaten und Zentralstaat in »grellen Widerspruch« tritt (a. a. O., S. 62); vgl. auch Haenel, Zur Kritik der Begriffsbestimmung des Bundesstaates, Annalen (Hirth 1877) S. 78 ff., bes. 86 ff.

²⁸⁾ A. a. O., S. 66.

²⁹⁾ Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch Bd. 7 (1883) S. 1168; um das zu verdeutlichen führt Gierke die Analogie des »genossenschaftlichen Gesamteigentums« ein: das einheitliche Gesamtrecht des Bundes und die vielheitlichen Sonderrechte der Einzelstaaten »sind durch das korporative Verfassungsrecht dergestalt an- und durcheinander gebunden, daß sie nur in ihrer Totalität das vom Eigentumsbegriffe geforderte Herrschaftsrecht geben« (a. a. O., S. 1170).

³⁰⁾ A. a. O., S. 1159. Vgl. auch Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2 (1873) S. 839, ferner 854: Staat schlechthin sind weder das Ganze noch die Glieder; »vielmehr wird der volle Staatsbegriff im Sinne der höchsten und in sich abgeschlossenen Allgemeinpersönlichkeit erst durch die organische Zusammenfassung des Bundesgemeinwesens und der Einzelgemeinwesen erschöpft«. Aber der Bund ist das »Haupt« der Gemeinschaft, er vertritt das Ganze nach außen und entscheidet letztlich für es im Innern (Labands Staatsrecht, a. a. O., S. 1169).

³¹⁾ Genossenschaftsrecht Bd. 1 (1868) S. 842.

³²⁾ Für Usteris Meinung (a. a. O., S. 214, 154 f.), Gierke habe Haenels Bundes-

Kelsen hat sie dagegen um der axiomatischen Gleichordnung von Bund und Ländern willen mit großer Konsequenz und unter Inkaufnahme überraschender theoretischer Resultate durchgeführt³³⁾. Für ihn ist der Bundesstaat nur ein besonderer Fall der normativen Dezentralisation³⁴⁾ von Zuständigkeiten: die bundesstaatliche »Gesamtverfassung« delegiert die »Teilordnungen« der Gliedstaaten und, diese ergänzend und ihnen gleichgeordnet, die für das Gesamtgebiet geltende, für einen sachlichen Teilbereich zuständige »Teilordnung« des Bundes; Bund und Länder sind mit ihren Zuständigkeitsbereichen identisch und nur innerhalb derselben existent³⁵⁾! Der Bund ist darum ebenso ein »Teilstaat« wie jeder der Gliedstaaten³⁶⁾. Das behauptet auch Hans Nawiasky³⁷⁾, der neuerdings ebenfalls ein übergeordnetes Drittes konstruiert: die Gesamtheit als selbständiges Rechtssubjekt³⁸⁾.

Das Konkordatsurteil steht grundsätzlich auf dem Boden dieser Theorie³⁹⁾, für die sich weder im Grundgesetz, noch in irgendeiner anderen

staatslehre in eine Staatenstaatstheorie umgebogen, findet sich keine Grundlage. Auch Gerhard Anschütz kann nicht für die Idee einer Dreiteilung in Anspruch genommen werden, wenn er wie Gierke die Zentralgewalt als »Haupt« bezeichnet und Reich im weiteren Sinn als »die große Integration von Zentralstaat und Gliedstaaten« versteht (Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 1, 1930, S. 169, 295).

³³⁾ Vgl. vor allem Die Bundesexekution, Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, S. 127 ff.; Allgemeine Staatslehre, 1928, S. 199 ff.

³⁴⁾ Zur Bedeutung des Begriffs, namentlich für Kelsen und die von ihm geprägte Rechtslehre, vgl. Felix Ermacora, Das Wesen und die Grundformen der Zentralisation und Dezentralisation, Österr. Z. öff. Recht Bd. 5 (1952/53) S. 101 ff.

³⁵⁾ Kelsen, Die Bundesexekution, a. a. O., S. 138.

³⁶⁾ Kelsen, Diskussionsbeitrag, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStL) H. 6 (1929) S. 57, dem Anschütz (a. a. O., S. 65) und Lukas (a. a. O., S. 66 f.; vgl. auch S. 25) entschieden widersprochen haben.

³⁷⁾ Allgemeine Staatslehre, Teil 3 (1956) S. 150 ff., wo wie bei Kelsen auf die Zuständigkeit als Kriterium abgestellt wird.

³⁸⁾ Allgemeine Staatslehre, a. a. O., S. 159; vgl. die Ablehnung des dritten Elements bei sonstiger ausdrücklicher Übereinstimmung mit Kelsen in dem Diskussionsbeitrag VVDStL, H. 6 (1929) S. 60 und schon in der Schrift: Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, S. 29 f., 239, und dazu die Kritik Kelsens, Die Bundesexekution a. a. O., S. 143 Anm. 1.

³⁹⁾ Das Bundesverfassungsgericht hat schon früher einmal eine Theorie Kelsens und Nawiaskys ausgezeichnet: die Behauptung, der deutsche Staat sei 1945 untergegangen; noch im Beamtenrechtsurteil vom 17. 12. 1953 (BVerfGE Bd. 3, S. 88 f.) hat es diese These recht eingehend wiedergegeben, woraus man gefolgert hatte, daß das Gericht der Meinung dieser Autoren zumindest zuneige, was es später (BVerfGE Bd. 3, S. 320) jedoch entschieden bestritten hat. – In diesem Fall hat auch ein so guter Kenner der Bundesstaatslehre Kelsens wie Felix Ermacora in einem Aufsatz »Über das Wesen des Österreichischen Bundesstaats in Theorie und Praxis« (Juristische Blätter 1957, S. 3 Anm. 16 a), in dem der Theorie Kelsens eine Lanze gebrochen werden soll, ausgeführt, daß das Konkordatsurteil der Auffassung Kelsens nahe kommt.

Bundesstaatsverfassung⁴⁰⁾, noch im zwischenstaatlichen Verkehr⁴¹⁾ Anhaltspunkte aufweisen lassen. Der Bund ist kein Glied der Bundesrepublik wie die Länder Glieder, Gliedstaaten der Bundesrepublik sind. Bund im Sinne des Grundgesetzes⁴²⁾ ist die institutionelle Ordnung des Gesamtstaats⁴³⁾. Das diese Ordnung begründende und gewährleistende Recht, das z. B. den Ursprung der Staatsgewalt benennt (Art. 20 Abs. 2 GG), zu ihrer Handhabung einen Instanzenaufbau schafft und ihm im einzelnen Zuständigkeiten zuweist, die Symbole des Gesamtstaats bestimmt (z. B. Art. 22 GG) usw., die Verfassung des Bundes also, kann mit Kelsen⁴⁴⁾ natürlich als »Teilrechtsordnung« bezeichnet werden, da sie außer den einzelnen Instanzen- und Funktionsnormierungen der Länder besteht und durch sie ihr sachlicher Geltungsbereich beschränkt ist. Die Teilverfassungsordnungen der Länder und jene des Bundes sind Bestandteile der Verfassungsordnung im Gesamtstaat und können als solche wie die von ihnen bestimmten Behörden (in einem verbreiteten Jargon als Landes- und Bundes»ebene« veranschaulicht) und wie etwa auch die Haushaltsmittel von Bund und Ländern addiert werden. Aber nur die unzulässige, von Kelsen zwar behauptete, seitdem durch unsere Erfahrungen jedoch wohl erschütterte Identifizierung von Staat und Recht mit der *expressis verbis* gezogenen Konsequenz, daß alles Recht Staatsrecht wie jeder Staat Rechtsstaat sei⁴⁵⁾, führt zur Hypostasierung des Bundes zu einem Staatswesen, das wie die Gliedstaaten ebenfalls Glied des Gesamtstaates Bundesrepublik sein soll. Das ist ein

40) Max Imboden, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Zürcher jur. Diss., Aarau 1940, S. 38 Anm. 63, und Usteri a. a. O., S. 219, kritisieren mit diesem Argument Kelsens Lehre. Usteri bleibt jedoch auf halbem Wege stehen, wenn er meint, nach Organen des Ganzen zu suchen erübrige sich, weil dieses »ein statischer Rechtszusammenhang« sei (a. a. O., S. 239).

41) Hermann Mosler, Die völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassungen, Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 162 f.

42) Das diese Terminologie folgerichtig durchführt, nachdem es in Art. 20 Abs. 1 die volle Bezeichnung »Bundesrepublik Deutschland« in einer solennen Grundsatzentscheidung eingeführt hat. Abweichend Maunz, a. a. O., S. 144. Die Meinung, man müsse in einige Artikel den Begriff »Bundesrepublik« hineinlesen, obwohl es im Wortlaut »Bund« heißt (so Nawiasky für Art. 32 Abs. 1 GG und Eberhard Menzel generell für die Regelung der Auswärtigen Gewalt, soweit Bund und Länder nicht einander gegenübergestellt sind, VVDStRL H. 12, 1954, S. 236 f. und 258) trägt zur Klärung der betreffenden Normen nichts bei; dadurch ändert sich weder die Zuweisung noch der Umfang der Kompetenz, denn die Organe des Bundes handeln ohnehin für die Bundesrepublik und in deren Interesse.

43) »Das Haupt des Ganzen, die politische Organisation der nationalen Einheit und Gemeinsamkeit«, wie Anschütz das Reich umschreibt (Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 1, 1930, S. 17).

44) Das Problem der Souveränität, Tübingen 1920, S. 66, bes. S. 283; Die Bundesexekution a. a. O., S. 130 ff.

45) Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tübingen 1922, S. 114, S. 253.

Gedankengebilde ohne irgendeine Entsprechung in der wirklichen Welt. Es ist weder organisch gedacht – dem würde vielmehr die Vorstellung von den Teilen und dem Ganzen entsprechen, das mehr ist als die Summe seiner Teile –, noch entspricht es einer phänomenologischen Befundnahme, sondern steht dazu in schärfstem Widerspruch, denn die Differenz von Zentralstaat (Bund) und Gesamtstaat ist nirgends sichtbar. Der Bund stellt vielmehr das Ganze dar, in ihm wird das Ganze zu der Institution, die den Namen Bundesrepublik Deutschland führt; dieses Ganze handelt, wenn der Bund handelt, und der durch das Urteil entschiedene Rechtsstreit ist nicht ein Streit eines Gliedes der Bundesrepublik gegen eines oder mehrere ihrer anderen Glieder, im Gegenteil, Antragsteller ist das Ganze, für das der Antragsgegner und die ihm beigetretenen Länder mit konstitutiv waren und sind. Darum konnte im Eingang des Urteils die Bundesregierung »für die Bundesrepublik Deutschland« figurieren⁴⁶⁾, obwohl die das Verfahren tragenden Art. 93 Abs. 3 GG und § 13 Ziff. 7 BVerfGG (entsprechend § 68 BVerfGG) von »Meinungsverschiedenheiten . . . des Bundes und der Länder« sprechen.

2. Die schwer nachvollziehbare Dreiteilung des Bundesstaats durch das Gericht denaturiert den Bundesstaat zu einem schizophrenen Partner völkerrechtlicher Verträge: deren Bindung ergreift den Gesamtstaat von außen; dieser weiß innerstaatlich davon jedoch nichts, müßte er doch sonst als Herr der Zuständigkeitsverteilung zwischen Ländern und Bund die Erfüllung der ihn bindenden Verträge sichern, nötigenfalls durch Begründung einer eigenen Kompetenz für den Bund. Das Gericht dagegen erkennt zwar die völkerrechtliche Bindung des Gesamtstaats an, stellt innerstaatlich aber nicht eine entsprechende Verpflichtung des Gesamtstaats fest, sondern erwägt nur eine mögliche Kompetenz der »Teilordnung« Bund, bestreitet sie jedoch, um schließlich nur von »Interessen« des Bundes zu sprechen⁴⁷⁾. Die

⁴⁶⁾ Schon Günther Krauss hat auf den Widerspruch zwischen dieser Formel und jenem Sprachgebrauch hingewiesen (a. a. O., S. 343).

⁴⁷⁾ Z. B. E II einleitend (BVerfGE Bd. 6, S. 353): »Wie weit allgemein die Pflicht der Länder dem Bund gegenüber reicht, die die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich bindenden Verträge zu beachten, braucht hier nicht untersucht zu werden. Denn jedenfalls läßt sich aus der durch das Grundgesetz geschaffenen verfassungsmäßigen Ordnung eine dem Bund gegenüber bestehende Pflicht der Länder, die Schulbestimmungen des Reichskonkordats in ihrer Gesetzgebung einzuhalten, nicht herleiten. Der Annahme einer solchen Pflicht stehen Grundscheidungen des Grundgesetzes, die das Verhältnis von Bund und Ländern gerade im vorliegenden Sachzusammenhang gestalten, entgegen. Diese Grundscheidungen sind in Art. 7, 30, 70 ff. GG getroffen. Sie erklären – im Gegensatz zur Weimarer Verfassung – die Länder zum ausschließlichen Träger der Kulturhoheit, die für den Bereich der bekenntnismäßigen Gestaltung des Schulwesens nur durch die Bestimmungen der Art. 7, 141 GG begrenzt ist. Es handelt sich dabei um ein wesentliches Element des bundesstaatlichen Aufbaus der Bundesrepublik Deutschland«. Ferner: E III 2 (BVerfGE Bd. 6, S. 362).

hier sich aufdrängende Frage nach der logischen Verknüpfung zwischen Gesamtstaat und Bund bleibt offen.

Solche Halbheiten sind das Ergebnis mangelnder Konsequenz. Die vom Bundesverfassungsgericht hier in Grundzügen adoptierte Lehre vom Bundesstaat steht und fällt mit dem Kriterium der Kompetenz⁴⁸⁾, das allein jene Dreiteilung logisch möglich macht und die vom Gericht betonte Gleichordnung von Bund und Ländern wahr, indem es sie der Zuständigkeit des Gesamtstaats unterwirft⁴⁹⁾. Das Urteil ignoriert diese innere Kompetenz des Gesamtstaats, die mit der äußeren Zuständigkeit – das folgt aus dem Wesen jener Theorie – notwendig korrespondiert.

Die folgerichtig durchgeführte Lehre vom dreigeteilten Bundesstaat⁵⁰⁾ führt im vorliegenden Fall zu überraschenden Ergebnissen. Den Antrag der Bundesregierung müßte sie als die Geltendmachung einer gegebenen Zuständigkeit ansehen, die inhaltlich der Verpflichtung zur Erfüllung des RK entsprechen würde. Unterstellt man einen Verstoß gegen das RK durch den niedersächsischen Gesetzgeber, so hätte dieser, wie Kelsen mit der ihm eigenen Konsequenz folgert, als mittelbares Bundesorgan gehandelt, denn in dem Gesetz würde, weil es sich um eine Zuständigkeit des Bundes handeln würde, der Bund existent⁵¹⁾. Das Landesgesetz wäre deshalb als Akt des Bundes anzusehen und könnte als solcher natürlich vom Bund kassiert werden! – Jede Dreiteilung des Bundesstaates verkennt den *institutionellen Charakter des Bundes*⁵²⁾, und Kelsen, dessen Verdienst,

⁴⁸⁾ N a w i a s k y, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, S. 21 ff.

⁴⁹⁾ Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, die von Adolf Merkl entwickelt (Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, Berlin 1927, S. 85, 157 ff., 299 f.) und von Kelsen übernommen wurde, hat das Prinzip sinnfällig zum Ausdruck gebracht.

⁵⁰⁾ Über ihre Bedeutung für die Frage der völkerrechtlichen Wirkung einer innerstaatlichen Kompetenzverschiebung vgl. auch Mosler in der Festschrift für Richard Thoma, S. 169.

⁵¹⁾ Vgl. die Bundesexekution a. a. O., S. 144 Anm. 1.

⁵²⁾ Auch Herbert Krüger verkennt m. E. den institutionellen Charakter des Bundes, wenn er bestreitet, daß die Repräsentation des Bundesstaates ausschließlich Bundessache ist (vgl. das Rechtsgutachten Konkordatsprozeß, S. 1069), und die Identität von Reich und Bundesrepublik als eine Identität des Reichs mit dem Bund und den Ländern interpretiert (Süddeutsche Juristen-Zeitung 1950, S. 114 ff., und Konkordatsprozeß S. 1066 ff.). Im Konkordatsstreit hat Krüger daraus gefolgert, daß die Länder *pro rata* Partner des RK geworden seien; ebenso Werner Thiemé, Reichskonkordat und Länder, Göttingen 1956 (der dort im übrigen, m. E. zu Unrecht, die Theorie der Funktionsnachfolge allgemein auf zwischenstaatliche Beziehungen und vor allem auf die Konkordate anwendet, während Krüger, Konkordatsprozeß, S. 1057, die Funktionsnachfolge in diesem Zusammenhang strikt ablehnt); vgl. ferner die Schriftsätze der Niedersächsischen Landesregierung vom 8. 10. 1955, Konkordatsprozeß, S. 293 f., und vom 30. 4. 1956, a. a. O., S. 396 f., und Werner Weber am 3. Verhandlungstag, hektographiertes Protokoll, S. 102, 115; anderer Ansicht mit Recht Ulrich Scheuner, a. a. O., S. 111 f. Es liegt in der Natur der Entwicklung des Einheitstaats zum Bundesstaat, daß frühere Funktionen des Reiches und dem-

den anthropomorphen Schleier der Staatspersonifikationen durchstoßen zu haben, nicht bestritten werden soll, verflüchtigt die schicksalsträchtige Existenz einer Nation im Bundesstaat zu einem Komplex reiner Kompetenznormen⁵³⁾.

3. Die Bundesrepublik kann sich ihren Verpflichtungen aus dem RK auch nicht mit Rücksicht auf die Föderalisierung ihrer Verfassungsstruktur entziehen, obwohl diese nunmehr die meisten Konkordatsmaterien der Gesetzgebungskompetenz der Länder zuweist. Kein Staat kann sich auf seine Verfassung berufen, um sich von den Bindungen eines geltenden völkerrechtlichen Vertrages zu befreien⁵⁴⁾.

Das ist heute allgemein anerkannt⁵⁵⁾ und ist auch vom Bundesverfassungsgericht nicht bestritten worden. Das Gericht glaubt jedoch, jene Lehre

entsprechend Teile des Reichsrechts und des Reichseigentums durch das Grundgesetz den Ländern zugewiesen werden. Aber Funktionsnachfolge begründet noch keine Identität. Mit dem Reich können nicht die Teile, sondern nur das Ganze identisch sein, und dieses, als Institution, ist der Bund. Die von Krüger entwickelte Variante der Identitätstheorie kommt m. E. Vorstellungen vom Bundesstaat nahe, die sich schon bei Georg Waitz, Grundzüge der Politik, Kiel 1862, und bei Nawiasky, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, finden. Das Bundesverfassungsgericht hat die von der Niedersächsischen Landesregierung gezogene Folgerung, »daß sich die Vertragspartnerschaft des RK auf staatlicher Seite *quoad materiam* zwischen Bund und Ländern aufgeteilt habe« (Konkordatsprozeß, S. 392), ausdrücklich verworfen (BVerfGE Bd. 6, S. 338 f.).

⁵³⁾ Aber gerade Kelsen hat, obgleich etwa nur in dem Unterstatement eines Nebensatzes des Inhalts, der Bundesverfassungsgeber »vermeide« jede Verletzung der Gesamtstaatsverfassung, die notwendige letzte Harmonie zwischen Bund und Gesamtstaat prästabilisiert (Die Bundesexekutive a. a. O., S. 137).

⁵⁴⁾ So der StIGH in dem Gutachten vom 4. 2. 1932, «Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig», Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série A/B No. 44, S. 24; ebenso über den Vorrang eines Vertrages vor einem Gesetz die Entscheidung im französisch-schweizerischen Zonenstreit vom 7. 6. 1932 (a. a. O., Série A/B No. 46, S. 167). Vgl. ferner Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, S. 303; Rousseau, Droit international public, Paris 1953; S. 358; den von G. G. Fitzmaurice für die International Law Commission erstatteten Bericht "Law of Treaties", Document A/CN. 4/101, Entwurf eines "Code", Yearbook of the International Law Commission II, 1956, S. 108. Diskussionsgrundlage Nr. 1 des Preparatory Committee of the Conference for the Codification of International Law (The Hague 1930), League of Nations publication, V. Legal, 1929, V. 3 (document C. 75, M. 69, 1929, V), S. 19-159, abgedruckt in Yearbook of the International Law Commission, II, 1956, S. 224; Art. 5 des in erster Lesung vom Third Committee of the Conference for the Codification of International Law (The Hague 1930) angenommenen Texts, League of Nations publication, V, Legal, 1930, V. 17 (document C. 351 (c) M. 145 (c), 1930, V), abgedruckt in Yearbook of the International Law Commission, II, 1956, S. 225.

⁵⁵⁾ Vgl. für den Fall der Verfassungsänderung im Bundesstaat z. B. Mosler, a. a. O., S. 169 f.; R. W. G. de Muralt, State Succession, Den Haag 1954, S. 82 f. über die Praxis der Schweiz nach 1848; James McLeod Hendry, Treaties and Federal Constitutions, Washington D.C. 1955, S. 163, 157 und *passim*; Verdross, Völkerrecht, 3. Aufl. 1955, S. 304; zur Konkordatslage E. R. Huber, Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, 1933, S. 134, 136 f.; teilweise abweichend Hans Joachim Becker, Zur

habe »in erster Linie den Fall im Auge, daß ein Bundesstaat kompetenzgemäß völkerrechtliche Pflichten vertraglich übernommen hat, die er jedoch nach seinem innerstaatlichen Recht nicht erfüllen kann«; auf den vorliegenden Fall könne sie deshalb »keine unmittelbare Anwendung« finden⁵⁶). Diese Deutung wird ihr aber nicht gerecht und findet weder in den Formulierungen noch in Sinn und Zweck der Argumentation bei den einschlägigen Autoren irgendeine Stütze. Die geschichtlichen Beispiele der Zentralisation mögen den umgekehrten Vorgang der Wandlung eines Einheitsstaates zum Bundesstaat an Zahl überwiegen, das vom Ständigen Internationalen Gerichtshof a. a. O. formulierte Prinzip gilt für sie gleichermaßen⁵⁷). Das Bundesverfassungsgericht irrt, wenn es anschließend unterstellt, die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik aus dem vom Reich kompetenzgemäß abgeschlossenen Vertrag seien dadurch relativiert, daß sie von der Bundesrepublik »nicht übernommen, sondern ihr überkommen« seien. Das ist eine neuartige Unterscheidung, die in der Lehre, auf die sich das Gericht bezieht, keine Stütze findet, und für die keinerlei Raum ist, solange man an der Identität von Reich und Bundesrepublik festhält; man würde sonst nach jedem grundlegenden Wechsel der inneren Ordnung zwischen »überkommenen« und »übernommenen« Pflichten unterscheiden müssen.

Die völkerrechtliche Bindung eines Vertrages erfaßt den Staat schlechthin und insgesamt, auch die verfassunggebende Gewalt⁵⁸); andernfalls könnte jeder Vertrag jederzeit – denn die verfassunggebende Gewalt ist immer vorhanden⁵⁹) – ohne Verstoß gegen das Völkerrecht mit verfassungändernder Mehrheit beseitigt werden. Daß andererseits ein Vertragsbruch durch den Verfassungsgeber innerstaatlich mit Verfassungskraft Respekt fordern würde, folgt ebenfalls aus dem Wesen der verfassunggebenden Gewalt⁶⁰),

Rechtsproblematik des Reichskonkordats, 2. Aufl. München 1956, S. 48 f.; Schröcker, Die Wiederanwendung der Vorkriegsverträge nach dem Grundgesetz, DVBl. 1954, S. 487; anderer Meinung zu Unrecht H. Wagnon, Concordats et droit international, Gembloux 1935, S. 356: «Se transformant en État fédéral, l'état unitaire cesse d'être la même personne morale internationale; son concordat devra donc, en principe, cesser d'exister». Diese im Prozeß häufig zitierte These beruht auf der im Fall der Bundesrepublik nicht gegebenen Prämisse, daß Einheitsstaat und Bundesstaat nicht mehr ein identisches Rechtssubjekt sind.

⁵⁶) E IV 3 (BVerfGE Bd. 6, S. 366).

⁵⁷) Vgl. die Rechtsgutachten von Erlers, Konkordatsprozeß, S. 645; Maunz, a. a. O., S. 780; Mörsdorf, a. a. O., S. 832; Scheuner, a. a. O., S. 702 ff.; Verdross, a. a. O., S. 178; ferner Mosler, Protokoll des dritten Verhandlungstages, S. 79.

⁵⁸) Maunz, Nachtrag zu seinem Rechtsgutachten, Konkordatsprozeß, S. 808; Scheuner, Protokoll des dritten Verhandlungstages, S. 110, 116, 118; Arndt, a. a. O., S. 145, 146; vgl. aber 147 f. Anderer Meinung jedoch Werner Weber, a. a. O., S. 92, 103, 106; Herbert Krüger, a. a. O., S. 159 f.

⁵⁹) Carl Schmitt, Verfassungslehre 1928, S. 76 f.

⁶⁰) Art. 141 GG ist wegen seiner Unvereinbarkeit mit dem RK dafür ein Beispiel; ebenso Scheuner, Protokoll des dritten Verhandlungstages, S. 133, des fünften Ver-

und entsprechendes gilt im Geltungsbereich des Gesetzes für den Gesetzgeber⁶¹⁾.

4. Soweit derartige, im Konkordatsprozeß ausgiebig diskutierte Widersprüche zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht möglich sind und unter Umständen auch hingenommen werden, entspricht die dualistische Auffassung vom Verhältnis beider Rechtskreise den tatsächlichen Gegebenheiten. Damit steht in Einklang, daß der Bundesstaat im völkerrechtlichen Verkehr grundsätzlich als Einheit auftritt⁶²⁾ und die Interna seiner bundesstaatlichen Ordnung den Vertragspartner nicht betreffen. Für diesen gilt heute aber nicht mehr in vollem Umfang, was im 19. Jahrhundert in Law Officers' Reports an die britische Regierung zum Ausdruck kam: sie, wie es z. B. 1852 hieß, "can know nothing of the separate or internal obligations" der Gliedverbände⁶³⁾; der ursprüngliche Agnostizismus der dualistischen Theorie schleift sich mehr und mehr ab zu einem «dualisme, mais interpénétration»⁶⁴⁾. Aber auch gegenwärtig unterscheidet sich der Bundesstaat im völkerrechtlichen Verkehr nur wenig vom dezentralisierten Einheitsstaat⁶⁵⁾.

Daraus ergeben sich Folgerungen für die Frage der Auswärtigen Gewalt im Bundesstaat. Das Völkerrecht mag, etwa unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit, elementare Anforderungen an die Organisation der Auswärtigen Gewalt stellen. Dem Verfassungsgeber wird man im Zweifel unterstellen dürfen, daß er dieses Organ so ausstatten wollte, wie es den besonderen Bedingungen des völkerrechtlichen Verkehrs am besten entspricht. Vergleiche mit dem Recht der Schweiz, der USA, Kanadas, Australiens und anderer Staaten⁶⁶⁾ sind im Konkordatsprozeß

handlungstages, S. 120 f.: die Bundesregierung vertrete »nicht die These, daß ein Vorrang der völkerrechtlichen Verträge vor der Verfassung besteht«; Bachof, Protokoll des fünften Verhandlungstages, S. 84 ff. Anderer Ansicht die Bundesregierung in ihrem Schriftsatz vom 29. 9. 1955 (Konkordatsprozeß, S. 247 f.), die in Art. 141 GG lediglich eine Befreiung von Art. 7 Abs. 3 Satz 1 GG erblickt.

⁶¹⁾ Paul Guggenheim, Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, Karlsruhe 1955, S. 21 f.

⁶²⁾ BVerfGE Bd. 2, S. 378.

⁶³⁾ Mc Nair, International Law Opinions, Vol. I, Cambridge 1956, S. 36, mit weiteren Beispielen.

⁶⁴⁾ Louis Cavaré, Le droit international public positif, Paris 1951, S. 136 ff., mit Nachweisen aus den völkerrechtlichen Beziehungen von Bundesstaaten, S. 368 ff.; Robert Redlob, Les principes du droit des gens moderne, Paris 1937, S. 66 f.

⁶⁵⁾ Vgl. Mosler, Die völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassungen, Festschrift für Richard Thoma, S. 172.

⁶⁶⁾ Dazu die kenntnisreiche Studie von Rudolf Bernhardt, Der Abschluß völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat, Heft 32 der von Hermann Mosler herausgegebenen Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 1957. Die Unterschiede zwischen kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Bundesstaaten betont anläßlich des Konkordatsurteils Edward McWhinney, a. a. O., S. 842 ff.

wie im Wehrstreit⁶⁷⁾ mit staunenswerter Gelehrsamkeit zu Fragen der Auswärtigen Gewalt in der Bundesrepublik⁶⁸⁾ angestellt worden. Sie können in jenen Fällen unmittelbar überzeugen, in denen eine ausländische Argumentation sich primär auf Völkerrecht⁶⁹⁾ oder, was häufiger ist, auf allgemeine Rechtsprinzipien stützt, in denen wir eine gemeinsame Grundlage erkennen. Im übrigen bedarf das *tertium comparationis* sorgfältiger Nachweise, denn jeder Bundesstaat, vor allem der deutsche und amerikanische, lebt vorzüglich aus der ihm eigentümlichen Tradition und Entelechie.

Die Unterscheidung von Innen und Außen besagt heute nicht mehr die strikte Scheidung im Sinne von John Locke⁷⁰⁾; Auswärtige Gewalt und Inhaber der Herrschaft im Innern sind darum seit langem nicht mehr "really distinct powers"⁷¹⁾. Dennoch tritt die Eigenart der Auswärtigen Gewalt gegenwärtig in ein neues Licht, da die Intensität der völkerrechtlichen Beziehungen und die Interdependenz der einzelnen außenpolitischen Akte auch dem Bundesstaat die zentralisierte Geltendmachung seiner auswärtigen Belange aufdrängen⁷²⁾. Daraus vielleicht noch mehr als aus der Natur der

67) Vgl. die Schriftsätze, Gutachten usw. in »Der Kampf um den Wehrbeitrag«, Bd. 2 der Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz, 1. Halbbd. 1952, 2. Halbbd. 1953.

68) Obwohl Konkordate nicht unter Art. 32 GG fallen (BVerfGE Bd. 6, S. 362 – E III 2; entsprechend schon die herrschende Meinung zur Zeit der Weimarer Republik), sind sie doch vornehmlich Akte der Auswärtigen Gewalt, weil »nach außen« gerichtet.

Unrichtig ist die Meinung des Bundesverfassungsgerichts, Konkordate fielen nicht unter Art. 59 GG (a. a. O. ohne Begründung). Es ist nicht einzusehen, warum für ein Bundeskonkordat über Materien, die der Gesetzgebungskompetenz des Bundes anheim gegeben sind, die Vertretungsbefugnis des Bundespräsidenten nach Abs. 1 und das parlamentarische Zustimmungswort nach Abs. 2 des Art. 59 GG ausgeschlossen werden soll.

69) Z. B. in der berühmten Entscheidung des Supreme Court *US v. Curtiss-Wright Export Corp. et al.*, 299 US 318 (1936).

70) *Two Treaties on Government* (1690) §§ 145 ff. – Die demokratischen Staaten, vor allem soweit sie der Strömung der verschiedensten wirtschaftlichen Integrationen folgen, sind dazu viel zu porös.

71) In die Auswärtige Gewalt »teilen« sich Exekutive und Parlament, dieses nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 und außerdem seiner allgemeinen kontrollierenden, u. U. aber auch wegleitenden Möglichkeiten; man wird sich fragen müssen, ob nicht Fraktionen, Parteien und sogar Interessengruppen schon begonnen haben, gewisse, wenn auch nur winzige Partikel (z. B. Beschickung internationaler Institutionen) für sich abzuspalten; es scheint sich hier ein Prozeß anzubahnen, der auf anderen Gebieten wie dem der Gerichtsbarkeit (Sonder- und Ehrengerichtsbarkeit) längere Parallelen hat.

Grewe sieht mit Montesquieu die Auswärtige Gewalt nach wie vor als einen Bestandteil der vollziehenden Gewalt an (VVVDStL, H. 11, 1954, S. 130 ff.); Menzel hält sie für eine »kombinierte Gewalt«, die zwei Funktionsträger hat: Exekutive und Legislative (a. a. O., S. 197); im übrigen überschätzt Menzel m. E. die »Wirklichkeitsnähe« und Aktualität der Konzeption Lockes.

72) Das Pendant dieser Zentralisierung ist der Zug zur funktionellen Aufgliederung der auswärtigen Zuständigkeiten zu Lasten des Auswärtigen Amtes und zugunsten der übrigen Ressorts und anderer öffentlicher Einrichtungen.

auswärtigen Beziehungen resultiert der Gegensatz von Auswärtiger Gewalt und gliedstaatlicher Zuständigkeit im Bundesstaat, eine von mehreren Antinomien des Föderalismus.

Zur Systematik der einschlägigen Artikel des Grundgesetzes hat vor allem Mosler wiederholt Stellung genommen⁷³⁾; die Zuständigkeit des Bundes ergibt sich nicht aus Art. 59 Abs. 2⁷⁴⁾, sondern aus Art. 32 Abs. 1; diese Norm kehrt die allgemeine Zuständigkeitsbestimmung des Art. 30 um, indem sie eine Kompetenzzuweisung zugunsten des Bundes begründet. Die Zuständigkeit des Bundes zur Pflege der auswärtigen Beziehungen findet jedoch nicht, wie Mosler meint⁷⁵⁾, eine Grenze an der legislativen Kompetenz der Länder⁷⁶⁾. Die Auswärtige Gewalt, und insbesondere die Zuständigkeit des Bundes zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge, bestimmt sich nicht nach der Gesetzgebungszuständigkeit. Auch Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder können nach Art. 32 Abs. 1 GG Inhalt völkerrechtlicher Verträge des Bundes sein⁷⁷⁾. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte dieses Artikels: Der Entwurf des Konvents von Herrenchiemsee wollte die Zuständigkeit zum Abschluß von Staatsverträgen an die Verteilung der legislativen Kompetenzen zwischen Bund und Ländern binden. In der dritten Lesung des Hauptausschusses führte jedoch der Abgeordnete von Mangoldt aus, daß so der Bund wichtige Gebiete durch Verträge nicht regeln könne.

⁷³⁾ Die Auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Völkerrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen (Festgabe für C. Bilfinger), Heft 29 der Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 1954, S. 243-299 (bes. S. 256 ff.); Die völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassungen, Festschrift für Richard Thoma, 1950, S. 129 ff.; Kulturabkommen des Bundesstaats, diese Zeitschrift Bd. 16 (1955/56), S. 1 ff.; VVDStRL, H. 12, 1954, S. 239 ff.

⁷⁴⁾ Abweichend Maunz, Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl. 1957, S. 255.

⁷⁵⁾ Vgl. auch Herbert Kraus, Kulturabkommen der deutschen Länder mit auswärtigen Staaten, Archiv des Völkerrechts Bd. 3, 1951/52, S. 414 ff.; Nawiasky, VVDStRL, H. 12, 1954, S. 235 ff.

⁷⁶⁾ Von dieser Verbindung zwischen auswärtigen Zuständigkeiten und Gesetzgebungskompetenz sagt auch Mosler, daß sie längst der Berechtigung entbehrt (diese Zeitschrift Bd. 16, 1955/56, S. 15).

⁷⁷⁾ Ebenso Grewe, VVDStRL, H. 12, 1954, S. 164 f.; Kaufmann, Sonder-sitzung des Bundesrats vom 15. 6. 1951, Sitzungsber. S. 21; von Mangoldt, Kommentar zum Grundgesetz, 1953, Art. 32, S. 202; Menzel, Bonner Kommentar, Art. 59, Anm. II, 6, und VVDStRL, H. 12, 1954 S. 206; Scheuner, Rechtsgutachten vom 18. 8. 1952, Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. 2, S. 152 f. und Rechtsgutachten vom 12. 9. 1955, Konkordatsprozeß, S. 709; A. A. Bernhardt a. a. O., S. 141 ff. Die Niedersächsische Landesregierung hat in ihrem Schriftsatz vom 30. 4. 1956 (Konkordatsprozeß S. 394) anerkannt, daß »bei echten internationalen Verträgen« immer »die 'Auswärtige Gewalt' des Bundes beteiligt« sei, und von dorthier möge »ein gewisser Primat und eine Garantstellung des Bundes auch dort anzuerkennen sein, wo die Länder Vertragsschließungskompetenz besitzen«.

Darauf erhielt Abs. 1 die gegenwärtige Fassung⁷⁸⁾. Diese Deutung wird auch dem Wortlaut am besten gerecht: Art. 32 Abs. 1 enthält eine einzige, uneingeschränkte, positive Aussage und kann insofern mit Art. 30 nicht verglichen werden. Art. 32 Abs. 3 ist nicht stark genug, um eine Ausnahme von Abs. 1 zu statuieren. Mit der zurückhaltenden Formulierung »die Länder . . . können . . .« (statt etwa des entschiedenen »ist Sache der Länder«) begründet er nur eine konkurrierende Zuständigkeit der Länder.

Die mit der Auswärtigen Gewalt gegebenen Zuständigkeiten entziehen sich auch ihrer Natur nach ebenso wie die auswärtigen Angelegenheiten einer inhaltlichen Bestimmung und Begrenzung⁷⁹⁾, denn sie umfassen die Totalität der staatlichen Beziehungen zu anderen Subjekten des Völkerrechts. Die Vertragsgewalt läßt sich schwerlich davon abspalten und nach einem starren, aus der internen Gesetzgebungskompetenz abgeleiteten Maßstab auf Bund und Länder aufteilen, ohne daß ihrem Wesen Gewalt angetan wird.

Eine so umfassende Zuständigkeit ist im Bundesstaat immer durch die Pflicht zur *Bundestreue* mitbestimmt. Darin ruht ein Regulativ jener Kompetenz, das nicht weniger umfassend ist als jene Kompetenz selbst; ein sehr allgemeines Prinzip zwar, das aber in jedem Fall, ohne den Dingen Gewalt anzutun, konkretisiert werden kann und den Belangen der Länder besser entspricht als die schematische, oft genug grobschlüchtig wirkende Anwendung der starren Kriterien ihres Gesetzgebungsbereichs auf die Pflege der auswärtigen Beziehungen. Man sollte darum auch im Länderinteresse nicht auf der Bindung der Vertragsgewalt des Bundes an seine legislative Zuständigkeit, die längst als unzulänglich erkannt wurde und sich durch die Praxis als undurchführbar erwies, beharren, um so weniger, als der Grundgesetzgeber offensichtlich gewillt war, sie aufzugeben.

Die Bundestreue macht dem Bund nicht nur ein allgemein länderfreundliches Verhalten zur Pflicht, nicht nur *comitas* und *courtoisie*, sondern die jeweils konkrete Rücksicht auf die individuellen Belange einzelner oder aller Länder^{79a)}, auf deren Seite dem jeweils ein klagbarer Anspruch korrespondiert, auch wenn die Bundestreue häufig nur in gewissen äußeren Umrissen justitiabel ist⁸⁰⁾. Sie gilt nicht nur dort, wo ein Staatsvertrag des Bundes im Effekt die Gesetzgebungshoheit der Länder berührt, sondern im gesamten Bereich der Auswärtigen Gewalt.

⁷⁸⁾ v. Mangoldt, a. a. O., S. 200; Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. 1, 1952, S. 305.

⁷⁹⁾ Herbert Kraus, Rechtsgutachten vom 20. 5. 1952, Der Kampf um den Wehrbeitrag Bd. 1, 1952, S. 143; Mosler, Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, a. a. O., S. 253.

^{79a)} BVerfGE Bd. 1, S. 315.

⁸⁰⁾ BVerfGE Bd. 4, S. 115 (140 f.).

Die Bundestreue ist ein das ganze Staatsrecht des Bundes durchwirkendes Prinzip. Sie ist spezifisch deutsch-rechtlichen Auffassungen entsprungen und der deutschen Bundesstaatstradition so eigentümlich und gemäß, daß sie auf fremde Bundesstaaten wohl ebensowenig übertragen werden kann wie ausländische Lehren und Fälle hier nicht viel beitragen. Ihr gebührt im Verhältnis von Bund und Ländern heute derselbe Rang, der früher den umstrittenen Fragen nach dem Staatscharakter und der Souveränität des Bundes und der Länder zukam. Die Bundestreue ist ein Institut des labilen Bundesstaates⁸¹⁾, das trotz eindeutiger und unter Umständen auch eingreifender Zuständigkeiten des Bundes und der Länder die Gewichte zwischen den Belangen des Ganzen und der Glieder so verteilt, daß der bestehende und für unsern Bundesstaat wesentliche Schwebzustand erhalten bleibt und die Frage nach der Souveränität nicht gestellt zu werden braucht⁸²⁾. Darum ist die Bundestreue eine unabdingbare Voraussetzung für den Fortbestand des Bundesstaates, um so mehr als die von Carl Schmitt noch mit Recht in den Vordergrund gestellte Homogenität⁸³⁾ in mancherlei Hinsicht⁸⁴⁾ an Substanz eingebüßt hat. Die Forderung der Bundestreue, der Loyalität, tritt insoweit an die Stelle der Homogenität und gewinnt dadurch nicht nur für den regionalen Föderalismus, sondern auch für den sog. funktionalen »Föderalismus« der Parteien und organisierten Interessen Bedeutung, um auch in der pluralistischen Gesellschaft eine die Freiheit des Einzelnen und des Ganzen gewährleistende Art »Schwebzustand« zu garantieren⁸⁵⁾.

Rudolf S m e n d hat seinem Aufsatz⁸⁶⁾, der grundlegende Ausführungen über die bundesfreundliche Gesinnung und die Vertragstreue enthält, eine Episode an die Spitze gestellt, die die teils ungeschriebene Pflicht der

⁸¹⁾ Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1930, S. 182; ders., »Staat« in Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 7, 4. Aufl. Jena 1926, S. 738 ff.

⁸²⁾ Dazu vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 371 ff.

⁸³⁾ A. a. O., S. 376 ff.; vgl. dazu auch J. H. Kaiser, »Finance – un mot d'esclavage« (Rousseau), Zur Verfassungskrise der Vierten Republik, Die Öffentliche Verwaltung, 1948, S. 76 f.

⁸⁴⁾ Gerhard Leibholz, Der Parteienstaat des Bonner Grundgesetzes, in Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 3 (1951) S. 99 ff., hat dazu einen wichtigen Gesichtspunkt namhaft gemacht.

⁸⁵⁾ Vgl. J. H. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956, S. 338 ff.

⁸⁶⁾ Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat, Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247, bes. 259 ff. Auch Triepel hat die Pflicht der Länder, vor allem in Bezug auf die Auswärtige Gewalt »ihr Verhalten den rechtlich anerkannten Lebensinteressen des Reiches anzupassen«, als »reichsverfassungsmäßigen Grundsatz« hervorgehoben (Die Reichsaufsicht, Berlin 1917, S. 369 und *passim*). Schon Laband hatte diese Pflicht als Treupflicht gekennzeichnet (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl. Tübingen 1911, S. 109).

Reichsleitung zur Rücksichtnahme auf die Länder im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten veranschaulicht. Die auf diesem Gebiet dem Bund vom Grundgesetz eingeräumte umfassende Zuständigkeit ist ebenfalls über den Buchstaben der Verfassung hinaus durch Rücksichten auf die Länder gebunden; das folgt aus der Pflicht zur Bundestreue, die hier einen subsidiären, ergänzenden Charakter hat⁸⁷⁾, indem sie jene umfassende Bundeskompetenz in Gestalt einer *implied limitation* hemmt. So löst die Bundestreue die aus dem Gegensatz von Auswärtiger Gewalt und gliedstaatlicher Zuständigkeit sich ergebende Antinomie.

5. Die Bindung der Länder durch die Pflicht zur Bundestreue hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach ausgesprochen⁸⁸⁾; im Konkordatsurteil hat es anerkannt, »daß insbesondere auf dem Gebiete der auswärtigen Beziehungen, in denen der Bund die Kompetenzvermutung für sich hat, die Treupflicht der Länder dem Bund gegenüber besonders ernst zu nehmen ist«⁸⁹⁾.

Vor dem Gericht ist streitig gewesen, ob die Bundestreue lediglich subsidiären Charakter hat⁹⁰⁾ oder auch als selbständiger Geltungsgrund Pflichten der Länder (und des Bundes) zu begründen vermag, die das geschriebene Bundesstaatsrecht nicht kennt. Diese Ansicht verdient den Vorzug, da sie allein den Gegebenheiten des Bundesstaates gerecht wird⁹¹⁾; bestimmte Pflichten der Länder ergeben sich unmittelbar »aus dem bundesstaatlichen Gesamtgefüge«⁹²⁾. Das Bundesverfassungsgericht hat geglaubt, nicht prüfen zu müssen, »wie weit allgemein die Pflicht der Länder dem Bund gegenüber reicht, die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Verträge zu beachten«, weil sich »jedenfalls aus der geschriebenen Verfassung« eine dem Bund gegenüber bestehende Pflicht der Länder zur Ein-

⁸⁷⁾ Wie ihn Mosler, Protokolle des fünften Verhandlungstages, S. 21 ff., und Schüle, a. a. O., S. 69 ff., entwickelt haben.

⁸⁸⁾ BVerfGE Bd. 1, S. 117 (131); Bd. 1, S. 299 (315); Bd. 3, S. 52 (57); Bd. 4, S. 115 (140 f.), nachdem dieses Prinzip von den Ländern vor Zusammentritt des Bundestages (Art. 122 GG) nicht selten ignoriert worden war (Ipsen, Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, Deutsche Verwaltung 1949, S. 490).

⁸⁹⁾ E III (BVerfGE Bd. 6, S. 362). Schon in den beiden letzten der in Anm. 88 zitierten Entscheidungen war die Bundestreue auf Gegenstände der ausschließlichen Landeszuständigkeit bezogen.

⁹⁰⁾ Schüle, a. a. O.

⁹¹⁾ Mosler, a. a. O.; Scheuner, a. a. O., S. 113 f.; Werner Weber, a. a. O., S. 50; Geiger, Bayerische Verwaltungsblätter 1957, S. 339, und schon Smend, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat, a. a. O., S. 261, und Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, abgedruckt in »Staatsrechtliche Abhandlungen« Berlin 1955, S. 271 ff.

⁹²⁾ Maunz, Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl. 1957, S. 189; vgl. auch v. Mangoldt, VVDStRL, H. 10, 1952, S. 58 f.; so muß wohl auch BVerfGE Bd. 1, S. 131, verstanden werden.

haltung der Schulbestimmungen des RK nicht ergebe⁹³). Das Urteil gibt hier in der Tat »einige Rätsel auf«⁹⁴). Werden die Länder dadurch, daß sich das Gericht nur an das positive Recht hält, nicht insoweit tatsächlich von der Pflicht zur Bundestreue, die ein Satz des ungeschriebenen Verfassungsrechts ist, entbunden? Und wie ist das vereinbar mit der früheren Mahnung des Gerichts an die Länder, diese Pflichten nicht weniger ernst zu nehmen »als diejenigen, die sich aus positiven Rechtsvorschriften ergeben ...«⁹⁵)?

Die Länder haben bei der Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge des Bundes mitzuwirken, soweit die Vertragsmaterie innerstaatlich ihrer ausschließlichen Zuständigkeit unterliegt und infolgedessen die Erfüllung der Verträge ohne ihr Mitwirken an sich nicht möglich wäre. Diese verfassungsrechtliche Pflicht der Länder beginnt, wo die Handlungsmacht des Bundes an der Schranke der internen Kompetenzabgrenzung endet. Dabei werden die Länder weder durch die völkerrechtliche Vertragsbindung mit ergriffen, noch handeln sie bei Erfüllung der Bundesverträge als O r g a n e des Gesamtstaates⁹⁶); eher läßt sich aus Art. 30 GG jene verfassungsrechtliche Pflicht der Länder ableiten: da die Durchführung völkerrechtlicher Verträge zu den staatlichen Aufgaben zählt (was sogleich zu begründen ist), ist die Erfüllung solcher Aufgaben Sache der Länder, soweit das GG dem Bund die entsprechenden Befugnisse vorenthält; die Länder handeln dann als die verfassungsrechtlich zuständigen Teile des G a n z e n. Meines Erachtens läßt sich in unserer geltenden Verfassung keine völlig selbständige, frei schwebende Pflicht der Länder zur Beachtung der den Bund bindenden Verträge nachweisen⁹⁷). Diese Pflicht wird meist und wohl auch am überzeugendsten als Konsequenz der dem Ganzen geschuldeten Bundestreue begründet.

Auf diesen »allgemeinen bündischen Rechtssatz«⁹⁸) hat sich die Bundes-

⁹³) E II; E II 4 (BVerfGE Bd. 6, S. 353 f., 359 f.) siehe oben Anm. 47; vgl. auch E III 2 (BVerfGE Bd. 6, S. 362): »Die Entscheidung des Grundgesetzes, wonach die Länder in der bekenntnismäßigen Gestaltung des Schulwesens verfassungsrechtlich nur durch Art. 7 GG beschränkt sind, schließt auf diesem Gebiet eine darüber hinausgehende Pflicht der Länder dem Bund gegenüber aus«.

⁹⁴) Geiger, a. a. O., S. 340.

⁹⁵) BVerfGE Bd. 4, S. 141.

⁹⁶) Abweichend Verdross, Rechtsgutachten vom 12. 9. 1955, Konkordatsprozeß, S. 719.

⁹⁷) Das Bundesverfassungsgericht hat, m. E. nicht ganz zutreffend, zum Ausdruck gebracht, die Bundesregierung sei im Laufe des Verfahrens dazu übergegangen, eine solche Pflicht geltend zu machen (C 8 [BVerfGE Bd. 6, S. 328]); vgl. jedoch Mosler, Protokolle des fünften Verhandlungstages, S. 20 ff., bes. S. 28; andererseits Scheuner, a. a. O., S. 113 ff., bes. S. 116.

⁹⁸) Carl Bilfinger, Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens, Tübingen 1923, S. 55 und *passim*.

regierung in ihrer Antragsbegründung⁹⁹⁾ berufen: das Land verletze seine Pflicht zur Bundestreue, wenn es die Erfüllung des Vertrages in seinem Bereich unmöglich mache und so den Bund vertragsbrüchig werden lasse. Der Antragsgegner hat nur die von der Bundesregierung behauptete Tatsache der Vertragsverletzung in Abrede gestellt, aber nicht jene Pflicht zur Bundestreue, im Gegenteil: »... die Niedersächsische Landesregierung hat nicht bestritten, daß es dieses Prinzip gibt und daß aus ihm u. a. auch die Pflicht der Länder folgt, die auswärtige Politik des Bundes, insbesondere die Erfüllung der ihn verpflichtenden völkerrechtlichen Verträge, nicht durch Handlungen oder Unterlassungen zu stören«¹⁰⁰⁾. Auch während des mündlichen Verfahrens haben Vertreter der Länder diese klare und eindeutige Rechtsauffassung bestätigt¹⁰¹⁾. Es kommt hinzu, daß der Bund durch derartiges Länderverhalten nicht nur in den Ruf mangelnder Vertragswürdigkeit gebracht werden kann, er haftet darüber hinaus auch für völkerrechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Gliedstaaten¹⁰²⁾; diese sind um so mehr aus dem Grundsatz der Bundestreue verpflichtet, die den Gesamtstaat bindenden Verträge zu respektieren.

Jeder Bundesstaat sieht sich der möglichen Inkongruenz von völkerrechtlicher Vertragsgewalt und innerstaatlicher Aufgabenverteilung gegenüber und hat sie mit den ihm gemäßen Mitteln zu überwinden. Österreich, dessen Verfassung alle Staatsverträge der ausschließlichen Bundeskompetenz zuweist (Art. 10, Ziff. 2), verpflichtet die Länder zur Durchführung der Verträge in deren Bereich, andernfalls die Zuständigkeit des Bundes an deren Stelle tritt¹⁰³⁾. Noch weiter geht die berühmte Be-

⁹⁹⁾ Konkordatsprozeß, S. 29, und in weiteren Schriftsätzen a. a. O., S. 170, 175 f., 320.

¹⁰⁰⁾ Schriftsatz der Landesregierung vom 8. 10. 1955, Konkordatsprozeß, S. 288.

¹⁰¹⁾ Herbert Krüger, Protokolle des dritten Verhandlungstages, S. 88; ders., Rechtsgutachten, Konkordatsprozeß, S. 1075; ders., Völkerrecht im Bundesstaat, Festschrift für Erich Kaufmann S. 240; Werner Weber, Protokolle des fünften Verhandlungstages, S. 60.

¹⁰²⁾ Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, S. 360 ff.; Friedrich Klein, Die mittelbare Haftung im Völkerrecht, Frankfurt 1941, S. 183 ff.; Max Sørensen, Federal States and the International Protection of Human Rights, AJIL vol. 46 (1953), S. 210; Rule IX des Draft on "International Responsibility of States for Injuries on their Territory to the Person or Property of Foreigners", prepared by the Institute of International Law (1927), Harvard Law School, Research in International Law, vol. 2, Responsibility of States, Cambridge, Mass. 1929, S. 228-330, abgedruckt in Yearbook of the International Law Commission, vol. 2 (1956) S. 228.

¹⁰³⁾ »Die Länder sind verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, die in ihrem selbständigen Wirkungsbereich zur Durchführung von Staatsverträgen erforderlich werden; kommt ein Land dieser Verpflichtung nicht rechtzeitig nach, so geht die Zuständigkeit zu solchen Maßnahmen, insbesondere auch zur Erlassung der notwendigen Gesetze, auf den Bund über. Ebenso hat der Bund bei Durchführung von Verträgen mit fremden Staaten das Überwachungsrecht auch in solchen Angelegenheiten, die zum selbständigen Wirkungsbereich der Länder gehören ...« (Art. 16).

stimmung der Verfassung der USA: "... all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land" und deren Auslegung durch den Supreme Court¹⁰⁴). Bundesstaatliche Gebilde im Commonwealth, Australien, Indien und die Zentralafrikanische Föderation, sind ebenfalls Beispiele für eine ausschließliche Bundeszuständigkeit zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge und zu ihrer innerstaatlichen Durchführung¹⁰⁵). Nur in Kanada entbehrt die zentrale Dominiongewalt heute laut einer sehr umstrittenen Entscheidung des Judicial Committee of the Privy Council von 1937 der Durchführungskompetenz; diese ist ihr in sec. 132 des British North America Act von 1867 zwar ausdrücklich für Verträge des British Empire mit fremden Staaten eingeräumt, der Privy Council hat es jedoch versäumt, daraus *per analogiam* dasselbe für die inzwischen entstandene ausschließliche Vertragsgewalt des Dominion zu folgern¹⁰⁶). In der Schweiz nehmen Praxis und herrschende Lehre ebenfalls ein umfassendes Recht der Eidgenossenschaft zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge in Anspruch¹⁰⁷), bei deren Ausführung sie sich in der Regel jedoch im Rahmen ihrer legislativen Zuständigkeit halten muß¹⁰⁸); andere haben sich für ein unbeschränktes Recht der Zentralgewalt zur innerstaatlichen Durchführungsgesetzgebung ausgesprochen¹⁰⁹).

¹⁰⁴) Vornehmlich in den Entscheidungen *Missouri v. Holland*, 252 US 416 (1920); *US v. Curtiss-Wright Export Corp. et al.* 299 US 304 (1936); *US v. Belmont* 301 US 324 (1937), und *US v. Pink* 315 US 203 (1941). Die häufig und ausführlich dargestellte Entwicklung bedarf hier keiner besonderen Erörterung. Vgl. statt dessen Rudolf Bernhardt, a. a. O., S. 62 ff.; Edward S. Corwin, *The President, Office and Powers, 1787-1948*, 3. Aufl. New York 1948, S. 235, 259; ders., *The Constitution of the United States of America*, Washington 1953, S. 412 ff.; Robert G. Neumann, *Bundesstaatliches Gefüge und auswärtige Gewalt in der Verfassungswirklichkeit der Vereinigten Staaten*, Internationales Jahrbuch der Politik, 1954, S. 360 ff.

¹⁰⁵) Mit einer geringen Einschränkung der Durchführungskompetenz in der Zentralafrikanischen Föderation zugunsten des Gouverneurs jedes Gliedverbandes; vgl. Bernhardt, a. a. O., S. 94; zum Ganzen a. a. O., S. 88 ff. und K. C. Wheare, *Federal Government*, 3. Aufl. London 1953, S. 178 ff.

¹⁰⁶) Bernhardt, a. a. O., S. 81 ff.; Wheare, a. a. O., S. 180 f., 184 ff.; Lord Wright in *Canadian Bar Review*, vol. 33 (1955), S. 1123 ff.

¹⁰⁷) Eine konkurrierende Zuständigkeit auf den Gebieten, auf denen Art. 9 der Verfassung auch ein Vertragsrecht der Kantone begründet. Vgl. Fleiner-Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, S. 810 ff.; Guggenheim, *Traité de Droit international public*, Bd. 1, Genf 1953, S. 306 ff.

¹⁰⁸) Fleiner-Giacometti, S. 813; Bernhardt, S. 59 f. mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁹) Walther Burckhardt, *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 3. Aufl. Bern 1931, S. 89 ff. (im Gegensatz zur 2. Aufl. 1914, S. 119 ff.), u. a. mit der Begründung, zuerst müsse man auf den Bestand des Schweizerhauses bedacht sein, sodann könne man daran denken, es wohnlich einzurichten. »Wer für den Bestand in der Gemeinschaft der anderen Staaten zu sorgen hat – und das ist der Bund – muß auch der inneren

Im ganzen besteht Einverständnis darüber, daß auch bei umfassender Vertragskompetenz über die bürgerlichen Freiheitsrechte nicht durch Vertrag verfügt werden darf¹¹⁰⁾; meines Erachtens muß das auch für solche Freiheitsrechte gelten, die nur von der Verfassung eines einzelnen Gliedstaates anerkannt sind^{110a)}. Diese Regel schließt jedoch nicht aus, daß durch Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art. 24 GG zwischenstaatliche Einrichtungen geschaffen werden, die bei Ausübung ihrer rechtlich originären Hoheitsmacht nicht alle in den Mitgliedstaaten verbrieften rechtsstaatlichen Garantien (wie die des Art. 19 Abs. 4 GG) gegen sich gelten lassen müssen¹¹¹⁾.

In der Bundesrepublik Deutschland ist die Erfüllung der Verträge des Bundes insoweit Pflicht der Länder, als die Vertragsmaterie in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fällt. Diese Pflicht beruht auf der Bundestreue. Der Bund kann die Verletzung dieser ungeschriebenen Verfassungspflicht im Verfassungsrechtsstreit nach Art. 93 I Ziff. 3 GG rügen, ohne daß er vorher den Bundesrat anrufen mußte¹¹²⁾, und außerdem im Wege des Bundeszwanges nach Art. 37 GG vorgehen¹¹³⁾.

6. Daneben ist mit Recht eine eigene konkurrierende Bundeszuständigkeit behauptet worden, zu völkerrechtlichen Verträgen Ausführungsgesetze zu erlassen, die in den Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder eingreifen.

Kompetenzeinteilung vorgreifen können«, darin mache sich die Einheit des Staates gebieterrisch geltend (S. 91). Um wieviel mehr wiegt diese Argumentation für Staaten, die sich nicht in der glücklichen Lage der Schweiz (mindestens des Jahres 1931, in dem jene Sätze veröffentlicht wurden) befinden, von der *Wheare* noch 1953, a. a. O., S. 196, sagt: "It has a simple policy ... Its chief diplomatic move must always be, therefore, to keep out of foreign affairs".

¹¹⁰⁾ Z. B. *Fleiner-Giacometti*, S. 813; *Kaufmann*, Wehrbeitrag Bd. 2, S. 59 ff.; *Scheuner*, Wehrbeitrag Bd. 2, S. 153.

^{110a)} Beispielsweise das Recht auf Heimat, Art. 2 Abs. 2 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11. 11. 1953.

¹¹¹⁾ Anderer Ansicht *Karl Heinz Klein*, Die Übertragung von Hoheitsrechten, Berlin 1952, S. 22 ff.; vgl. auch die unzulässige Übertragung innerstaatlicher Rechtsvorstellungen auf das Montanrecht bei *Horst Osterheld*, Die Vollstreckung von Entscheidungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 1954, S. 11 f. und seine Frage nach Grundrechten. Dennoch wird man aus dem den Mitgliedstaaten gemeinsamen rechtsstaatlichen Standard auf gewisse elementare »rechtsstaatliche Hypothesen« zu Lasten der zwischenstaatlichen Gemeinschaftsorgane schließen dürfen, auf die die Väter beispielsweise des EGKS-Vertrages kaum Verzicht leisten wollten und wohl auch nicht konnten. Abweichend *Schüle*, Grenzen der Klagebefugnis vor dem Montangerichtshof, diese Zeitschrift, Bd. 16 (1955/56) S. 243 ff.

¹¹²⁾ Konkordatsurteil C 7-10 (BVerfGE Bd. 6, S. 327 ff.).

¹¹³⁾ Vgl. *Mosler*, Kulturabkommen des Bundesstaats, diese Zeitschrift Bd. 16 (1955/56) S. 30, für den Fall der Verträge zur Regelung der politischen Beziehungen.

Diese Zuständigkeit des Bundes braucht sich jedoch nicht in vollem Umfang mit seiner Vertragsgewalt zu decken.

Sie ist von Mosler für alle Verträge zur Regelung der politischen Beziehungen begründet worden: »Aus der Aufgabe des Bundes, die Außenpolitik zu führen, folgt nicht nur seine Zuständigkeit zum Vertragsabschluß, sondern auch zur innerstaatlichen Durchführung«¹¹⁴⁾.

Dieser Satz muß auch für alle übrigen Verträge des Bundes gelten, die aus Gründen zwingender außenpolitischer Notwendigkeit die einheitliche Erfüllung durch den Bund fordern. Unter dieser Voraussetzung kann der Bund zum Zwecke und innerhalb der Grenzen des außenpolitisch Gebotenen durch legislatives und exekutives Handeln in den Bereich der Länderhoheit eingreifen. Diese Befugnis des Bundes ist ein Reflex seines außenpolitischen *ius eminens* und durch die existentiellen Belange des Ganzen gerechtfertigt¹¹⁵⁾. Nur aus den konkreten Gegebenheiten der internationalen Lage und der Bereitschaft der Länder läßt sich jeweils beurteilen, ob jenes Bedürfnis nach einem Handeln des Bundes besteht, das sich über die im Regelfall geltenden innerstaatlichen Kompetenzabgrenzungen hinwegsetzt. Es ist Sache der Bundesregierung, darüber zu befinden, ob jener Ausnahmefall vorliegt¹¹⁶⁾.

Diese außergewöhnliche Kompetenz des Bundes folgt aus Art. 32 Abs. 1 GG. Die Vertragserfüllung ist Bestandteil der Pflege der auswärtigen Beziehungen und läßt sich davon nicht trennen. Jene Bundeskompetenz ist latent immer vorhanden und wird erst in einer abnormen Lage aktuell, für die auf Seiten der Länder die Tatsache des Nicht-Erfüllen-Könnens oder Nicht-Erfüllen-Wollens konstitutiv sein kann.

Eine weitergehende Auffassung tritt dafür ein, daß mit dem Abschluß von Staatsverträgen durch den Bund zugleich auch die interne Gesetzgebungszuständigkeit zur Erfüllung der Verträge gegeben sei; dadurch daß der Bund einen Gegenstand der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder durch Regelung in einem völkerrechtlichen Vertrag zu einer auswärtigen Angelegenheit mache, erlange er nach Art. 73 Abs. 1 GG auch das Recht, denselben Gegenstand zum Inhalt von Ausführungsgesetzen zu

¹¹⁴⁾ Mosler, a. a. O., S. 28.

¹¹⁵⁾ Mosler hat für jene Fälle ein nach außen wirkendes *ius eminens* im Sinne einer Zuständigkeit des Bundes zur vertraglichen Verfügung über Länderangelegenheiten anerkannt, ohne aber dem Bund eine komplementäre Kompetenz auf dem Gebiet der innerstaatlichen Vertragserfüllung zuzubilligen (a. a. O., S. 26, 31 f.).

¹¹⁶⁾ Unbeschadet der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, mißbräuchliche oder aus anderen Gründen rechtswidrige Bundeseingriffe zu ahnden; vgl. dazu BVerfGE Bd. 1, S. 282 f.

machen¹¹⁷⁾. Ob dieses wirklich Inhalt einer ausschließlichen Bundeskompetenz nach Art. 73 Abs. 1 GG sein kann, erscheint jedoch angesichts der Länderzuständigkeit gemäß Art. 32 Abs. 3 GG zweifelhaft. Es besteht für eine so weitreichende Bundeskompetenz auch kein Bedürfnis, solange die Länder pflichtgemäß an der Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge des Bundes mitwirken und keine außenpolitische Notwendigkeit die unmittelbare Erfüllung durch den Bund verlangt. Diese Notwendigkeit kann indessen auch dadurch eintreten, daß die Verhandlungen des Bundes mit den Ländern sich als so schwierig und umständlich erweisen, daß die Vertragserfüllung über Gebühr verzögert wird¹¹⁸⁾. Um eine entsprechende Bundeskompetenz zu begründen, bedarf es nicht des Rückgriffs auf den die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes regelnden Art. 71 GG. Auch außerhalb des VII. Abschnittes des Grundgesetzes finden sich Normen, die Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes begründen¹¹⁹⁾; hier ist Art. 32 GG *sedes materiae*. Er begründet eine Zuständigkeit des Bundes, die im Sinne der Lehre von den *implied powers* »die fragliche ›Angelegenheit‹ nach allen ihren Seiten ergreift«¹²⁰⁾.

Nach außen tritt der Bundesstaat als Einheit auf; im Innern bestehen die Zuständigkeiten des Bundes und der Länder neben einander. Vertragsgewalt und interne Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes sind darum nicht vollkommen komplementär; sie decken sich nicht. Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge des Bundes muß nichtsdestoweniger auch im Bundesstaat gesichert sein. Das ihm gemäß Verfahren ist differenzierter als im Einheitsstaat, und die dabei auftretenden Unbequemlichkeiten sind der Preis der föderalistischen Struktur.

7. Art. 123 Abs. 2 GG hat für die fortgeltenden Staatsverträge des Reiches, »die sich auf Gegenstände beziehen, für die nach diesem Grundgesetz die Landesgesetzgebung zuständig ist«, unter gewissen Vorbehalten und Voraussetzungen die Erfüllung durch die Länder po-

¹¹⁷⁾ Kaufmann, Sondersitzung des Bundesrats vom 15. 6. 1951, Sitzungsbericht S. 21; Scheuner, Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. 2, S. 153, und Konkordatsprozeß, S. 709; Grewe, VVDStRL H. 12, 1954, S. 165 ff.; vgl. auch W. Burckhardt, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 1931, S. 90. Anderer Ansicht Nawiasky, VVDStRL H. 12, S. 236; v. d. Heydte, dort S. 237 f.; Mosler, Festgabe Bilfinger, S. 266 und diese Zeitschrift Bd. 16, S. 31, wo jene nicht ohne erwägenswerte juristische Argumente vorgetragene Ansicht als in den Bereich des Politischen gehörender Wunsch nach Stärkung der unitarischen Elemente gedeutet und angegriffen wird.

¹¹⁸⁾ Vgl. die aufschlußreichen und abgewogenen, im Ergebnis abweichenden Ausführungen zur Frage der Kulturabkommen von Hans Wenke, Die Kulturverwaltung im Verhältnis von Bund und Ländern, Festschrift Nawiasky, München 1956, S. 286 ff.

¹¹⁹⁾ BVerfGE Bd. 1, S. 177 hat das für Art. 131 GG anerkannt.

¹²⁰⁾ H. Triepel, Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung, Festgabe für Paul Laband, Bd. 2, Tübingen 1908, S. 285.

sitivrechtlich gesichert. Das war bisher die weit überwiegende Auffassung¹²¹⁾, und es ist unbestritten, daß der Verfassungsgesetzgeber Art. 123 Abs. 2 vornehmlich mit Rücksicht auf das RK beschlossen hat.

Vorbehaltlich aller Rechte und Einwendungen der Beteiligten werden die fortgeltenden Verträge des Reiches übergangsweise unter Verfassungsgarantie gestellt mit der Folge, daß dem Inhalt der Verträge widersprechendes Landesrecht verfassungswidrig wäre. Das ist der Sinn des Hauptsatzes jenes Artikels »Die vom Deutschen Reich abgeschlossenen Staatsverträge . . . bleiben . . . in Kraft«, von dem jede Interpretation ausgehen muß. Außer der Terminierung »bis neue Staatsverträge . . . abgeschlossen werden« usw. ist alles andere nur Einschränkung und Durchbrechung jener positiven Aussage, deren sachlicher Gehalt nicht darunter leidet, daß sie sich in einer so gewundenen und verschnörkelten Satzperiode präsentiert. Die Erfüllung der Verträge ist darum verfassungsrechtlich gesichert gegenüber jeder einseitigen staatlichen Beeinträchtigung, die nicht aus dem Vertrag oder dem Völkerrecht oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründet werden kann. In diesem Rahmen allein kann sich die Interpretation der jene Garantie einschränkenden und durchbrechenden Vorbehalte bewegen. Die objektive Ironie dieses »Formelkompromisses« (Carl Schmitt) erweist sich also darin, daß das einmal ausgesprochene Positivum auch durch noch so viele und noch so wortreiche Negationen nicht wieder vollständig aufgehoben und weggenommen werden kann. Man mag sie bis ins Endlose summieren, sie erreichen nie das Gewicht eines einzigen positiven Dictums. So erweist sich der objektive Gehalt einer

¹²¹⁾ Vgl. die Rechtsgutachten von Erl er, Konkordatsprozeß, S. 646 f.; Laun, a. a. O., S. 875: Art. 123 »befiehlt, der Zustand, der vor seinem Inkrafttreten bestanden hat, sollte weiterbestehen«; das RK sei jedoch schon vor 1945 »durch beiderseitige Nichterfüllung« aufgehoben worden; Maunz, a. a. O., S. 782 f.; Mörsdorf, a. a. O., S. 830; Peters, a. a. O., S. 654 f.; ähnlich wie Laun geht Schätzel, Sonderdruck S. 17, davon aus, daß die Verträge nach Art. 123 Abs. 2 unter den darin genannten Bedingungen fortgelten, doch hält er die völkerrechtlichen Einwendungen (für die ohne Annahme einer grundsätzlichen Bindung der Länder durch Art. 123 Abs. 2 kein Raum wäre) gegen die Fortgeltung des RK für durchschlagend; Scheuner, a. a. O. S. 700 f.; ferner namentlich Mosler, Protokolle des dritten Verhandlungstages, S. 72 ff.; H. J. Becker, Zur Rechtsproblematik des Reichskonkordats, 2. Aufl. 1956, S. 66; ders., DVBl. 1955, S. 105 ff.; Groppe, Das Reichskonkordat vom 20. Juli 1933, 1956, S. 78 ff., und aus der in den angeführten Schriften zitierten Literatur vor allem W. Weber und Peters, VVDStRL H. 11, 1954, S. 156 f. und 196 f. Anderer Ansicht Krüger, Konkordatsprozeß, S. 16 f. (Art. 123 habe mit vielen Worten nichts gesagt und sei darum ohne juristische Relevanz); Wengler, a. a. O., S. 923 f. (Art. 123 Abs. 2 sei kein die Länder verpflichtendes verfassungsrechtliches Gebot der Vertragserfüllung); vgl. auch Schröcker, DVBl. 1954, S. 486 ff., 525 ff. und das dort angeführte Schrifttum.

Verfassungsnorm als stark genug, die Kalamität des zwiespältigen Willens des Verfassungsgesetzgebers zu überwinden¹²²⁾.

Das Bundesverfassungsgericht hat jenen Vorbehalten und Einwendungen¹²³⁾ in Teil D des Urteils den Boden entzogen, so daß die positive Aussage nun hätte ungetrübt zur Geltung kommen müssen und der darin ausgesprochene Anwendungsbefehl des Grundgesetzgebers für den umstrittenen Vertrag, das RK, in vollem Umfang hätte aktualisiert werden müssen.

Im Urteil liest man dagegen, das Grundgesetz habe sich darüber verschwiegen¹²⁴⁾, und mit Verwunderung erlebt man, wie die positive Aussage des Art. 123 Abs. 2 in eine negative verkehrt wird: es werde angeordnet, daß das transformierte Vertragsrecht »jedenfalls dann nicht mehr in Kraft bleiben soll, wenn die Verträge *völkerrechtlich* ihr Ende gefunden haben«¹²⁵⁾; dabei bleibt überdies unerfindlich, wieso das Gericht noch »jedenfalls« hat hineinlesen können. Was dann immer noch an Bindung der Länder in Art. 123 Abs. 2 übrig bleibt, wird dadurch paralyisiert, daß man ihn den allgemeinen Grundgesetznormen über die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern unterwirft¹²⁶⁾. Damit ist die positive

¹²²⁾ Diese Auffassung ist von mir schon gelegentlich der Besprechung der oben angeführten Schriften von H. J. Becker und W. Thieme in FamRZ 1957, S. 100 vertreten worden.

¹²³⁾ Soweit es sie für erheblich ansah; die Frage, ob etwa die *clausula rebus sic stantibus* eingreifen könnte, hat das Gericht offenbar verneint.

¹²⁴⁾ E II 3 (BVerfGE Bd. 6, S. 359): »Diese Rechtslage und im sachlichen Zusammenhang damit der Umstand, daß die neue verfassungsmäßige Ordnung das Schulrecht der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder überläßt, hätten es notwendig gemacht, daß das Grundgesetz es ausdrücklich anordnete, wenn den Ländern die Erfüllung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats zur Pflicht gemacht werden sollte. Angesichts der uneinheitlichen Rechtslage auf dem Gebiete des Schulwesens in den Ländern und seiner eigenen Entscheidungen zu diesem Sachgebiet (Art. 7, 141) durfte das Grundgesetz, wollte es auch die Einhaltung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats durch die Länder sichern, sich darüber nicht verschweigen. Es durfte sich auch nicht damit begnügen, allgemein nur die Fortgeltung des Staatsverträgen des Deutschen Reichs entsprechenden innerstaatlichen Rechts anzuordnen. Mit dieser Anordnung war, wie oben dargelegt, weder das widersprechende Landesrecht beseitigt noch der Landesgesetzgeber an das fortgeltende Recht gebunden«.

¹²⁵⁾ E I 2 a (BVerfGE Bd. 6, S. 346).

¹²⁶⁾ E I 2 b (BVerfGE Bd. 6, S. 347): »Diesen Gesichtspunkten kommt eine besondere Tragweite deshalb zu, weil Art. 123 selbst die Fortgeltung des transformierten Vertragsrechts nicht ohne Rücksicht auf die neue Rechtsordnung des Grundgesetzes angeordnet hat, sondern nur insoweit, als das bisherige Vertragsrecht dem Grundgesetz nicht widerspricht. Auch das Vertragsrecht ist durch Art. 123 Abs. 2 i. V. m. Art. 123 Abs. 1 GG dem Grundgesetz untergeordnet. Aus diesem allgemeinen Gedanken ist herzuleiten, daß auch die Vorschriften des Grundgesetzes über die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern bei der Prüfung der Frage zu beachten sind, ob die Länder gegenüber dem Bunde verpflichtet sind, sich an den Inhalt der Verträge zu halten. Es kann daher nicht angenommen werden, die Vorschrift enthalte über die Anordnung der Fortgeltung bestehenden

Aussage des Hauptsatzes endlich auch sinngemäß in ihr Gegenteil umgekehrt.

Die notorische Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, wie sie unter anderem in dem oft berufenen Art. 25 zum Ausdruck kommt, hätte den entgegengesetzten Schluß nahelegen müssen: Die Erfüllung der Verträge des Reiches bleibt, solange sie völkerrechtlich verbindlich sind, staatliche Aufgabe, unabhängig davon, ob ihr Gegenstand heute in die Zuständigkeit des Bundes oder die der Länder fällt ^{126a}); die Wahrnehmung dieser staatlichen Aufgabe regelt sich nach Art. 30 und 32 GG. Statt dessen unterstellt die Interpretation des Bundesverfassungsgerichts dem Bundesverfassungsgeber offene Gleichgültigkeit gegenüber der Frage, ob bindende Verträge von den Ländern erfüllt werden oder nicht ^{126b}). Die schlimmste Deutung des Urteils würde in der Formulierung von W. Geiger besagen, das Gericht »habe zunächst den Vätern des GG unredliche Doppelzüngigkeit unterschoben, weil sie die Frage der Verbindlichkeit des Konkordats ausdrücklich offenließen (Art. 123 Abs. 2 GG) und gleichzeitig unausgesprochen mit Art. 7 GG die Verbindlichkeit der Schulbestimmungen eben desselben Konkordats beseitigten, und dann habe es selbst das Konkordat als gültig festgestellt und gleichzeitig den Ländern die Freiheit zugestanden, es als nicht existierend zu behandeln« ¹²⁷).

Rechts hinaus im Widerspruch zu Grundentscheidungen des Grundgesetzes über den Hoheitsbereich der Länder eine an die Länder gerichtete Norm, daß Vertragsrecht auch dann nicht abgeändert werden dürfe, wenn sich der Vertrag auf den ausschließlichen Gesetzgebungsbereich der Länder bezieht«.

^{126a}) Mosler rechnet den Satz, »daß jeder Staat sich so organisieren muß, daß er seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen kann«, zu den unbezweifelbaren Grundregeln des Völkerrechts (Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 32/33, 1957, S. 31 Anm. 70).

^{126b}) Gerhard Leibholz, Werner Weber und Hans Peter Ipsen hatten jedoch in einem auf Ansuchen des Stadtrats zu Nürnberg gemeinsam erstatteten Gutachten ausgeführt, Art. 123 Abs. 2 GG sehe die Fortgeltung des RK vor; die Verträge Bayerns mit den Kirchen von 1924 und das RK stünden (sogar) »gleichgeordnet neben der Bayerischen Verfassung; die Verfassung konnte und wollte dieses internationale Vertragsrecht nicht von sich aus abändern« (Zur Reorganisation der konfessionellen Verhältnisse im Volksschulwesen Nürnbergs, Rechtsgutachten im Verwaltungsrechtsstreit der Stadt Nürnberg gegen den Freistaat Bayern, Dezember 1949, hektographiertes Exemplar, S. 44). Es ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen für das Grundgesetz etwas anderes behauptet werden kann als für die Bayerische Verfassung.

¹²⁷) Das Bund-Länder-Verhältnis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bayerische Verwaltungsblätter 1957, S. 340; vgl. auch die Kritik an der Auslegung des Art. 123 Abs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht bei Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, S. 28, Anm. 62; Wengler sagt mit Recht, das Urteil habe »eine verfassungsrechtlich gesicherte Freiheit zur Aufrechterhaltung der bereits vollzogenen Konkordatsbrüche und zur weiteren Nichtbeobachtung des Konkordats« angenommen (NJW 1957, S. 1421). Zu Art. 7 GG vgl. oben Anm. 47, 93 und 124.

So weit wie der Verfassungsgeber mit der Formulierung des Art. 25 GG¹²⁸⁾ bewußt über die früher herrschende Auslegung des Art. 4 WRV¹²⁹⁾ hinausgeschritten ist, so weit ist das Konkordatsurteil hinter dem positiven Diktum des Art. 123 Abs. 2 GG zurückgeblieben.

III.

1. Unmittelbar nach der Verkündung des Urteils ist das Ergebnis manchem als salomonisch erschienen¹³⁰⁾: in Niedersachsen blieb es beim *status quo* des Schulgesetzes, die Bundesregierung war der Peinlichkeit eines eventuellen¹³¹⁾, noch schärferen Vorgehens gegen das Land enthoben, das RK war als gültig anerkannt. Dieser Schein hält jedoch näherem Zusehen nicht stand.

Zwischen den Teilen D und E der Gründe klafft ein nicht überbrückbarer Gegensatz der Argumentationsrichtung. Unter D werden alle Gründe für die Fortgeltung des RK ins Feld geführt. Aber wozu? Aus Teil E folgt, daß die Frage der Geltung unerheblich ist für die Entscheidung, aus der sich ergibt, daß die Bundesregierung in keinem Fall mit ihrem Antrag durchdringen kann, gleichgültig, ob das RK gilt oder nicht.

Die Feststellung der Fortgeltung des RK im Teil D des Urteils war darum objektiv nicht erforderlich, um die Entscheidung logisch zu begründen; man kann sie jedoch nicht als bloßes *obiter dictum* bezeichnen¹³²⁾, denn das Gericht hielt sie für wesentlich. Eine Feststellung dieser Art erhält durch die Stellung des Bundesverfassungsgerichts Rang

¹²⁸⁾ Satz 1: »Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechtes«.

¹²⁹⁾ »Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts«. Die herrschende Lehre hielt daran fest, zur allgemeinen Anerkennung sei auch die deutsche Anerkennung erforderlich; vgl. *Zweigert*, Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 326, S. 406; *Gustav Adolf Walz*, Völkerrecht und staatliches Recht, Stuttgart 1933, S. 307 ff. und die dort angeführte Literatur und Judikatur. Diese Auslegung erschien einem namhaften amerikanischen Juristen wenig aufrichtig: *Lawrence Preuss*, International Law in the Constitutions of the Länder in the American Zone in Germany, AJIL vol. 41 (1947) S. 888.

¹³⁰⁾ *R. Marcic*, Österreichische Juristen-Zeitung, 1957, S. 256, unter Bezugnahme auf deutsche, österreichische und schweizerische Pressestimmen, namentlich *A. Süsterhenn*, Rheinischer Merkur vom 3. 5. 1957, der Teil D des Urteils lobend besprochen hatte, darauf jedoch eine entschiedene Kritik an Teil E im Rheinischen Merkur vom 24. 5. 1957 folgen ließ.

¹³¹⁾ Was hätte geschehen müssen, falls die Bundesregierung mit ihrem Antrag durchgedrungen wäre, die Revision des Schulgesetzes aber im Landtag gescheitert wäre?

¹³²⁾ *Günther Schultz*, MDR 1957, S. 337, und vor allem *Wengler*, NJW 1957, S. 1417 ff., mit eingehender, auch rechtsvergleichender Begründung. Gegenteiler Ansicht ohne Begründung *H. J. Becker*, NJW 1957, S. 695.

und Autorität^{132a)}, zumal im vorliegenden Fall, wo sie nicht nur auf den offensichtlich notwendigen Gang der Beratungen innerhalb des Gerichts schließen läßt, sondern auch auf die im Hintergrund des ganzen Rechtsstreits stehende zentrale Frage eine überzeugende Antwort gibt.

2. Der dem Bundesverfassungsgericht geschuldete Respekt kann eine Frage schwerlich unterdrücken, die sich nicht nur von dem Ergebnis einer kritischen Würdigung des Urteils her aufdrängt, sondern die auch von der Sorge um die Institutionen unseres noch keineswegs ganz konsolidierten Staates diktiert wird: Wie konnte ein solches Urteil zustandekommen?

Das Gericht hat nach der mündlichen Verhandlung vom 4. bis 8. Juni 1956 noch mehr als 9½ Monate zu seinem Spruch vom 26. März 1957 benötigt¹³³⁾. Die tiefe Kluft zwischen Teil D und E mit ihren in entgegengesetzter Richtung strebenden Gedankenreihen läßt es als möglich, ja als wahrscheinlich erscheinen, daß beide Teile mit verschiedenen Mehrheiten des Senats beschlossen wurden.

Das mag im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit ein unter Umständen nicht ganz unangemessenes Verfahren der Rechtsfindung sein und soll hier nicht unbedingt kritisiert werden, soweit es in den die Entscheidung tragenden Gründen nicht zu irgendwelchen Brüchen oder Widersprüchen führt^{133a)}. Wie immer die Senate im einzelnen verfahren mögen, die Gründe der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erwecken zu häufig den Eindruck, daß ihre aus verschiedenen Federn stammenden Teile nicht fugenlos zusammengepaßt und dann zurechtgehobelt sind, so daß sie mitunter der sonst Entscheidungen eigentümlichen Kanten und Profile entbehren und in einigen Zügen fast den Charakter von Gutachten annehmen.

Im vorliegenden Fall ist der Bruch in den Entscheidungsgründen in bestürzendem Maße sichtbar. Die Öffentlichkeit, die weiß, was sie von der Verfassungsgerichtsbarkeit erwarten darf, hat ein Recht, die Ursachen eines solchen Bruchs zu erfahren und die so wenig versöhnten divergierenden Auffassungen kennen zu lernen. Darum besteht aller Anlaß, nachdrücklich

^{132a)} Martin Bullinger, Das Ausmaß der Bindung an das Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1958, S. 10 ff.

¹³³⁾ Zu den von Werner Gross (DVBl. 1957, S. 378) dagegen namhaft gemachten verfahrensrechtlichen Bedenken kann hier nicht Stellung genommen werden. An die lange Zeitspanne zwischen Verhandlung und Urteilsverkündung ist die Vermutung geknüpft worden, daß zwischen den Richtern tiefgehende Meinungsverschiedenheiten über grundsätzliche Fragen bestanden (Herder-Korrespondenz, 1957, S. 390).

^{133a)} Der Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen hat die Entscheidung vom 5. 1. 1957 – AzSt 2/1956 – der Frage, ob die Abgeordneten der Bürgerschaft, die der durch BVerfGE 6, 85 aufgelösten Kommunistischen Partei angehörten, ihre Mandate verloren hatten, mit verschiedenen Mehrheiten beschlossen: drei der sieben Mitglieder des Staatsgerichtshofs haben gegen Ziff. 1 des Tenors, drei andere gegen Ziff. 3 des Tenors votiert.

den Wunsch auszusprechen, die deutsche Gerichtstradition, das Beratungsgeheimnis zu wahren, möge beim Bundesverfassungsgericht grundsätzlich aufgegeben werden¹³⁴); die Richter mögen also ähnlich der Praxis des Supreme Court der Vereinigten Staaten die Möglichkeit erhalten, ihre von der Mehrheit abweichenden Meinungen, die *dissenting opinions*, mit den Entscheidungsgründen zu veröffentlichen¹³⁵). Es würde der Qualität der Entscheidungen zugute kommen. Urteile, deren Gründe nicht ebenso wie der Tenor den Rang einer klaren und überzeugenden Dezision haben, gewinnen auch durch die Fiktion der Einmütigkeit des Richterkollegiums schwerlich an Überzeugungskraft, sondern sind eher geeignet, die Autorität des Gerichts zu beeinträchtigen. Ergehen solche Urteile in Fragen, in denen eine nationale oder gesellschaftliche Homogenität nicht mehr besteht, so scheint mir die Nichtveröffentlichung von gut begründeten Minderheitsvoten leicht auf einen ungerechtfertigten Dezisionismus hinauszulaufen. Die Natur der Verfassungsgerichtsbarkeit, die, um es auf eine bekannte Formel zu bringen, nicht mehr ganz im Sinne *Montesquieu's en quelque façon nulle*¹³⁶) ist, legt es nahe, sich der anglo-amerikanischen Praxis der Veröffentlichung der *dissenting opinions* zu nähern¹³⁷).

¹³⁴) So anlässlich des Konkordatsurteils bereits die Frankfurter Allgemeine Ztg. vom 24. 5. 1957.

¹³⁵) Der Bayerische Verfassungsgerichtshof veröffentlicht in der Entscheidungssammlung auch Sondervoten, allerdings ohne die Namen der dissentierenden Richter; § 8 Abs. 6 seiner Geschäftsordnung vom 24. 5. 1948, Gesetz- und Verordnungsblatt (= GVBl.), S. 121, schreibt ausdrücklich vor, daß bei Veröffentlichung der Entscheidungen die abweichenden Ansichten von Mitgliedern des Verfassungsgerichtshofs mitzuveröffentlichen sind. – Der ehemalige Präsident des Verfassungsgerichtshofs und jetzige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Josef Wintrich, hat in einer Ansprache anlässlich der Zehn-Jahresfeier des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs am 26. 11. 1957 diese Praxis als besonders bemerkenswert hervorgehoben; »diese Veröffentlichung hat bisher niemals zu Mißhelligkeiten irgendwelcher Art Anlaß gegeben, geschweige denn die Autorität des Gerichts beeinträchtigt« (S. 2 des vielfältigsten Manuskripts, das demnächst in den Bayerischen Verwaltungsblättern veröffentlicht wird). – Der Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen hat in § 13 Abs. 3 seiner Verfahrensordnung vom 27. 5. 1952 (GBl. S. 46) festgelegt, daß bei der Erstattung von Gutachten durch das Gericht jedes Mitglied verlangen kann, »daß seine abweichende Ansicht mit dem Gutachten mitgeteilt wird«; das ist in den als Entscheidung bezeichneten Gutachten vom 5. 1. 1957 – AzSt 2/1956 – (vgl. oben Anm. 132) und vom 3. 5. 1957 – AzSt 1/1956 – mit den Namen der dissentierenden Richter geschehen. In einer ausführlichen Anmerkung zu dem letztgenannten Gutachten hat Hans Schneider in der Zeitschrift für Beamtenrecht, 1957, S. 239 ff., grundsätzliche Bedenken gegen die Veröffentlichung von *dissenting opinions* vorgetragen, die gute Begründung des Minderheitsvotums in diesem Fall aber mit Recht anerkannt und sich größtenteils zu eigen gemacht.

¹³⁶) De l'Esprit des Lois, Buch XI, Kap. 6; dazu und zu den ursprünglichen Unterschieden zwischen kontinental-europäischer und amerikanischer Justiz vgl. J. H. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956, S. 304 ff.

¹³⁷) Ernst J. Cohn nennt das *dissenting vote* mit Recht die »Zitadelle der freien Richterpersönlichkeit« (Der englische Gerichtstag, Heft 56 der von der Arbeitsgemeinschaft

3. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beendete der Form nach einen Verfassungsstreit zwischen dem Bund und drei Ländern, der Sache nach erging sie in einem Streit zwischen Kirche und Staat. Aus Gründen des Staats- und Völkerrechts und wegen seiner sich auf beide Rechtsgebiete erstreckenden Konsequenzen ist das Urteil beklagenswert; nicht weniger ist jedoch aus Gründen des Staatskirchen- und Konkordatsrechts und wegen der Konsequenzen solcher Art der Umstand zu bedauern, daß jener Streit zwischen Kirche und Staat in der Form eines Verfassungsstreits zwischen Bund und Ländern ausgefochten wurde, aus dem das Urteil hervorging. In diesem an Emotionen nicht gerade armen Streit um das niedersächsische Schulgesetz waren die beiden Partner des Reichskonkordats emotional am wenigsten engagiert. Bund und Heiliger Stuhl sollten darum freundschaftlich zusammenwirken, um die Trümmer zu beseitigen, die der Einsturz eines großen Teiles der bundesstaatskirchenrechtlichen Ordnung des Verhältnisses von Staat und katholischer Kirche hinterlassen hat. Eine Neuordnung muß hier nicht unbedingt einen »regressus in die landesrechtliche Stufe der kirchenrechtlichen Entwicklung«^{138/9)} bedeuten.

Die nun teilweise zusammengebrochene bundesstaatskirchenrechtliche Ordnung ruhte auf einander so widerstrebenden Elementen wie der reichseinheitlichen Regelung des Konkordats und der Kulturhoheit der Länder, und es ist nicht ohne Interesse, sich daran zu erinnern, daß (vielleicht noch unter dem Eindruck der Politik des alten Preußen im Rheinland und des Kölner Ereignisses) die stärksten Befürworter einer Verankerung des RK im Grundgesetz zu den entschiedensten Vorkämpfern der Kulturhoheit der Länder zählten. Eine so labile Ordnung des Verhältnisses von Kirche und Staat konnte den zu einem Verfassungskonflikt zwischen Bund und Ländern gesteigerten Konkordatsstreit nicht heil überstehen. Man wird sich fragen dürfen, ob dieser Lage das Schwert der Verfassungsgerichtsbarkeit angemessen war; jedenfalls sollte man das Gericht nicht schelten, daß es mit diesem Schwert nicht hart zugeschlagen hat¹⁴⁰⁾.

Concordatum mater rixarum? Nach der Niederlage des Jahres 1945 haben beide Konfessionen den von Ulrich Stutz so genannten Spirituali-

für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen herausgegebenen Schriftenreihe für Geisteswissenschaften, 1956, S. 64).

^{138/9)} Ulrich Scheuner in der die allgemeine staatskirchenrechtliche Lage erhellenden Abhandlung, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrages von Kloster Loccum, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht Bd. 6 (1957) S. 35.

¹⁴⁰⁾ Damit wird von der Kritik an den Gründen der Entscheidung kein Wort zurückgenommen. Es ist hier nicht zu erörtern, welche anderen Möglichkeiten dem Gericht noch offengestanden hätten.

sierungsprozeß¹⁴¹⁾, den die evangelische Kirche in der Weimarer Zeit und unter dem Nationalsozialismus teilweise nachgeholt hatte, abgebrochen und statt dessen in einer gegenläufigen Bewegung eine bewußte und entschiedene Hinwendung zum Temporale vollzogen¹⁴²⁾. Sie üben indirekte Gewalt aus in weit größerem Maße als zuvor¹⁴³⁾; doch haben der Konkordatsprozeß und seine Hintergründe gezeigt, daß Staat und Kirche die der neuen Lage angemessenen Formen des Umgangs miteinander noch nicht voll entwickelt haben. In einer politisch und kirchenpolitisch derart veränderten Lage hängen Wirksamkeit und Haltbarkeit der Konkordate nicht zuletzt davon ab, daß Staat und Kirche bereit sind, sich bei der Anwendung der Verträge von Fall zu Fall neu zu »konkordieren«.

¹⁴¹⁾ Kirchenrecht, Bd. 5 der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler, 2. Aufl. 1914, S. 363 ff.; vgl. auch Erich Feine, Kirchliche Rechtsgeschichte, Bd. I 2, Aufl. 1954, S. 594 ff., 641 f.

¹⁴²⁾ Das hat Werner Weber, VVDStRL H. 11 (1954) S. 175, als mögliche Entwicklung aufgewiesen.

¹⁴³⁾ Der Öffentlichkeitsanspruch der evangelischen Kirche (dazu vgl. Rudolf Sme nd, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, Zeitschrift f. evangelisches Kirchenrecht, Bd. 1 (1951) S. 4 ff., und Staatsrechtliche Abhandlungen S. 411 ff. bes. 416 ff.; Konrad Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956, S. 49 ff. und die dort angeführte Literatur) ist in manchem eine Form der Inanspruchnahme indirekter Gewalt; dazu und zur verfassungsrechtlichen Stellung der Kirchen vgl. J. H. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956, S. 122 ff., namentlich S. 133-146.