

Dezember 1866 keine „theoretischen Erörterungen über Souveränität, Staatsgewalt und dergleichen“ und auch auf einen Grundrechtsteil wurde verzichtet, „weil das Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern als Angelegenheit der Gliedstaaten aufgefaßt wurde“,¹⁵ welche die Ausführung der Gesetze vollzogen. Denn Grundrechte schützten nach Rechtsauffassung des 19. Jahrhunderts niemals gegenüber dem Gesetzgeber, sondern nur gegen Übergriffe der Verwaltung.¹⁶ Daher enthielten nur die Verfassungen der Gliedstaaten Grundrechte, welche die Exekutive band.¹⁷ Das Fehlen der Grundrechte in der Reichsverfassung wirkte sich zum Teil erheblich auf die Reichsgesetzgebung aus, etwa beim „Sozialistengesetz“.

Die Verfassung selbst beschränkte sich im Wesentlichen auf die *Organisation* des neugegründeten Reichs. Sie war aber lückenhaft und bot nicht für alle verfassungsrechtlichen Konflikte einfache und klare Lösungen an.¹⁸ Da der Reichstag außerdem nicht vollständig autonom war, gestaltete sich die verfassungsmäßige Basis der Gesetzgebung im Deutschen Reich nur unzureichend. Das lag vor allem daran, dass die Kräfteverhältnisse zwischen den gesetzgebenden Organen Bundesrat und Reichstag ungleich und weder der Bundesrat, noch der Reichstag demokratisch zusammengesetzt waren.

1.2.1 Ungleiche Kräfteverhältnisse innerhalb der gesetzgebenden Verfassungsorgane

Im Bundesrat konnten sich die Bundesstaaten an den zentralen Entscheidungen, insbesondere an der Gesetzgebung des Reichs, mit unterschiedlicher Gewichtung beteiligen. Preußen hatte von 58 Stimmen 17, Bayern 6, Sachsen und Württemberg je 4, Baden und Hessen je 3, Mecklenburg-Schwerin und Braunschweig je 2 und alle 17 anderen jeweils nur 1 Stimme.¹⁹ Ab 1911 kamen drei halb selbstständige Stimmen des Reichslandes Elsaß-Lothringen dazu.²⁰ Die Bundesstaaten waren durch Bevollmächtigte ihrer Regierungen vertreten. Diese wiederum wurden nicht gewählt, sondern waren vom König bzw. dem entsprechenden Fürsten des Bundesstaats eingesetzt worden.²¹

Bei der Landesgesetzgebung waren noch Kammern beteiligt. Die beiden größten Bundesstaaten hatten jeweils zwei Kammern. In Bayern setzten sie sich nach Titel VI. § 1 der Verfassungs-Urkunde für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818

¹⁵Menger (1988), S. 145, 147.

¹⁶Boldt (1993), S. 180.

¹⁷Badura (2015), S. 36.

¹⁸Huber (1988), S. 758 ff.

¹⁹Schuster (1992), S. 140 f.

²⁰Nipperdey (1991), S. 88.

²¹Engehausen et al. (2015), S. 248.

(VerfBay)²² aus der Kammer der „Reichs-Räthe“ sowie aus der Stände-Versammlung der Abgeordneten zusammen. Die Kammer der „Reichs-Räthe“ setzte sich im Wesentlichen aus dem Hochadel und dem Hochklerus zusammen (§ 2 VerfBay). Die Stände-Versammlung der Abgeordneten kam ab 4. Juni 1848 nach einem allgemeinen und gleichen Männerwahlrecht zustande.²³ Ähnliches galt auch nach der revidierten Verfassung für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850,²⁴ welche die beiden Kammern „Herrenhaus“ und „Haus der Abgeordneten“ nach Art. 62 ff. Verf-Preuß vorsah.²⁵ Preußen, der mit Abstand größte Bundesstaat im Kaiserreich, hob sein auf Wahlmänner beruhendes Dreiklassenwahlrecht, dem *faktisch* alle fünf heutigen Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG fehlten, da auch die geheime Wahl oft nicht praktiziert wurde, erst am 24. Oktober 1918 auf,²⁶ nur vier Tage vor dem Zeitpunkt, als sich das Kaiserreich am 28. Oktober 1918 zu einer *parlamentarischen* Monarchie wandelte. Diese war allerdings nur dreizehn Tage bis zum 9. November 1918 in Kraft, weil die Revolution das Ende des Deutschen Reichs besiegelte.²⁷

Im Bundesrat nahm Preußen eine dominante Stellung ein, weil es fast ein Drittel der Bundesratsstimmen auf sich vereinigte und außerdem das Präsidium stellte, das sich aus dem Kaiser und dem Reichskanzler zusammensetzte, die gemeinsam die Regierungsgewalt des Reichs ausübten.²⁸ Außerdem konnte Preußen die Sperrminorität für Verfassungsänderungen alleine stellen.

Der Reichstag ging zwar aus – nach damaligen Vorstellungen – allgemeinen, direkten und geheimen Abstimmungen hervor (Art. 20 RV), Wahlrecht hatten aber nur die Männer ab 25 Jahren. Zudem waren die Wahlkreise zu Gunsten kleinerer Bundesstaaten ungleich groß. Das änderte sich auch nicht aufgrund des Bevölkerungswachstums: Von 1870 bis 1913 wuchs die Einwohnerzahl im Reich von 40 auf 67 Millionen.²⁹ Schließlich führte die Binnenwanderungsbewegung (Zuwanderung) außerdem dazu, dass in den Städten und den industriellen Ballungsgebieten erheblich mehr Menschen lebten als auf dem Land,³⁰ z. B. wuchs die Einwohnerzahl von 1850 bis 1910 in Berlin von 419 Tausend auf 3,7 Mio., in Essen von neun Tausend auf 2,9 Mio. Einwohner an.³¹ Dennoch blieben die Wahlkreise entgegen der anderslautenden Regelung im Wahlgesetz, die Wahlkreise von Zeit zu Zeit anzupassen, bis zum Ersten Weltkrieg unverändert.³² So hatte 1912 der kleinste Wahlkreis für die Wahl eines Abgeordneten nicht einmal 50.000 Einwohner, während die

²² Bayerisches Gesetzesblatt 1818, S. 101.

²³ Hildebrandt (1992), S. 28 f.

²⁴ Preußische Gesetzes Sammlung 1850, S. 17.

²⁵ Hildebrandt (1992), S. 35, Fn. 1.

²⁶ Hildebrandt (1992), S. 38, Fn. 1.

²⁷ Deutscher Bundestag (2021).

²⁸ Frotscher und Pieroth (2016), S. 213, Rn. 431; Zeh (1978), S. 45.

²⁹ Stürmer (1983), S. 50; Stürmer (1984), S. 94; Graf von Krockow (1992), S. 19.

³⁰ Vgl. Tenfelde (1981), S. 487 ff.; Stürmer (1983), S. 58 ff.

³¹ Graf von Krockow (1992), S. 20.

³² Menger (1988), S. 151, Rn. 303.

größten Wahlkreise mehr als eine Million Einwohner zählten, aber ebenfalls nur einen Abgeordneten stellen konnten.³³ Von den 397 Wahlkreisen 1912 hatten 23 Wahlkreise nicht einmal die Hälfte der im Reich durchschnittlichen Wähler, 25 hingegen mehr als das Doppelte und 12 Wahlkreise sogar mehr als das Dreifache an Wählern.³⁴ Daher hatten die Wahlen zum Reichstag eine extreme Ungleichheit im Erfolgswert. Von Bedeutung war auch, dass die Mitglieder des Reichstags nach Art. 32 RV zunächst keine Besoldung oder Entschädigung beziehen durften, was vermögende Kandidaten bevorzugte und minder bemittelte Abgeordnete nötigte, sich auf andere Weise Unterhalt und Auslagenersatz zu beschaffen.³⁵ Nach mehrmaligem Scheitern im Bundesrat wurde Art. 32 RV erst am 21. Mai 1906 aufgehoben.³⁶ Diese genannten ungünstigen Voraussetzungen hielten einige Männer wohl ab, sich zur Wahl aufstellen zu lassen. So war im Kaiserreich weder die Souveränität des Volkes noch die Gerechtigkeit als Rechtsidee bei der Reichsgesetzgebung vollständig gewährleistet. Dies umso mehr, als zwischen den beiden gesetzgebenden Verfassungsorganen ungleiche Kräfteverhältnisse herrschten.

1.2.2 Ungleiche Kräfteverhältnisse zwischen den beiden gesetzgebenden Verfassungsorganen

Zwar wurde die Gesetzgebung im Reich nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 RV durch den Bundesrat und den Reichstag ausgeübt. Aber auch hier herrschte keine Gleichheit der beiden Organe. Der Reichstag, dessen „Hauptkampfmittel“ die öffentliche Kritik war,³⁷ weil ihm die Öffentlichkeit der Verhandlungen zugestanden war,³⁸ hatte nur die beiden Rechte der *Mitwirkung* bei der Gesetzgebung und bei der Finanzgestaltung, indem er Haushaltsmittel außerhalb des Militärbudgets bewilligte (Art. 69 RV) und den Haushalt kontrollierte (Art. 72 RV).³⁹ Er war aber nicht vollständig autonom und dadurch geschwächt, dass er kein eigenständiges Einberufungs- und Auflösungsrecht hatte: Nach Art. 12 RV stand es dem Kaiser zu, den Reichstag zu berufen, zu eröffnen, zu vertagen und zu schließen. Außerdem konnte der Reichstag nicht ohne den Bundesrat berufen werden (Art. 13 RV). Der Bundesrat selbst hatte hingegen die Möglichkeit, seine Berufung zu erzwingen, wenn sie von einem Drittel der Stimmenzahl (= 20 Stimmen, von denen Preußen allein bereits 17 hatte) verlangt wurde (Art. 14 RV). Der Bundesrat durfte außerdem nach Art. 24 RV die Auflösung des Reichstags innerhalb der Legislatur beschließen, brauchte dafür aber

³³ Boldt (1993), S. 175 f.; vgl. auch Huber (1988), S. 875; Menger (1988), ebd.; Frotscher und Pieroeth (2016), 28), S. 215, Rn. 435.

³⁴ Milatz (1974), S. 210, Tabelle.

³⁵ Frotscher und Pieroeth (2016), S. 216, Rn. 439.

³⁶ Tormin (1966), S. 32; allgemein Butzer (1999).

³⁷ Müller-Meinigen (1926), S. 120.

³⁸ Meier (2001), S. 89.

³⁹ Zeh (1978), S. 44.

die Zustimmung des Kaisers.⁴⁰ Personell waren die Mitglieder im Bundesrat und im Reichstag nach Art. 9 Satz 2 RV zwar getrennt. Dennoch konnten Mitglieder des Bundesrats bei der Aussprache zu neuen Gesetzen im Reichstag einen direkten Einfluss nehmen. Denn jedes Bundesratsmitglied hatte nach Art. 9 RV nicht nur das Recht, im Reichstag zu erscheinen, sondern konnte außerdem verlangen, jederzeit gehört zu werden, um die Ansichten der Regierung seines Bundesstaats zu vertreten. Dazu brauchte das Bundesratsmitglied keine Mehrheit im Bundesrat hinter sich zu wissen. Umgekehrt hatten die Abgeordneten des Reichstags jedoch kein Recht, an den Bundesratssitzungen, die ohne Öffentlichkeit stattfanden, teilzunehmen oder gar gehört zu werden. Diese äußeren Zwänge in der Verfassung erschwerten auch das Gesetzgebungsverfahren des Reichstags.

Es wirkte sich zudem auf die Gesetzgebung aus, dass in der Verfassungsurkunde Grundrechte fehlten, welche die Gerechtigkeit als Rechtsidee in einem Rechtsstaat hätten verkörpern können.

1.2.3 Keine vollständige Gewährleistung von Grundrechten im Rechtssystem des Kaiserreichs

Nach Ansicht des deutschen Staatsrechtlers *Ulrich Scheuner* (1903–1981) war in der konstitutionellen Verfassung des Kaiserreichs der *Rechtsstaatsgedanke* zentral.⁴¹ Ob diese Aussage der Richtigkeit entspricht, ist schon deshalb näher zu untersuchen, weil *Scheuner* in der Zeitschrift „Archiv des öffentlichen Rechts“ (AöR) die nationalsozialistische „Machtergreifung“, insbesondere die „Reichstagsbrandverordnung“ vom 28. Februar 1933 und das „Ermächtigungsgesetz“ vom 23. März 1933, als legitim und legal beschrieben hatte.⁴²

Der Rechtsstaatsgedanke im Kaiserreich ist schon deshalb zu bezweifeln, weil es keine echte *Gewaltenteilung* nach der Reichsverfassung gab. Zentrales Organ war der Bundesrat, dem nicht nur Gesetzgebungsrechte zustanden, sondern der zugleich nach Art. 7 Nr. 2 RV als wichtige exekutive Aufgabe die Ausführungsbestimmungen zu Reichsgesetzen zu erlassen hatte und dadurch entscheidenden Einfluss auf die administrative Umsetzung nahm.⁴³ Ferner fielen dem Bundesrat außerdem noch judikative Aufgaben zu: Verfassungsstreitigkeiten und Streitigkeiten zwischen Bundesstaaten sowie Justizverweigerungen, hatte allein der Bundesrat zu regeln (Art. 76, 77 RV). Außerdem hatte der Bundesrat die Macht, mit Zustimmung des Kaisers den Reichstag aufzulösen (Art. 24 Satz 2 RV).⁴⁴ „Teilung und Balancierung

⁴⁰Wehler (1995), S. 864.

⁴¹Scheuner (1960), S. 229.

⁴²Scheuner (1934), S. 166 ff., S. 261 ff.

⁴³Halder (2011), S. 14.

⁴⁴Vgl. Fenske (1993), S. 21.

der verschiedenen Staatstätigkeiten und Instanzen“⁴⁵ ist aber für einen Rechtsstaat unumgänglich. Daher kann der Rechtsstaatsgedanke zwar als ansatzweise vorhanden,⁴⁶ aber keineswegs als „zentral“ bezeichnet werden.

Geht man außerdem davon aus, dass ein Staat erst dann ein Rechtsstaat ist, wenn er „die Güter und Werte des personalen und sozialen Daseins, die im Grundrechtssystem ihre Anerkennung und Gewährleistung finden“,⁴⁷ auch faktisch anerkennt und gewährleistet, sind im Rechtssystem des Kaiserreichs einige gravierende Lücken festzustellen. Wie zuvor die Norddeutsche Bundesverfassung, die Grundlage der Verfassungsurkunde des Kaiserreichs war,⁴⁸ verzichtete die Reichsverfassung auf einen Grundrechtskatalog.⁴⁹ Einziges Grundrecht auf Reichsebene war das *Indigenat* nach Art. 3 RV, das bestimmte, dass alle Angehörigen eines jeden Bundesstaats in jedem anderen Bundesstaat als Inländer mit gleichen Rechten zu behandeln ist. Nur die Verfassungen der Bundesstaaten im Kaiserreich enthielten Grundrechtskataloge oder prinzipielle Grundrechtsgarantien. Der Verzicht begründet sich vor allem dadurch, dass nicht dem Reich, sondern den Ländern die spezifische „eingreifende Staatsgewalt“ vorbehalten war, weil diese nicht nur die eigenen Gesetze, sondern auch die Reichsgesetze auszuführen hatten und nach damaliger Auffassung die Grundrechte nur vor der Exekutive, nicht aber vor der Legislative schützen sollten.⁵⁰

Nach dem Staatsrechtler *Ernst Rudolf Huber* (1903–1990), einem Schüler *Carl Schmitts* (1888–1985),⁵¹ war das Fehlen von Grundrechten in der Verfassungsurkunde als *formelles* Verfassungsrecht nicht wesentlich, weil es ihm auf das *materielle* Verfassungsrecht ankam.⁵² *Huber*, der während des „Dritten Reichs“ die nationalsozialistische Diktatur rechtfertigte⁵³ und sich später auf die Verfassungsgeschichte zurückzog,⁵⁴ bezog die auf Reichsebene bestehenden Gesetze, die 1871 als Reichsgesetze rezipiert wurden, mit in das „materielle Verfassungsrecht“ ein.⁵⁵ Grundrechte sah er etwa im Freizügigkeitsgesetz von 1867 (Freizügigkeit) und in der Gewerbeordnung von 1869 (Gewerbefreiheit) verankert sowie in weiteren Gesetzen. *Huber* stellte in der Festschrift für Ulrich Scheuner einen Katalog von 18 Grundrechten auf.⁵⁶ Mit in diese Liste nahm er allerdings auch solche Gesetze auf,

⁴⁵ Schmitt (1996), S. 50.

⁴⁶ Nipperdey (1991), S. 108.

⁴⁷ Huber (1973), S. 163 mit Berufung auf Scheuner (1960), S. 229.

⁴⁸ Nipperdey (1991), S. 85; *Identitätstheorie*: Laband (1907), S. 1 ff.; auch Anschütz und Thoma (1930), S. 68, *Rechtsnachfolgetheorie*: Huber (1988), S. 760 ff.; Menger (1988), S. 147, Rn. 289; vgl. Kotulla (2006), S. 247 ff.; Biefang (2012), S. 49 ff.

⁴⁹ Huber (1988), S. 665 f., S. 758.

⁵⁰ Huber (1973), S. 164.

⁵¹ Rütters (1994), S. 102 ff.

⁵² Huber (1973), S. 165 ff.

⁵³ Stolleis (2006), S. 336; Echternkamp (2015), S. 229 ff.; Günther (2015), S. 101 ff.; vgl. auch Grothe (2005), S. 168–172.

⁵⁴ Wiederin (2015), S. 199 ff.

⁵⁵ Huber (1973), S. 169, 171.

⁵⁶ Huber (1973), ebd.; vgl. den Grundrechtskatalog bei Frotscher und Pieroth (2016), S. 223, Rn. 453.