Werk

Titel: Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung

Autor: Nawiasky, Hans

Ort: Tübingen

Jahr: 1925

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574893_0048|log6

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

I.
Abhandlungen.

Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung.

Von

HANS NAWIASKY-München.

Inhaltsübersicht.

I. Der Stand der Lehre.

1. Art. 48 geltendes Recht. Herrschende Auslegung. 2. Neue Theorie SCHMITT-JACOBI, Aufgaben ihrer Ueberprüfung.

II. Die neue Theorie.

3. Thesen SCHMITTS. 4. Ergänzung aus den Textausführungen.

III. Folgerungen aus der neuen Theorie.

5. Ausmaß der Befugnisse des Reichspräsidenten. 6. Weitere Folgen. 7. Befugnisse der Landesregierungen. 8. Abschließende Bemerkung.

IV. Kritik der neuen Theorie.

9. Unhaltbarkeit der These von dem unantastbaren Organisationsminimum. 10. Die Lehre JACOBIS von dem verschiedenen Charakter der organisatorischen und grundrechtlichen Verfassungsbestimmungen. 11. Folgerungen im Sinne der Unantastbarkeit der ganzen Verfassung. 12. Drei einschränkende Schlußfolgerungen SCHMITTS aus der verfassungsmäßigen Grundlage des Art. 48. 13. Kritik der ersten Folgerung. 14. Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung. 15. Kritik der zweiten Folgerung. 16. Auswirkung ihrer Begründung. 17. Abweichung von der Verfassung durch die Diktaturorgane und den Diktaturartikel. 18. Ergebnis für die zweite Folgerung. 19. Dritte Folgerung. 20. Abschließende Bemerkung.

21. Unmöglichkeit noch weitergehender Auslegung der Ausnahmebefugnisse. 22. Verstecktes argumentum e contrario der neuen Theorie. 23. Möglichkeit einer positiven Konstruktion der Hauptprämisse der neuen Lehre und Konsequenzen hieraus insbesondere zugunsten der herrschenden Theorie. 24. Der Begriff der „Maßnahme" nach SCHMITT. 25. Einschränkung der Verordnungsgewalt gegenüber den Grundrechten nach JACOBI. 26. Ergänzung der Theorie JACOBIS und Konsequenzen daraus. 27. Allgemeine Bedeutung der Kritik der Lehre JACOBIS. 28. Zusammenfassung.

V. Antikritik.

29. Dreifacher Angriff der neuen Lehre. Theoretische Kritik der bisherigen Auffassung. SCHMITTS Analyse des Textes und des Begriffes Außerkraftsetzung. JACOBIS Ausführungen. 30. Auswertung der Entstehungsgeschichte. SCHMITTS Darlegung der parlamentarischen Entstehung des Art. 48. Antikritik. JACOBI über die vorrevolutionäre Regelung des Ausnahmezustandes und ihre Wandlungen bis zur Gegenwart. Antikritik. 31. Kritik der bisherigen Praxis. Antikritik. 32. Zusammenfassung. Wert des neuen theoretischen Versuchs.

VI. Eigene Lehre des Verfassers.

33. a) Sonderrecht des Art. 48 gegenüber dem Regelrecht der übrigen Verfassung. b) Organisatorische Abweichungen. c) Andere Abgrenzung der Machtbefugnisse. d) Rückschlüsse aus der ausdrücklichen Regelung der Grundrechtssuspension. e) Wirkung der Grundrechtssuspension. f) Einzelfragen. α. Grenzen der Eingriffe in die Landesgewalt. β. Begründung des Vollzugs der Landesgesetze durch Reichsorgane im Ausnahmezustand. γ. Ausnahme gewisser auf formellgesetzliche Regelung verwiesener Materien von der Ermächtigung der Generalklausel des Art. 48. δ. Maßnahmen der Landesregierungen und Verhältnis zu jenen des Reichspräsidenten.

(Abgeschlossen Oktober 1924).

I. Der Stand der Lehre.

1. Die herrschende Lehre und die politische Praxis fassen, gestützt auf die parlamentarische Entstehungsgeschichte, Art. 48 Abs. II—IV RV. als unmittelbar geltendes Recht auf. Demgemäß geben sie dem Abs. V: „Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz" die Bedeutung, daß das zunächst bestehende erste vorläufige Stadium außerordentlicher Bewegungsfreiheit des Reichspräsidenten (RPr.) bzw. der Landesregierungen (LRegn.) zur Ab-

wehr von Störungen und Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem zweiten endgültigem Stadium durch eine genaue gesetzliche Umgrenzung der besonderen Machtvollkommenheiten abgelöst werden soll.

Infolgedessen konzentriert sich, solange das erste Stadium dauert, das juristische und politische Interesse auf jene Grenzen, die der sog. Diktaturgewalt durch Art. 48 selbst gezogen sind. Wenn auch in dieser Frage keineswegs Einmütigkeit bestand, so hatte sich doch als überwiegende Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung die Auffassung durchgesetzt, daß die Diktaturgewalt eine unbedingte Schranke an den Bestimmungen der Reichsverfassung (RV.) finde, soweit diese nicht kraft ausdrücklicher Vorschrift des Art. 48 II S. 2 ganz oder teilweise vorübergehend außer Kraft gesetzt werden können. (Vgl. den Nachweis in Heft 1 der Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer S. 105 ff.)

2. Dieser herrschend gewordenen These sind auf der zweiten Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer in Jena im Frühjahr 1924 KARL SCHMITT und ERWIN JACOBI als Berichterstatter entgegengetreten und haben die Auffassung vertreten, daß die Schranken erheblich weiter zu ziehen seien, indem nicht die RV. schlechthin, sondern nur ein sehr kleiner Ausschnitt ihrer Vorschriften dem Zugriff der außerordentlichen Gewalten entzogen sei, ein Ausschnitt, den sie im wesentlichen in den Wortlaut des Art. 48 umschrieben finden wollen. (Veröffentlichungen d. V. d. deutschen Staatsrechtslehrer Heft 1 S. 63—136). Die anschließende Verhandlung hat zwar ergeben, daß die weitüberwiegende Mehrzahl der Fachgenossen diese Erweiterung der Diktaturschranken vom Standpunkt des geltenden Rechts aus mehr oder weniger entschieden ablehnt. Da aber einerseits die Gegenausführungen nur in einem ganz summarischen Auszug veröffentlicht wurden (a. a. O. S. 137—139), andererseits den Rednern, die durch die neuen Thesen vollkommen überrascht wurden, keine Gelegenheit gegeben war, Gründe und

Gegengründe scharf zu überdenken, erscheint es geboten, die neue Theorie einer eingehenderen Ueberprüfung zu unterwerfen. (Auch THOMA, der in der D.J.Z. 1924 S. 654 der neuen Lehre in bezug auf ihre kritische Leistung einiges Entgegenkommen beweist, hat sich doch seine endgültige Ansicht über die positiven Lehren vorbehalten.)

Diese Ueberprüfung wird sich einmal auf die Beweisführung gegen die bisherige Auffassung und dann auf die eigene Begründung der neuen Lehrmeinung zu richten haben, also in letzterer Beziehung auf eine Kritik der SCHMITT-JACOBIschen Thesen, in ersterer auf eine Antikritik der von beiden geübten Kritik hinauslaufen. Als dritte Aufgabe aber gesellt sich hiezu eine Darlegung der rechtlichen Folgerungen, die sich aus den neuen Thesen ergeben, da erst daran ihre Tragweite voll zu erkennen sein wird.

Im Nachstehenden wird aus Gründen, die sich später von selbst erklären, die Reihenfolge der Gedankenführung geändert werden. Wenn mit dem letzten Thema, der Erörterung der Konsequenzen der neuen Lehre, begonnen werden soll, so muß die Lehre selbst zunächst kurz dargelegt werden.

II. Die neue Theorie.

3. Wir lassen am besten den ersten Berichterstatter, KARL SCHMITT, durch seine Leitsätze zu Wort kommen, denen sich auch JACOBI angeschlossen hat (a. a. O. 103 f.).

„1. Bis zum Inkrafttreten des in Art. 48 Abs. 5 vorgesehenen Reichsgesetzes kann der Reichspräsident nach Art. 48 Abs. 2 Satz 1 alle zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für nötig erachteten Maßnahmen treffen; dabei ist er auch durch andere als die in Satz 2 aufgezählten Verfassungsbestimmungen nicht behindert. Satz 2 enthält gegenüber dem Satz 1 nicht eine Einschränkung, sondern eine neue zu der Befugnis aus Satz 1 hinzukommende Befugnis, nämlich die aufgezählten Artikel der Verfassung außer Kraft zu setzen, ohne selber Maßnahmen zu treffen.

2. Die dem Reichspräsidenten nach Leitsatz 1 zustehende Befugnis bedeutet ein Provisorium, dessen Eigenart darin besteht, daß einerseits die staatsrechtlich unbegrenzte Machtvollkommenheit, die rechtsstaatlich in der Hand einer verfassunggebenden Versammlung nur bis zum Inkrafttreten der Verfassung denkbar ist (souveräne Diktatur) mit dem Inkrafttreten der Verfassung aufhören muß, andererseits aber eine rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechende Umgrenzung einer kommissarischen Diktatur nicht stattgefunden hat. Es ist Aufgabe des nach Art. 48 Abs. 5 zu erlassenden Reichsgesetzes, diese Umgrenzung vorzunehmen.

3. Die Grenzen der dem Reichspräsidenten nach Art. 48 Abs. 2 Satz 1 zustehenden Befugnis ergeben sich daraus, daß es sich um eine auf einer Verfassungsbestimmung beruhende außerordentliche Befugnis handelt. Daraus ergibt sich insbesondere:

a) Was als öffentliche Sicherheit und Ordnung und als eine Gefährdung derselben anzusehen ist, kann nicht unabhängig von der Verfassung bestimmt werden.

b) Art. 48 enthält in sich ein Minimum von Organisation, das auch durch bloß tatsächliche außerordentliche Maßnahmen nicht angetastet werden darf (Reichspräsident, Reichsregierung, Reichstag);

c) die Befugnis gilt nur für Maßnahmen, d. h. Einzelhandlungen oder generelle Anordnungen, die im Hinblick auf eine als anormal anzusehende und daher zu beseitigende konkrete Sachlage erfolgen, nicht aber auf unabsehbare Zeitdauer Geltung beanspruchen."

4. Zum Verständnis und zur Ergänzung dieser Leitsätze sei aus den Ausführungen der Berichterstatter noch folgendes hervorgehoben.

Zu Nr. 3a wird betont, daß entgegen der Anschauung, die der gewesene bayerische Generalstaatskommissar von Kahr im Hitlerprozeß durchscheinen ließ, weder die ganze Verfassung noch andere Verfassungsbestimmungen als die 7 aufgeführten Grundrechte

außer Kraft gesetzt werden können. (93). Denn die Verfassung „bestimmt die fundamentale Organisation eines Staates und entscheidet darüber, was Ordnung ist“ (91). „Etwas anderes ist es, ob zur Beseitigung einer der Verfassung drohenden Gefahr ein Verfassungsartikel durchbrochen . . . werden kann . . .“ (93) . . „Das typische Mittel der Diktatur: durch eine Ausnahme von Verfassungsbestimmungen die Verfassung selbst als ganzes zu retten“ (91). Der zweite Berichterstatter JACOBI unterscheidet ähnlich zwischen unzulässigen Aenderungen der Verfassungsurkunde, zulässigen Verfassungsdurchbrechungen und der ausdrücklich vorgesehenen Außerkraftsetzung einzelner Verfassungsartikel (109).

Zu Nr. 3b wird ausgeführt, daß die Bedeutung des Wortes „Reichspräsident“ in Art. 48 nur aus der Verfassung selbst entnommen werden könne. Demgemäß sei zuständig nur der verfassungsmäßige RPr., nicht etwa eine durch Art. 48 selbst zu einer der Präsidentenstellung entsprechenden Position gelangte Persönlichkeit (93). Weiter könne die Amtsdauer des RPr. nicht auf Grund Art. 48 geändert werden, die Gegenzeichnung eines Reichsministers sei erforderlich — wie wohl, um diesen besonders schwachen Punkt der neuen Lehre schon jetzt hervorzuheben, Art. 48 die Reichsregierung (RReg.) mit keinem Wort erwähnt! — Die Abhängigkeit der RReg. vom Reichstag (RT.) könne nicht beseitigt werden, während die Suspension einer Landesregierung das Verbot ihrer Amtstätigkeit und die Betrauung anderer Personen mit der Geschäftsführung (vgl. Sachsen und Thüringen) zulässig sei. Der RT. sei unantastbar und damit seine Neuwahl innerhalb der verfassungsmäßigen Frist von 60 Tagen, die Wahlfreiheit nach Art. 125, die gesetzliche Zahl der Abgeordneten, ihr Anspruch auf Entschädigung und freie Fahrt, ihre Immunität, nicht dagegen jene der Landtagsmitglieder (94 ff.).

Zu 3c ist darauf zu verweisen, daß SCHMITT einen scharfen Gegensatz zwischen Maßnahmen und einem normalen, formalisierten Rechtsverfahren konstruiert (96 ff.). Erstere umfassen zunächst

jedes bloß faktische Vorgehen, aber auch generelle Anordnungen, wenn sie nicht von der Rechtsidee, sondern von Zweckmäßigkeitserwägungen beherrscht und abhängig sind, letztere Akte der Rechtspflege, Rechtsnormen, die von der Rechtsidee beherrscht sind, wie Verfassungsänderungen, neues Privatrecht, formelle Gesetze wie Kriegserklärung, Haushaltsplan, Durchführung des Art. 18 über Gebietsänderungen innerhalb des Reiches.

III. Die Folgerungen aus der neuen Theorie.

5. Es ist bereits angedeutet worden, daß die Heranziehung der RReg. in das Minimum von Organisation — wenn man einen SCHMITTschen Ausdruck (77) verwenden wollte, eine Erschleichung, anders gefaßt — höchst anfechtbar ist. Sie wäre nur dann gerechtfertigt, wenn man den in Art. 48 weder explicite erwähnten, noch implicite angedeuteten Art. 50 für unantastbar erklärt, obwohl er ganz selbständig neben Art. 48 steht. Hält man sich dagegen streng an den aufgestellten Grundsatz, die Beschränkungen des Art. 48 nur diesem Art. selbst zu entnehmen, so ergibt sich die Folgerung, daß der RPr. nicht gehindert ist, die RReg. vorübergehend außer Funktion zu setzen und wie ein absoluter König selbst zu regieren.

Darüber hinaus aber könnten jedenfalls die von SCHMITT nicht angeführten obersten politischen Faktoren vorübergehend ausgeschaltet werden, wie das Reichsvolk in bezug auf Volksbegehren und Volksentscheid, der Reichsrat (RR.), der Reichswirtschaftsrat, die Landesregierungen, die Landesvolksvertretungen, die Landesvölker. Auch die Landesverfassungen stünden ohne jeden Vorbehalt zur Disposition des Reichsdiktators. Der RPr. brauchte weiter nicht haltzumachen vor dem Reichsstaatsgerichtshof, soweit es sich nicht um die Anklage gegen den RPr. selbst wegen Verfassung- und Gesetzesverletzung handelt, vor dem Reichsgericht, dem Reichsfinanzhof, den sonstigen richterlichen Reichsbehörden, endlich den Gerichten der Länder, welcher Stufe

und Zuständigkeitsart immer. Denn die Anordnung der vorübergehenden Einstellung der Tätigkeit eines Gerichtes ist zweifellos kein Akt der Rechtspflege, sondern eine Maßnahme im SCHMITTschen Sinne. Weiter könnten alle Reichs- und Landesverwaltungsbehörden einschließlich aller Selbstverwaltungsorgane auf Zeit suspendiert werden.

Wir sehen also, der vorübergehende Abbau des gesamten Reichsapparates bis auf ganz vereinzelte hochragende Trümmer und der vorübergehende Abbau des gesamten Landesapparates wäre nach dieser Lehre verfassungsrechtlich zulässig. Ein wildgewordener Reichspräsident könnte auf einige Zeit wie ein apokalyptischer Reiter über das wehrlose Maximum der Reichs- und Landesorganisation hereinbrechen!

6. Halten wir diesem dramatischen Bild das eines behutsamen Trägers des höchsten Reichsamts gegenüber, der sich der normalen Behörden zur Bekämpfung der Ruhestörer bedienen will, so ist es ihm nach der neuen Lehre verwehrt, diesen Kampf durch die Erlassung von 100prozentigen Rechtsnormen zu unterstützen. Er hat vielmehr nur die Wahl zwischen tatsächlichen Vorkehrungen in dem erweiterten Sinn, der auch streng zweckabgestellte, allgemeine Anordnungen umfassen soll, einschließlich des Einsatzes der bewaffneten Macht auf der einen Seite und der Außerkraftsetzung der sieben Grundrechte auf der anderen. Es ist offengelassen, ob das letztere Mittel unter den Oberbegriff der „Maßnahme" fällt (76), jedenfalls wird die Grundrechtsaufhebung als eine besondere Befugnis der allgemeinen Befugnis zu Maßnahmen anderer Art schärfstens gegenübergestellt (77).

Die Bedeutung der Grundrechtssuspension wird nun dahin bestimmt, daß durch sie rechtliche Schranken, welche der staatlichen Behörde zugunsten des Staatsbürgers gesetzt sind, beseitigt werden (75), und zwar ausdrücklich für den Erklärenden und jede zuständigerweise handelnde sonstige Behörde (74 f.). Wollte man diese Definition mit der sonst seitens der neuen Lehre vertretenen

Strenge auffassen, so ergäbe sich daraus eine Beschränkung der Außerkraftsetzung auf die angegebene negative Wirkung. Sonach wäre die Einräumung eines Rechtsverordnungsrechts als Folge vorgenommener Grundrechtssuspension nicht anzunehmen. Verstärkt würde diese Argumentation durch die offengelassene Anerkennung der Außerkraftsetzung als eine Unterart von Maßnahmen in der Bedeutung, die diesem Begriff gegeben wird. Eine 100-prozentige Rechtsnorm käme darnach auch auf dem Gebiet der aufhebbaren Grundrechte nicht in Frage. JACOBI allerdings scheint in diesem Punkte anderer Meinung zu sein (vgl. 118).

Andererseits aber bliebe es dem RPr. auch unbenommen, ohne Grundrechtssuspension einzelne Eingriffe vorzunehmen. Denn nach der neuen Lehre sind ja die „nötigen Maßnahmen" durch die ausdrückliche Zulassung der „Außerkraftsetzung von Grundrechten" nicht arg. e contr. beschränkt. Solche einzelne Eingriffe wären daher auf dem Gebiet der nichtaufhebbaren Grundrechte sowie auf jenen der aufhebbaren auch ohne formelle Aufhebung zulässig.

So zeigt sich, daß die neue Lehre SCHMITTs einerseits „eigentliche" Rechtsverordnungen der Diktaturgewalt bedingungslos ausschließt, anderseits aber Einzelakte (ohne Urteilscharakter) im Gesamtbereich der Grundrechte ohne Rücksicht auf zulässige und, wenn zulässige, erfolgte Suspension gestattet.

7. Aufgabe der Berichterstatter der Staatsrechtlehrertagung war nur die Untersuchung der Diktatur des Reichspräsidenten. Art. 48 Abs. IV stellt nun aber mit drei Einschränkungen die Landesregierungen dem RPr. gleichberechtigt an die Seite. Die Einschränkungen beziehen sich auf die Voraussetzung des Handelns — Gefahr im Verzug — den Geltungsbereich — Landesgebiet — und die Dauer — einstweiliger Charakter. Von diesen Abweichungen interessieren hier zunächst jene in bezug auf die Voraussetzung und die Dauer nicht. Wenn daher von diesen Einschränkungen abgesehen wird, haben die LRegn. für ihr Ge-

biet die gleichen oben entwickelten Befugnisse wie der Reichspräsident für das ganze Reich.

Daraus ergeben sich streng logisch folgende Konsequenzen. Die LRegn. könnten für ihren Bereich die Reichsregierung außer Funktion setzen, ebenso die Tätigkeit des Reichsvolkes in bezug auf Volksbegehren und Volksentscheid, die Tätigkeit des RPr., des Reichwirtschaftsrates, ihrer eigenen Volksvertretung, ihres eigenen Landesvolkes, ja ihre ganze Landesverfassung. Die LRegn. könnten weiter alle Reichsbehörden, ob Gerichte oder Verwaltungsorgane, ohne Unterschied der Stufenhöhe territorial für suspendiert erklären und mit ihren eigenen Behörden einschließlich jenen der Selbstverwaltung umspringen, wie sie wollten. Dabei wären sie jeder rechtlichen und politischen Verantwortlichkeit bar, eine Kontrolle aber käme nur von seiten des R.Pr. und des R.T. in Betracht. Nehmen wir nun dazu, daß der R.Pr. eine neue L.Regr. nach seinen politischen Wünschen oder jenen des RT. einsetzen könnte, so würde sogar die letzte Kontrollinstanz materiell ausscheiden.

Die Landesregierungen könnten weiter im Wege von Maßnahmen fast alle Bestimmungen der Reichsverfassung, der einfachen Reichsgesetze, der Landesverfassung und des übrigen Landesrechtes durchbrechen, nur in bezug auf reichsrechtliche Rechtsverordnungen und Außerkraftsetzung von Grundrechten der RV. wären sie beschränkt.

Nun kommt dazu noch die Theorie, wonach die Landesregierungen bei Anwendung des Art. 48 als Reichsorgane handeln und schon deswegen landesrechtlich nicht verantwortlich seien. Sie hätten es danach nicht einmal nötig, ihre eigenen Landesverfassungen zu tangieren, um sich unerwünschter Einwirkung ihrer Volksvertretung zu entziehen. Bei Auffassung als Reichsorgan würden sie sich nach mancher Meinung überdies noch der Rechtskontrolle des Reichsstaatsgerichtshofes nach Art. 15 und 19 bzw. des Reichsgerichts nach Art. 13 entwinden, ja nicht einmal im

Wege der Reichsexekution nach Art. 48 I könnte gegen sie eingeschritten werden.

Faßt man all diese Möglichkeiten, die sich auf Grund der neuen Lehre im Zusammenhang mit schon früher hie und da vertretenen Anschauungen für die Landesregierungen ergeben, zusammen, so kommt man zu einer Konstruktion der rechtlichen Stellung dieser Faktoren, die man vielleicht mit dem Bild eines freischwebenden Kugelblitzes vergleichen kann.

8. In Jena wurde unter dem Eindrucke der mündlichen Berichte die vorläufige Formulierung gewählt, die neue Lehre „würde es ermöglichen, daß die Landesregierungen mit Hilfe des Abs. 4 fast die ganze Reichsverfassung, der Reichspräsident mit Hilfe des Abs. 2 die Landesverfassungen, die Landesregierungen mit Hilfe von Abs. 2 und 4 ihre eigenen Landesverfassungen abbauten“ (138). Die sorgfältige Prüfung des gedruckten Wortlautes hat bewiesen, daß diese Formulierung als endgültig festgehalten werden kann.

Es wird jetzt klar geworden sein, warum die kritische Betrachtung der Konsequenzen der neuen Theorie vorausgenommen wurde. Diese sind so ungeheuerlich, daß man wohl von vornherein sagen muß, die Auslegung einer Bestimmung der neuen RV., die zu solchen Ergebnissen führt, kann nicht im Sinne dieser Verfassung gelegen sein, sie ist nicht aus ihr entwickelt, Fleisch von ihrem Fleisch, sie ist künstlich an sie herangetragen, ein fremder Pfahl, der herausgegraben werden muß.

IV. Kritik der neuen Theorie.

9. Wenn nunmehr die neue Lehre kritisch geprüft werden soll, so ist der Weg einer immanenten Kritik der gegebene. Es ist daher zu fragen, ob die aufgestellten Thesen und ihre Begründung ein in sich widerspruchsloses Bild ergeben.

Ein unbedingter Widerspruch der Lehre wurde bereits oben hervorgehoben, die Hereinziehung der RReg. in das unantastbare Organisationsminimum, obwohl von der RReg. in Art. 48 mit

keiner Silbe die Rede ist. Nun wäre der Einwand denkbar, daß der RPr. ohne RReg. gar nicht der RPr. der Reichsverfassung sei, diese also gewissermaßen als untrennbarer Annex des Staatschefs angesehen werden müsse. Aber ein solcher intimer Zusammenhang, über dessen Intensität übrigens verschiedene Meinungen bestehen (vgl. „Grundgedanken der Reichverfassung S. 78 ff., insbesondere die dort ventilierte Aufstellung, gewisse Akte des RPr. von der Gegenzeichnung auszunehmen), ergibt sich doch nur aus dem Gesichtspunkt der Verteilung der politischen Macht unter verschiedenen Faktoren. Da nun aber, wie SCHMITT selbst hervorhebt (87), der Art. 48 wie jeder Diktaturparagraph den Grundsatz der Gewaltenteilung bewußt zugunsten der Gewaltenvereinigung durchbricht, darf vom Standpunkt dieses Artikels eine der Gewaltenteilung dienende Verfassungseinrichtung keinesfalls als etwas selbstvertändlich Hereingehöriges angesprochen werden. Damit allein schon ist der erwähnte Einwand erledigt. Andererseits aber ist es auch klar, daß der RPr. der RV. in seiner Machtstellung nicht nur durch die Befugnisse der RReg., sondern ebenso durch die Rechte aller übrigen verfassungsmäßigen Faktoren begrenzt und bestimmt ist und daß daher, wenn man diese anderen Gewaltenträger wegdenkt, nicht mehr der RPr. der RV., sondern etwas ganz anderes übrigbleibt.

Man hat also folgende Wahl. Entweder man eliminiert die RReg. aus dem unantastbaren Organisationsminimum oder man nimmt alle übrigen in Betracht kommenden Organe hinzu. Im ersten Fall macht man den RPr. für den Bereich des Art. 48 zu einem nur durch das Reichstagsrecht, die Aufhebung seiner Anordnungen zu verlangen, beschränkten Herrscher, der in dem Gebrauch seiner ungeheuer weiten Machtbefugnisse auch nicht durch Art. 59 eingeengt wird, da der RT. zwar anklagen kann, der Staatsgerichtshof aber mangels jeder Rechtsverletzung nicht verurteilen darf; die kleinen Könige der Landesregierungen teilen dann diese Prärogativen.

Im zweiten Fall verwandelt sich das Organisationsminimum unversehens in das Organisationsmaximum. Es läßt sich nämlich juristisch unmöglich eine scharfe Grenzlinie bestimmen, die gewisse Teile der verfassungsmäßigen Organisation als wesentlich, andere als unwesentlich voneinander trennt. Woran sollte man, rechtlich betrachtet, nicht vom Standpunkt einer freigewählten politischen Ideologie, ein Kriterium finden, wonach in der Verfassung gleichmäßig nebeneinandergestellte Bestimmungen als Normen verschiedener Qualität zu kategorisieren wären? Hervorzuheben ist dann auch, daß bei der zweiten Auffassung auch die Organisation der Länder, soweit sie in der RV. geregelt oder vorausgesetzt ist, gegen Eingriffe auf Grund des Art. 48 II—IV geschützt erscheint, sofern nicht ausdrücklich Ausnahmen in diesen Bestimmungen selbst aufgenommen wurden.

10. Kommt man so zu dem Ergebnis, daß für den Fall der Ablehnung eines kaum beschränkten Diktaturabsolutismus die organisatorischen Bestimmungen der RV. als unantastbar anzusehen sind, so tritt man damit in diametralen Gegensatz zu der Lehre von JACOBI, dem gerade die organisatorischen Vorschriften viel weniger widerstandsfähig erscheinen als die grundrechtlichen (110, 117/118).

Eine positive Begründung für diese Unterscheidung wird allerdings nicht gegeben, vielmehr nur negativ die Unberührbarkeit der Grundrechte durch Diktaturverordnungen aus dem jenen von Haus aus innewohnenden Vorbehalt des formellen Gesetzes abgeleitet (110). Einen zwingenden Schluß auf die geringere Widerstandskraft der organisatorischen Vorschriften wird man wohl daraus kaum abzuleiten veranlaßt sein. Denn, gesetzt es wäre richtig, einen derartigen Vorbehalt für die Grundrechte allgemein als zutreffend anzunehmen, so kann man doch nicht aus der grundsätzlichen Unwirksamkeit von Rechtsverordnungen auf diesem Gebiete die grundsätzliche Zulässigkeit von solchen Verordnungen auf organisatorischem Gebiete folgern. Das wäre die reinste petitio

principii. Der erste Berichterstatter schließt übrigens überhaupt, wie wir früher gesehen haben, alle eigentlichen Rechtsverordnungen aus dem Kreis der in Abs. II S. 1 vorgesehenen Maßnahmen aus (Leitsatz 3 c) und JACOBI hat diese These ausdrücklich selbst angenommen (136).

11. Wir müssen jetzt einen Schritt weitergehen. Wir sind zum Ergebnis gelangt, daß vorbehaltlich der apokalyptischen Theorie die organisatorischen Vorschriften der RV. dem Eingriff der Diktatoren entzogen sind. Wohlgemerkt dem Eingriff der Diktatoren, nicht dem Eingriff des Diktaturartikels selbst, worüber später noch zu sprechen sein wird. Nun wurde bereits festgestellt, daß von Rechts wegen ein Unterschied zwischen den organisatorischen und den übrigen, den grundrechtlichen Verfassungsbestimmungen nicht gemacht werden kann in dem Sinne etwa, als ob ihnen eine abweichende juristische Qualität zukäme. Inhaltliche rechtspolitische Gesichtspunkte kommen aber in diesem Zusammenhang nicht in Betracht. Denn es handelt sich nur um den Charakter als verfassungsrechtliche Normen und dieser Charakter läßt sich nicht anders als formalrechtlich bestimmen. Mag sich sachlich noch so viel dagegen einwenden lassen, willkürlich bestimmte Vorschriften über das Verhältnis zwischen Staat und einzelnen in die Verfassung aufzunehmen (SCHMITT 91), hat der Verfassungsgesetzgeber derartige Erwägungen unbeachtet gelassen und das Verfassungsrecht mit solchem vielleicht unerwünschten Ballast bepackt, auch dieser ist damit vollwertiger Verfassungsbestandteil geworden.

Daraus ergibt sich aber, daß man bei der Unantastbarkeit einer sachlichen Gruppe von Verfassungsbestimmungen nicht stehen bleiben darf, sondern die gleiche Eigenschaft allen Verfassungsbestimmungen zuerkennen muß.

Der Zusammenhang der verschiedenen Verfassungsvorschriften ist übrigens, genauer besehen, nicht nur von so äußerlicher Bedeutung. Durch die Grundrechte beispielsweise werden ja die

Zuständigkeiten der Organe, deren Einsetzung in dem ersten Hauptteil erfolgt ist, inhaltlich bestimmt und begrenzt. Das rechtliche Können und Dürfen der Träger der Reichsgewalt richtet sich also nicht nur nach den anfänglichen Artikeln, sondern ebensosehr nach den am Schlusse stehenden, und man kann beispielsweise sagen: der RPr. oder die RReg. der RV. sind nur jene so benannten Organe, deren Zuständigkeit und Machtvollkommenheit durch die Gesamtbestimmungen dieser Verfassung umschrieben sind.

Aus dem Gesagten folgt, daß man auf Grund des Art. 48 entweder fast alle Schranken der RV. vor dem Belieben der Diktaturorgane in die Höhe gehen lassen oder alle ausnahmslos geschlossen halten muß. Selbstverständlich ist auch hier wieder daran zu erinnern, daß es etwas ganz anderes ist, wenn der Diktaturartikel selbst eine von den übrigen Verfassungsartikeln abweichende Sonderregelung vornimmt.

12. In beschränktem Umfang hat SCHMITT selbst der Verfassung eine besondere Bedeutung gegenüber den Diktaturmaßnahmen eingeräumt, indem er darauf verweist, daß die außerordentlich weitgehenden Befugnisse des Art. 48 doch auf dieser Verfassung selbst beruhen und sie voraussetzen (91), daß Art. 48 „nur Bestandteil einer in Kraft getretenen Verfassung“ ist (92). Man würde aus dieser Prämisse den oben sukzessive entwickelten Schluß erwarten, daß das Fundament, auf dem Art. 48 ruht, die Verfassung selbst, Eingriffen von seiten der aus ihr abgeleiteten Gewalten entzogen sei, soweit sie nicht etwa selbst solche Eingriffe als Ausnahmen vorsehe. Das hätte dann weiter zu dem Ergebnis der herrschenden Lehre geführt, daß solche Eingriffe nur gemäß Abs. II S. 2 durch Außerkraftsetzung der sieben Grundrechte in Betracht kommen können.

Statt dessen sehen wir nur drei beschränkte Schlüsse gezogen, daß erstens Verfassungsänderungen mit Hilfe des Art. 48 unzulässig seien (91), zweitens „verfassungsmäßige Einrichtungen als solche und die Verfassung als Ganzes niemals eine Gefährdung

im Sinne einer Verfassungsbestimmung bedeuten können“ (93) und daß drittens „Art. 48 in sich ein Minimum von Organisation enthält, welches infolgedessen in seinem Bestand und seinem Funktionieren nicht behindert werden darf“ (93). Dagegen seien Maßnahmen durchaus zulässig, „welche in einzelne Verfassungsbestimmungen eingreifen und dadurch Ausnahmen schaffen, ohne die Verfassung aufzuheben“, von JACOBI sog. „Verfassungsdurchbrechungen“ (91, 93, 108 ff.), die übrigens auch in scharfen Gegenstand zur Außerkraftsetzung einzelner Verfassungsartikel gesetzt werden (ebenda).

13. Wie werden nun diese drei beschränkten Schlußfolgerungen begründet?

Die erste auf Ausschluß von Verfassungsänderungen einfach damit, daß die in Art. 48 gegebenen Befugnisse selbst auf der Verfassung beruhen (91). Diese Begründung ist aber ganz unzulänglich. Daß die Verfassung im Wege der Gesetzgebung durch qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse des RT. bei Unterlassung von Einsprüchen des RR. usw. abgeändert werden kann, diese Befugnis des RT. beruht doch ebenfalls auf der Verfassung (Art. 76). Warum sollte für besondere Verhältnisse nicht durch eine andere Verfassungsvorschrift, die eben für außerordentliche Lagen vorsorgt, der RPr. ermächtigt werden, eine Verfassungsänderung vorzunehmen, zumal wenn diese Aenderung nur zeitlich vorübergehende Geltung hätte, wie das bei allen Akten auf Grund des Art. 48 in thesi der Fall ist? Art. 76 enthielte dann die Norm für den Regelfall, Art. 48 für den Ausnahmefall. Wenn daher eine Verfassungsänderung auf Grund des Art. 48 abgelehnt wird, so kann das nicht auf dem angegebenen Grund beruhen, sondern es läßt sich nur so erklären, daß Art. 48 einen (besonderen) Weg für Verfassungsänderungen nicht vorsieht und daher als einziger der allgemeine Weg des Art. 76 gegeben ist. M. a. W. man erblickt in dem Art. 48 nicht eine unbeschränkte Generalermächtigung zu allen der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit

und Ordnung dienenden Akten, mögen sie nun in die anderen Verfassungsartikel eingreifen oder nicht, sondern nur eine beschränkte Ermächtigung, die vor anderen Artikeln der Verfassung haltmacht. Warum dann aber nur gerade beispielsweise vor Art. 76 und nicht vor allen anderen Artikeln, ist nicht einzusehen.

Gelegentlich wird allerdings auch noch mit dem später zu besprechenden Begriff der Maßnahme operiert. „Ebensowenig kann man eine Verfassung Maßnahme nennen, weil sie prinzipiell als die Grundlage des Staates gelten will. Eine Verfassungsänderung im eigentlichen Sinne des Wortes ist infolgedessen niemals eine Maßnahme“ (98). An dieser Stelle wird einfach Verfassungsänderung im eigentlichen Sinn“ und „Verfassung“ als identisch erklärt. Mit welchem Recht? Und würde beispielsweise die — weil auf Art. 48 beruhend, vorübergehende — Aufhebung eines Verfassungsartikels, die doch zweifellos eine Verfassungsänderung darstellt, nicht unter den Begriff eines „Vorgehens“ zu fassen sein, das „in seinem Inhalt durch eine konkret gegebene Sachlage bestimmt und ganz von einem sachlichen Zweck beherrscht wird“ (97), das nicht „wesentlich ein Rechtsprinzip zum Ausdruck bringen, d. h. vor allem gerecht, von der Rechtsidee beherrscht sein will“ (ebenda weiter unten)? Also auch diese gelegentliche Bemerkung kann die oben als unzureichend erwiesene Begründung nicht ersetzen.

14. Im Anschluß an das Gesagte soll gleich von der Unterscheidung zwischen Verfassungsänderungen und Verfassungsdurchbrechungen, die in der Gedankenführung der neuen Lehre eine so große Rolle spielt, die Rede sein.

Auf dem Heidelberger deutschen Juristentag im September 1924 wurde gemeinsam von den Berichterstattern, Graf zu Dohna und Triepel, folgender Leitsatz aufgestellt: „Verfassungsändernd im weiteren Sinne ist jedes Gesetz, dessen Inhalt mit dem Inhalt der Verfassungsurkunde im Widerspruch steht.“ Unter diesen

Begriff fallen also alle Gesetze, die von den Verfassungsnormen abweichen, demnach auch gesetzliche Verfassungsdurchbrechungen. Und das mit Recht. Denn durch ein einziges solches Gesetz wird die getroffene Verfassungsnorm abgeändert, sie gilt künftig nicht mehr, so wie bisher, uneingeschränkt, sondern nur mehr beschränkt für die Fälle, die nicht zu der Ausnahme gehören. Daraus folgt, daß materiell ein Unterschied zwischen sog. Verfassungsänderungen im eigentlichen Sinn und sog. Verfassungsdurchbrechungen nicht besteht. Nur formell ist eine Abweichung zwischen beiden Aktionen gegeben, insofern bei der ersteren der Text der Verfassungsurkunde eine Aenderung erfahren hat, bei der zweiten nicht. Daß der Juristentag auch diesen Unterschied durch Obligatorischmachung der Textänderung beseitigen will, interessiert hier nicht näher.

Will nun die SCHMITT-JACOBIsche Lehre die von ihr deduzierte Unzulässigkeit von Verfassungsänderungen auf Grund des Art. 48 auf Aenderungen der Verfassungsurkunde beschränken? Das scheint aus den Berichtausführungen klar hervorzugehen (98, 109, 118). Dann aber ergibt sich eine merkwürdige Konsequenz. Es wäre nicht nur eine Abweichung von dem materiellen Inhalt der Verfassungsurkunde im Einzelfall, also eine „Verfassungsdurchbrechung sondern auch, soweit nicht aus anderen Rücksichten verwehrt, was nach JACOBI (118) auf dem Gesamtgebiet der organisatorischen Vorschriften nicht in Frage steht — eine durchgreifende materielle verfassungsrechtliche Neuordnung, wenn sie nur an den Wortlaut der Urkunde nicht rührt, unbedenklich gestattet.

Worauf aber soll sich eine derartige, gänzlich unsachliche, rein formalistische Differenzierung gründen? Ist die Verfassung nur die Grundlage für die ihrem Wortlaut nach geformten Artikel der Urkunde? Beruhen nicht die daraus zu entwickelnden materiellen Verfassungsnormen in gleicher Weise auf ihr? Und verstoßen daher nicht auch Einzelabweichungen, da sie, wie gezeigt,

die materielle Norm ändern, ebenfalls gegen den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Verfassung, von abweichenden allgemeinen Vorschriften gar nicht zu reden?

Man komme nur ja nicht mit dem Einwand, es handle sich gar nicht um den besprochenen Fall, nicht um gesetzliche Verfassungsdurchbrechungen, sondern um solche durch Akte der Diktatur. Denn auch die als unzulässig erklärten Aenderungen der Verfassungsurkunde teilen diesen Charakter. Für beide Akte wird also gleichermaßen gesetzliche Ermächtigung vorausgesetzt und die Frage dreht sich nur darum, ob diese, wie behauptet in Art. 48 zwar für materielle Aenderungen gegeben, aber für formelle Aenderungen versagt ist. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es nur auf das grundsätzliche Verhältnis zwischen den Begriffen materielle und formelle Verfassungsänderungen an, der Weg, den sie nehmen, Gesetz oder Diktaturanordnung, ist vollkommen gleichgültig.

Wir sahen früher, die Ausnahme der Verfassungsänderungen von den Ermächtigungen der Diktatoren ließ sich nicht anders begründen, als durch den Hinweis darauf, daß eine andere Verfassungsvorschrift, nämlich Art. 76, ein bestimmtes Verfahren vorschreibt, von dem Art. 48 keine Abweichung kennt. Wir sehen jetzt, daß folgerichtig auch „Verfassungsdurchbrechungen“ als von den Ermächtigungen des Art. 48 ausgenommen gelten müssen, da sie sachlich vollkommen auf derselben Linie stehen. Hat doch bisher niemand bezweifelt, daß auch „Verfassungsdurchbrechungen“ im gesetzlichen Wege an das Verfassungsänderungsverfahren nach Art. 76 gebunden sind und „Verfassungsdurchbrechungen“ im Wege des Vollzugs eine gesetzliche „Verfassungsdurchbrechung“ voraussetzen. So führt die Ausnahme der Verfassungsänderung mit zwingender Konsequenz zu der Ausnahme jedes Eingriffes in die Verfassung.

15. Die zweite Schlußfolgerung weist der Verfassung als Ganzes und den einzelnen verfassungsmäßigen Ein-

richtungen einen recht eigenartigen Schlupfwinkel vor dem Zugriff der Diktatoren an, in dem sie als unmögliche Anlässe für die Ingebrauchnahme der Machtmittel des Art. 48 bezeichnet werden. Es ist mir nicht bekannt geworden, daß je von irgendeiner Seite das Gegenteil behauptet worden ist. Man tut selbst Herrn v. Kahr unrecht, wenn man ihm etwas anderes zumutet (93), als daß er in der Außerkraftsetzung der ganzen RV. ein nach Art. 48 zulässiges Mittel zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erblickt hat. Wenn auch diese Anschauung unter allen Umständen etwas exzessiv ist, man möchte fast meinen, daß sie der SCHMITT-JACOBIschen Lehre näher steht als diese der herrschenden. Der Unterschied besteht ja nur darin, daß die neue Theorie grundsätzlich alle Verfassungsartikel mit Ausnahme des Art. 48 und seinen Dependenzen dem Diktator in gewissem Umfange zur Verfügung stellt — JACOBI geht dabei allerdings etwas weniger weit wie SCHMITT —, während Herr von Kahr auch noch Art. 48 selbst hinzufügt. In welchem Abstand davon steht die herrschende Lehre, die das Betätigungsgebiet der außerordentlichen Machthaber auf sieben Artikel beschränkt!

Diese eigenartige Technik muß aber doch einen tieferen Grund haben. Sollte er darin liegen, daß man in die Gefahr des Gleitens gerät, wenn man grundsätzlich alle übrigen Verfassungsartikel ins Wanken bringt und nur krampfhaft in Art. 48 selbst möglichst viele Stützpunkte zu suchen bemüßigt ist? Wir haben ja dieser ganzen Methode bisher kein brauchbares Ergebnis abzugewinnen gewußt, wohl aber sind wir auf zahlreiche aus ihr folgende Widersprüche gestoßen. Vielleicht ist das auch an dieser Stelle der Fall.

16. „Die Verfassung besagt, was normale Ordnung im Staat ist" (91) „Was der Staat als Ganzes ist, entscheidet aber die Verfassung im Hinblick auf eine als normal vorausgesetzte Sachlage. In Art. 48 Abs. 2 ist eine abnormale Situation vorausgesetzt und daher eine außergewöhnliche Befugnis erteilt, um die Herstellung der normalen Situation zu ermöglichen. Aber Art. 48 ist nur Be-

standteil einer in Kraft getretenen Verfassung. Was normal ist, ebenso die Entscheidung darüber, was öffentliche Sicherheit und Ordnung ist, kann daher nach Art. 48 nicht unter Ignorierung der Verfassung getroffen werden“ (92).

Gegen diese Sätze ist gewiß nichts einzuwenden. Sie sind aber unvollständig. Nicht nur die normale Ordnung ist in der Verfassung selbst festgelegt und kann daher nicht unter Ignorierung der Verfassung als Ganzes beurteilt werden, auch die anormalen Befugnisse zur Wiederherstellung der normalen Ordnung sind in der Verfassung selbst festgelegt und können daher nicht unter Ignorierung der Verfassung als Ganzes beurteilt werden. Wird doch zugegeben, daß Art. 48 Bestandteil der Verfassung ist.

Daraus aber folgt, daß Art. 48 nicht im Gegensatz zu der übrigen Verfassung steht und daher die in ihm enthaltenen Befugnisse nicht unabhängig von den anderen Verfassungsbestimmungen beurteilt werden können, sondern daß dieser Artikel nur im Rahmen der ganzen Verfassung zu verstehen ist und die in ihm erteilten Befugnisse mit den übrigen Verfassungsvorschriften möglichst in Einklang gesetzt sein müssen. M. a. W. die Verfassung als Ganzes und darum alle ihre Teile sind Eingriffen auf Grund des Art. 48 entzogen, soweit nicht ausdrücklich eine Abweichung vorgesehen, eine Sonderregelung getroffen ist. Nicht das ist zu beweisen, daß die Machtvollkommenheiten des Art. 48 durch andere Verfassungsbestimmungen eingeschränkt sind, vielmehr ist umgekehrt zu beweisen, daß und inwieweit diese Machtvollkommenheiten an den übrigen Verfassungsbestimmungen keine Schranke finden. Anders ausgedrückt: im Zweifel gehen die übrigen Verfassungsartikel dem Art. 48 vor, nicht der Art. 48 den übrigen. Art. 48 ist eine Sondernorm, die strenge Auslegung erfordert. Soweit daher Art. 48 einen Sinn gibt, der die übrige Verfassung unberührt läßt, muß an dieser Intaktheit festgehalten werden. Da es nun zweifellos möglich ist, wie übrigens noch berührt werden wird, „die zur Wiederherstel-

lung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen" so abzugrenzen, daß die Verfassung selbst außer Spiel bleibt, müssen sie auch so abgegrenzt werden.

17. Hier ist der Ort, auf eine Unterscheidung einzugehen, die bereits wiederholt angedeutet wurde, jene zwischen Abweichungen der Diktaturorgane von den übrigen Artikeln der Verfassung und Abweichungen des Diktaturartikels von den übrigen Verfassungsartikeln. Da der Diktaturartikel Vorsorge für eine anormale Lage treffen will, ist es natürlich, daß er von den auf normale Lagen abgestellten Vorschriften abgeht, also eine Sonderregelung vornimmt. So wird hier der RPr. nicht nur bezüglich des Reichsheeres wie in Art. 47, sondern auch bezüglich der Zivilverwaltung im Gegensatz zu Art. 56 mit der obersten Leitung betraut, so wird hier die Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht nur, soweit ein Bedürfnis für den Erlaß einheitlicher gesetzlicher Vorschriften besteht (Art. 9), sondern unbedingt und besonders auch auf dem Gebiete des Vollzugs als Reichsangelegenheit erklärt, so wird die legislative Zuständigkeit des RT. (Art. 68) in ein negatives Einspruchsrecht verwandelt und wird die Mit- und Gegenwirkung des RR. (Art. 69, 74) ausgeschaltet, so werden die sieben Grundrechtsartikel zur Disposition des RPr. gestellt, um das Wichtigste hervorzuheben. Doch ist nicht die geringste Andeutung dafür vorhanden, daß die Diktaturorgane über diese Abweichungen von den übrigen Verfassungsartikeln hinaus nach eigenem Ermessen weitere Abweichungen vornehmen dürften. Dieses Recht zu subintelligieren, verbietet aber der Grundsatz der strengen Auslegung.

Vergleicht man an der Hand dieser Ausführungen die Darlegungen von JACOBI insbesondere 108 ff. und 115 ff., so sieht man alsbald, daß er in seinem Begriff der „Verfassungsdurchbrechung" sowohl den Fall der Verfassungssondernorm als den eines verfassungswidrigen Durchführungsaktes zusammenwirft und daher unvermerkt von der unzweifelhaften Zulässigkeit der ersteren

auf die höchst zweifelhafte Erlaubtheit der letzteren als etwas Selbstverständliches schließt. Das wäre genau so, wie wenn man einen Begriff der „Abweichung von dem Regelrecht“ aufstellen wollte, der Spezialgesetz und gesetzwidrige Handlung zusammenfaßt, und, weil das erstere rechtlich gestattet ist, auch die letztere für rechtlich gestattet erklären wollte.

18. Unser Ergebnis ist wieder, daß die vorgetragene Begründung für die Ausnahme der Verfassung aus den möglichen Anlässen der Anwendung des Art. 48 dazu führen muß, die ganze Verfassung, soweit nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt ist, dem Zugriff der Diktaturgewalt zu entziehen.

19. Was endlich die dritte Schlußfolgerung auf die Unantastbarkeit des Organisationsminimums betrifft, so wurde diese bereits oben erörtert und zwar mit dem gleichen Erfolge.

20. Abschließend ist also bezüglich der drei aus der Anerkennung der Verfassung als etwas Besonderem gezogenen Konsequenzen zu sagen, daß sie sich sämtlich als Halbheiten erwiesen haben. Geht man davon aus, den Art. 48 als Bestandteil der Verfassung zu erkennen, so kann man logischerweise zu keinem anderen Resultat kommen, als die ganze Verfassung der Disposition der Diktatur zu entziehen, soweit nicht der Diktaturartikel selbst eine solche Verfügung vorsieht, wie dies bezüglich der sieben angeführten Grundrechte der Fall ist. Daneben stehen dann noch die in dem Diktaturartikel ausdrücklich enthaltenen Sondernormen, von denen bereits des Näheren gesprochen wurde.

21. Nun ist aber noch die Frage offengelassen worden, ob nicht die Beschränkung des Asylrechtes der Verfassungsbestimmungen auf jene, die die Stellung des RPr. und des RT. zum Gegenstand haben, möglich wäre. Die Berichterstatter selbst vertreten diese Auffassung nicht, da sie ja auf jeden Fall die RReg. und die formelle Verfassungsänderung geschützt wissen wollen. Aber es könnten ja noch konsequentere Anhänger einer Ueberhöhung des Art. 48 gegenüber allen sonstigen Verfassungsbestimmungen

auftreten. Die Antwort auf diese Frage ist eigentlich schon in den vorausgegangenen Ausführungen mit aller Deutlichkeit erteilt. Wollte man den Art. 48 nur aus sich selbst heraus auslegen, so müßte man ihn entweder aus dem Zusammenhang der RV. stechen, oder ihn als die Regelnorm, die übrigen 180 Verfassungsartikel als das Sonderrecht erklären. Daß beide Wege vernünftigerweise ungangbar sind, bedarf keines Beweises.

22. Mit dem vorausgegangenem sind die Anfechtungspunkte gegen die neue Lehre keineswegs erschöpft. Wenn nur das Wichtigste behandelt werden soll, sind noch eine Reihe von Ausführungen geboten, die einzelne besonders auffallende Schwächen und Lücken herausgreifen.

Das Argumentum e contrario der herrschenden Lehre aus Abs. 2 S. 2: weil die Außerkraftsetzung der sieben Grundrechtsartikel ausdrücklich vorgesehen ist, sind andere nicht vorgesehene Eingriffe in die Verfassung untersagt, steht der neuen Theorie besonders im Wege und muß daher von ihr beseitigt werden. Mit welchen Beweisgründen und welchem Erfolg das geschieht, ist später im Zusammenhang der Antikritik zu untersuchen. Hier im Rahmen der Kritik der neuen Lehre ist auf den merkwürdigen Umstand zu verweisen, daß der besagte S. 2 auch ihr die Grundlage für ein — allerdings nicht so offen ausgesprochenes — argumentum e contrario liefert. Wir haben bereits gesehen (oben Z. 10), daß JACOBI organisatorische und grundrechtliche Verfassungsvorschriften in eine scharfe Antithese setzt, indem er die ersteren (mit wenigen Ausnahmen) dem Ermessen der Diktaturorgane ausliefert, die letzteren davor verschont. (An jener Stelle) wurde bereits gesagt, daß von der deduzierten Unberührbarkeit der Grundrechte auf die geringere Widerstandskraft der Organisation nicht geschlossen werden kann. Es hat aber fast den Anschein, als ob ein solches — unbegründetes — argumentum e contrario unbemerkt im Spiele wäre. Denn sonst hätte sich die neue Lehre vielleicht doch veranlaßt gesehen, die als selbstver-

ständlich angenommene Nachgiebigkeit der übrigen Verfassungsvorschriften gegenüber den Maßnahmen der Diktaturgewalt positiv zu begründen.

Gewiß spielt bei dieser Unterlassung auch die stark betonte Unterscheidung zwischen Verfassungsdurchbrechung und Verfassungsänderung, welch letzterer gegenüber die Außerkraftsetzung von Verfassungsartikeln als vorübergehende Aufhebung derselben gewissermaßen einen Unterfall darstellt, eine Rolle. Aber ist das nicht letzten Endes auch ein argumentum e contrario, von der unerlaubten, — wenn nicht ausdrücklich eingeräumten — Außerkraftsetzung von Verfassungsartikeln auf ihre erlaubte Durchbrechung auch ohne ausdrückliche Ermächtigung zu schließen? Denn es heißt dabei immer wieder: Verfassungsdurchbrechung, ja das ist etwas ganz anderes als Verfassungsaußerkraftsetzung bzw. Verfassungsänderung, etwas, was im diametralen Gegensatz dazu steht.

Daß dieser Gegensatz nicht zutrifft, daß die Verfassungsdurchbrechung ebenfalls eine materielle Verfassungsänderung voraussetzt und daß letztere aus dem gleichen Grunde nur im Wege des normalen Verfassungsänderungsverfahrens vorgenommen werden kann, wie eine formelle Verfassungsänderung, wurde bereits oben nachgewiesen (vgl. oben Z. 14).

23. Nun soll auf diesen Punkt weiter kein besonderes Gewicht gelegt werden, weil das als unzulässig nachgewiesene argumentum e contrario seitens der neuen Theorie nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Immerhin hat unsere Betrachtung die Notwendigkeit der fehlenden positiven Begründung für die Zulässigkeit von verfassungswidrigen Diktaturmaßnahmen ins hellste Licht gerückt. Wenn sie einfach als selbstverständlich hingestellt werden, so ließe sich diese These nur folgendermaßen konstruieren:

Art. 48 II S. 1 enthält im Interesse der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung implizite die Regel, daß alle übrigen Verfassungsartikel — vielleicht mit einigen wenigen

aus dem genannten Artikel selbst hervorgehenden Ausnahmen — der Disposition der Diktaturgewalt unterliegen. Anders ausgedrückt, durch Art. 48 werden die anderen Verfassungsartikel im Sinne der Zulässigkeit von Eingriffen der Diktatoren modifiziert mit einem bezüglichen Vorbehalt behaftet.

Nehmen wir einmal an, diese Konstruktion wäre richtig, dann müßte sie aber zu einer weiteren Konsequenz führen. Es ist nicht einzusehen, warum dieser stillschweigende Vorbehalt auf die Kategorie der Durchbrechung beschränkt sein und nicht zum mindesten auch die vorübergehende Außerkraftsetzung mit umfassen sollte, die doch besonders geeignet ist, als Mittel der Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung zu dienen. Daß ein Gleiches auch für die vorübergehende formelle Verfassungsänderung in Betracht kommen könnte, sei nur der Vollständigkeit wegen nebenbei bemerkt.

Die dargelegte Konsequenz wird nicht nur nicht gezogen, sondern ausdrücklich abgelehnt. Damit fällt aber auch ihre Prämisse.

Mit diesen Ausführungen ist übrigens auch dargetan, daß das argumentum e contrario der herrschenden Lehre vollkommen berechtigt ist. Umfaßten die „nötigen Maßnahmen" des Abs. II S. 1 auch Eingriffe in die Verfassung, so wäre die besondere Hervorhebung der Grundrechtssuspension in S. 2 gänzlich überflüssig. Erforderlich wäre nur die Einschränkung auf die sieben Verfassungsartikel. Da nun S. 2 die Außerkraftsetzung der Grundrechte konstitutiv normiert, beweist er, daß S. 1 dafür nicht ausreichen würde. Diese Unzureichendheit beruht aber nicht darauf, daß die Außerkraftsetzung der Grundrechte keine Maßnahme ist — SCHMITT selbst will den Maßnahmecharakter der Suspension nicht bestreiten (76) — sondern darauf, daß gar nicht daran gedacht ist und daher auch nicht davon gesprochen wird, das zu schützende Gut, die Verfassung, ihren Schützern preiszugeben.

24. So sind wir unversehens zu dem letzten Punkt unserer Kritik der neuen Lehre gekommen, zu dem Begriff der „Maß-

nahmen". Hier verschieben sich die Verhältnisse vollkommen. Während in dem bisher Betrachteten die neue Lehre die Machtvollkommenheiten der Diktatur durch Erweiterung ihrer Schranken ins beinahe Ungemessene steigern wollte, ist jetzt ihr Bestreben darauf gerichtet, ihr scharfe Fesseln anzulegen. Die beiden Berichterstatter sind in dieser Tendenz einig, obwohl sie im einzelnen getrennte Wege einschlagen. Der Begriff der „Maßnahme" bildet den Gegenstand besonderer Aufmerksamkeit SCHMITTs, während JACOBI auf die Unterscheidung der organisatorischen und grundrechtlichen Verfassungsbestimmungen Nachdruck legt.

Eine klare Begriffsbestimmung des Begriffes „M a ß n a h m e" werden wir vergebens suchen. Zunächst scheint es auf ein „bloß faktisches Vorgehen" abgestellt werden zu wollen (96), und als Gegensatz wird ein „normales, formalisiertes Rechtsverfahren" (ebenda) bezeichnet, für das als Beispiel das richterliche Urteil und die Rechtsnorm angeführt werden (97). Mit dem zweiten Beispiel beginnen bereits die Unklarheiten. Während nämlich das richterliche Urteil als Schlußakt eines Verfahrens noch diesem zugerechnet werden kann, ist die Rechtsnorm niemals Bestandteil eines Verfahrens, sondern dessen Ergebnis. Aus dieser schwimmenden Begriffsbildung versteht man auch jetzt die bereits oben gerügte Identifizierung von Verfassung und Verfassungsänderung (98). Es kann nicht mehr überraschen, daß die Beschränkung auf „äußerliche Vorkehrungen im engsten Sinne" im folgenden nicht mehr festgehalten wird, sondern auch „generelle Anordnungen", „Verordnungen" einbezogen werden und zwar als „für Behörden wie Staatsbürger bindende Befehle" (98), d. h. also Rechts- und Verwaltungsverordnungen. Diese Verordnungen sollen allerdings durch „Zweckabhängigkeit von der konkreten Sachlage" charakterisiert sein, nicht ein Rechtsprinzip zum Ausdruck bringen dürfen (97). Darum sei in Art. 48 kein allgemeines Notverordnungsrecht im Sinne eines provisorischen Gesetzgebungsrechts, wohl aber ein nur als Maßnahme dienendes Notverordnungsrecht enthalten (99).

Man sieht, daß das Kriterium der Rechtsform nicht mehr festgehalten wird, sondern an seine Stelle der Rechtsinhalt tritt. Aber wo liegt nun die Grenze zulässiger und unzulässiger Inhalte? Der Hinweis auf die Zweckabhängigkeit stellt doch alles auf die Zweckmäßigkeitserwägung des Handelnden ab und läuft so, wenn man dafür eine juristische Kategorie sucht, auf den Begriff des freien Ermessens hinaus. Was der Handelnde darnach pflichtmäßig für erforderlich erachtet, um die öffentliche Ruhe und Ordnung wieder herzustellen, wird er veranlassen dürfen. Was will das aber anders besagen, als daß die Vorkehrungen nötig sein sollen? Und damit kommen wir auf den Kern der Sache. Art. 48 ermächtigt den RPr. nur, „die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen zu treffen", nicht in den „Maßnahmen" liegt die von SCHMITT in mühevoller Auslegung gesuchte Schranke, sondern sie ist von vornherein in dem Gesetz selbst durch das Erfordernis der „Nötigkeit" gezogen. Das ist so ein richtiger Begriff des freien Ermessens, dem das Moment der Unbestimmtheit von Haus aus innewohnt.

Dazu kommt dann noch der provisorische Charakter aller auf Art. 48 gestützten Vorkehrungen. Nur „zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" sind die außerordentlichen Ermächtigungen eingeräumt, nur „vorübergehend" dürfen Grundrechte außer Kraft gesetzt werden. Aus diesem Grunde, nicht weil es keine Maßnahme wäre, sind generelle Anordnungen ausgeschlossen, „die auf unabsehbare Zeitdauer Geltung beanspruchen" (Leitsatz 3 c).

Wenn SCHMITT außer dem Gesagten noch andere Akte ausschließt, „welche durch verfassungsmäßige Bindung an ein bestimmtes Verfahren eine solche Rechtsförmigkeit erhalten haben, daß sie aufhören, ausschließlich durch die Lage der Verhältnisse bestimmt zu werden", wie Kriegserklärung, Aufstellung des Haushaltplans, Neugliederung der Länder (99), so liegt der zutreffende

Grund sehr einfach rein formal „in der verfassungsmäßigen Bindung", ohne daß es auf die sachliche Wirkung dieser Bindung weiter ankäme. Hier wird implizite zugestanden, was sonst ängstlich vermieden wurde, daß die Verfassungsbestimmungen gegenüber der Diktatur sakrosankt sind. Und auf der gleichen Quelle, nämlich Art. 102, beruht es, daß richterliche Urteile im vollen Sinn nicht in den Kreis der Diktaturverhandlungen fallen. Einen klaren circulus vitiosus dagegen stellt es dar, wenn die formellen Gesetze nach Art. 68 von dem Begriff der Diktaturmaßnahmen ausgenommen werden, da es ja gerade zu ihrem Begriff gehört, daß sie von dem gesetzgebenden Körper beschlossen werden müssen. Eine ganz andere Frage ist es natürlich, ob und inwieweit in der Verfassung vorgesehene formelle Gesetze durch Verordnungen auf Grund des Art. 48 ersetzt werden können. Darauf wird noch wiederholt einzugehen sein.

So ergibt sich, daß alle Beschränkungen, die SCHMITT in den Begriff der „Maßnahmen" hineindeuten will, nicht aus diesem Ausdruck, sondern den neben ihm gebrauchten Worten des Gesetzes stammen. Es ließe sich ja darüber reden, ob unter „Maßnahmen" nicht nur tatsächliche Akte verstanden werden sollten (vgl. „Bayerisches Verfassungsrecht" S. 202, 207). Sobald man aber diese klare Grenzlinie überschreitet, besteht kein innerer Gesichtspunkt mehr, um Akte welcher Art immer aus dem Begriffe hinauszuweisen. Nur von außen her eingreifende Beschränkungen können ein derartiges Ergebnis erzielen.

Zu beachten ist noch folgendes. Der Ausdruck „Maßnahmen" wird auch an einer anderen Stelle der RV. verwendet, um einen möglichst weitgezogenen Begriffsumfang für Handlungen auszudrücken. Nach Art. 159 S. 2 sind „alle Abreden und Maßnahmen, welche" die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit „einzuschränken oder behindern suchen, rechtswidrig". Daß hier nicht nur faktische Vorkehrungen getroffen werden sollen, liegt auf der Hand.

25. Es ist begreiflich, daß der andere Berichter-

statter, wenn er auch formell den Leitsatz 3 c mit unterschrieben hat, in seinen eigenen Ausführungen davon weiter keinen Gebrauch macht. Im Gegenteil, er subsumiert unbedenklich den ganzen Katalog tatsächlicher und juristischer Handlungen unter den Begriff der Maßnahmen und prüft die verschiedenen Konsequenzen ihres Widerspruchs zu der Verfassung (108 ff.). Zutreffend sucht er nur in außerhalb des Begriffs gelegenen Gesichtspunkten die Quelle von Einschränkungen und findet sie — ob mit Recht, wird alsbald zu prüfen sein — wie bereits früher gestreift, in dem den Grundrechten innewohnenden Vorbehalt ihrer Durchbrechung durch formelles Gesetz (110). Dieser Vorbehalt verlöre nämlich seinen Sinn, wenn er durch eine allgemeine Ermächtigung an die Behörden ausgefüllt werden könnte; wenn schon eine Ermächtigung gegeben werde, müsse es sich um „eine spezialisierte Erlaubnisnorm" handeln. Aus diesem Grunde könne die allgemeine Vollmacht des Art. 48 nicht genügen, und daher seien Verordnungen des Diktators auf dem Gebiet der Grundrechte ausgeschlossen (110 f.). Daß sie übrigens erlaubt werden, wenn ein Grundrecht zulässigerweise suspendiert ist, gilt als so selbstverständlich, daß dies nur gelegentlich implizite gestreift wird (117 Z. 13 von oben). Dagegen werden keinerlei Bedenken gegen verfassungsdurchbrechende Verordnungen in bezug auf die Organisationsvorschriften erhoben (118), weil bei diesen die dargelegten Gesichtspunkte nicht zutreffen und sie daher in einem Gegensatz zu den Grundrechtsbestimmungen stehen (110, 111, 116 ff.).

Ist diese juristische Konstruktion haltbar?

Zunächst muß eine folgenschwere Ungenauigkeit der Darlegungen festgestellt werden. Dort, wo ex professo über die Bedeutung des Vorbehaltes des Gesetzes gesprochen wird, werden ausdrücklich nur jene Grundrechte in Rechnung gestellt, die diesen Vorbehalt aussprechen (vgl. 110 Zeile 10 von oben, siehe auch 116, drittletzte Zeile). Bei der Auswertung der darauf aufgebauten Lehre von der Unzureichendheit der allgemeinen Diktatur-

ermächtigung zu Eingriffen in den Bereich der Grundrechte dagegen wird diese Einschränkung stillschweigend fallen gelassen und dem RPr. die Einwirkung auf jedes Grundrecht abgesprochen, sofern es nicht durch die Außerkraftsetzung seines Charakters entkleidet ist (117 Z. 12 von oben, Z. 3 von unten).

Daß diese Argumentation unschlüssig ist, unterliegt keinem Zweifel. Aus der These von dem Vorbehalt des Gesetzes könnte nur die Unzulässigkeit von auf Art. 48 gegründeten Eingriffen in die mit jenem Vorbehalt ausgestatteten Grundrechte gefolgert werden, während gerade die vorbehaltlosen schutzlos preisgegeben wären. Sachlich gewiß ein höchst merkwürdiges Mißverhältnis! Diesem Schicksal wäre übrigens eine ganz erhebliche Zahl von verfassungsmäßigen Rechtsgütern ausgeliefert, wie z. B. die Gleichheit (Art. 109), die Rechte der fremdsprachigen Volksteile (Art. 113), der Anspruch auf Bekanntgabe der freiheitentziehenden Behörde und ihrer Motive (Art. 114 II), die Sicherheit vor Strafe, wenn die Strafbarkeit der Handlung nicht gesetzlich bestimmt war (Art. 116), das Zensurverbot, abgesehen für Lichtspiele (Art. 118 II), das Versammlungsrecht abgesehen von der Anmeldepflicht der Versammlungen unter freiem Himmel (Art. 123), das Vereinigungsrecht (Art. 124 I), das Petitionsrecht (Art. 126) usw.

Ob und wie dieser Schutzlosigkeit abgeholfen werden kann, ist eine Frage für sich, die weiter unten noch behandelt werden soll. Hier kommt es nur darauf an, zu zeigen, daß der von JACOBI mittels der kritisierten Argumentation deduzierte grundsätzliche Gegensatz zwischen den organisatorischen und den grundrechtlichen Verfassungsbestimmungen gar nicht gegeben ist, vielmehr nur ein Gegensatz zwischen den mit dem allgemeinen Vorbehalt gesetzlicher Durchbrechung ausgestatteten Grundrechten und allen übrigen Verfassungsvorschriften einschließlich der dieses Vorbehaltes entbehrenden Grundrechten behauptet werden könnte.

Daraus ergibt sich für die uns beschäftigende Frage einer Einschränkung der Zulässigkeit von Verordnungen die Folgerung,

daß, die Richtigkeit der Vorbehaltsthese vorausgesetzt, nur bei den tatsächlich darunter fallenden Grundrechten ein Exklusive gegeben wäre, während Verordnungen auf dem Gebiet der vorbehaltlosen Grundrechte ohne weiteres erlassen werden könnten (vgl. auch oben Z. 6). Das wäre vielleicht an sich vom Standpunkte des zweiten Berichterstatters nicht so schlimm, es würde ja nur die Grenze der unzulässigen Verordnungen etwas enger zu ziehen sein. Aber es zeigt sich noch eine weitere Konsequenz, die zu großen Unbequemlichkeiten führt.

26. Wenn es nämlich auf das Vorhandensein oder Fehlen des formell gesetzlichen Vorbehaltes ankommt, kann es naturgemäß keinen Unterschied ausmachen, ob die vorbehaltlosen Grundrechte suspendierbar sind oder nicht, bzw. weiter, wenn suspendierbar, auch tatsächlich suspendiert sind. Bedeutet doch die Außerkraftsetzung nach der neuen Lehre rechtlich etwas ganz anderes als die Erlassung von Verordnungen, die zu den positiven Maßnahmen gehören (vgl. schon oben Z. 6). Der Zufall will es, daß vier der suspendierbaren Grundrechte dem allgemeinen Vorbehalte nicht unterliegen, nämlich Art. 114 II, Art. 118 II, 123 und 124. Demgemäß könnten auf Grund des Art. 48 Verordnungen über die Beseitigung des Anspruchs auf Mitteilung der freiheitentziehenden Behörde und ihrer Motive, über die allgemeine Einführung der Zensur, sowie über beliebige Beschränkungen des Versammlungs- und Vereinsrechtes auch ohne Außerkraftsetzung des Rechtes der persönlichen, der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinsfreiheit erlassen werden.

Dieser Konsequenz könnte man nur entgehen, wenn man einen anderen Grund entdeckt, der solche Verordnungen unzulässig erscheinen läßt. Ein argumentum e contrario der Außerkraftsetzung käme, wie gesagt, nicht in Frage. Dagegen böte sich eine andere Möglichkeit, wenn man sich nicht auf die außerkraftsetzbaren Grundrechte beschränkt, sondern alle vorbehaltslosen ins Auge faßt.

Man muß sich nur klar machen, was die Vorbehaltlosigkeit

eines Grundrechtes bedeutet. Die Verfassung will hier ein Rechtsgut sichern, das sie jeder Einwirkung des Staates, selbst von seiten der Gesetzgebung, entziehen will. Auch der Diktator wird diesen Willen respektieren müssen, wenn anders ihm nicht ausdrücklich eine Sonderstellung eingeräumt ist. Also wird man annehmen können, daß die vorbehaltlosen Grundrechte einem Eingriff der Diktaturgewalt nicht unterliegen. Anders natürlich, wenn das Grundrecht außer Kraft gesetzt werden kann. Geschieht dies nämlich, dann ist es ja auf die Dauer der Außerkraftsetzung beseitigt, und wenn der Diktator jetzt handelt, so stößt er auf kein Hindernis mehr, weil eben keines mehr da ist.

Auf diesem Umwege käme man schließlich zu der von JACOBI geforderten Sicherheit aller Grundrechte vor Diktatureingriffen außer den suspendierbaren nach erfolgter Suspension. Das Ergebnis wäre das gleiche, aber die Begründung wesentlich anders. Aus der JACOBIschen Prämisse von der Unzulässigkeit von Verordnungen gegenüber den mit dem Vorbehalt formell gesetzlicher Ausnahmen versehenen Grundrechten läßt sich ein Schluß auf die gleiche Rechtslage gegenüber vorbehaltlosen Grundrechten nicht ziehen. Um auch die letzteren vor der Verordnungsgewalt zu schützen, muß man auf einen anderen Vordersatz zurückgreifen, nämlich den, daß die Verfassung hier jeden Eingriff ausschließen wollte.

27. Nun aber kommt ein Punkt, der mit der Spezialfrage der Einschränkung der Verordnungen nichts mehr zu tun hat, sondern für das Gesamtproblem des Umfanges der Diktaturermächtigungen entscheidend ist. Was war doch der Gesichtspunkt, der aus der Verlegenheit geholfen hat? Daß wir annahmen, die Verfassung habe die Eingriffe ausschließen wollen. Woraus aber konnte dieser Wille der Verfassung abgelesen werden? Doch nur daraus, daß die einzelnen Verfassungsartikel das betreffende Grundrecht ohne Beschränkung durch Vorbehalt aufgestellt haben. So wird es klar, daß uns hier andere Verfassungsartikel als Schranke

für den Diktaturartikel erschienen sind, daß wir also von der Prämisse ausgingen, die übrigen Verfassungsbestimmungen stehen gleichberechtigt neben den Diktaturbestimmungen, sie sind ihr nicht untergeordnet.

Hier wird der zweite Berichterstatter gemäß seiner sonstigen Einstellung nicht mitgehen wollen und es vielleicht vorziehen, die bösen Konsequenzen auf sich zu nehmen, die oben aufgedeckt worden sind. Aber gleichwohl wird er uns doch folgen müssen, wenn er nicht auch den von ihm selbst gelegten Boden unter den Füßen verlieren will. Erinnern wir uns einen Augenblick an seinen Ausgangspunkt, die These von der Ungereimtheit verordnungsmäßiger Eingriffe gegenüber formell gesetzlichen Vorbehalten. Was berechtigt ihn einen solchen Satz als rechtserheblich aufzustellen? Doch nur der präsumtive Wille jenes Faktors, der den Vorbehalt ausgesprochen hat. Der Nachweis geht ja dahin, daß der Verfassungsgesetzgeber hier andere Eingriffe als durch Gesetz oder gesetzlich spezialisierte delegierte Verordnung offenbar ausschließen wollte. Dieser maßgebliche Wille steckt aber in jedem einzelnen Verfassungsartikel, der den Gesetzesvorbehalt kennt, und nur in diesem. Also ist der Grund für die behauptete Schranke des Diktaturparagraphen in dem Widerspruch mit den anderen Verfassungsartikeln gelegen.

Der innere Sachverhalt ist wohl jetzt vollkommen geklärt. Die einzelnen Grundrechte sind aus der Ursache, wenn nicht aufhebbar und aufgehoben, eine Schranke für die Diktaturgewalt, weil die Verfassungsvorschriften, in denen sie geregelt sind, entweder keinerlei Eingriffe oder nur solche des formellen Gesetzes vorbehalten. Da diese Verfassungsbestimmungen gleichberechtigt neben der Diktaturbestimmung stehen, können die durch die letztere erteilten Ermächtigungen nicht in Widerspruch mit ihnen gehandhabt werden. Soll dies gleichwohl zulässig sein, so bedarf es ausdrücklicher Sondernorm, die den Vorrang vor den allge-

meinen Normen beansprucht. Musterbeispiel hiefür Art. 48 II S. 2!

Was aber für die einen Verfassungsvorschriften gilt, muß ebenso für die anderen richtig sein. Der von JACOBI behauptete grundsätzliche rechtliche Unterschied zwischen grundrechtlichen und organisatorischen Normen trifft — wir sahen das — nicht zu; wenn eine Trennungslinie zu ziehen wäre, so liefe sie mitten durch die Grundrechte hindurch. Wir haben sie dort durch Aufzeigen der höheren gemeinsamen Kategorie zum Verschwinden gebracht, und damit ist die volle Gleichartigkeit aller Verfassungsvorschriften, von dem hier interessierenden Gesichtspunkt ihres Verhältnisses zu der Diktaturvorschrift aus betrachtet, nachgewiesen.

28. Wir können nunmehr unsere — immanente — Kritik der neuen Lehre kurz dahin zusammenfassen, daß diese wegen ihrer schweren inneren Widersprüche nicht aufrechterhalten werden kann. Sie will den Nachweis liefern, daß die Diktatur nach Art. 48 an den anderen Bestimmungen der Verfassung keine Schranke finde, hat aber selbst ein geheimes Grauen vor den eigenartigen Prämissen und Konsequenzen ihrer These, so daß sie sich weder die einen noch die andern klarzumachen auch nur versucht. In ersterer Richtung müßte sie die unbedingte Ueberordnung des einen Verfassungsartikels über alle anderen 180 proklamieren, in letzterer die — vorübergehende — Beiseiteschiebung dieser Normen zweiten Grades unerbittlich zulassen. Statt dessen ist sie ängstlich bemüht, einerseits den Art. 48 fest in die Verfassung als Ganzes einzubetten und andererseits eine Reihe von Schranken aufzurichten, die sich zwar äußerlich auf andere Gesichtspunkte als den der Unantastbarkeit der übrigen Verfassungsartikel stützen, bei näherer Prüfung aber, sofern sie überhaupt standfest sind, zum Teil nicht anders als mit Hilfe dieser Unantastbarkeit erklärt werden können. Um sich über den Mangel an Folgerichtigkeit ihrer Konstruktionen hinüberzuhelfen, bedient sie sich allerhand kunstfertiger Unterscheidungen, die zwar der Fassade des Gebäudes

eine gewisse Eleganz verleihen, aber selbst der Haltbarkeit entbehrend, die fehlende Tragkraft der Grundmauern nicht ersetzen können. —

Oben wurde gelegentlich von den Landesregierungen als Trägern der Diktaturgewalt im Sinne der aus der neuen Lehre gezogenen Folgerungen das Bild eines frei schwebenden Kugelblitzes gebraucht. Unsere Analyse hat dann aber gezeigt, daß diese scheinbare Machtkonzentration doch nur eine schillernde Seifenblase ist, die rasch zerstäubt.

V. Antikritik.

29. Unter III. wurden die Folgerungen aus der neuen Theorie gezogen, um dadurch ihre Tragweite festzustellen, unter IV. eine kritische Prüfung ihrer Lehren vorgenommen. Es erübrigt noch, die an der herrschenden Auffassung geübte Kritik einer Antikritik zu unterwerfen.

In dreifacher Richtung wird der Angriff gegen die übliche Anschauung geführt, in theoretischer durch Kritik ihrer Konstruktion, in historischer durch Darlegung der Entstehungsgeschichte, in praktisch-politischer durch Prüfung der Handhabung der eingeräumten Machtvollkommenheiten. Eine große Rolle spielt in allen drei Beziehungen die Bekämpfung eines von der üblichen Auffassung stark betonten Beweisgrundes: des argumentum e contrario aus Abs. II S. 2. Es muß aber sofort hervorgehoben werden, daß selbst, wenn dieses argumentum entkräftet würde — was schon nach früheren Untersuchungen (vgl. oben unter Z. 23) unwahrscheinlich ist — damit noch nichts endgültiges über den Kern der herrschenden Lehre gesagt wäre. Denn dieser Kern, der dahin geht, daß der Diktator auf Grund des Art. 48 nicht über die in Abs. II S. 2 vorgesehene Außerkraftsetzung bestimmter Grundrechte hinaus durch seine Maßnahmen in die Reichsverfassung eingreifen darf, ist nicht auf das fragliche argumentum e contrario als einzige Stütze angewiesen, er kann vielmehr, wie

noch zu zeigen sein wird, auch auf ganz andere Weise begründet werden. Es müßte also erst bewiesen werden, daß die herrschende Auffassung, auch ganz abzusehen von jenem argumentum e contrario unzutreffend ist.

Nunmehr zu dem Einzelnen.

In theoretischer Hinsicht sucht SCHMITT darzulegen, daß der Wortlaut des Abs. II das bewußte argumentum e contrario gar nicht zulasse (72 ff.). Er geht davon aus, daß S. 2 mit dem Wortlaut: „Zu diesem Zwecke darf er ... außer Kraft setzen", ursprünglich nicht an das „mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten", sondern an das „die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit ... nötigen Maßnahmen treffen" angeschlossen habe. Er meint nun, daß der Zweck der Außerkraftsetzung nicht in dem „Treffen der Maßnahmen" gelegen sein könne, sondern nur in der „Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit". Daraus ergibt sich für ihn weiter der Schluß, daß das „Treffen der Maßnahmen" und die „Außerkraftsetzung der Grundrechte" selbständig, also disjunktiv, nebeneinander stünden. Unterstützt wird für ihn diese Auffassung durch die Erwägung, daß das dem „Treffen der Maßnahmen" grammatisch, syntaktisch und logisch gleichstehende „Einschreiten mit Hilfe der bewaffneten Macht" unmöglich der Zweck der Außerkraftsetzung der Grundrechte sein könne. Stehen nun aber das „Treffen der Maßnahmen" und die „Außerkraftsetzung der Grundrechte" selbständig nebeneinander, dann kann aus der ausdrücklichen Erwähnung der letzteren ein argumentum e contrario in bezug auf die Grenzen der Maßnahmen nicht gewonnen werden.

Daß diese Darlegung irgendwie zwingend sei, werden wohl nur wenige annehmen. Es liegt doch klar zutage, daß die Erlassung von Maßnahmen und das Einsetzen der bewaffneten Macht zur Wiederherstellung der Sicherheit und Ordnung wesentlich erleichtert werden und an Erfolgsaussicht gewinnen, wenn vorher gewisse dem Schalten und Walten der Vollzugsorgane durch

Grundrechtsbestimmungen gezogene Schranken beseitigt sind. Die Außerkraftsetzung der Grundrechte kann also zweifellos nicht nur ein Mittel zur Wiederherstellung der Sicherheit und Ordnung, sondern auch ein Mittel zur besseren Verwendung außerordentlicher Maßnahmen und der bewaffneten Macht bilden.

SCHMITT bedenkt nun auch die weitere Auslegungsmöglichkeit, die Außerkraftsetzung der Grundrechte als eine Unterart der Maßnahmen anzusehen. Aber auch in diesem Fall will er das argumentum e contrario nicht einräumen, da man von der ausdrücklichen Zulassung der Außerkraftsetzung bestimmter Grundrechte nur auf den Ausschluß der Außerkraftsetzung anderer Grundrechte schließen könne.

Auch diese Darlegung entbehrt des zwingenden Charakters. Ordnet man die Außerkraftsetzung von Grundrechten dem Begriff der Maßnahmen unter, so würde an sich aus der Befugnis zu Maßnahmen auch jene zur Außerkraftsetzung folgen. Hätte nur gesagt werden wollen: wenn Grundrechte aufgehoben werden sollen, dürfen es nur die angeführten sieben sein, dann hätte dieser Gedanke doch irgendwie wenigstens angedeutet werden müssen (vgl. bereits oben unter Z. 23). Da nun der S. 2 ohne jede solche Andeutung einfach an den S. 1 angefügt ist, kann es sich nur um die ausdrückliche Erwähnung einer besonderen Art von Maßnahmen handeln, von denen man ohne ihre ausdrückliche Erwähnung annehmen müßte oder doch wenigstens könnte, daß sie sonst unzulässig wären. Wenn dem so ist, muß man aber sofort nach dem Grund dieser sonst gegebenen Unzulässigkeit fragen, und welche Antwort liegt näher als die, daß es sich hier um Eingriffe in die Verfassung handelt? Der nächste Schluß ist dann ohne weiteres der auf das Verbot von nicht ebenso ausdrücklich erwähnten anderen Verfassungseingriffen.

Wir sehen, die Wortauslegung SCHMITTs hat nichts Ueberzeugendes, sie unterstützt eher die von ihm bekämpfte Auffassung.

Im Anschluß an die besprochenen Interpretationsversuche wird

es weiter unternommen, die Selbständigkeit des Begriffes der Außerkraftsetzung von Grundrechten gegenüber den Maßnahmen begrifflich und verfassungsgeschichtlich zu erweisen (74 ff.). Hierbei wird großer Nachdruck auf die Unterscheidung zwischen Ausnahmen, die den Fortbestand der Norm voraussetzen, und der Aufhebung einer Norm gelegt. Wer wollte den Unterschied leugnen? Und wer wollte weiter leugnen, daß die Außerkraftsetzung von Grundrechten als Sonderbefugnis in der Verfassungsentwicklung eine Rolle gespielt hat. Aber damit ist doch nicht im mindesten bewiesen, daß Art. 48 II unter dem „Treffen von Maßnahmen" des S. 1 nur die Verfügung von Ausnahmen von der Norm gemeint hat, so daß also die Außerkraftsetzung von Normen nicht darunter fiele. Das ist doch eine reine petitio principii, die im vollen Widerspruch mit der wenige Seiten vorher selbst als möglich zugegebenen Subsumtionsmöglichkeit der Außerkraftsetzung unter den Begriff der Maßnahme steht.

Was JACOBI zu diesen Ausführungen SCHMITTs hinzugefügt, wurde bereits in früherem Zusammenhang besprochen. Es handelt sich um die Unterscheidung zwischen Verfassungsänderung, Verfassungssuspension und Verfassungsdurchbrechung einerseits, zwischen Grundrechten und organisatorischen Verfassungsvorschriften andererseits (108 ff., 116 ff.). Es wurde oben nachgewiesen, daß die bezüglichen Darlegungen unhaltbar sind (vgl. Z. 14), und daraus ergibt sich auch, daß die darauf gestützte Kritik der herrschenden Lehre nicht standhält.

30. Nun kommt der Nachweis der Entstehungsgeschichte. Hier stellt es SCHMITT auf die unmittelbare Vergangenheit, die Schaffung der geltenden Vorschrift, JACOBI auf den Zusammenhang mit dem früheren Recht ab.

Schließen wir uns der Reihenfolge der Berichterstattung an.

SCHMITT (77 ff.) hebt vor allem darauf ab, daß die Befugnisse nach S. 1, also die Maßnahmen und das Einschreiten mit der bewaffneten Macht, und jene nach S. 2, die Grundrechtssuspension,

in der parlamentarischen Beratung deutlich geschieden wurden und daß von keiner Seite irgendwie das argumentum e contrario aus S. 2 auch nur Erwähnung fand. Aber was soll damit bewiesen werden? Diese Scheidung wird ja auch heute nicht in Abrede gestellt, vielmehr das Besondere der Außerkraftsetzung der Grundrechte kräftigst betont. Nur folgt daraus weder, daß es sich nicht um einen herausgehobenen Unterfall der Maßnahmen handeln könne, wie SCHMITT doch selbst an anderer Stelle eingeräumt hat, noch daß die Antastbarkeit der Verfassung auch gegenüber anderen Maßnahmen gegeben ist. Und wenn gewiß das argumentum e contrario nicht ausdrücklich berührt wurde, so konnte der Berichterstatter andererseits ebensowenig trotz sorgfältigster Durchprüfung der Verhandlungen auch nur eine positive Andeutung der Zulässigkeit von Eingriffen in die Verfassung durch Maßnahmen nach S. 1 zutage fördern. Also auch damit ist nichts für die Entkräftung der herrschenden Lehre gewonnen.

JACOBI liefert eine sorgfältige Analyse der vorrevolutionären Geschichte des Ausnahmezustandsrechts (111 ff.). Das preußische Recht von 1850 und 1851 kannte lediglich die Außerkraftsetzung gewisser Grundrechte, dagegen weder eine Aenderung der Verfassungsurkunde noch eine Verfassungsdurchbrechung. Der ipso jure Uebergang der vollziehenden Gewalt auf die Militärbefehlshaber fügt sich ohne weiteres in die verfassungsmäßige Konzentration der vollziehenden Gewalt beim König ein.

Eine ganz andere Sachlage entsteht nach JACOBI durch die in der Reichsverfassung von 1871 vorgesehene Ermächtigung des Kaisers, den Kriegszustand zu erklären, wobei bezüglich näherer Modalitäten bis zur Erlassung eines entsprechenden Reichsgesetzes — das bekanntlich nie zustande kam — auf das preußische Gesetz von 1851 verwiesen wird. Denn jetzt bewirkt der Uebergang der vollziehenden Gewalt auf die Militärbefehlshaber eine „Durchbrechung“ der verfassungsmäßigen Machtver-

teilung sowohl zwischen Bundesrat und Kaiser als auch zwischen Reich und Ländern. Daraus folgt aber, daß der Rechtszustand seit 1871 für die Regelung des Kriegszustandsrechts den Grundsatz der Unantastbarkeit der Reichsverfassung nicht kannte. Damit wird nach JACOBIs Meinung die bei der herrschenden Auslegung des Art. 48 übliche Berufung auf den historisch-politischen Zusammenhang hinfällig. Weiter hat dann die Praxis, während des Krieges, gedeckt durch die Rechtssprechung, ein Rechtsverordnungsrecht der Militärbefehlshaber praeter und contra legem entwickelt, diesem aber sowohl in den Vorschriften der Reichs- als jenen der preußischen Verfassung eine unübersteigbare Schranke gezogen.

Nunmehr die Regelung der Weimarer Verfassung. Zweifellos sollten dem RPr. mindestens dieselben Machtvollkommenheiten gegeben werden wie in dem vorrevolutionären Kriegszustandsrecht dem Kaiser. Da neben der Generalklausel nur die Außerkraftsetzung der Grundrechte besonders erwähnt wird, muß jene das Rechtsverordnungsrecht und die Uebertragung der vollziehenden Gewalt an die Militärbefehlshaber mitumfassen. Hier liegt nun der springende Punkt.

Die Konzentration der vollziehenden Gewalt bei einem Reichsorgan — den Militärbefehlshabern — bedeutet einerseits eine Durchbrechung der verfassungsmäßig festgelegten normalen Zuständigkeitsverteilung zwischen den einzelnen Reichsressortministern (Art. 56, 57), andererseits eine Durchbrechung der Zuständigkeitsverteilung in bezug auf die Verwaltung zwischen Reich und Ländern (Art. 5, 14, 15, 78 ff.); in letzterer Beziehung wird sogar auch die reichsfreie Landesverwaltung von Reichs wegen absorbiert. Da es sich nun hiebei um eine Mehrheit von Tatbeständen handelt, wird dem RPr. die rechtssatzmäßige Durchbrechung der Reichsverfassung eingeräumt und zwar mangels der Möglichkeit, die Generalklausel auf den Fall der Uebertragung der vollziehenden Gewalt zu beschränken, die rechtssatzmäßige Durchbrechung

aller organisatorischen Vorschriften der Verfassung. In diesem Punkt gehen also die neuen Ermächtigungen über jene nach der alten Verfassung hinaus. Dagegen sind auch jetzt die Grundrechtsvorschriften nach JACOBIs Lehre aus anderen früher erörterten Gründen (vgl. oben Z. 10) ausgenommen.

Dieser auf den ersten Blick bestechenden Argumentation wird man das Zeugnis der juristischen Eleganz nicht versagen dürfen. Aber nähere Prüfung zeigt auch hier, daß die Beweisführung nicht durchdringt.

Bezüglich des früheren Reichsrechts wird ganz richtig dargetan, daß für den Ausnahmezustand eine andere Organisation und Zuständigkeitsverteilung verfassungsmäßig vorgesehen ist als für den Regelzustand, wobei der Eintritt des Ausnahmezustandes in die Hände des höchsten Amtsträgers im Reiche gelegt ist. Wir haben es hier also mit dem Verhältnis eines verfassungsmäßigen Sonderrechts zu dem verfassungsmäßigen Regelrecht zu tun. Für dieses Verhältnis den Ausdruck „Verfassungsdurchbrechung“ zu gebrauchen, ist allerdings wenig empfehlenswert, weil dieser gar zu leicht zu Irrtümern Anlaß geben kann. Denn es handelt sich um den Fall der Abweichung von der Verfassung durch den Diktaturartikel selbst, nicht durch das Diktaturorgan (vgl. oben unter Z. 17).

Ist nun die Sachlage nach der neuen Verfassung auch nur um Haaresbreite anders? Zunächst die Gewaltenkonzentration innerhalb des Reichsorganismus. Gewiß! Art. 56, 57 sieht für den Regelzustand die Gewaltenteilung zwischen den Reichsministern vor. Aber Art. 48 statuiert im Gegensatz hiezu für den Ausnahmezustand die Gewaltenvereinigung in der Hand des Reichspräsidenten. Also auch hier die Abweichung durch den Diktaturartikel, nicht durch das Diktaturorgan!

Ebenso steht es mit der Gewaltenkonzentration beim Reich zuungunsten der Länder. Auch hier ist der Regelzustand und der Ausnahmezustand durch die Verfassung selbst abweichend geordnet.

Art. 5 sagt: „Die Staatsgewalt wird in Reichsangelegenheiten durch die Organe des Reichs auf Grund der Reichsverfassung, in Landesangelegenheiten durch die Organe der Länder auf Grund der Landesverfassungen ausgeübt.“ Art. 14 überträgt auch die Ausführung der Reichsgesetze normalerweise den Landesbehörden, Art. 15 beschränkt die Reichsregierung demgegenüber auf ein Aufsichts- und Anweisungsrecht, Art. 78 ff. regelt die Ausnahmen der reichseigenen Verwaltung. Nun aber kommt der Ausnahmezustand. Art. 48 erklärt — anknüpfend an die Bedarfszuständigkeit des Art. 9 Z. 2 — für den Fall einer erheblichen Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Deutschen Reich die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als eine Reichsangelegenheit und überträgt die Ausübung der Staatsgewalt in dieser Reichsangelegenheit einem Organ des Reichs auf Grund der Reichsverfassung. Damit wird gleichzeitig durch Reichsgesetz, nämlich die Reichsverfassung selbst, die Ausführung dieser reichsgesetzlichen Ordnung abweichend von dem Normalfall, aber im Sinne des Bedingungssatzes in Art. 14, den Landesbehörden abgenommen und einem Reichsorgan übertragen, woraufhin die Reichsaufsicht nach Art. 15 von selbst ausscheidet. Also auch hier wieder die Abweichung durch den Diktaturartikel und nicht durch das Diktaturorgan (vgl. oben unter Z. 17).

Damit wird das Argument von der rechtsatzmäßigen Durchbrechung der Reichsverfassung durch das Diktaturorgan auf Grund Ermächtigung des Art. 48 hinfällig. Hinfällig aber auch der Einwand gegen den Hinweis der herrschenden Lehre auf den historisch-politischen Zusammenhang. Es hat sich, wie dargetan, in den Grundverhältnissen tatsächlich nichts geändert!

31. Nach alledem liegt die letzte Zuflucht der neuen Lehre in der Berufung auf die bisherige Praxis.

Vorweg muß hier eines mit der größten Schärfe betont werden. Es ist absolut unzulässig, wenn man sich noch auf rechts-

wissenschaftlichem Boden bewegen will, so zu argumentieren, wie dies einer der wenigen Verteidiger der neuen Lehre gethan hat. Er meinte etwa: Ich halte die in Sachsen und Thüringen getroffenen Maßnahmen vom nationalen Standpunkt aus für richtig. Daher muß ich den Art. 48 so auslegen, daß er diese Maßnahmen deckt! Hierüber braucht kein weiteres Wort verloren zu werden. In allgemeiner Beziehung soll nur bemerkt werden, daß die in Art. 48 enthaltenen Machtbefugnisse nicht nach ihrem Gebrauch durch die Regierung, sondern umgekehrt die Praxis der Regierung nach den verfassungsmäßigen Ermächtigungen beurteilt werden muß. Daraus ergibt sich aber, daß die ganze Argumentation mit dem Vorgehen der politischen Praxis von vornherein nur geringe Aussichten bietet. Höchstens könnte noch in Frage kommen, ob die Diktaturorgane nicht aus rein sachlichen Erwägungen unvermeidlich zu Maßnahmen gelangen mußten, die nach der herrschenden Auslegung des Art. 48 auf diesen nicht gestützt werden können.

Aus diesen Gründen soll hier nicht auf alles Material eingegangen werden, das seitens der Berichterstatter vorgebracht wird. Einiges hievon wird sowieso noch in anderem Zusammenhang gestreift werden.

Ein besonderes gewichtiges Argument liegt in der Behauptung SCHMITTs, Verordnungen mit Gesetzeskraft könnten nach der herrschenden Auffassung auf Art. 48 II nicht gestützt werden (66 ff.). Denn durch diese werde in den Bestimmungen der RV. Art. 68 ff. über den Weg der formellen Gesetzgebung eingegriffen.

Den Hinweis darauf, daß es sich bei den Rechtsverordnungen gar nicht um formelle Gesetze handelt, glaubt er durch das Gegenargument zu entkräften, daß doch Rechtsverordnungen formellgesetzlicher Ermächtigung bedürften. Und wenn dann wieder auf den Art. 48 selbst als das ermächtigende Gesetz hingewiesen wird, antwortet er mit dem Vorwurf eines erstaunlichen Zirkelschlusses: es sei doch gerade die Frage, wie weit die Ermächtigung des Art. 48 reicht.

Dieser Vorwurf ist aber ganz unberechtigt und beruht selbst auf einer petitio principii. Wenn man vom Boden der herrschenden Lehre aus die Zulässigkeit von Rechtsverordnungen auf Grund des Art. 48 annimmt, so begründet man das doch einzig und allein mit einer Auslegung des Begriffs der „Maßnahmen". Da die delegierte Rechtsverordnung die gleiche Kraft, wie das formelle Gesetz, hat, kann durch sie im Rahmen der erteilten Ermächtigung unstreitig auch formelles Gesetzrecht geändert werden. Streitig kann erst die Frage werden, ob die Kraft der durch Art. 48 ermächtigten Rechtsverordnungen auch dazu ausreicht, das Verfassungsrecht zu ändern, indem etwas davon abweichendes angeordnet wird, ob sie also nicht nur einfachen formellgesetzlichen Normen, sondern auch verfassungsgesetzlichen Normen gleichstehen. Dagegen ist es eine petitio principii, zu behaupten, die Maßnahmen des Art. 48 könnten nicht aus sich heraus begrifflich so bestimmt werden, daß sie auch Anordnungen mit allgemein verbindlicher Kraft mit umfassen. Denn das Wesen der Maßnahmen kann man doch gar nicht anders bestimmen, als daß man ihren Begriffsumfang untersucht. Den besten Beweis hiefür liefert ja SCHMITT selbst mit seinen eingehenden Ausführungen über diesen Begriff, die wir oben einer Nachprüfung unterziehen mußten (vgl. Z. 24), und es ist besonders charakteristisch, daß er selbst gewisse Rechtsverordnungen als in dem Begriff der „Maßnahme" enthalten bezeichnet hat (ebenda).

Größere Schwierigkeiten bereitet die gelegentliche Bemerkung (65), daß, wenn man verordnungsmäßige Eingriffe in den nicht suspendierbaren Art. 151 über die Freiheit des Handels und Gewerbes als reichsgesetzliche Bestimmungen erkläre, die nach Maßgabe dieses Artikels selbst zulässig seien, dies auch für die suspendierbaren Grundrechte gelten müsse. Abgesehen davon, daß es sich natürlich nur um die mit dem Vorbehalt des Gesetzes ausgestatteten Grundrechte handeln kann (vgl. oben unter Z. 25), darf man diesen Einwand gegen die Praxis sogar noch verschärfen,

indem man sagt: falls der RPr. reichsgesetzliche Bestimmungen auf dem Gebiet der nicht suspendierbaren Grundrechte erlassen kann, müßte ihm dies auch bezüglich der suspendierbaren o h n e Suspension gestattet sein. Da man aber diese Schlußfolgerung ablehnt, muß man auch konsequent genug sein, um die Prämisse fallen zu lassen. Davon wird übrigens noch später die Rede sein. Im konkreten Fall bietet sich allerdings noch ein Ausweg. Nach dem Zeugnis SCHMITTs (76 Anm. 1) rechtfertigen sich Eingriffe in die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit (Art. 151, 152) gemäß der Entstehungsgeschichte des Art. 48 durch die Suspension des Art. 153 (Eigentumsrecht). Ein näheres Eingehen auf diese Frage ist hier nicht veranlaßt.

Keiner weiteren Auseinandersetzung dagegen bedarf die Behauptung, daß der Uebergang der vollziehenden Gewalt in die Verfassung eingreife (67), da diese Frage bereits genügend geklärt wurde (oben unter Z. 17, 30). Wenn schließlich behauptet wird, daß beim Vorgehen des Reiches gegen Thüringen und Sachsen Eingriffe in die Verfassung erfolgt seien und die übliche Auslegung dies ganze Verfahren für verfassungswidrig erklären müsse (68), so ist dieser Behauptung zwar nicht im ganzen Umfang, jedoch hinsichtlich wesentlicher Punkte durchaus beizupflichten. Die Einschränkungen, die gemacht werden müssen, werden noch berührt werden.

32. Nunmehr ist der Kreis unserer Betrachtungen geschlossen. Unsere Antikritik hat bestätigt, was die vorausgegangene Kritik festgestellt hat: Die Angriffe der neuen Lehre gegen die bisherige Auffassung, soweit es sich nicht um mißbräuchliche Handhabungen der Praxis handelt, die vom Standpunkt der üblichen Auslegung abgelehnt werden müssen, haben ebensowenig schärferer Prüfung standgehalten, wie die positive theoretische Fundamentierung.

Aber gleichwohl dürfen wir uns gegenüber den Vertretern der neuen Lehre nicht als undankbar erweisen. Wir müssen viel-

mehr anerkennend feststellen, daß ihre scharfen Angriffe die bisherige Theorie gezwungen haben, sich besser auf ihre Grundlagen zu besinnen und ihre eigene Argumentation und Konstruktion einer sorgfältigen Nachprüfung zu unterwerfen. So hat sich hier wie so oft in der Wissenschaft ein mit glänzender Verve vorgetragener Irrtum als ein Pionier der Wahrheit ausgewirkt. Und darum ist es wohl angezeigt, nach all den negativ gerichteten, kritischen Betrachtungen der vorausgehenden Zeilen am Ende noch in wenigen Worten in positiver Formulierung zusammenzufassen, was über den wesentlichen Inhalt des Art. 48 II zu sagen ist; ausdrücklich sei dabei aber betont, daß nur an einen in ganz großen Zügen gehaltenen Ueberblick gedacht werden kann. Damit erfüllt der Verfasser zugleich auch die Aufgabe, seine in „Das Recht“ 1924, 454 ff. gemachten Vorschläge de lege ferenda über das Ausführungsgesetz zu Art. 48 durch die nur kurz gestreifte Darstellung des geltenden Rechtszustandes, also de lege lata, zu ergänzen und abzurunden.

VI. Eigene Lehre.

33. a) Art. 48 RV. sieht in Abs. II—IV für den Fall einer erheblichen Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Deutschen Reiche ein von dem Regelrecht abweichendes Sonderrecht vor.

Die Abweichung von dem Normalzustand ist eine doppelte: einmal wird die Organisation und dann die Abgrenzung der Machtbefugnisse geändert.

b) In organisatorischer Beziehung wird wieder nach zwei Richtungen hin, einerseits das Verhältnis zwischen RPr. und RReg., andererseits jenes zwischen Reich und Ländern abweichend wie sonst geordnet. „Während sonst der RPr. nur der Chef der Wehrmacht ist (Art. 47), die übrigen Exekutivorgane des Reichs aber der Reichsregierung und zwar, von der Leitung der Politik durch den Reichskanzler bzw. von der ausnahmsweisen

Zuständigkeit des Regierungskollegiums abgesehen, den Ressortministern unterstehen (Art. 56, 57), wird für den Ausnahmezustand die gesamte vollziehende Gewalt beim RPr. zusammengefaßt. Während weiter sonst die Ausübung der Staatsgewalt in der Regel zwischen Reich und Ländern geteilt ist (Art. 5, 14, 15, 78 ff.), wird die Wiederherstellung der erheblich gestörten oder gefährdeten öffentlichen Sicherheit und Ordnung als Reichsangelegenheit erklärt (Art. 48 II, 9 Z. 2). In beiden Richtungen wird übrigens gegenüber dem früheren Rechtszustand nichts neues geschaffen, sondern die schon im alten Reich gegebene Sonderregelung übernommen.

c) Was die Abgrenzung der Machtbefugnisse der vollziehenden Gewalt anlangt, so werden diese dahin umschrieben, daß der RPr. ganz allgemein ermächtigt wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen zu treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einzuschreiten. An Stelle spezialgesetzlicher Regelung der Machtvollkommenheiten der vollziehenden Gewalt tritt also eine Generalklausel. Der Inhalt dieser Klausel umfaßt zweifellos alle in Betracht kommenden tatsächlichen Vorkehrungen, aber nach Anschauung der Mehrzahl der Ausleger auch einzelne und generelle Rechtsakte. Jedoch besteht eine selbstverständliche Schranke in der Richtung, daß in die Grundlage der ganzen Staatsordnung, auf der auch die außerordentlichen Ermächtigungen beruhen, und zu deren Schutze sie mit in erster Reihe bestimmt sind, in die Reichsverfassung, nicht eingegriffen werden darf. Damit ist zugleich gesagt, daß grundsätzlich alles, was unter dieser Grundordnung steht, also insbesondere einfache Reichsgesetze hinter den Veranlassungen der vollziehenden Gewalt zum Zwecke der Wiederherstellung der Ordnung und, bis dieser Zweck erreicht ist, zurücktreten müssen. Nur in einem Punkte werden dem Träger der vollziehenden Gewalt auch Stücke der Reichsverfassung selbst zur Verfügung gestellt, indem er ermächtigt

wird, vorübergehend bestimmte Grundrechtsbestimmungen ganz oder zum Teil außer Kraft zu setzen (Art. 48 II S. 2). Auch hier wird an die frühere Regelung angeknüpft.

d) Aus der Ermächtigung zur Grundrechtssuspension ergeben sich gewisse Rückschlüsse und Folgerungen. Zunächst einmal wird dadurch die Auffassung bestätigt, daß an sich Eingriffe in die Verfassungsvorschriften ausgeschlossen sind und daher besonderer verfassungsmäßiger Erlaubnis bedürfen. Denn die Außerkraftsetzung von Grundrechtsbestimmungen fällt an sich zwanglos unter den Begriff einer Maßnahme wie die Außerkraftsetzung anderer Rechtsnormen und stellt sogar eine zur Bekämpfung von Ruhestörungen ernster Art besonders geeignete und darum seit alters her verwendete Maßnahme dar. Ihre besondere Erwähnung kann also nur daraus erklärt werden, daß der dadurch erfolgende Eingriff in die Rechtsordnung ein durch die Verfassung selbst geregeltes Stück derselben betrifft und aus diesem letzteren Grunde ausscheiden müßte, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich bestimmt wäre. (Erstes argumentum e contrario.)

Zu diesem ersten Rückschluß, der bisher in der herrschenden Lehre besonders in den Vordergrund gestellt wurde, treten aber noch die folgenden.

1. Wäre die Grundrechtssuspension nicht ausdrücklich vorgesehen, so könnte ohne weiteres durch Einzel- und generelle Akte in jene Grundrechtsgebiete eingegriffen werden, die und soweit sie spezialgesetzliche Regelung erfahren haben. Denn dadurch würde nicht an Verfassungsbestimmungen, sondern nur an einfachen Gesetzen gerührt. Durch die ausdrückliche Normierung der Grundrechtssuspension wird hier eine Einschränkung vorgenommen. Nunmehr sind derartige Einzel- und allgemeine Eingriffe nur nach vorheriger Außerkraftsetzung des grundrechtlichen Verfassungsartikels selbst gestattet. (Zweites argumentum e contrario.)

2. Bei den nicht suspendierbaren Grundrechten scheidet aber sowohl Einzeleingriff wie verordnungsmäßige Regelung gänzlich

aus, weil Eingriffe in Grundrechte nun einmal positiv verfassungsrechtlich an die Voraussetzung der Außerkraftsetzung gebunden sind. (Drittes argumentum e contrario.) Verstärkt wird diese Folgerung noch durch den Hinweis auf die Fassung von Art. 48 II S. 2, wonach auch die teilweise Außerkraftsetzung der aufgezählten Grundrechte ausdrücklich vorgesehen ist, so daß auch die teilweise Außerkraftsetzung nicht aufgezählter Grundrechte, wie dies durch einschränkende Verordnung geschehen würde, unzulässig erscheint. (Eventuell als viertes argumentum e contrario zu zählen.) Dieser sakrosankte Charakter der nicht suspendierbaren Grundrechte gegenüber Maßnahmen der Diktatur kommt auch ihren Durchführungsgesetzen zugute, die an sich der Aenderung durch Rechtsverordnungen ausgesetzt wären.

e) Die Wirkung der Aufhebung eines Grundrechtes ist unmittelbar die Beseitigung der bisher bestandenen Schranken für die Tätigkeit des Diktators selbst, seiner Hilfsorgane, und aller normalzuständigen Behörden. Soweit Durchführungsgesetze bestehen, sind diese wohl nicht als ohne weiteres beiseitegeschoben anzusehen, vielmehr wird man gegebenenfalls deren ausdrückliche Aufhebung oder Aenderung verlangen können. Die zuständigen Faktoren sind in dem nunmehr geschaffenen freien Raum zu Einzelakten oder Verordnungen ermächtigt. Dies gilt auch bei den suspendierbaren vorbehaltlosen Grundrechten, die sonst gegen jede auch rechtssatzmäßige Einschränkung gesichert sind. In Frage kommt Art. 114 II (Angabe der Gründe der Freiheitsberaubung binnen bestimmter Frist usw.) 118 II (Zensur), 123 (Versammlungsrecht) 124 (Vereinigungsrecht), wobei bezüglich der ersten beiden Artikel von den Sondervorbehalten abgesehen werden kann.

Die im vorausgehenden dargelegte Wirkung der Grundrechtssuspension bedarf allerdings noch der Stütze einer prinzipiellen Erwägung. Bezüglich jener Grundrechte nämlich, für die nur gesetzliche, nicht speziell reichsgesetzliche Regelung vorbehalten ist (also 114, 115, 118 I, 153), muß die Auffassung vertreten

werden, daß die betreffenden Verfassungssätze an sich überflüssig und daher an sich rechtlich unerheblich sind, da nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung behördliche Eingriffe ohne gesetzliche Grundlage ohnedies unzulässig sind (vgl. Grundgedanken der RV. 105 ff., Bayerisches Verfassungsrecht 384 ff.). Man könnte daraus folgern, daß die Aufhebung dieser Verfassungssätze also ohne jede Bedeutung ist. Demgegenüber muß aber erwogen werden, daß die RV., wenn sie ohne Rücksicht auf den angeführten Grundsatz des Rechtsstaates die ausdrückliche Normierung von Schranken der Verwaltung auf den betreffenden Spezialgebieten für erforderlich erachtet hat, einfach noch auf dem Standpunkt des Polizeistaats, bzw. des Ueberganges aus diesem, gewissermaßen also auf dem Standpunkt von vorgestern steht. Von diesem Standpunkt aus also bedeutet die Suspension der Grundrechte nicht die Aufhebung rechtlich wertloser Sätze, sondern die Beseitigung von Schranken der freien Bewegung der Verwaltung, anders ausgedrückt, die Wiederherstellung des polizeistaatlichen Zustandes. Unter diesem historischen Aspekt gewinnen demnach die in Frage gezogenen Grundrechte — von der Seite ihrer Suspensionsmöglichkeit her — doch eine rechtserhebliche Bedeutung.

f) Aus der Fülle der sich ergebenden Einzelfragen seien hier nur einige gerade aus den vorangegangenen Erörterungen besonders hervortretende herausgegriffen.

α. Eingriffe in den Bereich der Landesstaatsgewalt wurden unter dem Gesichtspunkt als zulässig erklärt, daß die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Reiche gegenüber erheblichen Störungen oder Gefährdungen als Reichsangelegenheit betrachtet wird. Daraus folgt, daß weitergehende Eingriffe in den Ermächtigungen des Art. 48 keine Stütze finden. Demgemäß können weder die Landesverfassung als solche noch die auf Grund derselben eingesetzten Organe, insbesondere Landtag und Landesregierung, suspendiert werden. Denn diese Ein-

richtungen dienen nicht nur der öffentlichen Sicherheit und Ordnung allein, sondern noch anderen Landesangelegenheiten, in die sich einzumengen, den Reichsorganen auf Grund des Art. 48 keinerlei Vollmacht zu Gebote steht. Es können daher zwar Beschlüsse der Landesorgane, soweit sie der Aufgabe der Wiederherstellung der Sicherheit und Ordnung hinderlich sind, der bindenden Kraft vorübergehend entkleidet werden, es kann weiter den Landesorganen unter Umständen verwehrt werden, sich auf sicherheitspolizeilichem Gebiet zu betätigen, ausschließlich mit polizeilichen Obliegenheiten betraute Personen können vorübergehend des Dienstes enthoben werden, aber was darüber oder ähnliche Anordnungen hinausgeht, inbesondere ein allgemeines Verbot der Landtagsverhandlungen, die dauernde Amtsentsetzung von Landesorganen, die Anstellung von Ersatzfunktionären auf Rechnung des Landesdienstes und dgl. ist verfassungswidrig und ausgeschlossen. In Sachsen und Thüringen ist hier zweifellos weit über das Ziel geschossen worden.

β. Es könnte die Frage aufgeworfen werden, wie sich die bei Uebertragung der vollziehenden Gewalt an Reichsorgane eintretende Ausführung von Landesgesetzen durch diese verfassungsrechtlich begründen läßt. Art. 14 RV. spricht nur von der ausnahmsweisen Ausführung der Reichsgesetze durch Reichsorgane im Falle reichsgesetzlicher Bestimmung, welch letztere man hier als durch verfassungsmäßig (Art. 48) ermächtigte Verordnung des RPr. ersetzt annehmen kann. Die Antwort ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Daß die Uebertragung der vollziehenden Gewalt auf Reichsorgane für Zwecke der Wiederherstellung der Sicherheit und Ordnung durch Art. 48 i. V. mit Art. 5 gedeckt ist, wurde oben dargelegt (vgl. Z. 17, 30). Diesen Reichsorganen können nun im Wege von Reichsverordnungen bindende Weisungen erteilt werden, wobei das ganze einschlägige Landespolizeirecht ebenso wie reichspolizeigesetzliche Vorschriften beiseitegeschoben werden dürfen.

Was sollte da im Wege stehen, die betreffenden Reichsorgane auf die Anwendung des bestehenden Landesrechts zu verweisen? Eine solche Verweisung ist aber in der Uebertragung auch der landespolizeilichen Vollzugsgewalt von vornherein enthalten.

γ. Die Verfechter der neuen Theorie haben gelegentlich — vgl. oben unter Z. 24 — aus den durch den RPr. auf Grund des Art. 48 zu treffenden Maßnahmen gewisse politisch besonders bedeutsame wie Kriegserklärung, Aufstellung des Haushaltplans, Neugliederung des Reichs ausgeschieden, und demgegenüber wurde darauf hingewiesen, daß der Grund für solche Annahmen in dem verfassungsmäßigen Erfordernis formellgesetzlicher Regelung gelegen sei (vgl. oben unter Z. 24). Hiegegen könnte man nun einwenden, daß der RPr. durch die Generalklausel allgemein zu Rechtsverordnungen ermächtigt ist und diese an Stelle formeller Gesetze treten können.

Demgegenüber ist aber zu bedenken, daß die RV. in derartigen Fällen eine andere als die formellgesetzliche Regelung unter allen Umständen ausschließen wollte, weil es ihr auf eine bestimmte Machtverteilung zwischen den einzelnen Reichsorganen ankommt. Darin liegt dann ein besonderer positiv verfassungsrechtlicher Gegengrund, der ein Seitenstück zu der aus der ausdrücklichen Statuierung der Grundrechtssuspension folgenden Ablehnung verordnungsmäßiger Eingriffe in nicht suspendierbare oder nicht suspendierte Grundrechtsbestimmungen bildet. Man muß also bei der Verweisung eines Gegenstandes auf den Weg der Gesetzgebung sorgfältig prüfen, ob der Schwerpunkt auf die Mitwirkung der Volksvertretung gelegt ist, in welchem Fall dann die Form gesetzlicher Ermächtigung eines Verordnungsrechtes genügt, oder ob an die ausschließliche Zulässigkeit formellgesetzlicher Regelung gedacht ist, in welchem Fall die Ermächtigungsform ausscheidet. Diese Frage hat ja nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Art. 48 rechtserhebliche Bedeutung, aber sie kommt auch speziell für die Auslegung der in dem Artikel enthaltenen Generalklausel in Be-

tracht. Wie gerade in jedem der von SCHMITT a. a. O. behandelten Einzelbeispiele zu entscheiden ist, soll hier nicht näher untersucht werden. Zu beachten ist dabei jedenfalls aber der grundsätzlich vorübergehende Charakter der auf Art. 48 gestützten Anordnungen (vgl. oben Z. 13 und 24).

δ. Was schließlich die Ermächtigungen der Landesregierungen auf Grund des Art. 48 IV und das Verhältnis zwischen deren Maßnahmen und jenen des in erster Linie berufenen RPr. anbelangt, so kann im allgemeinen auf den Aufsatz in „Das Recht“ 1924 Sp. 454 ff. verwiesen werden. Kurz zusammengefaßt soll hier nur folgendes gesagt werden.

Grundsätzlich haben die LRegn. die gleichen Befugnisse wie der RPr., aber mit drei Einschränkungen (vgl. oben unter Z. 7). Erstens ist Voraussetzung ihres Eingreifens „Gefahr im Verzug“, d. h. es läßt sich nach pflichtgemäßem Ermessen nicht verantworten, die Anordnungen des RPr. abzuwarten. Zweitens sind die Maßnahmen räumlich auf das Landesgebiet beschränkt. Drittens haben sie „einstweiligen“ Charakter; d. h. sie treten automatisch außer Kraft, falls der RPr. selbst handelt und dabei nicht etwa Anordnungen der Landesregierungen — etwa wegen ihrer ergänzenden Bedeutung oder weil er sie für zweckmäßig erachtet — bestehen läßt. Außerdem kann aber der RPr. gerade so wie der RT. gegenüber ihm und den an seiner Stelle handelnden LRegn., die Außerkraftsetzung verlangen und zwar auch bezüglich eines Teiles oder einzelner der getroffenen Maßnahmen, weil er überhaupt keinen Ausnahmezustand oder nicht alle die verfügten Anordnungen für geboten erachtet. Die Ersetzung der Landesanordnungen durch eigenes Handeln und das Verlangen ihrer Außerkraftsetzung stellen also zwei verschiedene nebeneinanderstehende gleichberechtigte Möglichkeiten dar.

Auch die inhaltlichen Schranken der Maßnahmen der Landesregierungen sind grundsätzlich die gleichen wie für den RPr. Sie können also weder in die RV. über das durch die Aufhebung der

aufgezählten Grundrechte gegebene Ausmaß noch in die Landesverfassungen, soweit es sich nicht um die Zwecke der öffentlichen Sicherheit und Ordnung handelt (vgl. oben unter Z. 33fa), eingreifen. Insbesondere bleibt ihre landesverfassungsmäßige Verantwortlichkeit ungeschmälert.

Schließlich ist darauf zu verweisen, daß soweit landesrechtlich außerordentliche Befugnisse zu Eingriffen in den landesrechtlichen Bereich vorgesehen sind, hieran durch die RV. nichts geändert werden wollte und daher auch nichts geändert worden ist (vgl. mein Bayerisches Verfassungsrecht 205 und Bayer. Oberst. LG. ZivSen. vom 5. Mai 1924, BeschwReg. V 5/24, LZ. 1924 S. 595).