

Werk

Titel: Die Lehre von der Gewaltenteilung und die neuen deutschen Verfassungen

Autor: Stier-Somlo, Fritz

Ort: Tübingen

Jahr: 1923

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345616871_0077|log5

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

I. ABHANDLUNGEN.

**DIE LEHRE VON DER GEWALTENTEILUNG
UND DIE NEUEN DEUTSCHEN
VERFASSUNGEN.**

Von

Dr. jur. FRITZ STIER-SOMLO

ord. Professor des öffentlichen Rechts und der Politik an der
Universität Köln.

I.

Es ist hier die Aufgabe gestellt, zu prüfen, ob und inwieweit in den seit den Staatsumwälzungen des November 1918 entstandenen deutschen Staatsverfassungen, insbesondere in der des Reichs und Preußens, aber auch der von Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Thüringen usw., eine erkennbare Aufnahme und Durchführung der Lehre von der Gewaltenteilung erfolgt ist. Damit soll die Untersuchung verbunden werden, welche Neugestaltungen sich ergeben haben und sich im Bereiche des Historisch-Politischen wie des Politisch-Dogmatischen einzustellen scheinen. Es handelt sich in erster Linie nicht um eine juristische Analyse von Verfassungseinrichtungen und -einzelbestimmungen, die hier fehl am Orte wäre, sondern um der Staatslehre und theoretischen Politik zugute kommende Erkenntnisse, um staatswissenschaftlich zu gewinnende Einsichten, deren Verwendung zur Klärung und Erklärung praktisch-politischer Erscheinungen beitragen kann. Es wird sich zeigen, daß sich in scheinbarer Anlehnung an die Lehre von der Gewaltenteilung, über die äußerlich leicht erkennbaren und ausgesprochenen staatsrechtlichen und staatspolitischen Aenderungen des bisherigen Zustandes hinaus, dem nicht tiefer forschenden Auge meist ver-

borgene, nur in ihren Symptomen an die Oberfläche drängende Neugestaltungen sich vollziehn, die von den Schöpfern der Verfassungsurkunden zu einem nicht geringen Teile weder gewollt, noch ihnen vielfach auch nur erkennbar waren, die sie aber auch sicherlich nicht gewünscht haben, wie, um es hier nur in zwei Beispielen vorwegzunehmen: die bis zur Karikatur gehende Verballhornung des Grundsatzes von der parlamentarischen Regierungsweise und die parteipolitisch bestimmte Besetzung der Verwaltungsämter. Man gewahrt bald, wie das Verfassungswerk sich über seine subjektiven Urheber hinausschwingt, sich verselbständigt, sich objektiviert und sein Eigenleben führt; wie es ferner — in den Strom der Ereignisse gestellt — nicht vorbedachten angeblichen Entwicklungsgesetzen gehorcht, sondern bestimmt wird durch Daseinswirklichkeiten und die Bewegtheit politischer Notwendigkeiten und Allzumenschlichkeiten, durch geistige Strömungen, Not und Hoffnung der zeitlich geprägten seelischen Kräfte, Parteien, Regierungen.

Diese Hypostasierung der Verfassungen, diese von ihrem gewillkürt-zufälligen Ursprung losgelöste Selbständigkeit und ihr Ruhen im eigenen Schwergewicht, das von der Subjektivität individueller Absicht der verfassungsgebenden Versammlungen für die Zukunft sich befreit, erscheint von großer Bedeutung. Ohne die Wirkungskraft der Komponenten irgendwie zu verkennen, aus denen die jeweilige Verfassungsurkunde entstanden ist, wird durch jene Einstellung eine Deutung und Beurteilung möglich, die das vielfach so schädliche Haften an den Gesetzesmaterialien meidet, den Aeußerungen von Regierungs- und Volksvertretern keine größere Bedeutung zumißt, als unsicheren und oft getrübtten Erkenntnisquellen zukommt, dagegen das Geschaffene und dauernd neu werdende als eine geschlossen gedachte Einheit als Forschungsobjekt sich gegenüberstellt. Damit ist das Zurücktreten der formaljuristischen, das Vortreten der staatswissenschaftlichen, Ideenzusammenhänge und Unwägbares beachtenden Methode verbunden, der als Ideal vorschwebt eine sinnvolle Belebung verfassungsrechtlich-statischer Erscheinungen durch politisch-dynamische, gemeinschafts-psychologisch zu verstehende Ereignisse, Einrichtungen und Wirkungen.

Gleichzeitig wird sich ganz von selbst ergeben, daß ein mit dem Ausdruck »Gewaltenteilung« bezeichnetes Gedankensystem, wenn man es zu dem in flutenden Lebensströmen befindlichen

Verfassungswerk in Beziehung setzt, den Rahmen sprengt, der aus seinem historisch übermittelten schematischen Aufbau zurechtgezimmert ist und, weit von ihrem Stamm hinausgewachsenen Aesten eines Baumes gleich, in verwandte und benachbarte Gebiete seine Verlängerungen erstreckt und seine Schatten wirft. So soll auch gezeigt werden, wie die Lehre von der Gewaltenteilung von ihren Urhebern unmöglich voraussehbare Probleme zeitigte und zur Auseinandersetzung über jedenfalls für Deutschland neue Verfassungsgestaltungen herausfordert.

Wir gehen aus von einer folgendermaßen verstandenen Lehre der Gewaltenteilung ¹⁾:

Die politischen und bürgerlichen Freiheiten der Staatsangehörigen können nur dann gesichert sein, wenn — unbeschadet der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Staatsgewalt — die drei ²⁾ allgemeinen Funktionen des Staates: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung nicht einer Person allein zustehen, sondern verschiedenen Personen (oder Personengruppen) zu selbständigem Rechte, die sich in notwendiger Verbindung miteinander befinden, um sich gegenseitig in den verfassungsmäßigen Schranken zu halten. Es müssen: die Gesetzgebung dem Volke, die Rechtsprechung unabhängigen Richtern, die Verwaltung dem

1) Als Ergänzung darf ich wohl verweisen auf meine Abhandlungen: »Die Dreiteilung der Gewalten«, »Volkssouveränität und Freiheitskämpfe«, »Justiz und Verwaltung« im Handbuch der Politik 3. Aufl. Bd. 1 (1920) S. 165 ff., 216 ff., 296 ff. und auf meine »Politik« 5. Aufl. (1921) S. 82, 126, 148. Aus dem Schrifttum hebe ich hervor: *Duguit*, La séparation des pouvoirs et l'assemblée nationale de 1789, 1893; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1914 S. 497—501, 523, 576 ff., 601, 602—614, 682, 726 f., 789 f.; *Esmein*, Éléments de droit constitutionnel français et comparé 4. Aufl. 1907 S. 365 und dort zitierte; *Tschernoff* in Revue du droit public et de la science politique en France Bd. 20 S. 60, 61, 73 ff.; *Beyer*, Kritische Studien zur Systematisierung der Staatsfunktionen, Zeitschr. f. ges. Staatswiss. Bd. 67 S. 421 ff., 605 ff.

2) Daß *Montesquieu* nur zwei Gewalten unterscheidet, nehmen unzutreffend an *Duguit* a. a. O., *Barkhausen*, Un paragraphe de l'esprit des lois, Revue critique de législation, 1882 S. 490 und *Herrnwill*, Grundlehren des Verwaltungsrechts 1921 S. 4 in Verkennung des Satzes »Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle«. Das heißt nicht etwa »nicht vorhanden« sondern bezieht sich auf eine Erläuterung der richterlichen Gewalt, die *Montesquieu* vorher gibt (Esprit des lois XI, 6), wo auch ausdrücklich steht: »Es gibt in jedem Staate drei Arten von Gewalten.« Nur bringt er die Justiz wie die Verwaltung als Exekutive der Gesetze unter einen Nenner. So wohl auch *Ernst v. Hippel*, Die Lehre *Montesquieus* von der Dreiteilung der Gewalten usw. (Göttinger ungedruckte Dissertation) 1921 S. 20 f.

Könige (Staatschef) zustehen. Die Lehre von der Gewaltenteilung ist gleichzeitig eine solche der Gewaltenthemmung (»Il faut que, par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir«); daß letztere bei *Montesquieu* der Gewaltenteilung übergeordnet sein soll, wie neuerdings behauptet wird, ist nicht nachweisbar. Die Lehre von der Gewaltenteilung ist mit der persönlichen Fürstensouveränität als mit der staatlich ausschließlichen unvereinbar, nicht aber mit der Volkssouveränität¹⁾. Zu Unrecht wird bestritten die Gleichordnung der Gewalten bei *Montesquieu* und ferner, daß die tatsächlich eng miteinander verflochtenen Staatsfunktionen in seiner Lehre schroff voneinander gesondert werden. Die Ausführung seiner reinen Theorie würde eine Gefährdung der Staatseinheit in sich schließen; praktisch ist jene auch nirgends restlos erfolgt. Zu den Begriffen der Teilung und Hemmung muß zum vollen Verständnis das Bild der »balance« kommen²⁾.

Grundsätzlich ist es nicht die Absicht dieser Untersuchung, die mannigfachen Studien über Einzelheiten der Lehre von der Gewaltenteilung durch eine neue in dem Sinne zu vermehren, daß versucht würde, über die soeben erfolgte Grundeinstellung hinaus, gelehrte Meinungsverschiedenheiten in gewissen Sonderfragen zu erörtern und etwa zu schlichten³⁾. Denn jen-

1) Dies gegen *W. Hasbach*, Ist *Montesquieu* ein Anhänger der Lehre von der Volkssouveränität? *Zeitschr. f. Sozialwiss.* 1911 und *Die moderne Demokratie* 1912 S. 17 ff. und meine oben Anm. 1 angeführten Abhandlungen.

2) Es ist das Verdienst von *W. Hasbach* (Gewaltentrennung, Gewaltenteilung und gemischte Staatsformen, *Vierteljahrsschr. f. Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* Bd. 13 [1916] S. 562 f.), hierauf besonders aufmerksam gemacht zu haben. Nach ihm auch *Carl Schmitt-Dorotic*, *Die Diktatur*, 1921 S. 102 f.: »*Montesquieu* gebraucht zur Veranschaulichung seiner Konstruktionen das Bild von der »balance«, das im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert für jede Art wahrer Harmonie verwertet wurde und nicht notwendig abstrakt nationalistisch zu sein braucht . . . Ein System gegenseitiger Kontrolle, Hemmung und Bindung soll errichtet werden. Le pouvoir arrête le pouvoir (Esprit des lois XI, 4); arrêter, enchaîner, lier, empêcher sind die wesentlichen Ausdrücke in dem berühmten 6. Kapitel des XI. Buches.«

3) Typisch hierfür ist der an *Rehms* (in seiner Allgemeinen Staatslehre 1899 S. 232 ff. über *Montesquieu* vorgetragenen) Ansichten sich entzündete Meinungsstreit mit *G. Jellinek*. (Eine neue Theorie über die Lehre *Montesquieus* von den Staatsgewalten in *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht* Bd. 30 [1903] S. 1 f.; Erwiderung von *Rehm* S. 417 f. und Duplik *Jellineks* S. 419). *Rehm* hatte nicht bloß den Grundsatz der distribution und séparation, sondern auch den der organischen fondation (den er fälschlich mit »Verschmelzung« über-

seits solcher Spezialitäten läßt sich weitgehende Uebereinstimmung der wissenschaftlichen Gesamtansicht gemäß der obigen Formulierung in einem Maße erreichen, das genügt, um die Bedeutung des Inbeziehungsetzens der Lehre von der Gewaltenteilung zu den neuen deutschen Verfassungen zu erkennen und um zu den Fragengruppen hinzuleiten, deren Lösung uns erwünscht ist.

II.

Nach der Ueberschrift des berühmten XI. Buchs im *Esprit des Lois* handelt es sich um Gesetze »qui forment la liberté politique, dans son rapport avec la constitution« und im ersten, die Generalidee heraushebenden, Kapitel unterscheidet es diese Gesetze von denen, »qui forment la constitution dans son rapport avec le citoyen«. Aber was ist das denn: politische Freiheit? Im dritten Kapitel gibt *Montesquieu* die reichlich unklare Antwort: »Il est vrai, que dans les démocraties le peuple paroît faire ce qu'il veut; mais la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un État, c'est à dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. . . . La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent.« Als ob es keine schlechten Gesetze geben könnte! Und wenn im sechsten Kapitel ein Satz steht: »La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sûreté«, so ist damit auch kein kraftvolles Bild von einer politischen Freiheit gegeben, das auch nur eine Ahnung der großen Verfassungsänderungen vermittelte, die *Montesquieus* Werk mit auszulösen berufen war. Für uns ist aber wichtig, die unvermeidlich politisch gefärbte Staatslehre in ihrer Verbindung mit dem Verfassungsrecht zu sehen; es bleibt ein Gewinn, zu erkennen, daß dieses Recht letzthin nur auf der Grundlage politischer Notwendigkeiten, Grundsätze und Zwecke zurückführbar sein muß, wenn es verstanden sein will.

Auf jenem Grundgedanken der Sicherung der politischen Freiheit ruht die Gewaltenteilungslehre: Es dürfen nicht ver-

setzt) betont. *Fellinek* leugnet andererseits gar nicht die Möglichkeit der Verbindung der Gewalten zur Herstellung des Gleichgewichts, s. auch seine Allg. Staatslehre 3. Aufl. 1914 (auch in dem dritten Neudruck 1921) S. 604 Anm. 1. Vgl. auch *Hildegard Trescher*, in *Schollers Jahrb.* Bd. 42 (1918) S. 292.

schiedene Behörden aus Beamten derselben Körperschaft bestehen, wodurch die Macht beinahe ein und dieselbe wird (Esprit des lois XI, 6), ein Prinzip, das, in Fortführung des Gedankens, die gewalten verbindende Demokratie, in der Parlament und Regierung in engster Gesamtwirkung auftreten, kritisch betrachten und ablehnen müßte. Bei *Montesquieu* soll es zur Wahl nur der Volkskammer, dagegen zur vollen Unabhängigkeit nicht nur der Adelskammer, sondern auch der Exekutive vom Parlament kommen. Nur eine Untersuchung und Bestrafung gesetzwidrig handelnder Minister ist vorgesehen. Die Unabhängigkeit der Richter scheint er nur für gesichert zu halten, wenn die richterliche Gewalt nicht einem ständigen Gerichtshof anvertraut wird (La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert.) Man denkt an die heutige Ablehnung von Geschworenen, wenn man hört: Il faut même que dans les grandes accusations le criminel, concurremment avec la loi, se choisisse des juges; ou, du moins, qu'il en puisse récuser un si grand nombre que ceux qui restent soient censés être de son choix. Der Angeschuldigte soll seine Richter wählen! Wie selten hat man beachtet, daß unsere verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Gerichte ganz anders aussieht!

Und auch darin hat man sich, ohne den Fortschritt in diesem Punkte zu erkennen, allzusehr an das Schema der *Montesquieu*-schen Lehre, ihre Abwandlungen übersehend, gehalten, daß man, wie bei ihm, auch im monarchischen Deutschland glaubte, im Monarchen allein die Verkörperung der Exekutive zu sehen. Man hat bei uns frühzeitig zwischen Innehabung und Ausübung der staatlichen Macht- und Rechtsbefugnisse und damit auch der Verwaltungsbefugnisse unterschieden. In bezug auf die Innehabung stand die Exekutive beim deutschen Monarchen bis zur Novemberrevolution 1918. Aber das war doch im wesentlichen blasse Theorie. In der Ausübung war er beschränkt. So konnte z. B. der König von Preußen die gesetzgebende Gewalt nur gemeinschaftlich mit den zwei Kammern ausüben, auch dort, wo sie verwaltend eingriff, wie beim Etatrecht; der König mußte sich der Minister bedienen, weil seine Staatsakte nur durch Gegenzeichnung der verantwortlichen Ratgeber rechts-

gültig wurden. Beschränkt war der Monarch demnach auf dem Gebiete der Exekutive durch die Verfassung, aber auch durch einfache Gesetze: es bestand die Rechtspflicht des Monarchen zur Aufrechterhaltung der gesetzmäßigen Behördenorganisation, er mußte Beamte ernennen und sie walten lassen. Darüber hinaus band aber jedes die Freiheit der Verwaltung gegenüber dem Untertan einschränkende Gesetz auch den König und ihn zuerst.

Es läßt aber schon *Montesquieu* die Gewaltenteilung durch Ausnahmen durchsetzen: der Träger der Exekutive erhält bei ihm das Recht, die Volksvertretung zu versammeln und aufzulösen und ein Vetorecht; beides prinzipwidrig und doch von einem weisen, bis heute maßgebenden Gedanken beherrscht, daß ohne das Recht der ausführenden Gewalt, gewisse Unternehmungen des gesetzgebenden Körpers zu verhindern, dieser despotisch werden muß. Die Gefahr des heutigen Parlamentsabsolutismus wird uns noch beschäftigen. Auch wird die richterliche Gewalt insofern mit der gesetzgebenden verknüpft, als die Adligen durch die Adelskammer gerichtet werden sollen (das altenglische Pairsgericht!), die auch den Richterspruch mildern kann, und Staatsverbrechen vor der Volksvertretung anzuklagen sind.

So ist zu erkennen, daß einerseits das Grundsystem der Lehre von der Gewaltenteilung in seinen großen Linien die Jahrhunderte überdauert hat und für Gegenwart und Zukunft des Verfassungslebens zwingende Vorstellungen und den Entschluß auslöst, sich bei Schaffung neuen Rechts positiv oder negativ zu ihm zu stellen; daß andererseits die historische Gebundenheit der Lehre zahlreiche Abschattungen in der Problemstellung für die Jetztzeit bedingt, und daß es immer darauf ankommt, bei jeder Untersuchung die besondere Gestalt der Einzelfrage vorab zu betrachten, Begriffe und Rechtseinrichtungen vor ihrer Analyse und Beurteilung daraufhin zu prüfen, ob der Wortklang und der Wortinhalt heute noch derselbe ist, wie im 18. Jahrhundert. Das wird sich insbesondere bei dem Begriff der drei Gewalten notwendig erweisen.

III.

Ist die Lehre von der Gewaltenteilung, wie sie hier verstanden wird, und in welcher Art ist sie in der Reichsverfassung vom 11. August 1919 in dem Sinne durchgeführt, daß jeder

Gewalt ein abgegrenztes Tätigkeitsgebiet zugewiesen ist? Sind für diese Funktionsscheidungen verfassungsrechtliche Bürgschaften geschaffen? Sind diese getrennten Tätigkeitsgebiete in aller Reinheit bestimmten Organen (Subjekten, Gruppen) zur Beherrschung und ausschließlichen Zuständigkeit überwiesen?

1. Die Reichsverfassung läßt die gesetzgebende Gewalt durch den Reichstag oder unmittelbar durch das Volk ausüben. Die Mitwirkung der andern Reichsorgane (Reichspräsident und Reichsrat) und des Reichswirtschaftsrats ist fördernd oder hemmend, aber nicht entscheidend. Wenn angenommen wird, daß eine Verletzung des Grundsatzes der Dreiteilung vorliegt, falls dem Träger der Exekutive das absolute Veto bei der Gesetzgebung zusteht, dann kann hiervon in der Reichsverfassung nicht gesprochen werden. Nach Artikel 68 Abs. 2 RV. werden die Reichsgesetze vom Reichstag und allein von ihm beschlossen; er gibt den Gesetzesinhalt und den Gesetzesbefehl (die Sanktion), nicht, wie im bisherigen Deutschen Reich, der Bundesrat, in den Einzelstaaten der Landesherr. Weder der Reichspräsident noch die Reichregierung hat ein Veto; jener muß die, aber auch nur die verfassungsmäßig zustande gekommenen (also nicht die mit einem Verfahrens- oder materiellen Mangel behafteten!) Gesetze ausfertigen und binnen Monatsfrist im Reichsgesetzblatt verkünden (Art. 70). Schon hier spielt jedoch ein Minderheitsveto des Reichstages hinein: die Verkündigung eines Reichsgesetzes ist um zwei Monate auszusetzen, wenn es ein Drittel des Reichstags verlangt; dieses Verlangen kann der Reichspräsident unbeachtet lassen, wenn Reichstag und Reichsrat das Gesetz für dringlich erklären. Geht man dem politischen Sinn dieser und der zum Volksentscheid führenden Vorschriften (Art. 73, 74) forschend nach, so ergibt sich ein recht interessantes Bild. Zunächst: Eine anfechtbare Sanktion des Reichstages! Sein Gesetzesbeschluß ist nicht endgültig. Folgende Möglichkeiten sind eröffnet: Jedes Gesetz, dessen Verkündigung auf Antrag von mindestens einem Drittel des Reichstages ausgesetzt ist, muß dem Volksentscheid unterbreitet werden, wenn ein Zwanzigstel der Stimmberechtigten es beantragt. Sodann kann der Reichsrat Einspruch einlegen; das Gesetz muß dem Reichstag zur nochmaligen Beschlußfassung vorgelegt werden. Kommt hierbei keine Uebereinstimmung zwischen Reichstag und Reichsrat zustande, so kann der Reichspräsident binnen drei Monaten über den Gegenstand der Meinungsverschiedenheit

einen Volksentscheid anordnen. Macht der Präsident von diesem Rechte keinen Gebrauch, so gilt das Gesetz als nicht zustande gekommen. Hat der Reichstag mit Zweidrittelmehrheit entgegen dem Einspruch des Reichsrats beschlossen, so hat der Präsident das Gesetz binnen drei Monaten in der vom Reichstag beschlossenen Fassung zu verkünden oder einen Volksentscheid anzuordnen.

Der Gesetzessanktion des Reichstags sind damit sehr fühlbare Hemmungen geschaffen. Wenn nicht der Reichstag, d. h. seine Mehrheit, sondern gerade seine Minderheit den Anstoß zur Aussetzung der Verkündung des beschlossenen Gesetzes durch den Reichspräsidenten geben kann, wenn es ferner trotz Dringlichkeitserklärung durch Reichstag und Reichsrat beim Reichspräsidenten liegt, ob er unverzüglich verkünden oder die Verkündung aufschieben will, so sieht man den Reichstag in der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt beengt durch eine andere Gewalt, die ausübende. Das gleiche Bild zeigt sich in dem Falle des Reichsrats Einspruchs. Nicht nur, daß der Reichsrat an sich zur Vertretung der deutschen Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Reichs gebildet (Art. 60), als Mitgesetzgebungsorgan auftritt; sondern er kann auch, zusammen mit dem Präsidenten, wenn dieser trotz fortdauernder Meinungsverschiedenheit zwischen Reichstag und Reichsrat keinen Volksentscheid anordnet, das Gesetz zu Fall bringen. Der Reichstag kann sich nur durch Zweidrittelmehrheit gegen den Einspruch des Reichsrats schützen.

Hiernach besteht kein absolutes, sondern ein aufschiebendes Veto der Exekutive, wenn auch in den etwas krausen und ineinander verfangenen Artikeln der Reichsverfassung. Eine grundsätzliche Abweichung von der Gewaltenlehre wird man in dieser Gestaltung nicht erblicken können.

Noch klarer wird dies, wenn man die notwendigerweise schon berührte zweite Anfechtung der Gesetzessanktion des Reichstags durch den Volksentscheid näher ins Auge faßt. Dieser ist nicht nur in dem bezeichneten Falle der Aussetzung der Verkündung, sondern auch dann möglich, wenn der Reichspräsident binnen eines Monats ein vom Reichstag beschlossenes Gesetz vor seiner Verkündung zum Volksentscheid zu bringen bestimmt (Art. 73 Abs. 1 und 2). Hier wird der unmittelbare Eingriff der Exekutivgewalt noch deutlicher. Auch das Maß des Einflusses ist nicht zu unterschätzen. Gewiß entscheidet der

Reichspräsident nicht materiell über das Gesetz, aber er bringt den Reichstagsbeschluß um seine Rechtswirkung. Denn selbst wenn der Volksentscheid im Sinne des Reichstags ausfällt, ist es nicht der Wille des Reichstags, sondern des Volkes, der die Sanktion erteilt. Meist wird aber eine Bestätigung des Reichstagsbeschlusses durch den Volksentscheid nicht erfolgen; gerade die Erwartung einer abweichenden Abstimmung des Volkes wird den Reichspräsidenten veranlassen, sich an die großen Massen zu wenden.

Der tiefere Sinn der ganzen Regelung erschließt sich uns, wenn wir diese Möglichkeiten des Volksentscheids schließlich mit der noch fraglichen letzten zusammenhalten, die sich nicht an ein beschlossenes Gesetz anschließt. Nach Art. 73 Abs. 3 und 4 muß ein Volksentscheid herbeigeführt werden, wenn ein Zehntel der Stimmberechtigten das Begehren nach Vorlegung eines Gesetzentwurfs stellt. Dem Volksbegehren muß ein ausgearbeiteter Gesetzentwurf zugrundeliegen. Ueber den Haushaltsplan, über Abgabengesetze und Besoldungsordnungen kann nur der Reichspräsident einen Volksentscheid veranlassen. Wenn man erwägt, daß die reine Gewaltenteilungslehre die Gesetzgebung dem Volke zugewiesen hat, so wird man in der Reichsverfassung, die (indem sie erklärt: »Die Staatsgewalt geht vom Volke aus« [Art. 1 Abs. 2]), sich auf den Boden der Volkssouveränität stellt, einen wichtigen Versuch zur Verwirklichung jener Lehre finden. Zwar kann ein Gesetz allein durch das Volk nicht zustandekommen; irgendwie ist der Reichstag beteiligt; aber der wahre Gesetzgeber ist das Volk, der Reichstag ist sein Organ. Das Volk schafft Gesetze durch Volksabstimmung, es schafft sie als Quelle der Staatsgewalt. Das Volk steht über dem Reichstag, denn wo kein anderer Ausweg mehr bleibt, gilt (nach Maßgabe jener berührten Artikel) unmittelbar sein Wille. Selbst bei der Verfassungsänderung tritt das hervor. Söll sie auf Volksbegehren durch Volksentscheid beschlossen werden, so ist die Zustimmung der Mehrheit der Stimmberechtigten erforderlich. Hat der Reichstag entgegen dem Einspruch des Reichsrats eine Verfassungsänderung beschlossen, so darf der Reichspräsident dieses Gesetz nicht verkünden, wenn der Reichsrat binnen zwei Wochen den Volksentscheid verlangt (Art. 76 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 2). Bei dieser grundsätzlichen Regelung ist es ohne Belang, daß der

Durchsetzung jenes unmittelbaren Willens verfassungsmäßige Hindernisse mehrfacher Art aufgerichtet zu sein scheinen. So findet der Volksentscheid trotz Volksbegehren (im Falle des Art. 73 Abs. 3) nicht statt, wenn der begehrte Gesetzentwurf im Reichstag unverändert angenommen worden ist. Doch liegt hier bei näherem Zusehen gar kein Hemmnis des Volkswillens vor. Denn der Volksentscheid unterbleibt nur, weil der Reichstag eben den Volkswillen tut. Wenn ferner im Art. 75 bestimmt ist, daß durch den Volksentscheid ein Beschluß des Reichstages nur dann außer Kraft gesetzt werden kann, wenn sich die Mehrheit der Stimmberechtigten an der Abstimmung beteiligt, so liegt auch hierin nur eine Bürgschaft dafür, daß nicht eine Minderheit dem Reichstag den Rang abläuft, da nun einmal Volkswille als Volksmehrheitswille gedacht ist. Auch braucht nicht besonders betont zu werden, daß die Vorschriften des Reichsgesetzes über den Volksentscheid vom 27. Juni 1921, zur Ausführung der Reichsverfassung bestimmt, nur formaler Natur sein und keineswegs den materiellen Satz irgendwie berühren sollten: Die gesetzgebende Gewalt steht beim Volke; ausgeübt wird sie in seinem verfassungsmäßigen Auftrag vom Reichstag, aber auch unmittelbar vom Volke selbst und zwar gerade in Fällen, in denen es gleichsam als Schiedsrichter über den anderen Staatsorganen auftritt. Mir will scheinen, daß diese ganze Regelung verblüffend übereinstimmt — wenn man auf den Geist der Dinge sieht und die naturgemäße Sondererscheinung der Zeiten und Länder in die Rechnung setzt — mit *Montesquieu*: »Comme dans un Etat libre tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui même, il faudroit que *le peuple en corps eût la puissance législative*; mais comme cela est impossible dans les grands Etats, et est sujet à beaucoup d'inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui-même« (Esprit des lois XI, 6).

2. Die Macht des Gesetzgebers oder, wie man es auch ausdrücken mag, der Umfang seiner Zuständigkeit läßt sich aus der Gewaltenlehre nicht bestimmen. Denn sie geht von der Ueberordnung der gesetzgebenden Gewalt aus, der gegenüber die richterliche und exekutive das Gemeinsame hat, daß sie beide als Rechtsnormen ausführende gedacht sind. Die gesetzgebende steht über ihnen, sie ist ihnen nicht gleich-, sondern übergeordnet. Diese einfache Tatsache erweist sich sofort im Hinblick auf unser

Problem bedeutsam. Steht die Gesetzgebung über Rechtsprechung und Verwaltung und ist erstere unmittelbar und mittelbar beim Volk, so kann man nicht, wie dies geschehen ist, mit Grund annehmen, daß ein verfassungsmäßig bestimmter, nur einer sonstigen formalen Einteilung widersprechender Einbruch in den Kreis der Exekutive mit der Wirkung der Verletzung der Gewaltenteilungslehre vorliegt, wenn gewisse Regelungen durch Gesetz erfolgen müssen, obwohl sie Verwaltung seien. Ich meine natürlich die Vorschriften der Reichsverf. Art. 85, 87 und 45, wonach die Feststellung des Haushaltsplans durch ein formelles Gesetz erfolgen muß; es eines solchen auch bedarf für die Beschaffung der Geldmittel im Wege des Kredits und zur Uebernahme einer Sicherheitsleistung zu Lasten des Reiches und endlich Kriegserklärung und Friedensschluß durch Reichsgesetz erfolgen. Jene Annahme verkennt, daß Verwaltung eben nur ist, was nicht Gesetzgebung oder Rechtsprechung ist. Wenn daher die den beiden andern übergeordnete gesetzgebende Gewalt die Funktionen aus Art. 85, 87, 45 sich selbst beilegt, so hat sie sie damit der Machtsphäre der anderen Gewalten, hier der Verwaltung, nicht etwa nachträglich entzogen, sondern sie ihnen von vornherein versagt. Man kann auch demgegenüber nicht auf die Begriffsbestimmung verweisen, die von der Gesetzgebung in dem Esprit des lois (a. a. O.) gebildet ist: »Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige et abroge celles qui sont faites.« Ich vermag keine nach *Montesquieu* »unzulässige Ausdehnung des formellen Gebiets der Gesetzgebung durch Einschränkung des der Exekutive eigentlich (!) zukommenden Machtkreises« in den Art. 85, 87, 45 der Reichsverfassung zu erblicken. Denn *Montesquieu* lag die uns geläufige Unterscheidung von formellem und materiellem Gesetz fern, jene durch den Konstitutionalismus ausgebildete Lehre, wonach die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes (Rechtsregel, Rechtsnorm) materielles Gesetz genannt wird, auch wenn sie der Form des Gesetzes entbehrt und auch die einer Verordnung, einer Satzung, eines Staatsvertrages annehmen kann, während das Gesetz im formellen Sinne jede in den vorgeschriebenen verfassungsmäßigen Formen des Gesetzes ergehende staatliche Willenserklärung, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, also auch ohne Rücksicht darauf ist, ob ein Rechtssatz (Rechtsregel, Rechtsnorm) ihren Gegenstand bildet.

Was der Exekutive »eigentlich« zukommt, das bestimmt eben die Gesetzgebung, die ihr formelles Gebiet selbst begrenzt. Darin liegt durchaus kein Widerspruch zur Gewaltenlehre, die unter »Gesetz« jede nicht von den Organen der Verwaltung oder der Rechtsprechung geübte Staatsfunktion versteht, die grundsätzlich vom Volke selbst oder seinen Repräsentanten ausgehen soll. Die Annahme dagegen, *Montesquieu* habe lediglich Aufstellung von Rechtsnormen unter Legislative verstanden, ist unrichtig, weil sie ihm die Unterscheidung materieller und formeller Gesetze unter Zurückziehung der Legislative auf die ersteren unterstellt.

Was hat es damit für eine praktisch-politische Bewandnis? Wenn die gesetzgebende Gewalt bestimmt, was in ihren Machtbereich gehört, so fürchtet man, es könnte der Reichstag durch formelles Gesetz die Zuständigkeit der Exekutive einschränken. Wohl, das könnte er. Der Gewaltenlehre widerspräche das an sich nicht, denn die Legislative steht über den anderen Gewalten. Doch beachtet man dabei nicht, daß jener »Einbruch in den Kreis der Exekutive« durch die Reichsverfassung geheiligt ist und jede nicht in ihr enthaltene Ausdehnung der gesetzgebenden Gewalt auf Kosten der Verwaltung eine Verfassungsänderung wäre. Diese aber ist, wie wir gesehn haben, mit wesentlichen Kautelen versehen, insbesondere mit der Möglichkeit einer unmittelbaren Volksabstimmung, die der im Reichstag verkörperten Organschaft zur Gesetzgebung Schranken auferlegen kann. Ebenso darf man nicht jene vielfach hemmenden Kräfte, die in Reichspräsidenten, Reichsrat und im Minderheitsveto des Reichstags liegen, gerade für unsere Sonderfrage unberücksichtigt lassen. In Reichspräsident und Reichsrat findet die Exekutivgewalt Stütze und Hemmung vor Uebergriffen. Das sinnvolle Ineinander zeigt sich hier von einer unerwarteten Seite und wirkt einem *Parlamentsabsolutismus* entgegen.

3. Es ist eine ganz andere Rechtsfrage von großer politischer Bedeutung, ob die Reichsverfassung den Unterschied des materiellen und formellen Gesetzes kennt und ob Rechtsnormen eines Gesetzes bedürfen, also nicht durch die Verwaltung (in nicht-gesetzesmäßigen Formen, insbesondere der der Verordnung) erlassen werden können, es sei denn, daß eine besondere gesetzesmäßige Delegation an die Exekutivgewalt vorliegt. Es wird heute schon fast ausschließlich jene »Kenntnis« der Reichsverfassung angenommen und zwar gerade mit Rücksicht auf die

Vorschrift des erwähnten Art. 85, der einen Verwaltungsakt, die Feststellung des Haushaltsplans, d. h. also keine Rechtsvorschrift in die Form des Gesetzes aufzunehmen befiehlt. Dadurch hebt sich dies formelle Gesetz deutlich vom materiellen ab. Während daher die Befürchtung einer willkürlichen Ausdehnung der Legislative auf Kosten der Verwaltung als stark übertrieben und die jetzige Verfassungsgestaltung als nicht mit der Gewaltenlehre in Widerspruch befindlich nachgewiesen wurde, handelt es sich hier um die Abwendung der Gefahr, durch Ausschaltung des Unterschieds des materiellen vom formellen Gesetze der Verwaltung einen Machtkreis einzuräumen, der alle verfassungsrechtlichen Bürgschaften wesenlos machen würde. Nur der Gesetzgeber hat die Rechtsregeln zu erlassen, die Verwaltung nur in seinem Auftrage. Diese Folgerung aber mußte *Montesquieu* fernliegen; die nach ihm sich entwickelnde Lehre kann deshalb nicht auf ihre Uebereinstimmung mit seinen Gedanken geprüft werden. Sie ist etwas Späteres und dient, unabhängig von ihnen, zur schärferen Abgrenzung der Funktionen von Legislative und Exekutive.

4. Eingangs wies ich darauf hin, daß die »Gewaltenteilung«, in den Strom des Verfassungslebens gestellt, ihre Wirkung weit über ihre ursprünglichen Ausgangspunkte hinaus erstreckt. Hier ist der Augenblick, dies an einem sehr wichtigen Zusammenhang darzulegen. Die großen Demokratien in Europa und Amerika hat man mit Recht in gewaltenverbindende und gewalten-trennende oder -verteilende geschieden. Der Unterschied (bei dem schon die Anlehnung an die Gewaltenteilungslehre kennzeichnend ist) liegt darin, daß bei der letzteren, der sog. repräsentativen Demokratie, die vollziehende Gewalt grundsätzlich nicht an der Gesetzgebung teilnimmt, das Parlament nicht an der Exekutive, daß dagegen bei der gewaltenverbindenden Demokratie »die Ministerstellen und die übrigen wichtigen Verwaltungsämter mit den Führern der im Parlamente über die Mehrheit verfügenden Partei besetzt werden: die parlamentarische Demokratie«. Ich kann in diesem letzten Satze von *Hasbach* (Die moderne Demokratie, 1912 S. 135) freilich keine ganz glückliche Formel finden, da es nicht zum Wesen der Demokratie mit parlamentarischer Regierungsweise gehört, daß außer den Ministern auch die andern wichtigen Verwaltungsämter der Mehrheitspartei des Parlaments zur Verfügung gestellt werden, eine Vorstellung,

die schon deshalb keine Durchschnittsgeltung hat, weil bei Koalitionsregierungen, wie sie z. B. in England seit 1915, in Deutschland seit 1919 bestehen, von einer Mehrheitspartei nicht gesprochen werden kann. Andererseits ist eine repräsentative Demokratie, bei der die vollziehende Gewalt überhaupt in keiner Weise an der Gesetzgebung teilnimmt, wohl kaum aufzufinden. Trotz alledem ist jene Unterscheidung im Kerne richtig, muß nur, als allgemeine, die Besonderheit einzelner Staatsgestaltungen vernachlässigen. Hier handelt es sich mir nun darum, klarzustellen, daß Deutschland als Staat mit parlamentarischer Regierungsweise jedenfalls zur Gruppe der gewaltenverbindenden Demokratien gehört, und was daraus für die praktisch-politische Gestaltung gefolgert wurde oder sich ergab. Bereits gezeigt ist, wie nach der Reichsverfassung Organe der Verwaltung (Reichspräsident, Reichsrat) an der Gesetzgebung mitwirken. Nun war aber auch umgekehrt schon von dem Erlaß von Verwaltungsakten durch die Gesetzgebung (Haushaltsgesetz, Anleihen, Schuldgarantien) die Rede. Die Beziehung ist aber noch viel eingehender gestaltet, indem der Reichsrat, der immerhin auch Gesetzgebungsorgan ist, das **Z u s t i m m u n g s r e c h t** hat zum Erlaß von allgemeinen Ausführungs-Verwaltungsvorschriften der Reichsregierung, wenn die Ausführung der Reichsgesetze den Landesbehörden zusteht (Art. 77 Satz 2); zu Verordnungen der Reichsregierung über Grundsätze und Gebühren für die Benutzung der Verkehrseinrichtungen (Art. 88 Abs. 3), über Bau, Betrieb und Verkehr der Eisenbahnen (Art. 91, 93, 98), ferner ein **B e r a t u n g s r e c h t** bei wichtigen Reichsgeschäften (Art. 67). Außerdem beschränkt das Parlament die Verwaltung beim Abschluß von Bündnissen und Verträgen mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen; sie bedürfen der Zustimmung des Reichstags (Art. 45 Abs. 3); es beschränkt die Macht des Reichspräsidenten bei Verhängung der sog. Reichsexekution gegen pflichtwidrig handelnde Länder (Art. 48 Abs. 1 u. 3) und des Ausnahmezustandes, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird (dasselbst Abs. 2), denn von allen solchen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben und die Maßnahmen müssen auf Verlangen des Reichstags außer Kraft gesetzt werden. Man wird nicht umhin können, in der Doppelstellung des Reichsrats, der ein Organ sowohl der Gesetzgebung wie der Verwaltung ist,

statt eine Gewaltenteilung eine Gewaltenvermischung zu erkennen. Gleichwohl wird man nicht sagen dürfen, daß die soeben mitgeteilte Rechtslage im Reich eine grundsätzliche Ablehnung der Lehre *Montesquiens* bedeutet, denn ich habe gezeigt, daß zu den Begriffen der Teilung und Hemmung zum vollen Verständnis das Bild des Gleichgewichts, der Balance, kommen müsse. Nun ist, was dem Reichsrat an die Verwaltung einschränkenden Befugnissen gegeben ist, gerade unter diesem Zeichen zu betrachten, ebenso wie die eben aufgeführten Befugnisse des Parlaments die Uebermacht des Exekutive an höchster Spitze übenden Reichspräsidenten im Interesse desselben Gleichgewichts begrenzen wollen. Die Einrichtung des Reichsrats stellt überdies ein aus der bundesstaatlichen Natur des Reichs fließendes *Novum* dar, für das deshalb bei *Montesquieu* natürlich keinerlei Anknüpfungspunkt gegeben sein konnte; es wirkt sich hier nicht das Problem Gesetzgebung und Verwaltung, sondern Unitarismus und Föderalismus aus.

Trotzdem zeigt sich, soweit die Gewalten verbunden, statt verteilt sind, der politische Schaden in der Abweichung von der Gewaltenteilungslehre. Hierdurch ist erst in Deutschland die unbefriedigende Form der parlamentarischen Regierungsweise und die parteipolitisch bestimmte Besetzung vieler Verwaltungsämter voll zu erklären. Es sei dies näher betrachtet.

Man hat den Reichspräsidenten gedacht als ein Staatsoberhaupt, das das Reich würdig nach außen und innen vertritt, gewisse Verwaltungsaufgaben erfüllt, wie Ernennung und Entlassung der Reichsbeamten und Offiziere, Oberbefehl über die gesamte Wehrmacht des Reichs, Reichsexekution, Begnadigungsrecht und endlich, aber nicht zuletzt, eine vermittelnde Rolle übernimmt zwischen Volk und Reichstag, Volk und Regierung. Er ernennt den Reichskanzler und auf dessen Vorschlag die Reichsminister. Da diese zu ihrer Amtsführung des Vertrauens des Reichstages bedürfen, ist das Ernennungsrecht wesentlich formaler Natur; die politische Lage muß bei der parlamentarischen Regierungsweise zur Berufung des die Mehrheit in der Volksvertretung leitenden Politikers führen. Allein wenn mehrere geeignete von derselben Parlamentsmehrheit getragene Persönlichkeiten vorhanden sind, hat der Reichspräsident eine gewisse Freiheit, die ihn zum Schiedsrichter über die Berufung des geeigneten Ministerpräsidenten

(Reichskanzlers) machen kann. Ganz besonders ist das der Fall, wenn, wie bei uns in Deutschland, eine große Parteizersplitterung besteht und nur Koalitionsmehrheiten im Reichstag denkbar sind, bei Ernennung des Reichskanzlers keineswegs von vornherein mit einer feststehenden Mehrheit, die ihren Kandidaten gleichsam ausschließlich präsentiert, gerechnet werden kann. So wirkt der Reichspräsident doch möglicherweise auch materiell ein auf die Bestellung des durch den Reichstag zu stützenden Reichskanzlers und der Reichsminister. Das politische Recht des Parlaments, aus sich heraus den Führer der Regierung zu bestimmen, erfährt eine leichte Korrektur. Doch das mag noch hingehen. Viel schwerer wiegt es, daß infolge der Gewaltverbindung zwischen Reichstag und Reichsregierung eine Lage geschaffen ist, die jene vermittelnde Rolle des Reichspräsidenten nicht zur Auswirkung kommen, sondern ganz bedenkliche Zeichen des Parlamentsabsolutismus erkennen läßt. Zwar haben wir schon gesehen, daß der Reichspräsident auch hier eine Schiedsrichterrolle spielen kann beim Minderheitsvotum des Reichstags, beim Einspruch des Reichsrats gegen ein beschlossenes Gesetz und sogar ohne solche Rechtsvorgänge durch Anrufung des Volksentscheids. Aber häufig können diese Fälle nicht werden, die Volksabstimmung bleibt seltene Ausnahme. Eine Kollision zwischen Volk und Reichstag, Reichstag und Reichsregierung zu lösen, sollte des Reichspräsidenten Aufgabe sein. Jedoch ist das gewährte Mittel der Reichstagsauflösung gänzlich unzulänglich. Denn der Reichspräsident bedarf für alle Anordnungen und Verfügungen zu deren Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Reichskanzler, also auch für die Reichstagsauflösung. Es wird also von demselben Reichskanzler die Gegenzeichnung erwartet, dessen Entlassung im Falle einer vom Reichspräsidenten vorausgesetzten Aenderung der Volksstimmung gegenüber der früheren Reichstagswahl in Aussicht genommen wird! Praktisch bedeutet das Fehlen einer verfassungsmäßigen Ausnahme von der Gegenzeichnungspflicht bei der Reichstagsauflösung, daß diese beim Reichskanzler und nicht beim Reichspräsidenten liegt und daß die vermittelnde Funktion des letzteren illusorisch gemacht ist. Da nun wieder der Reichskanzler infolge der parlamentarischen Regierungsweise vom Reichstag abhängt, wird er, in Ermangelung eines Gegengewichts durch den Reichspräsidenten, die Wünsche des Parlaments weitgehend erfüllen. Dies nicht nur in bezug auf Unterlassung von Neuwahlen,

Einbringung oder Nichteinbringung von Gesetzen, sondern auch in dem außerordentlich wichtigen Punkte der Beamtenernennungen. Daß diese in Deutschland einen so bedenklichen parteipolitischen Charakter haben, daß der Satz des Art. 130 Abs. 1 der Reichsverfassung: »Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei« überall nur spöttisches Lächeln auslöst, hängt mit dieser verfassungsrechtlichen Fehlregelung und mit der damit verbundenen Neigung zur Parlamentsallmacht zusammen. Das Ernennungsrecht des Reichspräsidenten (Art. 46) ist infolge der Gegenzeichnung praktisch ein Ernennungsrecht von Reichskanzler und Reichsminister, die wieder dem Reichstag und seinen Parteien willfährig sind und, wie die Verfassungsvorschriften jetzt lauten, umso mehr sein müssen, als eine sichere, auf eine Partei oder auf einen Parteiblock gestützte Mehrheit im Reichstage durch die Parteizersplitterung ausgeschlossen ist.

Hat man hierin den schlagendsten Beweis dafür, daß die engste Verbindung der gesetzgebenden und ausübenden Gewalt zu den bedenklichsten staatlich-politischen Zuständen führen kann, so ist der für Deutschland festgestellte Mißstand durchaus nicht notwendig mit der parlamentarischen Regierungsweise als solcher verknüpft. Es ist eines der Hauptverdienste des Buches von *Sidney Low*, Die Regierung Englands (übersetzt von Johannes Hoops) 1908 (S. 53 ff., 71 ff., 90 ff., 109 ff.), daß es, indem mit seltenem Freimut nicht nur das formalrechtliche, sondern das »konventionelle und wirkliche« Element in der gegenwärtigen englischen Verfassungslage geschildert wird, im einzelnen zeigt, wie der Einfluß des Parlaments, d. h. seiner Mehrheit in entscheidenden Fragen, von den Fällen völligen Regierungswechsels abgesehen, ganz außerordentlich gering ist gegenüber dem Kabinett; daß dieses letztere, trotz formalrechtlich ganz anderer Ordnung, sowohl die Bedeutung des Hauses der Gemeinen als gesetzgebender Körperschaft zu seinem Vorteil gemindert, ihm auch auf dem Boden der legislativen Initiative, der Kontrolle der Verwaltung und der sonstigen Beeinflussung der Exekutive eine nur ganz bescheidene Einflußsphäre gelassen hat. Es ist gerade das Gegenteil der deutschen Entwicklung zu erkennen: Das Kabinett hält die es stützende Parlamentspartei oder Koalition in Abhängigkeit von sich, arbeitet der aus früheren Jahrhunderten in ihrer ganzen Schädlichkeit erwiesenen Parlamentswillkür entgegen. Die Mehrheit, die sich dem entscheidenden Einfluß ihrer im

Kabinettsitzenden Führer entzieht, verliert automatisch ihre Herrschaft und ihren Regierungscharakter. In England führte also das parlamentarische Regierungssystem zu ganz anderen Ergebnissen als in Deutschland. Immerhin erwachsen dort, ebenfalls als Folgeerscheinung der Parteiregierung, die wieder aus einer Gewaltenverbindung statt einer Gewaltentrennung erklärbar ist, unerfreuliche, mit der *Montesquiueschen* Lehre unvereinbare Nöte. Es ist dies von größter Bedeutung, weil sich zeigt, daß an Stelle einer Volksherrschaft, trotz Aufrechterhaltung des Scheins einer solchen, eine *Politiker-Oligarchie* die Leitung des Staates in Händen hält, die bestimmt sein muß, den Gedanken der reinen Demokratie vollständig ad absurdum zu führen. Damit soll über den letzten Wert dieser Staatsgestaltung nichts ausgesagt sein. Es zeigt sich aber jedenfalls, daß jedes Abrücken von der Gewaltenteilungslehre den Gedanken eines vollkommen freien Staates gefährdet, wobei hier die Freiheit in dem Sinne gemeint ist, daß keine der drei Staatsgewalten zu einer die übrigen Gewalten und die Staatsbürger tyrannisch beherrschenden Ausschließlichkeit gelangen darf. Dem Reiz, auf diese Dinge näher einzugehen, muß hier widerstanden werden, weil es sich nicht um rechtsvergleichende Fragen, auch nicht speziell um das Problem der parlamentarischen Regierungsweise oder der Demokratie handelt, sondern um die sich ausdehnende Wirkung der von der Gewaltenteilungslehre aufgeworfenen Fragen auf jene die Gegenwart beherrschenden politischen Lebensformen.

Nicht unbeachtet darf freilich bleiben, daß auch in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, wo die gewaltentrennende Demokratie herrscht¹⁾, die Exekutive beim Präsidenten, die Gesetzgebung beim Senat und Abgeordnetenhaus liegt, wo weder die Abhängigkeit des Präsidenten von den Parlamenten, noch dieser von jenem sich herausgebildet hat, eine starke Parteiherrschaft vorhanden ist, derart, daß der bei der Präsidentenwahl siegenden Partei die stärkste Einflußnahme auf die Exekutive ermöglicht ist. Aber eben nur ermöglicht, da die Selbständigkeit des Präsidenten, der weder dem Parlamente verantwortlich noch zur Bildung eines *verantwortlichen* Ministeriums verpflichtet ist, ihn zur Abwehr eines ihm nicht genehmen Einflusses befähigt.

1) Vgl. *H. Knust, Montesquieu und die Verfassungen der Vereinigten Staaten von Amerika*, München, 1922 S. 109: »Die Trennung von Legislative und Exekutive ist radikal verwirklicht.«

Ueberdies wurde im Laufe der letzten Jahrzehnte der besonders in bezug auf die Aemter gültige Grundsatz »dem Sieger die Beute« mit Rücksicht auf die Notwendigkeit eines sachlichen, von Parteiinteressen freien Beamtentums erheblich abgeschwächt. Auch hier muß ein weiteres Eingehen vermieden werden, zumal die s e Zusammenhänge längst erkannt sind. Es genügt wohl, auf die klassischen Werke von *James Bryce*, *American commonwealth*, besonders I 38 ff., II 3—246 und *Modern Democracies* (2 Bde.) hinzuweisen. Zweifellos bleibt aber die Erkenntnis, daß zwar keine Form der Demokratie ohne ein irgendwie geartetes Partei-system (auf die Art freilich kommt es an) bestehen wird, daß aber die gewaltenverbindende Demokratie ihm zwangslogisch ausgesetzt ist, während bei der im Sinne *Montesquieus* gewalten-trennenden Demokratie ein für das Bestehen des Staates unent-behrliches Gleichgewicht der Mächte im Bereiche der staatsrecht-lich-politischen Möglichkeiten liegt.

V.

Ist somit jedenfalls die Heilsamkeit einer Gewaltentrennung dargetan, so fragt es sich, wieweit wenigstens im Deutschen Reiche — der parlamentarischen Regierungsweise und der Partei-herrschaft ungeachtet — der Versuch unternommen worden ist, die Unabhängigkeit der Gesetzgebung und Exekutive zu wahren und zu sichern. Der Reichstag hat das Selbstversammlungsrecht. Er tritt zum ersten Male spätestens am dreißigsten Tage nach der Wahl, im übrigen in jedem Jahre am ersten Mittwoch des November zusammen; er bestimmt den Schluß der Tagung (also auch die Vertagung) und den Tag des Wiederausammentritts. Der Reichspräsident kann nur eine frühere Berufung verlangen (Art. 23, 24). Er kann allerdings den Reichstag auflösen (Art. 25). Ueber die geringe Bedeutung dieser Befugnis ist schon gehandelt worden. Es ist verkehrt, zu sagen, daß in dem Selbstversamm-lungsrecht eine Verletzung der Gewaltenteilung liegt; wenn irgendwann, so steht in diesem Falle die Legislative auf ihrem eigenen Boden, auf ihrem eigenen Recht. Daß das Organ der Exekutive nur in der schwachen Position des Präsidenten ein-greift, ist nicht richtig, da auch Reichsregierung und Reichsrat in Frage kommen. Diese Verteilung der Exekutivgewalt ist nicht gegen die *Montesquieusche* Lehre. An der politischen Schädlich-keit der Regelung, die dem Reichspräsidenten seine Vermittler-

rolle zwischen Volk, Reichstag und Reichsregierung zu spielen fast unmöglich macht, ist freilich nicht zu zweifeln. Nimmt man sodann den Reichsrat als Gesetzgebungsorgan unter dem Gesichtspunkt der Wahrung und Sicherung seiner Selbständigkeit, so tritt hier wieder die Anomalie dieser bundesstaatlichen Neugestaltung in den Vordergrund. Ohne Selbstversammlungsrecht, kann er doch die Reichsregierung mit einem Drittel seiner Mitglieder zur Einberufung zwingen, was wiederum überflüssig ist, denn er ist dauernd versammelt (§ 2 der Geschäftsordnung des Reichsrats vom 20. November 1919 in der Fassung v. 14. Dezember 1921, ZBl. d. d. R. S. 975 ff.). Doch liegt in dieser Rechtslage ein zweifelloser Schutz seiner verfassungsmäßigen Wirksamkeit, insbesondere besteht, indem die Reichsregierung auf den Reichsrat als mitgesetzgebendes und mitverwaltendes Organ angewiesen ist, keine Gefahr, daß der Reichsrat durch die Reichsregierung (etwa unter dem Einfluß des Reichstags) unrechtmäßig begrenzt wird. Seltsamerweise lassen sich auch aus der Verbindung der gesetzgebenden und exekutiven Funktion im Reichsrat keine verfassungspolitischen Bedenken entnehmen. Nun sind die Reichsratsmitglieder teils von den sie entsendenden Regierungen, teils, soweit die Hälfte der preußischen Stimmen in Frage steht, von den Provinzialverwaltungen bestellt (Art. 63). Selbst wenn, was keineswegs feststeht, eine Abhängigkeit von diesen Körperschaften bestünde, wäre die Sicherheit der Gesetzgebungs- (und Verwaltungs-)funktion des Reichsrats als solchen nicht bedroht; keine Exekutivgewalt kann ihn rechtlich und tatsächlich in der Erfüllung seiner Aufgaben, politische Gefährdung herbeiführend, hindern. Die einzelnen Mitglieder genießen zwar nicht die den Reichstagsmitgliedern gesicherte Immunität (die an sich durchaus im Geiste der Lehre von den unabhängigen »Gewalten« ist), doch besteht hierfür auch kein Bedürfnis, weil die Reichsratsmitglieder mit den Stellen aufs engste zusammenhängen, von denen, geschichtlich gesehen, eine Bedrohung ihrer verfassungsmäßigen Stellung ausgehen könnte, nämlich von den Organen der Exekutive.

Auch für den Reichspräsidenten als Träger der Exekutive gilt das Erfordernis der Unabhängigkeit und ihrer Sicherung. Deren Gefährdung könnte an sich nur vom Träger der Legislative, also vom Reichstag oder vom Volk ausgehen. Es scheint mir nun irrtümlich, anzunehmen, daß in der Möglichkeit der **A b s e t z u n g** des Reichspräsidenten durch Volksabstimmung (Art. 43)

eine Unsicherheit und eine Abhängigkeit liege. Vielmehr ist es so, daß das auf sieben Jahre bestimmte, durch unmittelbare Volkswahl (Gesetz v. 4. Mai 1920) entstehende Amt ihm die denkbar festeste Garantie für die Ausübung seiner Funktionen bildet und lediglich bei Verfehlungen ernstester Art an Absetzung zu denken ist, die durch Art. 43 RV. aber gerade sehr erschwert werden soll; es ist Beschluß des Reichstags mit Zweidrittelmehrheit erfordert und dann erst entscheidet die Volksabstimmung. Hat diese die Absetzung abgelehnt, dann sitzt der Reichspräsident um so fester im Sattel: Die Volksabstimmung gilt als neue Wahl und hat die Auflösung des Reichstags zur Folge. Nur bei schuldhafter Verletzung der Reichsverfassung oder eines Reichsgesetzes kann ferner der Reichspräsident vor dem Staatsgerichtshof angeklagt werden (Art. 59 RV., Ges. v. 9. Juli 1921). Darin liegt doch nur ein Schutz vor dem Reichspräsidenten, d. h. vor einem verfassungswidrig handelnden Reichspräsidenten, nicht die Versagung seiner Unabhängigkeit gegenüber der Legislative. Ueberdies kann er ohne Zustimmung des Reichstags nicht strafrechtlich verfolgt werden (Art. 43). Also weder Exekutive noch Rechtspflege soll sich ohne weiteres an ihn heranwagen. Vollends unbegreiflich ist es, wie man die Gegenzeichnung aller Anordnungen und Verfügungen des Reichspräsidenten (Art. 60) als Beschränkung seiner Unabhängigkeit hat deuten wollen. Gewiß wäre der nicht durch »ministerielle Bekleidung« gedeckte Präsident mächtiger, aber auch für das Gleichgewicht der »Gewalten« gefährlich. Die Gegenzeichnung hindert ihn politisch insofern, als er ohne jene nichts Entscheidendes durchsetzen kann; doch handelt es sich hier vom Standpunkte der Gewaltenteilungslehre darum, ob er innerhalb des ihm verfassungsmäßig für die Exekutive gewährten Rahmens in der Geltendmachung seiner Zuständigkeit durch die Legislative behindert ist. Das ist nicht der Fall.

Damit werden wir auf die Tatsache gestoßen, daß die Exekutive im Reich nicht allein beim Reichspräsidenten liegt. Ist sie aber noch der Reichsregierung und dem Reichsrat zugewiesen, so kann das natürlich nur durch eine Teilung der Zuständigkeit dieser drei Organe durchführbar sein. Man kann infolgedessen nicht von einer die Gewaltenteilung berührenden Beschränkung der Exekutivgewalt einer dieser drei Organe untereinander

sprechen, denn sie stellen z u s a m m e n die »ausübende Gewalt« dar, sondern nur davon, ob sie in ihrer Gesamtheit durch die Legislative in Abhängigkeit gehalten werden. Vom Reichspräsidenten ist dies schon verneint worden. Man könnte allenfalls die verhältnismäßige Geringfügigkeit seiner politischen Macht ins Feld führen, nicht aber ist eine von der Verfassung ungewollte Abhängigkeit und ein Mangel der Sicherheit seiner Stellung in Frage. Anders bei der Reichsregierung als Organ der Exekutive. Sie wird dadurch in ständiger Abhängigkeit vom Reichstag gehalten, daß die parlamentarische Regierungsweise diesem die Möglichkeit jederzeitiger Abberufung der Reichsregierung mittels Versagung des Vertrauens gibt. Die Ministeranklage dagegen werte ich hier wie beim Reichspräsidenten mehr als einen Schutz der Minister, denn als Damoklesschwert, das der Reichstag ständig über dem Reichsministerium halten könnte. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil damit die ständige Selbstbedrohung der Reichstagsmehrheit mit dem Verlust ihrer Machtstellung oft genug verbunden wäre. Nicht ganz so bei der andauernden Bereitschaft zur Anwendung des Art. 54, daß der Reichskanzler und die Reichsminister zu ihrer Amtsführung des Vertrauens des Reichstags bedürfen, weil hier bis zur tatsächlichen Mißtrauenserklärung immer noch eine ziemliche Spannung besteht. Diese reicht aber aus, um die Reichsregierung politisch vom Reichstag abhängig zu machen, in einem Maße, das in Deutschland bedenkliche Formen angenommen hat. Es hat noch nichts Ungewöhnliches an sich, wenn der Reichstag und seine Ausschüsse die Anwesenheit des Reichskanzlers und jedes Reichsministers v e r l a n g e n können (Art. 33 Abs. 1), auch nicht, daß die bei der Beratung auftretenden Regierungsvertreter der Ordnungsgewalt des Vorsitzenden unterstehen (Abs. 4 daselbst). Daß es aber ein Selbstversammlungsrecht des Reichstags, ferner keine praktische Möglichkeit für den Reichspräsidenten gibt, den Reichstag ohne Zustimmung des Reichskanzlers aufzulösen (der wieder Exponent der Reichstagsmehrheit ist); daß es an einer zweiten Kammer fehlt; daß der Reichsrat die Funktionen einer solchen in keiner Beziehung hat und der Bundesrat, der doch immerhin die A u f g a b e n einer zweiten (oder ersten) Kammer insofern erfüllte, als ohne ihn der Reichstag kein Gesetz schaffen konnte, weggefallen ist; daß wir praktisch einen hemmungslosen Parlamentsabsolutismus haben, gestützt von einer in ihrer Gruppierung zur Mehrheit immer

unsicheren Parteiwirtschaft — all das zusammen macht die Regierung zum Spielball des Reichstags und verhindert sie, selbst wenn sie es wollte, an einer über den Parteien stehenden Staatsleitung und an der Zurückweisung von Forderungen, die auf eine unsachliche, nach Parteigesichtspunkten orientierte Aemterbesetzung abzielen.

Von einer Abhängigkeit der Exekutivgewalt des Reichsrats durch die Legislative kann schon deshalb keine Rede sein, weil er auch Gesetzgebungsorgan ist, im übrigen kein Anhalt für die etwaige Annahme zu finden wäre, daß der Durchsetzung seiner Rechte als Vertreter der Länder vom Reichstag irgendein Hemmnis bereitet sein sollte.

VI.

Ich gehe dazu über, mich zu dem Komplex der hier aufgeworfenen und beantworteten Fragen für die neuen Landesverfassungen zu stellen. Wie mannigfaltig auch hier die tatsächliche, rechtliche und politische Lage ist, so vereinfacht bis zu einem gewissen Grade die Reichsverfassung die Problematik insofern, als sie im Art. 17 vorschreibt, daß jedes Land eine freistaatliche Verfassung, eine dem Reichstagswahlrecht entsprechende Parlamentswahl und die parlamentarische Regierungsweise haben muß und als die für die Unabhängigkeit und Sicherheit des Parlaments notwendige Abgeordneten-Immunität (Art. 36 bis 38) sich nicht nur auf Mitglieder des Reichstages, sondern auch der Landtage bezieht. Aber es bleibt darüber hinaus noch vieles Besondere.

1. Nach der preußischen Verfassung vom 30. November 1920 wird die gesetzgebende Gewalt ausgeübt vom Volke selbst und zwar entweder unmittelbar (Volksbegehren, Volksentscheid, Volkswahl) oder mittelbar durch den vom Volke gewählten Landtag (Art. 3, 6). Die oberste vollziehende Gewalt wird dem Staatsministerium zugewiesen. Ein Staatspräsident ist nicht vorhanden. Die Trübung einer reinen Gewaltenteilungslehre könnte man in der Mitwirkung des Staatsrats finden, wenn er nicht doch auch ausdrücklich (Art. 31) als Gesetzgebungsorgan bestellt wäre. Nimmt man ihn als einen der Träger der Exekutive, so liegt wieder keine Verletzung des Grundsatzes der

Dreiteilung vor, weil ihm auch in dieser Eigenschaft grundsätzlich kein absolutes Veto bei der Gesetzgebung zusteht, wenn auch in einem Falle, in dem der Ausgabenbewilligung, über den Vorschlag des Staatsministeriums hinaus (Art. 42 Abs. 4) eine bemerkenswerte Ausnahme zu finden ist. Nach Art. 29 beschließt allein der Landtag über die Gesetze; er gibt Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl, gab unter der Monarchie, letzteren der König. Der Staatsrat hat das Recht der Gesetzesinitiative, d. h. er kann Gesetzesvorlagen durch das Staatsministerium an den Landtag bringen; er hat ein Recht, angehört zu werden vor Einbringung von Gesetzesvorlagen durch das Staatsministerium. Ihm steht das Recht zu einem aufschiebenden Einspruch zu gegen die vom Landtag beschlossenen Gesetze. Dieser hat nochmals zu beschließen. Erneuert er seinen früheren Beschluß mit Zweidrittelmehrheit, so bleibt es bei seinem Beschlusse. Wird bei der erneuten Beschlußfassung des Landtags nur eine einfache Mehrheit für den früheren Beschluß erreicht, so ist der Beschluß hinfällig, falls er nicht durch einen vom Landtage herbeigeführten Volksentscheid bestätigt wird (Art. 40, 42). Volk, Landtag und Staatsrat sind danach Gesetzgebungsfaktoren; aber nur die beiden ersten haben (von jener Ausnahme des Art. 42 Abs. 4 abgesehen) allein die Entscheidung. Die Gesetzgebung ist daher, der Lehre der Gewaltenteilung entsprechend, wenn auch ein wenig behindert, dem Volke, unmittelbar und mittelbar zugewiesen. Die Sanktion der Gesetze liegt beim Landtag; sie ist aber anfechtbar durch den Staatsrat, nicht dagegen, wie in der Reichsverfassung, durch den Volksentscheid. Ja dieser hat gerade umgekehrt die Aufgabe erhalten, den erstmaligen Landtagsbeschluß trotz Einspruchs des Staatsrats zu halten, denn er würde, falls die nochmalige Beschlußfassung nur einfache Mehrheit ergibt, ohne Bestätigung durch Volksentscheid hinfällig werden. Die unmittelbare Volksgesetzgebung hat in Preußen einen weiteren Radius als im Reich: sie kann die Verfassung ändern, nicht nur Gesetze erlassen, ändern oder aufheben (Art. 6 Abs. 1 Ziffer 1, 2). Das Volk, Träger der Staatsgewalt (Art. 2), ist auch hier wie im Reich der wahre Gesetzgeber.

Der Landtag in Preußen ist aber noch mehr. Seine Stellung ist derart aufgerichtet, daß die Exekutivgewalt auf das empfindlichste eingeengt, die Gewaltenteilungslehre verletzt ist. Es zeigt sich aber automatisch

die politisch geradezu verhängnisvolle Wirkung dieser Grundsatzwidrigkeit aufs deutlichste.

A. In Art. 7 ist das Staatsministerium als die oberste vollziehende und leitende Behörde des Staates, aber nicht als Inhaber der besonderen Staatsgewalt der Exekutive bezeichnet worden. In Wirklichkeit ist es nur eines der Organe, durch die das souveräne Volk die Verwaltung ausüben läßt. Auch der Staatsrat ist zur Vertretung der Provinzen auch bei der Verwaltung des Staates ausdrücklich bestimmt (Art. 31). Wichtiger aber als die Teilung der Exekutive unter mehrere Träger ist eine geradezu katastrophale Ausdehnung der parlamentarischen Machtvollkommenheit zuungunsten der Verwaltung.

a) Im Reich hat, wenn auch unter erschwerenden Voraussetzungen, der Reichspräsident die Befugnis zur Auflösung des Reichstags. Dagegen ist kein Träger der Exekutive in Preußen zu der gleichen Funktion berechtigt. Der Landtag löst sich selbst auf durch eigenen Beschluß! (Art. 14). Jede Streit und Meinungsverschiedenheit zwischen Volk, Landtag, Regierung ausgleichende, Exekutivstelle fehlt. Die »Balance« ist verloren. Selbstherrlich versammelt sich der Landtag, bestimmt Schluß der Tagung (und kürzere Vertagung), den Tag des Wiedertzusammentritts (Art. 17) und auch seine eigene Auflösung! Das bedeutet praktisch natürlich seine Nichtauflösung. Zwar hat die Verfassung noch zwei weitere Auflösungsmöglichkeiten geschaffen, die eine durch den Volksentscheid (Art. 6 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 14 Abs. 1), die andere durch ein Dreimännerkollegium: durch den Beschluß des Ministerpräsidenten, des Landtagspräsidenten und Staatsratspräsidenten. Jedoch dürfte der eine Fall, durch Volksentscheid, schon wegen seiner Kostspieligkeit und Schwerfälligkeit, nur äußerst selten, wenn überhaupt je, in Frage kommen. Im zweiten Fall aber sind normalerweise der Landtags- und Ministerpräsident Exponenten der Landtagsmehrheit und sie werden in der Regel den Willen des Landtags zur Geltung bringen, also die Exekutive überstimmen. Nicht das Normale, wie *Koellreutter*, Das parlamentarische System in den deutschen Landesverfassungen, 1921 S. 12 zu meinen scheint, wohl aber das Mögliche ist es, daß die Interessen des Ministerpräsidenten und des Landtagspräsidenten auseinandergehen; dann gibt der Staatsratspräsident den Ausschlag. In welcher Richtung, läßt sich aber nicht vermuten. Da der Staatsrat auch Gesetzgebungsorgan ist, kann von einer

befriedigenden Regelung keine Rede sein. Sie würde nur dann gegeben sein, wenn der — freilich erst zu bestimmende, ein wirkliches Gegengewicht zum Parlament darstellende — Träger der Exekutive das Recht zur Auflösung des Landtags hätte und als Mittler und Schiedsrichter der hier mehrfach bezeichneten Art auftreten könnte.

b) Der Preußische Landtag greift in das Gebiet der vollziehenden Gewalt ein durch das ihm verfassungsmäßig (Art. 29 Abs. 1) gewährte Recht zur Aufstellung von Grundsätzen für die Verwaltung der Staatsangelegenheiten und durch Ueberwachung ihrer Ausführung. Der Landtag beschränkt sich also nicht auf die Kontrolle, er gibt vielmehr der Regierungstätigkeit den Anstoß, ja er gestaltet, er leitet sie. Diese Befugnis steht auch mit dem parlamentarischen System in Widerspruch, da dieses voraussetzt, daß die Regierung die Richtlinien ihrer Politik selbst bestimmt und sich zurückzieht, wenn sie hierfür nicht mehr das Vertrauen der Volksvertretung besitzt. Gibt der Landtag der Regierung seine Befehle, so sinkt das Ministerium zu einem einfachen Werkzeug herab ¹⁾).

c) Dazu kommt, wie im Reich, die die gewaltenverbindende Demokratie kennzeichnende Abhängigkeit der Exekutive von der parlamentarischen Mehrheit. Indem durch diese entweder das Vertrauen des Volkes bekundet, vom Landtag dem Staatsministerium oder einem Staatsminister durch ausdrücklichen Beschluß das Vertrauen entzogen wird, und die Verantwortlichkeit der Minister festgelegt ist (Art. 57, 46), wird klar, daß sich all dies im wesentlichen auf die Verwaltung bezieht, diese also im Sinne und vielfach nach den ausgesprochenen Wünschen des Landtags zu erfolgen hat. Die Exekutivgewalt steht daher zwar beim Staatsministerium, aber dieses muß nach den politisch bestimmten Willensrichtungen des Landtags verfahren. Die Abhängigkeit vom Landtag und seinen herrschenden Parteien geht ins Grenzenlose.

B. Der schroffe Parlementsabsolutismus ist in Preußen jedoch auch dadurch zur politischen Wirklichkeit, mit allen üblen Folgen der Parteiregierung und Parteiwirtschaft im Aemterwesen geworden, als die verfassungsmäßigen Rechte des Staatsrats, der eine, wenn auch schwache Gegenwehr der alles überflutenden Landtagsdiktatur entgegenzusetzen bestimmt

¹⁾ Vgl. *Redslob*, La constitution prussienne, Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger 1921 S. 14.

war, mißachtet wurden. Es sind dem Staatsrat, entgegen der Verfassungsvorschrift, manche Gesetzentwürfe nicht zur Begutachtung vorgelegt worden, die dann aber vom Landtag beschlossen und vom Staatsministerium in der Gesetzsammlung verkündet worden sind; es ist dem Staatsrat der Entwurf des Haushaltsgesetzes 1920 nicht einmal vollständig vorgelegt worden, obwohl der Staatsrat nach Art. 42 Abs. 4, wie gezeigt, unter Umständen auf diesem Gebiete zu einem absoluten Veto zuständig ist; man hat dem Staatsrat die Anhörung auch bei Erlaß von Ausführungsbestimmungen versagt, obwohl sie ihm nach Art. 40 Abs. 4 gebührt usw.¹⁾ Die preußische Notverfassung hatte einem unbeschränkten Parlamentsabsolutismus Vorschub geleistet. Es wurden von der Landesversammlung Mehrausgaben ohne Vorsorge für gleichzeitige Deckung beschlossen. Damit forderte man die Gegenwirkung, das Verlangen nach »retardierenden Momenten« geradezu heraus. Dem Parlamentsabsolutismus sollte nach dem Entwurf der Verfassung ein sog. Finanzrat begegnen, an dessen Stelle man dann den Staatsrat angenommen hat, unter ausdrück-

1) Ich darf hier wohl verweisen auf mein »Gutachten über gewisse verfassungsmäßige Rechte des Preußischen Staatsrats und die Folgen ihrer Nichtbeachtung« in Nr. 8 der Drucksachen des Preußischen Staatsrats 1922 S. 1—30 und in erweiterten Formen mit wissenschaftlichen Nachweisen abgedruckt im Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 42 (1922) Heft 2, S. 129—192. Im obigen Text sind nur einzelne staatspolitische Gesichtspunkte herausgehoben. Mein Gutachten versuchte der Minister des Innern, Severing, in einem Schreiben an den Staatsrat vergeblich zu widerlegen, nachdem durch offiziöse Telegramme in der ganzen Tagespresse meine Ausführungen falsch wiedergegeben und mit beleidigenden Bemerkungen glossiert wurden. Die unsachliche und unwürdige Polemik dieses auch hierbei als sozialdemokratischer Parteimann auftretenden Ministers gibt einen weiteren Beleg zu meiner Darlegung von der Abhängigkeit des preußischen Ministeriums vom Landtage. Der Staatsrat hat über die entgegengesetzten Auffassungen zwei Berichte seiner Mitglieder veranlaßt. Der eine ist erstattet worden von dem, ebenso wie Severing, jeder Fähigkeit zur Erfassung und Beurteilung staatsrechtlicher Fragen entbehrenden Sozialdemokraten Mehlich, dem gleich jenem Minister jede wissenschaftliche Vorbildung fehlt und deren ebenso gehässige wie haltlose Annahmen und »Kritiken« ins Raritätenkabinett eines Karikatur-Parlamentarismus gehörten. Der andere Berichterstatter, Prof. Dr. Freiherr v. Freytag-Loringhoven, trat in allen wesentlichen Punkten meinem Gutachten bei. Am 27. April 1922 beschloß der Staatsrat die Anrufung des Reichsstaatsgerichtshofs, der darüber entscheiden soll, ob denn in meinem Gutachten niedergelegten Forschungsergebnisse oder die auf Landtagsdiktatur herauskommende Handhabung wichtigster Bestimmung der preußischen Verfassung rechtens ist.

licher Ablehnung einer ersten oder zweiten Kammer, aber als Gegengewicht zu einem absoluten Parlament. Wie ein roter Faden zieht sich dieser Gedanke durch alle Verfassungsverhandlungen. Immer wieder kommen Wendungen vor, wie die, es müßten im Staatsrat Personen in Tätigkeit treten, die außerhalb des Parteikampfs ständen (besonders auch im Dreimännerkollegium, das über die Landtagsauflösung beschließt), es dürfe nicht ein »beispielloser« Parlamentsabsolutismus befestigt werden, der Hauptzweck des Staatsrats sei, einer einseitigen Landtagspolitik hemmend entgegenzuwirken. Behindert man aber die Auswirkung der Staatsratsfunktionen, so fällt auch dieser schüchterne Ansatz einer Hemmung der Legislative dahin und während sich diese auf Grund der Verfassung die einschneidendsten Eingriffe in die Exekutivgewalt — Aufstellung der Grundsätze für die Staatsverwaltung, Beeinflussung des Staatsministerium in einer Weise, daß dieses nur »Werkzeug« bleibt — gestatten darf, fehlt es der Exekutivgewalt an jeder parlamentarischen dies Einkammerparlament in Schach haltenden Einrichtung. Es ist tragikomisch, daß das Staatsministerium — in seiner Abhängigkeit vom Landtag und aus parteipolitischen Gründen — diesen »Parlamentsersatz«, den Staatsrat, statt ihn als Hilfe gegen die Landtagsdiktatur heranzuziehen oder wenigstens ungehindert sich entfalten zu lassen, ernsthaft in seiner verfassungsrechtlichen Position erschüttern will.

Wieder zeigt sich demnach ein Krebschaden der Gegenwart in der Verletzung der Gewaltenlehre! Die Legislative beherrscht die Exekutive in einem die freie Funktion der letzteren geradezu unmöglich machenden Maße und leistet der parlamentarischen Tyrannei Vorschub, die weite Kreise als Fehler der Republik als solcher zu Unrecht betrachten. Was Gesetzgebung und die von ihm abhängige Verwaltung anordnen, muß der Richter anwenden. Denn es ist formell »Gesetz und Recht«. Der Kreis ist geschlossen.

C. Der reichsverfassungsmäßigen Regelung entspricht sachlich die preußische, soweit es sich um jene bereits (oben III, 2) erörterten Fälle handelt, in denen Verwaltung durch die Legislative geübt wird: beim Haushaltsgesetz, Anleihebeschaffung, Sicherheitsleistung zu Lasten des Staates, Amnestie (Art. 63, 65, 54 Abs. 3). Es trifft hier alles, was dort über die Wahrung der Gewaltenlehre gesagt ist, um so mehr zu, als die preußische

Verfassung im Art. 64 eine interessante Neuerung gebracht hat, die der Exekutive selbst auf dem Gebiete der Ausgabenleistung wertvolle Zugeständnisse gemacht, also die Einwirkung der Legislative auf diesem Verwaltungsgebiet abgeschwächt hat. Es ist nämlich das Staatsministerium, wenn bis zum Schlusse eines Rechnungsjahres der Haushaltsplan für das folgende Jahr nicht durch Gesetz festgestellt ist, bis zu seinem Inkrafttreten ermächtigt, alle Ausgaben zu leisten, die nötig sind, um gesetzlich bestehende Einrichtungen zu erhalten und gesetzlich beschlossene Maßnahmen durchzuführen, um die rechtlich begründeten Verpflichtungen des Staates zu erfüllen, um Bauten, Beschaffungen und sonstige Leistungen fortzusetzen, für die durch den Haushaltsplan eines Vorjahres bereits Beiträge bewilligt worden sind usw.; Schatzanweisungen bis zu einer bestimmten Höhe auszugeben. Auch in Preußen wie beim Reich ist eine verfassungsmäßige Garantie vorhanden, daß der »Einbruch in den Kreis der Exekutive«, so weit es sich um die erörterten Fragen des Etats usw. handelt, an den Schwierigkeiten der Verfassungsänderung ein Hemmnis findet.

D. Ebenso wie die Reichsverfassung (oben III, 3), kennt auch die preußische den Unterschied von formellem und materiellem Gesetz. Nach dem über die gesetzliche Feststellung des Haushaltsplans handelnden Art. 63 darf jener keine Vorschriften enthalten, die sich nicht auf die Einnahmen und Ausgaben des Staates oder ihre Verwaltung beziehen, die also etwas anderes wären als Veranschlagungen, Schätzungen über künftige Einnahmen und Ausgaben, die eine Abänderung bestehender Gesetze oder gesetzlicher Einrichtungen in sich schlossen. Also gehören Rechtsnormen, die den Inhalt des materiellen Gesetzes bilden, nicht in das Haushaltsgesetz, das also nur formelles Gesetz sein kann. Ein Verwaltungsakt ist auch die in formelles Gesetz gekleidete Regelung des Finanzwesens der ertragswirtschaftlichen Unternehmungen des Staates in Gemäßheit des Artikels 69.

Die Hauptbedeutung der Lehre vom materiellen Gesetz liegt darin, daß ein solches nur die gesetzgebenden Faktoren schaffen konnten und sog. selbständige Verordnungen des Königs über Rechtsnormen unzulässig waren. Nach der jetzt geltenden preußischen Verfassung Art. 82 Abs. 1 sind die Befugnisse, die nach den früheren Gesetzen, Verordnungen und Verträgen dem Könige zustanden, auf das Staatsministerium übergegangen. Wer also das angeblich selbständige königliche Verordnungsrecht

leugnet, versagt dem Staatsministerium die entsprechende Zuständigkeit und wahrt der Legislative das ihr ausschließlich zustehende Recht zur Schaffung von Rechtsregeln, und trägt zur reinen Durchführung der Gewaltenteilungslehre hierdurch das seinige bei. Die entgegengesetzte, vereinzelt aber hartnäckig (von *Zorn* und *Arndt*) vertretene Lehre wollte den König nicht an die Zustimmung der Kammern beim Erlaß von Rechtsnormen durch einen allgemeinen Rechtssatz gebunden wissen, sondern behauptete, der Gesetzesweg müsse nur dann eingeschlagen werden, wenn die Verfassungsurkunde dies ausdrücklich bestimme. Soweit aber nach diesem Aufzählungsgrundsatz ein Gesetz nicht ausdrücklich gefordert werde, könne der König auch ohne eine besondere gesetzliche Delegation auf dem Wege der Verordnung Recht schaffen. Diese Lehre ist schon durch den Hinweis auf die Privatrechtsgesetzgebung zu Fall gebracht; wäre sie richtig, so würde der König durch Verordnung auch bürgerliche Rechtssätze haben schaffen können, was noch niemand behauptet hat. Gegen diese Stellungnahme (die ich schon in meinem preußischen Staatsrecht Bd. I S. 108 ff. 1906 geltend machte und jüngst in meinem preußischen Verfassungsrecht 1922 S. 67 f., 80 f. wieder begründete) macht *Arndt* soeben (Reichsverfassung, 2. Aufl. 1921 S. 177 ff., preußische Verfassung, 1921 S. 58) geltend, daß das bürgerliche Recht gerade nach seiner Enumerationstheorie durch Gesetz erlassen werden müsse, da nach Art. 102 Reichsverf., Art. 8 preuß. Verfassung die Gerichte nur der Autorität des Gesetzes unterworfen sind, weshalb seit der Verfassung der Satz festgestanden habe: Wo man den Richter braucht, braucht man auch ein Gesetz. Der Irrtum *Arndts* ist handgreiflich: In dem Satze, daß die Rechtspflege durch unabhängige nur den Gesetzen unterworfenen Gerichte ausgeübt wird, ist das Wort »Gesetz« im Sinne von jeder Rechtsnorm gebraucht. Muß doch der Richter auch die rechtmäßige Verordnung, das zweifellose Gewohnheitsrecht anwenden, d. h. er ist an sie gebunden. Die Lehre *Arndts*, die Art. 102 bzw. 8 als Fälle der Enumeration hält, ist unhaltbar; sie widerlegt nicht das obige aus der Schaffungsform des bürgerlichen Rechts entnommene Beweismoment; sie gibt der Verordnung, d. h. der Exekutive, was nur des Gesetzes, d. h. der Legislative ist, vermengt die »Gewalten«, deren Trennung hier von einleuchtender Bedeutung ist. Könnte die Exekutive Rechtsnormen erlassen, so würde die Kraft

der Legislative ausgehöhlt sein. Die politische Wirkung liegt auf der Hand.

E. Die gewaltenverbindende Demokratie Preußens zeitigt jene bei der Betrachtung der Verfassungszustände im Reich (oben III, 4) dargelegten Mißstände in noch erhöhtem Grade, weil hier sowohl der Staatspräsident fehlt, als auch dem Staatsrat eine viel geringere Mitwirkung als dem Reichsrat gewährt worden ist. Soweit der Staatsrat Gesetzgebungsfaktor ist (Art. 31), findet seine Beteiligung vor und nach Beschlußfassung des Landtages statt. Vor Einbringung der Gesetzesvorlagen hat das Staatsministerium dem Staatsrate Gelegenheit zur gutachtlichen Aeußerung zu geben. Der Staatsrat kann seine abweichende Ansicht dem Landtage schriftlich darlegen. Er ist auch berechtigt, Gesetzesvorlagen durch das Staatsministerium an den Landtag zu bringen (Art. 40 Abs. 2 und 3). Nach Beschlußfassung des Landtags steht dem Staatsrat der Einspruch zu, der nur aufschiebende Kraft hat (Art. 42 Abs. 1—3), abgesehen von dem bereits erwähnten einzigen Fall eines absoluten Vetos bei gewissen Landtagsausgaben (Abs. 4 daselbst). Somit ist klar, daß ihm eine die Parlamentsdiktatur des Landtags wesentlich hemmende Funktion praktisch nicht möglich ist und daß der Staatsrat, soweit er Faktor der Exekutive ist, nicht die Schiedsrichterrolle zwischen Landtag, Regierung und Volk spielen kann, die nach der Gewaltenteilungslehre notwendig wäre. Erinnern wir uns des Selbstauflösungsrechts des Landtags, so tritt dessen hemmungslose Funktion nochmals deutlich hervor; sie ist in ihrer Einseitigkeit nicht zu überbieten, wenn man hinzunimmt die Abhängigkeit der Exekutive durch das Recht des Parlaments, Grundsätze für die Verwaltung der Staatsangelegenheiten aufzustellen. Sie wird monströs durch Art. 45, wonach der Landtag selbst ohne Aussprache den Ministerpräsidenten wählt, der danach nur der politische Vollstrecker seines Willens sein kann. Diese Verletzung der Lehre *Montesquieus* hat aber nun, worauf es hier ankommt, die schädlichsten Folgen in jenem vielgetadelten Parlamentsabsolutismus und jener Parteiwirtschaft und Aemterbesetzung gezeitigt. Deshalb und nicht etwa der architektonischen Schönheit einer Theorie zuliebe, ist die Bedeutung der Gewaltenteilungslehre immer wieder hervorzuheben. Die Beeinflussung der Legislative durch die Verwaltung ist nur im Falle des Erlasses von Notverordnungen durch das Staatsministerium (Art. 55) von einiger Bedeutung, die aber

auch gleich dadurch abgeschwächt wird, daß der ständige Ausschuß des Landtags von vornherein zustimmen muß, und daß ferner die Notverordnung dem Landtage bei seinem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung vorgelegt und im Falle der Versagung der letzteren alsbald außer Kraft gesetzt werden muß. Hierdurch und infolge der aufgezeigten Abhängigkeit des Staatsministeriums vom Landtag ist der Erlaß nur der ihm präsumtiv genehmen Notverordnungen zu erwarten. Schließlich wird man das Recht des Staatsrats, vor Erlaß von Ausführungsvorschriften zu Reichs- und Staatsgesetzen, sowie von allgemeinen organisatorischen Anordnungen gehört zu werden, entweder als eine Mitwirkung eines Gesetzgebungs- oder eines Exekutivorgans — der Staatsrat ist beides — ansehen (Art. 40 Abs. 4). In jenem Falle bedeutet sie die weitere Beschränkung einer durch die Legislative ohnedies schon beengten Funktion der Verwaltung; im letzteren Falle das Zusammenwirken von zwei Exekutivorganen, dem jede prinzipielle Bedeutung fehlt. Unter allen Umständen ist dieses Recht des Staatsrats nicht von der Art, daß es auf die politische Wirkung der Gewaltenteilung nennenswerten Einfluß hätte.

So fehlt es in Preußen an einem Staatsorgan, das der Legislative auf dem Boden der Gesetzgebung irgendwie fühlbare Gegengewichte schaffte; das die Bestellung des Staatsministeriums außerhalb des Landtags bewirkte; das die Kollisionen zwischen der Legislative und den übrigen Staatsorganen löste — die Volksabstimmung ist auch hier als zu umständlich und teuer kein ernsthaft brauchbares Instrument —; das dem verfassungsmäßig geheiligten Einbruch der Legislative in die Exekutive wenigstens hinsichtlich der politischen Wirkungen steuern könnte. So steht uns eine Verfassungsgestaltung gegenüber, die ihre an der richtigen Gewaltenteilung gemessene Fehlerhaftigkeit durch die in ihrem Gefolge unausbleiblichen heillosen Zustände im Staatsleben verrät.

Dieser Sachlage gegenüber bringt die kurze Nachprüfung der Garantie für die Unabhängigkeit der Legislative und Exekutive (für das Reich oben zu V) keine neuen Gesichtspunkte, nur eine Bestätigung der gewonnenen. Der Landtag hat natürlich das Selbstversammlungsrecht. Er tritt zur ersten Tagung nach jeder Neuwahl am 30. Tage nach Beginn der Wahlperiode zusammen; das Staatsministerium kann ihn auch schon früher berufen. Im übrigen versammelt er sich am zweiten Dienstag des November in jedem Jahre; der Präsident des Landtags muß ihn früher be-

rufen, wenn es das Staatsministerium oder mindestens ein Fünftel der Mitglieder des Landtags verlangt. Der Landtag bestimmt den Schluß der Tagung und den Tag des Wiedertzusammentritts (Art. 17). Von seiner Selbstauflösung und seinem Recht zur Wahl des Ministerpräsidenten als Beweisen seiner Selbstherrlichkeit war bereits in anderem Zusammenhange die Rede. Im Gegensatz zu ihm hat der Staatsrat kein volles Selbstversammlungsrecht, zum erstenmal wurde er durch das Staatsministerium einberufen. Der Schutz der Landtags- und Reichsratsmitglieder, im Grunde die Sicherung ihrer Unabhängigkeit, entspricht der Immunität der Reichstagsabgeordneten. Doch war zu zeigen, daß es trotzdem möglich ist, die verfassungsmäßige Auswirkung des Staatsrats zu hindern, indem man ihm keine Gelegenheit zur gutachtlichen Anhörung gibt und sein Recht, gewisse Ausgabenposten endgültig zu beanstanden, illusorisch macht. Die Sicherung des Hauptträgers der Exekutive, des Staatsministeriums, ist zwar formell gegeben, aber es ist der Legislative durch die straffe Gewaltverbindung fast machtlos ausgeliefert. Es bedarf deshalb keiner nochmaligen Untersuchung über die Wahl des Ministerpräsidenten durch den Landtag (Art. 45), über Ministerverantwortlichkeit, Vertrauensentziehung und Anklage (Art. 57, 58).

VII.

Viel kürzer können die übrigen deutschen Verfassungen auf die hier herausgestellten Fragen hin erörtert werden. Die Problematik ist überall dieselbe, sie gleicht der im Reich und in Preußen und weicht nur in Schattierungen ab. Die bayrische Verfassungsurkunde vom 14. August 1919 kennt keinen vom Volk unmittelbar gewählten, ja überhaupt keinen Staatspräsidenten. Das Gesamtministerium wird durch den Landtag bestellt (Art. 58), er wählt, wie in Preußen, den Ministerpräsidenten, der eine Vorschlagsliste für die übrigen Ministerien unterbreitet und diese im Einverständnisse mit dem Landtage besetzt. Tatsächlich übt der Landtag in Bayern die Herrschaft über den Staat aus, der nur nominell von der Gesamtheit des Volks beherrscht wird. Ein Gegengewicht bildet gegen diese Diktatur weder der Ministerpräsident, noch das Gesamtministerium; Volksbegehren und Volksentscheid sind »derart verklausuliert«, daß sie tatsächlich zur leeren Form werden. Das sind auch die Gedanken einer

jüngst erschienenen Schrift¹⁾, die zu dem Ergebnis kommt, es müsse in der Person eines Staatspräsidenten ein Gegengewicht zum Landtag geschaffen werden, der unmittelbar vom Volk gewählt wird und dem unter einer Reihe wichtiger Rechte auch die Befugnis zur Auflösung des Landtags zustehen müßte. Die parlamentarische Macht kommt auch darin zum Ausdruck, daß den Ministern Staatssekretäre als ständige politische Stellvertreter beigegeben werden können (§ 58 Abs. 2). Der Landtag hat Selbstversammlungsrecht, auch zu einer außerordentlichen Tagung, wenn seine Einberufung vom Vorstand oder Gesamtministerium beschlossen oder von 50 Mitgliedern oder einem Fünftel der stimmberechtigten Staatsbürger beantragt wird. Der Landtag kann jederzeit seine Selbstauflösung beschließen! Ein Recht des Gesamtministeriums zur Anrufung der Volksentscheidung über die Auflösung des Landtags wurde abgelehnt; eine Auflösung durch Volksentscheid auf Volksantrag, der aber kaum praktischen Wert hat, ist möglich (§§ 30 Abs. 4, § 31). Der Landtag hat das Recht der Gesetzgebung; die an sich schon selten durchführbaren Einrichtungen des Volksbegehrens und Volksentscheids (§ 10) werden noch dadurch beengt, daß der Landtag über die Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit der ersteren entscheidet und daß von der Volksentscheidung eine beträchtliche Gruppe von Angelegenheiten ausgenommen ist; darunter befinden sich »die vom Landtag als dringend bezeichneten Gesetze« (§§ 76, 77). Gegenüber diesem Uebergewicht des Landtags hat allerdings das Gesamtministerium einen rechtlich umhegten weiten Zuständigkeitsbereich: Leitung der gesamten Staatsverwaltung, Vollzug aller Gesetze, Reichsverordnungen und Beschlüsse des Landtags; Vertretung Bayerns gegenüber dem Reiche, den Ländern und den auswärtigen Mächten im Rahmen der Reichsverfassung. Alle Geschäfte der Staatsverwaltung sind nach Maßgabe der Gesetze vom Gesamtministerium unter die Ministerien zu verteilen (§§ 57 Abs. 1, § 58 Abs. 3 Satz 2, § 61). Es ist nur eben die Frage, wie weit die Exekutive durch die überragende und fast schrankenlose Landtagsherrschaft auch in ihren Einzelakten bestimmt, ja bedingt ist.

Die Legislative wird durch die Exekutive in Bayern weder durch das Recht des Ministeriums, Vorlagen auszuarbeiten und

1) *Friedrich Schöffler* (Regierungsrat und M. d. L.), Ein Bayerischer Staatspräsident? Kritische Betrachtungen und Vorschläge zur bayerischen Verfassung vom 14. August 1919, München 1922.

an den Landtag zu bringen, auch nicht durch den Erlaß von Rechts- und Notverordnungen im Rahmen der Gesetze, wohl aber durch das Recht, die Volksentscheidung über die vom Landtag beschlossenen Gesetze anzurufen, berührt. Eigenartig ist die Regelung bei Abschluß von Staatsverträgen, die grundsätzlich der ausführenden Gewalt zustehen. Es wird in Bayern auch der Abschluß dem Gesamtministerium zugewiesen, aber der Landtag genehmigt sie und sie sind, wenn sie Rechtsätze enthalten, hinsichtlich ihres Rechtsinhalts als Gesetze zu beschließen, so daß hier wieder der Landtag entscheidet (§§ 61 Ziff. 3, 50, 74 Abs. 1, 44). Selbst die Ausfertigung und Verkündigung bleiben nicht allein Sache der Exekutive, sondern sie erfolgen durch den Landtagspräsidenten zusammen mit dem Gesamtministerium (§ 62 Abs. 1). Auch im Verordnungsrecht ist letzteres beschränkt, soweit es sich um Einrichtung oder Veränderung von Behörden und Stellen handelt; es bedarf der Genehmigung des Landtags. Nur in dringenden Fällen kann das Gesamtministerium solche Verordnungen unter Vorbehalt der nachträglichen Bestätigung des Landtags erlassen (§ 46). Die Kontrolle der Exekutive ist verschärft: durch beauftragte Mitglieder kann der Landtag nach vorausgegangener Verständigung des Ministeriums von den Einrichtungen und Unternehmungen der Staatsverwaltung, insbesondere der Staatsschuldenverwaltung Einsicht nehmen (§ 52). Von den jetzt normalen Abhängigkeitsverhältnissen durch Geltendmachung der Ministerverantwortlichkeit einschließlich der Ministeranklage und von den aus dem Etatrecht fließenden Rechts- und Machtbefugnissen des Landtags soll weder hier noch bei den übrigen Ländern besonders die Rede sein. Sie ergeben sich, unbeschadet mancher interessanter Spezialregelungen, aus der konstitutionellen Entwicklung überhaupt und aus den zwingenden Bestimmungen der Reichsverfassung.

Nach der württembergischen Verfassung v. 20. Mai 1919 liegt die Gesetzgebung beim Landtage (§§ 24, 64, 65). Das Volk ist an ihr nur in zwei Fällen beteiligt. Einmal sind, wenn der Landtag die Dringlichkeit eines Gesetzes nicht beschlossen hat, und das wird die Regel sein, von ihm angenommene Gesetze oder Teile von solchen binnen zwei Monaten zur Volksabstimmung zu bringen, wenn das Staatsministerium es beschließt oder $\frac{1}{10}$ der bei der letzten Landtagswahl Stimmberechtigten es begehrt. Sodann hat eine Volksabstimmung stattzufinden, wenn

$\frac{1}{10}$ der Stimmberechtigten das Begehren beim Staatsministerium einbringt, einen Gesetzesvorschlag dem Volke zur Abstimmung vorzulegen. Der Landtag hat das Recht, solche Gesetzesvorschläge dem Volke zur Annahme oder Ablehnung zu empfehlen. Jedenfalls bleibt die gesetzgebende Gewalt beim Volke. Die formelle Mitwirkung der Exekutivgewalt ist äußerst gering. Sie beschränkt sich auf ein Vorschlagsrecht (§§ 25, 51), auf die Ausfertigung und Verkündung (§ 63), auf Erlaß von Notverordnungen (§ 67) und auf das Verlangen, Beschlüsse des Landtages, Ausgaben des Voranschlags zu erhöhen oder neu einzustellen, einer wiederholten Beratung zu unterziehen; dies darf ohne Zustimmung des Staatsministeriums nicht vor Ablauf von 14 Tagen stattfinden (§ 70). Dagegen ist umgekehrt die Exekutivgewalt auf das äußerste durch die gesetzgebende Gewalt beschränkt. Der Landtag ist souverän. Er hat das Selbstversammlungsrecht (§ 33), das durch ein Einberufungsrecht des Staatsministeriums nicht abgeschwächt wird; er bestimmt selbst den Schluß der Sitzungsperiode und den Tag des Wiederzusammentritts. Aufgelöst kann der Landtag nicht vom Staatsministerium werden, dies kann nur geschehen durch Volksabstimmung, wenn die Regierung es beschließt oder wenn $\frac{1}{5}$ der Stimmberechtigten das Volksbegehren stellt.

Der Landtag ist berufen, die »Staatsleitung« zu bestellen und diese dem Staatsministerium zu übertragen (§§ 24, 47 Abs. 1). An seiner Spitze steht ein Ministerpräsident, der die Amtsbezeichnung »Staatspräsident« führt. Dieser wird durch den Landtag gewählt, beruft die übrigen Minister und bestellt unter ihnen seinen Vertreter. Nach jeder Neuwahl des Landtages findet auch eine Neuwahl des Staatspräsidenten und eine Neubildung des Staatsministeriums statt (§ 48). Der Landtag ist berechtigt, das Staatsministerium abzu berufen oder die Entlassung einzelner Minister zu verlangen (§ 49). Der Landtag hat ferner die Ausführung der Gesetze zu überwachen (§ 24), die Beseitigung von Mißbräuchen in der Verwaltung vom Staatsministerium zu fordern; dieses hat ihm auf Verlangen über seine Geschäftsführung Auskunft zu erteilen und die Akten vorzulegen (§ 26 Abs. 1). Durch alle diese Bestimmungen ist die Exekutivgewalt vollständig abhängig von der Legislative. Abgesehen von den geringen soeben bereits festgestellten Befugnissen der Regierung steht dem Staatspräsidenten nur noch das Recht der Einzelbegnadigung und der

Beamtenernennung zu. Allmacht des Landtages, Ohnmacht der aus verschiedenen Parteien hervorgehenden »Staatsleitung«, rücksichtslose Mehrheitsherrschaft! Der Staatspräsident ist nichts weniger als ein Organ, das das Gleichgewicht der Kräfte herstellen und als vermittelnder Faktor zwischen Volk, Volksvertretung und Regierung dienen könnte. Wahrlich: »Streitigkeiten zwischen Regierung und Landtag darüber, ob zu einer Anordnung ein Gesetz notwendig ist, sind kaum mehr denkbar, da der Landtag eine Regierung, die sich seinem Willen nicht fügt, sofort abberufen kann« (*Bazille*, Verfassungsurkunde des freien Volksstaates Württemberg, 1919 S. 20).

Das Ergebnis ist auch bei der Verfassung des Freistaates Sachsen v. 1. November 1920 nicht anders. Einzelheiten sind natürlich etwas verschieden. Das Selbstversammlungsrecht des Landtags ist umständlich geregelt. Zunächst hat ihn der Landtagspräsident zu berufen, er muß es tun, wenn mindestens $\frac{1}{3}$ der gesetzlichen Zahl der Abgeordneten es bei ihm beantragt. Auch das Gesamtministerium kann einberufen; ist das nach einer Neuwahl nicht bis zum 30. Tage nach dem Wahltage geschehen, so tritt der Landtag von selbst zusammen. Im Laufe der Wahlperiode hat der Landtag sich alljährlich selbst zu versammeln. Er kann sich auch selbst auflösen, wenn auch grundsätzlich nur bei Anwesenheit von $\frac{2}{3}$ der gesetzlichen Zahl der Abgeordneten. Wenig praktische Bedeutung wird auch hier die Vorschrift haben, daß der Landtag auf Volksbegehren oder auf Antrag des Gesamtministeriums durch Volksentscheid aufgelöst werden kann (§§ 8, 9, 36). Auch hier überragt die Stellung des Landtages weitaus die des Gesamtministeriums, das er in Abhängigkeit hält. Der Ministerpräsident wird vom Landtag gewählt und wenn jener auch die übrigen Minister ernennt und entläßt, so geschieht es nur in Uebereinstimmung mit der Landtagsmehrheit. Bei der Gesetzgebung, die dem Landtage und dem Volke zusteht (§§ 34, 36 Abs. 2 und 3) hat das Gesamtministerium keine entscheidende Mitwirkung, aber einige kennzeichnende Mitberatungs- und Hemmungsfunktionen. Nicht nur kann das Gesamtministerium beim Landtage einen Gesetzentwurf einbringen, ein solcher kann ihm auch vom Landtage überwiesen werden, daß er ihn prüfe und unverändert oder abgeändert dem Landtage zur endgültigen Beschlußfassung wieder vorlege (§ 34). Es kann das Gesamtministerium auch gegen-

über einem vom Landtag beschlossenen Gesetze Bedenken haben und es unter Angabe der Gründe dem Landtage binnen 14 Tagen vor der Ausfertigung und Verkündung zurückgeben, damit er noch einmal beschließe. Beharrt der Landtag bei dem Gesetz, so kann das Gesamtministerium innerhalb Monatsfrist den Volksentscheid über das Gesetz herbeiführen (§§ 35, 39 Abs. 2). Es muß dies tun, wenn $\frac{1}{10}$ der Stimmberechtigten ein Gesetz oder die Auflösung des Landtags begehrt. Auf dem Gebiete des Finanzwesens hat das Ministerium sogar gegenüber dem Etatrecht des Landtags gewisse Hemmungsmöglichkeiten. Beschlüsse des Landtages, durch die die Ausgaben des Haushaltsplanes erhöht oder Neuausgaben eingestellt werden, sind auf Antrag des Gesamtministeriums zu wiederholen. Der erneute Beschluß darf ohne Zustimmung des Gesamtministeriums nicht vor Ablauf von 14 Tagen gefaßt werden. Auch sonst ist eine gewisse, an die preußische Verfassung erinnernde Freiheit der Regierung gegeben: Erfordern unvorhergesehene dringende Umstände schleunige finanzielle Maßnahmen, zu denen die Zustimmung des Landtages nicht rechtzeitig eingeholt werden kann, so kann das Gesamtministerium die zur Deckung des Bedarfs unumgänglichen Maßnahmen anordnen und nötigenfalls auch ein kurzfristiges Darlehen aufnehmen (§§ 43, 46), aber auch hier ist natürlich die Abhängigkeit vom Landtag gegeben; die getroffenen Maßnahmen sind dem Landtage sobald als möglich, spätestens beim nächsten Zusammentreten zur verfassungsmäßigen Genehmigung vorzulegen; auch ist ihm die Verwendung der aufgenommenen Summen nachzuweisen. Eine allgemeine, die Stellung des Staatsministeriums festlegende Grundformel ergibt keine materiellen Rechte: »Die Regierung wird vom Gesamtministerium, der obersten Staatsbehörde, geführt« (Art. 25 Abs. 1 Satz 1); nur einzeln aufgezählte Befugnisse werden zugewiesen. Die Exekutive ist auch hier zum bloß ausführenden Organ der Legislative geworden. Auch in diesem Lande fehlt es tatsächlich vollkommen an dem Gegengewicht zum Parlamentsabsolutismus und zur Parteiherrschaft. Wenn *Woelker*, selbst als Ministerialrat in der Staatskanzlei den Dingen nahestehend, in seinem guten Erläuterungswerke: Verfassung des Freistaats Sachsen 1921, S. 7 f. behutsam sein Urteil fällt, so wissen die Auguren, was das bedeutet: »Das Werk, das entstanden ist, ist ein Gesetz hoher Verantwortlichkeiten. Es ist aufgebaut auf Vertrauen. Es vertraut darauf, daß das sächsische

Volk die politische Reife und das Staatsbewußtsein zeigen wird, die die von ihm zur unmittelbaren Ausübung übertragenen Rechte erfordern. Es gibt dem Landtage ein außerordentliches Maß von Verantwortung für die Geschicke des Landes . . . Bei dem Uebergewicht, das die Verfassung dem Landtag über die Regierung gibt, erwartet sie von ihm eine freie und große Auffassung von den Aufgaben der Regierung, die sich fernhält von kleinlicher, engherziger Bevormundung, die die Minister nicht, wie man in Frankreich sagt, zum *commis du parlement* stempelt, sondern ihnen Raum läßt, sich als frei und freudig schaffende *Persönlichkeiten* auszuwirken. Die Verfassung stellt aber auch höchste Anforderungen an die Mitglieder der Regierung selbst, nämlich in der Richtung, daß sie ihre eigene Verantwortung nicht leichthin durch die des Parlaments gedeckt sehen, sondern sich bewußt sind, daß auch die Regierung ihre Rechte und Aufgaben unmittelbar durch die Verfassung erhalten und daher die verfassungsmäßige Pflicht hat, ihre ungeschmälerete Erfüllung unter eigener Verantwortung zu wahren.« Mir will scheinen, als ob hier mehr ein, freilich durchaus zu billiges Ideal, als die Kennzeichnung der wirklich vorhandenen verfassungsrechtlichen Mächteverteilung gegeben und dabei die Geringfügigkeit der ministeriellen Befugnisse gegenüber der überragenden Zuständigkeit des Landtages etwas zu wenig beachtet wäre und, sicher in bester Absicht, die Schwierigkeiten unterschätzt worden sind, die selbst bedeutenden Persönlichkeiten durch die verfassungsrechtliche Struktur der Parlamentshegemonie erwachsen müssen.

Auch nach der *b a d i s c h e n* Verfassung v. 21. März 1919 hat der Landtag das Recht zur Selbstversammlung, zur Vertagung und Bestimmung des Wiedertzusammentritts, wenn auch mit allerhand Besonderheiten (§§ 39, 45), wogegen das Auflösungsrecht formell zwar beim Staatsministerium steht, aber praktisch keine Bedeutung hat, weil vorausgesetzt wird das Verlangen von 80000 stimmberechtigten Staatsbürgern, dem bei der binnen einem Monat vorzunehmenden Volksabstimmung die Mehrheit der stimmberechtigten Staatsbürger beizutreten hat (§ 46). Die Minister werden aus den zum Landtag wählbaren Staatsbürgern unter Bezeichnung der von ihnen zu verwaltenden Ministerien vom Landtage in öffentlicher Sitzung gewählt. Tatsächlich kommen andere als Parlamentsmitglieder kaum in Betracht. Aus den Ministerien ernennt der Landtag alljährlich den Präsidenten, der

die Amtsbezeichnung »Staatspräsident« führt und seinen Stellvertreter. Jederzeit kann der Landtag durch Beschluß der Abgeordnetenmehrheit die Mitglieder des Staatsministeriums oder einzelne von ihnen abberufen (§§ 52, 53). Die Gesetzgebung wird ausgeübt teils durch das Volk unmittelbar im Wege des Volksvorschlagsrechtes und der Volksabstimmung, teils durch die vom Volk gewählte Vertretung (§ 6). Das Staatsministerium spielt dabei außer dem Vorschlagsrecht und der Ausfertigung und Verkündung der Gesetze sowie der Ueberwachung ihrer Ausführung keine Rolle. Immerhin ist bemerkenswert, daß keine wesentliche Aenderung einer Regierungsvorlage beschlossen werden soll, ohne daß sie mit den Vertretern der Regierung und einem Ausschuß erörtert worden ist (§ 50 Abs. 2). Dagegen ist der Landtag souverän in besonders ausgeprägter Art: er kann sich mit allen zu einer Beratung für geeignet erachteten Gegenständen beschäftigen. Es übt Gesetzgebung und Vollziehung nach Maßgabe der Verfassung aus (§ 29 Abs. 1). Indem alle Staatsverträge zu ihrer Gültigkeit der Gesetzesform bedürfen (§ 29 Abs. 3), ist die freie Tätigkeit der Regierung hier ganz ausgeschlossen. Sie hat außer den schon bezeichneten formellen Befugnissen im Grunde genommen nur die Vertretung des Staates nach außen hin, das Beamtenernennungsrecht (in das natürlich die Parteien entscheidend hineinreden) und die Befugnis zu Notverordnungen. Deutlicher als hier ist die Ueberflutung der Exekutivgewalt durch die Gesetzgebung und die Verletzung der Gewaltenteilungslehre in keiner Verfassung zum Ausdruck gekommen.

Die übrigen Staaten werden hier meist in der Reihenfolge der Einwohnerzahl aufgeführt, wie dies auch in § 10 der Geschäftsordnung des Reichsrats in der Fassung der Bekanntmachung v. 14. Dezember 1921 geschehen ist (Zentralblatt für das Deutsche Reich 1921 S. 975 ff.). Ueberall das wesentlich gleiche Bild! Nach der Verfassung des Landes Thüringen v. 11. März 1921 übt der Landtag (neben dem Volksentscheid) die gesetzgebende Gewalt aus, überwacht die Verwaltung und bestellt die Landesregierung, versammelt sich selbst, löst sich selbst auf, indes die Auflösungsbefugnis der Landesregierung von einem Volksentscheid abhängig ist (§§ 5, 13, 16, 28). Die Verkündung eines Gesetzes wird ausgesetzt, wenn die Landesregierung innerhalb 14 Tagen nach der Schlußabstimmung des Landtags eine

schriftlich begründete Vorstellung dagegen beim Landtag erhebt. Beharrt dieser nach erneuter Beratung bei seinem ursprünglichen Beschlusse, so muß die Landesregierung das Gesetz innerhalb eines Monats verkünden oder es dem Volksentscheid unterbreiten (§ 31). Ueberall nur leicht hemmende Möglichkeiten der Exekutive bei der Gesetzgebung, die natürlich noch durch die politische Abhängigkeit vom Landtag abgeschwächt werden; nirgends eine Mitentscheidung. Dagegen liegt für die Landesregierung, der die »Staatsleitung« anvertraut sein sollte, schon in ihrer Wahl durch den Landtag die Schwäche ihrer Position. Sogar die Urkunden über die Anstellung eines Mitgliedes der Landesregierung und über eine Versetzung in den Wartestand oder Ruhestand unterzeichnet der Landtagspräsident (§§ 34–36). Formell bleibt der Landesregierung die Beschlußfassung über Staatsverträge — jedoch bedürfen solche, die sich auf Gegenstände der Gesetzgebung beziehen, der Zustimmung des Landtages —, über Berufung des Landtages in gewissen Fällen, Vorlagen an ihn und Stellungnahme zu seinen Beschlüssen, über Ausführungsverordnungen und Notgesetze, Begnadigungs- und Beamtenernennungsrecht.

Die Rechtslage ist dieselbe nach der Hessischen Verfassung v. 12. November 1919¹⁾ und der Verfassung der freien und Hansastadt Hamburg v. 7. Januar 1921. »Senat und Bürgerschaft« sind zwar geblieben, aber es heißt nicht mehr Senat und Bürgerschaft, sondern nur noch die Bürgerschaft ist der Vertreter des hamburgischen Volkes und von ihr allein werden die Gesetze beschlossen. Der Senat ist nur die Landesregierung. Die Mitglieder des Senats werden jetzt ohne seine Mitwirkung lediglich von der Bürgerschaft gewählt und nicht mehr auf Lebenszeit; sie sind von dem Vertrauen der Bürgerschaft abhängig und haben von ihrem Amte zurückzutreten, wenn die Bürgerschaft ihnen ihr Vertrauen durch ausdrücklichen Beschluß entzieht. Das Senatsmitglied ist jetzt ein Mittelding zwischen Minister und Magistratsmitglied. Die Staatsgewalt geht vom Volk aus, dessen Vertreter die Bürgerschaft ist. Diese kann ihre Auflösung selbst beschließen. Im Kampfe mit dem Senat kann dieser einen Volksentscheid herbeiführen, ob er selbst zurückzutreten hat oder die Bürgerschaft neu zu wählen ist. »Des-

1) Gesetzgebungsgewalt Art. 4, 7–9, Vollziehungsgewalt Art. 5, 37 ff.

halb ist die Republik Hamburg jetzt ein absolut demokratisches und parlamentarisch regiertes Staatswesen, während es früher eine oligarchische Republik mit aristokratischer Spitze war¹⁾. Selbst die bisherigen Republiken sind daher radikalisiert worden. Auch in Bremen ist nach der Verfassung vom 18. Mai 1920 der Landtag (Bürgerschaft) der Landesregierung (Senat) übergeordnet; jene wirkt bei der Verwaltung wesentlich mit. In Lübeck steht es nach der Verfassung v. 23. Mai 1920 nicht anders.

Von einem näheren Eingehen auf diese wie die übrigen Staaten²⁾ kann hier um so mehr abgesehen werden als, natürlich unbeschadet gewisser Abweichungen im einzelnen, überall dasselbe Ergebnis zutage tritt: Machtlosigkeit der Exekutivgewalt gegenüber dem Landtag; entweder Beschränkung auf formell hergebrachte Verwaltungsgeschäfte ohne wesentlich staatspolitische Bedeutung, oder Abhängigkeit von der gesetzgebenden Gewalt in der Durchführung wichtiger Maßnahmen — oder beides. Es fehlt jeder ernsthafte Stützpunkt gegenüber dem parlamentarischen Uebergewichte, es mangelt an jedem Organ, das im Streitfalle Schiedsrichter zwischen Volk, Volksvertretung und Regierung sein könnte³⁾. Man mag diese Zusammenfassungen je nach der individuellen Beurteilung der Einzelvorschriften im Zusammenhang mit politischen Ereignissen etwas zu verschärfen oder abzuschwächen in der Lage sein: immer bleibt eine geradezu unheilvolle und für das Deutsche Reich wie seine Länder ganz unhaltbare verfassungsrechtliche und politische Lage infolge der Unterdrückung der Exekutivgewalt durch die Legislative und der Verletzung der Lehre von der Gewaltenteilung.

VIII.

Mit Vorbedacht ist bisher die dritte Staatsgewalt, die richterliche, nicht zum Gegenstande näherer Betrachtung gemacht worden.

1) *Mittelstein*, Die Verfassung der freien Stadt Hamburg 1921, S. 18—20.

2) Mecklenburg-Schwerin v. 17. Mai 1920 §§ 26, 50 ff.; Mecklenburg-Strelitz v. 29. Januar 1919 §§ 14, 16—20; Oldenburg v. 17. Juni 1919 §§ 34 ff., 38 ff., 46, 47, 65 ff.; Braunschweig v. 6. Januar 1922 Art. 2, 14, 23, 32 ff., 41 ff.; Anhalt v. 18. Juli 1919 §§ 2 ff., 7 ff., 11, 27 ff. (»Staatsrat« = Regierung); Lippe v. 21. Dezember 1920 Art. 2 ff., 7 ff., 25 ff. (»Landespräsidium« = Landesregierung); Schaumburg-Lippe v. 14. März/22. Dezember 1919 §§ 2, 4—12.

3) Gemeint sind natürlich hier politische Differenzen, nicht Verfassungsstreitigkeiten. Letztere gehören gemäß § 19 Reichsverfassung vor den Staatsgerichtshof.

Zwar fehlen hier nicht juristische Probleme von seltener Schwierigkeit und Tragweite und auch keineswegs, wie sogleich zu zeigen sein wird, einzelne wichtige verfassungspolitische Fragen. Aber die Durchsetzung des Satzes, daß die richterliche Gewalt unabhängigen Richtern übertragen wird, damit die Erfüllung der Forderung *Montesquieus*, ist eine geschichtlich unanfechtbare und unangefochtene Tatsache, die sich bekanntlich in Deutschland, mindestens dem Grundsatz nach, schon 1749 in Preußen findet, ein Jahr nach dem Erscheinen der *Esprit des Lois*. Was hier von staatswissenschaftlich-politischem Interesse ist, läßt sich leicht überblicken.

Immerhin wird darüber gestritten, ob die richterliche Gewalt, die *Montesquieu* als diejenige bezeichnet, kraft deren der Fürst oder die Obrigkeit Verbrechen straft oder über die Streitigkeiten der einzelnen richtet (XI, 6), sich mit Rechtsprechung in unserem heutigen Sinne deckt. Man greift hier am besten zu dem Begriff der Justiz, der sich wieder in den materiellen und formellen spaltet. Justiz im materiellen Sinne ist, mittels des Rechtsspruchs die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten, Recht und Gerechtigkeit durch strenge Bindung an die Rechtssätze zu verwirklichen. Ich sage, mittels des Rechtsspruches und nicht durch jeden Justizakt; dieser kann auch erlassen werden auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, des Vormunds-, Pflugschafts-, Grundbuch-, Handels-, Vereins-, Genossenschaftsregisterwesens. Die Justiz im formellen Sinne bedeutet die Tätigkeit der ordentlichen Gerichte schlechthin. Es ist keinerlei Bedenken vorhanden, im Sinne der klassischen Gewaltenteilungslehre richterliche Gewalt zunächst nur im Sinne der Justiz in formellem Sinne zu nehmen. Aber hier taucht sofort die Frage auf, ob die Forderung der Unabhängigkeit, der Gerichte nur die ordentliche Gerichtsbarkeit oder auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit trifft. Sicher ist, daß § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes sich nur auf die ordentliche Gerichtsbarkeit also auf bürgerliches und Strafrecht, bezog und in Uebereinstimmung hiermit auch der entsprechende verfassungsrechtliche Grundsatz für alle deutschen Einzelstaaten und das Reich bis zur Staatsumwälzung von 1918 in diesem Sinne zu verstehen war. Das war von größter Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Angelpunkt der ganzen Lehre vom freien Ermessen in der Erkenntnis liegt von der Verschiedenheit der Arten sowie der letzten Funktionen und der Aufgaben des freien Ermessens bei

der rechtsprechenden und bei der verwaltenden Tätigkeit¹⁾. Zu dieser verwaltenden Tätigkeit gehört aber auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sie ist — wie geschichtliche und dogmatische, hier nicht auszubreitende Forschungen erwiesen haben — die in den Formen eines Prozeßverfahrens vor sich gehende Tätigkeit von Verwaltungsbehörden auf Grund des objektiven Verwaltungsrechts mit starker Anlehnung an den Zivilprozeß, wenn auch mit erheblichen Unterschieden in bezug auf Verhandlungsmaxime, privaten Prozeßbetrieb, Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat zu ihrer Aufgabe sowohl die Aufrechterhaltung der öffentlichen Rechtsordnung als auch den Schutz der subjektiven öffentlichen Rechte. Sie bedeutet gegenüber den liberalen im 19. Jahrhundert vielfach auch gesetzgeberisch hervorgetretenen Versuchen, lediglich in der Kontrolle durch die Gerichte den wahren Schutz vor Uebergreifen der Verwaltung zu sehen und damit übrigens die Gewaltenteilungslehre zu verletzen, den Sieg des Gedankens, daß die Verwaltung aus sich heraus befähigt sein soll, auf ihrem Gebiete Recht und Justiz zu verwirklichen. Meine Auffassung von der Verwaltungsgerichtsbarkeit bringt es zwangsläufig mit sich, daß ein Widerspruch zur Gewaltenteilungslehre nicht vorhanden ist, während die Verwaltungsgerichtsbarkeit, als ein Gegenstück oder gar ein Bestandteil der herkömmlichen »Rechtsprechung« gedacht, den Gegensatz erst schafft. In der Verwaltungsgerichtsbarkeit kontrolliert die Exekutive sich selbst. Indem aber § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes nur dem Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der materiellen Justiz, die Unabhängigkeit sicherte, war die Frage für den Verwaltungsrichter zunächst offen, und die Möglichkeit seiner Handhabung des freien Ermessens mehr im Sinne der Verwaltung als der Justiz — bei der es nicht ausgeschaltet, aber nach Art und Funktionen anders gestaltet ist — gegeben.

Das hat sich nun alles, wie mir scheinen will, durch die neue Reichsverfassung und teilweise die Landesverfassungen geändert. Art. 102 der Reichsverfassung unterwirft den Richter dem Gesetz, d. h. den hierauf gerichteten Beschlüssen des Reichstags, stellt ihn aber frei gegenüber der Exekutive, soweit es sich um die Rechts-

1) Ich habe dies näher dargelegt in meiner Abhandlung: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Festgabe von *Laband* (1908), Band 2 S. 443—514 und darf hierauf verweisen.

pflegetätigkeit als solche handelt. Nur die Justizverwaltung bleibt unberührt, d. h. derjenige Teil der Verwaltung, der die Bestellung der Richter, Einrichtung der Gerichte, Staatsanwaltschaften usw., die Fürsorge für die sachlichen Bedürfnisse der Justiz betrifft. Aber der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit ist jetzt nicht mehr auf die ordentliche Gerichtsbarkeit beschränkt, sondern findet Anwendung »auch auf die Richter der außerordentlichen Gerichtsbarkeit, die Verwaltungsgerichte und des Staatsgerichtshofes, auf Richter jeder Art«, wie dies aus den Beratungen in der verfassunggebenden Nationalversammlung und auch aus der allgemeinen Fassung des Art. 102 deutlich hervorgeht, in der Wissenschaft allgemein anerkannt ist. Das wird auch durch Art. 107 der Reichsverfassung bestätigt, wonach im Reich und in den Ländern nach Maßgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen müssen. Auch diese sind jetzt der allgemeinen Grundregel, die für die Rechtspflege gilt, der Unabhängigkeit und Gesetzesgebundenheit der Richter unterworfen.

Obwohl diese Rechtslage das natürliche Ergebnis der Entwicklung ist, in der, infolge der hohen Sachlichkeit und Unparteilichkeit der deutschen Verwaltungsgerichte, ihre Funktionen sich weder äußerlich noch innerlich viel von denen der ordentlichen Gerichte unterscheiden und deshalb die aus dem Ursprung der Verwaltungsgerichte hergeleitete Eigentümlichkeit allmählich verblassen mußte, ist doch auf diese Weise ein bisher nicht beachtetes Problem entstanden. Solange die Verwaltungsgerichte nämlich als Verwaltungsbehörden galten, die Recht und Gesetz innerhalb der Verwaltung selbst verwirklichten und wahrten, konnte vom Einbruch der richterlichen Gewalt in die ausübende nicht die Rede sein. Nunmehr aber ist das anders. Die richterliche Gewalt wird über die verwaltende gestellt. Zweifellos ist das mit der klassischen Gewaltenteilungslehre im ursprünglichen Sinne schwer zu vereinbaren.

Es ist jedoch eine Reihe von Momenten zu betrachten, die diese formelle Verletzung der Lehre als eine naheliegende erklären und sogar rechtfertigen können. Der Grundgedanke des Rechtsstaates, der zur Kontrolle von Verwaltungsakten nach den Normen des Rechts führt, feiert in den unabhängigen, nur dem Gesetz unterworfenen Verwaltungsgerichten seinen Triumph. Will man den Rechtsstaat, so darf man natürlich auch seine berech-

tigten Forderungen nicht wegen einer mehr äußerlichen Erwägung ablehnen, zumal es doch mindestens sehr wahrscheinlich ist, daß der Grundgedanke der Gewaltenteilungslehre in bezug auf die Exekutivgewalt zwar deren Selbständigkeit, aber auch deren Begrenzung im Auge gehabt hat und eine Entwicklung nicht als grundsatzfremde betrachtet haben würde, die darauf hinausläuft, die Grenzen dieser Gewalt für den Fall der Ueberschreitung durch ihre Organe sorgsam abzustecken. Dazu kommt aber noch, daß die Abscheidung zwischen den Tätigkeitsgebieten der Justiz und Verwaltung, geschichtlich gesehen, überall und insbesondere in Deutschland große und bis heute nicht überwundene Schwierigkeiten verursacht. Einerseits hat sie die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden in Strafsachen und bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, andererseits die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in Fragen des öffentlichen, insbesondere Verwaltungsrechts ermöglicht. Daß wir auch heute noch keineswegs vollkommen bereinigte Verhältnisse haben, die sich nach eindeutigen Prinzipien feststellen ließen, ist ebenfalls nicht zu bezweifeln. Diese Fragen gehören zu den schwierigsten des Gerichtsverfassungsrechtes, brauchen aber hier nicht weiter verfolgt zu werden. Denn teils sind sie rein juristischer Natur, teils und hauptsächlich aber berühren sie unser Problem doch nur an der äußeren Peripherie. Denn mögen im einzelnen noch viele Besonderheiten und Grenzberichtigungen nötig sein: Grundsätzlich ist darüber, daß die Trennung von Justiz und Verwaltung eine der elementarsten Grundlagen unseres ganzen verfassungsrechtlichen Daseins ist, ein Zweifel unmöglich. Es genügt hierbei der Hinweis auf die sich aus allem obigen ergebende Tatsache, daß die Verwaltungsbehörden nicht der richterlichen Unabhängigkeit teilhaftig sind, und daß bei ihnen trotz des rechtsstaatlichen Grundsatzes, daß alle Verwaltung auf dem Gesetze beruhen muß, jene strenge Gebundenheit an das Gesetz nicht besteht, womit man wieder bei der Angelegenheit der Arten und Funktionen des freien Ermessens landet.

Ebenso wie die Reichsverfassung haben zwar nicht alle, aber doch eine Reihe von Landesverfassungen den die richterliche Gewalt herausstellenden Grundsatz der Gewaltenteilungslehre ausgesprochen. Die preußische Verfassung wiederholt im Art. 8, daß die Rechtspflege durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt wird. Ebenso die b a y r i s c h e Verfassung,

§ 5, die ferner im § 69 Abs. 2 kennzeichnenderweise erklärt: »Rechtspflege und Verwaltung sind getrennt. Den Gerichten können Geschäfte der Justizverwaltung und der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden«, welche letztere also richtigerweise aus dem Begriff der Rechtspflege herausgenommen werden. Die württembergische Verfassung hat den Satz des Art. 102 der Reichsverfassung nicht wiederholt, dagegen im § 61 einen sehr bemerkenswerten Grundsatz ausgesprochen: »Soweit die Behörden und Beamten Rechtsstreitigkeiten entscheiden, sind sie nur dem Gesetz unterworfen.« Die Erläuterung von *Bazille* S. 58 sagt hierzu, daß die Vorschrift für die Rechtssprechung der Verwaltungsgerichte und der Verwaltungsbehörden gelte, die ebenfalls teilweise rechtsprechende Aufgaben haben, insbesondere für das Gebiet des Polizeistrafrechts. Die vorgesetzten Behörden könnten auf allen diesen Gebieten keine Weisungen über die Auslegung der Gesetze oder die Strafhöhe geben. Soweit der § 61 nur den rechtsstaatlichen Grundsatz, daß die Verwaltung auf dem Gesetze beruhen müsse, ausspricht, ist nichts gegen ihn einzuwenden, wohl aber scheint mir im übrigen ein Gegensatz zu Art. 102 der Reichsverfassung zu bestehen. Zutreffend hat *Anschütz* (Die Verfassung des Deutschen Reiches 1921, S. 173) ausgeführt: »Damit, daß wir die Ausdehnung des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit auf die Verwaltungsgerichte gemäß Art. 102 der Reichsverfassung übertragen müssen, ist nicht gesagt, daß einem Beamten, welcher (z. B. als Beschwerdeinstanz in Verwaltungssachen) Streitigkeiten irgendwelcher Art zu entscheiden hat, Unabhängigkeit im Sinne jenes Artikels zu gewähren ist, denn das würde auf eine ungerechtfertigte, von der Verfassung sicherlich nicht gewollte Beseitigung der Unterschiede zwischen Rechtspflege und Verwaltung hinauslaufen.« Das trifft unbedingt den Nagel auf den Kopf. Die badische Verfassung hat im § 7 erklärt: »Die Rechtspflege wird ausgeübt durch die nach den Reichs- und Landesgesetzen bestellten Gerichte. Die Gerichte sind unabhängig innerhalb der Grenze ihrer Zuständigkeit.« Der letzte Satz findet sich auch in Art. 6 der hessischen Verfassungsurkunde und ist insofern bedenklich, als er den Inhalt der Unabhängigkeit ins Ungewisse stellt, vor allem deren Beschränkung durch Gesetze zuläßt. Das widerspricht § 102 der Reichsverfassung vollkommen. Aber daß zuweilen in den einzelstaatlichen Verfassungen auch sonst unmittelbare Verstöße gegen die

Reichsgrundgesetze enthalten sind, zeigt § 38 Abs. 1 und 2 der badischen Verfassung mit folgender Bestimmung: »Der Landtag hat das Recht, die zuständigen Behörden unmittelbar um die Vornahme von Beweiserhebungen, die er für erforderlich hält, zu ersuchen oder solche selbst vorzunehmen. Die Vorschriften der Reichsstrafprozeßordnung finden entsprechende Anwendung. Bei Vornahme eines Augenscheins in staatlichen Betrieben und Anstalten ist die Regierung zuvor zu verständigen. Der Landtag hat ferner das Recht und auf Verlangen von $\frac{1}{5}$ seiner Mitglieder die Pflicht, Ausschüsse zur Untersuchung von Tatsachen einzusetzen, wenn die Gesetzlichkeit oder Lauterkeit von Regierungshandlungen angezweifelt wird. Diese Ausschüsse erheben in öffentlicher Verhandlung die Beweise, die sie oder die Antragsteller für erforderlich erachten. Alle Gerichte und Verwaltungsbehörden sind verpflichtet, dem Ersuchen dieser Ausschüsse um Beweiserhebung Folge zu leisten. Alle behördlichen Akte sind diesen Ausschüssen auf Verlangen vorzulegen.« Mit Recht hat gegen diese Vorschriften der Kommentator der badischen Verfassung, *Zehnter*, durch seinen Beruf als Oberlandesgerichtspräsident zu dieser Kritik besonders berufen (a. a. O. S. 83, 84), ausgeführt: »a) der Abs. 2 besagt, alle Gerichte und Verwaltungsbehörden seien verpflichtet, dem Ersuchen der vom Landtag eingesetzten Untersuchungsausschüsse um Beweiserhebung Folge zu leisten. Das steht, was die ordentlichen Gerichte anbelangt, im Widerspruch mit dem § 4 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. Nach diesem § 4 ist die Landesgesetzgebung zwar nicht gehindert, den Gerichten Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen, andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten aber nicht übertragen werden. Da es sich im § 38 weder um eine Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit, noch um ein Geschäft der Justizverwaltung handelt, sind die ordentlichen Gerichte berechtigt, Ersuchen der Ausschüsse um Beweiserhebung abzulehnen. Eben deshalb gehören die ordentlichen Gerichte auch nicht zu den zuständigen Behörden, an welche sich nach Abs. 1 des § 38 der Landtag um Beweiserhebung wenden kann. Zuständige Behörden sind nur die Verwaltungsbehörden im Sinne des Verwaltungsgesetzes vom 5. Oktober 1863 und der Verfahrensordnung dazu. b) Die Mitteilung der Gerichtsakten und die Gewährung

der Einsicht in dieselben hat ihre Schranken in den Vorschriften der Prozeßordnungen.«

*

Ungeachtet aller rechtlichen Einzelfragen erscheint eine politisch auswirkende Problematik bezüglich der richterlichen Gewalt in unseren neuen deutschen Verfassungen nicht erkennbar. Anders bezüglich der von mir ausführlich behandelten Beeinflussung der Exekutive durch die Legislative. Hier liegen Fehler unseres Verfassungsbaues im Reich wie in den Ländern vor, von deren Beseitigung schlechthin die Möglichkeit unseres innerpolitischen Daseins auf die Dauer abhängt. Eine parlamentarische Diktatur mit unvermeidlicher Parteiherrschaft auf allen Gebieten des Staatslebens trägt den Keim des Untergangs in sich, um so mehr, als sie auch auf die Rechtspflege übergreifen (trotz allen Leugnens der führenden Stellen) eine nicht geringe Neigung hat, wie die unerquicklichen und konsequenten Angriffe auf die Justiz beweisen. Es wäre müßig, darüber zu streiten, ob politische Lage und Gesinnung in den ersten Jahren nach der Staatsumwälzung zwangsläufig zu den verfassungsrechtlichen Unzuträglichkeiten geführt haben, die wir jetzt mit aller Deutlichkeit erkennen oder ob umgekehrt die verfassungsrechtliche Ausprägung gewisser, bis auf die Spitze getriebener radikal-demokratischer Grundsätze den mehr oder minder verborgenen politischen Strömungen zur sichtbarsten Festigung gedient hat. Eine gegenseitige Beeinflussung ist zweifellos vorhanden. Mag man auch weit entfernt sein von der Ueberhebung, in den rein rechtlichen Formen, Begriffen und Einrichtungen der Verfassungsgesetze das Entscheidende zu sehen; mag man auch nicht vergessen, daß sie vielfach nur die Einkleidung von, in bestimmten Zeiten die Völker und Gesellschaftsklassen bewegenden politischen Wünschen und Bestrebungen sind; daß geistige Inhalte, menschliches Wollen und Gefühlsströmungen zu Rechtsätzen verhärten, so darf man immerhin weder die sichernde und stärkende Kraft des rein verfassungsrechtlichen Elements für die Fortdauer solcher Inhalte usw. noch die Bedeutung seiner Aenderung und Aufhebung unterschätzen, womit eine wesentliche Stütze jener politischen Inhalte usw. dahinfallen muß.

Im Interesse der Gegenwart und Zukunft Deutschlands ist dringend zu wünschen, daß der Wandel der verfassungsrechtlichen Dinge nicht lange auf sich warten läßt. Im Sinne der wohlver-

standen und in der Pfeilrichtung ihrer Grundgedanken fortentwickelten Gewaltenteilungslehre muß der verhängnisvolle Fehler in der Ausgestaltung der Gewalten *verbindung* beseitigt und es müssen die nötigen Hemmungen für die parlamentarische Allmacht, Gleichgewichte und ausgleichende Kräfte zwischen den einzelnen Staatsgewalten im Sinne der obigen Darlegungen gefunden werden.
