

Teil III: Grundauffassung 1927/1929

Text 10
Staatsrecht und Politik.
Rede beim Antritte des Rektorats¹

Hochansehnliche Versammlung!
Verehrte Kollegen!
Liebe Kommilitonen!

Für den Rektor einer Universität bietet es einen eigenen Reiz, sich in der Reihe seiner Vorgänger nach den Männern umzusehen, die zugleich im Bereiche der Wissenschaft seine Vorgänger gewesen sind. Auch für den Gelehrten können ja in besonderem Sinne die Goetheschen Worte² gelten:

Wohl dem, der seiner Väter gern gedenkt,
Der froh von ihren Taten, ihrer Größe,
Den Hörer unterhält und, still sich freuend,
Ans Ende dieser schönen Reihe sich
Geschlossen sieht.

Allerdings – unter den Männern der Wissenschaft wird es manchen geben, der den Anspruch erhebt, nicht an das Ende, sondern an den Anfang einer Reihe gestellt zu werden. Ein anderer wird umgekehrt davor zurückschrecken, sich selber einen Platz in einem wissenschaftlichen Stammbaume anzuweisen, weil er nicht zu einem Vergleiche der eigenen Leistungen mit den Leistungen der Voreltern herausfordern möchte; es ist ja fast gewiß, daß hierbei der Lebende Unrecht erhält. Indes – der Stolze muß sich doch sagen, daß selbst ein Ahnherr immer auch ein Enkel ist. Der Bescheidene aber wird der Gefahr, die er fürchtet, entgehen, wenn er die Hörer nicht in erster Linie von Taten und Größe einzelner Ahnherren unterhält, sondern mehr von wissenschaftlichen Strömungen, von denen jene beherrscht wa-

-
- 1 [In: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heft 1, Berlin und Leipzig 1927; Rede beim Antritte des Rektors der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober; Triepel war 1926/27 Rektor der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Dazu statistisch nüchtern: Heinrich Triepel, Bericht über das Amtsjahr 1926/27 erstattet bei der Rektoratsübergabe am 15. Oktober 1927, Berlin 1927].
- 2 [Johann Wolfgang v. Goethe, Iphigenie auf Tauris, I.3, V 151–155, in: Hamburger Ausgabe Bd. V, S. 16 f.].

ren, und wenn er dazu die Richtungen der Gegenwart, in deren Banne er sich selber fühlt, in Beziehung setzt, wenn er also sozusagen die Ahnentafel aus der Sphäre des Subjektiven in die des Objektiven erhebt.

Von den Juristen, die den Berliner Rektormantel getragen, können wir Staatsrechtslehrer nur zwei ganz für uns in Anspruch nehmen: Friedrich Julius Stahl und Rudolf von Gneist. Denn Theodor Schmalz, der erste Rektor unserer Universität, war in seinen Interessen ebenso sehr, ja vielleicht noch mehr der Staatswirtschaft und anderen juristischen Disziplinen als dem Staatsrechte zugewandt. August Wilhelm Heffter, trotz seiner verdienstlichen Leistungen im Privatrecht und im Völkerrecht, war doch in der Hauptsache Prozessualist und Kriminalist. Die Bedeutung unseres Wilhelm Kahl liegt zunächst auf kirchenrechtlichem und strafrechtlichem Gebiete. Otto von Gierke endlich, dessen immer überragende Gestalt, seit er geschieden ist,³ uns fast von Jahr zu Jahr mehr ins Gewaltige wächst, war ein viel zu universaler Geist, als daß wir ihn in den schmalen Rahmen eines Einzelsachs einspannen dürften, auch wenn gerade unser Staatsrecht seiner Gedankenarbeit besonders fruchtbare Anregungen zu verdanken hat. Stahl aber und Gneist gehören völlig zu uns. Obwohl sie beide vom römischen Rechte ausgegangen sind, und obwohl sie sich auch später keineswegs in den Netzen eines engen Spezialistentums haben fangen lassen, so liegt doch bei beiden der wissenschaftliche Schwerpunkt durchaus auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.

Wir müssen der lockenden Versuchung widerstehen, eine genauere Parallele zwischen den zwei hervorragenden Männern zu ziehen. Nach fast allen Seiten des Charakters und der Lebensauffassung verschiedene Naturen, sind sie nur in dem einen völlig gleich gewesen: darin, daß sie ihre Wissenschaft in eine ganz nahe Verbindung mit politischen Zielen gebracht haben. Freilich, auch hierbei welche Gegensätze zwischen den beiden! Stahl das anerkannte Haupt und der geistige Führer einer politischen Partei; Gneist zwar äußerlich in das Gefüge einer Partei eingestellt, aber ihr innerlich keineswegs in allem hingegeben. Stahl mit der vollen Kraft des fanatischen Dogmatikers stets aufs Ganze gehend, niemals bereit, Zugeständnisse zu machen; Gneist beweglicher und schmiegsamer, immer bedacht, das große Reformwerk nicht zu gefährden, dem seine Lebensarbeit galt. Stahl im Grunde viel mehr Politiker als Gelehrter; nicht mit Unrecht hat Lenz von ihm gesagt: „Politik war, was er als Lehrer, wie als Mit-

3 [Otto v. Gierke (1841–1921)].

glied der Fakultät und als Schriftsteller trieb.“⁴ Bei Gneist steht doch der Forscher und Gestalter im Vordergrund, nur daß es eine politische Aufgabe ist, die ihn bei der Wahl des Stoffs und öfters auch bei dessen Gliederung und Deutung bestimmt. Stahl wie Gneist sind Jünger der historischen Rechtsschule gewesen, und beide standen unter dem Einflusse Hegels. Trotzdem bekämpft Stahl die Hegelsche Philosophie, wie er sagt, wegen des Mangels an allem geschichtlichen Prinzip, ja er nennt sie deshalb einmal eine absolute und verderbliche Irrlehre; aber er sucht doch wieder seine Stütze in Hegel, sobald er glaubt, sittliche und politische Wahrheiten durch ihn verkündigt zu hören. Gneist hat seine eigentümliche, ihn immer leitende Auffassung vom Verhältnisse zwischen Staat und Gesellschaft auf dem Umwege über Lorenz von Stein von Hegel bezogen. Indes weder in politischen Anschauungen, noch in der Methode hat er sich von der Hegelschen Philosophie entscheidend bestimmen lassen. Dies alles ließe sich ohne Mühe noch länger fortspinnen. Allein für unsere heutige Betrachtung soll es uns nur auf die Feststellung ankommen, daß die staatsrechtliche Arbeit der beiden Männer ihren Charakter ganz wesentlich durch die Verbindung juristischen Denkens mit politischen Idealen und Zwecksetzungen erhalten hat.

Nur wenige Jahre, nachdem Gneist in der Schrift über die Bildung der Geschworenengerichte⁵ zum ersten Male seine berühmt gewordene politische Forderung, englische Selbstverwaltung auf deutschen Boden zu verpflanzen, aufgestellt hatte, erschien Carl Friedrich Gerbers Buch über die öffentlichen Rechte. Es enthielt das scharf umrissene Programm einer neuen Schule, die sich zur Aufgabe machte, die Wissenschaft des Staatsrechts von allem Politischen zu reinigen. An die Stelle des politischen und staatsphilosophischen Raisonnements, so heißt es wörtlich, hat die juristische Konstruktion zu treten.⁶ Der Sinn ist: das Rechtliche kann nur aus dem Rechtlichen begriffen werden. Bei einer rechtswissenschaftlichen Betrachtung kann das Politische nur Material, niemals Zweck sein. Es gilt, im Staatsrechte die ganze Summe allgemeiner juristischer Begriffe anzuwenden, die in ihrer Einfachheit und ursprünglichen Reinheit im Privatrechte zergliedert worden sind, entweder unmittelbar

4 [Max Lenz, Geschichte der königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin Bd. II/1, Halle 1918, S. 125].

5 [Rudolf v. Gneist, Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland, Berlin 1849].

6 [Carl Friedrich Gerber, Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852, S. 27: „Wo politisches und staatsphilosophisches Raisonement die Stelle der juristischen Konstruktion vertreten muß, gebürt die letzte Entscheidung immer der Gewalt“.]

oder, wo dies wegen des verschiedenen materiellen Gehalts nicht geht, in der Weise, daß man sie nach den im Privatrechte entwickelten Grundsätzen exakter Interpretation und Konsequenz verändert. Der Nutzen dieser Methode wird dann von Gerber sofort an einem besonderen Probleme anschaulich gemacht, indem die „juristische Natur“ der öffentlichen Rechte des Monarchen, der Beamten, der Untertanen herausgestellt wird. Dabei begegnen uns eine Reihe von Konstruktionen, die in der Folgezeit eine große Rolle gespielt haben: so z. B. die Auffassung des Monarchenrechts als „eigenen“ und „ursprünglichen“ Rechts, die Behauptung, daß die sogenannten Freiheitsrechte der Untertanen keine Rechte seien, daß vielmehr in ihnen nur gewisse Wirkungen objektiver Rechtssätze über die Ausübung der Staatsgewalt ausgedrückt werden sollten. Aus der begrifflichen Konstruktion werden auch sogleich praktische Folgerungen gezogen, so etwa die, daß sich von den öffentlichen Rechten der Bürger fast kein einziges zur gerichtlichen Verfolgbarkeit eigne.

Die neue Methode, die übrigens auf ältere Anregungen Albrechts zurückgeführt werden kann, ist von Gerber nachher noch in seinen reizvoll geschriebenen Grundzügen des deutschen Staatsrechts⁷ angewendet worden. Dann hat sie Laband, Gerbers geistiger Testamentsvollstrecker, wie ihn Landsberg⁸ treffend genannt hat, übernommen und mit vollendeter Künstlerschaft gehandhabt. Und Labands deutsches Staatsrecht, dessen erster Band genau vor fünfzig Jahren erschienen ist,⁹ hat mehr als eine Generation deutscher Publizisten vollständig beherrscht, hat auch über Deutschlands Grenzen hinaus, namentlich in den romanischen Ländern, Einfluß gewonnen. Kaum einer von uns Älteren hat in seinen Anfängen nicht im Banne der Gerber-Labandschen Schule gestanden. Ihre Wirkung ist auch weder durch die kräftige Opposition Gierkes¹⁰ und Edgar Loenings¹¹, noch durch den mutigen, nur nicht ganz richtig angesetzten Angriff Stoerks¹² gehemmt worden.

7 [Carl Friedrich Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1865].

8 [Ernst Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft Bd. III/2, München 1910, S. 833].

9 [Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. I, Tübingen 1876].

10 [Otto v. Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, München 1883].

11 [Edgar Loening, Die konstruktive Methode auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtes, in: Schmollers Jahrbuch 11 (1887), S. 117–145].

12 [Felix Stoerk, Zur Methodik des öffentlichen Rechts, Wien 1885].

Für die Schule handelt es sich bei der Behandlung staatsrechtlicher Probleme schlechterdings um nichts anderes als um die Analyse öffentlich-rechtlicher Verhältnisse durch Feststellung ihrer „juristischen Natur“, um die Auffindung der allgemeinen Rechtsbegriffe, denen sie untergeordnet sind, und um die Entwicklung der Folgerungen, die sich aus den gefundenen Prinzipien ergeben. Jene Analyse bedeutet ganz allgemein eine Ausbreitung der logischen Elemente, aus denen sich der Begriff eines Rechtsinstituts zusammensetzt. Jede teleologische Betrachtung wird verpönt; denn der Zweck, dem ein Rechtsinstitut dient, liegt jenseits seines Begriffs. Daraus ergibt sich von selbst, daß dem Staatsrechte alle politischen Erwägungen, da sie Zweckerwägungen enthalten, fernzuhalten sind. Den Ehrentitel „streng juristisch“ legt die Schule nur solchen staats- und verwaltungsrechtlichen Schriften bei, die eine Berührung mit dem Politischen meiden wie den Verkehr mit dem Gottseibeius. Wer sich dieser gelegentlich fast ketzerrichterlichen Tyrannei nicht beugt, wird im besten Falle ignoriert. Der Erfolg ist gewesen, daß die der konstruktiven Periode vorangehende Literatur lange Zeit fast der Vergessenheit anheimgefallen ist, darunter neben vielen verdienstvoller verschollenen Büchern manches gute und wertvolle. Mit dem bei aller Positivität doch auch „politisch“ denkenden Robert von Mohl wußte die konstruktive Staatsrechtslehre ebensowenig etwas anzufangen, wie die neue verwaltungsrechtliche Richtung mit Lorenz von Stein und mit Gneist. Auch die kleinen, aber feinen staatsrechtlichen Schriften von Ferdinand von Martitz haben, weil sie als zu „politisch“ galten, nicht die verdiente Würdigung erfahren. Jahrzehntelang arbeitet die Staatsrechtslehre fast ausschließlich mit begrifflichen Konstruktionen. Vor allem die ganze Literatur, die sich mit der Bismarckschen Reichsverfassung beschäftigt, die Literatur, die es unternimmt, die „juristische Natur“ des Reichs, der Länder und ihrer Verbindung, den „rechtlichen Charakter“ der Sonderrechte, des Kaisertums, des Bundesrats, der Reichsländer, der Schutzgebiete zu ergründen. Überhaupt aber die Literatur, die sich mit verfassungs-, verwaltungs- oder völkerrechtlichen Einrichtungen, mit dem „Wesen“ der Regentschaft, des Protektorats, der Realunionen usw. befaßt. Es ist eine lange Reihe von Schriften, an denen noch spätere Geschlechter die Fülle des aufgewendeten Scharfsinns bewundern werden, auch wenn sie, wie zu befürchten steht, über das Verhältnis von Mühe und Ertrag skeptischer denken werden als die Zeitgenossen. Freilich haben schon damals manche Leute den Kopf geschüttelt über den Gegensatz zwischen gewissen juristischen Konstruktionen und den Wirklichkeiten des politischen Lebens. Aber es focht die Häupter und Anhänger der deutschen Schule nicht an, wenn ihnen ein

Mann wie der französische Jurist Duguit zurief: „Il n'y a pas deux vérités sociales“. Anschütz hat einmal gesagt, was für den Historiker und Politiker „in Wahrheit wahr ist“, brauche nicht wahr zu sein für staatsrechtliche Betrachtung. Noch im Jahre 1913 hat Anschütz die preußische Hegemonie in Deutschland zwar im Sinne einer historisch-politischen Bewertung der Dinge anerkannt, im Sinne des Staatsrechts aber energisch abgeleugnet. Das war, vom Standpunkte der Schule gesehen, ganz folgerichtig, da diese die Hegemonie nicht als einen Rechtsbegriff verwenden konnte.

Nun ist freilich das Wort Politik vieldeutig, und so konnte das Verhältnis der konstruktiven Publizistik zum „Politischen“ verschieden gestaltet sein.

Man kann unter Politik staatliches Handeln verstehen, kann etwa, wie Bluntschli, als Politik auffassen die Leitung des Staats und die Einwirkung auf die Staatsangelegenheiten, die „bewußte Staatspraxis“. Wo man den Trennungsstrich zwischen dem wahrhaft Politischen und anderem staatlichen Tun zu ziehen habe, vielleicht unter Verwertung des Integrationsgedankens, den Rudolf Smend mit Glück in die staatsrechtliche Begriffswelt eingeführt hat, braucht uns hier nicht zu beschäftigen. Denn jedenfalls verträgt politische Staatstätigkeit ebenso wie die bloß technische Verwaltung eine Beurteilung nicht nur nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit, sondern auch nach solchen des Rechts. Das Staatsrecht hat ja im Grunde gar keinen anderen Gegenstand als das Politische. Der Staatsrechtslehrer kann also gar nicht darauf verzichten, politische Vorgänge oder Absichten mit den Maßstäben des öffentlichen Rechts zu messen. Zwar haben im 17. Jahrhundert die politischen Praktiker an den fürstlichen Höfen zuweilen erklärt, es sei nicht statthaft, Angelegenheiten des Staats und der Fürsten vor Studenten zu verhandeln und Professoren darüber entscheiden zu lassen. Selbst Carpzov hat einmal zugegeben, daß daran etwas Richtiges sei. Aber das Verlangen, die Staatsgelehrten sollten sich nicht um schwebende politische Verhandlungen kümmern, ist von ihnen niemals befolgt worden, um so weniger, als sich gerade die Höfe und die Regierungen erbetener und unerbetener Gutachten der Professoren immer gern bedient haben - vorausgesetzt, daß sie zu ihren Gunsten lauten. Die Literatur des deutschen Staatsrechts besteht zu einem sehr großen Teile aus Streitschriften über politisch bedeutsame Fragen – von der Zeit Ludwigs des Bayern bis zur jüngsten Gegenwart. An den Kämpfen zwischen Königtum und römischer Kurie, zwischen der kaiserlichen und der ständischen Partei im Reiche, an den Streitigkeiten über das Gesandtschaftsrecht der Kurfürsten oder über den Vorzug der Erbtöchter, an den niemals abreißenden Kompetenz-, Territorial- und Sukzessionshändeln des

alten Reichs haben sich die besten staatsrechtlichen Köpfe Deutschlands mit Eifer beteiligt, von Lupold von Bebenburg bis Reinkingk und Limnäs, von Pufendorf, Leibniz, Thomasius und Peter Ludewig bis Pütter. Und die Staatsrechtslehrer des 19. Jahrhunderts haben es ihnen gleichgetan, von Klüber bis Hermann Schulze, von Welcker bis Hänel und Laband. Denn auch Laband hat es nicht verschmäht, zu politischen Tagesfragen von rechtlicher Bedeutung, etwa zum lippeschen Thronstreite¹³ oder zur Frage der Einführung direkter Reichssteuern, in Streitschriften Stellung zu nehmen. Es ist nicht zu leugnen, daß manchmal die wissenschaftliche Objektivität des Publizisten, der literarisch in die politischen Kämpfe seiner Zeit hineingezogen wurde, nicht nur verdächtigt – das war stets und ist auch heute selbstverständlich –, sondern wirklich in Gefahr gebracht worden ist. Wir Heutigen dürfen aber doch wohl ohne Überhebung sagen, daß wir auf diesem Gebiete gewissenhafter sind als viele unserer staatsrechtlichen Vorfahren im 17. und 18. Jahrhundert, die in der Verbindung von Forscher- und Sachwaltertätigkeit oft skrupelloser waren, als es sich ziemte. Und weil wir gewissenhafter sind, so sind wir auch freier. Während die bedeutendsten publizistischen Schriften des 17. Jahrhunderts, aus der Feder eines Chemnitz, eines Pufendorf, eines Leibniz, wegen ihres politischen Charakters unter Pseudonymen erschienen sind, treten wir heute mit offenem Visiere für unsere Überzeugung ein. Irre ich nicht, so war Böhlau Schrift über die Kompetenz-Kompetenz des Norddeutschen Bundes aus dem Jahre 1869¹⁴ die letzte rein staatsrechtliche Monographie, die sich mit dem Mantel der Anonymität bekleidet hat. Freilich haben wir, die wir im Schatten des Rechtsstaats fechten, auch nicht mehr zu befürchten, daß wir wegen unserer Theorien um Amt und Brot gebracht werden oder gar das Schicksal eines Algernon Sidney erleiden, der dem Scharfrichter überliefert wurde, weil er die gemäßigte Monarchie für besser erklärt hatte als die absolute. Zwar haben wir Heutigen statt mit fürstlicher Ungnade mit dem Stirnrunzeln der ungekrönten Könige der Presse und des Parlaments zu rechnen. Allein das ficht uns nicht sonderlich an, weil wir wissen, daß wir im Grunde doch mit jedem, der an der Freiheit der Meinungsäußerung interessiert ist, in stillem Bunde stehen, und daß ein Bündnis wie eine Ehe ohne gelegentlichen Streit langweilig zu werden droht. Je-

13 [Paul Laband, Der Streit über die Thronfolge im Fürstentum Lippe, Berlin 1896; ders., Direkte Reichssteuern. Ein Beitrag zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1908].

14 [Hugo Böhlau, Kompetenz-Kompetenz. Erörterungen zu Art. 78 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Leipzig 1869].

denfalls aber – wenn wir von unvermeidlichen Menschlichkeiten absehen, so hat es der Wissenschaft nichts geschadet, sondern es hat ihr unendlich genützt, daß ihre Jünger die politischen Ereignisse ihrer Zeit in das Stoffgebiet juristischer Untersuchung gezogen haben. Gerade durch Gutachten und Streitschriften behält der Theoretiker die Fühlung mit der Praxis, und gerade aus dieser Verbindung strömen der Wissenschaft heute wie einst die fruchtbarsten Anregungen zu.

Es würde sich lohnen, in diesem Zusammenhange auch die Beteiligung der Staatsrechtslehrer am politischen Leben ins Auge zu fassen. Ich kann nur kurz die eigenartigen Wandlungen streifen, die sich hier im Laufe der Zeit vollzogen haben. In der Periode des ständischen und der des absoluten Beamtenstaats finden wir die Professoren der Rechtsgelehrtheit, die Staatsrechtslehrer in erster Reihe, sehr häufig als Berater der Fürsten in den Hofräten und Geheimen Ratskonsilien, oder wir sehen sie wirken als Räte „von Haus aus“ oder als Beamte im Dienste landständischer Korporationen. Oft von vielen Seiten umworbene Männer, werden sie in den Angelegenheiten der äußeren und inneren Politik auch dann angegangen, wenn man sie nicht dauernd an ein Amt zu fesseln vermag. Die Einführung der konstitutionellen Verfassungen bringt die Publizisten auf die Bänke der Parlamente. In den ersten Jahrzehnten parlamentarischen Lebens ziehen die Staatsrechtslehrer in Scharen in die Landtage der deutschen Einzelstaaten ein. Von den bekannten Namen der Wissenschaft fehlt hier kaum einer: Karl Salomo Zachariä, Rotteck, Welcker, Jordan, Mohl, Bluntschli, Stahl, Heinrich Albert Zachariä, Poezl, ganz zu schweigen von den Kleineren, wie Behr, Dresch, Schunck oder Moy de Sons, und von den staatsrechtlich gefärbten Historikern, wie Dahlmann, Waitz, Droysen, Duncker, Sybel, später auch Treitschke. Es ist ganz auffallend, wie sehr sich dies Bild etwa seit der Zeit der Gründung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs verändert hat. Nur Gneist und Hänel sind noch lange Jahre dem parlamentarischen Leben treu geblieben, eine Weile auch Marquardsen und Georg Meyer. Von den Männern, deren Wirksamkeit das deutsche Staatsrecht in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts beherrscht hat, sind weder Laband noch Seydel, weder Loening noch Zorn, weder Binding noch Brie, weder Jellinek noch Otto Mayer gewählte Volksvertreter gewesen. Gerber hat nur dem konstituierenden Reichstage von 1867 angehört; andere haben sich mit der politisch geruhsameren Rolle des Mitglieds einer Ersten Kammer oder eines Staatsrats begnügt. Welcher Gegensatz zwischen der Beteiligung der Staatslehrer am Frankfurter Parlamente und ihrer Teilnahme an der Weimarer Nationalversammlung! In Weimar finden wir, wenn wir den Begriff des Staatsrechtslehrers nicht

sehr weit fassen, als Abgeordnete nur zwei aus unserer Reihe; Hugo Preuß hat an der Herstellung der neuen Reichsverfassung als Beauftragter der Regierung, nicht als Abgeordneter teilgenommen. Nun ist der Rückzug der Publizisten aus dem politischen Leben gewiß auf Gründe sehr verschiedener Art zurückzuführen. Die zunehmende Verdrängung des Persönlichen durch das Parteigemäße, der grundsätzlichen Erörterungen durch einen handwerksmäßigen Betrieb politischer Geschäfte, die stärkere Betonung des Wirtschaftlichen bei der Parteibildung haben den Parlamenten einen Rahmen gegeben, in den sich der Professor nur schwer noch einfügen mag. Allein ich glaube nicht fehlzugreifen, wenn ich die parlamentarische Enthaltensamkeit der neueren Publizistenschule auch mit ihrer inneren Einstellung zum Politischen als solchem in Verbindung bringe. Der naturrechtliche Nationalismus, der einen großen Teil der Staatslehre bis tief in das 19. Jahrhundert beherrscht hat, setzt den Gelehrten in ein anderes Verhältnis zu dem auf Wille und Tat abgestellten politischen Leben als eine Gedankenrichtung, deren Vertreter sich auf die Bildung von Begriffen und auf das Argumentieren aus dem System beschränken wollen.

Wir haben es nun aber heute nicht mit der Beziehung der Professoren des Staatsrechts zur Politik, sondern mit der Beziehung ihrer Wissenschaft zum Politischen zu tun. Richten wir unseren Blick wieder auf den Kampf, den die konstruktive Schule gegen die politisch gefärbte Publizistik, vor allem gegen die Tendenzliteratur der vor- und nachmärzlichen Zeit eröffnete, so sehen wir, daß sich der Angriff in erster Linie auf die Methode unserer Wissenschaft bezog. Das Staatsrecht soll nicht mehr politisch behandelt werden. Geht man dem nach, so macht wieder die Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „Politik“ einige Schwierigkeiten.

Man hat noch bis vor wenigen Jahrzehnten unter Politik die Lehre vom Staate schlechthin verstanden, ungefähr in dem Sinne, wie sie von der Antike aufgefaßt worden ist. So bezeichnet etwa Waitz die Politik als die wissenschaftliche Erörterung der Verhältnisse des Staats mit Rücksicht sowohl auf die historische Entwicklung der Staaten überhaupt wie auf die staatlichen Zustände und Bedürfnisse der Gegenwart. Darnach wäre das Staatsrecht ein Teil einer umfassenden Wissenschaft Politik, und es würde sich fragen, ob Staatsrecht mit oder ohne Rücksicht auf die anderen Teile dieser Staatswissenschaft zu betreiben sei. Die Frage bleibt aber die gleiche oder verschiebt sich doch nur äußerlich, wenn man davon ausgeht, daß sich der ehemals einheitliche Begriff der Politik inzwischen aufgelöst hat, und daß der Staat nunmehr der Gegenstand verschiedener Wissenschaften geworden ist, von denen die eine ihn nach seiner rechtlichen Seite untersucht, während ihn andere von einem geschichtlichen oder gesellschaftli-

chen oder psychologischen oder irgendeinem andern Standpunkte aus betrachten. Ob es dabei auch eine Politik in einem engeren Sinne, d. h. eine wissenschaftliche Lehre vom Staatsinteresse geben könne, ist streitig, darf uns aber zunächst gleichgültig sein. Denn die Frage ist allein die, ob es methodisch richtig ist, wenn sich die Wissenschaft des Staatsrechts überhaupt in Beziehung zu anderen Wissenschaften setzt, die es mit dem Staate zu tun haben. Jedermann würde dies wohl ohne Bedenken bejahen, wenn es nicht von der neuesten Richtung, die sich gern als die konsequente Fortentwicklung der Gerber-Labandschen Schule bezeichnet, im Interesse der Methodenreinheit leidenschaftlich bekämpft würde. Die von Kelsen¹⁵ geführte jung-österreichische Schule, von der erkenntnistheoretisch unanfechtbaren Gegenüberstellung des Seins und des Sollens ausgehend, will aus der Jurisprudenz im allgemeinen und aus dem Staatsrechte insbesondere, da es sich hier um eine *n o r m a t i v e* Wissenschaft handele, alle kausalen Erwägungen ausschließen. Mit besonderer Feindseligkeit werden *p o l i t i s c h e* Erörterungen, da sie Zweckerörterungen seien, als rechtsfremd abgewiesen. Während noch Laband zugegeben hatte, daß die Zwecke eines Rechtsinstituts von Einfluß auf seine juristische Gestaltung und von Wert für sein Verständnis sein können, wird ein derartiger Gedanke von Kelsen als „metajuristisch“ – wie der unschöne Ausdruck lautet – mit dem Anathem belegt. Auf diese Weise wird natürlich und absichtlich das Recht als bloße Form jedes Inhalts entleert. Kelsen ist soweit gegangen, den Staat überhaupt nur als einen Rechtsbegriff, als einen Zurechnungspunkt gewisser Handlungen zu bezeichnen; schließlich hat er ihn mit der Rechtsordnung selbst, also mit einem System von Normen gleichgesetzt.

Nun war die kritische Sonderung der rechtslogisch gewonnenen und der kausalwissenschaftlichen Erkenntnisse unleugbar ein Verdienst. Eine andere Frage aber ist es, ob die schroffe Einseitigkeit, mit der die jüngste Richtung die Rechtslehre auf das Formale beschränken will, der Wissenschaft zum Segen gereicht. Angenommen, wenn auch nicht zugegeben, daß der Jurist, soweit er formallogische Begriffsarbeit durch gesellschaftliche, historische, ethische oder andere Erwägungen ergänzt, nicht mehr Jurisprudenz, sondern Soziologie oder Geschichte oder sonst etwas treibe, so scheint es sich ja nur um eine Frage der Etikettierung zu handeln, die für die Sache ohne Belang sein würde. Aber gerade jene Ergänzung ist es, gegen die man eifert. Die Meister der neuen Schule jagen jeden Gedanken,

15 [Damals war gerade u.a. erschienen: Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925].

der nicht als normlogisch approbiert werden kann, aus dem Bereiche der Jurisprudenz hinaus, wie die Zunftmeister den Bönhasen¹⁶ aus dem städtischen Weichbilde. Daß man Staatsrecht in solcher methodischen Exklusivität betreiben kann, ist gewiß. Aber es geschieht doch schließlich um den Preis einer Verarmung unserer Wissenschaft, die den Ruhm der Methodenreinheit wahrlich teuer bezahlen müßte. Im übrigen ist, wie Adolf Menzel sehr richtig sagt, Methodensynkretismus kein Majestätsverbrechen! Wohin wären wir gekommen, wenn wir Kirchenrecht ohne Kirchengeschichte, Handelsrecht ohne Rücksicht auf Volks- und Privatwirtschaft betrieben hätten! Ebensowenig aber läßt sich Staatsrecht ohne Rücksicht auf das Politische betreiben. Schon Pufendorf hat sich erzürnt über die Staatsrechtslehrer, die die deutsche Verfassung behandelten, ohne die *res civiles*, d. h. die Politik, zu kennen. Sie eignen sich, höhnt er, zu ihrem Geschäfte wie der Esel zum Saitenspiele.¹⁷ Was würde der alte Kämpfer zu den modernsten Staatsgelehrten sagen, die von Politik nicht einmal etwas verstehen wollen! Der logische Purismus, der die Jurisprudenz von der Berührung mit anderen Wissenschaften abschließt, der sie zu einer esoterischen, nur den Eingeweihten verständlichen Lehre macht, der alle staatlichen Einrichtungen: Verfassung, Parlament, Königtum, Selbstverwaltung und vieles andere nur als blutleere Schemen erscheinen und ihren ethischen Gehalt unbegriffen läßt, muß notwendig zu einer Verdorrung der Staats- und Rechtslehre führen. Hoffen wir, daß die nächste Generation unserer Publizisten, dem Leben zugewandter als die letzte, gerade mit Energie daran gehen wird, die Normen des Staatsrechts in die innigste Beziehung zu setzen zu den politischen Kräften, die sie schaffen und ausgestalten, und die ihrerseits wieder vom staatlichen Rechte gemeistert werden – eine Aufgabe, die bei uns erst langsam in Angriff genommen ist und von der ausländischen Staatsrechtslehre, vor allem der angelsächsischen, weit besser erfüllt wird als von der deutschen.

Es ist nun aber nicht einmal richtig, daß die Rechtswissenschaft, auch wenn man sie im engsten Sinne versteht, um ihres Gegenstands willen genötigt sei, sich auf logisch-formale Konstruktionen zu beschränken. Die normlogische Schule hat sich auf einen zwar nicht falschen, aber willkür-

16 [alter norddeutscher Ausdruck für: Pfuscher].

17 [Samuel Pufendorff, *Über die Verfassung des Deutschen Reiches*, hrsg. Harry Breslau, Berlin 1870, S. 25: „Aber wer ohne von der Geschichte Deutschlands und der Politik die geringsten Kenntnisse zu besitzen sich die Darstellung eines so unregelmäßigen Staatsgebildes zur Aufgabe stellt, der besitzt ebenso viel Talent dazu, als der Esel zum Saitenspiel.“].

lich verengten Rechtsbegriff zurückgezogen. Daß der Sinn des Rechts ein Sollen, nicht ein Sein ist, kann vernünftigerweise nicht bestritten werden. Aber unsere Wissenschaft hat es nicht nur mit dem transzendentalen Gehalte des Rechts, sondern mit empirisch gegebenen Rechtsordnungen zu tun, die aus Regeln für ein geordnetes Zusammenleben von Menschen bestehen, die werden und vergehen, die nach Ort und Zeit verschieden gestaltet sind. Deshalb ist trotz allem und allem jede Rechtsordnung für sich etwas „Gegebenes“, also ein „Sein“, und diese Gegebenheit kann gar nicht ohne Rücksicht auf die sozialen Beziehungen, die das Recht normiert, begriffen werden. Ferner: die Regeln des rechtlichen Sollens sind immer der Ausdruck universeller Wertungen, und sie beziehen sich ihrem Sinne nach auf Objekte, die als Mittel zur Verwirklichung bestimmter Zwecke gedacht sind. Man kann daher zum Verständnisse der Rechtssätze überhaupt nicht gelangen, ohne sich ein Bild von den Zweckbeziehungen zu machen, um die es sich beim Rechtlichen handelt, von den Interessen, deren Anerkennung, Mißbilligung, deren Ausgleich die erste Aufgabe oder, wenn man will, die Voraussetzung der Rechtsordnung bildet. Nennen wir nun „politisch“ – das ist abermals eine neue Bedeutung des vielschillerigen Wortes – alles, was sich auf die Staatszwecke oder auf deren Abgrenzung gegenüber individuellen Zwecken bezieht, so ist es klar, daß eine allseitige Erfassung der Normen des Staatsrechts ohne Einbeziehung des Politischen gar nicht möglich ist.

Bei Lichte besehen, ist es auch nur eine Selbsttäuschung, wenn die konstruierende Jurisprudenz der Meinung lebt, sie vermöge den gesamten Stoff der Rechtsordnung ohne Urteile wertenden Charakters zu beherrschen. Sehen wir uns doch das Verfahren, das man juristische Konstruktion zu nennen pflegt, etwas genauer an. Zunächst einige ganz einfache Beispiele. Man konstruiert, wenn man den Theaterbesuchsvertrag als einen Werkvertrag auffaßt, d. h. als einen Vertrag über die Herstellung einer Werkleistung, nämlich der Aufführung; man tut es, um auf das Verhältnis die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Werkverträge anzuwenden. Oder, wenn ich ein staatsrechtliches Beispiel anführen darf, es gibt Juristen, die die Abdankung eines Staatsoberhauptes als einen Regierungsakt konstruieren, um den Akt unter die Vorschrift der Verfassung zu bringen, daß Regierungshandlungen des Staatsoberhauptes der Gegenzeichnung eines Ministers bedürfen. Worin besteht nun eine derartige Konstruktion? Es ist seltsam, daß darüber ganz verschiedene Erklärungen abgegeben wer-

den. Max Rümelin,¹⁸ der den Gegenstand, wie ich glaube, am schärfsten untersucht hat, begreift unter Konstruktion die Einordnung einer Einzelerscheinung in das System unter Analyse und Synthese ihrer Begriffselemente. Ich will mir diese Definition aneignen. Nur möchte ich, etwas anders, als es Rümelin tut, als Konstruktion nicht die Verknüpfung eines Tatbestands mit einer Rechtsfolge, sondern die zum Zwecke dieser Verknüpfung vorgenommene Einordnung eines Tatbestands oder einer Rechtsfolge in das System ansehen. Die Konstruktion bezieht sich immer auf rechtliche Erscheinungen oder Vorgänge, die nicht ohne weiteres durch Subsumtion unter einen feststehenden Begriff gebracht werden können. Wenn man einen Stockschlag unter den Begriff der Körperverletzung bringt, so ist das bloße Subsumtion, keine Konstruktion. Die Konstruktion ist nur die Vorstufe für eine noch vorzunehmende Subsumtion; ihr Zweck ist, die konstruierte rechtliche Erscheinung, sozusagen, subsumtionsreif zu machen. Dagegen halte ich es, auch hier anders als Rümelin, für gleichgültig, ob der Begriff, unter den eine Erscheinung gebracht wird, schon bekannt ist oder erst neu gebildet wird. Zahlreiche Begriffe, die uns heute geläufig, die zum Teil schon zu gesetzlichen Begriffen geworden sind, hat die Wissenschaft ursprünglich zum Zwecke der Konstruktion gebildet – man denke an das Rechtsgeschäft oder an dingliche und persönliche Rechte oder an Staatenbund und Bundesstaat; es war Konstruktion, wenn Georg Jellinek¹⁹ den Begriff der „Staatsfragmente“ aufgebracht hat. Voraussetzung ist nur, daß der neue Begriff dazu dienen soll, systemfördernd zu wirken, vielleicht eine Erscheinung der Unterstellung unter andere, bereits geläufige Begriffe zu entziehen und ihr eben dadurch einen Platz im Systeme anzuweisen.

Dabei wird man aber wohl zwei Arten oder auch zwei Stufen der Konstruktion auseinanderzuhalten haben. Die erste begnügt sich damit, den bekannten Rechtsstoff als eine Einheit darzustellen, indem sie die einzelnen Rechtssätze als Ausflüsse höherer Prinzipien und diese wieder, immer aufwärts steigend, als Ableitungen aus einem an die Spitze der großen Pyramide gestellten Begriffe auffaßt. Sie will das Einzelne als Teil des Ganzen, das Ganze in seinem inneren Zusammenhange und Zusammenhalte aufzeigen. Sie ist Konstruktion um ihrer selbst willen. Man kann sie als die *b e g r e i f e n d e* oder, um eine bekannte Formel Max Webers zu variieren, als *v e r s t e h e n d e* Konstruktion bezeichnen. Ein zweiter Schritt, der

18 [Max v. Rümelin, Zur Lehre von der juristischen Konstruktion, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 16 (1922/23), S. 345–355].

19 [Georg Jellinek, Ueber Staatsfragmente, Heidelberg 1896].

nicht immer getan wird, aber freilich sehr nahe liegt, besteht dann darin, daß man aus der postulierten Einheit des Rechtssystems die Befugnis entnimmt, von den gefundenen Prinzipien neue Rechtssätze herzuleiten, also eine Ausfüllung der Lücken des bekannten Rechtsstoffs vorzunehmen. Vom Standpunkte des konstruierenden Juristen handelt es sich freilich dabei um Ausfüllung nur scheinbarer Lücken, da für ihn Konsequenz und Analogie bloß logische Operationen sind, die lediglich feststellen, was im vorhandenen Rechtsstoffe schon enthalten ist. Hier wird also die Konstruktion zur Rechtsfindung verwendet. Philipp Heck hat das als Inversionsmethode bezeichnet.²⁰ Wir wollen das Vorgehen die lückenfüllende Konstruktion nennen. Ob eine juristische Konstruktion nur die erste Stufe erreichen will oder eine Lückenergänzung im Auge hat, ist nicht immer sofort zuerkennen. Die Gerber-Labandsche Schule ist jedenfalls im vollen Sinne konstruktiv. Bei ihrer Fortsetzung in der Kelsenschen Schule kann man oft zweifeln, da hier die Jurisprudenz nicht mehr als eine praktische Wissenschaft aufgefaßt wird, der die Aufgabe gesetzt ist, die Rechtsanwendung durch Deutung des bestehenden und Gewinnung neuen Rechts vorzubereiten.

Es scheint mir an dem Mangel an einer Unterscheidung zwischen verstehender und lückenfüllender Konstruktion zu liegen, daß man sich nicht einig ist, auf welchen geschichtlichen, namentlich geistesgeschichtlichen Grundlagen die konstruktive Jurisprudenz beruhe. Man hat gesagt, die Verdrängung der politisierenden Methode des Staatsrechts durch die konstruktive Richtung erkläre sich daraus, daß die Zeit, in der unsere Nation noch um neue verfassungsrechtliche Formen zu ringen hatte, durch eine Periode verfassungspolitischer Ruhe abgelöst worden sei. Das trifft sicher bis zu gewissem Grade zu. Aber es würde doch eben nur das Staatsrecht angehen, während sich die Vorherrschaft des Konstruktiven in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts auf allen Gebieten der Rechtswissenschaft geltend machte. Wie ist das zu erklären? Viele führen es auf die Auswirkungen der historischen Rechtsschule, andere auf den Einfluß Hegels zurück – was übrigens nicht notwendig einen Gegensatz bedeuten würde. Ich halte beides nicht für richtig oder doch nur für halb richtig.

Es ist unzweifelhaft, daß wir selbst bei den Häuptern der geschichtlichen Rechtsschule eine konstruktive Verfahrensart in der Darstellung des geltenden Rechtes finden. Savignys berühmte Monographie über den

20 [Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen 1912, S. 13].

Besitz²¹ gilt ja vielen als Musterbeispiel für konstruierende Jurisprudenz, und Albrechts Gewere²² bildet dazu ein germanistisches Gegenstück. Aber sollte bei Savigny die Neigung zur Konstruktion nicht eher ein Teil des naturrechtlichen Rückstandes sein, den man in seinem Gedankenbau vorzufinden mit Recht geglaubt hat? Im übrigen war seine Methode sicherlich weit mehr verstehende, als lückenfüllende Konstruktion, vielleicht ausgenommen den letzten Teil seines Systems,²³ das internationale Privatrecht. Das Begriffliche herauszustellen und es zum System zu gestalten, macht nach Savigny die Jurisprudenz der Würde einer Wissenschaft teilhaftig. Erst Puchta und Keller sind bewußt und energisch von den konstruierten Begriffen deduktiv zur Lösung der vom Rechte nicht geregelten Einzelfälle herabgestiegen. Aber gerade bei Puchta war es doch wohl der besondere Einfluß der dialektischen Philosophie, der hierbei eine Rolle spielte. Freilich hat es auch ein Mann wie Eichhorn nicht verschmäht, zu konstruieren, z. B. aus der „Natur“ des Deutschen Bundes als eines völkerrechtlichen Vereins die Unmöglichkeit der Einführung eines Bundesgerichts zu erweisen. Indes die Grundgedanken der historischen Schule führen nicht zur konstruktiven Methode hin, sondern von ihr hinweg. Das Dogma von der logischen Geschlossenheit des Rechts ist naturrechtliches Erbgut und nicht, wie viele glauben, auf dem Boden der historischen Schule erwachsen. Deren konsequenteste Vertreter, man denke etwa an Wilhelm Arnold, waren ausgesprochene Gegner der Konstruktion. Wenn andere die konstruktive Methode annahmen, so geschah es trotz des Grundprinzips der Schule. Denn nach diesem ist ja das Recht das Leben des Volkes, von einer bestimmten Seite angesehen. Wie kann man von hier aus zu einer logischen Ableitung der Rechtssätze aus erfundenen Begriffen gelangen? Manigk²⁴ hat überzeugend dargetan, daß zwischen der historischen Schule und der modernen Zweckjurisprudenz keineswegs eine unüberbrückbare Kluft aufgetan sei. Zwar mußte die historische Schule jedem Versuche entgegentreten, Lücken des Rechts durch subjektive Werturteile auszufüllen. Wohl aber vermochte sie die rechtschöpferische Kraft objektiver, in der Gesellschaft vorhandener, also uni-

21 [Friedrich Carl v. Savigny, Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung, Gießen 1803].

22 [Wilhelm Eduard Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828].

23 [Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Bd. VIII, Berlin 1849].

24 [Gemeint sein könnte: Alfred Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht, Berlin 1914].

verseller Wertgedanken anzuerkennen; denn auch diese sind Ergebnisse einer Geschichte und stehen im Flusse der Geschichte. Was insbesondere das Verhältnis des Staatsrechts zum Politischen anlangt, so mag es stimmen, daß der quietistische Zug, der der historischen Rechtsschule anhaftete, eine Abneigung wenigstens gegen politisches Raisonement, „das den Geist der Neuerungssucht atmet“, im Gefolge gehabt hat. Und die Hauptvertreter der antipolitischen Richtung im Staatsrechte, Gerber und Laband, kamen ja von der historischen Schule her. Allein sie waren doch schon einigermaßen entartete Kinder der großen Mutter. Über Gerber, der bezeichnenderweise Puchta, nicht Savigny seinen Meister nannte, hat Gierke das harte Urteil gefällt, er habe mit seinen romanistischen Konstruktionen die deutsche Seele im deutschen Rechte getötet.²⁵ Das Beispiel Gneists aber, der doch gewiß ein Sohn der historischen Rechtsschule gewesen, beweist uns, daß auch diese ein Verhältnis zum Politischen gewinnen konnte.

Mit der Rückführung der konstruktiven Jurisprudenz auf Hegel steht es ähnlich. Kein Zweifel, daß Hegel auf die Juristen in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, zum Teil noch länger, einen starken Einfluß geübt hat. Namentlich das öffentliche Recht und neben dem Strafrecht besonders das Staats- und Völkerrecht zeigen die Spuren – Maurenbrecher, der jüngere Pütter, Heffter, Fricker, endlich Otto Mayer, neben manchem, der nur äußerlich von Hegel berührt worden ist. Ganz sicher lassen sich auch einzelne Elemente der Hegelschen Philosophie in den Gedanken der konstruktiven Jurisprudenz wiederfinden. Wenn sich Ihering in seiner jüngeren, stark konstruktiven Schaffenszeit wie Puchta und andere von dem Glauben tragen ließ, daß die „höhere“ Jurisprudenz kraft der inneren Dialektik der Rechtsverhältnisse zur Produktion neuen Rechtsstoffs führe, so ist das offenbar ganz hegelisch gedacht gewesen. Einzelne Begriffsbildungen, die im konstruktiven Staatsrechte eine Rolle gespielt haben, lassen sich unmittelbar auf Hegel zurückführen. Ja, Hegel hat ausdrücklich der positiven Rechtswissenschaft, freilich mit einem deutlichen Tone der Geringschätzung, die Aufgabe zugewiesen, die Zusammenstellung, Konsequenz, Zerspaltung der gegebenen Rechtsbestimmungen durch Deduktion aus ihren positiven Daten vorzunehmen. Aber das ist nach ihm doch alles nur eine Sache der äußeren Ordnung, eine Sache des Verstandes, es hat mit dem wirklichen Begreifen, mit der Vernunft nichts zu tun. So sind die Hegelschen Konstruktionen und die Konstruktionen der Jurisprudenz

25 [Otto v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*. Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, S. 92].

gar nicht miteinander vergleichbar. Wer das Gegenteil annimmt, verwechselt die formale Logik mit Hegels metaphysischer Logik, das Begriffliche im gewöhnlichen Sinne mit dem Hegelschen Begriffe, der ja der lebende, sich in unaufhaltsamem Gange entwickelnde Geist des Wirklichen ist. Hegels Konstruktion ist also nur verstehende Konstruktion, und zwar ist sie, auch soweit sie sich auf das Recht bezieht, Geschichtskonstruktion, nicht Rechtskonstruktion; Staat und Recht werden eingereiht in die Entfaltung des Geistes in der Geschichte. So führt Hegels Konstruktion über das Recht hinaus, sie dient nicht der begrifflichen Systematik des Rechtes selbst. Es ist daher ganz bezeichnend, daß von den letzten Ausläufern des Hegelianismus im öffentlichen Rechte nur Otto Mayer, aber weder Lorenz von Stein noch Gneist, die historisch gerichteten Hegelianer, juristische Konstruktion im technischen Sinne gepflegt haben. Und umgekehrt hat die neueste Gestaltung der konstruktiven Staatsrechtslehre, die Kelsensche Normlogik, nicht den geringsten Zusammenhang mit Hegel. Wie sollte das auch möglich sein bei einer Schule, die bewußt unhistorisch ist, während Hegel doch die schöpferische Selbstbewegung des Geistes zur Denknöwendigkeit stempelt, also eben historisch gerichtet ist, – bei einer Schule, die zuletzt den Staat ganz im Rechte verschwinden läßt, während doch bei Hegel das Recht völlig im Staate aufgegangen ist. In der Tat sucht die normlogische Schule selber ihren Ausgangspunkt nicht bei Hegel, sondern bei Kant, – ob mit Recht oder Unrecht, möge hier dahingestellt bleiben. Die Vorliebe für das System und den Glauben an die Lückenlosigkeit des Systems hat die konstruktive Rechtslehre nicht nur mit Hegel, sondern mit der ganzen idealistischen Philosophie, vielleicht überhaupt mit der Philosophie gemeinsam.

Die Hauptsache ist nun aber, daß es konstruierende Juristen längst vor der historischen Rechtsschule und längst vor Hegel, ja man kann sagen, daß es sie gegeben hat, seitdem man überhaupt das Bedürfnis nach innerer Ordnung des Rechtsstoffs empfunden und befriedigt hat, nur daß die Konstruktion nicht immer bewußt als Methode oder als einzige Methode gehandhabt, daß sie oft nur als Systembildnerin oder aus didaktischen Gründen verwendet worden, daß sie oft nur als verstehende, nicht als lückenfüllende Konstruktion aufgetreten ist. Konstruiert haben schon die römischen Juristen – wie köstlich hat uns Ihering²⁶ den Konstrukteur Paulus geschildert! –, konstruiert haben Glossatoren wie Postglossatoren, die Scholastik wie der Ramismus, die Synthetiker und Systematiker des 16.

26 [Rudolf v. Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, Leipzig 1883].

Jahrhunderts wie das Naturrecht und die Aufklärung. Gerade im Naturrechte finden wir die Konstruktion in bedeutendem Ausmaße. Nur vollzieht sie sich hier, sozusagen, zuerst auf einer anderen Ebene, indem erst das natürliche Recht als solches durch aprioristische Begriffsbildungen und Deduktionen gemeistert und das Ergebnis für das positive Recht nur dann verwendet wird, wenn der Jurist das Naturrecht zur Ausfüllung der Lücken des positiven Rechts verwenden will. Nicht alle, aber die meisten Naturrechtslehrer haben diesen zweiten Schritt getan. Was ist es anderes als lückenfüllende Konstruktion, wenn z. B. Hugo Grotius die Unveräußerlichkeit der Domänen – es war umstritten, ob das Staatsgut vom Landesherrn veräußert werden durfte oder nicht – dadurch erweisen will, daß er das Recht des Landesfürsten am Domanium als Nießbrauch auffaßt, und wenn ihn L e y s e r dadurch zu widerlegen sucht, daß er den Herrscher auf Grund des ursprünglichen Staatsvertrags zum wahren Eigentümer stempelt? Gewiß sind in der naturrechtlichen Jurisprudenz logische Deduktionen aus dem Begriffe oft friedlich neben Zweck- und Werterwägungen gelagert. Um bei dem Beispiele der Domänenfrage zu bleiben, so schließt sich Pufendorf auf der einen Seite der These des Grotius und seiner Begründung an, weist aber doch daneben darauf hin, daß es für den Staat notwendig sei, für die ökonomischen Bedürfnisse des jeweiligen Regierungsnachfolgers zu sorgen und deshalb das Domanium der Verfügungsgewalt des Landesherrn zu entziehen. Jedenfalls ist es aber sicher, daß die konstruktive Methode der Rechtsfindung dem Naturrechte ganz geläufig gewesen ist. Nur hat das Naturrecht an Stelle der römischen Rechtsbegriffe, aus denen heraus die deutschen Staatsrechtslehrer ursprünglich die öffentlichen Rechtsverhältnisse konstruiert hatten, eine andere Konstruktionsbasis gesetzt. Gewisse Spielarten der naturrechtlichen Konstruktion aus der Zeit der Aufklärung können geradezu als unmittelbare Vorläufer der konstruktiven Lehrart des 19. Jahrhunderts bezeichnet werden. Das gilt vor allem für die axiomatische Methode des Heineccius, die bei der Behandlung jedes Rechtsinstituts die Definition an die Spitze stellt, daraus dann Axiomata deduziert und aus diesen wieder die Einzelheiten ableitet; es wird z. B. aus dem Begriffe der Ehe das Axiom der Konsensehe entwickelt, und hieraus werden allerhand weitere Schlüsse für die Einzelheiten gezogen. Dahin gehört aber auch die logisch-demonstrative Methode Christian Wolffs und seiner Schule und endlich die Lehre von der Natur der Sache als Mittel zur Ausfüllung von Rechtslücken, eine Lehre, die wir am Ende der Aufklärungsperiode bei R u n d e im deutschen Privatrecht, bei K l e i n s c h r o d im Strafrecht, bei G ö n n e r im Staatsrecht finden. Gerade diese Methoden haben, was Landsberg in seiner

Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft²⁷ sehr fein beobachtet und herausgearbeitet hat, die Brücken gebildet, die vom abstrakten Vernunftrecht des 18. Jahrhunderts zur Konstruktionsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts herübergeführt haben.

Alle jene im einzelnen sehr verschiedenen Arten der Rechtsdarstellung und Rechtsfindung können mit keiner bestimmten Philosophie in Zusammenhang gebracht werden. Im Gegenteil, sie versuchen sich alle mit den Weltanschauungen und Erkenntnisformen ihres Zeitalters in Einklang zu setzen. Sie stehen ebenso mit dem Begriffsrealismus der Scholastik in Verbindung wie mit der abstrahierenden Richtung der Aufklärung und des kantischen und nachkantischen Idealismus, wie endlich mit der positivistischen Verengerung des allgemeinen Denkens in den letzten Menschenaltern, mit einer Denkweise, die nicht über den Stoff hinaussieht und nur für gültig hält, was sie aus dem Stoffe herausziehen kann. Gemeinsam haben alle Spielarten der Konstruktionsjurisprudenz nur eine gedankliche Grundlage. Es ist eine, wenn ich so sagen darf, juristische Berufsanschauung. Die konstruktive Methode will dem Bedürfnisse des Theoretikers und Praktikers entgegenkommen, *Gewißheit* über die Rechtssätze zu schaffen, nach denen sich das gesellschaftliche Leben zu richten hat. Rechtswissenschaft ist notwendig zur Beruhigung des vom Rechte in seinen Interessen getroffenen Bürgers, sowie zur Beruhigung des Gewissens des Rechtsforschers und der rechtsprechenden Obrigkeit. Die Unfehlbarkeit aber des logischen Schlusses, die Evidenz seiner Ergebnisse, scheint allein imstande zu sein, jene Beruhigung zu schaffen. Und so glaubte man die beste juristische Methode zu finden in der Operation mit kristallscharfen Begriffen und granitharten Deduktionen, die eine feste Berechenbarkeit der Resultate verbürgt.

Daher auch der beliebte Vergleich der Jurisprudenz mit der Mathematik, die Bezeichnung der Rechtsfindung als „Rechnen mit Begriffen“, die Forderung, daß die Rechtslehre einem jeden das Seine „mit mathematischer Genauigkeit“ zu bestimmen habe. Die Verwandtschaft der Rechtswissenschaft mit der Mathematik ist von *Leibniz* bis *Wolff* und *Kant* immer wieder behauptet worden. Andeutungen darüber finden sich sogar bei *Savigny*. Aber auch in neuerer Zeit tritt der Gedanke namentlich bei den Philosophen, so bei *Wundt* und bei *Cohen* auf, und *Kelsen*, der Schüler Cohens, nennt die Jurisprudenz eine Geometrie der tota-

27 [Ernst Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 4 Bde., München 1890–1910].

len Rechtserscheinungen,²⁸ wenn er auch zugibt, daß das Gleichnis nicht in allen Punkten zutreffe. Es hat eine Zeit gegeben, in der man die Sache ganz wörtlich genommen und sogar staatsrechtliche Fragen durch Rechenexempel zu lösen versucht hat. Ein berühmter Streit drehte sich darum, ob bei einem Dissens zwischen den drei Kurien des alten Reichstags der Kaiser der Mehrheit beitreten und ihre Beschlüsse zum Reichsgesetze erheben, ob er also z. B. mit Kurfürstenkollegium und Reichsfürsten zusammen über ein entgegenstehendes Votum der Reichsstädte hinweggehen könne. Hierbei stützten sich manche auf die von Reinkingk verteidigte Lehre, daß Kaiser und Reichstag die Majestät pro partibus indivisis besäßen, der Kaiser also eine Hälfte, jeder der drei Stände ein Sechstel inneha-be. Daraus leitete man dann mit mathematischer Sicherheit ab, daß der Kaiser und zwei Reichsstände zusammen mit zehn Zwölfteln, ja sogar, daß der Kaiser, wenn er nur einen Stand auf seiner Seite habe, mit acht Zwölfteln mehr müsse ausrichten können als die restlichen zwei oder vier Zwölftel. Noch P ü t t e r hat sich gegen solchen Unfug zur Wehr setzen müssen.

Wie steht es nun aber in Wirklichkeit mit der apodiktischen Gewißheit, die mit der intellektualistischen Methode der formalen Logik erzielt werden soll? Sie ist nicht mehr als ein trügerischer Schein. Noch kein Jurist hat mit ihr allein ein vernünftiges Ergebnis erzielt, und es ist Selbstbetrug, wenn er glaubt, mit ihr allein zum Ziele gekommen zu sein. Denn die scheinbar rein logische Analyse und Synthese der Begriffe kann, wenn anders sie sinnvoll sein soll, ohne Unterstützung durch Werturteile gar nicht vorgenommen werden. Es würde kein logisches Fehlurteil sein, wenn man den Vertrag, durch den sich jemand die Benutzung einer Theaterloge sichert, als einen Mietvertrag konstruieren wollte. Daß man es nicht tut, liegt daran, daß man bei jenem Vertrage nicht das Sitzen in der Loge, sondern das Schauen und Hören der Vorstellung als das Wesentliche betrachtet. Was aber wesentlich oder unwesentlich ist, läßt sich nur durch ein Werturteil feststellen. Selbst bei ganz einfachen Subsumtionen kommen wir häufig ohne Zweckerwägungen und Werturteile nicht aus. In der früheren Reichsverfassung war bestimmt, daß für die „Bekleidung“ der Truppen die Grundfarben und der Schnitt der preußischen Armee maßgebend seien. Ob die Offiziershandschuhe zur Bekleidung gehörten oder nicht, und ob die Einführung brauner, statt weißer Handschuhe in der preußischen Armee von den andern Kontingenten nachgeahmt werden mußte, desgleichen ob man die Handschuhe unter den Begriff der „Ausrüstung“

28 [Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911, S. 93].

zu stellen hatte, von der eine andere Stelle der Verfassung sprach – ich glaube, die Frage hat in der Tat Kopfzerbrechen gemacht –, das ließ sich nicht aus einem mit den Mitteln der Logik gefundenen Begriffe der Kleidung oder Ausrüstung, sondern nur unter Zuhilfenahme von Zweckerwägungen entscheiden. Erst recht sind aber die aus Anlaß einer juristischen Konstruktion vorgenommenen Begriffsbildungen und Begriffseinordnungen nicht ohne teleologische Zutaten zu vollziehen. So ergibt es sich denn leicht, daß der Konstruierende dazu verführt wird, in einen Begriff von Anfang an hineinzulegen, was er nachher aus ihm herausziehen möchte, daß er also bona fide ein gewünschtes Ergebnis erschleicht. Gerade im Staatsrechte lassen sich Hunderte von Konstruktionen finden, bei denen in solcher Weise ein als nützlich erachtetes Resultat herbeigeführt wird. Ein Beispiel statt vieler: Ein junger Staatsrechtslehrer beschäftigte sich einst mit der schon vorhin berührten Frage, ob die Abdankung des Monarchen der Gegenzeichnung eines Ministers bedürfe. Sie bedarf ihrer nur, wenn sie ein Regierungsakt ist. Um sie nun als solchen erscheinen zu lassen, zerlegte sie der Jurist in zwei Akte: den Antrag des Monarchen an den Staat, ihn aus seiner Stellung zu entlassen – diesen Antrag stellt der Herrscher als Individuum –, und die Gewährung der Entlassung – diese nimmt er als Staatsorgan vor. Was er aber in dieser Eigenschaft tut, ist kontrasignaturbedürftig. Eine so gekünstelte Konstruktion wird wenige befriedigen. Der Jurist wäre auch nie auf sie verfallen, wenn er nicht mit aller Gewalt zu einem in seinen Augen politisch notwendigen Ergebnisse hätte gelangen wollen. In Wirklichkeit ist die Abdankung eine Erklärung, die der Monarch nicht namens des Staats, sondern gegenüber dem Staate abgibt, sie ist also ganz sicher kein Regierungsakt. Will man sie also, dem Wortlaute der Verfassung zuwider, an eine Gegenzeichnung binden, so läßt sich das *vielleicht* dadurch bewirken, daß man unter Zuhilfenahme politischer Interessenwertungen den Rechtssatz der Verfassung, der sich nur auf echte Regierungsakte bezieht, analog auf Fälle ausdehnt, in denen es angemessen erscheint, daß eine das Staatswohl stark berührende persönliche Entschließung des Staatsoberhauptes ebenso behandelt wird wie ein Regierungsakt. Ich glaube freilich nicht, daß die Analogie in diesem Falle berechtigt sein würde, weil ich es gerade im Staatsinteresse für unbedingt geboten halte, das Staatsoberhaupt ganz frei darüber entscheiden zu lassen, ob es sein Verbleiben im Amte oder sein Ausscheiden für notwendig erachtet.

Die konstruktive Begriffsjurisprudenz im Staatsrechte hat sich aber nicht nur bei bescheidenen Einzelfragen bewußt oder unbewußt mit politischen Zweckerwägungen verbunden. Es ist keine Übertreibung, wenn

ich sage, daß die Mehrzahl der für das Staatsrecht maßgebend gewordenen Staatstheorien, die ja größtenteils juristische Konstruktionen gewesen sind, im Hinblick auf politische Ziele aufgestellt und zur Rechtfertigung politischer Akte verwendet worden ist. Die Lehren vom Staats- oder Gesellschaftsvertrage, von der Souveränität, von der Gewaltenteilung sind nicht nur Erzeugnisse theoretischer Spekulation, sondern von Anbeginn Stützen für staats- oder kirchenpolitische Bestrebungen gewesen. Dies läßt sich bis in die neueste Zeit verfolgen. Die Lehre von der juristischen Persönlichkeit des Staats wie ihr Gegenstück, die privatrechtliche Staatskonstruktion, waren, was schon Albrecht richtig gesehen hat, Programmstücke politischer Parteien. Die Konstruktion des Monarchenrechts als eines eigenen Rechts an der Staatsgewalt, der Begriff des Trägers der Staatsgewalt, die Formulierung des Bundesstaatsbegriffs sind als Krücken für politische Bewegungen verfertigt oder doch benutzt worden. Selbst Labands Lehre vom Gegensatze des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne,²⁹ scheinbar politisch ganz neutral, ist in Gedanken an den preußischen Budgetkonflikt der sechziger Jahre entstanden, hatte sicher eine politische Tendenz, und die Leidenschaftlichkeit, mit der sie von Hänel³⁰ bekämpft wurde, besaß einen politischen Hintergrund. In Labands Reichsstaatsrecht hat Gierke mit Recht einen „unverkennbar absolutistischen Zug“ erblickt, und etwas Ähnliches ließe sich auch in Ottomayers³¹ angeblich ganz unpolitischen verwaltungsrechtlichen Konstruktionen entdecken.

Freilich in allen diesen Fällen hat sich schließlich gezeigt, daß sich aus Begriffen die widersprechendsten Folgerungen ziehen lassen, weil man die Begriffe, ohne logisch falsch zu verfahren, weiter oder enger fassen kann, und weil ihre sogenannte „Richtigkeit“ meist nur von der Breite des Induktionsbodens abhängt, aus dem sie entsprossen sind. Auf den Staatsvertrag hat Hobbes seinen Staatsabsolutismus ebenso zu stützen vermocht wie die Monarchomachen oder Milton und Sidney ihr Widerstands- und Absetzungsrecht und wie Rousseau seine demokratische Lehre. Die organische Staatstheorie konnte von Goenner als Ausgang für absolutistische, von den Romantikern für feudaliständische, von Hugo Preuß für demokratische Folgerungen benutzt werden. Den Souveränitätsbegriff hat Bodin so formuliert, daß er eine außen- und innenpoliti-

29 [Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, Tübingen 1877, S. 1 ff. (§ 56); ders., Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde, Berlin 1871].

30 [Albert Hänel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888].

31 [Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., Leipzig 1895/96].

sche Stütze für das französische Königtum bildete. In Deutschland modelte man ihn um, damit man aus ihm das Widerstands- und Bündnisrecht der Reichsstände entwickeln konnte; Reincking, der den Kaiser hiergegen schützen wollte, leitete seinen Souveränitätsbegriff aus einer dafür günstigen Formel der Postglossatoren ab. Je nachdem man die Majestas so oder so konstruierte, wurde das Recht des Kaisers, dem Reichshofrate eine mit dem Reichskammergerichte konkurrierende Stellung anzuweisen, von den einen anerkannt, von den andern bestritten. Die Rheinbundsfürsten nahmen eine gewaltsame Verrenkung des Souveränitätsbegriffes vor, um ihre Landstände zerbrechen zu können, und die Formel, mit der die Wiener Schlußakte von 1820 das monarchische Prinzip auf die Souveränität der Fürsten zurückführt, ist ein klassisches Beispiel für eine politisch beeinflusste juristische Konstruktion. „Da der Deutsche Bund“, heißt es dort, „aus souveränen Fürsten besteht, so muß dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge die gesamte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleiben.“ Die Konstruktion des Bundesstaats war immer abhängig von der Begriffsbestimmung der Souveränität, und je nachdem man die Souveränität als Begriffsmerkmal des Staats behauptete oder leugnete, konnte man die Möglichkeit eines Bundesstaats überhaupt verneinen oder bejahen. Neuerdings halten es viele für ausgeschlossen, ein Völkerrecht auch nur zu denken, ehe nicht der hinderliche Souveränitätsbegriff über Bord geworfen ist,³² während ich mich für meine Person anheischig mache, die Souveränität der Staaten, natürlich so wie ich sie konstruiere, geradezu als Voraussetzung für ein zwischenstaatliches Recht zu erweisen.

So zeigt sich, daß die normlogische Staatsrechtsschule ganz mit Recht behauptet, es habe die bisherige Doktrin politische Zweck- und Wertgedanken für ihre Begriffsbildungen mitverwendet, und zwar oft im Widerspruche mit ihrer methodischen Grundauffassung. Nur ziehen wir aus dieser Tatsache einen anderen Schluß als der intellektualistische Purismus. Wir sind nicht der Meinung, daß die teleologische Erwägung aus der Rechtswissenschaft zu verbannen sei. Wir denken vielmehr, daß sie, statt sich hinter der Maske des Logischen zu verbergen, in voller Offenheit ihren Platz in der Rechtslehre suchen und behaupten müsse. Da das Recht selbst nichts ist als ein Komplex von Werturteilen über Interessenkonflikte, so ist die teleologische Methode die dem Gegenstande der Rechtswissenschaft adäquate Methode. Auch im Staatsrechte scheuen wir daher

32 [Das zielt wohl gegen Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920].

nicht, sondern fordern wir die Verbindung der politischen Erwägung mit der logisch-formalen Begriffsarbeit. Wir ziehen zwar heute einen schärferen Trennungsstrich zwischen rein politischen und rechtlichen Erwägungen, als es die liberale Publizistik zur Zeit der Rotteck und Welcker, die konservative durch Stahl und andere getan hat; wir wünschen keine Rückkehr der Tage, in denen man Staatsrecht durch Politik ersetzte. Erst recht verabscheuen wir es, wenn politische Tendenz das geltende Recht verfälschen will. Aber wir gehen dem Politischen so wenig aus dem Wege, daß wir uns sogar außerstande erklären, das Recht ohne Rücksicht auf das Politische auszulegen. Dabei sind wir weit davon entfernt, die juristische Konstruktion als solche zu verachten. Im Gegenteil, wir erkennen in ihr, vielleicht nicht das einzige, aber doch ein wertvolles, bisher jedenfalls noch nicht übertroffenes Mittel zur Systembildung, ohne das wir uns eine Herrschaft über den Stoff schwerlich hätten erobern können. Gerade wir Publizisten haben ihr in dieser Richtung vieles zu verdanken. Die konstruktive Methode Otto Mayers hat uns die schier unübersehbare Masse des Verwaltungsrechts erst recht eigentlich wissenschaftlich meistern lassen. Wir beugen uns also vor der *verstehenden* Konstruktion. Wir schätzen die Konstruktion sogar, wenn auch mit einigem Vorbehalt, soweit sie eine Vorbereitung sein will für die zweite Hauptaufgabe des Juristen, für die Ergänzung des Rechtsstoffs durch Gewinnung neuer Rechtssätze. Denn sie liefert uns bequeme Schubfächer, in denen wir die zu prüfenden Rechtsercheinungen vorläufig unterbringen können, ehe wir sie nach Grundsätzen wertender Interessenabschätzung endgültig beurteilen. Die Konstruktion kann uns also als „Subsumtions- und Analogiehypothese“ dienen. Aber wenn sie eine größere als diese heuristische Rolle spielen will, wenn sie sich anmaßt, selber *Lücken füllende* Funktionen zu übernehmen, oder wenn sie sich gar gebärdet, die allein seligmachende Methode zu sein, dann werfen wir ihr den Fehdehandschuh hin.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Zweckjurisprudenz der Gefahr ausgesetzt und zuweilen sogar unterlegen ist, einem flachen Relativismus oder einem rohen Utilitarismus zu verfallen; selbst Ihering ist der Gefahr nicht immer entronnen. Vor allem für das Staatsrecht scheint eine Methode bedenklich zu sein, die alle Auslegung und Lückenfüllung auf Wertungen stützt. „Ein Staat“, sagte Gerber, „der auf Meinungen gegründet ist, kann nur eine unsichere und schwankende Existenz haben.“³³ Allein ist denn das formallogische Verfahren weniger auf „Meinungen“ gestützt? Es ist

33 [Carl Friedrich v. Gerber, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen 1852, S. 27: „Ein Staat, der nicht auf Rechte, sondern auf Meinungen....“].

kein Zweifel – und das bitte ich namentlich Sie, meine Herren Kommilitonen, stets zu bedenken –, daß gar manche in der Tracht des rein Juristischen wandelnde Begriffe und Axiome des öffentlichen Rechts nichts anderes sind als Ausdrucksformen politischer, ja parteipolitischer Tendenzen. Aber die teleologische Jurisprudenz ist gezwungen, Farbe zu bekennen. Sie macht kein Hehl daraus, daß ihre Ergebnisse abhängig sind von Werturteilen. Denn eine Interessenjurisprudenz, die sich zur Aufgabe setzt, Interessen gegeneinander „abzuwägen“, muß, wenn sie nicht auf halbem Wege stecken bleiben will, die Maßstäbe nennen, nach denen sie die Abwägung vollzieht. Die Zweckjurisprudenz macht indessen, meist sogar dem ungeschulten Auge, deutlich, wo sie sich an der Grenze der subjektiven und der objektiven Interessenwertung befindet. Daß freilich ihre Aufgabe darin besteht, die Maßstäbe, an die sie sich hält, in der Sphäre des Objektiven zu suchen, steht fest. Wir alle sind dem Irrtum unterworfen, und es kann uns begegnen, daß wir subjektives Meinen mit objektivem Gelten verwechseln. Aber solcher Irrtum ist leichter aufzudecken als der Fehler einer logischen Konstruktion. Unsere Pflicht sehen wir jedenfalls im Staatsrechte wie im Privatrechte – denn es gibt nur eine juristische Methode –, unsere Pflicht sehen wir darin, daß wir uns bei Auslegung und Lückenfüllung zunächst an die Wertungen halten, die wir im Gesetze ausgedrückt sehen. Läßt uns dieses im Stich, so sind wir verpflichtet, die Maßstäbe anzulegen, die wir im Rechtsbewußtsein der rechtlich verbundenen Gemeinschaft finden. Selbst wenn wir einmal am letzten Ende in die eigene Brust greifen, wenn wir, wie es die klassisch gewordene Vorschrift des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs³⁴ fordert, nach der Regel entscheiden, die wir als Gesetzgeber aufstellen würden, so handeln wir doch nicht nach individueller Willkür. Auch der Gesetzgeber hat seine Normen nicht nach Willkür, sondern nach sachlich begründeter Erwägung aufzustellen. So sollte es vielleicht noch besser heißen: wir entscheiden im Notfalle so, wie wir als Gesetzgeber entscheiden müßten. Unser Bewußtsein ist ja doch nur ein Teil eines überindividuellen Geistes. Greifen wir in unsere Brust, so greifen wir zugleich nach ewigen Sternen. Auch für die Interessenjurisprudenz bleibt der oberste Leitstern die Rechtsidee, die ewige Gerechtigkeit. Ihr allein zu dienen, ist unsere Pflicht, ihr treu zu dienen, soll unser Gelöbnis sein.

34 [Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, § 1].

Text 11

Die Staatsverfassung und die politischen Parteien. Rektoratsrede¹

Vorwort

Die nachfolgenden Ausführungen geben den Inhalt einer Rektoratsrede wieder, die ich am 3. August 1927 in der Aula der Berliner Universität bei der Feier gehalten habe, welche, wie in jedem Jahre, zur Erinnerung an König Friedrich Wilhelm III., den Stifter der Universität, veranstaltet worden ist. Dem von verschiedenen Seiten geäußerten Wunsche, die Rede durch eine Veröffentlichung im Buchhandel weiteren Kreisen zugänglich zu machen, glaubte ich trotz mancher Bedenken nicht entgegentreten zu sollen. Dagegen habe ich der Versuchung, bei dieser Gelegenheit manches breiter darzulegen, was in einem Vortrage nur angedeutet werden konnte, ohne Schwanken widerstanden. Denn wenn ich einmal ans Ergänzen gegangen wäre, hätte es vermutlich kein Halten mehr gegeben, und aus der Rede wäre ein Buch geworden. Dies zu schreiben, bin ich zur Zeit, mit anderen Aufgaben beschäftigt, nicht imstande.

Berlin, im Dezember 1927

I.

Nach einem alten, uns ehrwürdig gewordenen Brauche feiern wir auch in diesem Jahre den Geburtstag des königlichen Stifters der Berliner Universität. Nach ihm ist unsere Hochschule genannt, sein Name prangt in golde-

1 [Öffentlich-rechtliche Anhandlungen, Heft 10, Berlin 1928; Rektoratsrede vom 3. August 1927; Triepel war zum damaligen Zeitpunkt Mitglied der DNVP. Reden zur Gedächtnisfeier des Stifters der Berliner Universität wurden in der Weimarer Republik noch ziemlich regelmäßig gehalten. Der Theologe Karl Holl beispielsweise sprach 1925 „Über Begriff und Bedeutung der ‚dämonischen Persönlichkeit‘“. Triepels Nachfolger, der Altphilologe Eduard Norden, sprach 1928 über „Heldenehrungen“. Danach gab es mehrere Jahre keine Gedächtnisreden. Der erste nationalsozialistische Rektor Eugen Fischer sprach dann aber 29. Juli 1933 auf der Erinnerungsfeier über den „Begriff des völkischen Staates, biologisch betrachtet“ .].

nen Lettern über dem Portale des stattlichen Hauses, das er uns zu Eigentum gegeben hat. Sein Bildnis ist unserm Siegel und der Schaumünze an der Amtskette des Rektors eingeprägt. So ist uns schon in äußeren Zeichen die Erinnerung an Friedrich Wilhelm III. immer lebendig, an einen Herrscher, der gewiß nicht zu den größten der preußischen Könige, aber sicher zu ihren redlichsten und gütigsten gehört hat. Unverlöschlich ist aber auch unser Dank für die Tat, – denn es war eine Tat –, die in einer Zeit drückendster Not des Vaterlandes die Grundlagen und den Rahmen für eine der vornehmsten Bildungsstätten der Nation geschaffen hat.

In der berühmten Denkschrift vom Juli 1809, in der Wilhelm von Humboldt² dem Könige den Antrag auf Begründung der Universität vorlegte, sprach er die Überzeugung aus, die preußische Politik, die trotz aller Bedrängnisse fortfahre, die wissenschaftlichen Einrichtungen zu unterstützen und zu verbessern, werde auf ganz Deutschlands intellektuelle und moralische Richtung den entschiedensten Einfluß ausüben. Wir Heutigen bewundern in solchen Worten nicht nur und nicht einmal in erster Linie den Scharfblick und die Sehergabe des Staatsmannes, sondern vor allem die schlichte Sicherheit, in der sich der Glaube des preußischen Patrioten an die Unzerstörbarkeit der sittlichen Kräfte seines Staates auszudrücken vermochte. In dieser Zuversicht aber war der König eins mit seinem Minister. Glücklich das Volk, dessen Führer nicht allein stark sind im Wollen, sondern die auch von dem lebendig machenden Glauben an die Zukunft der Nation und des nationalen Staates getragen werden!

Wie die preußische Politik nach der Katastrophe von 1806, so hat sich auch die deutsche Politik nach dem Zusammenbruche von 1918 zur Aufgabe gestellt, durch geistige Kräfte zu ersetzen, was uns an physischen verlorengegangen ist.³ Es ist heute noch nicht an der Zeit, ein Urteil darüber zu fällen, ob die deutsche Kulturpolitik in den Jahren nach der Revolution der preußischen zu Anfang des vorigen Jahrhunderts ebenbürtig ist an Tiefe der Problemerkfassung, wie an Sicherheit in Setzung der Ziele und Wahl der Mittel. Aber so verschieden auch im einzelnen über diese oder jene Maßregel gedacht werden mag, so wird doch immer rühmlich bleiben der Ernst und die Energie, mit der auf jenem Gebiete die Arbeit in Angriff genommen worden ist. Die Opferwilligkeit der staatlichen Gewalten in

2 [Wilhelm von Humboldt, Antrag auf Errichtung der Universität Berlin, in: ders., Werke in fünf Bänden, hrsg. Andreas Flitner / Klaus Giel, Darmstadt 1964, Bd. IV, S. 113–120].

3 [Anlehnend an eine ungesicherte Formulierung Friedrich Wilhelms III.; dazu vgl. Max Lenz, Geschichte der Universität zu Berlin. Bd. I, 1910, S. 78 f.].

Reich und Ländern, in den Grenzen natürlich der durch die Verhältnisse eingengten Opferfähigkeit, ist heute gewiß nicht geringer als vor hundert Jahren, und namentlich die deutschen Universitäten haben trotz der großen Zahl unerfüllter Wünsche doch immer noch Grund zur Dankbarkeit. Die Furcht, daß der Bestand der einen oder der anderen Hochschule der Rücksicht auf Sparsamkeit im Staatshaushalte zum Opfer gebracht werden würde, hat sich zum Glück als unbegründet erwiesen.

Ja, in gewisser Hinsicht gehen die Bemühungen um Förderung der geistigen Kultur heute mehr in die Breite, als es vor hundert Jahren sein konnte. Der Anteil nämlich, den die Gesellschaft an der Sicherung des geistigen Besitzstandes des Volkes nimmt, ist größer als einst. Zwar hat auch Humboldt schon gelehrt, die Nation werde selber aufgeklärt und gesitteter werden, wenn sie zur Begründung der Aufklärung und Sittlichkeit in der heranwachsenden Generation tätig mitwirke; sie werde am Schulwesen mehr Interesse nehmen, wenn dieses auch in pekuniärer Hinsicht ihr Werk und ihr Eigentum sei. Aber für die finanzielle Ausstattung der Universitäten, wenigstens für die neu zu begründende Berliner Hochschule, zog er hieraus doch nur die eine Folgerung, daß ihr Unterhalt nicht aus den königlichen Kassen, sondern aus bestimmten, ihr als Eigentum zu überweisenden Domänen bestritten werden sollte. Würde seine Forderung nicht alsbald von seinem Nachfolger Schuckmann hintertrieben, sondern erfüllt worden sein, so hätte dies für sich allein die Hochschule schwerlich in ein näheres Verhältnis zur Nation gebracht. Heute sehen wir nun, wie diese Nation, oder um deutlicher zu sprechen, wie die Kreise der Gesellschaft, die dazu in der Lage sind, dem Staate freiwillig zur Hand gehen, um aus Eigenem der wissenschaftlichen Forschung auf Universitäten und anderen hohen Schulen die äußeren Mittel zu liefern, deren diese bei der technisch verfeinerten und auf technische Behelfe mehr als jemals angewiesenen Art ihrer Arbeit nicht entraten können. Daß dies heute möglich ist, während es vor hundert Jahren unmöglich gewesen wäre, erklärt sich zwar leicht aus den ökonomischen und sozialen Umschichtungen, die sich in der Zwischenzeit vollzogen haben. Aber die Tatsache als solche ist doch immerhin auf unserem Gewinnkonto zu buchen.

Man darf allerdings nicht außer Augen lassen, daß die neue Form, in der sich der Anteil der Gesellschaft am Gedeihen der Wissenschaft bekundet, auch ihre Gefahren hat. Nicht jede Stiftung zugunsten der Wissenschaft geschieht aus reiner Freude an reiner Wissenschaft. Mancher, der etwas gibt, will auch etwas dafür haben. Dabei braucht noch nichts Schlimmes zu sein. Im Gegenteil. Wenn etwa die chemische Industrie bedeutende Mittel zur Errichtung oder Erhaltung chemischer Forschungsinstitute auf-

bringt in der Absicht, sich selbst damit zu fördern, so ist das nicht nur unbedenklich, sondern es kommt sogar der Allgemeinheit in hohem Grade zugute, und dies selbst dann, wenn die Geldgeber die Forschung nach bestimmten Zielen hinzulenken bestrebt sind. Aber es liegt wesentlich anders, wenn auf den Gebieten der Geisteswissenschaften dem Gelehrten eine Unterstützung gegeben wird, um ihn mehr oder weniger deutlich in eine Richtung zu steuern, die bestimmten wirtschaftlichen, sozialen, außen- oder innenpolitischen Strebungen genehm ist. Hier muß zum Fluche ausschlagen, was ein Segen sein könnte. Als sich Schuckmann dagegen wandte, daß unsere Universität mit Domanalbesitz ausgestattet werde, sprach er die zynischen Worte: „Wie exaltiert auch die Köpfe sein mögen, so behalten doch die Mägen immer ihr Recht gegen sie ... Wem die Herrschaft über die Mägen bleibt, der wird auch mit den Köpfen fertig.“⁴ Die Anstalten der Bildung, das war die Meinung, müssen allein unter der Herrschaft des Staates, also auch in unmittelbarster finanzieller Abhängigkeit vom Staate stehen. Das war das genaue Gegenteil von den Ideen Humboldts,⁵ dessen letzter Plan gerade dahin ging, das gesamte Erziehungswesen aus der Umklammerung durch den Staat zu lösen und alle Schulen, wie er einmal schrieb, „bloß von der Nation besolden zu lassen.“ Allerdings dachte sich Humboldt unter der „Nation“ etwas anderes und Einheitlicheres als eine durch den Kampf vielspältiger Interessengruppen aufgelockerte Gesellschaft. Und ihn würde ein Grauen befallen haben, wenn er sich hätte vorstellen können, daß die „Besoldung“ der Schulen an Stelle des Staates von mannigfachen Interessentenverbänden, vielleicht von solchen, die sich mit politischen Parteien decken oder mit ihnen verschwistert sind, besorgt werden sollte.

Wir werden uns alle darüber einig sein, daß die Wissenschaft ihren Adel verlieren müßte, wenn sie in wirkliche Abhängigkeit von politischen Parteien geriete. Deshalb drängt sich die bange Frage auf, ob nicht solche Abhängigkeit in der Gegenwart beinahe unvermeidlich geworden ist. Zwar finden wir in den Grundrechten auch der neuesten Verfassungen den tröstlichen Satz: „Die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei.“ Allein weder Forschung noch Lehre können die Förderung, ja die Unterhaltung durch

4 [Zitat, wie auch die Konfrontation Humboldt/Schuckmann evtl. angeregt von Adolph Wagner, *Die Entwicklung der Universität Berlin 1810–1896*, Berlin 1896, S. 10].

5 [Dazu vgl. Wilhelm v. Humboldt, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*. Kap. VI: Über öffentliche Staatserziehung, in: *Werke in fünf Bänden*, hrsg. Andreas Flitner / Klaus Giel, Darmstadt 1960, Bd. I, S. 103 ff.].

persönliche Kräfte und sachliche Mittel entbehren, die der Staat zur Verfügung stellt. „Der Staat nimmt an ihrer Pflege teil“, sagt die Weimarer Verfassung. Und so müßte die gestellte Frage, die für uns eine Schicksalsfrage ist, bejaht werden, wenn es zuträfe, daß der moderne Staat und insbesondere der deutsche, die Natur eines Parteienstaats, wie der neueste Ausdruck lautet, angenommen habe, d. h. eines Staats, der die politischen Parteien so fest in seine Organisation einbaut, daß staatliches Wollen und Handeln in entscheidenden Dingen immer auf Wollen und Handeln von Parteigemeinschaften beruht. Ist das richtig? Ich möchte heute allein auf diese letzte, wenn ich so sagen darf, präjudizielle Frage eine Antwort suchen, und werde es den Hörern überlassen, die für uns wichtigen Folgerungen im stillen zu ziehen. Mein Thema lautet also: Das Verhältnis von Staat und Partei, oder genauer von staatlicher Verfassung und politischer Partei. Es ist freilich ein weites Feld, auf das wir uns damit begeben, und wir werden es nur mit flüchtigen Schritten durchmessen können.

II.

Geschichtlich angesehen, hat sich das Verhalten des Staats gegenüber den politischen Parteien in einer vierfachen Stufenfolge bewegt. Wir können von einem Stadium der Bekämpfung, dann von einem Stadium der Ignorierung sprechen. An dieses schließt sich die Periode der Anerkennung und Legalisierung, und als letzte würde die Ära der verfassungsmäßigen Inkorporation folgen, die uns freilich zunächst noch in Existenz und Eigenart problematisch ist.

Diese Entwicklung hat sich in einer verhältnismäßig kurzen Zeitspanne, nämlich in nicht viel mehr als einem Jahrhundert, vollzogen. Denn die politischen Parteien in dem Sinne, wie wir den Begriff heute verstehen, sind fast nirgends älter als ein Jahrhundert. Natürlich hat es politische Parteien als Gesinnungsgemeinschaften von jeher gegeben, und auch Parteien im Sinne von Gruppen, die ein gemeinsames auf den Staat bezogenes Interesse einem Gegner gegenüber zu verwirklichen streben, finden sich in jedem Zeitalter und in jeder Staatsform. Aber die politische Partei, wie wir sie uns heute denken, als eine in fester Form vereinsmäßig gestaltete Kampfgenossenschaft, die zur Erreichung politischer Ziele eine Macht über den Staat zu gewinnen strebt, ist doch erst ein Erzeugnis der modernen Repräsentativverfassung. Die politische Partei setzt eine Volksvertretung als Kampffeld und ein parlamentarisches Wahlrecht als Kampfmittel voraus.

Daher denn die Geschichte der englischen Parteien etwa im Zeitalter der glorreichen Revolution, die Geschichte der amerikanischen Parteien mit der Entstehung der Verfassung der Vereinigten Staaten, die Geschichte der Parteien des kontinentalen Europa mit den auf die französische Revolution zurückgehenden Verfassungsbildungen anhebt.

Bei diesem Zusammenhange zwischen Repräsentativverfassung und Parteienentwicklung könnte es auf den ersten Blick überraschen, daß sich der konstitutionelle Staat, jedenfalls auf dem europäischen Festlande und namentlich in Deutschland, amtlich und offiziell dem Parteiwesen vorerst ablehnend gegenüberstellt. Man ist versucht, zu denken, daß die Parteibildung, wie sie die Repräsentativverfassung zur Voraussetzung hat, so andererseits deren notwendige Folge darstelle. In Wahrheit ist, wie wir noch sehen werden, Parteibildung und Parteiherrschaft nur mit einer ganz bestimmten, aber nicht mit jeder Auffassung und Ausprägung des Systems der Volksvertretung verknüpft. Es gab und gibt Wahlsysteme, die ohne Anteilnahme und Wahlkämpfe politischer Parteien funktionieren können. In der Jugendzeit des süddeutschen Konstitutionalismus finden wir nur ganz schüchterne Ansätze einer politischen Parteibildung, und noch im Jahre 1848 sind zur deutschen Nationalversammlung in vielen Wahlkreisen Abgeordnete als Männer allgemeinen Vertrauens gewählt worden, ohne von einer organisierten Partei als Kandidaten aufgestellt gewesen zu sein. Wenn dem aber so war, so konnten sich die Regierungen, während sie das parlamentarische Wesen notgedrungen dulden mußten, dem Parteiwesen erfolgreich widersetzen. Noch in der Mitte des 19. Jahrhunderts hat die parteifeindliche Politik der deutschen Bundesregierungen durch die bekannten, übrigens dem französischen Rechte entlehnten „Verbindungsverbote“ die politischen Vereine überhaupt und die organisierten Parteien insbesondere in der Entfaltung ihrer Kräfte empfindlich hemmen können. Die polizeistaatlich befangenen Anschauungen der Bureaukratie, die eine selbständige Parteipolitik als unzulässige Einmischung in das Vorbehaltsgebiet obrigkeitlicher Betätigung empfand, begegneten in jener Zeit nicht einmal einem starken Widerspruche der öffentlichen Meinung, sogar nicht in den Landtagen. Es mutet uns heute wie ein Märchen an, wenn wir hören, daß im hessischen Landtage vom Jahre 1834 Heinrich von Gagern mit knapper Not einem Ordnungsrufe entging, nachdem er die Regierung als Repräsentantin einer Partei bezeichnet und empörte Entgegnungen der schwer beleidigten Regierungsvertreter hervorgerufen hatte. Der deutsche Bürger der Biedermeierzeit betrachtete die Parteien als eine Gefahr für die Ruhe des Staates, ja, er war nicht abgeneigt, das Parteiwesen als eine moralische Verirrung anzusehen. Und war er ein Demokrat,

so konnte er sich auf den Klassiker der demokratischen Lehre, auf Jean Jacques Rousseau, berufen, der die Parteien als ein fremdartiges Einschießel zwischen der Masse der Bürger und ihrer Gesamtheit, als ein Mittel, den allgemeinen Willen zu fälschen, betrachtet hatte.

Freilich, der Bürger und Politiker jener Zeit war in aller Regel kein Demokrat, sondern ein liberaler Mann. Aber gerade die Dogmatik des bürgerlichen Liberalismus, dessen Ideen die neuen Verfassungen geschaffen hatten und in ihrer Entwicklung bestimmten, lehnte das Parteiwesen entweder völlig ab, oder sie bekämpfte doch jedenfalls den Einfluß der Parteiorganisationen auf die Willensbildung der Parlamente mit aller Entschlossenheit.

Nach der Auffassung, die dem System der Volksrepräsentation zugrunde gelegt worden, ist der Volksbote kein Vertreter, kein Mandatar, kein Delegatar seiner Wähler oder seines Wahlkreises, sondern ein Vertreter des ganzen Volkes. Das war bereits im 18. Jahrhundert in England die herrschende Meinung. Dem Einflusse Sieyès, Mouniers, Talleyrands ist es zu danken, daß sich die französische Nationalversammlung in den entscheidenden Juliverhandlungen des Jahres 1789 auf denselben Boden stellte. „Un Député“, sagte Sieyès, „est nommé par un baillage au nom de la totalité des baillages; un Député l'est de la nation entière; tous les citoyens sont ses commettants.“ Daher muß der Abgeordnete ohne Instruktion, ohne imperatives Mandat in die Versammlung kommen. Er ist Herr seiner eigenen Meinung. Und am besten ist es, wenn er sich seine Meinung erst bildet in der Beratschlagung mit den anderen. Aus der freien Diskussion ergibt sich die gemeine Meinung. Diese ist, sagt Sieyès einmal, das Ergebnis eines Drängens und Stoßens, bei dem sich die nützlichen und die schädlichen Ansichten scheiden. Die einen sinken, die anderen bewegen sich fort, bis sie endlich alle gereinigt zu einer einheitlichen Meinung zusammenschmelzen. Diese Anschauung, die Carl Schmitt⁶ mit Recht die geistesgeschichtliche Grundlage des modernen Parlamentarismus überhaupt genannt hat, beherrscht die ganze liberale Doktrin. Wir finden sie bei Burke, Bentham und John Stuart Mill, wie bei Guizot und Benjamin Constant. Auf ihr beruht aber auch das positive Recht des jungen Konstitutionalismus. Auf sie gehen die fast stereotyp gewordenen Sätze der deutschen Verfassungen zurück: „Der Gewählte ist als Abgeordneter nicht des einen Wahlbezirks, sondern des ganzen Landes anzusehen.“ „Die Abgeordneten folgen bei ihren Abstimmungen nur ihrer eigenen gewissenhaften Über-

6 [Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2. erw. Aufl. München 1926].

zeugung; sie sind nicht an Aufträge oder Vorschriften irgendeiner Art und Quelle gebunden.“ Das ist von vornherein und in erster Linie als eine scharfe Absage an alle Parteigebundenheit, an alle Parteidisziplin gemeint gewesen.

Es fehlt auch nicht an technischen Mitteln – sie werden namentlich durch Vorschriften über die parlamentarische Geschäftsbehandlung geschaffen –, um die Parteibildung in der Volksvertretung zu verhindern oder sie zu paralysieren, mindestens sie nicht sichtbar zu machen. In Bayern wie in Sachsen richtete sich die Sitzordnung in der Abgeordneten-kammer nach dem Lose; in den verschiedenen Klassen, aus denen sich die württembergische zweite Kammer zusammensetzte, entschied das Amts- oder das Lebensalter über die Reihenfolge der Sitze. Ähnliche Bestimmungen galten in Sachsen-Weimar-Eisenach, in Kurhessen und anderwärts. Wie man über diese Dinge dachte, zeigt eine Stelle in Robert Mohl's Württembergischen Staatsrecht, wo es heißt: „Die Bestimmung der Sitzordnung ist keineswegs ein zu kleinlicher Gegenstand für eine Verfassungsurkunde, indem dadurch die äußere Abscheidung der politischen Parteien verhindert wird. Eine Vermischung der Angehörigen verschiedener Ansichten wird der Leidenschaftlichkeit weniger Gegenstand und weniger Halt geben, als eine geschlossene Masse derselben. Es wird auch dem einzelnen erleichtert, seiner Überzeugung in den Fällen zu folgen, in welchen er von der Meinung oder von den Beschlüssen seiner Partei abweicht.“⁷ So ist das Zusammensitzen von politischen Fraktionen bei uns erst seit 1848 und erst allmählich zur Regel, aber keineswegs zu einer allgemein gebilligten Einrichtung geworden. Noch im Jahre 1872 schrieb Mohl: die feste Verbindung der einer Parteiabschattung angehörigen Mitglieder einer repräsentativen Versammlung zu einer sog. Fraktion, d. h. zu einem besonders beratenden und die Teilnehmer durch Mehrheitsbeschlüsse bindenden Vereine, sei „ein nach allen Seiten schädlicher Auswuchs und Unfug, ein Beweis von unfertiger staatlicher Erziehung“.⁸ Der Abneigung gegen Fraktionsbildung und Fraktionseinfluß entsprang auch die zuerst in Frankreich aufgekommene, dann in Deutschland vielfach eingebürgerte Einrichtung, daß die Kammern durch das Los in Abteilungen zerlegt wurden, denen man die Vorberatung von Gesetzentwürfen oder die Prüfung von Wahlen anvertraute. Die Institution hat sich der Form

7 [Robert v. Mohl, Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1834, 2. Aufl. Tübingen 1846, Bd. I, S. 723].

8 [Robert v. Mohl, Die Parteien im Staat, in: ders., Encyclopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl. Tübingen 1872, S. 648–658, hier: 654].

nach im deutschen Reichstage bis zur Revolution erhalten. Auch das Verbot, in der Verhandlung Reden abzulesen, die vorher formuliert worden sind, gehört in diesen Zusammenhang; der Abgeordnete hat sich eben seine Meinung in der Beratschlagung im Plenum, nicht in einem Fraktionszimmer zu bilden. Benjamin Constant hielt gerade diese scheinbare Äußerlichkeit für so wichtig, daß er sie zweimal zum Gegenstande ausführlicher Erörterung gemacht hat.

Die Entwicklung des Parlamentarismus hat nun aber allmählich weitab von seinem grundsätzlichen Ausgangspunkte geführt. Die ständig fortschreitende Verstärkung des demokratischen Gedankens hat die Eigenständigkeit des Parlaments, die Originalität seiner in Beratung und Debatte geborenen Beschlüsse, die Unabhängigkeit der Abgeordneten von außerparlamentarischen Einflüssen, die Freiheit von fraktioneller Beherrschung geschmälert und schließlich fast vernichtet. Die Parteiorganisation greift den Parlamentarismus von außen und von innen an. Sie bemächtigt sich des Wählers und treibt ihn mehr und mehr in ihre Netze. Sie bemächtigt sich des Parlamentsverfahrens in allen seinen Stadien und Richtungen. Der Zusammenhang der außerparlamentarischen, Distrikt und Land umfassenden Parteien mit ihren parlamentarischen Exponenten, den Fraktionen, wird immer enger. Die Beschlüsse der Volksvertretungen werden in Beratung und Abstimmung der Fraktionen vorbereitet. Die Diskussion im Plenum, manchmal sogar in den Ausschüssen, wird zur leeren Form. Der Parlamentsbeschluß ist, wenn das Parlament eine homogene Mehrheit besitzt, ein Parteibeschluß, bei Parteizersplitterung ein Parteienkompromiß. Und der Abgeordnete ist nicht mehr ein Vertreter des Volkes, sondern ein Vertreter seiner Partei, er fühlt sich als solcher und handelt als solcher. Von der Freiheit der Überzeugung, der Rede und der Abstimmung ist kaum ein Rest übriggeblieben. Der Abgeordnete ist nicht nur abhängig von der Stimmung seiner Wähler und der außerparlamentarischen Parteiorganisation, der er sein Mandat verdankt, sondern er ist abhängig von der Fraktion, die ihn einer harten Disziplin unterwirft, ohne deren Erlaubnis er in den öffentlichen Sitzungen den Mund nicht öffnen darf, die den Inhalt seiner Reden, sein Verhalten in den Ausschüssen vorschreibt, die, von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, seine Abstimmung leitet.

Das Eigentümliche ist nun aber, daß das geschriebene Recht diese Entwicklung zunächst vollständig ignoriert hat. Gewiß hat die sozusagen amtliche Abneigung der Regierungen gegen das Parteiwesen vor der harten Wirklichkeit des politischen Lebens kapitulieren müssen. Man bekämpft vielleicht eine einzelne Parteibildung, sucht sie sogar durch Ausnahmegeetze zu zerstören, ehe man die Nutzlosigkeit solcher Maßregeln einsieht.

Aber man bekämpft nicht das Parteiwesen als solches. Im Gegenteil, man nimmt Fühlung mit den Parteien, man verhandelt mit ihnen, sucht sie zu beeinflussen, stützt sich auf bestimmte Parteien, sucht schließlich sogar auf die Parteibildung selbst und das Verhältnis der Parteien zueinander, bald trennend, bald verbindend, einzuwirken. Aber für den Gesetzgeber ist bis vor einigen Jahrzehnten der Begriff der Partei nicht vorhanden gewesen. Der Ausdruck „Partei“ findet sich in keiner Verfassungsurkunde, in keinem Gesetze. Sogar die Geschäftsordnungen der Parlamente scheinen in dieser Periode von dem Bestehen der politischen Parteien und Fraktionen nichts zu wissen. Nicht einmal in England, wo doch früher als irgendwo anders das Parteiensystem das parlamentarische Wesen beherrscht. Die *Standing Orders* und die *Sessional Orders* des Unterhauses deuten mit keinem Worte an, daß die ganze Verhandlungsweise des Parlaments durch die Parteien, ihre Führer, ihre „Einpeitscher“ bestimmt wird. „Von der Einteilung in Parteien“ sagt *Sidney Low*,⁹ „und von der Tatsache, daß die Reichsexekutive ein Ausschuß aus einer Partei ist, wird auch vom Unterhause selbst keine Notiz genommen.“ Der Kongreß der Vereinigten Staaten kennt noch heute keine Fraktionen. In Frankreich und Deutschland blieben die Fraktionen, obwohl sie längst entwickelt waren, eifrig arbeiteten und eifersüchtig auf Parität bei der Zusammensetzung der Ausschüsse hielten, doch für die Geschäftsordnung bis vor nicht langer Zeit ein unbekannter Begriff, ebenso der durch die Praxis entwickelte, aus den Vertrauensmännern der Fraktionen zusammengesetzte Seniorenkonvent, und im deutschen Reichstage glaubte man an der Fiktion festhalten zu müssen, daß die durch das Los gebildeten Abteilungen die Mitglieder der Kommissionen bestimmten, während dies doch längst schon von den Fraktionen in die Hand genommen worden war.

Unter dem Drucke der Verhältnisse hat sich nun diese Einstellung des offiziellen Staates seit einiger Zeit wesentlich geändert. Gesetze, Verordnungen, Geschäftsordnungen beginnen, das Parteiwesen und die Parteiorganisation, die außer- wie die innerparlamentarische, förmlich anzuerkennen. Das kann mittelbar, der Jurist sagt in solchen Fällen: durch konkludente Willenserklärungen, geschehen. So ist z. B. in Kanada und in Australien die gesetzliche Einrichtung getroffen, daß der Führer der parlamentarischen Oppositionspartei einen beträchtlichen Zuschuß zu seinen Abgeordnetengebühren, also eine Art Gehalt empfängt; er wird dadurch geradewegs zum Träger eines staatlichen Amtes gestempelt. Mehr und mehr auch sprechen die Gesetze ausdrücklich von den Parteiorganisationen außerhalb

9 [Sidney Low, *Die Regierung Englands*, Tübingen 1908].

des Parlaments, geben ihnen allerlei Rechte, ja, sie greifen sogar in das Leben der Parteien durch manche zwingenden Vorschriften ein.

Am frühesten und zugleich am umfassendsten tritt die neue Haltung des Gesetzgebers in den Staaten der amerikanischen Union zutage. Hier hat sich die Einrichtung ausgebildet, daß die Aufstellung der Kandidaten für öffentliche, durch Wahlen zu besetzende Ämter in eingehenden gesetzlichen Bestimmungen geregelt, daß also eine von Haus aus ganz freie Tätigkeit der Partei auf dem für ihr Leben wichtigsten Gebiete durch staatliche Normen geregelt wird. Das geschah durch die Einführung der sogenannten „Primary Elections“, der Vorwahlen, – ein Institut, das in der deutschen Literatur bisher nur geringe Beachtung gefunden hat. Es taucht schon seit der Mitte der Sechziger Jahre da und dort auf, zuerst in Kalifornien und im Staate New York. Seitdem das Australian Ballot System, das geheime Wahlrecht, das übrigens schon an sich durch die Einführung amtlicher Stimmzettel den Parteien einen „gesetzlichen Status“ verlieh, große Verbreitung gefunden und die längst eingerissene Wahlkorruption ins Gigantische gesteigert hatte, verbreitete sich auch die gesetzliche Organisation der Vorwahlen, die der Korruption Einhalt tun sollte. Die Bewegung begann etwa 1885, wurde seit 1895 lebhafter und hat allmählich fast die ganze Union ergriffen. Das System ist jetzt in mehr als vierzig Staaten eingebürgert. Ursprünglich fakultativ, bald aber obligatorisch geworden, spielt es bei der gewaltigen Zahl der durch Wahlen besetzten Stellen eine außerordentliche Rolle. Obwohl neuerdings wieder stark angefeindet, wird es doch von den meisten gepriesen und wird vermutlich nicht wieder aus dem amerikanischen Rechte verschwinden. Mit der staatlichen Regelung der Vorwahlen wollte man die Allmacht des Parteiboß oder der von ihm beherrschten Conventions brechen, d. h. der Parteibehörden, die, aus dem spontan gebildeten Caucus hervorgegangen, sich zu förmlichen Parteiregierungen mit tyrannischer Herrschaft entwickelt hatten. Man will jetzt die Parteiangehörigen selber zu Worte kommen lassen, will ihnen ermöglichen, die Nominierung korrupter Kandidaten zu verhindern, will die Berufspolitiker entthronen und die Macht der Interessentengruppen brechen, von denen sie bezahlt werden. Zu diesem Zwecke läßt man die Parteimitglieder entweder die Conventions wählen – so nach dem ursprünglichen System, oder man gibt ihnen die unmittelbare Nominierung der Kandidaten in die Hand – das ist die heute durchaus herrschende Form der Vorwahlen, die Form der „Direct Primaries“. So wird also jetzt der Parteiangehörige zweimal zur Urne gerufen. Das erstemal innerhalb der Partei, um den Parteikandidaten zu wählen, das zweitemal, um bei der eigentlichen Wahl dem aufgestellten Kandidaten zum Siege über den Kan-

didaten der Gegenpartei zu verhelfen. Und im ersten wie im zweiten Falle ist es das Staatsgesetz, das den Wahlgang regelt. Die Erfahrung hat gezeigt, daß die Parteimitglieder die ihnen durch die Vorwahl gebotene Einflußmöglichkeit stark ausnützen. Die Beteiligung ist bei den Vorwahlen manchmal viel stärker als bei den Hauptwahlen. Es wird von Fällen berichtet, in denen ein Kandidat bei der Vorwahl achtmal mehr Stimmen als bei der Hauptwahl erhalten hat, dort 220000, hier nur 28000; wenn er doch schließlich den Kandidaten der Gegenpartei geschlagen hat, – so wird auch bei dieser die Wahlbeteiligung in der Hauptwahl stark nachgelassen haben. Häufig lassen die Wählerziffern bei einer Vorwahl schon im Voraus den Ausgang der Hauptwahl erkennen, obwohl natürlich Überraschungen nicht ausgeschlossen sind. Darum wird aber auch auf die Vorbereitung und Durchführung der Primaries eine ungewöhnliche Mühe verwendet. Die Kosten sind zuweilen ungeheuer, und so scheint es, als ob sich hier doch wieder ein neues Tor für das Eindringen der Korruption aufgetan habe.

Die Gegner der neuen Einrichtung haben anfänglich versucht, deren Verfassungsmäßigkeit anzuzweifeln. Sie haben sich auf den Grundsatz der Vereins- und Versammlungsfreiheit berufen. Aber die Gerichte haben ihnen unrecht gegeben, gelegentlich mit Begründungen, die einem europäischen Juristen reichlich „smart“ erscheinen. Heute zweifelt in den Vereinigten Staaten kaum noch jemand daran, daß der Staat das Recht habe, mit seinen Gesetzen aufs tiefste in die Autonomie der Parteien einzugreifen. In der Tat regeln die Vorwahlgesetze ganz eingehend Ort und Zeit der Primaries, die Formen der Kandidatennominierung und die Art der Abstimmung, die Wahlkosten und die Modalitäten ihrer Aufbringung, die Organisation und die Zuständigkeit der Wahlleiter, denen zuweilen geradezu obrigkeitliche Funktionen, das Recht zu Eidesabnahmen und Zwangsmaßregeln übertragen sind. Ja, die Gesetze müssen auch notgedrungen über die Feststellung der Parteizugehörigkeit der Bürger, über Parteiwechsel, über Bildung neuer Parteien – die natürlich im Interesse des alten Zweiparteiensystems möglichst erschwert wird –, über Parteinamen und Parteiembleme, über die ständigen Parteibeamten Vorschriften erlassen. Das ganze Parteiwesen wird auf diese Weise zum Gegenstande der Gesetzgebung gemacht, und wenn sich Parteispaltungen ereignen, so haben die Staatsgerichte die Aufgabe, über Legitimität oder Illegitimität von Parteiorganisationen zu entscheiden. Das Ganze gilt als der Sieg in einem „Kreuzzuge“ der Demokratie gegen Partei mißbräuche. Aber nicht etwa in dem Sinne, daß man mit den Auswüchsen des Parteiwesens dieses selbst habe treffen wollen. Im Gegenteil: das demokratische Prinzip soll inner-

halb der Partei gestärkt, die Partei soll gereinigt werden, auf daß sie mit um so besserem Rechte zum Eckpfeiler der gesamten Staatsorganisation gestaltet werden könne.

In Deutschland ist der Staat bei der Legalisierung des Parteiwesens nicht entfernt mit der Eindringlichkeit vorgegangen, wie es in den Vereinigten Staaten geschehen ist. Aber der Prozeß hat doch auch bei uns schon vor der Revolution begonnen und ist nach dem Umsturze in beschleunigtem Tempo fortgeschritten. Irre ich mich nicht, so war Württemberg das erste Land, in dem die einstige Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber den Parteien aufgegeben worden ist. Die Geschäftsordnung der württembergischen Abgeordnetenversammlung vom Sommer 1909 handelt in aller Ausführlichkeit von den „Mitgliedervereinigungen“, d. h. den Fraktionen, von ihren „Vollmitgliedern“ und „ständigen Gästen“, verlangt die verhältnismäßige Berücksichtigung der Parteien bei den Wahlen der Schriftführer, der Kommissionen, bei der Handhabung der Redeordnung und sonst; in der Begründung erklärt die Kammer, daß „zu dem anderwärts noch üblichen Versteckspiel mit der Tätigkeit der Fraktionen kein Anlaß vorliege“. Sie hat deshalb auch als erste den Ältestenrat offiziell eingeführt. Nach der Revolution ist das alles in den Geschäftsordnungen des Reichstags und der meisten Landtage nachgeahmt worden. Württemberg ist auch der erste Staat in Deutschland gewesen, der dem Verhältniswahlverfahren bei den Wahlen zum Landtage Eingang und damit den Parteiorganisationen die förmliche Anerkennung durch das Gesetz verschafft hat. Dieses Wahlsystem ist ja nunmehr das gemeindeutsche geworden. In den Wahlgesetzen werden die Parteien noch manchmal in schamhafter Verhüllung als „Wählervereinigungen“ oder „Wählergruppen“ bezeichnet. Aber meistens treten sie doch schon mit voller Namensnennung auf den Plan, gelegentlich, wie in Thüringen, sogar in der Verfassung. Die Verkleidung ist ja auch ganz sinnlos geworden. Denn das ganze System stützt sich darauf, daß organisierte Parteien um den Wahlsieg ringen. Bei der Listenwahl, die die normale Wahlform bildet, wird die Mitwirkung der Parteien durch Aufstellung und Einreichung der Wahlvorschläge, also ein amtlicher Verkehr zwischen Wahlbehörde und Partei geradezu gefordert. Vor allem treibt das System der gebundenen Liste den Wähler mit aller Macht in den Partei-ring hinein. Die Partei wird schließlich bei der Wahl alles, der Einzelwähler dagegen eine Null. Zur bloßen Statistenfigur wird freilich auch der Parteikandidat. Sein Name braucht heute nach vielen Wahlgesetzen auf den Stimmzetteln gar nicht mehr zu erscheinen. Noch das Reichswahlgesetz von 1920 verordnete, die Angabe einer Partei auf dem Stimmzettel werde nicht beachtet; im Jahre 1922 wurde zunächst gestattet, daß der Stimmzet-

tel an Stelle der Namen oder neben ihnen die Angabe der Partei enthalte; nach der neuesten Regelung müssen die Stimmzettel die Partei anführen und dürfen nur die ersten vier Kandidaten mit Namen nennen. Jedenfalls sind nunmehr die Parteien zu einem gesetzlich anerkannten Status gelangt. Sie sind in den Mechanismus des Wahlverfahrens und der parlamentarischen Geschäftsbehandlung als notwendige Glieder einbezogen. Besonders lebhaft kümmert sich in Österreich der Gesetzgeber um sie. Das Wahlgesetz für den Nationalrat und die Landtagswahlordnungen können sich gar nicht genug darin tun, die Parteien bei der Wahlvorbereitung, bei der Besetzung der Wahlbehörden und der Berufungskommissionen, bei der Überwachung des Wahlvorgangs zu beteiligen. In Deutschland zeigt sich, wie in Amerika, allerdings zunächst noch durch Erwägungen technischer Art veranlaßt, eine Neigung, die Parteibildung, und zwar im Sinne einer Stabilisierung des Parteienbestandes, von Staats wegen zu kontrollieren. Die Einreichung von Wahlvorschlägen wird erleichtert, wenn glaubhaft gemacht ist, daß die bereits vorhandenen Parlamentsparteien hinter ihnen stehen. Das braunschweigische Wahlgesetz zählt die acht Parteien, die es für beachtlich hält, sogar mit Namen auf. In Sachsen wird neuerdings eine neugebildete Partei zur Wahlbewerbung nur zugelassen, wenn sie 3000 Mark beim Landeswahlleiter einzahlt. Diese verfallen zugunsten der Staatskasse, wenn es die junge Parteigruppe nicht wenigstens zu einem Sitze im Landtage bringt. In Hamburg gilt seit kurzem das gleiche, und auch in anderen Ländern, z. B. in Hessen und in Danzig, ist man im Begriffe, eine ähnliche Einrichtung einzuführen.

Nur an einer Stelle hat der Prozeß fortschreitender Legalisierung der Parteien bisher noch haltgemacht, und zwar gerade an dem Punkte, an dem in der Gegenwart der Parteieinfluß als ein funktionelles Element des staatlichen Lebens am deutlichsten in Erscheinung tritt, – bei der Bildung und Beherrschung der Regierung. Es gibt keine Verfassung, die auch nur andeutungsweise den Tatbestand, den man parlamentarische Parteiregierung nennt, formalisiert. Nur Österreich hat hier merkwürdige Erscheinungen aufzuweisen. Nach den Verfassungen aller Bundesländer, mit einziger Ausnahme Vorarlbergs, werden dort die Mitglieder der Landesregierungen, abgesehen vom Landeshauptmann oder seinem Stellvertreter, durch Wahlen der Landtage gebildet, die das Verhältnis der Parteien berücksichtigen müssen – eine Einrichtung, die zu der, vom Standpunkte des Parlamentarismus gesehen, geradezu grotesken Folge führt, daß die oppositionelle Minderheit der Volksvertretung in der Regierung vertreten ist und ihre Verantwortlichkeit teilt. In der Republik Österreich selbst hat einmal im Jahre 1920 ein Gesetz vorgeschrieben, daß die Mitglieder des

Kabinetts von der Nationalversammlung im Wege der Verhältniswahl zu bestimmen seien. Freilich ist diese sogenannte „Proporzregierung“ samt dem Gesetze, das sie eingerichtet hatte und das sich nur aus einer besonderen politischen Konstellation erklären ließ, sehr bald wieder verschwunden. Auch im Deutschen Reiche hat einmal ein Gesetz, eines der berühmtesten Ermächtigungsgesetze vom Jahre 1923, indem es seine Geltung auf die Fortdauer der derzeitigen „parteipolitischen Zusammensetzung“ der Reichsregierung abstellte, die Parteigebundenheit der Regierung zum Ausdrucke gebracht. Aber auch dieses Gesetz war eine Eintagsfliege. Im übrigen findet sich weder in England, dem Mutterlande der parlamentarischen Parteiregierung, noch auf dem Kontinente eine Verfassung oder ein Gesetz, das der Partei mit nackten Worten die Rolle eines Elements im Staatsorganismus an dessen zentraler Stelle eingeräumt hätte. In dem einzigen Satze der Weimarer Verfassung, der das Wort „Partei“ enthält, im Artikel 130, heißt es: „Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei.“ Die Klausel stellt sich als eine deutliche Wendung gegen den Gedanken des Parteienstaates dar; sie dürfte auch praktisch auszuwerten sein, da sich aus ihr ohne Schwierigkeit das Verbot einer parteipolitisch gefärbten Ämterpatronage herauslesen läßt. Vielleicht ist es nicht ohne Interesse, den Wortlaut des Satzes in Parallele zu stellen mit der bekannten These des monarchischen Staatsrechts, nach der die Beamten Diener des Staates sind, nicht Diener des Fürsten, wobei dieser nicht als Staatsorgan, sondern als Privatperson gedacht wird. Denn es erhellt unter dieser Voraussetzung aus der Gleichung Fürst und Staat – Partei und Staat, daß die Verfassung die Partei als etwas Nichtstaatliches betrachtet, also eine Identifizierung von Partei und Regierung ausdrücklich ablehnt.

Diese auffallend offizielle Ignorierung des tatsächlich doch vorhandenen Parteiregimes bringt uns nun zu der letzten Frage, die wir aufzuwerfen haben. Ist der moderne Staat, was sein Verhältnis zu den Parteien anlangt, in ein viertes Stadium getreten, in die Periode des Parteienstaates, also eines Staates, der sich auf den Parteien aufbaut? Die Frage wird von manchen ohne weiteres bejaht, darunter von Staatslehrern hohen Ranges. Hören wir etwa Friedrich von Wieser: „Das Wesen der Demokratie ist die Überantwortung des Staates an die politischen Parteien ... Die Parteiverfassung ist ein wesentlicher Bestandteil der Staatsverfassung. Indem die demokratische Staatsverfassung der siegenden Partei die Macht zuteilt, ist sie eine Anweisung auf deren Parteiverfassung...“¹⁰ Die Parteiverfassung ist bestimmt, die „abstrakte Formel“ der Staatsverfassung konkret auszufül-

10 [Friedrich Wieser, *Das Gesetz der Macht*, Wien 1926, S. 433 f.].

len. Oder Richard Thoma: Die politische Partei verfolgt den Zweck und soll ihn „im Sinne parteienstaatlichen Verfassungsrechts“¹¹ verfolgen, die Herrschaft in die Hand ihrer Führer zu bringen. „Der ideelle Staatswille der Demokratie ist der auf Volksbewilligung oder -duldung beruhende Wille der jeweils herrschenden Parteiorganisationen.“¹² Gustav Radbruch¹³ erklärt, die Parteien, vor kurzem noch hinter den Kulissen, seien jetzt als wichtige „Organe“ des Staats auf die Bühne des Staatsrechts getreten. Und Otto Koellreutter¹⁴ sagt: „Der deutsche Parteienstaat ist verfassungsmäßig heute Wirklichkeit geworden.“ Ist diese Anschauung richtig?

Man kann, wie ich meine, auf die Frage nicht mit einem glatten Ja oder Nein antworten. Es kommt hier, wie so oft, darauf an, ob man die Dinge vom Standpunkte des formalen Rechts oder nach Gesichtspunkten politischer Dynamik beurteilen will.

Eine rein juristische Anschauungsweise wird den Begriff des Staatsorgans, wenn er sich nicht ins Nebelhafte verflüchtigen soll, nur so fassen dürfen, daß man darunter eine Person oder eine Gruppe versteht, deren Wille von Rechts wegen als staatlicher Wille zu gelten hat. In diesem Sinne ist die Partei noch nirgends oder fast noch nirgends, jedenfalls noch nicht in Deutschland, ein Staatsorgan, oder sie ist es doch höchstens insofern, als sie unter der Firma der „Wählergruppe“ – die sich aber nicht mit einer Partei zu decken braucht – im Mechanismus des Wahlverfahrens mit Zuständigkeiten von technischer Bedeutung betraut ist. In der Sphäre der Gesetzgebung und Regierung, im Bereiche der staatlichen „Integration“, auf den es uns letztlich doch allein ankommt, ist die Partei eine extrakonstitutionelle Erscheinung, ihre Beschlüsse sind, vom Standpunkte des Rechts aus gesehen, unverbindliche und unmaßgebliche Äußerungen eines dem Staatsorganismus fremden sozialen Körpers. Wenn man also erklärt, der moderne Staat sei auf den Parteien „aufgebaut“, so ist das eine

11 [Richard Thoma, Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff, in: Erinnerungsgabe für Max Weber, hrsg. Melchior Palyi, München 1923, Bd. II, S. 37–64, hier: 61].

12 [Thoma, Der Begriff der modernen Demokratie, S. 63].

13 [Gustav Radbruch, Der Mensch im Recht, in: ders., Rechtsphilosophie II. Gesamtausgabe, hrsg. Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993, Bd. II, S. 467–476, hier: 473: „Die Parteien, vor kurzem noch hinter den Kulissen, sind jetzt als wichtige Organe des Staates auf die Bühne des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft getreten.“].

14 [Otto Koellreutter, Die politischen Parteien im modernen Staate, Breslau 1926, S. 86].

rechtlich unhaltbare Behauptung. Wie könnte auch die Rechtsordnung die staatliche Willensbildung an zentraler Stelle förmlich abhängig machen vom Willen gesellschaftlicher Organisationen, die nach Existenz, Umfang und Charakter die unberechenbarsten aller Massenzusammenhänge darstellen, die plötzlich entstehen und vergehen oder ihre Grundsätze wechseln können, die manchmal nach wenigen Jahrzehnten von ihren Grundlagen nichts mehr übrig haben als ihre Namen, die in gewissen Staaten nach ganz inkommensurablen, zuweilen nach politisch ganz nebensächlichen Prinzipien gebildet, die ihrer Natur nach durchaus auf Eigennutz gestellt sind und deshalb schon von Hause aus der Einbeziehung in eine organische Staatsgemeinschaft widerstreben, die nicht einmal immer den Staat als solchen bejahen, deren vornehmste Tätigkeit in gegenseitigem Kampfe besteht! Nur der Bolschewismus und der Facismus haben den Staat wirklich auf Parteien aufgebaut. Aber doch eben jeder nur auf einer Partei, so daß sie, wie es Robert Michels¹⁵ treffend ausgedrückt hat, zu Staaten gewordene Parteien oder zu Parteien gewordene Staaten darstellen. Vielleicht läßt sich auch ein echter Parteienstaat denken in Ländern, in denen das Parteiwesen in einem Zweiparteiensystem erstarrt ist, und wo die Parteien weder durch Klassen, noch durch Weltanschauungs-, noch durch andere unüberbrückbare Gegensätze getrennt sind, wie im England des klassischen Parlamentarismus oder wie in den Vereinigten Staaten von Amerika. Aber im allgemeinen liegt in dem Gedanken des Parteienstaats ein schwer auflösbarer Widerspruch. Jedenfalls ist er für uns keine rechtlich anerkannte Größe.

Vor allem aber, der Parteienstaat ist solange rechtlich undenkbar, als der *Parlamentarismus* vom positiven Rechte nach den Ideen ausgerichtet bleibt, die seiner Entstehung zugrunde gelegen haben. In der Tat hält auch der moderne Gesetzgeber noch immer mit Strenge fest an dem Dogma des Liberalismus, wonach der Parlamentswille gebildet wird aus den Erklärungen frei und selbständig entscheidender Männer. Alle, auch die neuesten Verfassungen verwerfen klipp und klar das imperative Mandat.

15 [unausgewiesenes Zitat aus Robert Michels, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie. Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenwesens*, Vorwort zur zweiten Auflage von 1924, Wiederabdruck hrsg. Werner Conze, Stuttgart 1970, S. XXX: „Ich habe es mir auch versagen müssen, die zwei großen Parteibewegungen: den Bolschewismus und den Faschismus mehr als nur gelegentlich mit in den Bereich meiner in diesem Bande dargelegten Untersuchungen zu ziehen. [...] Einmal sind beide Bewegungen im Besitze der Staatsmacht und somit, wie man will, zu Staaten gewordene Parteien oder zu Parteien gewordene Staaten.“.]

Sie erklären heute wie einst die Abgeordneten für Vertreter des gesamten Volkes, die an Aufträge nicht gebunden, nur ihrem Gewissen verantwortlich sind, von ihren Wählern nicht abberufen werden können. Das sind keine leeren „Redensarten“, kein „unverbindlicher Gesetzesinhalt“, sondern es sind ernst gemeinte verpflichtende Willenserklärungen des Verfassungsgesetzgebers. Solange sich das geschriebene Recht von dieser Linie nicht abdrängen läßt, kann der Parteienstaat eine rechtliche Legitimität nicht erlangen.

Aber freilich, es hieße den Kopf in den Sand stecken, wenn man leugnen wollte, daß die Wirklichkeit des politischen Lebens mit dem Bilde, das vom positiven Rechte gezeichnet wird, in aller Regel¹⁶ n i c h t übereinstimmt. In Tat und Wahrheit sind es eben doch die politischen Parteien, denen die Regierung des Staates ausgeliefert ist. Sie sind es, die die leitenden Regierungshäupter stellen, die einzelnen Ministerposten besetzen, die Kabinette stützen, überwachen, gängeln, stürzen, in deren Bureaus die große Politik gemacht, die Entscheidung über das Zustandekommen der Gesetze gefällt wird. Sie sind es, denen mehr und mehr der Einfluß auf die Verwaltung, namentlich die Ämterpatronage in die Hand gespielt worden ist. Natürlich in den verschiedenen Ländern in verschiedenem Ausmaße. Die Eigenart der Verwaltungsgliederung, die Zahl der durch Wahlen zu besetzenden Ämter, die Stärke historischer Überlieferungen, dies und anderes kann das Bild im einen Staate so, im anderen anders gestalten. Rich-ten wir unsern Blick nur auf Deutschland, so können wir gar nicht übersehen, daß auch hier der Parteienstaat zur Tatsache geworden ist. Er zeigt sich in der Regierung, er zeigt sich in der Verwaltung. Die Einführung des Verhältniswahlsystems bei den Gemeindewahlen und den Wahlen zu zahlreichen Verwaltungsämtern der sozialen Versicherung und anderen hat sogar die kommunale Selbstverwaltung und die Selbstverwaltung der öffentlichen Genossenschaften den politischen Parteien überantwortet. Wie die Staatsverwaltung unter Parteieinfluß geraten ist, weiß jedermann. Da ist nichts abzuleugnen oder zu beschönigen. Gelegentlich kommt es sogar in Gesetzesbestimmungen mit einer, man möchte sagen naiven Offenheit zum Ausdrucke, etwa in dem preußischen Gesetze über die neue Provinz Oberschlesien vom 14. Oktober 1919, wo verlangt wird, daß der dem Oberpräsidenten zugesellte Beirat „unter Berücksichtigung der in Oberschlesien bestehenden Parteibildungen“ zusammenzusetzen sei.

Diese Erscheinungen sind nichts Willkürliches oder Zufälliges. Es hat sich hier vielmehr ein ganz natürlicher Prozeß vollzogen. Er bildet die bei-

16 [Im Originaldruck: „in alle Wege“].

nahe logische Folge einer Staatsanschauung, die der Entwicklung der letzten Zeit ihr Gepräge gegeben hat. Der atomistische Individualismus beherrscht den Werdegang der modernen Demokratie. Wenn die öffentliche Gewalt letzten Endes in die individualistisch aufgelockerte Masse verlegt wird, so schafft sich diese, da sie als Masse nicht wollen und handeln kann, die Organisationen, durch die sie einen Willen zu erzeugen vermag. Wenn insbesondere das Wahlrecht zur Volksvertretung rein individualistisch gestaltet wird, kann die Masse ihr Recht gar nicht ausüben, ohne sich irgendwie in Gruppen zu gliedern. Diese Gliederung ist durch die Bildung der politischen Parteien erfolgt und konnte wohl aus Gründen, die hier nicht näher darzulegen sind, zunächst kaum anders erfolgen. Das politische Parteiensystem ist die Selbstorganisation, die sich die Massendemokratie geschaffen hat.

So stehen sich also hier nach liberalen Prinzipien geformtes Recht und massendemokratische Wirklichkeit unversöhnlich gegenüber. Noch behauptet das erste seine ererbte Stellung. Noch vermag es sich auch im rechtlichen Leben durchzusetzen. Noch zögern die Staatsgerichtshöfe, anzuerkennen, daß ein Abgeordneter durch Parteidiktat gezwungen werden könne, sein Mandat niederzulegen, oder daß er bei einem Ausschlusse aus der Partei sein Mandat von selber verliere. Obgleich das württembergische Wahlgesetz den bedenklichen Satz enthält, ein Abgeordneter verliere seinen Landtagssitz durch Austritt aus der politischen Vereinigung, in deren Auftrag er auf eine Vorschlagsliste gesetzt worden sei, so hat sich doch der württembergische Staatsgerichtshof geweigert, daraus den Schluß zu ziehen, daß die Partei durch Exklusion ihres Vertreters ein Landtagsmandat vernichten könne. Und wenn der Österreichische Verfassungsgerichtshof gelegentlich in einem entgegengesetzten Sinne entschieden hat, so war er dazu durch die „parteienstaatliche“ Fassung einer einzelnen Gemeindevahlordnung genötigt. Noch hat das liberale Dogma seine Anhänger auch in demokratischen Kreisen; als Beweis mögen die interessanten Ausführungen des jetzigen Reichstagspräsidenten **P a u l L ö b e** über Parlamentsreform dienen, in denen es als der „eigentliche Zweck“ des Parlaments bezeichnet wird, daß im parlamentarischen Kampfe der eigene Gedankengang an der Kritik des andern geprüft, Irrtümer ausgemerzt, fremdes Geistesgut verarbeitet und aufgenommen werde. Aber im Grunde handelt es sich doch hier um ein Rückzugsgefecht des Liberalismus gegen die Massendemokratie. Schon mehren sich die Stimmen, die nach dem imperativen Mandate als der letzten Konsequenz des demokratischen Gedankens rufen. Würde diese Forderung erfüllt, dann würde allerdings der alte Par-

lamentarismus durch den Parteienstaat endgültig überwunden worden sein.

Ob das ein Glück wäre? Die wenigsten werden die Frage bejahen. Es scheint doch, als ob die überwiegende Meinung in Europa die Kluft, die sich zwischen Recht und Wirklichkeit aufgetan, und ebenso die Wirklichkeit selbst als das Symptom einer Krankheit betrachtet, daß ihr die Parteiherrschaft und der Parteienstaat als eine Entartung des staatlichen Körpers erscheinen. Freilich, der Ärzte, die sich um den Leidenden bemühen, sind viele, und es dürfte noch keinem gelungen sein, ein wirksames Heilmittel zu entdecken oder eine sichere Prognose über den Krankheitsverlauf zu stellen. Es kann sein, daß sich der Verfall in Staaten mit einer dem Parteietriebe völlig entrückten Exklusivgewalt – aber wie viele solcher Staaten gibt es heute noch? – langsamer vollzieht, oder daß er hier gelegentlich aufgehalten werden kann, etwa wenn sich die Parteien als unfähig zu einer Regierungsbildung erweisen und der Staatsef einzugreifen in der Lage ist. Es kann sein, daß durch eine Einengung des staatlichen Aufgabenkreises die Angriffsfläche für die Parteien verkleinert wird. Aber die Möglichkeit der „Entpolitisierung“ von Verwaltungszweigen hat ihre Grenzen, und die Maßregel ist oft nur ein trügerischer Schein, da es die politischen Parteien verstehen, auch etwas, was nicht „politisch“ ist, zu etwas Politischem zu machen. Deshalb ist es unter den heutigen Verhältnissen auch verfrüht, wenn man vorschlägt, den Staat auf künstlich geschaffenen Gebilden, mögen sie berufsständisch oder sonstwie organisiert sein, neu aufzubauen. Denn noch ist die Macht der Parteien so groß, daß sie alle solchen neuen Organisationen ebenso durchfressen würden, wie sie es mit den alten naturgewachsenen, den Gemeinden und anderen, getan haben – es müßten denn jene auf einer so großen Einfachheit und einer so vollständigen Gleichheit der Interessen ihrer Mitglieder beruhen, daß es in ihrem Kreise keine Gegensätze gäbe, die von den politischen Parteien als Einbruchsstelle benutzt werden könnten.

Die alten liberalen Ideen vom Wesen des repräsentativen Staates werden sich, so starke sittliche Werte auch in ihnen enthalten sind, schwerlich wieder durchsetzen. Daher kann eine Abkehr vom Parteienstaate nur geschehen entweder durch eine Entwicklung aus der Massendemokratie heraus oder durch deren Überwindung. Es ist denkbar, und viele sehen dies schon im Werden, daß sich eine Veredelung der „egalitären“ Demokratie durch ihre Umwandlung in eine Führeroligarchie vollzieht, so, daß an Stelle der unverantwortlichen Parteiorganisationen und der noch unverantwortlicheren, vielfach anonymen Mächte, die sich hinter ihnen verbergen, selbständige und daher verantwortliche Staatsleiter treten. Die Partei wäre

dann nicht mehr ein echtes Staatsorgan, sondern sie wäre, wie Georg Jellinek es ausgedrückt haben würde, auf die Rolle eines bloßen „Kreationsorgans“¹⁷ herabgedrückt. Aber eine reinliche Lösung des Problems dürfte dadurch schwerlich gewonnen sein. Denn eine sichere Schutzwehr gegen das Vordringen des Parteienstaates wird erst dann aufgerichtet sein, wenn die atomistisch-individualistische Staatsauffassung, aus der er geboren ist, aufgegeben und durch eine organische ersetzt worden ist.

Solcher Wandel vollzieht sich nicht in wenigen Jahren. Er läßt sich auch nicht diktieren. Ebenso wenig lassen sich die politischen Parteien der Gegenwart durch Dekrete beseitigen. Ob gut oder böse, sie sind doch nun einmal geschichtlich gewordene Lebensformen. Aber auch ihre Stunde wird schlagen. Schon sehen wir allenthalben andere gemeinschaftsbildende Kräfte am Werke. Diese werden allmählich in natürlicher Entwicklung zu einer neuen Gliederung des Volkes führen, die aus einer seelenlosen Masse eine lebendige „Einheit in der Vielheit“ gestaltet. Viele werden solche Voraussage eine romantische Illusion nennen. In meinen Augen wäre es kein Schimpf, als Romantiker zu gelten. Aber ich denke im übrigen, es sind keine Märchen- und keine Spukgestalten, sondern sehr leibhaftige Wesen, die im Begriffe stehen, sich aus der mechanisierten Gesellschaft der Gegenwart zu organischen Formen zu gestalten. Wenn es gelingt, die sich mit elementarer Gewalt aus dem Schoße des Volks herausringenden Kräfte einer personell und territorial reich gegliederten neuen Selbstverwaltung wirtschaftlicher und geistiger Art in den Dienst des Staates zu zwingen, der durch sie nicht zerstört, sondern zusammengehalten werden soll, – wenn der Staat nicht abgebaut, sondern im Gegenteil von unten her aufgebaut sein wird, dann wird er zum echten Organismus geworden sein, „wo alles sich zum Ganzen webt, eins in dem andern wirkt und lebt“.¹⁸ Möge ein glückliches Geschlecht mit leiblichen Augen sehen, was uns Heutigen nur im Geiste als ein schönes Bild der Zukunft vorschweben kann!

17 [Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 4. Aufl. Berlin 1922, S. 544 f.].

18 [Johann Wolfgang v. Goethe, *Faust I*, V 443–44, in: *Hamburger Ausgabe* Bd. III, S. 22].

Text 12

Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit¹

Es herrscht in unserer Vereinigung der gute Brauch, daß den Berichterstat-tern ein weites Maß von Freiheit gelassen wird in Bezug auf den Umfang ihrer Darlegungen, und die Art, wie sie diese gestalten. Solche Freiheit ge-denke ich reichlich auszunutzen. Vor allem dadurch, daß ich den Wortlaut des uns gestellten Themas nicht ausdehnend, sondern einschränkend aus-lege. Allerdings hat zu meiner Genugtuung schon dieser Wortlaut eine ge-wisse Grenze gezogen. Die Aufgabe soll offenbar nicht bestehen in einer Ausbreitung des ganzen Stoffs von Rechtssätzen über die „Staatsgerichts-barkeit“, der im Rechte des Inlands und Auslands zu finden ist, – auch nicht in einer erschöpfenden Behandlung der großen Praxis und der zahl-reichen Einzelfragen, die auf jenem Gebiete aufgeworfen worden sind oder aufgeworfen werden können, – auch nicht in einer systematischen Durchdringung des reichen Materials, endlich auch nicht in ausführlichen Vorschlägen zur Änderung oder Fortbildung des bestehenden Rechts. Das alles würde in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht geschehen können, es würde zudem in diesem Kreise hervorragender Sachkenner weithin überflüssig sein, schon weil es in der Literatur nicht an systematischen Ar-beiten, wenigstens über große Teile des zu besprechenden Rechtsinstitutes mangelt. Ich darf, um nur einiges zu nennen, auf die aus neuerer Zeit stammenden Abhandlungen von K e l s e n² über Verfassungsgerichtsbar-keit in Österreich, von S c h i n d l e r³ über Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten und in der Schweiz, auf den stoffreichen Aufsatz

-
- 1 [In: VVDStRL 5, Berlin und Leipzig 1929, S. 2–29; Vortrag am 23. April 1928 auf der 5. Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Wien].
 - 2 [Aus Kelsens zahlreichen damaligen Publikationen könnte Verschiedenes gemeint sein. Dazu etwa Hans Kelsen, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwick-lungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923; Die Vollendung der österreichi-schen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für Politik 15 (1925), S. 301–319, hier bes. S. 317ff; Die Verfassung Österreichs, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts 15 (1927), S. 51–103; Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, In: VVDStRL 5, Berlin 1929, S. 30–88].
 - 3 [Dietrich Schindler, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, in: ZSR 44 (1925), S. 19 ff.].

von E i s w a l d t⁴ über die Staatsgerichtshöfe in den deutschen Ländern, auf meine eigene kleine Monographie⁵ über die Streitigkeiten von Reich und Ländern in der Festschrift für K a h l hinweisen, ganz zu schweigen von den Lehrbüchern, den Kommentaren und den zahlreichen älteren Schriften über Staatsgerichtshöfe und Ministerverantwortlichkeit. Wollen Sie also von mir keinen Bericht über alle Seiten der als „Staatsgerichtsbarkeit“ bezeichneten Einrichtung erwarten, sondern nur einige grundsätzliche Bemerkungen über deren W e s e n und E n t w i c k l u n g, wie es unsere Tagesordnung vorschreibt. Aber auch die „Entwicklung“ des Instituts werde ich nicht in einer fortlaufenden pragmatischen oder dogmengeschichtlichen Schilderung behandeln; sondern die geschichtliche Entwicklung soll mir nur dazu dienen, um aus ihr etwas Grundsätzliches über das Wesen der Sache zu entnehmen oder grundsätzliche Auffassungen hierüber in ihr bestätigt zu finden.

Wenn ich also mit dem Thema in Hinsicht auf seinen Umfang wohl zufrieden sein kann, so bin ich dies nicht ebenso sehr in bezug auf das hier gebrauchte Wort „Staatsgerichtsbarkeit“. Die Bezeichnung wird freilich in der neuesten Literatur mehrfach verwendet, z. B. von S m e n d in seinem kürzlich erschienenen schönen Buche.⁶

Aber gut kann ich den Ausdruck nicht finden. Er ist mißverständlich, schon weil er auf einen Gegensatz hindeutet, der heute kaum noch eine Rolle spielt; nach unserer Gerichtsverfassung sind alle Gerichte Staatsgerichte. Vor allem aber kann er dazu verführen, den Begriff der Einrichtung, auf den er sich bezieht, rein formal, nämlich als die von Staatsgerichtshöfen ausgeübte Gerichtsbarkeit zu bestimmen. Gewiß ließe sich ein solcher formeller Begriff denken. Man hat nicht ganz mit Unrecht die Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenigstens nach preußischem Rechte, definiert als Vornahme von Verwaltungsakten in Form der Rechtsprechung durch Verwaltungsgerichte. Man könnte als Gegenstück dazu eine Staatsgerichtsbarkeit konstruieren als Vornahme von Regierungsakten in der Form der Rechtsprechung durch Staatsgerichtshöfe, und das wäre in gewissem Sinne ganz richtig. Allein einmal hätte es doch nur dann einen Wert, wenn man zuvor den Gegensatz zwischen Regierung und Verwaltung genügend ent-

4 [Wolfgang Ewaldt, Die Staatsgerichtshöfe in den deutschen Ländern und Art 19 RVerf., in: Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 59 (1926), S. 299 ff.].

5 [Heinrich Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1923].

6 [Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928].

wickelt hätte; sobald man sich aber an diese Aufgabe macht, begibt man sich sofort auf eine Bahn, auf der nur mit sachlicher Sinndeutung etwas zu erreichen ist. Ferner aber ist für die sog. Staatsgerichtsbarkeit die Benutzung besonderer Staatsgerichtshöfe zur Rechtsprechung über gewisse Fragen nicht das Wesentliche. Auf der einen Seite ist nicht jede Entscheidung eines Staatsgerichtshofs ein Akt der „Regierung“, auch nicht jede ein Akt der Rechtsprechung in Regierungssachen, nicht einmal jede überhaupt Rechtsprechung, d. h. Rechtsstreitentscheidung; ich darf auf das hinweisen, was ich in der Festschrift für Kahl über den „Zwangsausgleich“ ausgeführt habe. Und soweit die Staatsgerichtshöfe Rechtsprechung üben, kann in diesem Rahmen auch Verwaltungsgerichtsbarkeit erscheinen, oder Strafgerichtsbarkeit, oder beides zugleich, wie beim Staatsgerichtshofe zum Schutze der Republik, oder Disziplinargerichtsbarkeit, wie etwa nach dem Hamburger Senatsgesetze, oder sogar gelegentlich Zivilgerichtsbarkeit; man denke an gewisse Möglichkeiten, die sich aus der Bestimmung in Art. 18, Abs. 7 der Weimarer Reichsverfassung ergeben. Staatsgerichtsbarkeit ist nicht Staatsgerichtshofsgerichtsbarkeit, sondern manchmal nur ein kleiner Teil davon. Das schweizerische Bundesgericht ist Zivilgericht, Strafgericht, Kompetenzkonfliktshof und Verfassungsgericht in einer Person, und es gibt Oberhäuser, die, zu Staatsgerichtshöfen „konstituiert“, sowohl Straf- wie Verfassungsgerichtsbarkeit ausüben können. Auf der anderen Seite gehören oft Entscheidungen, die in einem Lande von einem Staatsgerichtshofe gefällt werden, in einem anderen Lande in den Zuständigkeitsbereich eines Verwaltungsgerichts oder eines ordentlichen Gerichts oder einer parlamentarischen Körperschaft. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen kann ebensowohl einem ordentlichen Gerichte wie einem Staatsgerichtshofe obliegen, und die Entscheidung über die Legitimation der Parlamentsmitglieder – die ich nicht als Gegenstand bloßer Verwaltungsgerichtsbarkeit ansehe – wird bald von den Kammern, bald von einem Staatsgerichtshofe, bald von einem besonderen Wahlprüfungsgerichte gefällt; in Elsaß-Lothringen war es ein Senat des Oberlandesgerichts Colmar, in Danzig ist es der oberste Gerichtshof, der über Einsprüche gegen die Gültigkeit der Parlamentswahlen zu entscheiden hat. Ja, auch im selben Lande können sich Gerichte verschiedener Art in die „Staatsgerichtsbarkeit“ teilen; wir wissen ja, wie bei uns im Reiche der Staatsgerichtshof, das Reichsgericht, der Reichsfinanzhof, das Wahlprüfungsgericht auf jenem Gebiete konkurrieren.

Es ist also doch wohl wertvoller, wenn wir die „Staatsgerichtsbarkeit“ nicht nach dem Subjekte, sondern nach dem Gegenstande der Entscheidung bestimmen. Und eben deshalb möchte ich wünschen, daß sich statt

jenes Ausdrucks eine auf das Sachliche abstellende Bezeichnung einbürgere. Hänel spricht in unserem Zusammenhange von „organischer Rechtspflege“, Fleiner und andere von „Staatsrechtspflege“. Aber das erste umschreibt den Gegenstand unvollständig, das zweite zu umfassend. Denn nicht alle staatsrechtlichen Fragen, die gerichtsförmig erledigt werden, gehören in den Bereich, den wir im Auge haben: so ist z. B. die Rechtsprechung über Fragen der Staatsangehörigkeit⁷ Verwaltungsgerichtsbarkeit, nichts anderes. Ich halte den Ausdruck „Verfassungsgerichtsbarkeit“ für den besten, weil er auf das abzielt, was nach meiner Auffassung das Wesentliche an der Einrichtung darstellt. Auch ist er bereits quellenmäßig geworden; die österreichische Bundesverfassung hat ihn, meines Wissens als erste, in die Gesetzessprache eingeführt.

Allerdings muß ich auch hier wieder sogleich gegen eine formale Ausdeutung des Begriffes Widerspruch erheben. Verfassungsgerichtsbarkeit ist Gerichtsbarkeit in Fragen der Verfassung und zum Schutze der Verfassung. Aber Verfassung ist in diesem Zusammenhange nicht die Verfassung im formellen Sinne, nicht das Verfassungsgesetz oder die Verfassungsgesetze, nicht die Verfassungsurkunde. Ich halte es nicht für förderlich, wenn Kelsen in der erwähnten Abhandlung den Unterschied zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit darin erblicken will, daß jene die Verfassungsmäßigkeit, diese die „bloße“ Gesetzmäßigkeit von Rechtsakten zu prüfen habe, oder wenn Merkel,⁸ in dem gleichen Gedankengange, als Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit den Schutz „der höchsten Stufe der Rechtsordnung“ bezeichnet. Abgesehen davon, daß diese Begriffsbestimmung vielerlei unberücksichtigt läßt, was meines Erachtens zur Verfassungsgerichtsbarkeit gehört, so muß doch bemerkt werden, und wird auch von Kelsen ausdrücklich zugegeben, daß im letzten Grunde jede Gesetzwidrigkeit der Vollziehungsakte einschließlich der Verordnungen eine Verfassungswidrigkeit bedeutet, da die Forderung der Gesetzmäßigkeit der Verordnungen in der Regel, die Forderung der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung häufig durch formales Verfassungsrecht ausgesprochen ist. Somit ergibt sich die rechtstheoretische Grenze zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit lediglich aus dem Unterschiede zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verfassungsmäßigkeit. Ich meine, daß damit nur wenig gewonnen ist, und daß sich auf diesem Wege nicht nur der Gegensatz der Verfassungs- zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern auch

7 [Dazu vgl. Heinrich Triepel, Internationale Regelung der Staatsangehörigkeit, in: ZaöRV 1 (1929), S. 185–199].

8 [Gemeint ist vielleicht: Adolf Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927].

ihr Gegensatz zu anderen Arten der Gerichtsbarkeit, etwa zur Straf- oder Disziplinargerichtsbarkeit, so gut wie ganz verflüchtigt.

Verfassungsgerichtsbarkeit ist nicht bloß Gerichtsbarkeit in Fragen der formellen Verfassung. Wer möchte behaupten, daß die Entscheidung über eine Ministeranklage nur dann Verfassungsgerichtsbarkeit sei, wenn der Minister wegen Verletzung der Verfassung, nicht aber, wenn er wegen Verletzung eines Gesetzes angeklagt worden ist? Oder daß die Wahlprüfungsgerichtsbarkeit keine Verfassungsgerichtsbarkeit darstelle, weil oder wenn der Richter dabei das Wahlgesetz, nicht die Verfassung anzuwenden habe? Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist Gerichtsbarkeit in Sachen der materiellen Verfassung. Es kann sein, daß das positive Recht eines einzelnen Staats gewisse prozessuale Einrichtungen nur auf den Schutz des formellen Verfassungsrechts gemünzt hat. Ob das zutrifft oder nicht, ist eine Sache der Gesetzesauslegung. Aber das Institut im ganzen genommen, geschichtlich, politisch, rechtlich betrachtet, ist ein Institut, das der Verfassung als dem Inbegriffe der den staatlichen Verband zur Einheit konstituierenden Ordnung in gerichtsförmiger Weise Bestand und Gewähr verschaffen soll. „Gewährleistung“ oder „gerichtlicher Schutz“ der Verfassung – so wird der Zweck der Einrichtung klar und zutreffend in manchen Verfassungsurkunden des vorigen Jahrhunderts bezeichnet.

Mit dieser Formulierung habe ich ungefähr schon umschrieben, was ich als das Wesen der Verfassung und damit der Verfassungsgerichtsbarkeit ansehe. Verfassung ist Ordnung, rechtliche Ordnung. Sie ist ein in sich geschlossenes System der Rechtssätze, die den Versuch machen, das staatliche Leben zu regeln, soweit es in der Selbsterhaltung und ständigen Selbsterneuerung jenes Verbandes besteht, den wir Staat nennen. Nicht alles staatliche Leben wird von der Verfassung normiert, nicht jede Tätigkeit des Staats in Justiz und Verwaltung. Die Verfassung hat es nur mit den Vorgängen zu tun, in denen sich das geistige Erlebnis der staatlichen Gemeinschaft in seiner Totalität vorbereitet, vollzieht, erneuert, – in Fordern und Gewähren, in Kampf und Verständigung. Verfassung ist, um mit Smend⁹ zu sprechen, die Rechtsordnung des staatlichen Integrationsprozesses. Sie ist also das Recht, das sich des *Wesentlichen* im staatlichen

9 [Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin 1955, S. 189: „Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staates, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat, nämlich seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses.“].

Leben zu bemächtigen strebt. Was freilich „wesentlich“ ist, was nicht, das hängt, wie ich glaube, von Wertungen ab, die zeitlich und örtlich bedingt sind. Das Ganze der Integrationsvorgänge läßt sich zwar in absoluten Kategorien formeller Art, wie denen der persönlichen, funktionellen oder sachlichen Integration meistern, wie es Smend so anschaulich getan hat; aber ihr Inhalt wird durch Wertungen bestimmt, die nicht immer die gleichen sind, die vielmehr im Fluss geschichtlicher Entwicklung stehen.

Dasselbe gilt meiner Ansicht nach für den Begriff des Politischen, den wir in die Betrachtung einzuführen haben. Über diesen Begriff ist in neuerer Zeit viel Interessantes und Wertvolles gesagt worden, namentlich von Smend und Carl Schmitt. So bestechend die Erklärung des Politischen bei Carl Schmitt erscheint – ich denke vor allem an seine „Freund-Feind-Theorie“ in dem bekannten geistreichen Aufsatz¹⁰ –, so vermag ich ihm doch nicht zu folgen. Von anderem abgesehen schon deshalb nicht, weil er das Wesen des Staats vom Politischen ableitet, während doch eine natürlichere, auf Sprachgefühl und Geschichte gestützte Auffassung suchen wird, das Wesen des Politischen aus dem Staatlichen heraus zu entwickeln. Ich kann mich aber auch nicht damit befrieden, daß zwischen „Politischem“ und „Rechtsstaatlichem“ ein Gegensatz geschaffen wird. Von dem dezisionistischen Standpunkte aus, von dem Carl Schmitt und Hermann Heller ausgehen, liegt es natürlich nahe, das Politische lediglich in dem über die Existenzform des Staates letztlich Entscheidenden zu erblicken, während alles bürgerlich-rechtsstaatliche, weil es vorzugsweise in Hemmungen und Kontrollierungen der staatlichen Gewalten besteht, als unpolitisch danebengestellt wird. Ich leugne keineswegs diesen Gegensatz, d. h. den Gegensatz zwischen „souveräner“ Dezision und bloßer Gewaltenkontrolle als solchen, ich halte es sogar für wertvoll, daß er schärfer als früher herausgearbeitet wird. Aber mir scheint, es sei willkürlich, das „Politische“ in Gegensatz zum „Rechtsstaatlichen“ zu bringen. Rechtsstaatliches Denken ist nicht unpolitisches Denken, sondern eine besondere Art des politischen Denkens, und die bürgerlich-rechtsstaatlichen Bestandteile einer Verfassung gehören auch zu ihrem „politischen System“.

Der Anschauung Smends vom Wesen des Politischen stehe ich näher. Allerdings gebe ich mich auch ihr nicht ganz gefangen. Er hat meine eigene Bestimmung des Politischen: „alles, was sich auf einen Staatszweck bezieht“, oder: „was sich auf die Staatszwecke oder deren Abgrenzung gegen-

10 [Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 58 (1927), S. 1–33].

über individuellen Zwecken bezieht“, getadelt. Ich meine, daß diese allerdings sehr weite und ein wenig farblose Definition ihr Recht hat und in manchen Zusammenhängen auch ausreicht. Aber ich bekenne gern, daß ein Bedürfnis besteht, aus dem weiteren einen engeren Begriff herauszuschälen, ja ich halte dies in bezug auf den Gegenstand, den wir heute behandeln, sogar für notwendig. Es gibt im staatlichen Leben verschiedene Intensitätsgerade des Politischen. Wir sprechen ja auch von „hochpolitischen“ Angelegenheiten und von einer „hohen“ oder „großen“ Politik, und setzen dem die Angelegenheiten oder Aktionen gegenüber, bei denen entweder die Verbindung mit staatlichen Zwecken eine losere oder die Bewertung des Staatszwecks, um den es sich handelt, eine geringere ist – wobei wiederum keine absoluten, sondern geschichtlich bedingte Maßstäbe angewendet werden müssen. Und es ist in der Tat richtig, daß in einem engeren und spezifischen Sinne politisch nur das ist, was mit den höchsten, obersten, entscheidendsten Staatszwecken, was mit der staatlichen „Integration“ in Verbindung steht, was sich auf den Staat als schöpferische Macht bezieht, was, wie *Hegel* sagt, den „Standpunkt der höchsten konkreten Allgemeinheit“¹¹ darstellt. So ist denn auch der Gegenstand der Verfassung und damit der Gegenstand der Verfassungsgerichtsbarkeit in diesem Sinne politisch zu nennen.

Darin liegt nun aber im Grunde das ganze Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit beschlossen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bezieht sich auf Streitigkeiten, die ihrer Natur nach, weil sie politisch sind, einer Entscheidung in prozeßförmiger Art widerstreben. Ich mußte, während ich diesen Vortrag vorbereitete, oft an die berühmte, so vielfach mißverständene, aber einen großen Wahrheitskern enthaltende These *Rudolph Sohm*s denken: das Wesen des Kirchenrechts steht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch.¹² Natürlich darf man, von inneren Gründen ganz abgesehen, für unser Gebiet keinen voll entsprechenden Satz aufstellen. Das Wesen des Politischen steht nicht mit dem Wesen des Rechts in Widerspruch. Im Gegenteil: nach der Grundanschauung, von der ich ausgehe, ist ja das Verfassungsrecht gerade das Recht für das Politische. Obwohl es zweifellos Politisches gibt, was nicht rechtlich, mindestens nicht gesetzlich geregelt werden kann und nirgends auf der Welt in dieser Weise gere-

11 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in: *Theorie-Werkausgabe*, Frankfurt 1970, Bd. VII, S. 474 (§ 303).

12 [Rudolph Sohm, *Kirchenrecht* Bd. I, Leipzig 1892, S. 1: „Das Kirchenrecht steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch. Das Wesen der Kirche ist geistlich; das Wesen des Rechts ist weltlich.“].

gelt worden ist, so ist doch alles Verfassungsrecht „politisches“ Recht. Daher bilden die Verfassungsstreitigkeiten nicht etwa als Rechtsstreitigkeiten einen Gegensatz zu politischen Streitigkeiten. Einen solchen Gegensatz halte ich für völlig schief. Das Politische aus dem Begriff der Verfassungsstreitigkeiten herausnehmen, heißt die Schale ihres Kerns berauben. Verfassungsstreitigkeiten sind immer politische Streitigkeiten. Wenn man Verfassungsstreitigkeiten auf den Rechtsweg verweist, so ist das keine „Entpolitisierung“, wie Wittmayer¹³ meint; man kann Verfassungsstreitigkeiten gar nicht entpolitisieren. Trotz alledem, oder auch eben deshalb darf man, ohne paradox zu werden, den Satz aussprechen: das Wesen der Verfassung steht bis zu einem gewissen Grade mit dem Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Widerspruch.

In der Welt des Politischen nämlich, die auch die Welt der Verfassung ist, drängt von Hause aus alles auf Durchsetzung des eigenen Willens durch eigene Macht. Um so stärker, je „politischer“ die Sphäre ist, in der sich die Handelnden bewegen. Die fast naturgemäße Entscheidung politischer Streitigkeiten ist Entscheidung durch Kampf, durch Unterdrückung des gegnerischen Willens, in zweiter Linie durch Verständigung, wenn der Kampf nicht lohnt oder aussichtslos erscheint. Je „politischer“ die Frage, je mehr das Irrationale im staatlichen Leben, je mehr das Daimonion des Staates in Betracht kommt, um so stärker und um so begreiflicher ist die Abneigung, sich das Gesetz des Handelns von fremder Entscheidung vorschreiben zu lassen. Daher im völkerrechtlichen Verkehr der zähe Widerwille gegen obligatorische Schiedsgerichtsbarkeit, jedenfalls in Fällen, in denen die Streitigkeit stärkere politische Bedeutung hat; daher der Vorbehalt bezüglich der Lebensinteressen und des Ehrenpunktes in allgemeinen Schiedsabkommen. Innerhalb des Sonderlebens des Staates herrscht die gleiche Erscheinung. Politische Gegensätze werden, auch wenn sie auf einen rechtlichen Nenner gebracht werden können, lieber unüberbrückt gelassen, als der Entscheidung eines Dritten unterworfen; ein „Vereinigungsverfahren“ wird dem gerichtlichen vorgezogen. Wenn eine Streitfrage erledigt werden muß, zieht man den Zwangsausgleich der Rechtsstreitentscheidung vor. Und zwar den Zwangsausgleich, bei dem der Wille der einen Partei den der andern überwindet. Das alles ist ganz unabhängig von der Staatsform. In der konstitutionellen Monarchie ist es der Fürst, der der Volksvertretung, in der parlamentarischen Monarchie ist es die Volksver-

13 [Gemeint sein könnte: Leo Wittmayer, Reichsverfassung und Politik, Tübingen 1923; ders., Die Zukunft der modernen Demokratie, in: ZgStW 79 (1925), S. 16–39].

tretung, die dem Monarchen ihren Willen aufzuzwingen sucht; in der Demokratie werden die Minderheit und ihre organisatorischen Exponenten von der Mehrheit an die Wand gedrückt. Es ist bezeichnend, daß in den Vereinigten Staaten die dort eingebürgerte Verfassungsgerichtsbarkeit, die doch, wie wir sehen werden, stark objektiviert gehalten ist, gerade von der konsequenten Demokratie angefochten wird; es war eine Forderung in dem bekannten Programm La Follettes von 1924, daß ein mit Zweidrittelmehrheit gefaßter Kongreßbeschluß gesetzesfeindliche Entscheidungen des obersten Bundesgerichtes müsse überrennen können. Je stärker ausgebildet der „politische Instinkt“, desto größer die Abneigung gegen Verfassungsgerichtsbarkeit. Es ist schwerlich ein Zufall, daß diese Institution in Mittel- und Kleinstaaten mehr ausgebildet ist als in Großstaaten, daß der „politischste“ Staat der Welt, daß England kaum eine Spur davon, jedenfalls kein Verständnis dafür besitzt, daß der preußische Großstaat es nicht einmal zu einem Gesetze über die Durchführung von Ministeranklagen gebracht hat. Und es ist nicht nur eine kleinlich denkende Bürokratie, die sich, wie einst gegen die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, so damals und später auch gegen die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gesträubt hat. Vielmehr zählt diese gerade Männer von größtem politischem Format zu ihren Feinden. In klassischer Form hat Bismarck den Grund seiner Gegnerschaft in einer Rede vor dem Abgeordnetenhaus am 22. April 1863 enthüllt: Es darf nicht „von dem einzelnen Urteilsspruche eines Gerichts, wie er sich nach der subjektiven Ansicht der Stimmenenden herausstellt, die politische Zukunft des Landes, die Machtverteilung zwischen der Krone und dem Landtage, sowie zwischen den Häusern des Landtags abhängig gemacht werden. Diese staatsrechtliche Frage kann nur von der Gesetzgebung, nur von der Verständigung zwischen den Faktoren der Gesetzgebung entschieden werden.“¹⁴ Als Parallele darf diesem Ausspruch des deutschen der eines französischen Politikers zur Seite gesetzt werden: „L'esprit subtil“, sagt Benjamin Constant, „l'esprit subtil de la jurisprudence est opposé à la nature des grandes questions qui doivent être envisagées sous le rapport public, national, quelquefois même européen.“

Obwohl sich nun das politische Element der Verfassung der Unterstellung unter ein prozeßförmiges Verfahren widersetzt, haben wie doch eine Verfassungsgerichtsbarkeit erhalten. Freilich um den Preis, daß dieses Rechtsinstitut in so vieler Hinsicht unausgeglichen, brüchig, schillernd,

14 [Horst Kohl (Hg.), Die Politischen Reden des Fürsten Bismarck, Stuttgart 1892, Bd. II, S. 172].

widerspruchsvoll erscheint. Es bedarf der Erklärung, wie es zu einer Verfassungsgerichtsbarkeit gekommen ist.

Daß die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, Österreich und der Schweiz stärker als irgendwo anders entwickelt worden ist, liegt zum Teil natürlich daran, daß dem germanischen Staatsdenken die Notwendigkeit eines Rechtsschutzes auch für das öffentliche Recht immer lebendig geblieben ist. Der Deutsche hält es nicht für ein Unding, mit der öffentlichen Gewalt, und wäre sie die höchste, um sein Recht Prozeß zu führen. Es ist urdeutsch gedacht, wenn wir in einer Verfassung des Kantons Uri – ähnlich auch in der von Unterwalden nid dem Wald – lesen: „Glaubt sich Jemand durch einen Landesgemeindebeschluß in seinen Privatrechten benachteiligt, so kann er das ordentliche Gericht anrufen. Dasselbe hat die Streitfrage zwischen dem Volke und dem Rechtssuchenden gewissenhaft nach den Akten zu entscheiden.“ Was aber die Verfassungsstreitigkeiten in einem engeren Sinn, d. h. die Streitigkeiten zwischen den politischen Gewalten selber anlangt, so war es wichtig, daß der deutsche Konstitutionalismus der Frühzeit, in der die Grundlagen für die Verfassungsgerichtsbarkeit gelegt worden sind, unmittelbar an ständische Gedanken- und Organisationsformen anknüpfen konnte. Dem ständischen Wesen und der dualistischen Struktur des ständischen Staates entsprach ja die Auffassung, daß sich Regierung und Stände wie zwei Vertragsparteien gegenüberstanden, deren Zwistigkeiten durch Schieds- oder Richterspruch geschlichtet werden konnten. So hat bei der Einsetzung des württembergischen Staatsgerichtshofs die Erinnerung an das alte württembergische Landgericht sicher eine Rolle gespielt. Ganz ständisch gedacht war es, wenn die kurhessische Verfassung von 1831, die altenburgische aus demselben Jahre und die braunschweigische von 1832 Kompromißgerichte vorsahen, von denen die Streitigkeiten zwischen Regierung und Landtag über die Auslegung der Verfassung entschieden werden sollten. Während diese Gerichte für jeden Streitfall besonders gebildet werden mußten, stellte die gleichzeitig entstandene Verfassung des Königreichs Sachsen für solche Fälle bereits einen permanenten Staatsgerichtshof zur Verfügung; die oldenburgische Verfassung von 1852 gestattete die Wahl zwischen Schiedsgericht und Staatsgerichtshof. Ständischen Ideen entsprang die paritätische Art, in der die Staatsgerichtshöfe überall gebildet wurden. Ständisch gedacht war endlich die gelegentlich auftretende Parität zwischen Fürst und Landtag bei Anklagen vor dem Staatsgerichtshof; in Württemberg z. B. konnte die Anklage wegen Versuchs des Verfassungsumsturzes oder wegen Verfassungsverletzung von den Ständen gegen Minister und Departementschefs, von der Regierung gegen einzelne Mitglieder der Stände und ihres Ausschusses er-

hoben werden, – eine Einrichtung, die manchmal auch außerhalb Deutschlands, z. B. in der niederländischen Verfassung begegnet.

Für die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern war aber außerdem von Bedeutung, daß sie einen Ersatz zu bilden hatte für den Schutz, den der aufgelöste Reichsverband den ständischen Gerechtsamen, aber auch den Landesfürsten gegenüber den Ständen durch die Reichsgerichtsbarkeit geboten hatte. Sogar die Ministeranklage konnte unter diesem Gesichtspunkte betrachtet werden; wenn die Stände früher ihren Landesherrn wegen Missetat oder Rechtsanmaßung vor der Reichsjustiz hatten belangen können, so schufen sie sich in der neuen Verfassung ein Mittel, statt des souverän gewordenen Landesfürsten seinen Minister vor ein Gericht, und zwar nunmehr ein Landesgericht zu ziehen. Es war dann ganz folgerichtig, wenn manche Kleinstaaten, nachdem der Deutsche Bund das Bundesschiedsgericht geschaffen hatte, diesem Bundesorgan schon in ihren Konstitutionen die Verfassungsstreitigkeiten überwiesen, wie Reuß j. L. im Jahre 1850, Oldenburg – wenigstens zur zweitinstanzlichen Entscheidung – im Jahre 1852. Bald nach der Gründung des Norddeutschen Bundes haben die Verfassungen von Reuß ä. L. und Schaumburg-Lippe den Bund für jene Aufgabe in Aussicht genommen, wobei freilich übersehen wurde, daß die Bundes-, wie auch die nachmalige Reichsverfassung, den Bundesrat für Verfassungsstreitigkeiten nur als Vergleichsinstanz bestellt, deren „Erledigung“ aber auf den Weg der Reichsgesetzgebung verwiesen hatte. Heute, wo Art. 19 der Weimarer Verfassung einen echten gerichtlichen Schutz für Verfassungsstreitigkeiten bietet, hat es wieder einen Sinn erhalten, wenn sich manche Einzelstaaten, wie Sachsen und Braunschweig, den Luxus eines eigenen Staatsgerichtshofs sparen, oder wenn sie ihren Staatsgerichtshof nicht als Gericht für Verfassungsstreitigkeiten im engeren Sinne verwenden, wie Württemberg, Baden und Hessen. Im einen wie im anderen Fall schieben sie dann stillschweigend die Erledigung dieser Streitigkeiten dem Staatsgerichtshofe für das Deutsche Reich zu. Manche Kleinstaaten tun dies in ihren Verfassungen ausdrücklich: so Lippe und Mecklenburg-Strelitz. Schaumburg-Lippe und Lippe haben den Reichsstaatsgerichtshof sogar zur Entscheidung über Ministeranklagen bestellt, was ihnen durch § 15 des Reichsgesetzes über den Staatsgerichtshof ermöglicht worden ist.

Bedeutungsvoller als der Hinweis auf die verfassungshistorischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit ist die Aufdeckung der ideengeschichtlichen Wurzeln, aus denen sie entsprossen ist. Es herrscht kein Zweifel, daß es die von der Aufklärung geborenen und gespeisten Gedanken des Rationalismus gewesen sind, die hier Pate gestan-

den haben, die Anschauungen, die insbesondere der bürgerliche Liberalismus, namentlich wieder dessen rechtsstaatliche Ausprägung, in Deutschland und den anderen europäischen Staaten gehegt und gepflegt hat. Vor allem war es die rationalistische Theorie der Gewaltenteilung, die für die Verfassungsgerichtsbarkeit bestimmend geworden ist.

Allerdings, diese Theorie ist niemals ganz einheitlich gewesen. Und je nach der Abschattierung, die sie erfuhr, konnte sie der Verfassungsgerichtsbarkeit förderlich oder abträglich werden.

In ihrer strengsten Form betont die Lehre von der *séparation des pouvoirs* vor allem die gegenseitige Selbständigkeit der drei Gewalten. Das gilt in erster Linie für Legislative und Exekutive in ihrem Verhältnisse zur richterlichen Gewalt. Zwar soll die Freiheit des Bürgers, der die Gewaltentrennung dienen will, auch durch die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt, ja gerade durch sie gegen Legislative und Exekutive geschützt werden. Aber doch nur insofern, als keine der beiden die Funktion der Rechtsprechung sich anmaßen oder den einzelnen Richter abrufen darf. Denn auf der andern Seite ist es dem Richter verwehrt, sich in die Sphäre der Gesetzgebung oder der Vollziehung einzumischen. Der Richter ist an das gebunden, was die gesetzgebende Gewalt geschaffen, und hat als gültig hinzunehmen, was die Verwaltung in ihrer Sphäre bestimmt hat. Daher die Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen und die Abneigung gegen eine Judikatur in Verwaltungssachen. Als die eigentliche Domäne des Richters gilt die Zivil- und Strafrechtspflege. Deshalb, und weil die richterliche Gewalt an dem politischen Spiel der anderen Gewalten keinen Anteil zu nehmen hat, ist sie „en quelque façon nulle“, spielt sie, nach Ernst von Meier etwas frivolem Ausdrucke, die Rolle des heiligen Geistes in der Trinitätslehre.¹⁵ Darum ist sie auch nicht dazu da, Streitigkeiten zwischen Legislative und Exekutive zu entscheiden. Zwischen „Prärogative“ und Legislative, sagt John Locke, gibt es keinen Richter. Für Exekutive und Legislative gilt der Satz, daß „le pouvoir arrête le pouvoir“; es ist ihre Sache, wie sie sich vertragen und auseinandersetzen, und irgendwie werden sie es vernünftigerweise tun, wofern der Staatswagen nicht stillestehen soll. Wenn also z. B. das Oberhaus auf Anklage des Unterhauses über die Minister zu Gerichte sitzt, so ist das nach Montesquieu gewiß ungeschichtlicher, aber dem rationalistischen Einschlag sei-

15 [Ernst von Meier, *Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preußens im XIX. Jahrhundert*, Bd.I, Leipzig 1907, S. 67: „Unter den drei Gewalten spielt auch bei Montesquieu die richterliche einigermaßen die Rolle des heiligen Geistes in der Trinitätslehre: sie ist den beiden anderen nicht ebenbürtig.“].

ner Lehre entsprechender Auffassung keine Ausübung richterlicher Gewalt, sondern eine Kontrollfunktion des Parlaments gegenüber der Regierung, die ganz allein in jenes System der Gewichte und Gegengewichte gehört, das für das Verhältnis von Legislative und Exekutive eingerichtet ist. Man sieht, von diesem Ufer konnte keine Brücke zur Verfassungsgerichtsbarkeit geschlagen werden.

Es ließ sich aber von dem Ausgangspunkte der konstitutionellen Doktrin noch ein anderer Weg beschreiten. Man konnte bei der Lehre von der Gewaltenteilung den Nachdruck statt auf die schroffe Gegensätzlichkeit der drei Gewalten auf ihre gemeinsame Ableitung aus dem einheitlichen Gesamtwillen der Nation und damit auch auf die Notwendigkeit legen, sie im Interesse der Einheitlichkeit des staatlichen Lebens in Harmonie untereinander und mit einem Gesamtwillen zu bringen. Daraus entsprang der Gedanke an ein *pouvoir modérateur* oder *régulateur*, ein *pouvoir arbitre*, ein *pouvoir judiciaire des autres pouvoirs*, der Gedanke an ein Organ des Ausgleichs zwischen den konstituierten Gewalten und zwischen ihnen und dem *pouvoir constituant*. Nach der liberalen Doktrin Benjamin Constant's war die königliche Gewalt mit dieser Aufgabe betraut. Aber vor und nach seiner Zeit ist man auf den Gedanken gekommen, die ausgleichende und entscheidende Funktion auf eine gerichtliche oder gerichtähnliche Instanz zu übertragen. Fichtes Idee des Ephorats, die er eine Zeitlang gehegt hat, gehört in diesen Zusammenhang. In Amerika hat sie durch Franklin's Council of Censors in der pennsylvanischen Verfassung einen organisatorischen Ausdruck gefunden. In Frankreich war es vor allem Sieyès, der an der Idee einer eigenen Verfassungsgerichtsbarkeit jahrzehntelang mit Zähigkeit festgehalten hat. Seine berühmte Rede vom 2. Thermidor des Jahres III enthielt unter anderem die Forderung, es müsse eine „jurie constitutionnaire“ eingeführt werden, und wenn er auch damals nicht damit durchdrang, so ist es ihm doch später in der Kon-sularverfassung von 1799 gelungen, den „Sénat conservateur“ als ein Verfassungsgericht einzusetzen, das über die Verfassungsmäßigkeit sowohl der Akte des Corps législatif, wie der des Gouvernements zu entscheiden hatte. Die Verfassungen von 1802 und 1804 haben dies beibehalten, und obwohl die Institution von der harten Faust des ersten Bonaparte arg verstümmelt worden war, hat man doch unter dem zweiten Kaiserreich im Jahre 1852 noch einmal an die alte Tradition angeknüpft. In der Mehrzahl der europäischen Staaten haben sich jene Gedanken nur in bescheidenem Umfange ausgewirkt. Sie sind höchstens darin zu erkennen, daß man öfters die Entscheidung über Ministeranklagen nicht dem Oberhause, sondern einem besonderen Staatsgerichtshofe übertrug. Doch ist ihr Einfluß noch in der

Mitte des 19. Jahrhunderts in Deutschland zu beobachten, vor allem in der Frankfurter Nationalversammlung. Die Verfassung der Paulskirche unternahm es in einem bisher unerhörten Ausmaße, die Streitigkeiten zwischen den politischen Gewalten der Entscheidung eines grundsätzlich zu diesem Zwecke eingesetzten Gerichtshofs zu unterwerfen. Allerdings scheute sich die Verfassung, den letzten Schritt zu tun; denn sie ließ die Zuständigkeit des Reichsgerichts zur Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten in der obersten Schicht des deutschen Verfassungslebens, d. h. von Streitigkeiten zwischen den Häusern des Reichstags und der Reichsregierung und zwischen ihnen selbst von einer kompromissarischen Einigung der Streitteile abhängen. Allein im Verhältnisse zwischen Reichsgewalt und Landesgewalten wurde solche Einschränkung nicht gemacht. Und der Grundgedanke war jedenfalls der, es solle, wie es Max Duncker nachmals ausgedrückt hat, durch eine hoch und freigestellte richterliche Gewalt, die in Fragen des Rechts auch über dem Reichstage und dem Reichsoberhaupt stehe, „wie einst der Großrichter von Aragonien über König und Ständen“¹⁶, alles öffentliche Wesen in Deutschland auf dem Boden des Rechts erhalten werden. Man sieht aus den von Duncker gewählten historischen Beispielen, wie sich hier ständische Ideen mit modernen liberal-rechtsstaatlichen vermählten.

Es gab aber auch noch andere Wege, um von dem Prinzip der Gewaltenteilung ausgehend zu einer Verfassungsgerichtsbarkeit zu gelangen. Man konnte sich nämlich darauf stützen, daß die *richterliche Gewalt* als solche schon von Haus aus dazu bestimmt sei, ein Gegengewicht sowohl gegen Legislative wie gegen Exekutive zu bilden. Man konnte ihr folglich von vornherein die Rolle eines *pouvoir modérateur* zuweisen, um die andern Gewalten in dem Rahmen zu halten, der allen Gewalten durch die Verfassung gezogen war, allerdings in erster Linie, soweit es galt, die Exekutive zur Verfassungstreue zu zwingen. Dazu bedurfte es also keines besonderen Staatsgerichtshofs, sondern man konnte sich der ordentlichen Gerichte bedienen, nur daß man vielleicht um der Bedeutung der Sache willen eine oberste Instanz mit der Urteilsfällung betraute. So übertrug denn die erste französische Verfassung von 1791 die Entscheidung über die Anklagen gegen die Minister der Haute Cour nationale; die holländische Verfassung bestellte dafür den Hoogen Rad, die belgische den Kassationshof, manche deutsche Einzelstaaten ihre Oberappellationsgerichte. Man besann sich aber auch darauf, daß der Hauptzweck der Ge-

16 [Max Duncker, *Zur Geschichte der deutschen Reichsversammlung in Frankfurt*, Berlin 1849, S. 50].

waltenteilung gewesen war, für die Freiheit des Bürgers einen Schutz zu bieten. Wenn daher die Regierung die ihr von der Verfassung gegenüber dem Bürger gezogenen Grenzen überschreitet, so ist es Sache des Richters, sie in ihre Schranken zu weisen. Freilich wählte man auch für diese Aufgabe häufig besonders gebildete Gerichte, Staatsgerichtshöfe. So entstand, obwohl mit mancherlei einengenden Verklausulierungen, die Gerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts zur Entscheidung über Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger, die Zuständigkeit des Reichsgerichts der Frankfurter Verfassung zur Annahme von Klagen deutscher Staatsbürger wegen Verletzung der durch die Reichsverfassung ihnen gewährten Rechte, die Zuständigkeit des österreichischen Reichsgerichts, über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte zu entscheiden. Es war aber endlich auch möglich, die Sache ganz radikal anzufassen. Verfassungswidrige Willkür der Exekutive kann nicht gebrochen werden, wenn sich die Exekutive auf verfassungswidrige Willkür des Gesetzgebers zu stützen vermag. Der Richter ist dazu berufen, den Bürger in seiner Freiheit auch gegen den Gesetzgeber zu schützen. Und zwar hat jeder Richter diese Aufgabe zu erfüllen, nicht bloß ein Staatsgerichtshof. Von diesem Gedanken haben sich in den Vereinigten Staaten von Amerika die Einzelstaaten wie die Union bestimmen lassen. Sie haben den Schutz der Verfassung gegen Verletzung durch Exekutive und Legislative der ordentlichen Gerichtsbarkeit anvertraut. Die Begründung für diese Gestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit ist in klassischer Form von Alexander Hamilton im „Federalist“ gegeben worden. Die große Aufgabe des Richters und seine einzige besteht darin, Recht anzuwenden. Was aber der Gesetzgeber, der, wie der Richter, nur ein Delegatar der Verfassung oder des souveränen Volkes ist, zum Gesetzesinhalte macht, kann nicht Recht sein, wenn es der Verfassung widerspricht. Die Gerichte dürfen verfassungswidrige Gesetze nicht zur Grundlage eines Urteils machen. Indem sie die Verfassung dem verfassungswidrigen Gesetz vorziehen, erfüllen sie ihren Beruf, Recht und nur das Recht anzuwenden, und erweisen sie sich zugleich als das natürliche „intermediate body“ zwischen Volk und Legislative, als ein Bollwerk der Freiheit gegen Übergriffe der Legislative. In dieser Konstruktion liegt auch die Erklärung für die ganz singuläre Form, in der die Amerikaner die Verfassungsgerichtsbarkeit technisch behandeln. Sie ist bei ihnen nicht, wie anderwärts, als ein Prozeß gestaltet, in dem Exekutive und Legislative, oder Bürger und Exekutive, oder Bundesgewalt und Landesgewalt als Parteien auftreten. Vielmehr entscheidet der Richter „zwischen der Verfassung und dem Gesetze.“ Über die Verfas-

sungsmäßigkeit staatlicher Akte wird immer nur als über eine Inzidentfrage in Prozessen entschieden, in denen die Gerichte ihre normale Funktion als Zivil- und Strafgerichte erfüllen. Der Richter kommt niemals in die Lage, einen Staatsakt, insbesondere ein Gesetz aufzuheben; er erklärt nur möglicherweise, daß ein Gesetz, weil es verfassungswidrig und damit ungültig sei, nicht angewendet werden könne; wie *Tocqueville* einmal gesagt hat: *la loi ne se trouve blessée que par hasard*. Das Verfahren ist unter den objektiven Verfahrensarten – so möchte ich das nennen – die objektivste. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist nicht mehr ein eigenes Institut, sondern ein Akzessorium zur ordentlichen Gerichtsbarkeit. Da hier die politischen Gewalten niemals unmittelbar in den Rechtsstreit verwickelt werden, so hat die größtmögliche „Entpolitisierung“ stattgefunden. Freilich sind die Amerikaner in dieser Beziehung fast völlig isoliert geblieben. Nur das norwegische Recht steht ungefähr auf demselben Boden. Als vor etwa zwanzig Jahren durch *Charles Benoist* und andere der Versuch gemacht wurde, die amerikanische Einrichtung nach Frankreich zu verpflanzen, mußte dies an der ganz anders eingestellten traditionellen Auffassung der Franzosen von der Gewaltentrennung scheitern.

Alle diese, in doktrинeller Grundlegung und organisatorischer Ausführung so verschiedenen Versuche, die politischen Kräfte im Staate durch das Mittel der Verfassungsgerichtsbarkeit auszubalanzieren oder zu neutralisieren, haben nun doch niemals – selbst wenn sie es sich zum Ziele setzten – vermocht, dieser Gerichtsbarkeit ihren politischen Charakter zu nehmen. *Naturam expellas furca, tamen usque recurret*.¹⁷

Der politische Grundzug der Verfassungsgerichtsbarkeit zeigt sich am deutlichsten in der Art, wie das Institut der gerichtlichen Entscheidung über Ministeranklagen – oder Anklagen gegen republikanische Staatsehefs – entwickelt worden ist. Das Verfahren hatte ja ursprünglich einen vorwiegend strafrechtlichen Charakter, dem Vorbilde des englischen Rechtsgangs beim Impeachment entsprechend. Es hat diesen Charakter in manchen Staaten bis heute behalten. Ein politisches Element hat ihm freilich immer und überall, der Natur der Sache nach, angehaftet; denn es ist stets ein Mittel politischen Kampfes gewesen. Dem entspricht die Organisation der Gerichtsbarkeit und das Verfahren. Auch wo der Minister vor ein Strafgericht gestellt wird, ist dieses Gericht selten das ordentliche Gericht, vielmehr gewöhnlich ein Staatsgerichtshof, dessen Besetzung unter Mitwirkung der Legislatur erfolgt, manchmal sogar zum Teil aus Mitglie-

17 [Horaz, Episteln I 1,24: Auch wenn Du die Natur gewaltsam austreibst, kehrt sie doch zurück.].

dern der Legislatur, oft geradezu nur aus einer Kammer des Parlamentes besteht, wie es das englische Beispiel gelehrt hatte. Zwar sagt die italienische Verfassung von 1848: „Il Senato... costituito in Alta Corte di Giustizia... non è corpo politico“, und das ist gewiß nicht ohne praktische Bedeutung insofern, als vielerlei, was für den Senat als politischen Körper gilt, auf den Senat als Staatsgerichtshof nicht anwendbar ist: Pairsschub, Vertagung und Schluß durch den König, Prinzip der Diskontinuität, Beschlußfähigkeitsziffer und anderes. Aber trotz allem bleibt der Senat immer ein Teil der politischen Gewalt, ja er wird zur richterlichen Funktion in unserem Falle gerade berufen, weil er politisch orientiert ist, weil man von ihm erwartet, daß er seine politische Erfahrung benutzen wird, um bei der Urteilsfällung die politische Seite der Straftat, sei es als schärfend, sei es als mildernd zu würdigen. Er ist ein politisches Gericht „pel suo spirito“, sagt L u z z a t t i. Denn in Italien, wie in Frankreich urteilt der Senat nicht über die Straftaten, die der Minister während seiner Amtsführung, sondern über die, die er in seiner Amtsführung begangen hat. Daraus erklärt sich auch die uns befremdliche Erscheinung, daß – wiederum dem Prozeß vor dem House of Lords auf Impeachment entsprechend – dem Verfahren vielfach ein diskretionäres Element beigemischt ist. Es ist B e n j a m i n C o n s t a n t s Einfluß, der sich hier ausgewirkt hat. „Politisches Recht“, sagt seine Lehre – und um politisches Recht handelt es sich in unserem Falle – verlangt seiner Natur nach ein weites Maß von Freiheit in der Anwendung. Der politische Zweck der Ministeranklage besteht weniger darin, die Minister zu bestrafen, als sie zu beseitigen. Werden die Pairs zu Richtern über die Räte der Krone bestellt, so sollen sie nicht wie gewöhnliche Richter nach formalem Rechte urteilen, sondern „d'après leurs lumières, leur honneur et leur conscience“. Die Verfassung der hundert Tage, die von Constant redigiert worden ist, bestimmte in der Tat: „La Chambre des Pairs... exerce, soit pour caractériser le délit, soit pour infliger la peine, un pouvoir discrétionnaire.“ Die Charte von 1830 stand auf demselben Standpunkte, und das heutige französische Recht läßt mindestens die Möglichkeit einer entsprechenden Auslegung zu. Auch die belgische Verfassung erklärt, es solle – bis zum Erlasse eines Gesetzes, das niemals ergangen ist – die Deputiertenkammer für die Anklage, der Kassationshof für die Kennzeichnung des dem Minister zur Last gelegten Delikts und für die Festsetzung der Strafe ganz freies Ermessen besitzen. So hat denn auch im Jahre 1830 die französische Pairskammer die Minister Karls X., so hat im Jahre 1918 der Senat den früheren Minister des Innern Malvy wegen Verbrechen bestraft, von denen der Code pénal nichts wußte, und mit Strafen belegt, die dort, jedenfalls für solche Verbrechen, nicht vorgesehen waren.

Der Senat hat sich im Jahre 1918 zur Rechtfertigung seines Verfahrens auf sein „pouvoir souverain“ berufen, und das hat nur vereinzelt Widerspruch hervorgerufen. Diskretionär aus politischen Gründen ist ja schon immer die Entscheidung der Kammer, ob sie einen Minister anklagen will oder nicht. In Italien hat das oft eine große Rolle gespielt, weil es sich dort darum handelt, ob ein Beschluß der Kammer, einen Minister *n i c h t* vor den Senat als die *Alta Corte* zu bringen, der ordentlichen Strafsgerichtsbarkeit Raum läßt oder nicht. Als im Jahre 1895 Giolitti wegen Siegelbruchs und Aktenbeseitigung, im Jahre 1897 Crispi wegen Teilnahme an Amtsveruntreuung angeschuldigt, von der Kammer aber nicht angeklagt worden waren, hat der Kassationshof beide Male erklärt: mache die Kammer von ihrem Anklagerechte keinen Gebrauch, so sei das ein Zeichen, daß entweder das behauptete Verbrechen nicht begangen worden, oder daß sich die Kammer von der *Staatsraison* bestimmen lasse, ihr Recht nicht auszuüben. Und die gleiche *Staatsraison* entscheide darüber, ob die Kammern und ob die *Alta Corte* beschließen wollen, der ordentlichen Justiz freien Lauf zu lassen. Tun sie es nicht, so haben die Gerichte zu schweigen. Zehn Jahre später, im Falle Nasi (1907) hat sich der Kassationshof sogar auf den Standpunkt gestellt, daß die ordentliche Gerichtsbarkeit schon von Haus aus schon durch das Anklagerecht der Kammer in bezug auf *reati ministeriali*, das Wort im technischen Sinne genommen, ausgeschlossen sei. Klage die Kammer nicht an, so gebe sie zu erkennen, daß sie aus politischen Gründen überhaupt einen Prozeß und ein Urteil vermieden sehen möchte, weil es im besonderen Falle der Gesellschaft nützlicher sei, einen Verbrecher der Strafe zu entziehen, als der Gerechtigkeit Genüge zu tun. Man hat diese Entscheidung eine „rechtsfeindliche Blasphemie“ genannt; vermutlich mit Recht. Jedenfalls ist durch sie die Kammer, die den Fall Nasi bereits an die ordentliche Gerichtsbarkeit abgegeben hatte, in die Notwendigkeit versetzt worden, nachträglich doch noch die Anklage beim Senat zu erheben, damit nicht ein schweres Verbrechen der gerechten Sühne entzogen werde, und der Senat hat den Angeklagten dann auch verurteilt. Man sieht, wie hier sogar die Justiz bemüht ist, dem „Politischen“ zu einem Siege über das Strafrecht zu verhelfen.

Im allgemeinen hat ja nun aber bekanntlich die gerichtliche Geltendmachung der Ministerverantwortlichkeit ihren kriminellen Charakter nach und nach verloren, und in gleichem Grade, in dem dies geschah, ist sie allmählich *v ö l l i g* zu einer „justice politique“ geworden. Namentlich in Deutschland. Als Gegenstand der Anklage erscheint mehr und mehr, statt eines Verbrechens im Sinne des Strafrechts, die Verletzung der Verfassung und des Gesetzes schlechthin, gelegentlich auch, wie früher im Groß-

herzogtum Baden, so noch heute in den Republiken Baden, Hessen und Mecklenburg-Schwerin „schwere Gefährdung der Sicherheit oder Wohlfahrt des Staates“. Im einen wie im anderen kommt ein politischer Gedanke zum Ausdruck. Denn auch wo Verfassungs- oder Gesetzesverletzung in ganz allgemeiner Wendung zum Klaggrunde gemacht wird, ist doch offenbar die Meinung die, daß nicht wegen jeder Verletzung jeder einzelnen Bestimmung der Verfassungsurkunde oder eines gewöhnlichen Gesetzes Klage soll erhoben werden dürfe, sondern nur wegen Verletzung der politischen Bestandteile des Verfassungsrechts, politisch in dem Sinne genommen, den wir vorhin zu umschreiben versucht haben. Und wie mit dem Klaggrunde, so steht es mit den Strafen. Nach amerikanischem Muster beschränkt man sich im wesentlichen auf Amtsentziehung, nur selten erschwert durch Aberkennung der Fähigkeit, öffentliche Ämter fortan zu bekleiden; ein wenig Disziplinarrechtliches haftet heute, soweit das deutsche Recht in Betracht kommt, nur den einschlagenden Vorschriften der oldenburgischen Verfassung an. Man sieht, Benjamin Constant hat recht behalten: es kommt nicht so sehr darauf an, den Minister zu bestrafen, als ihn unschädlich zu machen. Daher steht den Kammern auch das Recht zu, die Klage zurückzunehmen, wenn jenes Ziel nicht mehr als politisch erstrebenswert gilt, und es ist durchaus politisch gedacht, wenn die Verfassungen von Baden, Hessen und Mecklenburg-Schwerin dem Landtage zwar die Erhebung der Anklage nur mit Zweidrittelmehrheit, die Rücknahme der Klage aber mit einfacher Mehrheit gestatten; daß Württemberg das Gegenteil vorschreibt, ist ein Zeichen unpolitischer Formenstrenge. Politisch ist es gedacht, wenn manche Verfassungen das Anklagerecht der Volksvertretung erlöschen lassen, nachdem sich diese ihres Rechts mehrere Jahre lang verschwiegen haben; so die Verfassungen von Baden, Hessen, Thüringen, Mecklenburg-Schwerin und Oldenburg, auch im Auslande findet man das mehrfach. Es hat mit der strafrechtlichen Verjährung gar nichts zu schaffen. Auch die Anklage gegen gewesene Minister ist ihres strafrechtlichen Charakters mehr und mehr entkleidet und zu einer rein politischen Maßregel geworden; die Staatsgerichtshöfe sind hier jetzt gewöhnlich auf die bloße Feststellung beschränkt, daß der Angeklagte die Verfassung verletzt habe. In dieser Feststellung liegt heute vielfach das beinahe alleinige Ziel des Anklageverfahrens überhaupt. Denn der politische Zweck, den Minister gegen den Willen des Staatsoberhauptes aus dem Amte zu bringen, konnte in der konstitutionellen Monarchie, wenn überhaupt, nur durch das Mittel verfassungsgerichtlichen Verfahrens erreicht werden; in der parlamentarischen Monarchie und Präsidentschaftsrepublik gibt es einfachere und rascher wirkende politische Methoden, um zu jenem Ziele

zu gelangen. Daher denn hier die Ministeranklage zu einem ganz seltenen Ereignisse geworden ist. Wenn man das Institut gleichwohl beibehalten hat, so erklärt sich das zum Teil aus den „erziehlichen“ Absichten der Verfassungen, von denen Richard Schmidt¹⁸ einmal in bezug auf frühere Verhältnisse gesprochen hat. Es erklärt sich noch mehr aus der unklaren Konstruktion eines Gegensatzes von parlamentarisch-politischer und juristischer Ministerverantwortlichkeit, am meisten aber vielleicht aus dem Bedürfnisse, über die bedeutsamsten Fragen des Verfassungslebens in schweren Streitfällen auf das Begehren einer großen nationalen Anklagejury durch einen Gerichtshof ein für die Zukunft verbindliches Feststellungsurteil fällen zu lassen. Aus diesem Grunde haben denn auch wohl kleine Republiken mit direktorialem Regierungssystem die Einrichtung beibehalten. Sie hat dort an sich den allergeringsten Sinn. Die Schweiz kennt sie nicht; Sachsen, Braunschweig, Mecklenburg-Strelitz haben sie mit Recht in ihre neuen Verfassungen gar nicht aufgenommen.

Ein Skeptiker könnte versucht sein, auch die „Staatsgerichtsbarkeit“, die sich als Verfassungsgerichtsbarkeit in einem engeren Sinne darstellt – unser Reichsgesetz von 1921¹⁹ spricht hier ex professo von einem Verfahren in „verfassungsrechtlichen Streitigkeiten“ – in den Staaten mit modernem Verfassungszuschnitt, namentlich in solchen mit parlamentarischem Regierungssystem als überholt zu betrachten. Es ist in der Tat unbestreitbar, daß eine parlamentarisch stark gebundene Regierung, selbst wenn sie den Parlamentsparteien gegenüber eine selbständige Meinung besitzt, doch nicht leicht wagen wird, als Kläger gegen die Volksvertretung aufzutreten, umgekehrt ist es sicher, daß die Volksvertretung heute einen Verfassungsdisput mit der Regierung nicht in einem Prozeßverfahren auszutragen braucht, wenn sie es nicht will; sie kann ja ihren Gegner auf höchst unprozessuale Weise auf die Knie zwingen. Es mag auch sein, daß diese sehr nüchterne politische Erwägung einen der Gründe bildet, weshalb in den außerdeutschen Staaten, den alten wie den neuen, eine Verfassungsgerichtsbarkeit, bei der sich das Parlament und die Regierung als solche in Parteirollen gegenüberstehen, vollkommen unbekannt ist. Aber damit ist die Sache nicht erledigt. Denn erstens sind Regierung und Parlament nicht die einzigen möglichen Gegner in Verfassungsstreitigkeiten, und zweitens

18 [Vielleicht: Richard Schmidt, Staatsverfassung und Gerichtsverfassung. Betrachtungen zum Problem der Gemeindegerichtsbarkeit, Tübingen 1908].

19 [Abdruck bei Heinrich Triepel (Hg.), Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht, 4. Aufl. 1926, S. 164 ff.].

liegen die Gründe, von denen sich die Staaten in bezug auf Annahme oder Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit bestimmen lassen, viel tiefer.

Die Staaten unterstellen auf der einen Seite einer besonderen Verfassungsgerichtsbarkeit nur das, was nach ihrer Auffassung politischen Charakter besitzt. Was sie als außerhalb der politischen Welt stehend erachten, schieben sie, sofern sie es gerichtsbar machen wollen, der ordentlichen oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu. Daraus erklärt sich, wie ich meine, die verschiedene Behandlung, die die einzelnen Verfassungen dem Bürger in bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit angedeihen lassen. Smend²⁰ hat uns bei unserer letzten Zusammenkunft in München in eindrucksvoller Weise die integrierende Funktion von verfassungsmäßigen Grundrechten auseinandergesetzt. Aber gerade hier scheint mir deutlich zu werden, wie sehr alle Integration von geschichtlich wechselnden Wertungen abhängig ist. Integrierend ist, was ein Volk in einer bestimmten Periode seiner staatlichen Entwicklung als existenzkonstituierend ansieht. Die liberal-rechtsstaatliche Auffassung, von der die Verfassungen des 19. Jahrhunderts in ihrer Mehrzahl beherrscht wurden, sah in den Grund- und Freiheitsrechten viel mehr eine Beschränkung des Staatlichen, als einen Teil des Staatlichen, und es wird sich daraus erklären, daß die meisten Staaten die Streitigkeiten über Grundrechtsverletzungen nicht als Verfassungs-, sondern höchstens als Verwaltungsstreitigkeiten behandelten. Natürlich darf nicht übersehen werden, daß für die Verschiedenheit der Rechtsbildung in diesem Punkte auch manche rein rationale und organisationstechnische Elemente eine Rolle spielen: auf der einen Seite die Furcht vor Überlastung der Staatsgerichtshöfe, auf der anderen der Mangel ausreichender Verwaltungsgerichtsbarkeit und anders mehr. So läßt sich nicht mit allgemeinen Wendungen erklären, warum gerade die Schweiz oder Österreich oder der Freistaat Bayern ihren Bürgern das Recht der Verfassungsbeschwerde bei ihren Staatsgerichtshöfen eingeräumt, während andere Staaten dies abgelehnt haben, oder warum die bundesgerichtliche Praxis in der Schweiz in bezug auf den Umfang der von ihr geschützten Bürgerrechte zu einem anderen Ergebnisse gekommen ist als die österreichische Praxis. Das bedürfte einer viel gründlicheren Untersuchung, als sie hier geboten werden kann. Bei der Auslegung des Art. 19 der deutschen Reichsverfassung wird man davon ausgehen können, daß dieser Artikel an die liberal-rechtsstaatliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Deutschland des 19. Jahrhunderts anknüpft, und daß er deshalb unter

20 [Rudolf Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4, Berlin 1928, S. 44–74].

„Verfassungsstreitigkeiten“ in den Ländern die Streitigkeiten zwischen Bürger und Staat über Besitz oder Berücksichtigung individueller Rechte nicht begreifen will, auch derer nicht, die in einer Verfassungsurkunde zugesichert oder gewährleistet worden sind.

Auf der anderen Seite – der Staat stellt nicht alles Politische, oder nicht alles, was er als politisch ansieht, unter die Verfassungsgerichtsbarkeit. Im Gegenteil, immer macht sich die Tendenz des Politischen, vor allem des „Hochpolitischen“ geltend, sich der Erfassung durch Richter und Prozeß zu entziehen. Die berühmte „Lücke“ der Reichsverfassung, d. h. der Mangel einer Verfassungsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten zwischen den höchsten Organen des Reichs – Reichstag, Reichsrat und Reichspräsident – ist schwerlich aus bloßer Vergeßlichkeit ungeschlossen geblieben. Daß man die Staatsgerichtsbarkeit des Reichs für alle Verfassungsstreitigkeiten in den Ländern zur Verfügung hält, beruht gewiß in erster Linie auf der Berücksichtigung alter Tradition und säkularer Forderungen. Aber es deutet doch auch darauf hin, daß die Verfassung das staatliche Leben der Länder politisch geringer einschätzt als das Verfassungsleben des Reichs. Sie gewährt den Einzelstaaten etwa dasselbe, was der Einheitsstaat in Form der Verwaltungsgerichtsbarkeit den Gemeinden zum Austrag organisatorischer Rechtsstreitigkeiten zu gewähren pflegt. Und wenn die Bismarcksche Reichsverfassung die Entscheidung der Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern dem föderalistischen Bundesrate, also einer mehr schiedsgerichtlich und diplomatisch verfahrenen Körperschaft übertrug, während die Weimarer Verfassung dafür den Staatsgerichtshof bereitgestellt hat, so ist das zweite zwar ein Fortschritt im Sinne des rechtsstaatlichen Prinzips, aber es läßt doch erkennen, daß die Bismarcksche Verfassung die politisch integrierende Bedeutung der Einzelstaaten höher gewertet hat, als es die heutige Verfassung tut. Es ist außerordentlich bezeichnend, daß sich Preußen im Jahre 1867 einer Verfassungsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern widersetzt, daß im Jahre 1919 gerade Preußen die Einführung dieser Institution gefordert hat. Die politische Vormacht des deutschen Bundesstaates hatte als eine unerträgliche Beschränkung empfunden, was das in eine Abwehrstellung gedrängte Preußen gerade als Schutzwehr begehren mußte!

So viel an Politischem nun auch der Verfassungsgerichtsbarkeit entronnen ist, so bleibt doch noch genug davon dem Art. 19 der Reichsverfassung und dem Ausführungsgesetze von 1921 verfangen. Der politische Charakter der Einrichtung zeigt sich weniger in der Organisation des Staatsgerichtshofs – diese ist sogar, soweit Verfassungsstreitigkeiten im engeren Sinne in Betracht kommen, so „unpolitisch“ wie möglich gestaltet

worden – als in den Regeln über seine Zuständigkeit und über sein Verfahren. Und die Erkenntnis des politischen Charakters wird für die Auslegung jener Regeln und für die Handhabung des Verfahrens von Bedeutung sein. Ich muß mich auf ein paar Andeutungen beschränken. Einiges ist schon vorhin gesagt worden.

Für die Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern enthält der Art. 19 eine so eindeutige Kompetenzbestimmung, daß eine einschränkende Auslegung des allerdings sehr umfassenden Wortlauts kaum möglich sein wird. Ich darf mich in dieser Hinsicht auf meine Ausführungen in der Festschrift für Kahl beziehen. Für die Deutung des Wortes „Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes“ haben wir freiere Hand, und wir können hier verwerten, was wir durch unsere allgemeinen Betrachtungen gewonnen haben.

Eine Verfassungsstreitigkeit ist, wie wir sahen, immer eine Streitigkeit, die es mit der Verfassung im materiellen Sinne zu tun hat. Daraus folgt aber noch nicht ohne weiteres, daß jedermann, für den es etwas ausmacht, wie das Verfassungsrecht ausgelegt wird, an einem gerichtlichen Verfahren teilnehmen kann, das die Verfassung doch als ein außerordentliches Mittel zum Schutze der Verfassung eingerichtet hat. Als Partei kann sich an solchem Verfahren nur beteiligen, wer an dem durch die Verfassung geregelten Leben des Staates beteiligt ist. Beteiligt hieran sind freilich heute nicht nur die Regierung und die Volksvertretung in ihrem Gegen- und Zusammenspiel. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich hat vollkommen recht, wenn er auch die Landtagsmitglieder, die Fraktionen, die Parlamentsminderheiten, in Fragen des Wahlrechts sogar die außerparlamentarischen Parteien, die nach unserm Wahlsystem nun einmal eine rechtlich umschriebene Funktion bei der Konstituierung der politischen Gewalten besitzen, mit Parteifähigkeit ausstattet, und wenn er andeutet, daß er in Wahlangelegenheiten auch dem einzelnen Staatsbürger Parteifähigkeit zuerkennen würde. Er würde wohl auch, und zwar mit Recht, als parteifähig ansehen eine Volksgruppe, die gegen die Landesregierung wegen verfassungswidriger Einschränkung des Rechtes auf Volksbegehren vorgehen will, selbst wenn in der Landesverfassung nicht ausdrücklich, wie in Mecklenburg-Schwerin geschehen, bestimmt ist, daß durch Volksbegehren ein Verfassungsstreitverfahren eingeleitet werden kann. Dagegen halte ich es für unrichtig, wenn der Staatsgerichtshof die Parteifähigkeit reichsritterchaftlichen Familien zuspricht, die um die Anerkennung ihrer Autonomie kämpfen, oder öffentlich-rechtlichen Korporationen, wie den Landeskirchen, die über die Aufwertung ihrer Ansprüche auf Staatsleistungen prozessieren wollen, oder Gemeinden, die gegen den Erlaß eines Eingee-

meindungsgesetzes vorgehen. Die Eigenschaft, ein „anerkanntes Organ des Staatskörpers“ zu sein, macht eine Körperschaft noch nicht zu einem Elemente des *V e r f a s s u n g s l e b e n s*, d. h. der den staatlichen Zusammenhalt konstituierenden und aufrechterhaltenden Vorgänge. In den angeführten Fällen hätten die Rechtsschutzmöglichkeiten anderswo gelegen, bei der ordentlichen oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit; allenfalls wäre der Streit auf einem Umwege, durch Inanspruchnahme der Reichsaufsicht, in das Bett der Verfassungsgerichtsbarkeit zu leiten gewesen. Vermutlich ist die entgegenkommende Haltung des Staatsgerichtshofes daraus zu erklären, daß er jene anderen Möglichkeiten nicht als gegeben oder im Einzelfalle als verbaut betrachtet hat. (In der Tat hatte die sächsische Landeskirche in ihrem Aufwertungsstreit zunächst die Reichsaufsicht in Bewegung setzen wollen, war aber vom Reichsminister des Inneren auf Art. 19 der Reichsverfassung hingewiesen worden.) Die Weitherzigkeit des Staatsgerichtshofs in der Anerkennung der Parteifähigkeit wird ihm, fürchte ich, noch zu schaffen machen; schon haben z. B. die Beamtenorganisationen ihren Anspruch angemeldet, gegebenenfalls als Klägerinnen zugelassen zu werden.

Ob der Staatsgerichtshof im Rechte ist, wenn er außer der Landesverfassung auch die Reichsverfassung als möglichen Gegenstand einer Verfassungsstreitigkeit „innerhalb eines Landes“ ansieht, kann zweifelhaft sein. Er will es annehmen für solche Vorschriften der Reichsverfassung, die „auf die Landesverfassung oder auf landesverfassungsmäßige Normen einwirken und insoweit eine Ergänzung der Landesverfassung bilden“. Das scheint mir reichlich formalistisch gedacht zu sein. Ich meine, daß allerdings Reichsverfassung und Reichsgesetz den Gegenstand einer Verfassungsstreitigkeit innerhalb seines Landes bilden können. Aber nur wenn und soweit sie Normen enthalten, nach denen sich einzelstaatliches *V e r f a s s u n g s l e b e n* zu richten hat. Daß dies heute in nicht ganz geringem Maße der Fall ist, brauche ich in diesem Kreise nicht darzulegen.

So ergibt sich in der Tat nicht nur aus dem Landesrecht, sondern auch aus dem Reichsrechte der Umfang der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Länder. Das gilt auch in dem Sinne, daß die Zuständigkeit des Reichsstaatsgerichtshofs letztlich immer durch Auslegung des Art. 19 der Reichsverfassung zu bestimmen ist. Gewiß ist es den Einzelstaaten unverwehrt, die Zuständigkeit ihrer eigenen Staatsgerichtshöfe einzuengen. Viele, ich erinnere nur an Bayern und sein Gesetz von 1920, aber auch an Thüringen, Oldenburg, Lübeck haben es getan, indem sie in Anknüpfung an die alte Tradition nur Regierung und Volksvertretung als Parteien zulassen. Aber es wird dadurch, wie *N a w i a s k y* und andere mit Recht annehmen,

der Weg vor den Reichsstaatsgerichtshof für andere Streitigkeiten, die Verfassungsstreitigkeiten im Sinne des Art. 19 sind, nicht verbaut. Wenn dies einem Lande unbequem ist, so muß es die Zuständigkeit seines Staatsgerichtshofs durch Landesgesetz erweitern; in Bayern ist man damit zur Zeit am Werke.

Meine Aufgabe war es, über das Wesen der Staatsgerichtsbarkeit zu sprechen. Nicht über das *V e r f a h r e n* vor den Staatsgerichtshöfen. Aber ich muß doch wenigstens mit kurzen Worten darauf hinweisen, daß das Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie ich es zu entwickeln versucht habe, auch für das Verfahren maßgebend sein muß. So sehr es vom Gesetze den Verfahrensweisen des ordentlichen Prozesses angenähert sein mag, so sehr wird doch eine verständige Praxis der Parteien und der Gerichte dessen eingedenk sein, daß es bei politischen Prozessen solcher Art „politisch“ herzugehen hat. Es kommt nicht immer darauf an, daß ein Prozeßgegner als Leichnam auf dem Schlachtfelde liegen bleibt. Am wenigsten kann dies das Ziel in den Fällen sein, wo der Staat zwischen den verschiedenen politischen Gewalten geführt wird. Hier muß das Ziel häufiger der Ausgleich von Gegensätzen, die Harmonisierung gestörter Einheitlichkeit, auf der Grundlage einer vom Gerichte herbeigeführten Klärung der Rechtslage, bilden. Ein guter Staatsgerichtshof wird nicht bloß aus Bequemlichkeit, sondern aus politisch richtiger Einstellung gern einen Vergleich herbeizuführen suchen, wie etwa in dem 1922 begonnenen Prozesse des Staatsrats gegen die Regierung in Preußen. Er wird vielleicht die Entscheidung absichtlich unvollständig halten, um eine Tür für weitere Verhandlungen offen zu lassen; so ist es neuerdings in dem sehr interessanten Urteile über die Donauversinkung geschehen. Aus guten politischen Gründen lassen die Parteien oft einen Prozeß versanden. So in der Streitsache Sachsen gegen Reich wegen des Einmarsches im Jahre 1923; auch jetzt scheint es in dem Verfahren der Fall zu sein, das von Preußen gegen das Reich über die Gültigkeit des Gesetzes vom 9. April 1927 in Sachen der Biersteuergemeinschaft angestellt worden ist. Es war politisch zweckmäßig, daß die Urteile des Staatsgerichtshofs bisher ausschließlich Feststellungsurteile gewesen sind und deshalb eine demütigende Vollstreckung nicht zuließen. Natürlich läßt sich selbst gegen das Reich, wenn es im Prozesse unterlegen ist, ein theoretisch ausgeklügeltes Vollstreckungsverfahren denken, und es hat sogar Gesetzentwürfe und Gesetze gegeben, die eine Vollstreckung gegen die Zentralgewalt eines Bundesstaats genau geregelt haben – ich erinnere an das Ergänzungsgesetz zur Erfurter Unionsverfassung, das ich in mei-

nem Buche über die Reichsaufsicht²¹ auszugsweise abgedruckt habe, und an das geltende österreichische Recht. Allein solche Dinge kann man sich immer nur bis zu einem Punkte ausdenken, wo die Sache anfängt, politischer Unsinn zu werden. In normalen Zeiten ist selbst bei Leistungsurteilen eine Vollstreckung überflüssig, weil der Unterlegene entweder freiwillig leisten oder einen politisch gangbaren Weg der Verständigung mit dem Sieger suchen wird.

Das führt mich schließlich zu einer letzten Betrachtung. Je politischer die Angelegenheiten sind, die der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt werden, umso angemessener wird für diese eine Verfahrensart sein, die dem ordentlichen Prozesse am unähnlichsten ist. Je weniger im Verfahren von Klage, von Parteien, von Einlassungszwang, von Klageabweisung und von Verurteilung, von Kassation staatlicher Akte die Rede ist, um so leichter lassen sich politische Fragen, die zugleich Rechtsfragen sind, erledigen. Ich sprach schon vorhin von *objektiven Verfahren*. Der Ausdruck wird nicht mißverstanden werden. Was ich meine, deckt sich zum Teil mit dem, was Joseph-Barthélemy als richterliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen „*par voie d'exception*“, im Gegensatz zur annullierenden Prüfung „*par voie d'action*“, bezeichnet. Die Amerikaner haben für Verfassungsstreitigkeiten das objektivste Verfahren eingeführt, das sich denken läßt; sie haben den Vorteil freilich erkaufte mit dem Nachteil, daß ihre Verfassungsgerichtsbarkeit eine Gelegenheitsgerichtsbarkeit ist, die keine grundsätzlichen Lösungen bringt. Wir Deutsche können uns rühmen, in dem Verfahren des Art. 13, Abs. 2 der Reichsverfassung für einen immerhin beträchtlichen Teil der Verfassungsstreitigkeiten ein objektives Verfahren geschaffen zu haben, das nach allgemeinem Urteil ausgezeichnet funktioniert. Auch der bekannte Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts – über den ich nicht im einzelnen sprechen kann – bewegt sich in den Bahnen eines objektiven Verfahrens. Sollten wir daran gehen, den Beschlüssen des Heidelberger und des Kölner Juristentags entsprechend, den Art. 19 der Verfassung auf alle Verfassungsstreitigkeiten innerhalb des Reichsorganismus auszudehnen, so wird dafür zu sorgen sein, daß gerade hierbei nach Möglichkeit ein objektives Verfahren durchgeführt werde. Daß freilich der Verfassungsgerichtsbarkeit auch beim objektivsten Verfahren immer ein politischer Erdenrest ankleben wird, brauche ich nur anzudeuten. Es kann sein, daß die Objektivität des Verfahrens durch eine politisch auf-

21 [Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1917].

gezogene Organisation des entscheidenden Gerichtshofs wettgemacht wird, daß Parteiregierungen für parteipolitisch abgestempelte Richter sorgen, daß die Verteilung der Richterstellen nach den Stärkeverhältnissen der Parteien im Parlament erfolgt, daß man, wie 1871 in den Vereinigten Staaten geschehen, um eine politisch erwünschte Entscheidung in einem Einzelfalle zu erzielen, eine Art Richterpairsschub vornimmt. Auch in der Haltung der Prozeßparteien kann das politische Element eine bedenkliche Rolle spielen. Es ist möglich, daß ein an sich politisch harmloser Zivil- oder Strafprozeß nur deshalb angestrengt wird, weil in ihm die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes geprüft werden muß, und daß der Prozeß in Wahrheit nicht von dem, der als Kläger auftritt, sondern von einer politischen Partei oder einer Minderheitsfraktion des Parlaments, die hinter dem Kläger steht, geführt und finanziert wird. Solche Dinge lassen sich nicht vermeiden, weil, was mit Politik zusammenhängt, niemals künstlich von ihr gelöst werden kann. Immerhin, so viel ist gewiß: je „objektiver“ das Verfahren organisiert wird, um so geringer ist die von Vielen so sehr gefürchtete Gefahr, daß sich der Richter an die Stelle der „Regierung“ setzt, die Gefahr, daß man zu einem „Government of the judiciary“ gelangt.

Indessen, ich unterlasse es, auf Fragen de lege ferenda einzugehen. Ob man sich für einen weiteren Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, für Stillstand der Bewegung oder gar für Abbau entscheidet, das hängt von Grundüberzeugungen ab, über die wir hier schwerlich zu einer Einmütigkeit gelangen werden. Es gibt unter uns in bezug auf den Rechtsstaat Skeptiker und Enthusiasten, wie es sie schon vor Menschenaltern gegeben hat. Auch unter uns wird der eine, wie einst Sarwey oder Fricker oder Kloppel, die Verfassungsgerichtsbarkeit als einen „vollkommenen Widersinn“ erklären, ein anderer wird mit Hänel sagen: es könne „der Standpunkt des Rechts keiner politischen Erwägung zu Liebe die Forderung fallen lassen, auch für die Rechtsstreitigkeiten der obersten Organe des Staats den Weg Rechtens zu organisieren“. Ich mache für meine Person keinen Hehl daraus, daß ich mich mehr den Enthusiasten des Rechtsstaats als den Skeptikern zuneige. Wir sind meiner Ansicht nach dem bürgerlichen Rechtsstaate noch längst nicht entwachsen, und wir haben heute den allergeringsten Anlaß, ihn schon zu den Toten zu werfen. Auch in der Sphäre des Politischen hat er seine Rolle nicht ausgespielt, und es besteht namentlich in einem Staate mit vielgliedriger Teilung der politischen Gewalten das Bedürfnis, die schwächeren unter ihnen gegen die stärkeren durch das Recht und in der Form rechtens zu schützen, – so etwa die Länder gegen das Reich, den Reichsrat gegen das Reichsparlament. Gewiß, das

Wesen der Verfassung steht weithin mit dem Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Widerspruch, und es gibt eine, freilich schwer feststellbare Grenze für die gerichtsförmige Erledigung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten. Allein der Versuch muß gemacht werden, die vorhandene Disharmonie, soweit es möglich ist, harmonisch aufzulösen.

Leitsätze des Berichterstatters

1. Das Wesen der Staats-, besser: Verfassungsgerichtsbarkeit ist nicht in formaler Weise zu bestimmen. Es handelt sich um gerichtsförmige Entscheidung von Streitigkeiten über die Verfassung, wobei Verfassung in einem materiellen Sinne zu verstehen ist.
2. Verfassungsstreitigkeiten sind immer politische Streitigkeiten. In dieser Tatsache liegt das Problematische der ganzen Einrichtung.
3. Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit in das Staatsrecht des 19. Jahrhunderts beruht, abgesehen von dem Einflusse ständischer Erinnerungen, auf der Herrschaft des liberal-rechtsstaatlichen Rationalismus, vor allem auf der Theorie der Gewaltentrennung. Diese Theorie konnte aber in sehr verschiedener Weise organisatorisch ausgedeutet und entwickelt werden, weshalb sehr verschiedene Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit entstanden sind.
4. Der politische Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit zeigt sich am deutlichsten in der Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens auf Ministeranklage. Er ist aber auch bei der Einrichtung des Verfassungsstreitverfahrens im engeren Sinne deutlich erkennbar und muß bei der Auslegung und Handhabung der Normen über Gegenstand, Parteien und Verfahren in erster Linie berücksichtigt werden.
5. Ein „objektives Verfahren“ ist bei der Erledigung von Verfassungsstreitigkeiten das dem Gegenstande angemessenste Verfahren.