

Grenzen der Verfassungsgesetzgebung

Von

Dr. Walter Jellinek
Professor an der Universität Heidelberg



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH

1931

Grenzen der Verfassungsgesetzgebung

Von

Dr. Walter Jellinek
Professor an der Universität Heidelberg



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH 1931

ISBN 978-3-662-39101-3

ISBN 978-3-662-40084-5 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-662-40084-5

**Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung
in fremde Sprachen, vorbehalten.**

Vorwort.

Die folgende Untersuchung über die Grenzen der Verfassungsgesetzgebung stellt meine am 14. Februar dieses Jahres in der Universität Heidelberg gehaltene akademische Antrittsrede dar. Sie mit einem vollständigen gelehrten Apparat zu versehen, namentlich sie dogmengeschichtlich zu unterbauen, muß ich mir zur Zeit versagen. Doch dürften die Hinweise in den Anmerkungen für das Verständnis der Rede genügen.

Heidelberg, im Juni 1931.

WALTER JELLINEK

Es gibt im Bereiche des Staatsrechts Fragen erster Ordnung, die nie zur Ruhe kommen und bei jeder Gelegenheit in alter oder neuer Form wieder auftauchen. So ist es mit der Frage nach den Grenzen der Staatsgewalt¹. Im Preußen des 18. Jahrhunderts, etwa beim Müller von Sanssouci, mit einer Spitze gegen den absoluten Monarchen, richtet sie sich in anderer Umgebung gegen die Staatsgewalt überhaupt. Nach der Einführung neuzeitlicher Verfassungen und dem Ausbau des rechtsstaatlichen Gedankens in der Verwaltung scheint sie durch den Hinweis auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung befriedigend gelöst zu sein: Kein Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen ist zulässig, der sich nicht auf ein Gesetz zurückführen läßt, auch darf kein solcher Eingriff einem Gesetze widersprechen. Die Verwaltung findet also Inhalt und Begrenzung im Gesetze. Das Gesetz selbst aber duldet keine Anzweifelung, die aus Frankreich und den ROUSSEAUSCHEN Gedankenkreisen stammende For-

¹ Zur Einführung GEORG JELLINEK: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 364 ff. (1914) und die im Neudruck 1929, XIV f. Genannten; THOMA im Jahrb. d. öff. Rechts 1910/IV, 202 f., in NIPPERDEY: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung 1929/I, 38 ff. und im Handbuch des deutschen Staatsrechts 1931/II, 137 ff.; ANSCHÜTZ: Die Verfassung des Deutschen Reichs, 3. Bearb., S. 349 ff. (1929). Ferner E. ZWIG: Die Lehre vom Pouvoir Constituant 1909; A. V. DICEY, : Introduction to the study of the law of the constitution, 8th ed., S. 37 ff. (1915). Vgl. auch neben den später besonders genannten Schriften E. KAUFMANN: Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus 1911, 132, 139 f.; FREIHERR MARSCHALL v. BIEBERSTEIN: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze 1927; E. v. HIPPEL: Über die Verbindlichkeit der Gesetze, Arch. d. öff. Rechts 57, 86 ff. (1930); HERRFAHRDT: Revolution und Rechtswissenschaft 1930, 104 ff.; E. R. HUBER: Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich 1930, 53 ff.

mel: „Im Namen des Gesetzes“ ist ein Rühr-mich-nicht-an. Wenn in Preußen nicht einmal königliche Verordnungen der richterlichen Nachprüfung auf ihre Gültigkeit unterlagen², um wieviel weniger die vom Könige mit Zustimmung der Kammern erlassenen Gesetze. Aber auch abgesehen von solchen ausdrücklichen Verfassungsbestimmungen war die bis zur Weimarer Verfassung in Deutschland nahezu unbestrittene Meinung die, daß sich jedermann, Bürger und Behörde, vor einem Gesetze unbedingt zu beugen habe, soweit nicht etwa der Widerspruch eines Landesgesetzes mit Reichsrecht in Frage stand. Auch die Gerichte lehnten die Prüfung eines Gesetzes auf Verfassungsmäßigkeit einmütig ab. Aber kaum hat der republikanische Staat den monarchischen abgelöst, da macht die Kritik auch vor dem Gesetze nicht mehr halt. Zuviel Zugeständnisse an die Länder, die sonstigen öffentlichen Verbände, die Privaten finden sich in der Verfassung, als daß man geneigt wäre, der Verfassungstreue des Gesetzgebers blind zu vertrauen. Soziologen mögen untersuchen, was im einzelnen zu diesem Umschwung der Meinungen geführt hat. Tatsache ist, daß sich das richterliche Prüfungsrecht trotz der Warnungen, die insbesondere auch von Heidelberg ausgingen³, durchgesetzt hat, allerdings unter der unerfreulichen Begleiterscheinung, daß das Reichsgericht seine eigene, der neueren entgegengesetzte Rechtsprechung aus der Zeit des Kaiserreichs nicht etwa übersah oder aufgab, sondern offensichtlich falsch deutete⁴. Der Reichstag und auch das Volk können also heute kein einfaches Reichsgesetz

² Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850 Art. 106 Abs. 2.

³ ANSCHÜTZ: a. a. O. S. 322 ff., 415 ff.; THOMA im Arch. d. öff. Rechts 43, 267 ff. (1922); RADBRUCH (damals noch in Kiel) in der „Justiz“ 1, 12 ff. (1925/26).

⁴ W. JELLINEK in der Jur. Wochenschrift 1925, 454 f.

erlassen, ohne daß die Gefahr besteht, daß ein Gericht das Gesetz bei seiner Anwendung auf den Einzelfall für verfassungswidrig erklärt und unbeachtet läßt.

Aber auch hiermit scheint die gegen die Unfehlbarkeit der Staatsgewalt gerichtete Entwicklung noch nicht ihren Abschluß gefunden zu haben. Über dem einfachen Gesetzgeber steht, obschon bei uns von ihm organisatorisch nicht getrennt, noch der Verfassungsgesetzgeber. An ihn wagte man sich bis vor kurzem nicht heran. Was er anordnete, sollte unbedingt verbindlich sein, für ihn sollte es keine Schranken geben. Allein das Mißtrauen, dem der einfache Gesetzgeber zum Opfer gefallen ist, macht auch vor dem Verfassungsgesetzgeber nicht halt. Auch ihm soll nicht alles rechtlich gestattet sein⁵, und ein angesehener Staatsrechtslehrer ermuntert in der zur Halbjahrhundertfeier des Reichsgerichts erschienenen Festschrift dieses unser höchstes Gericht ausdrücklich, auch die in den Formen der Verfassungsänderung beschlossenen Gesetze auf ihre Gültigkeit zu prüfen⁶. Es sollen also nicht nur, wie seit geraumer Zeit, Verwaltungsakte auf Gesetzmäßigkeit und, wie seit einigen Jahren, einfache Gesetze auf Verfassungsmäßigkeit, sondern darüber hinaus auch noch verfassungsändernde Gesetze auf die Zulässigkeit der Verfassungsänderung geprüft werden können. Damit hätte die Entwicklung für das Staatsrecht ihren denkbaren Endpunkt erreicht. Denn staatsrechtlich verkörpert der Verfassungsgesetzgeber die höchste Staatsgewalt. Die Frage ist nur, ob es wirklich angeht, auch der

⁵ Vor allem CARL SCHMITT: Verfassungslehre 1928, 25 f., 102 ff., auch: Der Hüter der Verfassung 1931, 112 f. Daß SCHMITT an letzter Stelle S. 113 mir zu Unrecht eine Äußerung THOMAS zuschiebt, sagt schon ein kleiner, der Schrift beigegebener Berichtigungszettel.

⁶ ERWIN JACOBI in O. SCHREIBER: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 1929/I, 277.

höchsten, noch über dem einfachen Gesetzgeber stehenden Staatsgewalt Fesseln anzulegen, ob es neben der von einem Berliner Rechtslehrer so benannten „Gesetzesdämmerung“⁷ auch noch so etwas wie eine Verfassungsdämmerung geben kann, und dieser Frage seien meine heutigen Untersuchungen gewidmet. Für die Reichsverfassung, die naturgemäß im Mittelpunkt unserer Betrachtungen stehen wird, lautet die Frage genau: Nach Artikel 76 kann die Verfassung im Wege der erschwerten Gesetzgebung geändert werden. Kann und darf der Verfassungsgesetzgeber alles anordnen oder sind auch ihm bestimmte Schranken gesetzt, so daß also auch ein vom Reichstag bei Anwesenheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder mit Zweidrittelmehrheit beschlossenes, vom Reichsrat mit Zweidrittelmehrheit gebilligtes, vom Reichspräsidenten mit Gegenzeichnung des zuständigen Reichsministers im Reichsgesetzblatt zu verkündendes Gesetz nicht jeden beliebigen Inhalt haben kann?

Zur Beantwortung der Frage wollen wir uns klarmachen, welcher Art die dem Verfassungsgesetzgeber gesetzten Schranken, wenn es solche überhaupt gibt, sein können⁸. Sie können von einem äußeren Willen herrühren und wären dann als heteronome Schranken zu bezeichnen. Sie können aber auch von der Verfassung selbst gewollt, also autonome Schranken sein. Endlich können sie losgelöst von jedem Willen im Wesen des Rechtes, von dem das Verfassungsrecht nur einen Teil ausmacht, liegen und seien dann absolute Schranken genannt. Die zu beantwortende Frage lautet also jetzt genauer: gibt es für eine geplante Verfassungsänderung heteronome, gibt es für sie autonome, gibt es für sie absolute Schranken?

⁷ JAMES GOLDSCHMIDT in der Jur. Wochenschrift 1924, 245 ff.

⁸ Vgl. die Andeutungen in meinem Beitrag zum Handbuch des deutschen Staatsrechts 1931/II, 189.

1. Die Möglichkeit heteronomer Schranken ist ohne weiteres zu bejahen. Der *ἐτέρον νόμος* kann dem Staatsrecht oder dem Völkerrecht angehören. Kirchenrechtliche Schranken dagegen kommen als heteronome Schranken, die Rechts- und nicht bloß politische Schranken sein wollen, für den heutigen Staat in der Sphäre der Verfassungsgesetzgebung, zum mindesten nach dessen Auffassung, nicht mehr in Frage und seien daher in diesem Zusammenhang vernachlässigt.

Staatsrechtliche Schranken selbst der Verfassungsgesetzgebung findet man ohne Zweifel in bundesstaatlichen Verhältnissen. Der Satz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ gilt auch für das Landesverfassungsrecht. Eine entschädigungslose Enteignung durch einen Akt der Landesgesetzgebung wäre auch dann unzulässig und unwirksam, wenn ein Landesverfassungsgesetz sie vorsähe⁹, da Art. 153 RVerf. im Wege steht, ebenso wäre die Einführung der mittelbaren Wahl für die Landtagswahlen durch Landesverfassungsgesetz angesichts des Art. 17 RVerf. ein vergebliches Bemühen. Dagegen kann es für den souveränen Bundesstaat selbst, bei uns für das Reich, heteronome staatsrechtliche Schranken nicht geben, da es ja gerade zum Wesen der Souveränität eines Staates gehört, daß staatsrechtliche Anordnungen ihm gegenüber nicht möglich sind.

Wohl aber unterliegt der souveräne Staat völkerrechtlichen Bindungen, von denen er sich nicht einseitig losagen kann und die man daher zu den heteronomen Beschränkungen rechnen muß, auch soweit sie auf Vertrag beruhen. Hierüber darf auch der bekannte Satz der Reichsverfassung nicht hinwegtäuschen, daß die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts bindende Bestandteile des

⁹ Vgl. etwa die — umstrittene — Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung des Freistaates Braunschweig vom 6. Januar 1922.

deutschen Reichsrechts seien¹⁰. Dieser Satz stellt allerdings autonomes Recht dar, über ihn kann der Reichsverfassungsgesetzgeber frei verfügen. Der Satz ist aber nur eine Umformungsnorm und steht in keinem Zusammenhang mit der Geltung des Völkerrechts als einer dem Reiche gegenüber heteronomen Normenmasse. Auch nach seiner Streichung bliebe das Reich völkerrechtlich an die Normen des Völkerrechts gebunden, und zwar in allen seinen Willensäußerungen gebunden, auch in der höchsten, der Verfassungsgesetzgebung. Keine Verfassungsänderung ist z. B. völkerrechtlich zulässig, die sich in Widerspruch zum Locarno-Abkommen oder ähnlichen Verträgen setzte. Würde sich das Deutsche Reich vertraglich verpflichtet haben, für Schädigung von Ausländern durch Amtshandlungen den Staat oder einen sonstigen öffentlichen Verband einstehen zu lassen, so würde auch die Aufhebung des Artikels 131 RVerf., der diese Verbandshaftung allgemein festgelegt hat, die völkerrechtliche Verpflichtung des Reiches, den Verband an Stelle des Beamten haften zu lassen, nicht berühren. Allerdings wohnt den völkerrechtlichen Bindungen des Reiches insofern eine gewisse Schwäche inne, als sie für das innere Recht nur das Dürfen, nicht das Können des Reiches einschränken. Die völkerrechtswidrige Verfassungsänderung ist für die deutschen Bürger, Behörden, Gerichte verbindlich, und nur nicht für das internationale Gericht oder den Völkerbundsrat, die über den Streitfall zu entscheiden haben. Darüber hinaus aber muß man dem Reichspräsidenten die Befugnis zubilligen, das ihm zur Ausfertigung vorgelegte Gesetz auf Völkerrechtsgemäßheit zu prüfen. Denn der Reichspräsident ist für den Umkreis des Deutschen Reiches Hüter des Völkerrechts¹¹, weil er das Reich völ-

¹⁰ RVerf. Art. 4.

¹¹ Anklang an den Ausdruck „Hüter der Verfassung“ bei CARL SCHMITT in seiner oben, Anm. 5, genannten Abhandlung.

kerrechtlich vertritt, repräsentiert, darstellt. Ein verfassungsänderndes Gesetz könnte ihn allerdings dieser Eigenschaft entkleiden, könnte ein bei der Gesetzgebung unbeteiligtes Organ mit der völkerrechtlichen Vertretung des Reiches betrauen und damit die Befugnis des Reichspräsidenten, einem Gesetze aus Gründen des Völkerrechts die Ausfertigung zu versagen, beseitigen. Solange er jedoch Hüter des Völkerrechts ist, ist es seine verfassungsmäßige Pflicht, einem Gesetze, auch einem mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossenen, die Ausfertigung zu versagen, wenn es sich mit einer völkerrechtlichen Verpflichtung des Reiches in Widerspruch setzt¹². Diese Pflicht des Reichspräsidenten gehört freilich nicht mehr dem Völkerrecht, sondern dem richtig verstandenen Staatsrecht der Weimarer Verfassung an und leitet somit zu der zweiten Art von Schranken, den autonomen Schranken der Verfassungsänderung, über.

2. Der Vorstellung von autonomen Schranken der Verfassungsänderung liegt der Gedanke zugrunde, daß es eine ordentliche Form der Verfassungsänderung gibt, daß aber nicht jede Art von Verfassungsänderung in der ordentlichen Form gestattet ist. Im Reiche haben wir als ordentliche Form der Verfassungsänderung die durch Reichstag, Reichsrat, Reichspräsidenten und gegenzeichnenden Reichsminister, daneben noch die verschiedenen durch Volksentscheid. Sehen wir von diesen letzten weniger praktischen Nebenwegen der Verfassungsänderung zunächst ab, so würden wir es als eine autonome Schranke der Verfassungsänderung bezeichnen müssen, wenn kraft ausdrücklichen oder stillschweigenden Willens der Verfassung jener ordentliche Weg der Verfassungsänderung nicht immer ausreichte, um die Verfassung gültig zu ändern.

¹² Anderer Ansicht THOMA im Handb. d. deutsch. Staatsrechts 1931/II, 145.

Die autonome Schranke kann in einer Erschwerung der äußeren Form liegen. Man weist auf eine Vorschrift der lübeckischen Verfassung hin, wonach Verfassungsänderungen, um verbindlich zu sein, in der Verfassungsurkunde selbst Aufnahme finden müssen¹³. Man will damit die stillschweigenden Verfassungsänderungen bekämpfen, deren es im Reiche schon viele gegeben hat, insbesondere die sog. Verfassungsdurchbrechungen. Eine solche Schranke würde auch für das Verfassungsrecht des Reiches keine Schwierigkeiten bereiten, doch ist sie dem geltenden Rechte fremd. Noch kein Gericht hat sich daran gestoßen, wenn ein mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossenes Reichsgesetz von der Reichsverfassung abwich, ohne ihren Text zu ändern.

Eine autonome Schranke der Verfassungsänderung ist es ferner, wenn man die ordentliche Verfassungsänderung auf die Erlassung von Rechtssätzen beschränkt, ihr also das Erfordernis der Allgemeinheit der Anordnung beilegt. Ob die Reichsverfassung diese Schranke als grundsätzliche Regel anerkennt, bleibe dahingestellt. Dagegen leuchtet ein, daß sie dort ein verfassungsänderndes Gesetz für den Einzelfall hat verbieten wollen, wo sie den Einzelfall selbst genau geregelt hat¹⁴. So läßt sie die Absetzung des Reichspräsidenten nur durch Volksabstimmung auf Antrag des Reichstags zu; daraus darf man schließen, daß eine Absetzung des Reichspräsidenten durch ein in ordentlicher Form ergangenes verfassungsänderndes Gesetz unzulässig sein soll, ebenso die Absetzung durch Volksentscheid auf Volksbegehren unter Ausschaltung des Reichstags. Eine alsbald zu erörternde Streit-

¹³ Lübeckische Landesverfassung, Bekanntm. v. 11. April 1925, Art. 39 Abs. 2; dazu ERWIN JACOBI: a. a. O. S. 259.

¹⁴ JESELSON: Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung 1929, 81 ff., 84 ff. Allgemeiner ERWIN JACOBI: a. a. O. S. 267 ff.; LOEWENSTEIN: Erscheinungsformen der Verfassungsänderung 1931, 233 ff.

frage ist es, ob es dem ordentlichen Verfassungsgesetzgeber überhaupt freisteht, die Befugnisse des Volkes bei der Gesetzgebung einzuschränken. Davon verschieden ist die Frage, ob ein verfassungsänderndes Gesetz ein schwebendes Volksbegehren, um einen Ausdruck TRIEPELs zu gebrauchen, „abdrosseln“ darf¹⁵. Das Gesetz ist jedenfalls dann als unzulässig anzusehen, wenn es ausschließlich einen gerade schwebenden Einzelfall treffen wollte.

Die Verfassung kann weiterhin für gewisse Gebiete die Verfassungsänderung einem erschwerenden Verfahren unterwerfen, vor allem durch Zuziehung weiterer Beteiligter als der im ordentlichen Verfahren Vorgesehenen. Diese weiteren Beteiligten können insbesondere das Volk und, in einem zusammengesetzten Staate, die Länder sein. Dem Volke billigt eine vor kurzem aufgestellte Lehre¹⁶ für gewisse Fälle ein notwendiges Mitwirkungsrecht zu. Es soll nämlich unzulässig sein, die in der Reichsverfassung festgelegten Befugnisse des Volkes auf Volksbegehren und Volksentscheid ohne Einwilligung des Volkes zu beseitigen. Ich halte diese Lehre für unrichtig, da die Nationalversammlung Volksbegehren und Volksentscheid ohne irgendwelchen Zwang in die Verfassung einbaute und es geflissentlich unterließ, das von PREUSS vorgesehene obligatorische Verfassungsreferendum einzuführen. Doch auch für den Fall ihrer Richtigkeit würde es sich nur um eine autonome Schranke der Verfassungsänderung handeln, da sie dann nur dem richtig verstandenen Willen der Verfassung selbst entsprechen würde. Auf Grund solcher stillschweigenden autonomen Selbstbeschränkung steht allerdings ein anderes Volksrecht auch

¹⁵ TRIEPEL in der Deutschen Juristenzeitung 1926, 845 ff.

¹⁶ ERWIN JACOBI: a. a. O. S. 257 ff.; HEYEN: Das höchste Reichsorgan 1930, 54 ff. Dazu meine Bemerkungen im Handbuch d. deutsch. Staatsrechts 1931/II, 184 f.

nach meiner Überzeugung nicht zur Verfügung des Reichstags: das Recht auf Wahl des Reichstags. Kleine Verlängerungen der Wahlperiode oder Verlängerungen in Kriegs- und ähnlichen Zeiten mögen hingehen, aber eine Verfassungsänderung, die eine zehnjährige Wahlperiode statt der vierjährigen oder gar die Selbstergänzung des Reichstags einführte, ohne dem Volke zuvor Gelegenheit zur maßgeblichen Stellungnahme zu geben, wäre in der Tat verfassungswidrig, da auch die Nationalversammlung durch die Wahlen vom 19. Januar 1919 nicht die Vollmacht erhielt, jenes Mindestmaß von Demokratie, das in häufigen, periodischen Parlamentswahlen liegt, anzutasten. Ebenso kann den Ländern im Verhältnis zum übergeordneten Bundesstaat ein außerordentliches Mitwirkungsrecht eingeräumt sein. Eine Beteiligung an Verfassungsänderungen über das Verfahren im Bundesrat hinaus gewährte ihnen Bismarcks Verfassung bei der Aufhebung von Sonderrechten durch die Vorschrift, daß solche Rechte nur mit Zustimmung des betroffenen Landes sollten beseitigt werden können¹⁷. Die Weimarer Notverfassung vom 10. Februar 1919 enthielt eine ähnliche Bestimmung für den Fall einer Änderung des Gebietsbestandes eines Landes¹⁸, und es gibt Gelehrte, die die Fortgeltung der Bestimmung unter der Herrschaft der endgültigen Verfassung behaupten¹⁹. Hierher gehört auch die bekannte Vorschrift der amerikanischen Unionsverfassung, daß keinem Staate ohne seine Zustimmung das gleiche Stimmrecht im Senat genommen werden darf²⁰. Neben solche ausdrückliche Verfassungsbestimmungen tritt in Deutschland eine von

¹⁷ Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871 Art. 78 Abs. 2.

¹⁸ Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt vom 10. Februar 1919 § 4 Abs. 1 Satz 2.

¹⁹ NAWIASKY: Bayerisches Verfassungsrecht 1923, 34 f.

²⁰ Art. V, am Ende.

föderalistischer Seite aufgestellte, hier auf ihre Richtigkeit nicht zu untersuchende Lehre, nach der es überhaupt unzulässig sein soll, an den bundesstaatlichen Grundlagen des Deutschen Reiches zu rütteln²¹. Auch diese Lehre, die eine starke Hemmung für die Reichsreform bedeutet, ist so zu verstehen, daß eine Aufsaugung der deutschen Länder nur gegen deren Willen unzulässig sein soll, der Herstellung des deutschen Einheitsstaates mit Zustimmung aller deutschen Länder steht sie sicher nicht im Wege. In diesen Zusammenhang läßt sich zum Teil auch die Lehre CARL SCHMITTS einordnen, wonach die ordentliche Verfassungsänderung nur für Einzelheiten der Verfassung, nur für sog. „Verfassungsgesetze“ gegeben sei, während die Verfassung in einem höheren Wortsinne erst dann geändert werden könne, wenn sich die politische Gesamtlage geändert habe²². Diesem Erfordernis trägt man dadurch Rechnung, daß man für eine grundlegende Verfassungsänderung solcher Art, etwa die Änderung der Staatsform, Zustimmung des Volkes und der deutschen Länder als der beiden Hauptträger des politischen Lebens für erforderlich erklärt. Auch die Schranken der SCHMITTSchen Lehre sind demnach, wenigstens zum Teil, als autonome Schranken zu deuten, d. h. als Schranken, die sich die nach seiner Ansicht richtig verstandene Verfassung selbst gesetzt hat.

Die letzten autonomen Schranken der Verfassung sind endlich die gegenständlichen. Für gewisse Gegenstände läßt die Verfassung vielleicht überhaupt keine Änderung des

²¹ BILFINGER: Nationale Demokratie als Grundlage der Weimarer Verfassung 1929, 12 ff., auch: Verfassungsumgehung, Arch. d. öff. Rechts 50, 118 f. (1926); HERRFAHRDT: Wege und Grenzen der Verfassungsänderung, „Reich und Länder“ 3, 278 (1930).

²² CARL SCHMITT: Verfassungslehre 1928, 18 ff., 20 ff., 102 ff. Die Unterscheidung zwischen der während einer Regentschaft unabänderlichen „Verfassung“ und den während dieser Zeit abänderbaren „Verfassungsgesetzen“ machte schon das ungeschriebene frühere bayerische Staatsrecht; vgl. VON SEYDEL-PILOTY: Bayerisches Staatsrecht 1913/I, 126.

augenblicklichen Zustandes zu. Mecklenburg-Schwerin hat in seiner Verfassungsurkunde die Grundrechte als Schranken auch für die Verfassung bezeichnet²³. Obgleich die Bestimmung wohl nur aus Gedankenlosigkeit in die Verfassung geraten ist, hat man sie im Auslande bemerkt und in größeren Zusammenhängen betrachtet²⁴. Schwerer wiegt schon der Grundsatz der Mehrsprachigkeit in der Schweiz. Auch ein verfassungsänderndes Gesetz darf nach den überzeugenden Ausführungen FLEINERS²⁵ die Gleichberechtigung der drei Sprachen nicht berühren. Am bekanntesten aber ist der Fall, daß die Verfassung die Staatsform für unantastbar erklärt, insbesondere den Rückfall des republikanischen Staates in den monarchischen unmöglich machen will²⁶. Es ist eine noch zu erörternde Frage, ob eine solche Bestimmung nicht die Macht des Verfassungsgesetzgebers übersteigt, jedenfalls bedeutet sie eine autonome, eine selbstgewollte Beschränkung der verfassungsgebenden Gewalt, keine absolute Beschränkung.

All diesen autonomen Schranken eigentümlich ist, daß sie durch einen, wenn auch vielleicht erschwerten, Akt der Verfassungsgesetzgebung beseitigt werden können. Das Verfassungsgesetz ohne Änderung der Verfassungsurkunde mag verboten sein, aber eine formgerechte Verfassungsänderung kann das Verbot streichen. Eine Änderung der Verfassungsurkunde kann auch allgemein bestimmen, daß Verfassungsänderungen für den Einzelfall gestattet seien. Mit Zustim-

²³ Verfassung des Freistaates Mecklenburg-Schwerin vom 17. Mai 1920, Vorbemerkung vor § 4.

²⁴ MIRKINE-GUETZÉVITCH: Les nouvelles tendances du droit constitutionnel 1931, 108f., auch in der Revue du droit public 46, 591f. (1929).

²⁵ FLEINER in den Mélanges MAURICE HAURIOU 1929, 290f.

²⁶ Vor allem französ. Gesetz vom 14. August 1884 („portant Revision partielle des Lois constitutionnelles“) Art. 2. Vgl. hierzu v. HERRNRITZ: Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung 1901.

mung des Volkes, soweit solche überhaupt erforderlich ist, kann bestimmt werden, daß alle Volksrechte zur Verfügung des ordentlichen Verfassungsgesetzgebers stehen, mit Zustimmung der Länder deren Schicksal in die Hand des ordentlichen Verfassungsgesetzgebers gelegt werden. Die Beseitigung gegenständlicher Schranken ist jedenfalls dann gestattet, wenn sich von keiner Seite Widerspruch erhebt.

Die soeben genannten Schranken haben, soweit sie im Rahmen der Weimarer Verfassung überhaupt vorkommen, mit den für einfache Gesetze bestehenden Schranken gemein, daß sie der Prüfung durch den Reichspräsidenten unterliegen. Er darf kein Gesetz, auch kein mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossenes, ausfertigen und verkünden, wenn es eine autonome Schranke nicht beachtet. Ob darüber hinaus der Richter ein verfassungsänderndes Gesetz auf Innehaltung der autonomen Schranken prüfen kann, hängt mit der Frage des richterlichen Prüfungsrechts überhaupt zusammen. Bejaht man es nach der leider zur Herrschaft gelangten Lehre für einfache Gesetze, so muß man es auch für verfassungsändernde Gesetze tun, da auch für sie die richtig verstandene Verfassung den Maßstab bildet.

3. Erheblichere Schwierigkeiten entstehen erst, wenn man die dritte der eingangs genannten Möglichkeiten, nämlich die Möglichkeit absoluter Schranken für Verfassungsänderungen nachprüft. Die Frage könnte auch so gestellt sein, ob es absolute Schranken für die Verfassung gibt; denn auch die Verfassungsurkunde ist einmal neu entstanden, hat durch ihr Inkrafttreten den bis dahin in Geltung gewesenen Verfassungszustand geändert, auch sie ist also in irgendwelcher Beziehung das Ergebnis einer Verfassungsänderung. Doch sei zur anschaulichen Darstellung des Problems angenommen, die geltende Verfassung halte sich in allen ihren Teilen, vorbehaltlich der Bestimmungen über Verfassungs-

änderungen, im Rahmen der absoluten Schranken, so daß also die Frage lautet, ob für Verfassungsänderungen irgendwelche Schranken vorhanden sind, die der Verfassung weder ein fremder noch ihr eigener Wille gesetzt hat. Dabei gilt die Untersuchung nur den rechtlichen Schranken. Die Frage, wieweit eine Verfassungsänderung einem Satze der Ethik widerspricht, etwa dem Gebote, ein feierlich gegebenes Versprechen unbedingt zu halten, gehört nicht hierher oder erst dann, wenn sich zeigen sollte, daß auch ethische Normen rechtliche Beschränkungen von Verfassungsänderungen enthalten können.

Sollen aber die absoluten Schranken Rechtsschranken sein, dann müssen sie mit dem Wesen des Rechts zusammenhängen. Zum Wesen des Rechts im juristischen Sinne aber gehört seine Geltung, d. h. die Fähigkeit sich durchzusetzen. Ein Recht, und befände es sich auf der höchsten denkbaren Stufe, nämlich in der Sphäre der Verfassung, dem die Kraft abgeht, sich durchzusetzen, ist nicht nur unvollkommenes Recht, sondern überhaupt kein Recht.

Diese Erkenntnis berührte die deutsche Staatsrechtswissenschaft so lange kaum, als die politischen Verhältnisse jeden Zweifel an der Durchsetzbarkeit aller vom Staate erlassenen Normen zurückdrängten. Erst die Revolution von 1918 öffnete die Augen, oder bot denen, die das Problem nicht sahen, ein großes, ungelöstes Rätsel. Über Nacht brach das Verfassungswerk von 1871 zusammen. Es war nur verständlich, daß der Oberbefehlshaber in den Marken auf Grund seiner der Bismarckschen Verfassung entsprungenen Befehlsgewalt kurz vor Toresschluß die Bildung von Arbeiter- und Soldatenräten verbot²⁷, aber das Verbot erwies sich als wirkungslos und sank von selbst dahin, als sich die Revolution mit ihren Arbeiter- und Soldatenräten durchgesetzt hatte.

²⁷ SCHULTHESS: Europäischer Geschichtskalender 1918/I, 423.

Und sofort zeigt sich wenigstens eine Verfassungsbestimmung, die augenscheinlich über die Macht auch des höchsten Gesetzgebers geht: das unbedingte Verbot einer sich durchsetzenden Revolution. Jede Verfassung enthält ausdrücklich oder stillschweigend ein solches Verbot. Das Verbot ist auch gültig, so lange die bestehende Gewalt stark genug ist, ihm Nachdruck zu verschaffen, gegen mißglückte Revolutionen gilt es in voller Schärfe. Die geglückte Revolution aber ist stärker als das Verbot, sie ist das sinnfälligste Beispiel für eine absolute Schranke der Verfassung.

Die geglückte Revolution lehrt aber auch, daß es über der geschriebenen Verfassung noch einen höheren Satz geben muß, der es uns erst ermöglicht, die, obschon unregelmäßig entstandene, Verfassung als geltendes Recht anzuerkennen. Die Staatsrechtswissenschaft der Vorkriegszeit sah sich einem ähnlichen Probleme gegenüber, als sie daran ging, die Rechtsgültigkeit der Verfassung des neubegründeten Norddeutschen Bundes zu erweisen²⁸, nur daß die Hilfe der Wissenschaft für das Problem der Revolution ungleich wichtiger ist, da es bei der Gründung des Norddeutschen Bundes offenbar mit rechten Dingen zugeht, während jeder Revolution etwas Gewalttames anhaftet. Der Erklärungssatz für die Geltung der augenblicklichen Verfassung muß aber einen solchen Inhalt haben, daß er der Eigenart einer gänzlichen Neuschöpfung der Verfassung gerecht wird. Er muß ferner wirklich der oberste Satz der innerstaatlichen Rechtsordnung sein, darf also nicht von einem Willen abhängen, der sich ändern kann, da es ja sonst einen noch höheren Satz geben müßte, durch den erst wieder die Verbindlichkeit jenes Willens erwiesen wird. Nun sehen wir aber, daß eine Verfassung aufhört zu bestehen, sobald sie sich nicht mehr durchzusetzen

²⁸ Vgl. den Zusatz von ANSCHÜTZ in GEORG MEYER-ANSCHÜTZ: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., S. 196 ff. (1919).

vermag, und daß eine neue Verfassung entstanden ist, sobald die neuen Gewalten Gehorsam finden, eine Bestätigung des tiefsinnigen, SPINOZA zugeschriebenen²⁹ Satzes, daß der Gehorsam anderer den Herrscher mache, *oboedientia facit imperantem*. Man kann jenen obersten Satz aller innerstaatlichen Rechtsordnungen³⁰, der für die Erklärung der Gültigkeit einer neu geschaffenen Verfassung einfach unerlässlich ist, in die biblischen Worte kleiden, daß ein jeder untertan sein soll der Obrigkeit, die Gewalt über ihn hat³¹. Das Wort „Gewalt“, *ἐξουσία*, bedeutet dabei nicht so viel wie „rohe Gewalt“. In den seltensten Fällen wird sich eine neue Verfassung durch rohe Gewalt allein durchsetzen können. Auch der herrscht, dessen Gewalt man freiwillig anerkennt. Die Gründe dieser Anerkennung sind für den Juristen unwesentlich: das Vertrauen zu einer bestimmten Persönlichkeit, die Hingabe an eine Idee, Hoffnung auf Vorteile, Furcht vor der Herrschaft einer schlimmeren Gruppe als der soeben ans Ruder gelangten mögen hierbei mitspielen. Auch bedarf es keiner Erörterung, ob der nur induktiv gefundene Satz etwa mit einem Satze der Ethik zusammenfällt³², eine Möglichkeit,

²⁹ So HUGO PREUSS im Handbuch der Politik 1921/III, 16. Vermutlich handelt es sich aber um einen — überaus geistreichen — Gedächtnisfehler von PREUSS; denn CARL GEBHARDT, dem ausgezeichneten Spinoza-Kenner, an den ich mich brieflich wandte, ist nur der viel weniger besagende Satz aus cap. XVI des Tractatus Theologico-Politicus (Ausgabe von CARL GEBHARDT S. 202 oben) gegenwärtig: *obtemperantia subditum facit*.

³⁰ Über ihn vgl. W. JELLINEK: Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 27f. Ich darf wohl der Meinung sein, daß KELSENS spätere „Ursprungsnorm“ (Problem der Souveränität 1920, 97f. Anm.) nichts wesentlich anderes ist als jener oberste Satz. Vgl. auch G. A. WALZ im Arch. d. öff. Rechts 58, 1 ff. (1930).

³¹ Römer 13, 1.

³² Vgl. W. JELLINEK: Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, 3. Abdr., S. 15 f. (1927). Über die Gründe für die Eigenschaft der Revolution als Rechtsquelle ausführlich HERRFAHRDT: Revolution und Rechtswissenschaft 1930, 57 ff.

für die schon die biblische Bezeugung des Satzes zu sprechen scheint. Für unsere Untersuchung der absoluten Schranken der Verfassungsänderung genügt es vollkommen, daß die Neugründung von Staaten und der gewaltsame Umsturz zur Anerkennung eines über der augenblicklichen Verfassung stehenden, von jeder zufälligen Wirklichkeit unabhängigen Satzes zwingt, demzufolge nur die Verfassung geltendes Recht ist, die sich durchzusetzen vermag. Was aber für die Verfassung als Ganzes gilt, gilt auch für ihre einzelnen Teile. Auch eine einzelne Verfassungsbestimmung darf nichts Unmögliches begehren, wenn sie Anspruch darauf erhebt, geltendes Recht zu sein.

Die Tatsache der Revolution mit ihrer doppelten Wirkung: Zerstörung einer alten und Begründung einer neuen Verfassung zeigt weiterhin, daß die soeben gefundene Schranke des Geltungserfordernisses nicht etwa nur dem Reiche der Tatsachen angehört und die Welt der Normen unberührt läßt. Vielmehr hat die Tatsache, daß sich die alte Verfassung nicht mehr durchsetzen kann, auch das Erlöschen ihrer Normen zur Folge, und bei der Schaffung der neuen Verfassung ist es im umgekehrten Sinne ebenso. Aber allerdings führt die Gegenüberstellung von Tatsächlichkeit und Normgemäßheit zu einem Problem, dem wir nicht ausweichen dürfen. Denn die Unfähigkeit einer Verfassung, sich ferner durchzusetzen, wird vielfach ihren Grund darin haben, daß die mit der Durchführung ihrer Bestimmungen betrauten staatlichen Stellen den Gehorsam verweigern. Das dürfen sie aber, sollte man meinen, erst, wenn die Bestimmungen wegen des Fehlens der Durchsetzungsmöglichkeit ungültig sind, aber nicht kann es ihnen erlaubt sein, den Bestimmungen durch Ungehorsam die Durchsetzungsmöglichkeit zu nehmen. Das Problem des Verhältnisses zwischen Tatsächlichkeit und Normgemäßheit besteht also offenbar und wird im Laufe der Untersuchung der Klärung bedürfen.

Als absolute Schranke allgemeinsten Art begegnet die Grenze des menschlichen Verstehens³³. Jede Verfassungsänderung muß in Worte gefaßt werden, Worte aber sind dem Mißverständnis ausgesetzt. Bei einer Reihe von Artikeln der Weimarer Verfassung ist es zum mindesten zweifelhaft, ob die ihnen von der Rechtsprechung gegebene Auslegung richtig ist, bei einigen ist es sicher, daß sie entweder von den Landesbehörden und -parlamenten oder von den Gerichten falsch gedeutet wurden. Nehmen wir an, daß die richtige Auslegung die der Gerichte war, so haben sich z. B. die Bestimmungen der Reichsverfassung über das Verbot der Verleihung von Ehrentiteln und über die Unmittelbarkeit des Landeswahlrechts etwa zehn Jahre lang in Bayern nicht durchsetzen können, weil sie — in gutem Glauben — mißverstanden wurden³⁴. Diese Erscheinung gehört allerdings zunächst nur der Welt der Tatsachen an. Die Norm, so ist man geneigt zu sagen, bestand die ganze Zeit und hätte auch in Bayern befolgt werden müssen. Und doch zeigen sich die engen Beziehungen zwischen den Welten der Normen und des Seins auch hier. Für die Frage, ob das richtig verstandene Reichsverfassungsrecht vor den Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe in Bayern gegolten hat, ist das Mißverständnis sehr erheblich. So wäre es ein Unrecht, von den mit Ehrentiteln Bedachten die Ablegung ihrer Titel zu verlangen mit der Begründung, die Titelverleihungen seien verfassungswidrig gewesen; denn solange sich die Verfassungsbestimmung nicht hatte durchsetzen können, galt sie in ihrer richtigen Deutung noch nicht, hatte also auch nicht die Kraft, eine gegen die richtige Deutung verstoßende Übung verfassungswidrig zu

³³ Vgl. W. JELLINEK: Gesetz, Gesetzesanwendung 1913, 23 ff.; JAHRREISS: Berechenbarkeit und Recht 1927, 16 ff.

³⁴ Vgl. zum folgenden W. JELLINEK: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 126 Anm. I (1931).

machen. Ebenso folgt aus der Feststellung der Unvereinbarkeit einer Bestimmung des bayerischen Wahlgesetzes mit der Reichsverfassung noch nicht die Ungültigkeit der unter der Herrschaft der falsch verstandenen Reichsverfassung vorgenommenen letzten Landtagswahl. Auch bei jeder Verfassungsänderung muß damit gerechnet werden, daß die neue Bestimmung durch ein Mißverständnis anders gehandhabt wird, als der Verfassungsgesetzgeber wollte.

Die Möglichkeit eines Mißverständnisses hat ihre besondere Bedeutung bei der verfassungsmäßigen Festlegung der richterlichen Unabhängigkeit. Wenn die Verfassung anordnet, der Richter sei nur dem Gesetz unterworfen, so will sie ihm vermutlich nicht die Befugnis zur Prüfung eines Gesetzes auf Verfassungsmäßigkeit geben, sonst hätte sie sich so ausgedrückt: der Richter sei nur der Verfassung unterworfen. Aber sie kann, wie die Erfahrung lehrt, nicht hindern, daß die Gerichte ihre Unabhängigkeit dahin deuten, daß sie auch Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit, ja sogar verfassungsändernde Gesetze auf Verfassungsmäßigkeit prüfen dürfen. Da nun aber Richter als Menschen dem Irrtum ausgesetzt sind, können die Gerichte vermöge des schon durch einen ersten Irrtum sich beigelegten Prüfungsrechts eine Hemmung für die Durchführung des Willens des Verfassungsgesetzgebers bilden und damit eine Schranke für die Auswirkung des Verfassungsrechts darstellen, die nicht im Willen der Verfassung selbst liegt und daher nicht mehr zu den autonomen Schranken gerechnet werden darf. Und da es über dem im Rechtszuge höchsten Richter keine weitere Instanz gibt, ist diese tatsächliche Ohnmacht der Verfassung zugleich ein rechtliches Versagen.

Während die Schranke kraft Mißverständnisses, da sie nun einmal in der allgemeinen menschlichen Schwäche liegt, wohl ohne Bedenken anerkannt wird, bereitet die Schranke

kraft Unmöglichkeit größere Schwierigkeiten. Allerdings, wenn die Verfassung etwas physisch absolut Unmögliches verlangen würde, würde die Ungültigkeit des Angeordneten außer Zweifel stehen³⁵. Aber so werden die Dinge niemals liegen, die behauptete Unmöglichkeit wird immer nur eine seelische Unmöglichkeit sein. Dabei genügt es noch nicht, daß eine Anordnung der Verfassung beim Hauptadressaten, etwa dem Bürger oder dem Einzelstaat im Bundesstaate, einen unüberwindlichen Widerstand findet, vielmehr muß die seelische Unmöglichkeit soweit gehen, daß die Anordnung auch keinen gefügigen Vollstrecker findet, daß also auch die Vollstreckungsanordnung eine unmögliche Zumutung bedeuten würde. Im demokratischen Staate allerdings wird eine den Bürger übermäßig knebelnde und auch den Vollstrecker empörende Anordnung der Verfassung selten vorkommen, aber nicht alle Verfassungen sind demokratisch, und selbst bei einer demokratischen Verfassung wäre eine Vergewaltigung des einzelnen ausnahmsweise möglich. Man denke etwa an den Glaubenszwang, an ein mittelalterlich anmutendes Verbot, gewisse wissenschaftliche Überzeugungen zu haben, wie im Affenprozeß von Dayton im nordamerikanischen Staate Tennessee³⁶. Wir können sicher sein, daß sich heute kein Richter oder Verwaltungsbeamter hergeben würde, einen Galileo Galilei wegen seiner wissenschaftlichen Ansichten zu verurteilen oder ihn zu mißhandeln, selbst wenn die Verfassung es anordnen würde; der Gedanke eines schon vor der Verfassung vorhanden gewesenen, unantastbaren Urrechts auf Freiheit der wissenschaftlichen Überzeugung würde zum

³⁵ Berühmter Ausspruch DE LOLMES: „It is a fundamental principle with English lawyers, that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman“ (nach DICEY: a. a. O. S. 41).

³⁶ Vgl. SMEND in den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer H. 4, 65 f. (1928).

mächtigen Durchbruch kommen. Dabei sind solche seelischen Unmöglichkeiten bei den verschiedenen Völkern verschieden. Der Gedanke der Würde der Persönlichkeit ist in Deutschland stärker ausgeprägt als etwa in Rußland.

Näher liegen Beispiele auf dem Gebiete der Unmöglichkeit in der politischen Sphäre, dort, wo sich nicht Staat und einzelner, sondern Reich und Land, höchste Reichsorgane oder Mehrheiten und Minderheiten des Reichstages oder eines Landtags gegenüberstehen. Nehmen wir einen Fall aus dem Lande Lippe. Nach der Lippeschen Verfassung ist der Landtag nur dann beschlußfähig, wenn zwei Drittel seiner Mitglieder anwesend sind³⁷. Die Folge ist, daß bei knappen Mehrheitsverhältnissen auch die vollzählig erschienenen Mehrheitsvertreter keinen Beschluß fassen können, wenn die Gegenpartei wegbleibt. Andererseits müssen gewisse Beschlüsse, so die über den Staatshaushaltsplan, jährlich gefaßt werden. Unter diesen Umständen bedeutet die Vorschrift über die Beschlußfähigkeit eine Unmöglichkeit in der politischen Sphäre und würde vom Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich nicht geschützt werden dürfen, wenn die Mehrheit einmal ungeachtet des Fernbleibens der Gegenpartei einen Beschluß fassen sollte. Vermutlich würde der Gerichtshof in diesem Falle die klagende Minderheit dahin belehren, daß sie kein Recht habe, sich über die Mehrheit zu beklagen, wenn sie deren Verhalten selbst verschuldet habe³⁸. Oder man nehme unsern berühmten Artikel 48 der RVerf. Als man ihn einführte, dachte man wohl nur an Vorkommnisse wie Aufruhr, Mord, Brandstiftung, die durch Diktatur-

³⁷ Verfassung des Landes Lippe vom 21. Dezember 1920 Art. 7 (1), 12 (3).

³⁸ Diese noch nicht an den Staatsgerichtshof gelangte Frage hat nichts mit dem am 28. April 1931 entschiedenen schaumburg-lippeschen Falle zu tun.

maßnahmen des Reichspräsidenten sollten bekämpft werden können. Aber die Beschränkung auf diese Fälle erwies sich als zu eng, die politische Notwendigkeit sprengte die im ursprünglichen Sinne des Art. 48 liegenden Fesseln und lehrte, daß es der Verfassung nicht gestattet ist, ihre Sicherheitsventile zu sehr zu drosseln. Oder endlich der Neugliederungsartikel 18. Nach seinem Wortlaut könnte z. B. die Pfalz durch verfassungsänderndes Reichsgesetz von Bayern gegen dessen Willen losgelöst werden, aber es wäre dies, wie bekannte Vorgänge aus dem Jahre 1923 lehren, eine Unmöglichkeit in der politischen Sphäre, da Bayern einen solchen Eingriff vermutlich mit der Parole „Los von Berlin!“ und damit „Los vom Reiche!“ beantworten würde, und auch der zur Schlichtung des Streites angerufene Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich würde diese bedrohliche Tatsache auf sich wirken lassen und, allerdings vermutlich unter Berufung auf die geschichtlichen Grundlagen des Reiches³⁹, den Artikel 18 für unanwendbar erklären.

Solchen realen Unmöglichkeiten tritt die logische Unmöglichkeit an die Seite, ja sie ist bei näherem Zusehen nur eine Abart der realen seelischen Unmöglichkeit und hängt mit der Eigenart des juristischen Denkens zusammen. Der Jurist ist gewohnt, nicht so sehr anschaulich als begrifflich zu denken. An gewissen begrifflichen Widersprüchen stößt er sich aber. So hat es das Reichsgericht vor kurzem geradezu für begrifflich unmöglich erklärt, daß der Gesetzgeber eine Privatperson mit obrigkeitlichen Befugnissen ausstattet, ohne sie damit zum Beamten zu machen⁴⁰. Und be-

³⁹ Vgl. oben S. 10.

⁴⁰ RG. III 11. Okt. 1929, Entscheidungen in Zivilsachen 125, 422: „Der Gesetzgeber würde . . . etwas geradezu rechtlich Unmögliches und Undurchführbares angeordnet haben. Eine solche Vorschrift würde sich über die Schranken hinwegsetzen, die dem Gesetzgeber durch den mit

kannt ist jene Digestenstelle⁴¹, die dem römischen Senat die Macht abspricht, einen Nießbrauch im eigentlichen Sinne an Geld einzuführen, da die Unberührbarkeit der Substanz zum natürlichen Begriffe des Nießbrauchs gehöre. Ebenso wenig kann die Verfassung ihren eigenen Bestand wollen und gleichzeitig eine schrankenlose politische Betätigung der Beamten zulassen, durch die ihr Bestand aufs höchste gefährdet wird.

Die Unmöglichkeitsschranke erfaßt auch die Änderungsklausel der Verfassung. Wenn die Verfassung überhaupt in keinem Mißverhältnis zu den politischen Kräften des Staates stehen darf, für den sie gilt, so darf auch die Änderungsklausel diesen Kräften nicht Gewalt antun. Da sich der Staat in ewiger Entwicklung befindet⁴², darf die Verfassung ihre eigene Änderung nicht allzusehr erschweren oder gar unmöglich machen. So übersteigt die Klausel, die Verfassung als Ganzes oder auch nur ein Teil von ihr solle unabänderlich sein, die Grenzen der verfassungsgebenden Gewalt⁴³. Schon die Revolution ist der schlagendste Beweis für die Unmöglichkeit der Unabänderlichkeitsklausel. Nach Ansicht eines schweizerischen Gelehrten, des Staatsrechtslehrers BURCK-

innerer Notwendigkeit gegebenen Zusammenhang zwischen der Betätigung von Hoheitsakten und der amtlichen Stellung gezogen sind, und würde deshalb keine Beachtung verdienen.“ Ohne genügendes Verständnis für derartige unüberwindliche Hemmungen des guten Juristen VON BASSE in seinen zahlreichen, dem gleichen Gegenstande gewidmeten Ausführungen: *Zeitschrift für Selbstverwaltung* 13, 196 ff., 265 ff. (1930); 14, 132 ff. (1931); *Juristische Rundschau* 1931, 97 ff.; *Grundfragen des Beamtenrechts* 1931, 35 ff. Neuerdings rückt übrigens das Reichsgericht von jener Entscheidung etwas ab: III 3. März 1931, Entscheidungen in Zivilsachen 132, 69.

⁴¹ VII, 5, 2.

⁴² GEORG JELLINEK: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* 1906; SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht* 1928, 75 ff.

⁴³ KOHLER in den *Annalen des Deutschen Reichs* 1888, 4; M. RÜMELIN: *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts* 1929, 29 f.

HARDT⁴⁴, ist nun aber jede Verfassungsänderung eine Revolution im kleinen, so daß hiernach auch die Teiländerung schon aus Gründen des Revolutionsrechts nicht verboten werden kann. Doch auch wer der Lehre nicht beipflichtet, muß das unbedingte Änderungsverbot, wenn es völlig ernst gemeint ist, für unzulässig erklären. Dagegen wäre das Verbot nicht zu bemängeln, wenn es die Unabänderlichkeit nur so lange gelten lassen will, als die Klausel nicht im ordentlichen verfassungsändernden Verfahren aufgehoben ist⁴⁵. — Umgekehrt kann die Änderungsklausel die Verfassungsänderung auch allzusehr erleichtern. So würde es ein nicht nur politischer Fehler gewesen sein, wenn die Weimarer Verfassung jede, auch die tiefstgehende Verfassungsänderung dem Reichstag allein anvertraut hätte, da die politische Bedeutung der Länder viel zu groß ist, als daß sie sich durch den Reichstag ohne eigene Mitwirkung vergewaltigen ließen. Schon die Nationalversammlung hatte in der Sache mehr versprochen, als sie halten konnte, wenn sie die Verabschiedung der Verfassung ausschließlich sich selbst vorbehielt. Formell hat sie allerdings ihren Willen durchgesetzt, im Laufe der Verhandlungen hatten aber die Länder sehr gewichtig mitzureden. Unter diesem Gesichtspunkte gewinnt die Unterscheidung CARL SCHMITTS zwischen dem nach Art. 76 abänderbaren Verfassungsgesetz und der über allen Verfassungsgesetzen stehenden und dem gewöhnlichen Änderungsverfahren nicht unterworfenen Verfassung⁴⁶ auch die Bedeutung eines Hinweises auf die absoluten Schranken einer Verfassung.

⁴⁴ W. BURCKHARDT: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft 1927, 217 und schon vorher in den beiden ersten Auflagen seines Kommentars der schweizerischen Bundesverfassung: 1. Aufl., S. 9f. (1905); 2. Aufl., S. 9 (1914).

⁴⁵ So deutet sie allgemein VON SEYDEL in den Blättern für die administrative Praxis 45, 13 (1895).

⁴⁶ Oben S. 11.

Es kann nicht meine Aufgabe sein, in dieser kurzen akademischen Stunde ein vollständiges System der absoluten Verfassungsschranken aufzuweisen. Genug, daß es solche absoluten Schranken gibt, die sich aus der Abhängigkeit auch der Verfassung von ihrer Wirkungsmöglichkeit herleiten und sich dahin zusammenfassen lassen, daß auch die Verfassung nichts Unmögliches anordnen kann. „Den lieb ich, der Unmögliches begehrt“ ist kein schmückendes Wort für eine Verfassung, die geltendes Recht sein will.

Wie soll sich der Richter, wie soll sich der Reichspräsident diesen Schranken gegenüber verhalten? Müssen nicht beide bestrebt sein, das Unmögliche möglich zu machen, statt durch Ungehorsam gegen die Verfassung den Grad der Unmöglichkeit zu steigern? Sind die Schranken nicht doch im Grunde nur solche der Tatsachenwelt, ohne in die Welt der Normen einzudringen?

Immer wieder muß auf die eigenartige Erscheinung der Revolution hingewiesen werden, bei der sich nicht nur die tatsächlichen Machtverhältnisse ändern, sondern mit ihnen auch der Inhalt der Normen über die Ausübung der höchsten Staatsgewalt. Und doch kommt denen, die in der Verfassung den höchsten denkbaren Willen erblicken, eine Art Zwangsvorstellung derer zu Hilfe, die zur Handhabung der Verfassung berufen sind. Nehmen wir etwa die Unabänderlichkeitsklausel, so wird der Richter vermutlich nicht sagen, sie sei ungültig, da sie über die absoluten Schranken der Verfassung hinausgehe, sondern er wird die Verfassung so deuten, daß sie die Aufhebung der Unabänderlichkeitsklausel auf dem Wege der ordentlichen Verfassungsänderung oder der Volksgesetzgebung gestatte. Ebenso wird er ein verfassungsänderndes Gesetz nach seiner Ansicht unzumutbaren Inhalts, wenn ein solches unter der Herrschaft einer demokratischen Verfassung überhaupt denkbar ist, nicht einfach wegen Unzumut-

barkeit für ungültig erklären, sondern deshalb, weil die Verfassung sehr wahrscheinlich unzumutbare Verfassungsänderungen nicht habe gestatten wollen. Und wenn der Reichspräsident einem nach seiner Ansicht die Grenzen des politisch Möglichen überschreitenden Gesetze die Ausfertigung versagen sollte, so wird er kaum die politische Unmöglichkeit als eine vom Willen der Verfassung unabhängige Schranke anerkennen, vielmehr, möglicherweise unter Berufung auf Art. 48, sich sagen, daß es gerade im Sinne der Verfassung liegen müsse, die Ausfertigung des verfassungsändernden Gesetzes dann zu versagen, wenn durch die Verkündung des Gesetzes die Verfassung selbst in ihrem Bestande gefährdet würde. Man entsinnt sich ja wohl noch eines ähnlichen Vorgangs in Bayern aus Anlaß des ersten Republikchutzgesetzes vom 21. Juli 1922. Das bayerische Gesamtministerium hob das soeben erlassene Reichsgesetz auf Grund des vierten Absatzes des Art. 48 RVerf. durch eine Ausnahmeverordnung zum Teil wieder auf⁴⁷. Dies war an sich Auflehnung, ein tatsächliches Versagen der Reichsverfassung. Begründet wurde aber das Vorgehen gerade mit dem Hinweis auf die Reichsverfassung. Den Landesregierungen stünden wie dem Reichspräsidenten alle Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der erheblich gefährdeten öffentlichen Ordnung zur Verfügung, das Republikchutzgesetz werde im rechtsrheinischen Bayern vermutlich schwere Unruhen zur Folge haben, folglich liege seine Außerkraftsetzung ganz im Sinne der Reichsverfassung. Man beobachtet also, daß die maßgebenden Stellen auch die absoluten Schranken der Verfassung auf den autonomen Willen der Verfassung selbst zurückführen. Nimmt man noch hinzu, daß auch bei den heteronomen völkerrechtlichen Schranken der Reichspräsi-

⁴⁷ Verordnung zum Schutze der Verfassung der Republik vom 24. Juli 1922, Gesetz- und Verordnungs-Blatt S. 374.

dent die Ausfertigung des völkerrechtswidrigen Gesetzes nicht etwa mit Rücksicht auf das Völkerrecht selbst, sondern wegen seiner auf der Verfassung beruhenden Stellung als Hüter des Völkerrechts verweigern wird, ja daß nach einer verbreiteten, allerdings kaum haltbaren Meinung das ganze Völkerrecht auf dem freien Willen der souveränen Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft beruht, so zeigt sich ein allgemeiner Zug zur Autonomisierung aller Verfassungsschranken. Selbst bei der Revolution ist es nicht ausgeschlossen, daß ein nur dem positiven Recht zugekehrter Jurist einmal auf den wunderlichen Gedanken kommen wird, in jeder Verfassung sei eine stillschweigende Revolutionsklausel enthalten, so daß also auch die Revolution nichts anderes sei als eine autonome Verfassungsschranke. Eine solche Vermengung der drei gefundenen Arten von Schranken hält zwar kritischer Prüfung nicht stand; denn nie kann eine Schranke autonom sein, die auch gegen den ausgesprochenen Willen der Verfassung da wäre und auch durch keinen Willensakt der verfassunggebenden Gewalt beseitigt werden könnte, aber bemerkenswert ist dieser Zug zur Autonomisierung aller Verfassungsschranken doch. Ihm liegt augenscheinlich der Gedanke zugrunde, daß Autonomie etwas Wertvolleres sei, mehr Würde in sich trage als Heteronomie und Machtlosigkeit. Die Autonomisierung der Verfassungsschranken bedeutet also zugleich eine Idealisierung der Verfassung und einen Beweis dafür, welchen Wert man unbewußt dem Grundgesetz des Staates beimißt. Möge uns diese Wertschätzung der Verfassung vor den schwersten Erschütterungen bewahren!