

Soll der Richter auch über die Frage zu
befinden haben, ob ein Gesetz verfassungs-
mäßig zu Stande gekommen?

Gutachten

für den vierten Deutschen Juristentag

erstattet

von

Dr. Rudolf Guelf,

ordentl. Professor der Rechtswissenschaft an der Friedr.-Wilh.-Universität zu Berlin.

Dritte Auflage.

Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH
1863

Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?

Gutachten

für den vierten Deutschen Juristentag

erstattet

von

Dr. Rudolf Gneist,

ordentl. Professor der Rechtswissenschaft an der Friedr.-Wilh.-Universität zu Berlin.

Dritte Auflage.

Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH
1863

ISBN 978-3-662-40575-8 ISBN 978-3-662-41053-0 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-662-41053-0

Die Frage, ob der Richter über das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze zu befinden habe, ist in der ersten Plenarsitzung des dritten Deutschen Juristentages nach längerer Verhandlung (Verh. des dritten Juristentags Bd. II. S. 10—61) an die ständige Deputation zum Zweck der Vorbereitung für einen späteren Juristentag überwiesen worden (Deutsche Gerichtszeitung 1862, Nr. 50, S. 207).

I.

Die vielseitige Erörterung dieses Gegenstandes im Laufe des letzten Menschenalters ergibt, daß eigentlich drei konnexen Fragen vorliegen, über deren Formulierung wieder besondere Streitpunkte bestehen.

Erste Frage: Hat nach der Deutschen Gerichtsverfassung der Richter das Recht und die Pflicht bei Anwendung der Gesetze zuvor zu prüfen, ob das, was sich als „Gesetz“ ankündigt, nach dem bestehenden Verfassungsrecht wirklich ein Gesetz ist; ob es namentlich, wo dies die Verfassung vorschreibt, mit ständischer Zustimmung ergangen ist?

Diese Frage wird von den bedeutendsten Autoritäten bejaht, beispielsweise von C. G. Wächter, Württemb. Privatrecht, Bd. II. §. 7., mit folgender Motivierung, die zugleich auf gemeines Recht und auf die positiven Ausdrücke einer Landesverfassung Rücksicht nimmt:

Der Richter hat als Richter lediglich das bestehende Recht, wie es in den Quellen desselben enthalten ist, nach seiner gewissenhaften Uebersetzung zur Anwendung zu bringen, und insofern ist er blos Diener des Rechtsgesetzes, aber natürlich nur Diener eines gültigen Rechtsgesetzes. Um daher den Inhalt der Quellen des Rechts zur Anwendung zu bringen, muß er vor Allem darüber sich vergewissern, daß das, was er als Rechtsquelle behandelt, eine wahre, somit eine gültige Rechtsquelle ist. Er hat daher nicht blos beim Gewohnheitsrecht über dessen Existenz und Gültig-

keit zu erkennen, sondern es ist ebenso in seiner Befugniß und in seiner Pflicht gelegen, bei der Anwendung einer als Gesetz sich ankündigenden oder materiell in den Kreis der Gesetzgebung eingreifenden Verfügung nach den Grundsätzen des bestehenden Verfassungsrechts zu untersuchen, ob sie wirklich ein Gesetz ist, d. h. ob sie alle formellen Erfordernisse eines gültigen Gesetzes hat; er hat ferner die Pflicht, ihren Inhalt nicht als Gesetz zu behandeln und ihn nicht zur Anwendung zu bringen, wenn ihr eines dieser Erfordernisse, z. B. die ständische Zustimmung abgeht. Namentlich hat er, wenn in einem verabschiedeten und auf gehörige Weise publicirten Gesetze eine Bestimmung zugesetzt ist, welche nicht verabschiedet wurde, oder eine ganz andere Bestimmung steht, als welche mit den Ständen verabschiedet wurde, diese als nicht existirend zu behandeln.

In gleicher Richtung haben sich ausgesprochen Jordan (Archiv für civilist. Pr. VIII. 214), C. S. Zachariae (ebendas. XVI.), Klüber, Feuerbach, Martin, Pfeiffer, Buchta und von Vangerow, Bessler und Reyscher, Heffter, R. v. Mohl, H. A. Zachariae, Bluntschli, v. Rönne und Andere.

Dagegen fehlt es auch nicht an namhaften Stimmen des Widerspruchs aus staatsrechtlichen und politischen Gründen, wie Linde (Archiv XVI.), Stabel, Zöpfl, Feld, Stahl, Dr. Bischof (Gieß. Zeitschrift N. F. XVI., XVII., XVIII.) und verschiedene Aufsätze in Pabst, deutsche Vaterlandszeitung, Jahrg. 1833. Von diesen Gesichtspunkten aus ist auch in den Verhandlungen des dritten Juristentags Widerspruch erhoben. Es ist namentlich hervorgehoben, daß bei unbedingter Bejahung jener Frage der Richter auch zu entscheiden haben würde, ob die Landesvertretung, welche ihre Zustimmung zum Gesetz gegeben hat, eine vollberechtigte war oder nicht? ob sie auf Grund eines verfassungsmäßigen Wahlgesezes gebildet worden ist? ob die Mitglieder überhaupt gehörig gewählt, ernannt, in gehöriger Anzahl versammelt gewesen, ob die Stimmen richtig gezählt sind? Die richterliche Prüfung müsse sich jedenfalls auf die formalen Requisiten beschränken. Es müsse genügen, daß der Gesetzgeber erklärt, es habe die Zustimmung der Landesvertretung stattgehabt: eine weitere Untersuchung Seitens der Gerichte, ob wirklich nach Maßgabe der Verfassung diese Zustimmung der Landesvertretung thatsächlich eingetreten, und ob diese Zustimmung eine verfassungsmäßige gewesen, sei durchaus unstatthaft. „Die Gerichte haben, mit anderen Worten, nur zuzusehen, ob die Innehaltung der verfassungsmäßigen Requisite der Gesetze gesetzlich konstatiert worden ist.“ (Verhandlungen II. 27. 28. 32.)

Zweite Frage: Wenn insbesondere die Staatsregie-

rung, nach allgemeinen Grundsätzen des Staatsrechts oder besonderer Verfassungsurkunden, „Verordnungen“ außer den mit Zustimmung der Stände promulgirten Gesetzen erläßt, hat dann der Richter zu prüfen, ob diese Verordnung innerhalb der verfassungsmäßigen Kompetenz der Staatsregierung erlassen, und ob sie im Allgemeinen gültig, beziehungsweise für den vorliegenden Fall richterlicher Entscheidung bindende Kraft hat?

Diese engere Frage hat eine dreifache Veranlassung.

1. Die Deutschen Verfassungen weichen von einander ab in der Bestimmung, wie weit die ständische Zustimmung zur Gesetzgebung erforderlich. Einige setzen jene Zustimmung zu allen „Gesetzen“ voraus (Preuß., Sächs., Württ., Darmst. 2c.); andere nur bei Gesetzen über „Freiheit und Eigenthum der Unterthanen“ oder in anderer engerer Ausdrucksweise (Bair., Bad., Weim. 2c.). Es ergibt sich daraus ein Recht zu Konstitutionen mit Gesetzeskraft in solchen Materien, in welchen eine ständische Zustimmung zur Gesetzgebung nicht erforderlich.

2. Mehrere Deutsche Verfassungen geben der Staatsregierung die Befugniß zu Nothverordnungen ohne ständische Zustimmung, „zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit“, zur „Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes“, „insofern die Kammern nicht versammelt sind“, sofern solche „der Verfassung nicht zuwiderlaufen“, „unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums“, — und mit ähnlichen Verkläufelungen, welche gewöhnlich kumulirt werden. Es entsteht dadurch ein engeres Gebiet landesherrlicher Konstitutionen mit bedingter Gesetzeskraft.

3. Die Verfassungen und die staatsrechtliche Praxis kennen allgemein Verordnungen zum Zweck des bloßen „Vollzugs“ oder der „Ausführung“ der Gesetze; oft wird auch in den ständisch berathenen Gesetzen die weitere Ausführung durch landesherrliche Verordnung ausdrücklich vorbehalten. Es entsteht dadurch ein weiteres Gebiet landesherrlicher Konstitutionen *intra legem*, nicht *contra legem*.

Die Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze hat auf diesem engeren Gebiete ihren eigentlichen Brennpunkt gefunden. Die oben citirten Schriften gehen großentheils auf diesen Streitpunkt speciell ein. Die widersprechenden Meinungen haben vorzugsweise das Ziel, die Gerichte in allen Fällen an „Verordnungen“ der Staatsregierung zu binden; die Gerichte von einer Prüfung der Vor-

frage auszuschließen, ob jene Verordnungen sich innerhalb des durch die Verfassung gegebenen Gebiets halten. Der Deutsche Juristentag hat in seiner Sitzung vom 30. August 1862 diese engere Frage bereits mit großer Stimmenmehrheit entschieden in folgender Fassung:

Verordnungen und Erlasse des Staatsoberhauptes oder der Staatsregierung, deren Inhalt nur in Form des Gesetzes mit Zustimmung der Stände hätte aufgestellt werden können, haben für den Richter keine verbindliche Kraft.

Da das vorbehaltene Gutachten nur auf die erste Frage beschränkt worden ist, so bedarf es hier keiner eingehenden Erörterung über den Begriff der „Verordnungen“, und es ist überhaupt nur da, wo sich diese engere Frage als Incidenzpunkt unabweisbar aufbringt, darauf zurückzukommen. Dasselbe gilt von der folgenden Frage.

Dritte Frage: Haben die Gerichte bei der ihnen zustehenden Prüfung der „Verfassungsmäßigkeit“ der Gesetze und Verordnungen bloß die formelle Kompetenz der sog. Faktoren der Gesetzgebung zu prüfen, oder haben sie auch weiter materiell zu prüfen, ob eine gesetzliche Norm mit einem göttlichen Gebot, oder einer Forderung der absoluten Vernunft, oder mit einem höheren in der positiven Verfassung des Staats ausgesprochenen Grundsatz in Widerspruch stehe?

Es handelt sich bei der Promulgation der Gesetze um die Frage, ob das Gesetz von denen ausging, welche Gesetze geben können, ob also die sog. Faktoren der Gesetzgebung von ihrer staatsrechtlichen Befugniß Gebrauch gemacht; nicht aber, ob sie davon den rechten Gebrauch gemacht haben. Dies ist die dem Deutschen Juristen geläufige Anschauung, und es erklärt sich daraus zur Genüge, warum die Mehrzahl der oben angeführten Autoritäten diese dritte Frage nicht ausdrücklich beantwortet hat. Bewußt oder unbewußt ist sie aber bei dem Streit über das richterliche Prüfungsrecht oft ungehörig eingemengt, z. B. auch in den Verhandlungen des Juristentags S. 40. Ihrer Zeit ist die Frage in Belgien durch bekannte Streitschriften zwischen Faider und Verhagen gründlich erörtert für den hypothetischen Fall eines Gesetzes, welches formell richtig promulgirt ist, aber sachlich in einem Widerspruch mit einem Fundamentalartikel der Verfassungsurkunde. Diese Frage wird von R. von Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, Bd. I., Tüb. 1860, S. 86—95, ex professo

erörtert und bejaht; ebenso wie in der Verfassung der Nordamerikanischen Freistaaten.

Die Aufgabe unseres Gutachtens ist bei dieser Lage des Streits eine schwierige. Die obigen 3 Fragen sind vielfach durch einander geschoben und mit einander verwechselt. Die Fragestellung selbst kann Gegenstand sehr eingehender Erörterungen werden (v. Stockmar, Gieß. Zeitschrift N. F. X. 18—78, 213—243). Der Brennpunkt des Streits ist bereits durch ein Votum des Juristentages scheinbar präoccupirt. Der knappe Raum eines Gutachtens gestattet keine anschauliche Ausführlichkeit. Die eingehende Prüfung einer jeden früheren Abhandlung würde mehr Raum beanspruchen müssen, als hier für die ganze schwer wiegende Frage gewährt werden kann. Wir müssen uns also auf positives Recht und auf leitende Gesichtspunkte beschränken, und für die eigene Auffassung eine benigna interpretatio in ungewöhnlichem Maße beanspruchen.

So einfach unsere Frage auf den ersten Blick erscheint, so einfach sie von vielen gedacht ist, welche sie beantwortet haben, so gewinnt sie doch eine bedenklichere Gestalt, wenn man etwa ein Hundert Stimmen Deutscher Juristen älterer und neuerer Zeit zusammenfaßt, und wenn man sie auf die neueren Deutschen Verfassungstreitigkeiten anwendet. Man kann dann zu einer Art von Dogmengeschichte kommen, in etwa 3 Perioden umfassend 1) die Zeit des älteren Reichs- und Territorial-Staatsrechts, 2) die Zeit seit Einführung der konstitutionellen Verfassungen in Deutschland, 3) die Zeit der politischen Rückströmungen, namentlich seit Wiedereinsetzung des Deutschen Bundestages (Dr. Bischof, Gieß. Zeitschrift XVI.). Es wird dabei allerdings ein gewisser Mangel rechtsgeschichtlicher Kontinuität und eine unerfreuliche Zerfahrenheit der Meinungen sichtbar, welche sich von beiden Seiten den Vorwurf der *petitio principii* als geringsten Vorwurf zu machen pflegen.

Der Hauptgrund dieser anscheinenden Zerfahrenheit liegt aber unzweifelhaft darin, daß sich die Grundlagen des öffentlichen Rechts selbst in Deutschland mehrfach verändert haben durch Auflösung des Reichs, durch Stiftung des deutschen Bundes, durch Einführung geschriebener Landesverfassungen, und daß selbst innerhalb der letzteren wiederum zuweilen fundamentale Aenderungen eingetreten sind. Dazu kommt, daß der Zusammenhang von öffentlichem und Privatrecht, das Verhältniß von Justiz und Verwaltung, die verschiedene Weise der Gesetzgebung über öffentliches Recht in den einzelnen Ländern, sich auch innerhalb dieser Frage geltend machen. Es kann unter diesen Umständen nicht leicht sein, die Stellung

der Gerichte zu den Akten der höchsten Regierungsgewalt in einer einfachen für alle Territorien genau passenden Formel festzustellen, und unvermeidlich werden sich da, wo die strenge historische Kontinuität fehlt, Ansichten de lege ferenda, also politische Meinungen gern unterchieben.

II.

Eben deshalb mag es mir gestattet sein, zuerst eine national-verwandte Staatsbildung, der die historische Kontinuität nicht fehlt, vergleichend gegenüber zu stellen, um die Frage auf den Boden der Wirklichkeit, einer alten und stetigen Gerichtspraxis zurückzuführen. Ich berufe mich deshalb auf das Englische Recht, insbesondere auf meine, freilich unvollendete Darstellung (I. Theil. 1857 — II. Theil 1860; Theil II.a. die innere Entwicklung der Parlamentsverfassung 1863). Die Verwandtschaft dieser Verfassung mit den neueren Deutschen Verfassungen beruht nicht blos auf dem Bestreben einer Nachbildung, sondern noch mehr darauf, daß auch dort die landständischen und Grundrechte sich an eine thatsächlich souveräne Monarchie angeschlossen, und das Gerichtswesen sich aus altgermanischen Grundsätzen entfaltete. Die Anfänge der konstitutionellen Verfassung im 13. Jahrhundert fanden ein Königthum im vollen Besitz der Militär-, Gerichts-, Polizeihohheit, welche sich in einer höchsten Staatsregierung (King in Council) genau so vereinten, wie Artikel 57 der Deutschen Bundesakte vorschreibt. Seit dem 14. Jahrhundert wurde die souveräne Regierungsgewalt durch eine regelmäßige Parlamentsgesetzgebung vielfach beschränkt, erweitert, begrenzt; doch so, daß für alle Staatshoheitsrechte ein alter Bestand von Rechten aus der vorparlamentarischen Zeit (common law) stehen geblieben ist. Als sodann im 14. Jahrhundert die Verfassung sich zu konsolidiren begann, wurde ein allseitiger Rechtsschutz gewonnen in dreifacher Richtung:

1) Durch das Recht der Anklage des Unterhauses gegen die unmittelbaren Diener der Krone wegen vorsätzlicher Verletzung der Rechte des Landes, also durch den Grundsatz der später sog. Ministerverantwortlichkeit. Der Rechtsfinn der Nation hat aber niemals verkannt, daß dadurch nur das Recht der Gesamtheit gegen die schwersten Fälle einer Verletzung geschützt wird, in keiner Weise aber das Recht des Einzelnen gegen Mißbrauch der Staatsgewalt. Es kam daher hinzu

2) der Grundsatz der Selbständigkeit der Gerichte im Gebiet ihrer Civil- und Strafsjustiz, ungefähr vergleichbar der Deut-

sehen Gerichtsverfassung. Zugleich wird durch das System der Privatanklage dafür gesorgt, die Strafgewalt nach jeder Seite hin wirksam zu machen. Die stetigen Landesbeschwerden zeigten indessen, daß die gewöhnliche Civil- und Strafjustiz nicht ausreicht, um den Einzelnen wegen willkürlicher Anwendung und Ausdehnung der Strafhoheitsrechte zu schützen. Es kam daher hinzu

3) eine gesetzliche Deklaration der Weise und der Schranken für die Ausübung der Polizei-, Finanz-, Militärhoheit und die Kontrolle der Reichsgerichte über Beobachtung dieser Gesetze. Es ist dies eine dem Kontinent fremd gewordene unmittelbare Jurisdiktion über das öffentliche Recht. Sie wurde möglich und ausführbar dadurch, daß seit dem 14. Jahrhundert eine sehr specialisirte Gesetzgebung über Sicherheits-, Gewerbe-, Arbeits-, Sittenpolizei, dann weiter über die Finanz- und Militärrechte des Staats beginnt. Eine mühsame Arbeit der ständischen Gesetzgebung hat allmählig nach Regeln der Erfahrung diejenigen Bestandtheile dieser Verwaltung gesondert, welche sich zu einer festen Kontrolle nach Rechtsgrundsätzen eignen, von denjenigen, welche dem freien Ermessen der ausführenden Beamten überlassen bleiben müssen, um die Einheit und Kraft der Staatsregierung zu erhalten. Auf diesem Wege ist schrittweise auch der Rechtsschutz des Einzelnen im Gebiet des öffentlichen Rechts erlangt, welchen die Theorie des 18. Jahrhunderts unter der Bezeichnung der „Grundrechte“ zusammenfaßt. Die daraus hervorgehende Rechtskontrolle der inneren Landesverwaltung heißt und ist eine »jurisdiction«; das Verwaltungsdecernat wird in gerichtlichen Geschäftsformen durch orders und convictions gehandhabt, oft mit einem Beschwerdeweg an eine Mittelinstanz, grundsätzlich aber immer mit einer konkurrierenden Gewalt der Reichsgerichte (Vd. II. §. 73.). Diese Kontrolle der Legalität der Verwaltung besteht für das Gebiet der Polizei im weitesten Sinne; für die Oberinstanz über der Armenverwaltung und anderen Zweigen des Kommunalwesens; für die Erhebung der Kommunalabgaben (II. §. 17.); für die direkten Staatssteuern (II. §. 19.); für die indirekten Steuern (II. §. 35.a.); für die Budgetbewilligung im Ganzen (I. §. 64.); auch im Gebiet der Miliz- und Armeeverwaltung (II. §§. 91. 93. 73.). Alle Staatshoheitsrechte sind hier in vollstem Maße entwickelt; die Auslegung der ihre Ausübung normirenden Gesetze aber erfolgt im Falle des Streits nicht durch die Departementschefs der Verwaltung, sondern durch die Reichsgerichte, als den permanenten Justitiarius der Ministerien. Nachdem dieser Grundsatz durchgreifend

feststand, ist auch die Legalität der Verwaltung mit jedem Jahrhundert mehr die habituelle Regel geworden. Die gerichtliche Kontrolle der gesammten Landesverwaltung des Großbritannischen Reichs beschränkte sich im Justizjahr 1860 auf 69 Fälle eines Certiorari (Abberufung einer Sache von der Lokalbehörde), 61 Fälle eines Mandamus (Mandat auf Erfüllung verfassungsmäßiger Funktionen), 47 Fälle eines Habeas corpus. Diese einfache Maschinerie, welche für sich betrachtet nur einen Theil der Arbeitszeit eines einzelnen Reichsrichters in Anspruch nehmen würde, besteht seit Jahrhunderten. Ein Bedenken, daß die Staatsverwaltung durch solche Kontrolle in ihrer Macht und Autorität beschädigt, daß das Ansehen der Obrigkeit, das monarchische Prinzip zc. durch die Kassirung eines illegalen Verwaltungsakts gefährdet werde, ist weder im Mittelalter, noch selbst in der Zeit der Stuarts erhoben. Nicht die Gerichte bestimmen das Maß und die Weise der Ausübung der Staatshoheitsrechte, sondern das Gesetz (und zum kleinen Theil altes Gewohnheitsrecht) bestimmt die Grenzen im Einzelnen; die Gerichte haben nur über Auslegung und Anwendung fester Rechtsnormen zu befinden.

Diese Stellung der Gerichte im öffentlichen Recht setzt freilich eine dafür besonders abgepaßte Gestalt der Gesetzgebung voraus, und es bedarf auch noch positiver Normen dafür, welche Personen oder Körperschaften zur Anrufung der Reichsgerichte legitimirt sein sollen. Zur Ausführung des Systems gehört namentlich auch die Privatanklage im Strafverfahren, die Basirung der Polizeijurisdiktion auf actiones populares, ein ergänzendes Einschreiten der Reichsgerichte durch informationes ex officio. Als oberste Appellations- und Kassationsinstanz besteht dann über den Reichsgerichten noch das Oberhaus; im Geschäftskreis dieser selten angerufenen Oberappellation betheiligen sich aber herkömmlich nur die rechtsgelehrten Mitglieder. Das Ganze bildet ein zusammenhängendes in einander greifendes System, beruhend auf einer Reihe von Voraussetzungen, die für uns noch nicht vorhanden sind. Jedenfalls aber ist hier durch die Wirklichkeit, durch eine Jahrhunderte alte Praxis dargethan, daß selbst eine viel weiter gehende Kompetenz der Gerichte, als die unsrige, mit den Formen und mit dem Sinn eines monarchisch organisirten Staats ohne jede Gefahr vereinbar ist. Und in eben diesem Sinne sind die drei hier vorliegenden Fragen in folgender Weise entschieden:

I. Die Gerichte entscheiden über die formellen Erfordernisse sowohl der Gesetze, wie der Common Law. Sie haben als

Gesetz nur das anzuwenden, was die Zustimmung der beiden Häuser erhalten hat. Die Frage aber, ob ein Mitglied des Unterhauses gehörig gewählt, ein Mitglied des Oberhauses gehörig ernannt, ob die Stimmen gehörig gezählt und die Geschäftsformen jedes Hauses gehörig beobachtet seien, gehört zu den *jura interna* der gesetzgebenden Körperschaft, *Law, custom and privilege of Parliament*, über welche den Gerichten kein Urtheil zusteht.

II. Die Gerichte entscheiden insbesondere auch über die Grenze zwischen Gesetz und Verordnung. Da die Theilnahme der beiden Häuser an der Staatsgewalt sich an dem Königthum mit vollständigen Gesetzgebungs- und Regierungsgewalten angeschlossen hatte, so bestand hier lange Zeit ein konfliktirendes Verhältniß zwischen Statutes und Ordinances oder Proclamations. Immer vollständiger machte sich jedoch im Verlauf der Zeit der Grundsatz geltend, daß das zwischen König und Ständen Vereinbarte auch nur mit gemeinsamem Konsens, das Gesetz also nur durch Gesetz, wieder aufgehoben oder geändert werden könne. Ferner der Grundsatz, daß die Ordinances keinen Grundsatz der Common Law und keine Individualrechte verletzen dürfen; daß Ordinances keine allgemeine Dispensation von den Landesgesetzen aussprechen dürfen u. s. w. Es blieb danach ein verhältnißmäßig kleines Gebiet der Anwendung übrig. In zahlreichen Präjudicien haben aber die Gerichtshöfe den Ordinances über diese Grenze hinaus die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen. Selbst als auf dem Höhepunkt der königlichen Gewalt durch st. 31. Henr. VIII. c. 8. den königlichen Ordinances Gesetzeskraft beigelegt wurde, blieb doch den Gerichten überlassen, die beigelegte Klausel, daß dadurch gegen Niemandes „Eigenthum“ und persönliche „Freiheit“ etwas verordnet werden solle, zu interpretiren und zu handhaben, und dadurch die Tragweite jenes Gesetzes auf ein ziemlich enges Gebiet zurückzuführen.

III. Im Sinne des monarchischen Staats, dessen höchste Autorität in dem King in Parliament und in dem King in Council ruht, sind die Gerichte der Gesetzgebung untergeordnet. Das *secundum leges non de legibus judicare* gilt auch hier. Es giebt keine Appellation gegen den Gesetzgeber an die Gerichte. Die Frage, ob ein wirklicher Parlamentsbeschluß etwa gegen ein „absolutes Gebot der Vernunft“ verstoße, ist kaum als Kuriosität aufgeworfen. Die Frage, ob ein Parlamentsbeschluß etwa gegen das *jus divinum* verstoße, ist wohl einmal von Staatskirchlichen und Dissenters aufgeworfen worden, aber ohne Erfolg bei den Gerichten. Die Frage, ob ein Parlamentsbeschluß etwa den höchsten Grundsätzen der Common Law, oder der Magna Charta, oder der Deklaration der Rechte, oder

einem anderen Fundamentalgesetz widerspreche, ob es auch »inconstitutional statutes« gebe, ist theoretisch mehrfach aufgeworfen, besonders in neuester Zeit. Die Gerichte aber kennen einen solchen Grundsatz nicht; sie leisten Folge in allen Fällen, in welchen der Gesetzgeber von seiner Gewalt Gebrauch gemacht hat, ohne zu untersuchen, ob er den rechten Gebrauch gemacht. Die gemeine Meinung sieht in solchen Widersprüchen nur die Opposition der individuellen Willkür gegen die staatliche Ordnung; denn je fester und volksthümlicher eine Verfassung geworden, um so unzweifelhafter erwartet man die Abhülfe solcher Beschwerden nur von der Gesetzgebung.

In dieser Weise sind durch positives Recht und alte Praxis unsere drei Fragen beantwortet. Diese Stellung der Gerichte hat aber nichts gemein mit den politischen Streitfragen über die Vorzüge und Nachteile des sog. Parlamentarismus; denn sie bestand auf dem Höhepunkt legitimer Souveränität unter Eduard I. und III., unter Heinrich VIII. und Elisabeth, auf dem Höhepunkt monarchischer Restauration unter Karl II., ebenso wie in der Periode des Parlamentarismus. Der Grundgedanke dieses Systems ist vielmehr die Aufrechterhaltung eines stetigen gleichmäßigen Gesamtzustandes des öffentlichen und Privatrechts. Ein wirkliches Recht ist nur das erzwingbare. Ist das von der Staatsgewalt verfassungsmäßig gegebene Gesetz die ernstlich gemeinte höchste Willenserklärung im Staat, so muß sie auch direkt oder indirekt erzwungen werden:

- 1) direkt durch die Ministeranklage, d. h. durch die Straffanktion der Staatsordnung gegen die unmittelbaren Diener der Krone, die sie verletzen;
- 2) indirekt durch Befugung der Wirksamkeit aller Pseudogeseze, die dagegen oder daneben aufgerichtet werden sollen.

III.

Der Hauptunterschied der Deutschen Stellung der Gerichte liegt in ihrer bedeutend engeren Kompetenz, nicht aber in einer minder würdigen Auffassung des Richteramts. Der innere Gang der Staatsbildung ist bei uns seit einem halben Jahrtausend ein anderer gewesen. Das Recht der mittelalterlichen Stände hatte beruht auf ihren Leistungen für den Staat, namentlich im Kriegs- und im Gerichtsdienste, sowie in dem Beruf, dem Besitz, der Autonomie der Kirche. Die Kriegsdienste der höheren Stände verloren ihre Bedeutung mit dem veränderten Kriegswesen; die Gerichtsdienste mit der veränderten Rechtsprechung, mit

der Reception der fremden Rechte; die Kirchenreformation veränderte die ständischen Rechte der Kirche. Die Bedürfnisse der Geldwirthschaft, auf welche der neuere Staat angewiesen ist, werden theils durch indirekte Steuern aufgebracht, theils durch direkte von wesentlich anderen Personen als den früher zum Kriegs- und Gerichtsdienst verpflichteten Klassen (den alten Ständen). Den ständischen Rechten sind dadurch mit jedem Menschenalter fortschreitend die Wurzeln abgegraben. Es entwickelt sich ein neues System der Staatsverwaltung durch berufsmäßige Beamte auf der Basis eines unhistorischen Steuersystems, innerhalb dessen die altständischen Rechte hauptsächlich als Befreiungen und Privilegien stehen bleiben. Das mittelalterliche Recht der Stände kehrt sich allmählig so um, daß die höchste Geltung mit den geringsten Leistungen für den Staat verbunden ist. Am schroffsten und kompaktesten tritt diese innerlich widersprechende Rechtsbildung in Frankreich auf (Gn. II. §. 126a.), und grade dort wird es am anschaulichsten, warum die neuere Staatsbildung die Gerichte immer vollständiger aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts verdrängte. Die mannigfaltigen Aufgaben der Sicherheits-, Wohlfahrts-, Gewerbe-, Arbeitspolizei, die neueren Militärsysteme, die Umgestaltungen des ganzen Steuersystems konnten hier nicht mit den Ständen und durch ständische Gesetzgebung wie in England durchgeführt werden, sondern nur gegen die Stände und ihre widersprechenden Interessen. Die Ausübung der Staatshoheitsrechte konnte deshalb immer weniger gerichtliche Schranken anerkennen, wenn der Staat auch nur den dringendsten Anforderungen seiner Militär-, Gerichts-, Polizei- und Finanzhoheit genügen wollte. Die fortbestehenden ständischen Rechte und die ständische Besetzung der Gerichte wurden gerade ein Haupthinderniß für die Befreiung und Erleichterung der unteren Klassen und für zeitgemäße Reformen, auch in den Perioden, in welchen die Monarchen den guten Willen dazu hatten. In diesen Zuständen hat sich die aktive Staatsregierung immer vollständiger in große Beamtenkörper, in höchster Stelle in einen Staatsrath, und später in einzelne Departements-Chefs konzentriert. Das öffentliche Recht hört immer mehr auf eine „Jurisdiktion“ nach festen Normen zu sein, und geht in Personen und Maximen fast in den Begriff der „Verwaltung“ auf. Folgerecht beschränkt sich die Thätigkeit der Gerichte auf den privatrechtlichen Schutz der Person und des Eigenthums, sowie auf das Gebiet des Strafrechts, in welchem freilich auch das Gerichtswesen immer tiefer durchdrungen wurde von den Maximen der Polizeiverwaltung.

In Deutschland erscheinen diese Zustände noch verwickelter durch das Verhältniß des Reichs zu den Territorien, in welchen aus dem regierenden

Nadel allmählig regierende Fürsten werden. Der Schwerpunkt der Staatsthätigkeit und Staatshoheit fällt hier in die größeren Territorien; denn sie erfüllen überwiegend die wirklichen Funktionen des Staats in Militär-, Gerichts-, Polizei- und Finanzwesen und lösen sich eben deshalb immer mehr von den alten Rechts- und Gerichtsschranken: nach oben gegen Kaiser und Reich, nach unten gegen die eigenen Landstände. Eben deshalb konnte auch nach beiden Seiten hin eine Entscheidung öffentlicher Rechtsverhältnisse und gerichtliche Kontrolle sich weder erhalten noch fortbilden; denn

1) innerhalb der einzelnen Territorien waren die altständischen Rechte und der altständische Antheil an der Besetzung der Gerichte gerade ein Haupthinderniß zeitgemäßer Fortbildung des Finanz-, Polizei-, Gerichts- und Militärwesens, der Befreiung und Erleichterung der unteren Klassen, der staatlichen und sozialen Reformen überhaupt, auch wo der gute Wille dafür vorhanden war. Es wiederholen sich hier in kleinerem Maßstabe die Zustände des *ancien régime* in Frankreich, und daher auch die eifrige Nachahmung jener Staatsregierungsweise. Jemehr die Gerichte sich allmählig von der ständischen Mitbesetzung ablösen und zu reinen Beamtenkörpern werden, um so weniger waren die Regierungen geneigt, sie zu Schiedsrichtern zwischen sich und den Ständen in Ausübung ihrer Hoheitsrechte werden zu lassen; denn es fehlte dafür fast durchweg an festen Normen, wie sie von Gerichten zu handhaben gewesen wären. Die „herkömmlichen“ Rechtsnormen reichten dafür nicht aus demselben Grunde, aus welchem in England schon im 14. Jahrhundert die *common law* nicht mehr ausreichte, die wachsenden Staatsbedürfnisse zu regeln. Die alten Rechte und Pflichten der besitzenden Klassen waren dafür eben unzureichend geworden, und es hätte zahlreicher Statuta bedurft, um neue von den Gerichten anzustellende Normen festzustellen. Eine Gesetzgebung aber über das weit verzweigte Gebiet der Polizei-, über Militärverwaltung, direkte und indirekte Steuern, über den Umfang des Aufsichtsrechts über die Gemeindeverwaltung u. s. w., wie sich solche in England mit den Parlamenten in ein unabsehbares Detail entfaltet hat, war in den Deutschen Territorien des 16., 17. und 18. Jahrhunderts der Form und der Sache nach unmöglich, da alle diese Verhältnisse im Fluß und in der Umbildung begriffen waren. Die Landstände waren und blieben unfruchtbar in jeder organisirenden Thätigkeit der Gesetzgebung; denn sie vertraten nur ihre eigenen unzureichend gewordenen Pflichten und Rechte. Sie konnten und wollten das Gesamtwesen des Staats nicht neu gestalten helfen; denn ständische Gesetzgebung kann nur Normen für solche Leistungen

und Funktionen geben, welche die Stände selbst thun. Ein Entscheidungsrecht der Gerichte nach dem Maßstab der altständischen „Rechte, Verträge und Freiheiten“ würde die Staatsgewalt in ihren nothwendigsten Reformen gehemmt haben. Eine neue durchgreifende Gesetzgebung über gleiche direkte Steuern, gleiche Wehrpflicht, gleichen Gerichtsdienst, gleiche Polizeipflicht, auf welcher die Parlamentsverfassung in England beruht (Gn. Th. II. a.), würde hier in die Stellung der besitzenden Klassen durchschneidend eingegriffen haben; sie wurde von Niemandem verlangt. Aus dem Mangel der Gesetzesnormen folgte aber von selbst die Ausschließung gerichtlicher Entscheidungen. Man wolle in irgend einem Deutschen Lande die Verordnungen und Reglements, auf welchen alle diese Verhältnisse im 18ten Jahrhunderte beruhten, zusammenfassen und danach ermessen, ob und wie weit eine Kognition der Gerichte mit ihrem Instanzenzug und ihren Geschäftsformen in diesem Gebiet möglich war? Aus diesen Verhältnissen erklärt sich zur Genüge die in den Territorien herrschend gewordene Ansicht: „Vermöge des Herkommens sind die über die Schranken der Landeshoheit in Deutschland entstandenen Streitigkeiten gemeiniglich vor keinem Landesgericht prozeßmäßig erörtert, . . . wie ich denn zweifle, daß Exempel solcher von den Landesgerichten entschiedenen Sachen beigebracht werden. . . Was aber die Landesgesetze anlangt, so ist mir noch keins zu Gesicht gekommen, welches Richtern, die Unterthanen sind, die Erkenntniß darüber einräumt, ob die höchste Gewalt vom Landesherrn gebührend ausgeübt oder gemißbraucht worden.“ (Struben, Rechts. Bedenken II. 312. Nebenstunden III. 74.)

2) Anders war allerdings das Verhältniß der territorialen Unterthanen zu den Reichsständen und Reichsgerichten. Die landesherrlichen Gewalten waren ursprünglich verliehene, und der Mißbrauch der verliehenen Gewalt konnte Gegenstand einer Beschwerde bei Kaiser und Reich werden. „Wann ein Landesherr die seiner Regierung gesetzten rechtmäßigen Schranken übertritt, seynd die Reichsgerichte allerdings befugt, ihm darinn Einhalt zu thun und sich Derer Unterthanen anzunehmen.“ (J. J. Moser, Landeshoheit in Regierungssachen, S. 9.) In dieser Richtung bestand wirklich ein System der Theilung der Gewalten; und solche Beschwerden über den rechtsverletzenden „unbilligen“ Inhalt landesherrlicher Verordnungen von Landständen und Einzelnen waren bekanntlich überaus häufig. Allein die dafür bestimmten Reichsgerichte waren eine sehr verspätete Einsetzung von Kaiser und Reich, unterworfen einer lähmenden Revision durch die Reichsstände selbst. Sie wurden daher in ihrer Wirksamkeit immer mehr auf das Gebiet civil- und strafrechtlicher

Justizsachen zurückgedrängt. Die Kontrolle, welche sie über die Ausübung der Landeshoheitsrechte zu üben vermochten, zeigte sich gar bald nur wirksam gegen die äußersten Mißbräuche der Quasistaatsgewalt kleiner Reichsstände. In den größeren Territorien mit einer innerlich entwickelten Staatsregierung konnte ein außerhalb stehendes Richter-Kollegium keine wirksame Kontrolle führen, da es an einer spezialisirten Gesetzgebung und überhaupt an entscheidenden Normen dafür fehlte. Gerade diejenigen Landesherren, denen es Ernst war, ihr Staatswesen vorwärts zu bringen, waren am wenigsten geneigt, ein solches Eingreifen eines außerhalb stehenden Richterkollegiums in die Maßregeln ihrer Militär-, Finanz-, Polizeihohheit anzuerkennen. Die Berufung auf das Herkommen in ihrem Lande war gerade in den wichtigsten Streitfällen nur eine Berufung auf altständische „Verträge und Freiheiten“ d. h. Privilegien und Sonderrechte. Die Reichsgerichte wurden daher schon durch den jüngsten Reichsabschied §§. 105. 106. angewiesen: in „Polizey und Handwerksachen“ sich nicht einzumischen, überhaupt in Sachen der „Unterthanen wider ihre Obrigkeiten den Prozeß nicht leichtiglich zu erkennen“, und solche sollen „inmittelft gleichwohl zum schuldigen Gehorsam gegen ihre Obrigkeit“ angewiesen werden (Struben, Nebenstunden III. 52). Diese beengende Vorschrift wurde in der Wahlkapitulation und sonst unablässig wiederholt, und in Ermangelung zeitgemäßer Gesetzesnormen für die Schranken der Staatshoheitsrechte, blieb den Reichsgerichten auch beim besten Willen kaum eine andere Maxime übrig, als sich auf Fälle eines flagranten offenbar staatswidrigen Gebrauchs der Landeshoheit, besonders in kleinen Territorien zu beschränken.

So löste sich denn hier, wie im ancien régime Frankreichs, das öffentliche Recht in das Personal und die Maximen der Verwaltung auf, und die weitere mittelalterliche Kompetenz der Gerichte wurde wesentlich zurückgedrängt auf das Gebiet des Privat- und des Strafrechts. Der daraus hervorgegangene Gesamtzustand verbreitet einen Rechtsschutz um die Person, der (wenn auch nicht gesichert gegen einzelne Uebergriffe der Verwaltung), doch ein solides Element der persönlichen Freiheit enthält.

Dabei tritt allerdings ein gewisser Unterschied des Deutschen und der Französischen Staatswesens hervor. In beiden steht gleichmäßig der Satz fest, daß die Gerichte über Individualrechte, über die Grenzen der Staatshoheitsrechte dagegen andere Behörden urtheilen. In der Mitte liegt aber ein Kollisionsfall, wenn ein Privatrechtstitel oder ein vertragsähnlicher Anspruch der Ausübung eines Hoheitsrechtes gegenüber-

steht. Die Französische Grundauffassung stellt hier das öffentliche Wohl und Interesse über das private, und bildet daraus das Gebiet der sog. Administrativjustiz, während die Deutsche Grundauffassung regelmäßig den Rechtsweg offen läßt. Auf dieses Gebiet beschränkt sich aber auch die vorherrschende Ansicht zu Gunsten des Rechtsweges — vergl. Zachariae, Staatsrecht II. §§. 175. 176. — eine Auffassung, die den wirklich vorhandenen Zuständen entlehnt ist, und (mit einigen Variationen auf den Grenzgebieten) dem positiven Recht entspricht.

Die Beantwortung unserer drei Fragen gestaltet sich hiernach in folgender Weise:

I. Eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen stand den Deutschen Gerichten innerhalb ihrer Kompetenz allerdings zu. Den Reichsgerichten war sie vorgeschrieben in der Verfassungsurkunde des Reichs, der Wahlkapitulation. Es heißt im Art. 16. §. 11.:

„Ob aber diesen und anderen in dieser Capitulation enthaltenen Punkten etwas zuwider erlangt oder ausgehen würde; das Alles so kraftlos, todt und ab sein, inmaßen Wir es jetzt, alsdann und dann als jetzt, hiemit cassiren, tödten und abthun.“

Der Kaiser verpflichtete sich, er wolle diese Punkte den Richtern der Reichsgerichte „ernstlich einbinden, solche so viel einem Jeden gebührt, jederzeit vor Augen zu haben, und dawider weder zu thun noch zu rathen, solches auch ihren Diensteiden mit ausdrücklichen Worten einverleiben zu lassen.“ Es ist wohl bei dieser Fassung niemals zweifelhaft gewesen, was J. J. Moser (Deutsche Justizv. S. 1165) daraus folgert: „Die Wahlkapitulation ist sowohl in Ansehung des Reichshofraths als des Kammergerichts ganz klar. Befiehlt nämlich der Kaiser einem Reichsgerichte etwas, so wider diese Kapitulation und andere Reichsgesetze (auf welche sie von dem Kaiser und Reich verpflichtet worden sind) lauft; so sind solche Befehle nach der Kapitulation null und nichtig, also auch die Reichsgerichte nicht gehalten, selbe zu befolgen. Within muß man nothwendiger Weise den Reichsgerichten insofern das Recht einräumen, die Reichsgesetze und besagte kaiserliche Befehle gegen einander zu halten und diese nach jenen beurtheilen zu können.“ Dies Alles nur von Reskripten für den Einzelfall zu verstehen, ist kein Grund. Jene Nichtigkeit und Unanwendbarkeit war die selbstverständliche Folge der den Reichsständen, namentlich seit dem Westphälischen Frieden, verfassungsmäßig garantirten Theilnahme an der Reichsregierung.

Auch die Territorialgerichte hatten die (freilich sehr einfachen) formellen Erfordernisse landesherrlicher Verordnungen zu prüfen. Allerdings fehlte hier etwas der Wahlkapitulation Analoges, da die Landeshoheit nicht so von den Landständen eingesetzt war, wie das Deutsche Königthum von den Reichsständen. Es fehlten überhaupt organische Verfassungsurkunden, um die Theilnahme der Stände an der Gesetzgebung grundsätzlich und durchgreifend zu normiren. Die legislatorische Gewalt der Landesherren wurde anerkannt, so weit sie nicht in die hergebrachten „Rechte“ der Stände eingriff. Allein auch der formloseste Absolutismus hat niemals den Satz: *quod principi placet legis habet vigorem*, so verstanden, als ob jeder mündliche Befehl des Souveräns an einen Hofbedienten oder Privaten, jede schriftliche Aeußerung in einer veröffentlichten Korrespondenz ein Gesetz wäre. Daß Schrift oder Druck, daß die Unterschrift des Monarchen, die Beglaubigung durch den Kanzler, einen Staatssekretär oder analogen Beamten (abgesehen von den Formen der Publikation) zur Substanz des Gesetzes gehören, ist wohl nie zweifelhaft gewesen. Man hat sich dabei wie bei den Formalitäten aller *instrumenta publica* überall an eine feste herkömmliche Form gehalten. Wenn etwa in einem Partikularrecht ausdrücklich bestimmt wäre, daß die Gesetze des Landesherrn die Erwähnung einer vorgängigen Berathung im Geheimen Rath oder die specielle Zeichnung des Kanzlers enthalten sollen, so wäre es wohl nie zweifelhaft gewesen, daß die Gerichte nur die in dieser Form ausgefertigten Gesetze als Gesetze anzusehen und anzuwenden haben, so wie nach der Notariatsordnung nur das als *notarielles instrumentum publicum* gelten konnte, was die gesetzlichen Vermerke enthielt.

Auch waren die Territorialgerichte zuweilen in der Lage, Zweifel über die gehörige Promulgation von Reichsgesetzen zu entscheiden, wie bei dem Dekret von 1688 gegen das Duell, wo Pragis und Wissenschaft sich unbedenklich auf die Prüfung der Frage eingelassen haben, ob ein Reichsgesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen.

II. Eine Abgrenzung des Gebiets von Gesetzen und Verordnungen konnte bei dieser Gestalt der Verfassung nur selten zur Entscheidung der Gerichte kommen. In der Reichsverfassung entstanden allerdings häufig Streitigkeiten über die Gültigkeit der den Reichsgerichten insinuirten Kommissionsdekrete. Allein es handelte sich dabei um den materiellen Inhalt, um den eigentlichen Verfassungstreit jener Zeit, ob dadurch die Rechte der großen Religionsparteien im Reich beeinträchtigt seien; diese Streitigkeiten gingen daher sofort in den Reichstag über, und kamen

dort zum Austrag. In den Territorien andererseits stand dem Landesherrn grundsätzlich das Recht zum Erlaß von Verordnungen zu. Erhoben die Stände dagegen Beschwerden, so geschah es, weil sie behaupteten, in ihren eigenen Rechten verletzt zu sein; es handelte sich also um den unrechtmäßigen und unbilligen Inhalt, und damit fällt diese Frage in das folgende Gebiet.

III. Eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit und Billigkeit des Inhalts kam allerdings innerhalb dieser Verfassung vor, und wirkliche Kassirung materiell verfassungswidriger Konstitutionen: aber nur so, daß die Reichsgerichte über Verordnungen der Territorial-Landesherrn, nicht aber Reichsgerichte über Reichstagsbeschlüsse, oder Territorialgerichte über die Gültigkeit von Reichs- oder Landesgesetzen kassatorisch zu entscheiden hatten. Es war dies die Folge der Unterordnung der Landesherrn unter Kaiser und Reich; ihre Legislation war von Hause aus eine subordinirte. Mit der fortschreitenden Souveränität wurde aber die Kassation von Gesetzgebungsakten durch ein außerhalb stehendes Richterkollegium, ohne gesetzliche Normen dafür, ein so sachwidriges Verhältniß, daß diese Einwirkung der Reichsgerichte mit jedem Menschenalter schwächer wurde und mit der Aufhebung des Reichs aufhörte.

IV.

Die Grundlagen aller dieser Verhältnisse werden nun aber verändert durch die Einführung der neuen, feierlich sanktionirten Deutschen Verfassungsurkunden. Sie sind bestimmt, die Fundamente eines neuen öffentlichen Rechts zu sein. Es kommt hier nicht auf den Nachweis an, daß die darin gewährten Rechte denselben Rechtsgrund haben, wie die dem Mittelalter entsprungenen ständischen Rechte, daß sie — den wirklichen Steuern und Leistungen für den Staat entsprechend — ebenso rechtmäßig und weniger gewaltsam erworben sind, wie ihrer Zeit die Rechte der alten Stände. Hier kommt es nur darauf an, daß sie von der legitimen gesetzgebenden Gewalt in sollemnester Form promulgirt und publizirt, daß sie jedenfalls das höchste formelle Recht des Landes geworden sind.

Aus diesen Verfassungsurkunden entstehen zunächst erzwingbare Rechte der Gesamtheit, zu deren verfassungsmäßigen Vertretern die Kammern oder Landtage bestellt sind. Diese Gesamtheit ist nunmehr eine *universitas ordinata* geworden, und durch die Verfassungen selbst sind die nöthigen Rechtsbegriffe von Rechtssubjekt, Sachlegitimation und

Streitvertretung gebildet. Die Mehrzahl der Verfassungen fügt auch die Straffanktion für die Verletzung dieser Rechte, den Grundsatz der „Ministerverantwortlichkeit“ hinzu. Selbst da, wo noch einige Punkte der Ausführung vorbehalten sind, wie in der Preuß. Verf. Art. 61, wo also nach einer Seite hin eine *lex imperfecta* vorliegt, ist doch der Grundsatz der Verantwortlichkeit, also der Erzwingbarkeit der garantirten Rechte ausgesprochen. Die in den Artikeln der Verfassungsurkunden ausgesprochenen dispositiven Sätze sind nicht bloße Verheißungen *de lege ferenda*, sondern wirkliche Gesetze und Rechtsansprüche der *universitas*. *De lege ferenda* handelt es sich freilich noch vielfach darum, diese Rechtsgrundsätze im Einzelnen durchzuführen, wie ja auch das öffentliche Recht des Mittelalters, gleichsam aus einem Guß, nicht bloß der Gesamtheit, sondern auch dem Einzelnen ein Recht gegen Ueberschreitungen der höchsten Gewalt gewährte.

Durch den Grundsatz der Ministerverantwortlichkeit ist nun allerdings in den Verfassungen ein höchster außerordentlicher Gerichtshof bestellt, der im Fall des äußersten Konflikts über den Sinn des neu-konstituirten öffentlichen Rechts entscheidet. Aber die Kompetenz der ordentlichen Gerichte ist dadurch weder verändert noch erweitert. Den Gerichten steht auch heute nach der herkömmlichen Gerichtsverfassung keine entscheidende Kompetenz in den Gebieten zu, welche eine Ausübung von Staatshoheitsrechten enthalten. Für die meisten praktischen Fragen dieser Art würde es auch für eine gerichtliche Entscheidung an einem darauf berechneten specialisirten Gesetz fehlen. Noch immer also beschränkt sich das Gebiet der Deutschen Gerichte auf den herkömmlichen Begriff der Civil- und Kriminal-Justizsachen, wie ihn Praxis, Wissenschaft und häufig auch deklarirende Partikulargesetze ziemlich sicher festgestellt haben. Auf diesem Gebiete seiner Thätigkeit hat der Richter nach wie vor gewissenhaft zu prüfen, ob das von ihm anzuwendende Recht den Charakter eines gemeinen oder partikulären Gesetzes oder Gewohnheitsrechts hat.

Die Einführung der neueren Verfassungsurkunden ergiebt aber neue Gesichtspunkte für diese Prüfung, und es gehört dazu jetzt vor allen anderen Merkmalen das der ständischen Zustimmung zu den Gesetzen. Die Landesgesetze beruhen nunmehr ebenso auf einer festen notorischen Verfassung, wie die weiland Reichsgesetze. Es gilt bei ihnen also im Sinne Deutscher Verfassungen der Grundsatz der Wahlkapitulation:

„Verordnungen, die der Kaiser (Landesherr) trifft, ohne Zustimmung der Reichsstände (Landstände), wenn sie Gegenstände betreffen, die mit Zustimmung der Reichsstände hätten erledigt werden sollen, sollen kraftlos, todt und ab sein.“

Diese Nichtigkeit ist die der Würde und Autorität der gesetzgebenden Gewalt entsprechende Konsequenz. Es handelt sich dabei nicht mehr blos, wie früher, um den Schutz löbl. Stände in ihren besonderen „Freiheiten und Privilegien“, sondern um einen Schutz des Rechtsorganismus. Die neueren Verfassungen übernehmen den gesammten vorgefundenen Rechtszustand als bestehendes Recht: die fortan erschwerten Formen der Gesetzgebung bilden eine Hauptgarantie gegen einseitige und übereilte Aenderungen des Bestehenden, gegen unreife Gelegenheitsgesetze und legislative Einfälle, gegen den Einfluß der Hofumgebungen auf den Staat. Die Nothwendigkeit der Zustimmung dreier gesetzgebenden Faktoren zur Aenderung des bestehenden Rechtszustandes ist ein so konservatives Element der Verfassungen, daß eine Vertretung unseres Grundsatzes durch die sog. konservativen Parteien gerade am meisten zu erwarten gewesen wäre. Die Hintansetzung jener Formen, welche die allseitige Erwägung und Reife gesetzgeberischer Beschlüsse garantiren, kann nach der Grundbestimmung jener Formen nur eine Ungültigkeit begründen. Man hätte sich dafür nicht auf die L. 5. C. de legibus berufen sollen; denn privatrechtliche Analogien sind zu schwach, um solche staatsrechtliche Sätze zu tragen. Wenn die gesetzgebende Gewalt allgemeine dauernde Normen über die Promulgation ihrer eigenen Willenserklärungen aufstellt, so sind dies absolute und höchste Sätze der Rechtsordnung, bei denen die Nichtigkeit eines in contrarium actum selbstverständlich ist.

Daß diese Frage bei Erlassen des Landesherrn ohne ständische Zustimmung früher nicht aufgetreten ist, hatte seinen Grund darin, daß ein allgemeines verfassungsmäßiges Zustimmungsrecht der Landstände zu den landesherrlichen Verordnungen niemals anerkannt war. „Ein Landesherr kann seinen Gerichten die Normen vorschreiben, nach welchen sie Recht sprechen sollen“ (Mosser, Landeshoh. in Justizsachen, S. 178). Es fehlte also an einem festen gesetzlichen Kriterium, wozu noch materiell die seit dem 17. Jahrhundert sinkende Gewalt der Landstände und die sächsische Unmöglichkeit trat, die Staatsgewalt grundsätzlich an die Zustimmung solcher Stände zu binden. Wenn nun aber die neueren Verfassungsurkunden die ständische Zustimmung zu den Gesetzen ausdrücklich verlangen, so ist durch ein allgemeines Gesetz auch den Gerichten ein für allemal die Norm vor-

geschrieben, nach welcher sie die ihnen vorliegende Gesetzkunde zu beurtheilen haben. Nach Einführung geschriebener Verfassungen werden demnach unsere drei Fragen in folgender Weise zu beantworten sein.

I. Die Gerichte haben im Gebiet ihrer Civil- und Strafjustizsachen zu prüfen, ob die nach Einführung der Landesverfassung publicirten „Gesetze“ verfassungsmäßig, namentlich mit der erforderlichen Zustimmung der Kammern promulgirt sind; andernfalls solche nicht zur Anwendung zu bringen. Die Gerichte haben als entscheidende Norm dabei die Verfassungsurkunde selbst und allgemeine Rechtsgrundsätze zu befolgen, insbesondere auch den Grundsatz, daß *instrumenta publica* eine Vermuthung der Wahrheit und Legalität begründen.

II. Die Gerichte haben im Kreise ihrer Kompetenz insbesondere zu ermessen, ob und wie weit die publicirten „Verordnungen“ der Staatsregierung nach der Landesverfassung Gesetzeskraft haben oder nicht.

Wo die Landesverfassung eine ständische Zustimmung nur im engeren Gebiet zu Gesetzen über „Eigenthum und Freiheit der Unterthanen“ zc. erfordert, ist selbstverständlich der gesetzliche Charakter der übrigen Verordnungen nach der älteren Verfassung, also in Deutschland meistens nach den Grundsätzen der unbeschränkten Monarchie, zu beurtheilen.

In den nach mehreren Verfassungen zulässigen Nothverordnungen wird das Gericht zu prüfen haben, ob die dafür vorgeschriebenen Formen beobachtet sind: die Gegenzeichnung des gesammten Staatsministeriums, die Bezugnahme auf den betreffenden Artikel der Verfassung zc. Dagegen fällt die Prüfung, ob ein ungewöhnlicher Nothstand zc. vorhanden war, sowohl nach der Fassung der Gesetze, wie nach den Grundsätzen vom *jus eminens* des Staats, der höchsten Staatsregierung, nicht den Gerichten zu. Für diese Verordnungen ist (die Beobachtung der vorgeschriebenen Formen vorausgesetzt) die Ministerverantwortlichkeit als Ersatz der sonst nothwendigen Requisite bestimmt. Die Beobachtung der Formen vorausgesetzt, werden die Gerichte anerkennen müssen, daß der Verfassung gemäß solche Verordnungen Gesetzeskraft haben.

Bei Verordnungen „zur Ausführung von Gesetzen“ endlich werden die Gerichte zu ermessen haben, wo die Grenze zwischen Ausführung und Abänderung der Gesetze liegt.

Die schon erfolgte Beschließung des Juristentages über diese Frage kann eine nähere Ausführung dieses Punktes wohl als unnöthig erscheinen

lassen. Es dürfte nur noch hinzuzufügen sein, daß eine Jahrhunderte alte englische Praxis die Abgrenzung dieser Gebiete durch die Gerichte als ausführbar und zuverlässig bewährt hat, und zwar schon in älterer Zeit, wo die Stellung der Ordinances zu den Statutes schwieriger war, als nach den neueren Verfassungen.

III. Den Deutschen Gerichten steht dagegen keine Prüfung darüber zu, ob die verfassungsmäßigen Organe von ihrer Befugniß, Gesetze zu geben, den rechten Gebrauch gemacht haben: also keine Prüfung darüber, ob es eine *lex rationabilis* sei, ob sie gegen das *jus divinum* verstoße, ob der Landesherr und seine Rammern bei der Beschließung des Gesetzes etwa garantirte Rechte von Körperschaften oder allgemeine Grundsätze der Verfassung nicht gebührend berücksichtigt haben. Eine solche Appellation von den landesherrlichen Gesetzen an die Reichsgerichte (d. h. eigentlich an Kaiser und Reich) fand früher statt, ist aber auf die neueren Gerichte nicht übertragen. Sie war nur die Folge der ursprünglichen Stellung einer *legislatio subordinata*. Der Landesherr und seine Stände sind aber in ihrer gesetzgebenden Gewalt den eigenen Landesgerichten nicht untergeordnet, sondern die Landesgerichte ihnen.

Allerdings besteht in den Nordamerikanischen Freistaaten ein Verhältniß der Art, allein nur als Folge der republikanischen Verfassung. Da den Faktoren der Gesetzgebung hier die nothwendige Permanenz fehlt, um eine Garantie gegen übereilte und durch wechselnde Interessen bestimmte Beschlüsse der gesetzgebenden Körper zu gewähren, so hat man durch Ueberordnung der Gerichte als Wächter für gewisse grundvertragsmäßige Schranken einige Vorzüge der erblichen Monarchie zu erhalten gesucht. Für die Deutsche Gerichtsverfassung paßt diese transcendente Gewalt des höchsten Gerichtshofes sicherlich nicht. Jene letzte Garantie liegt vielmehr sicherer in der Erbmonarchie, einem zweiten permanenten und einem dritten gewählten Körper, in ihrem Zusammenwirken bei der Gesetzgebung; sie liegt darin wenigstens soweit, wie menschliche Institutionen eine solche überhaupt gewähren können.

V.

Nach einer zusammenfassenden Beantwortung der drei Fragen bleiben schließlich noch die besonderen Einwendungen zu erörtern, welche in den Verhandlungen des Juristentags gegen diese Stellung der Gerichte erhoben sind.

1) Der Einwurf, daß diese Prüfung den Richter über den Gesetzgeber erhebe, beruht offenbar auf einer Verwechslung. Umgekehrt würde der Richter vielmehr dem Gesetzgeber ungehorsam sein, wenn er ein Nichtgesetz als Gesetz anwenden wollte. Jener Vorwurf kann nur gemeint sein von einer solchen Stellung der Gerichte, wie sie einst das Reichsgericht, und wie sie jetzt das höchste Gericht der Nordamerikanischen Union einnimmt. Ähnlich verhält es sich mit dem Vorwurf eines Widerspruchs gegen das „monarchische Prinzip“. Die aus dem 18. Jahrhundert überkommenen Regierungsrechte werden durch jene Stellung der Gerichte überhaupt nicht alterirt. Nur das Privat- und Strafrecht, das den Gerichten überwiesene Gebiet, soll unberührt bleiben durch Erlasse, denen die reife Form der Gesetzgebung fehlt. Wie das Richteramt Reskripte des Monarchen, welche in die materielle Entscheidung des Einzelfalles eingreifen, nicht befolgen soll, so soll es auch allgemeine Erlasse in einer ungesetzmäßigen Gestalt nicht befolgen. Das Eine wie das Andere widerstrebt keineswegs dem monarchischen Prinzip, sondern ist vielmehr die Erfüllung der Regentenpflicht in dem Deutschen Sinne, so wie sie seit dem Mittelalter gemeint ist. Die allgemeine und permanente Anordnung des Gerichts, die Ernennung eines permanenten Personals, später auch die Fixirung der anzunehmenden allgemeinen Regel, aber nicht die Beeinflussung der gerichtlichen Entscheidung nach bloß persönlichen Meinungen und Eindrücken, nach wechselnden gouvernementalen Anschauungen steht einem Deutschen Landesherrn zu. Selbst wenn sich der Richter in offenem Widerspruch mit einem ungesetzlich ausgesprochenen Willen seines Landesherrn befindet, ehrt er nur das monarchische Prinzip durch die Annahme, daß der Monarch nicht Unrecht thun will.

Weiläufig bemerke ich, daß mit der Bejahung unserer Frage noch nicht entschieden ist, daß die Gerichte ausschließlich zu entscheiden haben, ob ein Streit Justiz- oder Verwaltungssache sei. Wo eine besondere höchste Stelle zur Entscheidung der sog. Kompetenzkonflikte besteht, da wird mit der Entscheidung der Sache selbst natürlich dem Gericht auch entzogen die Frage nach der Anwendbarkeit der darauf bezüglichen Rechtsnormen.

2) Der Einwurf, daß der Richter außer Stande sei, die Frage, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen sei, zu prüfen, beruht ebenso auf Mißverständnissen. Man hat gefragt: soll der Richter prüfen, ob die Wahlen der Wahlmänner und der Abgeord-

neten gehörig erfolgt sind? Ob die Verhandlungsformen, Abstimmung, Stimmenzählung gehörig erfolgt ist?

Die Verfassungsurkunden bestimmen großentheils ausdrücklich, daß jede Kammer über ihre eigene Konstituierung, über die Legitimation ihrer Mitglieder, über ihre Geschäftsordnung u. s. w. endgültig entscheidet. Verfassung, Gesetz und Herkommen bestimmen überhaupt die Form, in welcher die Beschlüsse jeder *universitas ordinata* rechtsgültig zu Stande kommen. Die Deutschen Gerichte haben seit Jahrhunderten Beschlüsse von *universitates in judicando* beurtheilen müssen, deren Verfassung viel problematischer war, als die Verfassung der neueren konstitutionellen Staaten. Bei den Beschlüssen der höchsten *universitas* kommt noch der vereinfachende Gesichtspunkt hinzu, daß zur Geltendmachung der Rechte der Gesamtheit nur die Kammern selbst legitimirt sind. Weder die Deutschen Reichsstände, noch Englische Parlamente haben den Gerichten eine solche Kognition über *interna* gestattet, und der gesetzgebende Körper hat auch eine hinreichende Gewalt, etwaige Einmischungen von dieser Seite aus abzuwehren.

Dasselbe gilt von den Fällen, in welchen die Verfassung für das Zustandekommen gewisser Gesetze eine $\frac{2}{3}$ Majorität, eine wiederholte Abstimmung u. dgl. vorschreibt. Auch in England bestehen einige umständlichere Formvorschriften für gewisse Arten von Gesetzen. Allein die Gerichte sehen ohne Gesetz und nach der „Natur der Sache“, in einer alten Praxis, solche Formen als *interna corporis* an, welche die sog. Faktoren der Gesetzgebung in sich und unter sich auszumachen haben.

Für die gerichtliche Entscheidung genügt die nach außen hin feststehende landesherrliche Sanktion „mit Zustimmung“ der Kammern. Ja selbst die Erwähnung dieser Worte im Eingang des Gesetzes begründet schon eine Vermuthung der Wahrheit und der Legalität wie in jedem *instrumentum publicum*. Nur ist dies keine *praesumptio juris et de jure*, wie in den Verhandlungen des Juristentages S. 28, 32 behauptet wird; eine solche kann vielmehr nur durch positives Gesetz entstehen. Ein möglicher Beweis des Gegentheils bleibt vorbehalten.

3) Dem spezielleren Einwurf, die Gerichte seien insbesondere außer Stande, das Gebiet der Gesetze im eigentlichen Sinne und der Verordnungen gehörig zu unterscheiden, muß man vielmehr die umgekehrte Behauptung entgegensetzen, daß bei vorhandener Tendenz zum Mißbrauch nur die Gerichte diese Prüfung unbefangenen vornehmen können. Die Abgrenzung, ob eine Verordnung in das Gebiet des „Eigenthums oder der Freiheit“ u. eingreift, ist recht eigentlich

ein gewohntes Gebiet richterlicher Kognition. Ebenso die Grenze zwischen Ausführung und Abänderung eines Gesetzes. Für die sog. Nothverordnungen ergibt sich ein formales Scheidungsmerkmal in der Regel aus der Verfassung selbst. Ist aber ein solches weder in der Verfassung vorgeschrieben, noch in der Verordnung selbst enthalten, so kann das Gericht sie prima facie nur als eine einfache Verordnung praeter legem ansehen. Behauptet der interessirte Theil im Prozeß, daß es sich dennoch um eine außerordentliche, ausnahmsweise Nothverordnung mit Gesetzeskraft handle, so wird der Richter festzustellen haben, ob nach dem Hergang und den besonderen Umständen des Erlasses eine solche gemeint sei. Die Schwierigkeit ist hier keine andere wie überall da, wo in Ermangelung einer festen gesetzlichen Form der Charakter einer Willenserklärung aus ihrem Inhalt und aus den begleitenden Umständen festgestellt werden muß. Es ist unwahr, daß das richterliche Unterscheidungsvermögen dafür weniger ausreichen sollte, als das anderer Behörden. Wenn der Gesetzgeber kein formelles Kriterium der Nothverordnungen angiebt, so hat er eben damit den Gerichten im Kreise ihrer Kompetenz, den Verwaltungsbehörden im Kreise der ihrigen, überlassen, das Dasein einer solchen Ausnahmsverordnung aus dem Inhalt und den begleitenden Umständen zu entnehmen.

Man hat an diesen Punkt die Behauptung angeknüpft, eine solche Abgrenzung sei überhaupt unmöglich, es gebe daher überhaupt kein Kriterium der „Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes“ im konstitutionellen Staat, und es müsse deshalb jede Verordnung des Regenten ohne weiteres Gesetzeskraft haben (Sieß. Zeitschr. XVII. 108—144). Diese Deduktion beweist aber nur: 1) wie nachtheilig es ist, wenn die geschriebenen Verfassungsurkunden es versäumt haben, streng verlausulirte Formen und Bedingungen für die Nothverordnungen festzustellen, 2) wie bedenklich es ist, andere Behörden als die Gerichte über diese Abgrenzungen entscheiden zu lassen; denn gegen die sophistische Weise, in welcher hier die Grundlagen aller ständischen Rechte wegargumentirt werden, giebt es kaum eine andere Garantie, als den unbefangenen Sinn und die Gewohnheiten der Gerichte. Jene Argumentation reproducirt beinahe vollständig das Streitmaterial, mit welchem die Hofpartei zur Zeit der Stuarts die ständischen Rechte wegzuschaffen suchte. Nicht die wissenschaftliche Bildung eines Juristen oder Administrativbeamten, sondern nur die Stellung und der aus gewohnheitsmäßiger Beschäftigung hervorgehende Sinn der Richterkollegien können einen sicheren Schutz dagegen gewähren, daß nicht im konstitutionellen Staat solche Grundsätze zu einer praktischen Geltung kommen.

Charakteristisch ist für diese Richtungen stets auch die Inkonsequenz. Der Verfasser der obigen Abhandlung stellt allen Schutz der Verfassung auf die Gegenzeichnung der Minister und ihre Verantwortlichkeit, welche durch keine Verordnung des Landesherrn aufgehoben werden könne (?). Ein anderer Vertreter dieser Richtung will doch einen allgemeinen Widerstand gegen solche Verordnungen zulassen, welche despotisch oder revolutionär der göttlichen Ordnung zuwiderliefen (Verhandlungen des Juristentages S. 38—40). In ähnlicher Weise spricht Stahl von einem erlaubten Uugehorsam gegen Verordnungen, die „gar keinen verfassungsmäßigen Anhaltspunkt“ an sich hätten u. s. w.

4) ist die Einwendung erhoben, daß gerichtliche Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu widerstreitenden Urtheilen bei den verschiedenen Tribunalen führen würden. Darauf ist zu erwidern, daß der Instanzenzug der Gerichte dazu bestimmt ist, solche Widersprüche, soweit es nothwendig, zu beseitigen. In der Regel ist dem höchsten Gerichtshof gerade für das *jus in thesi* eine sehr weitgehende Kompetenz eingeräumt. In den unwichtigeren Fällen aber, in welchen die Entscheidung der ersten oder zweiten Instanz ausdrücklich für „endgültig“ erklärt ist, hat der Gesetzgeber selbst eine Variation der Art für unerheblich erachtet. Dergleichen widersprechende Entscheidungen sind in der Deutschen Gerichtsverfassung oft genug ergangen, wo bei älteren Gesetzen ihre Anwendbarkeit, bei scheinbar widerstreitenden Gesetzen der Vorzug des einen oder andern zweifelhaft wurde. Jenes Bedenken wäre nur dann begründet, wenn die Exekutivgewalt in der nothwendigen Einheit ihrer Maßregeln durch solche widersprechende Entscheidungen gehemmt würde. Jener Einwurf würde also dann gelten, wenn unsere Gerichte, wie die Englischen, als permanente Justitiarier neben den Ministerdepartements ständen; wenn sie durch Abberufungsrecht und Mandatsprozeß (*Certiorari* und *Mandamus*) unmittelbar einzuschreiten hätten, wo die Polizei-, Finanz-, Militärhoheit über ihre Grenzen hinaus und in anderer als der durch Gesetz bestimmten Weise ausgeübt wird. Für diese Art der Kontrolljustiz über das öffentliche Recht ist allerdings seit Jahrhunderten ein anderer Instanzenzug und ein anderer Prozeßgang für nothwendig befunden als in gewöhnlichen Civil- und Kriminalprozessen. Allein diese Frage liegt in Deutschland für jetzt nicht vor; die bisherige Kompetenz der Gerichte beschränkt sich auf die endgültige Entscheidung des einzelnen Falles.

5) ist ein Einwand erhoben aus dem Grundsatz der Ministerverantwortlichkeit; welche (nicht bloß im Gebiet der Nothver-

ordnungen, sondern allgemein) nur einen Sinn habe unter der Voraussetzung, daß alle anderen Staatsorgane die von Ministern kontrafirmirten Erlasse befolgen müßten. Zu Wächtern der Verfassung seien nur die Landstände bestimmt, sie allein dazu berufen und legitimirt.

Die wirkliche Verfassungsgeschichte konstitutioneller Staaten zeigt das Unzureichende und höchst Gefährliche dieser Argumentation. Das Anklage-recht der Stände beschränkt sich auf vorsätzliche Verletzungen der Verfassung. Sie vertreten nur die Rechte der Gesamtheit, nicht der Einzelnen. Ihre Anklage trifft nur dolose Verletzungen der Fundamentalprinzipien der Verfassung; in keiner Weise aber garantirt sie eine zuverlässige gleichmäßige sichere Handhabung des öffentlichen Rechts überhaupt. Es scheint dabei auf zwei Seiten eine politische Einseitigkeit obzuwalten: entweder so, daß man über den Rechten der Gesamtheit den Rechtsschutz des Einzelnen übersieht, oder über den Rechten der Einzelnen die des Ganzen. Eine Staatsregierung kann dem Einzelnen gegenüber vollkommen legal verfahren, z. B. indem sie einen Militärpflichtigen nicht über die gesetzlich bestimmte Zeit hinaus zum Dienste aushebt; sie kann aber doch die Rechte der Gesamtheit verletzen, indem sie das gesetzlich feststehende Gesamtcontingent überschreitet. Umgekehrt kann sie die Rechte der Gesamtheit, den Antheil der Kammern an Gesetzgebung, Steuerbewilligung, Budget vollkommen respektiren, und doch in Ausübung ihrer Finanz-, Polizei-, Militärhoheit den Einzelnen flagrant und schwer verletzen. Die Gefahr dieses Mißbrauchs (namentlich der Polizeihochheit), die Willkür und Unterdrückung gegen den Einzelnen unter Berufung auf allgemeine Gründe der öffentlichen Sicherheit und des öffentlichen Wohles ist in gewöhnlichen Zeiten viel größer, dringender und mannigfaltiger als die der ersteren.

Es ist eine oft und mit Recht gerügte Einseitigkeit der Französischen Staatsauffassung, über jenen Rechten der Gesamtheit den Rechtsschutz des Einzelnen gegen mißbräuchliche Ausübung der Staatshoheit zu vergessen. Die Ministeranklage trifft praktisch diese Fälle in der Regel gar nicht. Im Gegentheil ist ein Ministerium im Einverständnis mit einer zeitigen Majorität der Kammern gerade der dringendsten Versuchung ausgesetzt, die zahllosen diskretionären Gewalten, welche die heutige Exekutivgewalt als Erbstück des 18. Jahrhunderts besitzt, gegen die Minorität und wider die politischen Gegner zu wenden. Die praktische Erfahrung und der angeborne Rechtsinn hat diese Lücke in England allmählig durch Hunderte von Gesetzen ausgefüllt. Die sog. Grundrechte sind nur formulirte Abstraktionen aus diesem Zustande der Gesetzgebung

und der dazu gehörigen Kontrollinstanz der Gerichte. Es liegt hier die Frage nicht vor, in welcher Weise die Deutsche Gesetzgebung die vorhandene Lücke auszufüllen hat. Aber das Minus, ja das Minimum ist, daß in den Gebieten, in welchen Gericht und gerichtliche Entscheidung nach festen Grundsätzen herkömmlich gelten, es dabei unerschütterlich sein Bewenden behalten muß. Es ist ein Irrthum, in jenen Ministergewalten das Wesen der konstitutionellen Verfassung zu suchen; während gerade umgekehrt die Parlamentsverfassung sich erst zu ihrer Reife und Tüchtigkeit entwickelt hat, nachdem dem Rechtsschutz des Einzelnen gegen Mißbrauch der Polizei-, Finanz- und Militärgewalt im Einzelnen durchgeführt war. Es wäre ein Rückschritt, wenn aus der Ministerverantwortlichkeit irgendwie die Folgerung gezogen würde, daß an Stelle der gerichtlichen Entscheidung über Recht und Unrecht die letzte Entscheidung „verantwortlicher Minister“ darüber getreten wäre — sei es mit, sei es gegen die Majorität der zeitigen Kammern.

6) Weiter hat man sich auf positive Gesetze berufen, welche der hier vertretenen Ansicht entgegenstehen sollen. Zunächst auf die Wiener Schlußakte, Artikel 57. 58., nach welcher die gesetzliche Staatsgewalt in dem Souverän vereinigt bleiben, und derselbe nur in der Ausübung bestimmter Rechte durch die Stände beschränkt werden soll. Es ist indessen schon aus der Entstehungsgeschichte dieses Artikels nachgewiesen, daß dadurch unsere Frage überhaupt nicht betroffen wird (v. Stockmar, Gieß. Zeitschr. X. 43—58). Durch jene Vereinbarung kann jedenfalls das in den Landesverfassungen begründete Zustimmungsrecht der Stände weder aufgehoben noch illusorisch gemacht werden.

Anders verhält es sich dagegen mit solchen Verfassungsurkunden, welche ausdrücklich den Gerichten die Prüfung der Gültigkeit landesherrlicher Verordnungen untersagen und solche ausschließlich den Ständen vorbehalten, wie die Preuß. Verf. Art. 106., Kurhess. 1852 §. 83., Oldenb. 1852 §. 141., Waldeck 1852 §. 94. (bestritten Hannov. 1848 §. 73. vgl. Schwarzburg-Sonderh. §. 109). Wenn solche Verfassungen daneben die Verantwortlichkeit der Minister beibehalten, so wird gerade dadurch der oben bezeichnete Grundsatz des Französischen Konstitutionalismus zur Geltung gebracht, welcher neben den Rechten der Allgemeinheit den Rechtsschutz des Einzelnen hintenansetzt. Selbstverständlich aber haben sich die Gerichte in solchen Ländern dem geschriebenen Recht zu fügen.

Wenn indessen behauptet ist, daß jene Vorschrift sich in den „meisten“ Deutschen Verfassungen wiederfinde, so ist dies irrig; sie gehört

nur den oben erwähnten 4 oder 5 Verfassungen an. Auch wenn sie in noch mehrern Platz gefunden hätte, würde sie doch nicht als gemeines Recht gelten können, da sie in Widerspruch mit der historischen Stellung der Deutschen Gerichte steht. Am bedenklichsten erscheint jeder Versuch, in solchen Artikeln das normale Recht zu suchen, wenn man erwägt, in welchen Zeiten und unter welchen Umständen solche Artikel entstanden, — um einen Bruch der Verfassung zu decken, oder um ihn zu ermöglichen.

7) Der bedenklichste Einwurf gegen die richterliche Prüfung der verfassungsmäßigen Entstehung der Gesetze entsteht eben aus diesem Umstande, daß in mehrern Deutschen Ländern der Verfassung entgegen neue Wahlgesetze oktroyirt, neue Kammern gebildet, aus fürstlicher Machtvollkommenheit bestehende Verfassungen ganz oder theilweis außer Kraft gesetzt sind. Was soll nun aus dem Rechtszustande eines Landes werden, wenn die Gerichte in ihrem Bereich den Beschlüssen dieser neuen Verfassungskörper die Anerkennung versagen? Sollen die Gerichte wirklich darüber entscheiden, ob die von dem Landesherrn mit den jetzt de facto bestehenden Kammern sanktionirten Gesetze für das Land bindend, ob das gegenwärtige Parlament ein rechtes Parlament sei?

Diese Frage ist in Deutschland leider eine praktische geworden, und Niemand wird leugnen, daß sie sehr schwer wiegende Folgen involvirt, daß sie in einen *circulus vitiosus* führt, der den gesammten Rechtszustand in alle Zukunft unheilbar zu verwirren scheint.

Allein diese schwer wiegenden Bedenken treffen erst in zweiter Linie die Stellung der Gerichte zu der Verfassung. In erster Linie treffen sie die Stellung des Monarchen zur Verfassung. Der Unsegen und die Verwirrung, welche hier vor uns liegen, sind die Folgen des Rechtsbruchs überhaupt, die auch dadurch nicht gehoben werden, daß man den Gerichten, der Presse, der öffentlichen Meinung ein formelles Stillschweigen auflegt. In Preußen hat der Verlauf der Zeit in der gemeinen Meinung jene Unterbrechung der Rechtskontinuität geheilt. In Kurhessen wird eine Heilung versucht: ob sie gelingen werde, ist noch nicht zu sagen. Wohl aber wird man allerseits eingestehen, daß die „Achtung vor dem Recht“, das Vertrauen in den heiligen Beruf der erblichen Monarchie, das so emphatisch verkündete „monarchische Princip“ nicht dadurch gewonnen hat, daß man es den Hessischen Gerichten unmöglich machte, nach ihrer rechtlichen Ueberzeugung zu handeln.

Unerfahrenheit und Uebereilung können zu Verfassungsformen führen, die in der vorliegenden Gestalt unreif, sogar in Hauptgrundlagen unhalt-

bar sind. Allein die Geschichte zeigt auch, daß mit einiger Geduld und Ausdauer in rechtmäßigen Bestrebungen die Heilung ohne Umsturz möglich ist: und die Regierungen sind dies zu würdigen noch mehr in der Lage als die Völker. Die Zusammensetzung der Wahlkammern führt durch die Beweglichkeit aller Interessenvertretung in kurzen Zeiträumen stets Situationen herbei, in welchen nothwendige Reformen durchzuführen sind. Die Zusammensetzung der ersten Kammern ist meistens grundsätzlich durch den Souverän bestimmbar. Unter allen Umständen übt eine legitime Staatsregierung einen rechtmäßigen und schwer wiegenden Einfluß auf die verfassungsmäßigen Körper. Gerade die der englischen Verfassung nachgebildeten Zweikammersysteme bedürfen daher keines revolutionären Nothrechts zur Korrektur. Viel eher bedurfte es eines Nothrechts gegen die altständischen Verfassungen, die sich allerdings durch ihre sozialen Grundlagen in einem *circulus vitiosus* befanden. Es ist charakteristisch, daß man seit Wiederherstellung des Deutschen Bundes nie von einem Nothrecht gegen diese, sondern nur gegen jene gesprochen hat. Allein dieses revolutionäre Nothrecht soll innerhalb einer Verfassung überhaupt nicht sein! Sollte die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch die Gerichte nach solchen Gewaltthaten die Verlegenheit einer Staatsregierung verdoppeln und verdreifachen, so wird dies ein Motiv mehr sein, dergleichen Akte zu unterlassen. De lege ferenda fällt also dieses Argument vielmehr in die Waagschale des richterlichen Prüfungsrechts.

Eine ruhige Prüfung der daraus hervorgehenden Zustände ist wohl nur möglich, wenn solche Menschenalter weit zurückliegen. Die Englische Verfassungsgeschichte hat solche Unterbrechungen mehr als einmal erfahren in dem absolut wesentlichen Faktor der Gesetzgebung (dem *caput, principium, fons parliamenti*), in dem Souverän. Es ist bekannt, in wie ängstlich formeller Weise durch wiederholte Berufungen eines neugewählten Parlaments, durch gegenseitige Anerkennungen und Deklarationen, durch Legalisirung des Begriffs eines *king de facto*, durch Fiktion der Entsagung u. s. w. dort verfahren ist. Die technisch-juristischen Argumente kommen hier nicht in Betracht, wohl aber die endliche Thatsache, daß auch die Gerichte mit einigem Sträuben eine Legalisirung der neuen Zustände *ex necessitate rei* anerkannt haben, und daß die vermeintliche Unlösbarkeit der Frage, soweit menschliche Erfahrung reicht, nicht besteht.

Es ist dies der Punkt, an welchem sich bewußt oder unbewußt die eigentlichen Grundanschauungen aussprechen. Individuen, Völker und Zeiten, die ihre beschworene Verfassung als einen wirklichen Abschluß des

öffentlichen Rechts fühlen oder wissen, werden diesen Theil der Frage bejahen, andere werden sie verneinen. Wie für den Einzelnen, so ist für die Staatsgewalten diese Seite der Frage transcendent, — Gewissensfrage. So lange in den Dynastien wie in den Völkern der stille Wunsch lebt, die in den beschworenen Verfassungen enthaltenen Rechtsschranken bei erster günstiger Gelegenheit umzubiegen oder umzubrechen, wird man sich gern die Möglichkeit dessen offen halten, sei es im Namen der Autorität, sei es im Namen der Freiheit. Man wünscht dann die Institutionen, welche unabhängig von den Mächten des Augenblicks das Unrecht bei seinem Namen nennen möchten, möglichst aus dem Bereich dieser Fragen zu entfernen. Die Napoleonische Gesetzgebung ist darauf berechnet; die Napoleonische Gerichtsverfassung insbesondere darauf bedacht, das Richteramt in einer gewissen Indifferenz von seinem Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht und dessen höchsten Fragen abzulösen. — Wo dagegen Dynastien und Völker lange widerstrebende Gewohnheiten und Interessen in einer geschriebenen Verfassung endlich zum Abschluß gebracht sehen, wo sie in heiligem Ernst entschlossen sind, in Freud und Leid, zum Schutz und Trutz der Gesamtheit wie des Einzelnen, an der beschworenen Grundlage des Landrechts festzuhalten: da verzichtet man auf die Auswege und denkt nicht mehr an die Rückhalte der Macht gegen das beschworene Recht.

Es kann deshalb als eine günstige Vorbedeutung gelten, daß die Deutschen Verfassungen trotz ihrer Mängel, Lücken und Spuren der Zeit Fuß gefaßt haben, wenn eine große Versammlung Rechtskundiger den eigentlichen Brennpunkt der Frage bereits mit großer Stimmenmehrheit bejahend entschieden hat. Das Präsidium hat schon bei der Fragestellung ohne Widerspruch deklariert, daß nicht von einer Veränderung der Kompetenz der Gerichte *de lege ferenda* die Rede ist, sondern nur von der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in den einzelnen Civil- und Strafsjustizsachen, welche vor die Gerichte gehören. Ich trage daher kein Bedenken, die so gestellte Frage:

ob der Richter über das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze zu befinden hat,

mit „Ja“ zu beantworten.

Berlin, den 15. April 1863.

