

## **Kelsen Working Papers**

Publications of the FWF project P 19287: "Biographical Researches on H. Kelsen in the Years 1881–1940"

*Thomas Olechowski, Wien:*

### **Das Gewalten teilende Grundprinzip**

online-version, 3<sup>rd</sup> January 2011

<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/kelsengewaltenteilung.pdf>

published in:

Hans Kelsen und die Bundesverfassung. Ausstellungskatalog (Wien 2010) 82–89

## Das Gewalten teilende Grundprinzip

„Nur theoretische Kurzsichtigkeit oder politische Absicht konnte das Prinzip der Trennung der Gewalten als ein demokratisches ausgeben“, schrieb Hans Kelsen 1920, im Jahr des Inkrafttretens der Bundesverfassung, in seiner grundlegenden Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“. Er pflichtete dem deutschen Staatsrechtler Wilhelm Hasbach bei, wonach „Montesquieu’s Lehre von der Trennung der Gewalten unvereinbar sei mit der Idee von der Volkssouveränität“ (Kelsen 1920, 15).

Diese ablehnende Haltung Kelsens gegenüber der Gewaltenteilung steht in einem bemerkenswerten Gegensatz zur heutigen Verfassungsrechtslehre, die praktisch geschlossen davon ausgeht, dass das Gewalten teilende Prinzip ein leitendes Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung sei. Zwar werde es – im Gegensatz zum demokratischen, zum republikanischen und zum bundesstaatlichen Prinzip – nicht gleich zu Beginn des Bundes-Verfassungsgesetzes [B-VG] programmatisch verkündet, doch liege es so vielen Einzelbestimmungen zugrunde, dass eine Beseitigung oder wesentliche Änderung des Gewalten teilenden Prinzips eine Gesamtänderung der Bundesverfassung wäre – was nur im Wege einer Volksabstimmung möglich sei. Vergleicht man ältere und jüngere Lehrbücher des Verfassungsrechts, so wird deutlich, dass dieser Gedanke erst in der Zweiten Republik, in der heutigen Form nicht vor 1970, aufgekommen ist. Lehrbücher aus der Zeit der Ersten Republik enthalten das Dogma vom Grundprinzip der Gewaltenteilung noch nicht, und auch im Kommentar Kelsens zur Bundesverfassung fehlt ein entsprechender Hinweis. Letzteres kann vielleicht auch mit der Skepsis des „Verfassungsarchitekten“ gegenüber diesem Prinzip begründet werden, doch stellt sich in jedem Fall die Frage, was den späteren Wandel in der Lehre bewirkt hat und was überhaupt damals und heute unter Gewaltenteilung verstanden wurde und verstanden wird.

### Die Klassiker: Locke und Montesquieu

Der dem Gewalten teilenden Prinzip zugrunde liegende Gedanke, Macht zu teilen und sie dadurch zu begrenzen, ist sehr alt und lässt sich bis in die Antike zurück verfolgen. Die klassische Gewaltenteilungslehre führt ihre Herkunft allerdings auf eine wesentlich jüngere Periode, und zwar auf das Zeitalter des Absolutismus (17./18. Jahrhundert) zurück. Es ist dies jene Epoche, in der die politische Realität genau vom Gegenteil der Gewaltenteilung gekennzeichnet war und die Monarchen sich bemühten, die gesamte Staatsgewalt, die Souveränität, ungeteilt und unbeschränkt in ihre Hände zu bekommen.

Dieses Bemühen war nicht überall von Erfolg gekrönt. In England etwa musste der König seinen Plan, ohne Parlament zu regieren, schon nach wenigen Jahren wieder aufgeben, es folgte ein Bürgerkrieg, kurzzeitig wurde die Monarchie in England überhaupt abgeschafft, dann wieder restauriert, bis es schließlich – in der Glorious Revolution 1688/89 – zu einer Teilung der Souveränität zwischen Monarch und Parlament kam. Vor diesem bewegten Hintergrund schrieb der englische Philosoph John Locke 1689 seine „Two Treatises of Government“, in denen er feststellte: „Bei der Schwäche der menschlichen Natur, die stets bereit ist, nach der Macht zu greifen, würde es [...] eine zu große Versuchung sein, wenn dieselben Personen, die die Macht haben, Gesetze zu geben, auch noch die Macht in die Hände bekämen, diese Gesetze zu vollstrecken. Dadurch könnten sie sich selbst von dem Gehorsam gegen die Gesetze, die sie geben, ausnehmen und das Gesetz in seiner Gestaltung wie auch in seiner Vollstreckung ihrem einen persönlichen Vorteil anpassen.“ (zit. n. Olechowski, 2009 Nr. 64). Hatte der Engländer Locke somit scharf zwischen gesetzgebender (legislativer) und vollziehender (exekutiver) Gewalt unterschieden, so war es der Franzose Charles de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu (1689–1755), der in seiner Schrift „De l’esprit des lois“ als dritte

Gewalt die Judikative nannte und postulierte, dass diese drei Gewalten stets voneinander getrennt zu sein haben: „Es gibt [...] keine Freiheit, wenn die richterliche Gewalt nicht von der gesetzgebenden und vollziehenden getrennt ist.“ (zit. n. Olechowski, 2009 Nr. 71).

### **Der lange Weg zur richterlichen Unabhängigkeit**

Während die Gewaltenteilungslehre Lockes heute nur mehr wenigen Fachleuten bekannt ist, wird auf Montesquieu noch heute immer wieder Bezug genommen, wenn von der Gewaltenteilung die Rede ist, insbesondere, wenn es darum geht, die Justiz von der Einflussnahme durch die beiden übrigen Gewalten zu beschränken. Denn dies ist der Kern der auf Montesquieu zurück gehenden Argumentation: Freiheit könne es nur geben, wenn die Justiz unabhängig sei von den beiden „politischen“ Gewalten, wenn der Monarch, die Minister, das Parlament sich aus Gerichtsprozessen heraushalten und der Richter seine Entscheidungen ohne Ansehen der Person fällt. Welch Aufsehen musste es erregen, als König Friedrich II. von Preußen vier Jahre nach Erscheinen der Montesquieu'schen Schrift von sich aus erklärte: „in den Gerichten sollen die Gesetze sprechen und der Herrscher hat zu schweigen.“ (zit. n. Olechowski, 2009 Nr. 76). Welche Enttäuschung aber auch, als derselbe König wieder einige Jahre später seine selbst auferlegte Beschränkung niederriss. Ein Müller namens Arnold, der in einem jahrelangen Prozess um Hab und Gut gebracht worden war, hatte sich hilfesuchend an den König gewandt, und dieser annullierte in typisch absolutistischer Manier alle zuvor ergangenen Gerichtsurteile, warf die Richter in den Kerker und gab Arnold seine Mühle wieder zurück. Mochte die Entscheidung des Königs im berühmten Müller-Arnold-Prozess von 1779 auch aus einem Moment des Mitleids gegenüber dem Müller und des (berechtigten?) Misstrauens gegen seine eigenen Richter heraus getroffen worden sein, so zeigte sie doch deutlicher als alle Fälle davor, welche Gefahren von derartigen Machtprüchen ausgingen. Überall in Europa, auch in Österreich, mehrten sich die Stimmen jener, die Unabhängigkeit für die Justiz forderten, und erreichten, dass sich die Monarchen allmählich aus diesem Bereich zurückzogen. Einzelne Übergriffe kamen immer noch vor, waren aber in der Öffentlichkeit

verpönt und wurden daher allmählich seltener oder erfolgten indirekt, indem etwa Druck auf die Karriereambitionen der Richter gemacht wurde. Erst die österreichische Reichsverfassung vom 4. März 1849 garantierte den Richtern ihre Unabhängigkeit und bestimmte zu ihrem Schutz, dass kein Richter „von seinem Amte zeitweilig entfernt oder entlassen, noch auch ohne sein Ansuchen an einen anderen Dienstort überwiesen oder in den Ruhestand versetzt werden“ dürfe, es sei denn, aufgrund eines richterlichen Spruches

Dieselbe Verfassung bestimmte auch erstmals, dass „Rechtspflege und Verwaltung [...] getrennt und von einander unabhängig gestellt werden sollten.“ Mittelbar war dies der Vorläufer für die heute zentrale, von Kelsen neu formulierte Bestimmung des Artikels 94 B-VG: „Die Justiz ist in der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“ Rechtsprechung und Lehre haben zu diesem Satz seit 1920 ein umfangreiches Lehrgebäude entwickelt.

### **Exkurs: Verwaltungsjustiz**

Selten wird bei den vielen Bezugnahmen auf Montesquieu daran gedacht, dass dieser zwar noch heute geläufige Begriffe – Legislative, Exekutive, Judikative – verwendete, dass diese aber zu seiner Zeit eine etwas andere Bedeutung hatten. Mit „puissance exécutive“ meinte Montesquieu nämlich nur einige völkerrechtliche Angelegenheiten, wie z.B. das Recht, Krieg zu führen und Frieden zu schließen; die „puissance de juger“ dagegen betraf alle Streitigkeiten der Privatpersonen, und zwar nicht nur, wenn es sich um „Privatrecht“ nach heutigem Verständnis, also um Verträge, Testamente und dergleichen handelte, sondern auch, wenn diese Privatpersonen mit dem Staat um die Höhe der Steuern oder um die Erteilung einer Gewerbeberechtigung stritten. Und auch für diese Bereiche – nach heutigem Verständnis weite Teile des öffentlichen Rechts – forderten die Schüler Montesquieus richterliche Unabhängigkeit! Eine derartige Entmachtung hätten die absoluten Monarchen jedoch niemals zugelassen. „Alles was das Eigenthumsrecht [...] in sich begreift, gehört vor die Gerichtshöfe [...] alles Übrige muss dem Wirkungskreise der politischen Behörden ausschließlich zugewiesen seyn“, erklärte der niederösterreichische Regierungspräsident Franz v. Saurau

1797 gegenüber dem Kaiser (zit. n. Olechowski, 2009 Nr. 101). Und dies hatte weit reichende Wirkungen: Noch bevor die Justiz ihre Unabhängigkeit erlangt hatte (wie beschrieben, erfolgte dies erst in der Revolution 1848/49), erkaufte sie sich dieselbe durch die Preisgabe vieler ihrer Wirkungsbereiche: Steuerrecht, Gewerberecht, Baurecht, Apothekenrecht, Fremdenrecht und viele andere Materien mehr durften schon seit Beginn des 19. Jahrhunderts nicht mehr justizförmig behandelt werden, sondern wurden „summarissime“ von den Verwaltungsbehörden erledigt. Beschwerden gegen ihre Entscheidungen gingen an die nächsthöhere Verwaltungsbehörde, und sie alle waren weiter der Weisungsgewalt des Monarchen unterworfen. So dehnte sich an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert die Exekutive immer weiter auf Kosten der Judikative aus.

Natürlich fand diese Entwicklung eine Reihe von Kritikern. Diese verwiesen vor allem auf England, das auch hier eine Sonderrolle spielte, als hier Rechte von Privatpersonen stets justizförmig und in letzter Instanz von einem der Hohen Gerichte Englands entschieden wurden. Dieses englische System ist nicht zuletzt auch in die Europäische Menschenrechtskonvention von 1950 eingegangen, die für alle Fälle, in denen über „civil rights“ entschieden werde, ein unabhängiges „tribunal“ verlangt (Artikel 6). Mit „civil rights“ ist nicht etwa „Privatrecht“ nach heutigem Verständnis, sondern etwa in dem Sinne, wie es Montesquieu vorschwebte, gemeint. Im deutschsprachigen Raum mündete die hier angedeutete Diskussion letztlich in der Lösung, die der hessische Jurist Otto Bähr folgendermaßen auf den Punkt brachte: „Wenn [...] die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über öffentliche Rechte nicht als Richterspruch gelten können, man diesen Richterspruch aber auch nicht den gewöhnlichen Gerichten anvertrauen will, so bleibt nur ein Drittes übrig [...]: man schaffe Gerichte des öffentlichen Rechts.“ (Bähr 1864, 71). Dies war der Ursprung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die in Österreich erstmals mit der Dezemberverfassung 1867 verheißen wurde (bis zur Tätigkeitsaufnahme des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes sollten allerdings noch fast neun Jahre vergehen).

## Gewaltenteilung in Monarchie und Demokratie

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Gewaltenteilungslehre entwickelt wurde, um die Macht des Monarchen zu begrenzen. Er sollte sich die Gewalt mit dem Volk (Adel und Bürgertum) teilen. Tatsächlich ist auch dies ein – leider oft in Vergessenheit geratener – Teil der Lehre Montesquieus: Freiheit könne nur dann bestehen, wenn jede der drei Gewalten in angemessener Weise, auf Monarch, Adel und Bürgertum verteilt sei. Die Staatsform, die der Gewaltenteilungslehre Montesquieus am weitesten folgte, war nicht die Demokratie, sondern die konstitutionelle Monarchie: Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz – und mit ihnen die Souveränität – waren in komplizierter Weise auf Monarch und Parlament verteilt, und letzteres repräsentierte in seiner ersten Kammer den Adel, in seiner zweiten Kammer das Bürgertum.

Wenn aber Monarch und Adel fortfielen, zwischen wem sollte dann die Souveränität im Staat geteilt werden?

Für Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), den großen Vorläufer moderner Demokratietheorien, war die Antwort eindeutig: Die Souveränität, also die ursprüngliche und oberste Staatsgewalt, bleibe immer beim Volk verankert, sie sei ebenso unteilbar, wie sie unübertragbar sei. – Erst jetzt wird auch die radikale Kritik Kelsens an der Lehre von der Gewaltenteilung verständlich: Er sah in der Gewaltenteilungslehre ein Hemmnis dafür, dass das Parlament, die Volksvertretung, alleine an der Spitze des Staates stehe, dass es sich vielmehr die Macht mit einem Monarchen teilen musste. Und „es ist beinahe eine Ironie der Geschichte, wenn eine Republik wie die Vereinigten Staaten von Amerika das Dogma von der Gewaltentrennung gläubig übernimmt und gerade im Namen der Demokratie auf die Spitze treibt“ (Kelsen 1920, 16).

Tatsächlich hatte die Verfassung der Vereinigten Staaten vom 17. Juli 1787 das demokratische Prinzip mit dem Gewalten teilenden Prinzip verbunden. Dass damit weder eine Demokratie im Sinne Rousseaus noch eine Gewaltenteilung im Sinne Montesquieus verwirklicht, sondern etwas durchaus Neues geschaffen worden war, war den Gründervätern der USA bewusst, und in verschiedenen Publikationen jener Zeit, den sogenannten Federalist Papers, wurde das neue System ausführlich erläutert. So schrieb James Madison



*In Buenos Aires 1949*

(1751–1836), einer der Unterzeichner der Verfassung und 1809–1817 der vierte Präsident der USA, dass „die Konzentration aller legislativen, exekutiven und judikativen Befugnisse in denselben Händen [...] zu Recht als die wahre Definition der Tyrannei bezeichnet werden“ könne, „seien es die Hände eines Mannes, mehrerer oder vieler Männer, und seien diese Männer durch Erbfolge, durch Selbsternenennung oder durch Wahl an die Macht gelangt“ (zit. n. Zehnpfennig 2007, Nr. 47). Daher sei es auch in der Demokratie nötig, die Gewalten voneinander zu trennen, auch wenn die Amtsträger aller dreier Gewalten diese letztlich „aus derselben Autoritätsquelle herleiten, dem Volk“ (ebenda Nr. 51).

Es ging der modernen Demokratie also nicht mehr um eine Aufteilung der Souveränität als solcher, sondern um die Aufteilung konkreter Staatsfunktionen auf verschiedene Repräsentanten des Volkes. Übrigens wandte sich Madison mit seinen Schriften nicht gegen den Vorwurf, dass das Gewaltenteilende Prinzip zu stark, sondern dass es zu schwach in der Verfassung verankert sei: Die Verfassung trenne die Gewalten nicht vollständig, sondern sehe vielfach Verschränkungen vor, so etwa durch die Einbindung des Präsidenten in das Gesetzgebungsverfahren. Diese wechselseitigen Kontrollrechte – checks and balances – aber seien notwendig, damit sich die einzelnen Gewalthaber gegenseitig in Schach halten.

In dieser, wesentlich geänderten Fassung behauptete die Gewaltenteilungslehre auch in der Demokratie ihren Platz. Dies musste auch Kelsen 1929, in der zweiten Auflage seiner Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“, einbekennen: „Immerhin sieht man die Gewaltentrennung auch in demokratischer Richtung wirksam werden. Zunächst, sofern sie eine Aufteilung der Macht bedeutet und eine die Expansion und willkürliche Ausübung der Staatsgewalt fördernde Konzentration der Gewalt verhindert. Dann aber dadurch, dass sie das bedeutsame Stadium der generellen Staatswillensbildung (= die Gesetzgebung) dem unmittelbaren Einfluß der Regierung zu entziehen strebt und der unmittelbaren Beeinflussung durch die Normunterworfenen eröffnet, die Funktion der Regierung aber zur Gesetzesvollziehung herabdrückt“ (Kelsen 1929, 214). Da die Gewalten nicht vollständig voneinander getrennt seien, sei es besser, statt von einer Gewaltentrennung von einer Gewaltenteilung zu sprechen.

## Gewaltenteilung in der Bundesverfassung 1920 und in der Novelle 1929

Aber Kelsen hielt doch auch noch 1929 fest, dass „eine Trennung der Gewalten, eine Aufteilung von Gesetzgebung und Vollziehung auf verschiedene Organe“ der Demokratie zumindest vom „Standpunkt der Ideologie“ aus widerspreche. „Denn aus dieser These muß folgen, daß alle Gewalten und somit alle Funktionen staatlicher Willensbildung beim Volke oder doch bei dem das Volk repräsentierenden Parlament vereinigt sein sollen“ (Kelsen 1929, 212).

Wir sind hier bei einer Problematik angelangt, die wir nur kurz streifen können: der Repräsentation. Inwieweit kann ein Parlament ein Volk „repräsentieren“, inwieweit kann ein einzelner Mensch, wie etwa ein vom Volk gewählter Präsident, dieses „repräsentieren“? Kelsen hat vielfach versucht zu zeigen, wie viel Widersprüche mit dem traditionellen Repräsentationsgedanken verbunden waren und selbst gemeint, dass die Wandlung von einer direkten hin zu einer repräsentativen Demokratie schlicht ein Erfordernis der arbeitsteiligen Gesellschaft ist. Am ehesten jedoch könne ein Parlament als demokratisch bezeichnet werden, wenn es die politischen Gruppen, die im Volk existieren, möglichst proportional widerspiegle. Wenn hingegen „dem nach Millionen zählenden Volke der Wähler nur ein einziger als Gewählter gegenübersteht, dann muß der Gedanke der Repräsentation des Volkes den letzten Schein von Berechtigung verlieren“ (Kelsen 1929, 213).

Damit erwies sich Kelsen auch noch 1929 als strikter Befürworter des Typus einer parlamentarischen Demokratie und Gegner einer präsidentiellen Demokratie. Als Repräsentant des Volkes sah er allein das Parlament an, welches als einziges direkt vom Volk gewählt werde und alle übrigen Organe einsetze. Diesem Modell entsprach die Verfassungssituation, die unmittelbar zu Beginn der Republik, mit der provisorischen Verfassung vom 30. Oktober 1918, geschaffen und von Kelsen bereits vorgefunden worden war, als er 1919 seine Verfassungsentwürfe erstellte. Bei der Beschlussfassung des B-VG 1920 war die Frage, ob die radikale, Gewalten verbindende Parlamentsherrschaft beibehalten werden sollte, einer der am meisten umstrittenen Punkte gewesen. Verteidigt wurde sie insbesondere von der sozialdemokrati-

schen Partei, während die christlichsoziale Partei einerseits die Schaffung einer besonderen Länderkammer neben dem direkt vom Volk gewählten Parlament verfocht, andererseits aber auch ein möglichst starkes Staatsoberhaupt als Gegengewicht zum Parlament haben wollte. Es entsprach dem Kompromisscharakter des B-VG 1920, dass letztlich sowohl eine Länderkammer (der Bundesrat) als auch ein besonderes Staatsoberhaupt (der Bundespräsident) geschaffen, beide jedoch mit sehr wenigen Kompetenzen ausgestattet wurden, sodass das politische Schwergewicht weiterhin bei der Volksvertretung, beim Nationalrat lag. Die Bundesregierung wurde vom Nationalrat gewählt, der Bundespräsident von der (aus den Mitgliedern von Nationalrat und Bundesrat zusammen gesetzten) Bundesversammlung.

1929 hatte sich das politische Kräfteverhältnis zwischen den Parteien verschoben. Mit der am 7. Dezember dieses Jahres beschlossenen Verfassungsnovelle wurde das Amt des Bundespräsidenten bedeutend aufgewertet: Er sollte direkt vom Volk gewählt werden, und ihm sollte das Recht zukommen, die Bundesregierung zu ernennen und zu entlassen. Doch blieb die Bundesregierung weiterhin vom Vertrauen des Nationalrates abhängig, befand sich nunmehr sozusagen in einer doppelten Abhängigkeit. Damit wurde Österreich nicht zu einer präsidentiellen Demokratie, wie es die USA sind; als eine rein parlamentarische Demokratie kann es seit 1929 aber auch nicht bezeichnet werden. Etwas umständlich spricht die Staatslehre von einer „parlamentarischen Demokratie mit präsidentiellem Einschlag“. So ist das Gewalten teilende Element heute wesentlich stärker in der Verfassung vorhanden, als es noch 1920 der Fall war – allerdings nicht so, dass die Novelle 1929 eine Gesamtänderung der Verfassung dargestellt hätte. (Zu dieser Lösung kommt man im Umkehrschluss, da die Novelle ohne Volksabstimmung beschlossen wurde). Auch künftige Änderungen des Gewalten teilenden Prinzips haben daher nicht von der Verfassungssituation 1929, sondern von der von 1920 auszugehen.

## Neue Formen der Gewaltenteilung – Gewaltenteilung heute

Der Sitzungssaal, in dem seit 1920 der Nationalrat zusammen kommt, stammt aus dem Jahr 1883. Er wurde im Zweiten Weltkrieg zerstört und danach komplett neu eingerichtet. Gleich blieb jedoch die Sitzordnung aus der Zeit der konstitutionellen Monarchie: Die Abgeordneten sitzen im Halbkreis und ihnen gegenüber die Regierung auf der Ministerbank. Diese Sitzordnung spiegelt recht genau die politische Situation der konstitutionellen Monarchie wider – aber passt sie noch für eine demokratische Republik?

Vergleichen wir ein letztes Mal Österreich mit England: Im Londoner Parlament kommen die Mitglieder in der Weise zusammen, indem sie in zwei langen Bankreihen einander gegenüber sitzen: Auf der einen Seite die Abgeordneten, die die Regierung unterstützen, auf der anderen Seite die Opposition. Der Premierminister selbst, der stets auch

Parlamentsmitglied ist, befindet sich mitten unter seinen Abgeordneten. Damit wird schon optisch deutlich, wie die Gewaltenteilung im demokratischen Staat charakterisiert ist: Auf der einen Seite die Parlamentsmehrheit mit der Regierung in ihrer Mitte, auf der anderen Seite die Parlamentsopposition. Das Kräfteverhältnis zwischen diesen beiden Gruppierungen ist es, das den politischen Alltag dominiert, und die Frage, welche Rechte die Parlamentsopposition haben soll – etwa das Recht, Anfragen an Minister zu stellen oder Untersuchungsausschüsse einzusetzen – ist von zentraler Bedeutung für die heutige Demokratie.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Gewalten in Österreich – so wie in den USA – auch in „vertikaler“ Hinsicht geteilt sind: Zwischen Bundesorganen und Landesorganen. Auch das bundesstaatliche Prinzip ist, so gesehen, eine Form des Gewaltenteilenden Prinzips. „So erwächst den Rechten des Volkes eine doppelte Sicherheit.



Kelsen (3.v.l.) um 1930

Die verschiedenen Regierungen kontrollieren sich wechselseitig, und zugleich wird jede von ihnen durch sich selbst kontrolliert“, erklärte schon Madison 1788 (zit. n. Zehnpfennig 2007, Nr. 51).

Die Gewaltenteilung hat seine Ursprünge in der konstitutionellen Monarchie und ist wie viele Elemente dieses Verfassungsdenkens von Kelsen grundlegend in Frage gestellt worden. Letztlich aber hat sie sich bewährt und ihren fixen Stellenwert auch in demokratischen Staatswesen erhalten. Ihr besonderer Wert offenbarte sich gerade angesichts der Diktaturen, die im 20. Jahrhundert entstanden, und die sich vielfach als die „wahren Demokratien“ ausgaben, demokratische Prinzipien uminterpretierten und demokratische Einrichtungen zweckentfremdeten. Das, was sie von echten Demokratien unterschied, der „zentrale Unterschied zwischen Systemen“, dies war die „Antwort auf die Frage nach der Konzentration oder Aufteilung der Ausübung der Staatsgewalt“ (Korinek 2001, 49).

#### **Literaturverzeichnis:**

*Otto Bähr*, Der Rechtsstaat. Eine publizistische Studie (1864, Neudruck 1963)

*Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie<sup>1</sup> (1920), Neudruck in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg), Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie (Tübingen 2006) 1–33

*Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie<sup>2</sup> (1929), Neudruck in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg), Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie (Tübingen 2006) 149–228

*Hans Kelsen*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (= Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich V, Wien/Leipzig 1922)

*Hans Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923/24) 374–408

*Karl Korinek*, Gewaltenteilung – österreichische Sicht, in: Josef Isensee (Hrsg), Gewaltenteilung heute (Heidelberg 2001) 49–74

*Thomas Olechowski*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Österreich (= Österreichische Rechtswissenschaftliche Studien 52, Wien 1999)

*Thomas Olechowski*, Rechtsgeschichte. Materialien und Übersichten<sup>5</sup> (Wien 2009)

*Thomas Olechowski*, Von der „Ideologie“ zur „Realität“ der Demokratie, in: Tamara Ehs (Hrsg), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung (Wien 2009) 113–132

*Theo Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (Wien 2009)

*Robert Walter/Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (Wien 2007)

*Barbara Zehnpfennig* (Hrsg), *Alexander Hamilton/James Madison/John Jay*, Die Federalist Papers (München 2007)

<http://www.gewaltenteilung.de> [private Homepage von Udo Hochschild, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Dresden i.R.]