

1) 13283

0 8 27 (54)

HAUPTPROBLEME DER STAATSRECHTSLEHRE

ENTWICKELT AUS DER LEHRE VOM
RECHTSSATZE

VON
HANS KELSEN



ZWEITE, PHOTO-MECHANISCH GEDRUCKTE,
UM EINE VORREDE VERMEHRTE AUFLAGE

VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)
TÜBINGEN 1923

✓

Das Recht
der Übersetzung in fremde Sprachen
behält sich die
Verlagsbuchhandlung
vor



ADOLF MERKL
UND
ALFRED VERDROSS

GEWIDMET

Vorrede zur zweiten Auflage.

Vor zwölf Jahren ist die erste Auflage dieser meiner rechtstheoretischen Erstlingschrift erschienen. Sie war nur der Ansatz zu einer seither in anderen Arbeiten fortgesetzten Revision der methodologischen Grundlagen der Staatsrechtslehre. Ihre Aufstellungen waren darum mit fortschreitender Erkenntnis allmählichem Wandel unterworfen, wenn auch die durch sie bestimmte Erkenntnisrichtung dieselbe blieb. Die in den „Hauptproblemen“ gelegten Grundlagen haben sich mir — trotz wesentlicher Änderungen in wichtigen Einzelfragen — bewährt. Weil aber eine Neubearbeitung doch ein anderes Werk ergeben hätte, lege ich das Buch in unveränderter Gestalt wieder vor; nicht ohne hier wenigstens die wichtigsten Fortschritte meiner Einsicht in die von diesem Werke behandelten Probleme aufzuzeigen.

I.

Das Ziel, auf das die „Hauptprobleme“ gerichtet sind und das seither auch all meine anderen Arbeiten bestimmte, ist eine reine Rechtslehre als Theorie des positiven Rechtes. Die Reinheit der Lehre oder — was gleichbedeutend ist — die Selbständigkeit des Rechtes als eines Gegenstandes wissenschaftlicher Erkenntnis bin ich schon in meiner Erstlingsarbeit bemüht, nach zwei Richtungen hin sicher zu stellen. Einmal gegen die Ansprüche einer sogenannten „soziologischen“ Betrachtung, die sich des Rechtes wie eines Stückes naturgegebener Wirklichkeit nach kausalwissenschaftlicher Methode bemächtigen will. Dann aber gegen die Naturrechtslehre, die — weil sie die ausschließlich und allein im positiven Recht gegebene Beziehungsgrundlage ignoriert — die Rechtstheorie aus dem Bereiche positiver Rechtssätze in den ethisch-politischen Postulate zieht. Wenn auch die Wendung gegen das Naturrecht in den „Hauptproblemen“ unzweideutig zum Ausdrucke kommt, indem schon hier mit allem Nachdrucke die Auffassung vertreten wird, daß die Rechtswissenschaft die Rechtssätze nur aus dem Material des positiven Rechtes, insbesondere der Gesetze, bilden darf (vgl. S. 510ff.), so ist es doch vornehmlich die

erstere gegen die kausalwissenschaftliche Soziologie gerichtete Tendenz, die besonders hervortritt. Daß die Rechtslehre nur eine Theorie des positiven Rechtes sein kann, wird im allgemeinen als selbstverständlich vorausgesetzt; und die mannigfachen Gefahren, die der Rechtswissenschaft durch die oft unbewußte Unterstellung ethisch-politischer Gesichtspunkte drohen, werden nur gelegentlich hervorgehoben (vgl. z. B. S. 367, 416). Erst in meinen späteren Schriften, schon in der 1913 erschienenen Abhandlung „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ (Archiv des öffentlichen Rechtes Bd. 31, S. 247 ff.) wird dieses Moment besonders betont. In den „Hauptproblemen“ kommt es zunächst darauf an, die Eigen-gesetzlichkeit des Rechtes gegenüber der Natur oder einer nach Art der Natur bestimmten sozialen Realität zu gewinnen.

Darum gehen die „Hauptprobleme“ von dem fundamentalen Gegensatz zwischen Sollen und Sein aus, den KANT in dem Bemühen, die Selbständigkeit der praktischen gegenüber der theoretischen Vernunft, des Wertes gegenüber der Wirklichkeit, der Moral gegenüber der Natur zu begründen, gleichsam erst entdeckt hatte. Im Anschluß an die KANT-Interpretation WINDELBANDS und SIMMELS wird mir das Sollen zum Ausdruck für die Eigen-gesetzlichkeit des von der Rechtswissenschaft zu bestimmenden Rechtes zum Unterschied von einem „soziologisch“ erfassbaren sozialen Sein, tritt die Norm als Urteil des Sollens dem Naturgesetz und der als Norm qualifizierte Rechtssatz dem speziellen Kausalgesetz der Soziologie entgegen. Darum wird für mich der Rechtssatz als der Ausdruck der spezifischen Rechtsgesetzlichkeit, als das Rechtsgesetz, zum Kernproblem, und es erscheint unter diesem Gesichtspunkt das Recht der Rechtswissenschaft als ein System von Rechtssätzen, als ein Urteilszusammenhang, so wie sich die Natur der Naturwissenschaft für die Transzendentalphilosophie als ein System von Urteilen darstellt: nur daß diese Urteile die Kausalgesetzlichkeit des Naturzusammenhanges ausdrücken, während sich im Rechtssatze die spezifische Gesetzlichkeit des Rechtes manifestiert. So wie im Urteil des Naturgesetzes wird auch im Rechtssatz an eine bestimmte Bedingung eine bestimmte Folge geknüpft; nur daß hier an Stelle des Kausalnexus, der dort die Folge an die Bedingung bindet, ein anderes Verknüpfungsprinzip tritt. Das Soll drückt den Sinn aus, in dem der Rechtssatz den einen Tatbestand als Bedingung mit dem anderen als Rechtsfolge vereinigt. Verknüpft das Naturgesetz Ursache und Wirkung mit der Notwendigkeit eines keine Ausnahme duldenden Müssens, setzt das Rechtsgesetz die Synthese des bedingenden und des bedingten Tatbestandes mit der nicht geringeren Strenge des Sollens. In der Sphäre des Rechtes, der von mir in einer späteren Abhandlung („Zur Theorie der juristischen Fiktionen“, Annalen der Philosophie 1919, Bd. I,

S. 630 ff.) so genannten „Rechtswirklichkeit“ ist das Delikt mit der Strafe ebenso notwendig verknüpft wie die Ursache mit der Wirkung in der Sphäre der Natur oder der Naturwirklichkeit; und das Urteil: Wenn jemand stiehlt, soll er bestraft werden, beansprucht im Bereiche eines positiven Rechtssystems keine mindere Geltung als der Satz: Wenn ein Körper erwärmt wird, dehnt er sich aus. j.

Das ist der — mir ursprünglich vielleicht noch nicht in voller Klarheit bewußte — Sinn meiner energischen Bemühung, den Rechtssatz als hypothetisches Urteil zu formulieren. Das ist der Grund, weshalb ich von allem Anfang an die herrschende Anschauung entschieden zurückweise, für die das Recht eine Summe von Imperativen ist, die ihrem Wesen nach an subjektive Adressaten gerichtet sind und demgemäß sowohl des Empfanges wie der Anerkennung von seiten dieser Adressaten bedürfen. Worauf es den „Hauptproblemen“ offenbar ankommt, ist: die Objektivität der Geltung zu gewinnen, mit der allein wie Gesetzlichkeit überhaupt so auch Rechtsgesetzlichkeit auftreten kann. Ohne Rechtsgesetz aber keine Rechtskenntnis, keine Rechtswissenschaft. Darum objektives Urteil, nicht subjektiver Imperativ. „Darin gleicht das Rechtsgesetz — äußerlich — dem Naturgesetz, daß es an niemanden gerichtet ist und ohne Rücksicht darauf, ob es gekannt oder anerkannt wird, gilt“ (S. 395). Wenn hier die Analogie zwischen Rechtsgesetz und Naturgesetz noch einigermaßen eingeschränkt wird, so geschieht dies, um die Vermengung beider zu verhindern, um über der Analogie doch nicht die Eigengesetzlichkeit des Rechtes gegenüber der Kausalgesetzlichkeit der Natur zu verlieren. Daß dem Begriff des Sollens, der zum Ausdruck der objektiven Rechtsgesetzlichkeit dient, im Sprachgebrauche ursprünglich noch manche Elemente des subjektiven Imperativs anhaften und daß die Darstellung der „Hauptprobleme“ mitunter in diese Sphäre der Imperativtheorie zurückfällt, will ich gerne zugeben. Hier liegt mir daran, die Grundtendenz bloßzulegen, an die meine späteren Arbeiten anknüpfen; und diese Grundtendenz zielt offenkundig darauf, die Objektivität des Rechtes — zugleich mit seiner Positivität — nach allen Richtungen hin sicherzustellen.

II.

Das zeigt sich insbesondere auch in der Behandlung des Problems des subjektiven Rechtes: Ablehnung des subjektiven Rechtes als einer vom objektiven Rechte verschiedenen, gleichsam außerhalb des Systems der objektiv gültigen Rechtssätze, dieser Rechtsordnung als dem objektiven Rechte gegenüberstehenden Wesenheit. Die von den „Hauptproblemen“ unternommene Zurückführung des subjektiven Rechtes auf das objektive — von einer „Ableitung“ des subjektiven aus dem objektiven Rechte wird noch etwas zag-

haft gesprochen — bedeutet die Aufhebung eines innerhalb eines einheitlichen Erkenntnissystems unzulässigen Dualismus und zugleich die Zurückführung der Rechtstheorie aus einer naturrechtlichen in die positivrechtliche Sphäre. Die Betonung des Rechtspflichtbegriffes ist hier von größter Bedeutung. Denn mit der Zerstörung der üblichen Vorstellung eines ausschließlich in der Berechtigung bestehenden, an den Staat oder die objektive Rechtsordnung als Anspruch gerichteten subjektiven Rechtes entledigt sich die Rechtstheorie nicht nur eines der bedenklichsten Instrumente naturrechtlicher Spekulation, sondern sie schaltet auch mit dem im subjektiven Recht auftretenden Willens- und Interessenmomente einen Hauptanlaß aus, die juristische Betrachtung durch psychologisch-soziologische Gedankengänge zu verwirren. Sie entledigt sich damit eines bedenklichen Erbes, das sie aus der Theorie der römischen Advokatenjurisprudenz übernommen, die das Recht nur vom Standpunkte der subjektiv interessierten Partei, unter dem Gesichtspunkt: ob und inwieweit es „mein“ Recht ist, betrachtet. Allein von diesem Standpunkt eines subjektiven Rechtes läßt sich ein System des Rechtes, eine Wissenschaft des Rechtes nicht aufbauen, da dieses seinem innersten Wesen nach objektive, vom Subjekt unabhängige Geltung hat. Im übrigen verweise ich auf die bezüglichen Ausführungen meiner Schrift „Rechtswissenschaft und Recht“, 1922 (S. 101 ff.).

Ebenso wie der Dualismus des objektiven und subjektiven Rechtes droht jener zwischen öffentlichem und privatem Recht das einheitliche Rechtssystem, auf das die „Hauptprobleme“ abzielen, zu zersprengen. Auch dieser unsere ganze wissenschaftliche Systematik beherrschende Gegensatz stammt aus der römischrechtlichen Theorie und ist, wie der zwischen objektivem und subjektivem Recht — mit dem er gelegentlich in eine gewisse Sinnverwandtschaft tritt — die Maske, hinter der gewisse politische, d. h. aber naturrechtliche Elemente in die Darstellung des positiven Rechtes einschleichen. Darum lehnen die „Hauptprobleme“ diese Unterscheidung, sofern mit ihr Rechtswesensdifferenzen zum Ausdrucke kommen sollen, grundsätzlich ab. In der schon genannten Abhandlung „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ wird dies des näheren begründet. Doch schon vor mir hat FRANZ WEYER in einer 1908 erschienenen grundlegenden Abhandlung: „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ (Archiv des öffentlichen Rechtes Bd. 23, S. 529 ff.) den entscheidenden Gedanken ausgesprochen. Er hat in der Folge in einer Reihe von Arbeiten Wesentliches zu einer reinen Rechtslehre beigebracht. (Von seinen in deutscher Sprache erschienenen Schriften seien genannt: „Über zwei Hauptpunkte der KELSENSCHEN Staatsrechtslehre“, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 1913, Bd. XL, S. 175 ff.;

„Zum Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht,“ Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht 1914, Bd. I, S. 439 ff.; „Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten,“ Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht 1918, Bd. III, S. 490 ff.; „Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft,“ Zeitschr. f. öffentl. Recht 1921, Bd. II, S. 671 ff.)

III.

Als die der Kausalgesetzlichkeit der Natur korrespondierende spezifische Gesetzlichkeit des Rechts habe ich in den „Hauptproblemen“ die Zurechnung erkannt. Nach wie vor muß ich sie — wie auf Seite 71 — als die Verbindung bezeichnen, die zwischen den innerhalb des Rechtssatzes zusammengefaßten Elementen besteht, jene Verbindung, die grammatisch durch das „Soll“ hergestellt wird. Die Darstellung der „Hauptprobleme“ leidet aber unter der Tatsache, daß ich den Fall der Verknüpfung der beiden Tatbestände im Rechtssatz nicht von jenem anderen auch als Zurechnung bezeichneten Fall unterscheide, in dem ein Tatbestand auf eine Person bezogen wird. Gerade diese letztere Zurechnung wird für die Hauptprobleme von allergrößter Bedeutung; denn als ein Problem dieser Zurechnung erkennen sie die Frage nach dem Wesen des Staates, sofern dieser — wie üblich — als juristische Person, als Willenssubjekt oder — da im Bereiche juristischen Denkens Persönlichkeit nur im „Willen“ besteht, juristische Person und juristischer Wille identisch sind — als Wille schlechthin gedacht wird. Und indem sich der Staat als Wille oder der Wille des Staates als Zurechnungspunkt, als Einheitsbezug spezifisch juristischer Erkenntnis enthüllt, wird der vom psychologischen Willen gänzlich verschiedene spezifisch juristische „Wille“ auch für die anderen Rechtsgebiete entdeckt. Er bezeichnet nicht, wie man, durch die Äquivokation verführt, immer wieder annimmt, einen realpsychischen Tatbestand, der den Gegenstand kausalwissenschaftlicher Erkenntnis bildet, sondern ein bloßes Mittel normativ-juristischer Erkenntnis. Indem der Begriff des rechtlichen Wollens nur ein Ausdruck für das rechtliche Sollen, richtiger für die Einheit des rechtlichen Sollens ist, wird seine scharfe Scheidung von dem psychologischen Begriffe des Wollens zu einem besonders wirksamen Mittel, die Reinheit der Rechtstheorie gegen psychologisch-soziologische Einbrüche zu sichern. Von dem psychischen Akte des Wollens, insbesondere auch des Wollens der Norm scheidet sich deutlich, das Sollen der Norm als ein spezifischer Sinngehalt (vgl. S. 9). So tritt schon in den „Hauptproblemen“ der Gegensatz zwischen der reinen Rechtstheorie und der psychologisch-soziologischen Spekulation in Parallele zu dem allgemeinen Gegensatz zwischen Logismus und Psychologismus, so wie er in HUSSERLS „Logischen Untersuchungen“ klassisch dargestellt wurde. Diese

Richtung wird dann in meinen späteren Schriften (vgl. speziell die 1916 erschienene Abhandlung „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft“, SCHMOLLERS Jahrbuch, Bd. XI, S. 1181 ff.), insbesondere aber auch in den an HUSSERLS Logik und Phänomenologie orientierten Arbeiten von FELIX KAUFMANN („Logik und Rechtswissenschaft“ 1922) und FRITZ SCHREIER („Die Wiener rechtsphilosophische Schule“, Logos, Bd. XI, S. 310 ff; „Grundbegriffe und Grundformen des Rechts“, Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Bd. IV, 1923) fortgeführt. (Vgl. dazu auch die Abhandlung ERNST SEIDLER: „Die Theorie des Rechts und ihre Grenzen“, Philosophie und Recht, 1. Jahrg., 1. u. 2. Heft. 1920/21.)

IV.

Wenn die „Hauptprobleme“ im Anschluß an eine allgemein verbreitete Vorstellung das Recht als Willen des Staates bezeichnen und sohin den Rechtssatz als hypothetisches Urteil über den Willen des Staates zu eigenem Verhalten charakterisieren, so kann damit nichts anderes gesagt sein, als daß der Rechtssatz in der logischen Form der Bedingung und Folge zwei Tatbestände miteinander verknüpft und daß in der Behauptung, der Folgetatbestand sei vom Staate gewollt, nur die Zurechnung zum Staate als der Einheit des Inbegriffes aller Rechtssätze, die Beziehung auf die Einheit der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt. Der Rechtssatz besagt zunächst nichts anderes, als daß auf einen bestimmten Tatbestand als Bedingung ein bestimmter Tatbestand als Folge von rechtswegen gesetzt ist. Daß der Staat die Rechtsfolge „will“, bedeutet nur, daß dieser Tatbestand in der Einheit eines Systems von Rechtssätzen, bzw. rechtlich qualifizierten Tatbeständen begriffen wird. Das ist der eigentliche Sinn der Reduktion der Begriffe „Staat“ oder „Staatswille“ auf die Bedeutung von „Ordnungseinheit“, „Zurechnungs-“ oder „Beziehungspunkt“. Allerdings bringt die Darstellung der „Hauptprobleme“ diesen Sinn nicht klar und eindeutig genug zum Ausdruck. Obgleich mit der Charakterisierung des Staates und des Staatswillens als eines Zurechnungspunktes dessen Natur als eines bloßen Denkbehelfes ausdrücklich erkannt ist, so will es doch manchmal scheinen, als ob in dem Satze, das Recht sei Wille des Staates, wie dies die herrschende Lehre meint, irgendeine Begriffsbestimmung des Rechtes gelegen, mit dem „Vom Staate Gewollt-Sein“ irgend ein objektives Kriterium des Rechtes, ein Wesensmerkmal des Gesamttatbestandes Recht gegeben sei. Das ist aber nach Auflösung der Begriffe Staat und Staatswille zu bloßen Mitteln juristischer Erkenntnis unmöglich. Wenn die Darstellung der „Hauptprobleme“ diesem Mißverständnis Vorschub leistet, hat dies seinen Grund darin, daß das Verhältnis von Staat und Recht hier noch keine vollkommen befriedigende, den in den

„Hauptproblemen“ selbst schon geschaffenen methodischen Voraussetzungen entsprechende Lösung findet; worauf später noch zurückzukommen sein wird.

Diese Unstimmigkeit, die sich daraus ergibt, daß sich die „Hauptprobleme“ der vollen Konsequenzen des von ihnen aufgestellten Staatswillensbegriffes noch nicht zu bemächtigen verstehen, zeigt sich insbesondere in der Unterscheidung zwischen dem Rechtssatz im engeren und dem Rechtssatz im weiteren Sinne. Eine Begriffsbestimmung der Rechtsnorm, durch die die spezifische Differenz zur Moralnorm angezeigt wird, scheint nicht ohne Zuhilfenahme des Zwangsmomentes möglich zu sein. Das Recht ist dem Wesen nach eine Zwangsnorm im Sinne einer die Zwangsanzwendung unter Menschen regelnden, sohin zwanganordnenden Norm. Darum formulieren die „Hauptprobleme“ den Rechtssatz in der Weise, daß der im Nachsatz des hypothetischen Urteiles bestimmte Tatbestand ein Zwangsakt — Strafe oder Exekution — ist. Wenn aber neben diesem Rechtssatze, als dem Rechtssatz im engeren Sinne, ein Rechtssatz im weiteren Sinne unterschieden wird, der im Nachsatz auch andere Tatbestände als Zwangsakte dem Staate zurechnet, vom Staate als „gewollt“ darstellt, so soll sich darin die unleugbare Tatsache ausdrücken, daß der Staat nicht nur strafen und exequieren, daß er auch für Arme sorgen, Bahnen betreiben, Briefe befördern, etc. kann. Der Fall des staatlichen Zwangsaktes erscheint nur als ein Spezialfall des mit dem mannigfachsten Inhalt möglichen Staatsaktes, der Zwangsakt nur als einer von vielen Tatbeständen, die dem Staate zugerechnet werden können. Allein so zweifellos auch andere als Zwangsakte als Staatsakte möglich sind, so zweifellos erfolgt ihre Zurechnung zum Staate in einem ganz anderen Sinne als die Zurechnung des Zwangsaktes, der unter allen Umständen den bedingten Tatbestand in dem, wesentlich als Zwangsnorm formulierten, Rechtssatz bildet. Denn diese Zurechnung zum Staate ist nur die Beziehung auf die Einheit aller Zwangsnormen. Ein ganz anderer Staatsbegriff als jener, auf den sich der Rechtsakt im engeren Sinne bezieht, ist es, der dem Rechtssatz im weiteren Sinne zu Grunde liegt. Dort der formale Rechtswesensbegriff, der nichts anderes als die Einheit der Totalrechtsordnung als eines Systems zwanganordnender Normen besagt und den die Staatslehre im Auge hat, wenn sie vom Staat als „Träger“ des Rechtes spricht. Hier ein materieller Rechtsinhaltsbegriff des Staates als einer konkreten rechtlichen Institution, als einer Anstalt des Rechts, die neben anderen Anstalten besteht, eine durch ihren spezifischen Inhalt charakterisierte und individualisierte Teilrechtsordnung. Am einfachsten erhellt die fragliche Differenz daraus, daß der bedingte Tatbestand des Rechtssatzes im engeren Sinne als vom Staate gewollt, als

Staatsakt einzig und allein als Zwangsakt bestimmt ist, soferne eben Staatsordnung als Rechtsordnung soviel wie Zwangsordnung heißt, Akt des Staates gleichbedeutend ist mit Reaktion des Rechtes. Beim Rechtssatz im weiteren Sinne sind die im Nachsatz auftretenden Staatsakte Handlungen, die von rechtsinhaltlich in ganz bestimmter Weise qualifizierten Menschen gesetzt werden müssen, die hier der Einfachheit halber etwa als „Beamte“ bezeichnet werden sollen, womit aber ein höchst komplizierter positiv-rechtlicher Tatbestand umschrieben wird. Der von den „Hauptproblemen“ verwendete Begriff des Rechtssatzes im weiteren Sinne setzt — unzulässiger Weise — diesen Tatbestand, diesen Rechtsinhalt stillschweigend voraus, während er nichts anderes voraussetzen durfte, als den Begriff des Rechtes schlechthin. Mit diesem kommt man aber nicht über jenen Rechtssatz hinaus, der als Rechtssatz im engeren Sinne bezeichnet wird. — Ob und auf welche Weise neben den Zwang anordnenden Rechtssätzen solche konstituiert werden können, die das zwangvermeidende Verhalten statuieren, habe ich in einer Theorie der primären und sekundären Rechtssätze anzudeuten versucht (vgl. mein „Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes“, 1920, Seite 118). Eine intensive Weiterführung der Rechtssatzlehre — zum Teil in anderer Richtung, als ich selbst einschlug, — erfolgt in den bereits erwähnten Arbeiten von FELIX KAUFMANN und FRITZ SCHREIER. (Vgl. ferner: RUDOLF LÖBL „Zum Problem der reinen Rechtslehre“, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. III, S. 402 ff.)

V.

Eine bedeutsame Änderung, die das System der reinen Rechtslehre gegenüber seiner ersten Konzeption in den „Hauptproblemen“ erfahren hat, besteht darin, daß zu der statischen Rechtserkenntnis, die die „Hauptprobleme“ noch grundsätzlich als die ausschließliche Methode festhalten, eine dynamische Betrachtung ergänzend hinzugetreten ist. Zwar drohen schon die in den „Hauptproblemen“ gewonnenen Voraussetzungen die Vorstellung der Rechtsordnung als eines in sich ruhenden Systems genereller Normen zu sprengen. Indem die allstaatliche Natur des Rechtes und die allrechtliche Natur des Staates erkannt ist (Seite 253), indem festgehalten wird, daß es derselbe Staatswille ist, der in der als Inbegriff der generellen Rechtsnormen aufgefaßten Rechtsordnung und in den individuellen Akten der Vollziehung des „handelnden Staates“ erscheint (Seite 513), müssen alle Staatsakte, nicht nur die abstrakten Normen, sondern auch die konkreten Akte der sogenannten Vollziehung, die Akte der staatlichen Verwaltung und Gerichtsbarkeit, als Staatswillens-Akte und sohin als Rechts-Akte, d. h. aber als Inhalt von Rechts-sätzen begriffen werden. Diese letzte Forderung stellen die „Haupt-

probleme“ bereits ausdrücklich auf (S. 511), allein sie scheinen diese Forderung dadurch schon als erfüllt zu betrachten, daß die konkreten Staatsakte der Vollziehung in den generellen Rechtsnormen — in abstracto also — determiniert sind. Dennoch ist den „Hauptproblemen“ durchaus bewußt, daß zwischen der abstrakten Rechtsnorm und dem sie vollziehenden konkreten Staatsakt eine erhebliche inhaltliche Differenz besteht, daß der letztere nicht nur die in der abstrakten Norm statuierten Momente, sondern noch viel mehr, eine Fülle inhaltlicher Elemente, enthält, die die abstrakte Norm nicht bestimmt und gar nicht alle bestimmen kann und die daher aus der abstrakten Norm nicht etwa — wie mir mißverständlich unterstellt wurde — formallogisch deduziert werden können. Für den Vollzugsakt ist die Notwendigkeit rechtlicher Bestimmung durch die generelle Norm verbunden mit der Unvermeidlichkeit freien Ermessens. Das Verhältnis zwischen der generellen Rechtsnorm und dem individuellen Vollzugsakt wird mit dem Verhältnis zwischen abstraktem Begriff und konkreter Vorstellung verglichen. „Gerade so wie ein konkreter Baum um unzählig viel Eigenschaften mehr hat, als der Begriff Baum enthält, und dennoch in seiner Totalität, d. h. mit allen seinen unzähligen Eigenschaften Baum ist und gerade um der wenigen dem Begriffe wesentlichen Eigenschaften willen, so ist auch die konkrete Handlung des Organes“ — gemeint ist das staatliche Exekutivorgan — „in ihrer individuellen Mannigfaltigkeit und ihren besonderen Voraussetzungen Staatshandlung, dem Staate zuzurechnen, obgleich die Zurechnungsregel, der den staatlichen Willen zu der konkreten Handlung beinhaltende Rechtssatz“ — gemeint ist die generelle Norm — „keineswegs alle Elemente der zuzurechnenden Handlung und ihrer Voraussetzungen aufweist, wenn auch die Zurechnung nur insofern geschieht, als die im Rechtssatze ausgedrückten Elemente in der Handlung des Organes und ihren Voraussetzungen gegeben sind. Der Wille des Staates in der Rechtsordnung ist stets mehr oder weniger abstrakt, die Handlungen des Staates sind dagegen stets ganz und gar konkret.“ (S. 505/506.) Die Vollziehung erscheint zunächst als Konkretisierung der abstrakten Normen, die freilich allein als Rechtsordnung bezeichnet werden. Allein die konkreten Handlungen des Staates in der Vollziehung müssen — nach den eigenen Prämissen der „Hauptprobleme“ — Rechtsakte sein, da in ihnen derselbe Staatswille wie in den abstrakten Normen erscheint. So wie der konkrete Baum um der wenigen, dem abstrakten Begriffe entsprechenden Merkmale willen Baum, aber in seiner Totalität, mit allen seinen Merkmalen Baum ist, so muß der konkrete Staatsakt zwar wegen, nicht aber nur hinsichtlich seiner Entsprechung in bezug auf die generellen Normen Recht sein; er ist in seiner Totalität Recht. Die individuellen Staatsakte der

Vollziehung müssen als Rechtsnormen, und ihr den Inhalt der generellen Norm überschreitender Inhalt muß als Inhalt von Rechtsätzen begriffen werden, wenn er rechtlich überhaupt begriffen werden soll. Also muß die Rechtsordnung nicht nur die generellen, sondern auch die individuellen Rechtsnormen umfassen. Wenn die „Hauptprobleme“ diese handgreifliche Konsequenz ihrer eigenen Voraussetzungen noch nicht ziehen, so liegt dies wiederum daran, daß sie noch immer zwischen Staat und Recht irgendwie differenzieren zu müssen glauben, daß sie vor dem letzten Schritt nach dieser Richtung noch zurückschrecken.

Muß aber die generelle Rechtsnorm ebenso wie der individuelle Staatsakt im System des Rechtes einheitlich erfaßt werden, dann läßt sich die so postulierte Einheit des Systems zwischen genereller und individueller Rechtsnorm nicht in der Weise herstellen, daß man — statisch — die individuelle in der generellen Norm gleichsam in nuce beschlossen denkt. Denn die individuelle Norm geht ja voraussetzungsgemäß in ihrem Inhalt weit über den Inhalt der generellen Norm hinaus. Hier muß offenbar eine dynamische Betrachtung einsetzen, die gesuchte Einheit kann nur die Einheit einer Erzeugungsregel sein; die Rechtserzeugung selbst muß als rechtlich relevanter Tatbestand als Inhalt eines Rechtssatzes verstanden werden. Zwar sprechen die Hauptprobleme gelegentlich davon, daß die generellen Normen in der Vollziehung „aktualisiert“ werden (S. 511). Allein im wesentlichen halten sie doch an der Statik fest und sind daher außer stande, das Problem der Rechtserzeugung als Rechtsproblem einzusehen. Daher ja auch die Lehre von dem nichtstaatlichen und darum metarechtlichen Charakter der Gesetzgebung als der Erzeugung genereller Rechtsnormen, in welcher Auffassung sich die „Hauptprobleme“ durch ältere — allerdings von gewissen politischen Tendenzen getragene — Theorien bestätigt sehen.

Dennoch ist dieser Gedanke von der metarechtlichen Natur der Rechtserzeugung nicht ganz irrig. Der Fehler der „Hauptprobleme“ besteht nur darin, daß sie ihn zu früh einsetzen. Wenn das Recht auch die Möglichkeit hat, seine Erzeugung im Sinne seiner Fortbildung selbst zu normieren, ja selbst, wenn man in dieser rechtlichen Selbstbestimmung des Erzeugungsprozesses ein charakteristisches Merkmal des Rechtes erblicken will, so darf doch nicht übersehen werden, daß die — logisch — erste Rechtsnorm selbst nicht unter einer höheren ihre Erzeugung bestimmenden Rechtsregel stehen kann, daß die Grundnorm zwar als oberste, die Einheit des Gesamtsystems begründende Erzeugungsregel für die Setzung anderer Rechtsnormen auftritt, daß sie aber selbst als solche vorausgesetzt und nicht als rechtsnormgemäß gesetzt angenommen, ihre Erzeugung also als ein außerhalb des Rechtssystems stehender Tatbestand an-

gesehen werden muß. Schon in meiner 1913 erschienenen, hier bereits erwähnten Abhandlung „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ ist mir die Notwendigkeit einer dynamischen Betrachtung des Rechtes, das Werden (Erzeugen) der Norm neben dem Sein der Norm als Rechtsproblem deutlich zum Bewußtsein gekommen; und in der 1914 erschienenen Abhandlung „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“ (Archiv des öffentlichen Rechtes, 32. Bd., S. 216 ff.) habe ich den Begriff der Grundnorm als der die Einheit der Rechtsnorm begründenden Voraussetzung bereits deutlich dargestellt, freilich ohne die erst später entwickelte Unterscheidung zwischen der Grundnorm als der Verfassung im rechtslogischen Sinne und der Verfassung im positiv rechtlichen Sinne. Den Gedanken der Grundnorm als der Verfassung im rechtslogischen Sinne hat ALFRED VERDROSS in seiner 1916 erschienenen Abhandlung „Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers“ (Juristische Blätter, 45. Jahrg., S. 471 ff.) dadurch wesentlich weitergeführt, daß er sie als eine auf das Material des positiven Rechtes bezogene Hypothese nach Analogie der naturwissenschaftlichen Hypothese erkannte. Zur Frage der Bestimmung der Grundnorm als der Voraussetzung juristischer Erkenntnis hat LEONIDAS PITAMIC in seiner Abhandlung „Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft“ (Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht 1918, Bd. III, S. 339 ff.) wertvolle Beiträge geliefert. (Vgl. auch seine Abhandlung: „Eine juristische Grundlehre“, Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht 1918, Bd. III, S. 734 ff., „Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre“, Zeitschr. f. öffentl. Recht 1921, Bd. II, S. 683 ff., „Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-, Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen“, Zschr. f. öffentl. Recht 1923, Bd. III, S. ff.). Das Verdienst, die Rechtsordnung als ein genetisches System von Rechtsnormen erkannt und dargestellt zu haben, die in stufenweiser Konkretisierung von der Verfassung über Gesetz und Verordnung und sonstige Zwischenstufen bis zu den individuellen Rechtsakten der Vollziehung fortschreiten, gebührt ADOLF MERKL. Dieser hat in einer Reihe von Arbeiten („Das doppelte Rechtsantlitz“, Juristische Blätter, 1917; „Das Recht im Lichte seiner Anwendung“ 1917; „Die Rechtseinheit des österreichischen Staates“, Archiv des öffentlichen Rechtes 1918, Bd. 37; „HANS KELSENS System einer reinen Rechtslehre“, Archiv des öffentlichen Rechtes 1921, Bd. 41; „Die Lehre von der Rechtskraft“, Wiener staatswissenschaftliche Studien, Bd. 15, Heft 2, 1923) diese Stufentheorie des Rechtes, als Theorie der Rechtsdynamik, in energischer Weise gegen das noch in den „Hauptproblemen“ festgehaltene Vorurteil von dem nur im generellen Gesetz enthaltenen Recht ins Feld geführt und den ins Absolute erstarrten Gegensatz von Gesetz und Vollziehung, Rechtserzeugung und Rechtsanwendung genereller und individueller, abstrakter und konkreter Norm

relativiert. Gestützt auf die Arbeiten MERKLS und VERDROSS' habe ich in meinen späteren Schriften die Stufentheorie als einen wesentlichen Bestandteil in das System der reinen Rechtslehre aufgenommen.

VI.

Ihr wichtigster Fortschritt, zu dem allerdings so gut wie alle Voraussetzungen schon von den „Hauptproblemen“ gewonnen sind, ist die Erkenntnis der Einheit von Staat und Rechtsordnung. Als relativ höchste Zwangsordnung menschlichen Verhaltens ist der Staat mit der Rechtsordnung ident; als „Erzeuger“ oder „Träger“ der Rechtsordnung, sowie als der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt von Pflichten und Ordnung ist er nur die Personifikation, nur der Ausdruck für die Einheit dieser Ordnung. Schon die „Hauptprobleme“ lehnen einen metarechtlichen Staatsbegriff entschieden ab und betonen mit Nachdruck die „allrechtliche Natur des Staates“ (S. 253). Insbesondere aber schalten sie eine Grundvorstellung aus, die eine Hauptstütze der herrschenden dualistischen Theorie von Staat und Recht bildet: die Anschauung, daß der Staat als historisch dem Recht vorangehendes Faktum das Recht erzeuge (vgl. S. 406). Der Staat wird für die Staatsrechtslehre nicht als eine in der Kette von Ursache und Wirkung stehende natürliche Realität anerkannt. Es wird — wenn vielleicht auch noch nicht mit voller Klarheit — die methodische Forderung vorausgesetzt, ihn, als Rechtswesen, juristisch zu konstruieren, d. h. rein rechtlich zu bestimmen. Als Person wird der Staat von den „Hauptproblemen“ nur als Endpunkt einer rechtlichen Zurechnung, als Denkbehelf spezifisch juristischer Erkenntnis eingesehen. Daß der Staat nur Ausdruck für die Einheit der Rechtsordnung, nur ihre Personifikation sei, wird in den „Hauptproblemen“ sowie in den unmittelbar an sie sich anschließenden Schriften („Über Staatsunrecht“, GRÜNHUTS Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 1913, S. 114, ebenso in den bereits erwähnten Abhandlungen: „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ und „Reichsgesetz und Landesgesetz“) wiederholt ausgesprochen. Allein der Mangel voller Einsicht in das Wesen der Personifikation verhindert die Erkenntnis, daß das personifizierte Objekt und seine Personifikation nicht zwei verschiedene Gegenstände, sondern nur ein Gegenstand und ein Mittel der Erkenntnis ist. Zwar kommen die „Hauptprobleme“ dem richtigen Resultate schon ganz nahe: „Die staatliche Natur des Rechtes und die rechtliche Natur des Staates bedeutet materiell nichts Verschiedenes; es sind nur die beiden Seiten einer Medaille; den Kernpunkt oder Inhalt bildet die substanzielle, nicht formale Identität von Recht und Staat“ (S. 253). Die Unterscheidung von Form und In-

halt ist hier offenbar nur der unbeholfene Ausdruck für das im Wesen richtig erfaßte Verhältnis. Doch kommen die „Hauptprobleme“ in ihrer endgültigen Darstellung dieses Verhältnisses noch nicht über die Formel hinaus: „Staat und Recht müssen zweifellos als zwei verschiedene Seiten derselben Tatsache betrachtet werden“ (S. 406). Daß hier dasjenige, was im Wesen schon als ident begriffen wird, doch wieder als verschieden behauptet, daß die schon erreichte Einsicht in die Identität ängstlich wieder zurückgenommen wird, hat auch seinen Grund in dem schon früher festgestellten Vorurteil des zu engen, nur auf die generellen Rechtsnormen beschränkten Begriffes der Rechtsordnung. Mit einer solchen Rechtsordnung kann der Staat nicht identisch sein, der besonders deutlich gerade in den individuellen Rechtsakten in die Erscheinung tritt. Ganz abgesehen davon, daß unter den vielen Bedeutungen des Wortes „Staat“ die meisten einen engeren oder weiteren Sinn haben als der Begriff der Rechtsordnung, und die „Hauptprobleme“ sich noch nicht für einen entscheiden konnten, wenn sie auch vornehmlich auf den Staat der allgemeinen Staatslehre, den mit der Rechtsordnung identischen Staat zielen.

Den entscheidenden erkenntnis-theoretischen Gesichtspunkt, von dem allein aus die richtige Einstellung der Begriffe Staat und Recht möglich war, gewann ich durch COHENS KANT-Interpretation, insbesondere durch seine „Ethik des reinen Willens“. Eine 1912 in den Kantstudien erschienene Besprechung meiner „Hauptprobleme“, in denen dieses Werk als ein Versuch anerkannt wurde, die transzendente Methode auf die Rechtswissenschaft anzuwenden, hatte mich auf weitgehende Parallelen aufmerksam gemacht, die zwischen meinem Begriffe des juristischen Willens und den mir bis dahin nicht bekannten Aufstellungen COHENS bestanden. Nunmehr ergab sich mir als bewußte Konsequenz der erkenntnistheoretischen Grundeinstellung COHENS, der zufolge die Erkenntnisrichtung den Erkenntnisgegenstand bestimmt, der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird, daß der Staat, soferne er Gegenstand juristischer Erkenntnis ist, nur Recht sein kann, weil juristisch erkennen oder rechtlich begreifen nichts anderes bedeutet, als etwas als Recht begreifen. Dazu brachte mir auch VAHINGERS Analyse der personifikativen Fiktionen (Philosophie des ALS-OB) manche Aufklärung, indem ich auf analoge Situationen in anderen Wissenschaften aufmerksam wurde. Auch die von mir schon gelegentlich in den „Hauptproblemen“ gezogene Analogie der Personifikation des Universums in Gott zu der des Rechtes im Staat, sowie die in meiner 1913 erschienenen Schrift „Über Staatsunrecht“ begonnene Parallelisierung zwischen Problemen der Theologie und der Jurisprudenz (Theodizee und Staatsunrecht) erhielt von hier aus neue Anregung. In der 1916 erschienenen Abhandlung „Die Rechts-

wissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ und in dem 1919 erschienenen Aufsatz „Zur Theorie der juristischen Fiktionen“, insbesondere aber in dem Buche „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes“ macht sich diese erkenntnistheoretische Vertiefung bereits geltend.

Speziell die letztgenannte Arbeit bringt die für das Verhältnis von Staat und Recht überaus wichtige Lösung des Problems eines einheitlichen Personenbegriffes. Zwar betonen schon die „Hauptprobleme“ nachdrücklichst einerseits den Gegensatz von Person und Mensch, andererseits daß zwischen der sogenannten „physischen“ und der sogenannten juristischen Person kein Unterschied bestehen, daß es für juristische Betrachtung nur juristische Personen geben könne und daß insbesondere der Staat als juristische Person das gleiche sein müsse wie alle anderen Rechtspersonen. Allein dieser Personenbegriff ist erst postuliert, nicht eigentlich erfüllt. Darum bietet sich den „Hauptproblemen“ eine Schwierigkeit, die erst im „Problem der Souveränität“ überwunden wird, und nach deren Überwindung der Weg zur Einheit von Recht und Staat frei wird. Daß der Staat als „Träger“ der Rechtsordnung nur der Ausdruck für deren Einheit sei, das ist schon den „Hauptproblemen“ klar. Allein der Staat als Person, d. h. als Subjekt von Pflichten und Rechten, scheint als ein der Rechtsordnung unterworfenen Wesen von dieser verschieden zu sein, sich mit ihr nicht identifizieren zu lassen. Zumal der Staat als Rechtssubjekt den anderen Personen, insbesondere den physischen Personen, gleichgeordnet sein muß, während der Staat als Rechtsordnung diesen Subjekten — soferne er sie als Autorität verpflichtet — übergeordnet scheint („Hauptprobleme“ S. 648). Allein diese „Überordnung“ der Rechtsordnung, in der sich die Verpflichtung, die rechtliche Bindung äußert, bezieht sich nicht auf die „Personen“, sondern die Menschen. In diesem Sinne werden nur Menschen von der Rechtsordnung verpflichtet, in diesem Sinne „haben“ nur Menschen Pflichten oder Rechte, soferne eben menschliches Verhalten den Inhalt der Rechtsnormen bildet. Die „Person“ — die physische wie die juristische — ist nichts anderes als die Personifikation eines Komplexes menschliches Verhalten statuierender Normen; speziell die physische Person die Personifikation der einen bestimmten Menschen verpflichtenden Rechtsnormen. Die Person „hat“ daher in einem ganz anderen Sinne Pflichten und Rechte als der Mensch. Daß der Mensch Rechtspflichten hat, bedeutet, daß dieses Menschen Verhalten in spezifischer Weise Inhalt von Rechtsnormen ist. Daß eine Person Pflichten hat, bedeutet, daß ein als Rechtspflicht statuiertes menschliches Verhalten auf die Einheit eines Normensystems bezogen wird, mit anderen, menschliches Verhalten normierenden Rechtssätzen in der Einheit eines Systems steht.

Es kann eigentlich gar nicht davon die Rede sein, daß die Rechtsordnung Personen verpflichtet, denn die Personen sind nur Teilrechtsordnungen und stehen zur Totalrechtsordnung nicht in der Relation der Über- und Unterordnung, sondern des Teiles zum Ganzen; mit Ausnahme der Staatsperson, die nur der Ausdruck der Ganzheit selbst ist und die gerade darum, weil und insofern sie Rechtsordnung ist, Pflichten und Rechte „hat“ im Sinne von „enthält“. An Stelle des Dualismus eines der Rechtsordnung gegenüber, somit außerhalb des Rechtssystems stehenden Menschen, der juristisch begriffen werden soll und doch — sofern er eben außerhalb des Rechtssystems fällt — nicht begriffen werden kann —, treten menschliche Handlungen und Unterlassungen als Inhalt von Rechtsnormen; und diese Rechtsnormen, nach verschiedenen Gesichtspunkten zusammengefaßt und personifiziert, ergeben die juristische Person. So zeigt sich, daß erst mit der Gewinnung des einheitlichen Personenbegriffes: Personifikation von Normen, die Identität des Staates, auch soferne er Rechtssubjekt ist, d. h. Pflichten und Rechte hat, mit der Rechtsordnung einzusehen ist.

Nunmehr fällt aber auch von der Theorie der sogenannten Selbstverpflichtung des Staates die letzte Hülle, und diese zeigt sich erst ganz als die Scheinlösung eines Scheinproblems. Schon die „Hauptprobleme“ lehnen diese Theorie, die die Existenz von Rechtspflichten des Staates dadurch erklären will, daß sie den Staat eine Rechtsordnung aufstellen und ihn dann selbst dieser Rechtsordnung sich unterstellen läßt, damit ab, daß eine solche Aufstellung der Rechtsordnung durch den Staat, als Erzeugung des Rechtes durch den Staat, weil begriffswidrig, unmöglich sei. Erkennt man die juristische Person als Personifikation eines Normenkomplexes und versteht man dadurch erst, in welchem Sinne eine Person Pflichten „haben“ kann, dann durchschaut man erst die Selbstverpflichtungstheorie, die einen metarechtlichen Staat sich selbst — wie einem Menschen — Pflichten auferlegen läßt, als unzulässige Hypostasierung einer Personifikation und als eine jener irreführenden Verdoppelungen, die VAHINGERS Theorie der Fiktionen so treffend aufgezeigt hat (vgl. dazu „Problem der Souveränität“ S. 18, 190 ff.).

Erst von der erkenntnistheoretischen Position aus, die zur Einsicht in die Einheit von Staat und Recht führt, gelangt man auch zu der vollständigen Ueberwindung der sogenannten Zwei-Seiten-Theorie, der zufolge der Staat eine naturhafte, in der kausalbestimmten Welt des Seins existente soziale Realität, anderseits aber ein Rechtswesen, eine juristische Person, somit Gegenstand zweier methodologisch völlig disparater Betrachtungsweisen einer kausalwissenschaftlichen Soziallehre und einer normativen Rechtslehre, sei. Die schon in den „Hauptproblemen“ aufgestellte

Behauptung der „allrechtlichen Natur des Staates“ gewinnt erst ihre logische Fundierung in dem Grundsatz, daß ein und derselbe Erkenntnisgegenstand nicht durch zwei voraussetzungsgemäß völlig auseinanderfallende Erkenntnisrichtungen, wie es die kausale Seins- und die normative Soll-Betrachtung sind, bestimmt werden kann. COHENS Behauptung, alle Staatslehre könne nur Staatsrechtslehre sein, muß sich — wenn auch in einem nicht so ethisch naturrechtlichen Sinne, wie sie gemeint war, sondern ganz und gar positivistisch bewähren. Schon die „Hauptprobleme“ und die gleichfalls schon 1911 erschienene Schrift „Über Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Methode“ stellen einen Staatsbegriff im Sinne kausalwissenschaftlich bestimmter Realität in Frage und schließen von vorneherein aus, daß der Staat der normativen Rechtslehre, der im Reiche des rechtlichen Sollens seine spezifische Existenz hat, zugleich der Staat einer kausalwissenschaftlich orientierten Soziologie sei, die ihren Gegenstand nur in der Wirklichkeit der Natur findet. Allerdings machen sich die „Hauptprobleme“ gelegentlich selbst eines Rückfalles in eine ganz ähnliche Zwei-Seiten-Theorie schuldig, wenn sie Recht und Staat als zwei Seiten eines und desselben Dinges — welches? — behaupten oder das Recht als die normale Soll-Form eines Phänomens bezeichnen, dessen Inhalt die natürlich realen, kausalgesetzlich determinierten Seinsvorgänge des sozialen Lebens sind (S. 42, 92). Diese Auffassung ist gewiß unhaltbar, weil schon mit dem vorausgesetzten Gegensatz zwischen Sein und Sollen unvereinbar und von mir bereits in meiner Abhandlung „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft“ aufgegeben. In voller Trennung der normativen von der Kausalerkenntnis bringen dann meine späteren Arbeiten, so „Das Problem der Souveränität“ und insbesondere das dem Verhältnis von Staat und Recht gewidmete Werk „Der soziologische und juristische Staatsbegriff“ (1922), das schon 1911 gestellte Problem durch den Nachweis zur Lösung, daß der Begriff des Staates anders denn als Rechtsbegriff nicht möglich ist und daß auch die Soziologie im Grunde nur diesen Rechtsbegriff meint.

In der traditionellen Staatslehre bildet der Mensch in seiner Vielheit als „Staatsvolk“ neben dem Staatsgebiet und der Staatsgewalt ein sogenanntes Element des Staates. Aber so wie der „Mensch“ für die reine Rechtslehre — die zugleich die reine Staatslehre ist — nicht als der Mensch biologisch-psychologischer Erkenntnis, nicht als ein der Rechtsordnung gegenüberstehendes, außerhalb des Systems des Rechtes und sohin in einem rechtsfremden System stehendes Objekt in Betracht kommen kann, sondern an die Stelle dieses „Menschen“ menschliches Verhalten als Inhalt von Rechtsnormen treten muß, so muß auch das andere Element des Staates, sein Gebiet, aus seiner Stellung als natürlich-geographi-

sche Realität, so wie es für gewöhnlich in der Staatslehre aufgefaßt wird — in den Rechtsbereich transponiert, mit dem Staatsvolk gleichsam auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden. Es muß als örtlicher Geltungsbereich der die staatliche Ordnung bildenden Rechtsnormen begriffen werden. Daß die Staats-„Gewalt“, unter diesem einheitlichen Gesichtspunkt betrachtet, nur die verbindliche Geltung der Rechtsordnung oder diese Rechtsordnung selbst oder ein spezieller Inhalt derselben, etwa die von ihr statuierten Zwangsakte, nicht aber irgend welche natürliche Realität sein kann, versteht sich von selbst. (Vgl. dazu: „Problem der Souveränität“, S. 72 ff. und „Der soziologische und juristische Staatsbegriff“, S. 84 ff.) Zur Reform der Lehre von den Elementen des Staates hat WALTER HENRICH in seiner Schrift „Theorie des Staatsgebietes“, 1922 wertvolle Beiträge geliefert. (Vgl. auch seine Abhandlung „Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft“, Zeitschr. f. öffentl. Recht 1921, Bd. II, S. 131 ff.)

Damit, daß dem Staat als normativer Rechtsordnung, als einem ideellen System gültiger Normen seine Stellung im Bereich des Geistes angewiesen ist, soll jedoch durchaus nicht das Problem übersehen werden, das sich daraus ergibt, daß dieser ideellen Geltung irgendwie im System der Ursachen und Wirkungen, im System der Natur also, irgend etwas korrespondiert. So verschieden die Rechtsnorm als spezifischer Sinngehalt von dem psychischen Akte ist, der sie trägt, so ist doch die Tatsache zu verzeichnen, daß nur wirksame, d. h. von motivierenden Vorstellungen oder Wollungen getragene Normen als gültig vorausgesetzt werden. Die uralte Frage nach dem Verhältnis von Macht und Recht, die sich ihrem Sinne nach ausschließen und doch irgendwie aufeinander bezogen sind, hat hier ihre Wurzel, und hier gipfelt auch das schwierige Problem der Rechtspositivität. Den Versuch einer Lösung — sofern solchem Problem gegenüber auf Lösung überhaupt Aussicht ist — bringt die bereits erwähnte Schrift „Der soziologische und juristische Staatsbegriff“.

Die letzte Einsicht in das Verhältnis von Recht und Staat dieses Kernproblem unserer Wissenschaft, mag man sie nun als Staats- oder als Rechtslehre auffassen, war nur auf dem Wege der Erkenntniskritik zu gewinnen. Gerade nach dieser Richtung hat sich FRITZ SANDER durch seine Arbeiten: „Rechtswissenschaft und Materialismus“ (Juristische Blätter, 1918), „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung“ (Zeitschr. f. öffentl. Recht 1919, Bd. I, S. 132 ff.), „Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens“ (Zeitschr. f. öffentl. Recht 1920, Bd. I, S. 468 ff.), „Alte und neue Staatsrechtslehre“ (Zeitschr. f. öffentl. Recht 1921, Bd. II, S. 176 ff.) Verdienste erworben. Es ist insbesondere die Aufdeckung der Analogie zwischen

dem Substanzbegriff der Naturwissenschaft und dem Staatsbegriff sowie der Versuch, die Parallele zwischen Recht und Naturwissenschaft überhaupt zu vertiefen, die aufklärend gewirkt haben. Dies anzuerkennen wird mich weder der sachliche Gegensatz noch die persönliche Feindschaft verhindern, in die der genannte Autor in seinen späteren, die Richtung der reinen Rechtslehre verlassenden Schriften sich gegen mich stellen zu sollen geglaubt hat. (Vgl. dessen Schrift „Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechts erfahrung“, Zeitschr. f. öffentl. Recht 1921, Bd. II, S. 511 ff. und meine Gegenschrift „Rechtswissenschaft und Recht“ 1922; dann desselben „Staat und Recht, Prolegomena zu einer Theorie der Rechts erfahrung“, Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Bd. I. 1922, „KELSENS Rechtslehre“ 1923. Dazu FELIX KAUFMANN, „Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre“, Zeitschr. f. öffentl. Recht 1922, Bd. III, S. 236 ff. und EMANUEL WINTERNITZ, „Zum Streit um KELSENS Rechtslehre“, Juristische Blätter, 1923, „Zum Gegenstandsproblem der Rechtstheorie“, Zeitschr. f. öffentl. Recht, 1923, Bd. III, S. 684 ff.)

VII.

Die Untersuchungen der „Hauptprobleme“ beziehen sich nur auf die einzelstaatliche Rechtsordnung und lassen das Verhältnis der einzelnen Staaten zueinander sowie zur Völkerrechtsordnung außer Frage. Die Darstellung dieses Verhältnisses in meiner Abhandlung über „Staatsunrecht“ entfernt sich noch in keiner Weise von der konventionellen Anschauung, daß Völkerrecht und einzelstaatliche Rechtsordnung zwei voneinander verschiedene, in keinem Einheitsbezug stehende Systeme seien. Zwar untersucht die folgende Abhandlung über „Reichsgesetz und Landesgesetz“ schon grundsätzlich das Problem des Verhältnisses zwischen zwei Rechtsnormenkomplexen und kommt aus rechtslogischen Erwägungen zur Forderung ihrer Einheit, wobei diese Einheit durch Über- bzw. Unterordnung des einen Normenkreises unter den anderen hergestellt wird (S. 206 ff., 213 ff.), allein eine Nutzenanwendung wird nur für das Verhältnis von Reichs- und Landesrecht, also nur innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnung gezogen. Das Problem des Verhältnisses von Staats- und Völkerrecht vom Standpunkt der reinen Rechtslehre zum erstenmal gestellt zu haben ist das Verdienst von ALFRED VERDROSS. In seiner 1914 erschienenen Abhandlung „Zur Konstruktion des Völkerrechtes“ (Zeitschr. f. Völkerrecht, Bd. VIII, S. 329 ff.) unterscheidet er die Möglichkeit, entweder das Völkerrecht vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung als deren Bestandteil zu begreifen, oder aber umgekehrt die einzelstaatlichen Rechtsordnungen dem Völkerrecht unterzuordnen bzw. einzugliedern. Während er aber in dieser Ab-

handlung die dualistische Konstruktion eines beziehungslos neben den einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehenden Völkerrechtes noch nicht ausschließt, stellt er in seiner 1920 erschienenen Schrift „Die völkerrechtswidrigen Kriegshandlungen und der Strafanspruch der Staaten“ ausdrücklich die Forderung, „daß Völkerrecht und Landesrecht in einem einheitlichen Rechtssystem enthalten sein müssen“ (S. 41 ff.). Den Gedanken, daß das Völkerrecht, um Recht zu sein, nur in dem gleichen System mit den einzelstaatlichen Rechtsordnungen begriffen werden könne, daß die Einheit des gesamten Völkerrecht wie einzelstaatliche Rechtsordnung umfassenden Systems die notwendige Konsequenz der Einheit des Standpunktes juristischer Erkenntnis sei, und die Folgerungen für den Begriff der Souveränität habe ich dann, gestützt auf die VERDROSSschen Untersuchungen, in meinem Buch über das „Problem der Souveränität“ näher ausgeführt. Während ich aber die theoretische Gleichberechtigung des Primates der Völkerrechtsordnung mit dem Primat einzelstaatlicher Rechtsordnung, als zweier gleichmöglicher sich allerdings gegenseitig ausschließender juristischer Hypothesen zur erkenntnismäßigen Herstellung der Einheit des gesamten Rechtssystems, annehme, will VERDROSS die Einheit des Rechtes ausschließlich vom Völkerrecht her gewinnen. (Vgl. seine Abhandlung „Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechtes“, Zeitschr. f. internationales Recht, 29. Bd., S. 65 ff. und sein neuestes Werk „Die Einheit des rechtlichen Weltbildes“ 1923. Ferner JOSEF L. KUNZ, „Völkerrechtswissenschaft und reine Völkerlehre“, Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Bd. III. 1922.)

* * *

Die reine Rechtstheorie, zu der die „Hauptprobleme“ einen Grundstein legen durften, ist das gemeinsame Werk eines stetig sich erweiternden Kreises theoretisch gleich gerichteter Männer. Das Interesse an ihr geht heute schon über die Grenzen der deutschen Wissenschaft hinaus. Vielleicht darf ich daraus die Hoffnung schöpfen, daß ihr Bemühen, die Probleme der Rechts- und Staatslehre philosophisch zu vertiefen, mit den analogen Problemen anderer Wissenschaften zu verbinden, unsere Wissenschaft so aus ihrer ungesunden Isolierung zu befreien und als vollwertiges Glied in das Wissenschaftssystem einzustellen, auch bei ihren Gegnern Verständnis finden wird.

Wien, im September 1923.

Hans Kelsen.

Inhaltsverzeichnis.

Vorrede zur zweiten Auflage Seite V—XXIII

I. Buch.

Voruntersuchungen.

I. Kapitel. Naturgesetz und Norm	3—33
Der Sprachgebrauch des Wortes „Gesetz“. — Naturgesetz und Norm. — Die Herkunft des Gesetzesbegriffes. — Normativ und explikativ. — Der normative Charakter der Rechtswissenschaft im Sinne des modernen Positivismus	9—7
Der Gegensatz von Naturgesetz und Norm zurückgeführt auf den Gegensatz von Sein und Sollen. — Das Wesen des „Sollens“. — Wechselbeziehungen zwischen Sein und Sollen. — Die formal-logische Unableitbarkeit des Sollens aus dem Sein. — Die materiell-psychologischen Relationen zwischen dem Inhalt des Sollens und dem des Seins. — Die „normative Kraft des Faktischen“ oder die Entstehung des Sollens aus dem Sein. — Die Zerstörung des Sollens durch das Sein. — Sollen und Wollen. — Der objektive Charakter des rechtlichen Sollens	7—11
Das Geltungsgebiet von Naturgesetz und Norm. — Die „Geltung“ von Naturgesetz und Norm. — Die „Geltung“ und die „Wirkung“ der Norm. — Die „Anwendung“ der Norm. — Das Wesen der Billigung und Mißbilligung oder der subjektiven „Beurteilung“. — Das Verhältnis von Normanwendung und subjektiver Beurteilung bei autonomer und bei heteronomer Gesetzgebung. — Kennen und Anerkennen der Norm. — Identität von Kennen und Anerkennen der Norm bei autonomer Gesetzgebung	11—19
Abschwächung des Gegensatzes von Sein und Sollen, Naturgesetz und Norm für das Gebiet autonomer Gesetzgebung. — Ergebnis der auf Inhalt und Entstehung gerichteten soziologischen Betrachtung: Inhalt des Sollens ein qualifiziertes Sein. — Das Sollen als subjektiver Trieb im Individuum. — Die Objektivierung der subjektiven Norm. — Das der Norm in diesem Sinne innewohnende Moment des psychischen Zwanges. — Das Verhältnis von Naturgesetz und Norm für die soziologisch-psychologische Betrachtung. — Die Normen als „besondere Formen der Verwirklichung von Naturgesetzen“. — Die Opposition gegen die KANT-FICHTESCHE Formulierung des Sittengesetzes oder gegen die Unabhängigkeit des Sollens vom Sein. — Die Formulierung SCHLEIERMACHERS	19—27

	Seite
Das Verhältnis von Naturgesetz und Norm zur Gesetz-, resp. Normwidrigkeit. — Naturgesetz im exakten Sinne und im Sinne einer Regel mit Ausnahmen. — Die Ausnahmslosigkeit der Norm. — Das Nichtbefolgtwerden einer Norm, ein Versagen ihrer „Wirkung“, keine Ausnahme ihrer „Geltung“. — Die Normwidrigkeit, eine Ausnahme der die „Wirkung“ der Norm konstatierenden Regel. — Unterscheidung dieser Regel von der Norm. — Das Sittengesetz als moralisch-diätetische Regel. — Der Zweck von Norm und Naturgesetz. — Die möglichen Formen, in denen die Norm ihren Zweck verfolgt. — Das Sittengesetz als Objekt der Soziologie. — Normative und explikative Ethik. — Möglichkeit beider Methoden. — Schwierigkeit und fraglicher Wert einer scharfen Trennung beider für Gebiete autonomer Gesetzgebung	27—33
II. Kapitel. Sittengesetz und Rechtsnorm	33—57
Möglichkeit und Notwendigkeit einer rein normativen Methode für die Rechtsbetrachtung. — Die heteronome Natur des Rechtes. — Ähnlichkeit zwischen Recht und Moral in der Periode gewohnheitlicher Rechtsbildung. — Prinzipieller Gegensatz zwischen Recht und Moral. — Die Anwendbarkeit der Rechtsnorm: Recht und Gericht. — Die „Konventionalregel“ STAMMLERS. — Die Verdrängung der gewohnheitlichen Rechtsbildung durch die Gesetzgebung. — Bedeutung für die Erkenntnis der heteronomen Natur des Rechtes und die Methode der Jurisprudenz. — Die scheinbar autonome Natur des Gewohnheitsrechtes. — Der Staat als außerindividuelle Autorität Träger des Rechtes. — Ablehnung der für die autonome Moral charakteristischen Selbstverpflichtung für das Gebiet des heteronomen Rechtes. — Die Unabhängigkeit des objektiven rechtlichen Sollens vom subjektiven Wollen im Gegensatz zur Identität von Norm und Pflicht im Bereiche der Moral. — Konsequenz für die Methode. — Notwendige Einseitigkeit der formalen, normativ-juristischen Betrachtung. — Die Rechtsnorm niemals Regel tatsächlichen Geschehens. — Ablehnung der psychologisch-genetischen Methode für die Jurisprudenz. — Verhältnis von objektiver Norm und subjektivem normentsprechendem Wollen beim Recht umgekehrt wie bei der Moral. — Kennen der heteronomen Rechtsnorm nicht notwendig deren Anerkennen. — Mangel des psychischen Zwanges als einer wesentlichen Eigenschaft der Rechtsnorm. — Rechtsnorm und Naturgesetz. — Die Anerkennung als Geltungsgrund für die Rechtsnorm. — Vorläufige Kritik der Anerkennungstheorie. — Die Zerstörung rechtlichen Sollens durch ein qualifiziertes Sein (Derogierung von Gesetzesrecht durch entgegenstehende Gewohnheit). — Das tatsächliche Befolgtwerden nicht zum Wesen der Rechtsnorm gehörig. — Methodologische Bedeutung dieses Kriteriums. — Der Rechtssatz wird nicht zerstört durch Nichtbefolgung, sondern durch Nicht-Anwendung. — Metajuristische Natur dieser Tatsache	33—51
Rechtsnorm und Rechtswidrigkeit. — Das Unrecht keine Ausnahme von der Geltung der Rechtsnorm, sondern von der die Wirkung der Rechtsnorm konstatierenden Regel: das Unrecht als Anwendungsfall für den Rechtssatz. — Die Generalprävention: der nur vom explikativen	

- Standpunkte der Sozialpsychologie zu erfassende soziale Zweck der Rechtsordnung. — Die für die formal-juristische Konstruktion in Betracht kommende Funktion der Rechtssatzes: Reaktion gegen das Unrecht. — Die für die Jurisprudenz unrichtige Anschauung von dem höheren normativen Charakter gewisser Rechtssätze 51—57
- III. Kapitel. Das Verhältnis von kausaler teleologischer und normativer Betrachtung. — Der Zweck im Recht** 57—94
- Der Zweck. — Der angebliche Gegensatz zwischen Kausalität und Teleologie. — Die Anschauung STAMMLERS. — Ihre Widerlegung. — Jede Zweckvorstellung schließt die Kausalvorstellung ein. — Die Vorstellung einer möglichen Wahl. — Die Relation zwischen Ursache und Wirkung einerseits — Mittel und Zweck andererseits. — Zweck und Kausalprinzip, gemeinsam dem Satze von Grunde unterordnet, dienen beide der Erklärung des Geschehens. — Gegensatz der auf Erklärung des Seins gerichteten (explikativen) kausalen und teleologischen Betrachtung zu der auf das Sollen gerichteten normativen. — Das Verhältnis zwischen teleologisch und normativ. — Norm und Zweck. — Zweck (im subj. Sinne): das Gewollte, Zweck (im obj. Sinne): das Bewirkte, niemals: das Gesollte. — Norm und Wert. — Wert im subjektiven Sinne Funktion des Wollens. — Wert im objektiven Sinne Funktion des Sollens (Verhältnis zur Norm). — Der Zweck der Norm als Ergebnis teleologischer Betrachtung derselben. — Unterscheidung der Frage nach dem Zweck der Norm von der Frage nach dem durch die Norm statuierten Sollen. — Unterscheidung einer materiell- und einer formal-normativen Problemstellung. — Bedeutung der letzteren für die Jurisprudenz. — Identität, von Zweck und Wirkung der Norm. — Vom Standpunkte kausaler ebenso wie teleologischer Betrachtung ist die Norm Gegenstand explikativer Disziplinen 57—72
- Die Zurechnung: eine von der kausalen und teleologischen wesensverschiedenen Verknüpfung von Elementen. — Die Bestandteile der Norm: Normsubjekt und Normobjekt. — Deren spezifische Verbindung durch das „Sollen“. — Die Zurechnung eine Verknüpfung der Elemente auf Grund der Norm. — Die rechtliche Zurechnung. — Sie beruht weder auf einem kausalen noch einem teleologischen Zusammenhange. — Die Rechtsnorm das ausschließliche Prinzip rechtlicher Zurechnung. — Die moralische Zurechnung. — Zurechnung und „Wille“. — Die wirtschaftliche Zurechnung. — Die Zurechnung zum Recht und die Zurechnung zur Pflicht. — Personifikation durch Zurechnung: Person ist Zurechnungssubjekt . . . 72—84
- Die Bedeutung des Zweckmomentes für die juristische Begriffskonstruktion. — Stand der Frage in der gegenwärtigen Literatur. — Stellungnahme der Vertreter der organischen und der anorganischen Staatsrechtstheorie. — Widersprüche innerhalb beider Gruppen und bei einzelnen Autoren. — Insbesondere IHERINGS „Zweck im Recht“. — Zulässigkeit der teleologischen Begriffsbildung für die historisch-soziologische (naturgeschichtliche) Untersuchung. — Ablehnung derselben für die formal-normative Betrachtung der dogmatischen Rechtswissenschaft. — Verbindung von formalen und materiellen

Elementen in den Rechtsbegriffen. — Möglichkeit und Notwendigkeit rein formaler juristischer Konstruktion. — Die Jurisprudenz „eine Geometrie der Rechtserscheinung“. — Zurückweisung des Vorwurfs eines scholastischen Formalismus 84—94

II. Buch.

Die objektive Erscheinungsform des Rechtssatzes.

I. Abteilung.

Der Wille im Recht.

- IV. Kapitel. Der psychologische Wille** 97—121
- Einleitung: Das objektive Recht als Wille des Staates. — Das Recht als Wille außerstaatlicher Faktoren. — Insbesondere das Recht als Volkswille oder Volksüberzeugung. — Das Problem des Gewohnheitsrechtes. — Die dualistische Konstruktion des objektiven Rechtes. — Das objektive Recht ausschließlich als Wille des Staates; — auch das Gewohnheitsrecht. — Die Konventionalregel HATSCHKES . . . 97—106
- Die Bedeutung des Willensbegriffes. — Die Unbrauchbarkeit des von der Psychologie gelieferten Willensbegriffes für die Jurisprudenz. — Psychologische Analyse des Willensaktes. — Das Streben. — Die Vorstellung eines Zweckes, resp. eines Mittels zur Erzeugung von Lust oder Abwehr von Unlust. — Der Impuls auf die motorischen Nerven. — Die Willenshandlung. — Inhalt des Willens stets Inhalt einer Vorstellung. — Wollen und Wünschen. — Das Bewußtsein der eigenen Aktivität. — Zusammenfassung. — Der negative Willensinhalt. — Der bloß vorausgesehene Erfolg nicht gewollt. — Trübung der explikativ-psychologischen Betrachtung durch normative Erwägungen. — Das Bewußtsein des Sollens und das Wollen. — Die künftig als möglich, nicht als notwendig vorgestellten Folgen 106—116
- Wille und Kausalität. — Unterscheidung zwischen dem, was gewollt und dem, was durch den Willen verursacht ist. — Ablehnung des kausalen Willensbegriffes (Wille als Ursache der Körperbewegung). — Unabhängigkeit des Willens vom tatsächlichen Kausalablaufe. — Das Wollen von Unterlassungen. — Die angebliche Kausalität der Unterlassung. — Kritik der SIGWARTSchen Auffassung. — Der Kausalbegriff in der Rechtswissenschaft. — Vermengung der explikativen mit der normativen Betrachtung 116—121
- V. Kapitel. Der Wille im Privat- und Strafrecht** 121—162
- Das Objekt des Willens nach juristischem Sprachgebrauche und Willensinhalt im psychologischen Sinne. — Die juristische „Willensfähigkeit“ 121—122
- Das zivilistische Willensdogma. — Die Opposition gegen dasselbe. — Unmöglichkeit einer psychologischen Deutung des Willensdogmas. — Die Theorie WINDSCHEIDS. — Der fiktive Charakter des Willens im Willensdogma. — Wahrer Inhalt des Parteiwillens. — Die methodologische Bedeutung des Prinzipes der Wirkungslosigkeit jeder reservatio mentalis. — Die Irrtumslehre. — Der Zwang. — Die zum Willensdogma führende Tendenz der juristischen Terminologie. — Notwendigkeit einer außerpsychologischen Deutung des Willensdog-

	Seite
mas. — Die Umkehrung der vom zivilistischen Willensdogma aufgestellten Gleichung zwischen Gültigkeit und Gewolltheit des Rechtsgeschäftes	122—133
Das kriminalistische Willensdogma: Schuld und Wille. — Die Opposition gegen dasselbe. — Die <small>LOEFFLERSCHE</small> Unterscheidung der Schuldformen. — Begriff der Schuld. — Die Schuld als psychischer Tatbestand. — Versagen des Schuldbegriffes gegenüber der Fahrlässigkeit. — Der rein normative, keineswegs psychologische Charakter der Fahrlässigkeit. — Unmöglichkeit eines einheitlichen Schuldbegriffes auf psychologischer Basis. — Der rein normative Charakter des Schuldbegriffes überhaupt. Die Stellung der psychischen Elemente im Strafrechtssatze. — Die Schuld als Mangel an gehörigem Interesse. — Die juristische Gleichung zwischen Schuld und Wille. — Schuld und Zurechnung. — Wille und Zurechnung: Der Wille als Zurechnungspunkt. — Prinzipielle Verschiedenheit zwischen dem Willen der explikativen Psychologie und dem Willen der normativen Ethik und Jurisprudenz	133—146
Kritik des Willensbegriffes der herrschenden „psychologischen“ Jurisprudenz. — Der Willensbegriff <small>ZITELMANN'S</small> . — Die unzulässige Verquickung psychologisch-explikativer Seins-Betrachtung und juristisch-normativer Sollens-Betrachtung. — Der Willensbegriff <small>BINDING'S</small> . — Die Differenz zwischen psychologischer und juristischer Methode. — Das Problem der Willensfreiheit. — Die vermutliche Provenienz des Willensbegriffes. — Neuere Strömungen in der Psychologie gegen die Berechtigung eines selbständigen Willensbegriffes	146—162
VI. Kapitel. Der Wille des Staates	162—188
Der Staatswille als realpsychische Tatsache. — Der Gesamtwille der Völkerpsychologie. — Staatswille und Staatspersönlichkeit nach organischer Staatsrechtstheorie. — Der Staatswille als Gesamtwille des Volkes im Sinne der Sozialpsychologie. — Das Problem der Realität. — Der Staatswille als Willensakt gewisser Organe. — Staatswille und Staatsperson nach anorganischer Staatsrechtstheorie. — Die „Abstraktion“ des Staatswillens aus menschlichen Individualwillensakten. — Der Gesamtzweck. — Der Wille der Staatsorgane. — Fiktion und Abstraktion. — Der Staatswille als gemeinsamer Zurechnungspunkt für die Organhandlungen. — Zurechnungsregel: Der Rechtssatz. — Ansätze in der neueren Literatur zu einer Unterscheidung zwischen psychischem und juristischem Willen. — Die Einheit des Willens und Persönlichkeitsbegriffes für alle Rechtsgebiete	162—188

II. Abteilung.

Die logische Form des Rechtssatzes.

VII. Kapitel. Der Rechtssatz im engeren Sinne. (Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz	189—212
Der mögliche Inhalt des Staatswillens: das eigene Verhalten des Staates. — Das rechtmäßige Verhalten der Untertanen als Inhalt des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens nach Anschauung der Imperativtheorie. — Kritik der herrschenden Imperativtheorie.	

- Zunächst vom Standpunkte des herrschenden psychologischen Willensbegriffes. — Das Wollen fremden Verhaltens kann nicht Inhalt eines kausalen Willensbegriffes sein. — Widerspruch zum Postulat der Willensfreiheit. — Wollen fremden Verhaltens nur im psychologischen Sinn (eines nichtkausalen Willensbegriffes) möglich. — Solches Wollen dem Staate zugesprochen, macht neben einem Willen des Staates auch die Annahme eines Bewußtseins des Staates notwendig 189—195
- Analyse einer typischen Konstruktion des Staatswillens nach herrschender Lehre: Die Theorie BR. SCHMIDTS. — Der Wille des Staates ein „real vorliegender Tatbestand“. — Verhältnis zur Psychologie. — Die Analogie zwischen Individualwillen und Staatswillen. — Das Wollen fremden Verhaltens bei SCHMIDT. — Untertan und Staatsorgan nach Imperativtheorie 195—202
- Der teleologische Charakter der Imperativtheorie: Der soziale Zweck der Rechtsordnung als Inhalt des Rechtssatzes. — Widerlegung der Imperativtheorie gerade vom teleologischen Standpunkte aus. — Unfähigkeit des nackten Imperativs, den Zweck der Rechtsordnung, die Motivation eines bestimmten Verhaltens, zu erfüllen. — Der Imperativ die zweckentsprechende Form für die Normen der Moral. — Die hier maßgebende Differenz zu den Rechtsnormen. — Vom Standpunkte teleologischer Betrachtung bedarf der motivierende Rechtssatz der Sanktion. — Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz als Nachteilsdrohung. — Der Rechtssatz im engeren Sinne als Urteil über einen bedingten Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten. — Wille des Staates und Zweck der Rechtsordnung 202—210
- Norm und Imperativ. — Ungehörige Identifizierung beider 210—212
- VIII. Kapitel. Der Rechtssatz im engeren Sinne (Fortsetzung)** 212—245
- Die Zwangstheorie. — Richtige Problemstellung. — Die Unerzwingbarkeit der Rechtsnormen. — Die tatsächliche Ausübung des psychischen Zwanges (Motivation) zwar der soziale Zweck, nicht aber Begriffselement der Rechtsnorm. — Zwang und Willensfreiheit. — Andere Erfüllungsgarantien als Straf- und Exekutionsdrohung. — Die Vorteilsverheißung. — Insbesondere der Erwerb eines subjektiven Rechtes als mögliche Erfüllungsgarantie 212—219
- Die tatsächlichen Motive rechtmäßigen Verhaltens irrelevant für die formal-juristische Konstruktion. — Die subjektive Befolgung der Norm und das objektive normentsprechende Verhalten. — Die Rechtsnorm als „garantierte“ Norm. — Insbesondere die Anschauung JELLINEKS. — Die Autorität des Staates als Erfüllungsgarantie. — Die Rechtsnorm als Befehl. — Ein Herrschaftsverhältnis zwischen Staat und Untertan als Grundlage der Imperativtheorie. — Das Herrschaftsverhältnis als psychischer Motivationsprozeß nur der sozialpsychologischen Betrachtung zugänglich. — Herrschaftsverhältnis als Relation der Über- und Unterordnung für die juristische Konstruktion unfassbar. — Der Staat juristisch nur Person und damit allen anderen Subjekten (den Untertanen) koordiniert. — Im Herrschaftsverhältnis die Untertanen Objekte, nicht Subjekte. —

	Seite
Konsequenz für die logische Form des Rechtssatzes. — Widerlegung einiger Einwände. — Eine rechtspolitische Erwägung. — Wille des Staates und Absicht des Gesetzgebers. — Die ideelle Unverletzbarkeit des Rechtssatzes. — Staatsperson und Rechtsordnung . . .	219—233
Die Imperativtheorie und die Unrechtsfolgen. — Untertan und Staatsorgan: Befolgung und Anwendung des Rechtssatzes. — Der Rechtssatz als Zurechnungsregel. — Recht und Gericht	233—237
Die ideale Sprachform des Rechtssatzes und der faktische Wortlaut der Gesetze. — BEKKERS Begriff des Rechtssatzes. — Die Gesetzestechnik des Zivilrechtes und des Strafrechtes. — BEKKERS Konstruktion des Rechtssatzes. — Die Umwandlung des Gesetzestextes im Imperative. — Das Kriterium für rechtlich verbindlichen und rechtlich unverbindlichen Gesetzesinhalt. — Unzulänglichkeit der Imperativtheorie	237—245
IX. Kapitel. Der Rechtssatz im weiteren Sinne. (Der den Staat verpflichtende Rechtssatz)	245—270
Unterschied zwischen Staat und Untertanen im Verhältnis zur Rechtsordnung. — Logische Unmöglichkeit staatlichen Unrechtes. — Insbesondere die Anschauung JELLINEKS. — Die Vermeidung von „Staatsunrecht“ ein an die juristische Konstruktion, nicht an die Tätigkeit der Behörden gerichtetes Postulat. — Identität von Sollen und Wollen des Staates. — Der den Staat verpflichtende Rechtssatz. — Der Verwaltungssatz. — Die Rechtssätze als „Regeln staatlichen Handelns“. — Objektive und subjektive Rechtsanschauung. — Die ausnahmslose Bedingtheit des staatlichen Willens. — Unmöglichkeit einer „Unterlassung des Staates“. — Die sogen. Freiheitsrechte. — Das Kriterium zwischen dem Willen des Staates in der Rechtsordnung und dem Willen des Staates in der Verwaltung (im weiteren Sinne)	245—255
Kritik einer in der Literatur bereits vertretenen Lehre vom Rechtssatze als einem hypothetischen Urteile: die Anschauung ZITELMANS. — Unveränderlichkeit der Natur des objektiven Rechtes und somit seiner logischen Form. — Imperativ und Urteil. — Die „allgemeine Geltung“ des Imperativs, das sogenannte „individuelle, unübertragbare Moment des Imperativs“. — Der Wille des Gesetzgebers. — Die Übereinstimmung der ZITELMANSchen Formulierung mit der Imperativtheorie. — Unbedingte Unterlassungspflichten der Untertanen. — Bedingte Handlungspflicht des Staates. — Einfach bedingte Handlungspflicht der Untertanen — doppelt bedingte Handlungspflicht des Staates	255—263
Der Rechtssatz als hypothetisches Urteil bei HOLD VON FERNECK. — Das sogen. Situationsrecht. — Der Kollisionsfall. — Die blitzartige Existenz des objektiven Rechtes. — Das Recht als faktisches psychisches Geschehen, die Jurisprudenz als erklärende Naturwissenschaft. — Kritik dieser Methode. — Die Kollision von Durchschnittsinteressen. — Bedeutung dieser Konstruktion	263—268
Grundzüge einer rein formalen Systematik des objektiven Rechtes. — Ablehnung der nach Zweckgesichtspunkten erfolgten Einteilung in Privat- und öffentliches Recht. — Alles Recht Staatsrecht . . .	268—270

- X. Kapitel. Die Normentheorie Bindings und Thons** 270—308
- Die BINDINGSche Unterscheidung zwischen Strafrechtssatz und Norm. — Der Ausgangspunkt der BINDINGSchen Konstruktion. — Der Sprachgebrauch. — Das objektive Recht als Friede, d. h. als Zustand der Ordnung und nicht als das Ordnende. — Das Unrecht Bruch oder Verletzung des Friedenszustandes, nicht des ordnenden Prinzipes. — Die Unverletzbarkeit der Norm. — Die Unzulässigkeit des Zweckmomentes für die juristische Konstruktion — Die BINDINGSche Trennung von Rechtssatz und Norm. — Die verschiedenen Funktionen von Rechtssatz und Norm bei BINDING. — BINDINGS' mittelbarer Nachweis der Normen aus den Strafgesetzen. — Die Identität von Norm und Rechtssatz: Widerlegung der BINDINGSchen Argumente für die Selbständigkeit der Norm. — Der Zweck von Norm und Rechtssatz. — Gehorsamspflicht und Rechtspflicht. — *leges imperfectae*. — Schuld- und Strafrechtssatz. — Zeitliche Differenz zwischen Norm und Strafrechtssatz. — Der Blankettrechtssatz. — Geltungsgebiet von Norm und Strafgesetz. — Wandlung und Aufhebung der Norm bei unverändertem Strafgesetz. — Rückwirkung von Gesetzen. — Fortbestehen der Norm, Aufhebung des Strafgesetzes. — Wandelbarkeit der Strafgesetze und Unveränderlichkeit der Normen. — Eine Norm mehrere Strafgesetze; — ein Strafgesetz mehrere Normen 270—299
- Die Normentheorie THONS. — Das objektive Recht ein Komplex von Imperativen. — Das Recht als „Wille“ bei THON. — Die Verbindung der Imperative untereinander. — Der Begriff der Rechtsfolge. — Die subjektive Betrachtungsweise THONS. — Unmöglichkeit der Konstruktion einer Persönlichkeit des Staates neben der Persönlichkeit der Untertanen nach Imperativtheorie. — Die Rechtspflicht als Unrechtsfolge. — Insbesondere die Entschädigungspflicht. — Schadensersatzpflicht der Untertanen und Exekutionspflicht des Staates. — Bestrafung und Ausgleichung. — Erfüllung, Entschädigung, Sicherung 299—308

III. Buch.

Die subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes.

I. Abteilung.

Die Rechtspflicht.

A. Der Begriff der Pflicht.

- XI. Kapitel. Moralpflicht und Rechtspflicht** 311—346
- Die beiden subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes: Die Rechtspflicht und das subjektive Recht. — Der Begriff der Moralpflicht. — Die Moralpflicht als realpsychischer Zustand der Willensgebundenheit. — Die Anerkennung und die Achtung. — Die Identifizierung von Ich und Autorität im Achtungs- oder Anerkennungsvorgange. — Moralnorm und Moralpflicht 311—318
- Die Rechtspflicht: Gegenwärtiger Stand der Literatur. — Die Rechtspflicht als realpsychischer Zustand. — Identifizierung von Rechtspflicht und Moralpflicht. — Der sekundäre Charakter der Rechts-

normen. — Die Kulturnormen HEINZES. — Ableitung der Rechtspflichten aus dem Kulturleben. — Die sittliche Rechtfertigung des positiven Rechtes. — Die Frage nach der „letzten“ rechtsverpflichtenden Autorität. — Ableitung der Rechtspflicht aus der Gerechtigkeit (SCHLOSSMANN). — Die Rechtspflicht als rechtlich relevante Pflicht. — Der naturrechtliche Charakter der herrschenden Anschauung von der Rechtspflicht. — Selbständigkeit von Rechtsnorm und Rechtspflicht. — Objektive Feststellbarkeit der Rechtsnormen. — Der subjektive Charakter der Moralnormen. — Bedeutung der Derogierung von Gesetzesrecht durch Gewohnheit. — Die Zivilrechtsnormen und die Moral. — Die Rechtspflicht als Willensgebundenheit. — Motive rechtmäßigen Verhaltens. — Die Befolgung von Handlungs- und von Unterlassungspflichten. — Der Begriff der Rechtspflicht und die Pflichtverletzung. — Die psychologisch deterministische Methode. — Das Recht als objektive und subjektive Macht (HOLD VON FERNECK). — Die Rechtsordnung und das rechtmäßige Verhalten. — Generelle und individuelle Natur des Rechtspflichtbegriffes	318—346
XII. Kapitel. Die Anerkennungstheorie	346—378
Autonome und heteronome Pflicht. — Rechtspflicht und Interesse. — Ableitung der Rechtspflicht aus dem Rechtssatze im engeren Sinne. — Rechtsnorm und Rechtspflicht	346—350
Imperativtheorie und Anerkennungstheorie. — Der Ausgangspunkt der Anerkennungstheorie: Die Frage nach dem Geltungsgrunde der Rechtsnormen. — Doppelter Sinn dieser Fragestellung. — Die Anerkennung als Rechtfertigung und als Erklärung. — Die Natur des Anerkennungsaktes (BIERLING). — Die unbewußte und ungewollte Anerkennung. — Der Inhalt der Anerkennung. — Das Subjekt der Anerkennung. — Die Anerkennung als Fiktion. — Die Anerkennung durch die Majorität. — Das rechtmäßige Verhalten als Anerkennung. — Positivismus und Anerkennungstheorie. — Die historische Betrachtungsweise der Anerkennungstheorie.	350—367
Die Fiktion der Rechtskenntnis. — Eine Kulturnormentheorie (M. E. MAYER). — Anerkennungs- und Vertragstheorie. — Der Zusammenhang von Imperativ-, Anerkennungs- und Vertragstheorie	367—378
XIII. Kapitel. Die Adresse der Rechtsnormen	378—395
Imperativ und Adresse. — Die drei möglichen Adressaten der Rechtsnormen. — Die Untertanen als Adressaten. — Bedeutung der Gesetzespublikation. — Die Konstruktion JHERINGS. — Die Staatsorgane als Adressaten (MAYER-JHERING). — Staatsgewalt und Rechtsordnung. — Die Verwaltungsstrafrechtssätze. — Die Staatsperson als Adressat	378—395
B. Die Rechtspflichten des Staates.	
XIV. Kapitel. Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates	395—412
Die Rechtspflichten physischer und die juristischer Personen. — Die Rechtspflichten des Herrschaftssubjektes. — Die zur Rechtspflicht des Staates führende Problemstellung. — Die Staatspflicht als real-	

	Seite
psychischer Zustand. — Kritik der Selbstverpflichtungslehre (JELLINEK). — Staat und Recht. — Der Staat als Schöpfer des Rechtes. — Der Gesetzgebungsakt als Funktion des Staates. — Staat und Gesellschaft im Willensbildungsprozesse	395—412
XV. Kapitel. Der Gesetzgebungsprozess	412—429
Die Elemente der Staatswillensbildung. — Der Monarch als Subjekt des Staatswillens. — Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl (LABAND). — Formal-juristische und historisch-politische Betrachtung (LUKAS). — Juristische Konstruktion von Wert- und Machtdifferenzen	412—419
Die Perfektion des Staatswillens. — Analogie zwischen Menschenwillen und Staatswillen (HAENEL). — Das noch nicht publizierte „Gesetz“. — Verbindlichkeit des sanktionierten Parlamentsbeschlusses. — Die Publikationspflicht	419—429
XVI. Kapitel. Staatspflicht und Untertanenpflicht	429—450
Selbstverpflichtung und Selbstbefreiung. — Pflichtenkollision. — Anthropomorphistische Auffassung der Staatsperson. — Staat und Gesellschaft im Verpflichtungsprozesse. — Staat und Rechtsordnung. — Ableitung der Staatspflicht aus dem Rechtssatze. — Unbedingte Untertanenpflichten und ausnahmslose Bedingtheit der Staatspflicht. — Unterlassungspflichten des Staates. — Juristische Konstruktion der Freiheitsrechte. — Staatswille und Staatsgewalt	429—440
Die Lehre von der Gewaltenteilung. — Rechtspflichten der Legislative. — Wollen und Sollen der Staatsperson. — Einheit des Rechtspflichtbegriffes. — Die Sanktionslosigkeit der Staatspflicht. — Formale Natur des Subjektivierungsprinzipes. — Unrecht des Staates	440—450
C. Die Rechtspflichten der Staatsorgane.	
XVII. Kapitel. Der Begriff des Staatsorganes	450—465
Stand der Literatur. — Der Organbegriff GERBERS. — Der Organbegriff der anorganischen Staatstheorie. — Der Organbegriff der organischen Staatstheorie. — Der Organbegriff der Naturwissenschaft. — Der Organbegriff der Soziologie. — Der juristische Organbegriff. — Das Staatsorgan als „Erzeuger“ des Staatswillens. — Organbegriff und Konstruktion des Rechtssatzes. — Organbegriff und Zurechnungsregel. — Die Organtätigkeit als Realisierung von Rechtssätzen	450—465
XVIII. Kapitel. Die Legislative	465—491
Die Organqualität der Legislative. — Das Parlament als Staatsorgan. — Das Parlament als Organ der Gesellschaft. — Das Parlament als gesellschaftliches Organ. — Die Funktion im Interesse des Staates. — „Gesamtinteresse“ und soziale Gruppeninteressen	465—480
Der Abgeordnete und der Wähler als Staatsorgane. — Das Volk als Staatsorgan. — Primäre und „sekundäre“ Organe (JELLINEK). — Die Ausdehnung des Organbegriffes. — Einfluß der politischen Anschauung auf die juristische Konstruktion	480—491
XIX. Kapitel. Die Exekutive: Der Rechtsbegriff der Verwaltung	491—514
Legislative und Exekutive. — Der herrschende Verwaltungsbegriff. — Der wirtschaftliche und der Rechtsbegriff der Verwaltung. — Die	

	Seite
Verwaltung als Zweckverfolgung. — Die Verwaltung als Staats- tätigkeit innerhalb der Rechtsschranken. — Die rechtliche Relevanz als Relationsmöglichkeit zur Rechtsordnung. — Die Staatstätigkeit als Realisierung der Rechtsschranken. — Die Verwaltung als „freie“ Staatstätigkeit. — Die Verwaltungstätigkeit extra legem	491—503
Der Begriff des freien Ermessens. — Die Grenzen des freien Ermessens. — Die Relation zwischen Rechtsordnung und Verwaltung. — Der Staatswille in der Rechtsordnung und in der Verwaltung	503—514
XX. Kapitel. Die Persönlichkeit der Staatsorgane	514—537
Der Begriff der Rechtspersönlichkeit. — Die Person als Träger „subjek- tiven Rechtes“. — Die Person als Subjekt von Rechtspflichten. — Das Pflichtsubjekt und die „innere Zurechnung“. — Die Pflichtsubjek- tivität. — Person und Mensch	514—521
Die Organpersönlichkeit und die Stellung der organischen und anor- ganischen Staatstheorie. — Organpersönlichkeit und Rechtssatz. — Natur der organisatorischen Bestimmungen. — Organ als Insti- tution und Organträger. — Die Vereinbarkeit von Staats- und Organ- person auf Grund der richtigen Konstruktion des Rechtssatzes	521—530
Organpflicht und Rechtspflicht. — Identifizierung von Staats- und Organ- pflicht. — Die Freiheitsrechte als Organpflichten. — Die Organ- pflicht als Rechtspflicht	530—537
XXI. Kapitel. Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne; die Natur der organisatorischen Bestimmungen	537—566
Rechtssatz und rechtliche Norm. — Rechtssatz und organisatorische Norm	537—540
Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. — Stand der Theorie. — Die Gesetzesform. — Gesetzesform und Staatswille. — Materielle Elemente im herrschenden Begriffe des formellen Gesetzes. — Die Konstruktion HAENELS und die LABAND-ANSCHÜTZsche Richtung. — Gesetzgebung und Rechtsordnung. — Verwaltung und Rechts- ordnung. — Statuierung von Rechtspflichten durch die Verwaltung. — Der Zweck der Schrankenziehung als Wesen des Rechtssatzes (JELLINEK-ANSCHÜTZ). — Das subjektive Kriterium des Rechtssatzes. — Rechtssatz und Gesetzesform. — Juristische Konstruktion der delegierten Verordnung. — Das Gesetz als notwendige Form des Rechtssatzes	540—558
Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung. — Die organisatorische Verwaltungsverordnung. — Geltendmachung von Rechtspflichten durch die Verwaltung. — Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft. — Organisatorische Bestimmungen in Gesetzesform	558—566

II. Abteilung.

Das subjektive Recht.

A. Der Begriff des subjektiven Rechtes.

XXII. Kapitel. Die Interessentheorie	567—584
Rechtssatz und subjektives Recht. — Identifizierung von „Recht im subjektiven Sinne“ und „Berechtigung“ — Bedeutung des Sprach- gebrauches — Der naturrechtliche Begriff des subjektiven Rechtes. — Der materielle Reflex der Rechtspflicht	567—571

	Seite
JHERINGS Interessentheorie. — Das naturrechtliche Element in der Interessentheorie. — Der Fiktionscharakter in der Interessentheorie. — Das Durchschnittsinteresse als Substrat des subjektiven Rechtes. — Regelmäßige, nicht notwendige Begriffsmerkmale. — Subjektives Recht und rechtlich geschütztes Interesse. — Reflexwirkung und subjektives Recht. — Das Kriterium der „individuellen Rechtsverletzung“	571—581
JHERINGS Begriff der Rechtspersönlichkeit. — Das Rechtssubjekt als Zwecksubjekt. — Der „Destinatär“	581—584
XXIII. Kapitel. Die Willenstheorie	584—593
Der WINDSCHEIDSche Begriff des subjektiven Rechtes. — Das subjektive Recht als Willensmacht. — Wille und Interesse. — Der Wille der Rechtsordnung als Substrat des subjektiven Rechtes. — Der fiktive Charakter des Willensmomentes. — Der Einfluß der THONschen Theorie auf WINDSCHEID. — Das subjektive Recht als Wollendürfen. — Der naturrechtliche Charakter der Willenstheorie. — Das Recht auf eigenes Verhalten	584—593
XXIV. Kapitel. Die Kombinationstheorie	593—618
Die Theorie BERNATZIKS. — Die Verbindung des Zweck- und des Willensmomentes. — Das Verhältnis zu JHERINGS Interessentheorie. — Interessenschutz durch einen dem Staate gegenüber selbständigen Willen. — Die Einräumung von Parteirechten. — Der Rechtsschutz. — Die Terminologie des Gesetzgebers	593—600
Die Ausübung fremden Rechtes. — Die Rechtssubjektivität des Staates. — Der Gesamtzweck. — Der Staatszweck als Substrat der Rechtspersönlichkeit. — Das Interesse an der Organfunktion. — Das Recht auf Organstellung. — Das „geteilte“ Recht. — Das zwischen Staat und Monarchen geteilte Recht. — Das zwischen Staat und Wähler geteilte Recht	600—616
Die Kombinationstheorie JELLINEKS	616—618
B. Die subjektiven Rechte des Staates und die subjektiven Rechte gegen den Staat.	
XXV. Kapitel. Die Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze im engeren Sinne	618—629
Die auf das subjektive Recht zielende Problemstellung. — Die THONsche Konstruktion des subjektiven Rechtes. — Die Imperativtheorie und der Begriff des subjektiven Rechtes. — Der Begriff des subjektiven Rechtes. — Der Unrechtstatbestand im weiteren Sinne und die actio. — Das Unrecht im engeren Sinne und der Rechtstatbestand. — Das subjektive Recht im potentiellen und im aktuellen Zustande. — Die Spannung zwischen dem potentiellen und dem aktuellen Zustande	618—629
XXVI. Kapitel. Das subjektive öffentliche Recht	629—655
Öffentliche und private Rechte. — Das subjektive öffentliche Recht JELLINEKS. — Das Dürfen. — Das Erlauben. — Die rechtliche Relevanz. — Das Gewähren. — Das Können. — Erlauben und Gewähren. — Dürfen und Können. — Die gekonnte, aber verbotene Handlung. — Dürfen und Können. — Identität von Dürfen und	

	Seite
Können. — Das Können als Relation zum übergeordneten Subjekte. — Staat und Rechtsordnung. — Rechtlich irrelevant und rechtlich gleichgültig. — Die Erweiterung der Handlungsfähigkeit. — Die Identität von Können und Dürfen	629—655
XXVII. Kapitel. Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechts- satze im weiteren Sinne	655—664
Privates und öffentliches Recht. — Subjektive Rechte gegen den Staat und gegen andere Personen. — Die Möglichkeit der Rechtsverfolgung. — Das subjektive Recht gegen den Staat. — Der Anspruch. — Der allgemeine Begriff des subjektiven Rechtes	655—664
C. Die subjektiven Rechte der Staatsorgane und das Recht auf Organstellung.	
XXVIII. Kapitel. Die verpflichtenden Rechte und berechtigenden Pflichten	664—679
Das Recht auf die Organfunktion. — Die berechtigenden Pflichten und verpflichtenden Rechte. — Sollen und Dürfen	664—670
Das subjektive Recht als Können (HOLD VON FERNECK). — Das Durch- schnittsinteresse. — Der Idealbegriff. — Differenzierung zwischen subjektivem und objektivem Rechte. — Recht und Pflicht. — Die komplementären Handlungen	670—679
XXIX. Kapitel. Die Rechtsstellung des Wählers und des Monarchen	679—693
Die Subjektivierung des Wahlrechtssatzes. — Die Wahlpflicht. — Der staatliche und gesellschaftliche Charakter des Wahlaktes	679—684
Die staatliche und außerstaatliche Stellung des Monarchen. — Die Stellung des Monarchen innerhalb der Legislative. — Die Stellung des Monarchen innerhalb der Exekutive. — Die Rechtsverpflichtung des Monarchen. — Die Rechtsverpflichtung des Ministers. — Monarch und Minister. — Der Doppelcharakter der monarchischen Funktion. — Das subjektive Recht des Monarchen	684—693
XXX. Kapitel. Organschaft und Stellvertretung	693—709
Stand der Frage. — Der Unterschied zwischen Organschaft und Stell- vertretung nach herrschender Lehre. — Die Mehrheit der Subjekte. — Die spezifische Verbindung. — Organschaft und Stellvertretung nach organischer Staatstheorie. — Gesamtwille und Gesamtpersönlichkeit. — Organwille und Gesamtwille. — Differenzierung und Identifi- zierung von Organperson und Gesamtperson. — Die spezifisch organische Beziehung. — Das Gewaltverhältnis zwischen Gesamt- willen und Organwillen	693—702
Die Konstruktion mit der einfachen Ebene. — Privat- und öffentliches Recht. — Das Rechtsverhältnis als Verhältnis zur Rechtsordnung. — Die Übereinstimmung zwischen Organschaft und Stellvertretung. — Die Zurechnung bei Organschaft und Stellvertretung	702—709

I. Buch.

Voruntersuchungen.

Man pflegt gewöhnlich den Naturgesetzen, die das tatsächlich Bestehende erklären, alle andern Arten von Gesetzen, die ein Sollen statuieren, wie die Sitten- und Rechtsgesetze, logische, grammatische, ästhetische Gesetze, als Normen gegenüberzustellen¹⁾. Allein auch der Normbegriff wird mitunter für alle Arten von Gesetzen gemeinsam verwendet und ihm die doppelte Bedeutung beigelegt: „einmal dessen, was allgemein, generisch geschieht, dann dessen, was geschehen soll, wenngleich es vielleicht nicht geschieht“²⁾.

Diese Gemeinsamkeit des Sprachgebrauches für zwei voneinander verschiedene Begriffe findet ihre Begründung in der Geschichte der Begriffsbildung³⁾. Der Begriff des Gesetzes oder der Norm ist ursprünglich in dem Vorstellungskreise der Politik entstanden und die älteste Rechts- und Staatswissenschaft war es, die ihn ausgebildet hat⁴⁾. Erst von hier aus ist er von den übrigen Disziplinen übernommen worden und hat dort eine eigenartige Umwandlung erfahren, eine Tatsache, die für die Erkenntnis des Gesetzesbegriffes von größter Bedeutung ist⁵⁾. Der Staat mit dem Herrscher an der Spitze, der durch Gesetze, d. i. von den Untertanen zu befolgende Befehle, die Verhältnisse der Gemeinschaft regelt, das gab der ältesten menschlichen Erkenntnis das Analogon für die Ordnung der Natur, deren Elemente man einem obersten, göttlichen Willen ebenso unterworfen dachte, wie man die Bürger den Vorschriften des Gesetzgebers gehorchen sah. Wie im staatlichen Leben das Handeln der Untertanen, so führte man in der Natur das Verhalten aller Objekte auf einen außer- und überhalb stehenden Willen zurück, den man im Universum wie im Staate als Gesetz bezeichnete⁶⁾. Mit dem tieferen Eindringen der erklärenden Naturwissenschaft in das Wesen ihres Gegenstandes, mit der Emanzipation von der Vorstellung eines obersten Willens, dem

1) Vgl. WINDELBAND, Normen und Naturgesetze, in: Präludien, Freiburg i. B. 1884, S. 211 ff.

2) SIMMEL, Einleitung in die Moralwissenschaft, Berlin 1892.

3) Vgl. EUCKEN, Geistige Strömungen der Gegenwart, 1909, S. 154.

4) Vgl. WUNDT, Logik, 3. Aufl. 1906. I. Bd. S. 56 f.

5) Treffend bemerkt EUCKEN a. a. O. S. 154: „Der Begriff des Gesetzes ist vom Bereiche des Menschen zur Natur gewandert, hat hier eine neue Gestalt gewonnen und kehrt mit ihr zum Menschen zurück, um auch sein Leben und Handeln in ein neues Licht zu rücken. Es ist ein sinnfälliges Beispiel der Erscheinung, daß der Mensch sein eigenes Bild in das All hineinsieht und es, erweitert wie umgewandelt, aus ihm zurückempfängt. Dem einen dünkt das ein bloßer Zirkel und Anthropomorphismus, der andere erhofft von solchem Ausgehen und Zurückkehren eine innere Erweiterung des Menschen.“

6) Von „Störungen“ im Begriffe des Naturgesetzes noch in neuerer Zeit spricht EUCKEN a. a. O. S. 158. Sie „kommen aus einem mehr oder minder versteckten Fortwirken des älteren Gesetzesbegriffes mit seiner Beziehung auf

die beseelte und unbeseelte Natur wie einem Herrscher gehorcht, vollzog sich eine vollständige Wandlung in der Bedeutung des von der Politik entlehnten Gesetzesbegriffes der Naturwissenschaften, und so steht heute das Naturgesetz der erklärenden Disziplinen in einem scharfen Gegensatze zu dem Rechtsgesetze, dem ihm verwandten Sittengesetze, dem grammatischen und ästhetischen Gesetze der normativen Disziplinen, der Norm im eigentlichen und engeren Sinne.

Dieser Gegensatz, der für die Methode der normativen Disziplinen und insbesondere der Rechtswissenschaft von größter Bedeutung ist, beruht auf einer Verschiedenheit des Standpunktes, von dem aus man die Objekte betrachtet¹⁾. Während es sich die Naturwissenschaften zur Aufgabe machen, das tatsächliche Verhalten der Dinge aufzuzeigen und zu erklären, das Sein zu erfassen, stellen andere Disziplinen Regeln auf, die ein Verhalten vorschreiben, ein Sein oder Nichtsein fordern, das heißt ein Sollen statuieren. Den ersteren Standpunkt bezeichnet man als den explikativen, den letzteren als den normativen, und die ein Sollen statuierenden Regeln als Normen, während die Regeln des Seins als Naturgesetze im weitesten Sinne gelten.

Dementsprechend wird das Wort Gesetz im Sinne von Naturgesetz als eine Aussage betrachtet darüber, daß in der Natur etwas tatsächlich geschieht. Das Naturgesetz ist ein Urteil, das ein Geschehen als notwendige Folge eines anderen in einer Gruppe gleichartiger Aufeinanderfolgen zusammenfaßt und damit erklärt. So lautet die bekannte Helmholtzsche Definition des Naturgesetzes²⁾: „Jedes Naturgesetz sagt aus, daß auf Vorbedingungen, die in gewisser Beziehung gleich sind, immer Folgen eintreten, die in gewisser anderer Beziehung gleich sind.“

Da das Gebiet des Naturgesetzes die Welt des Seins, des wirklichen Geschehens ist, stellt sich jedes Naturgesetz als spezielle Anwendung des allgemeinen Kausalgesetzes dar; es zeigt eine besondere Art des Geschehens als notwendige Folge eines andern, daß etwas und warum es so und nicht anders geschehen kann, also geschehen muß³⁾: es rückt das tatsächliche Geschehen dem menschlichen Verständnis näher, es erklärt.

ein überlegendes Wollen; das geschieht wenn Denker des 17. und 18. Jahrhunderts aus der Gesetzlichkeit der Natur eine gesetzgebende Gottheit glauben erschließen zu können.“

1) Vgl. WUNDT, Ethik, 3. Auflage, Stuttgart 1903, S. 1 ff.

2) v. HELMHOLTZ, Vorträge und Reden II. 1884, S. 226.

3) Damit soll natürlich keineswegs gesagt sein, daß die Naturgesetze Regeln seien, „nach welchen die Vorgänge der Natur sich richten müssen, ähnlich den bürgerlichen Gesetzen, nach welchen die Handlungen der Bürger sich richten sollen“, welche Bedeutung des Begriffes „Naturgesetz“ MACH, Erkenntnis und

In einem völlig andern Sinne wird das Wort Gesetz gebraucht, wenn man — nicht vom explikativen, sondern normativen Standpunkte aus — darunter jene Sätze versteht, die ein bestimmtes Geschehen vorschreiben, indem sie die Forderung eines gewissen Verhaltens aufstellen, ein Sein oder Nichtsein befehlen: ein Sollen statuieren. Die Logik, Grammatik, Ästhetik, Ethik und Rechtswissenschaft sind die Disziplinen, die sich mit solchen „Normen“ befassen; ihre Betrachtungsweise wird darum als normative bezeichnet. Die Sitten- und Rechtsgesetze, die Normen der Logik, Grammatik und Ästhetik sind nicht, wie die Naturgesetze, Erklärungen des Seienden; sie behaupten nicht ein wirkliches Geschehen, sie fordern bloß ein solches; sie sagen nicht aus, daß etwas vor sich gegangen ist oder vor sich geht, weil es so vor sich gehen muß, sondern daß es vor sich gehen soll. Die Norm ist keine Anwendung des Kausalgesetzes, denn sie erfaßt das Geschehen nicht als notwendige Folge einer Ursache: als gemußt, sondern lediglich als gesollt. Während die Naturgesetze das Geschehen, das sie aussagen, als ein wirkliches, tatsächlich sich vollziehendes, also in seiner Realität betrachten, kommen die Tatsachen, die den Inhalt der Normen bilden, für diese nur in jener ganz besonderen Relation der Idealität in Betracht, nämlich als gesollte.

Wenn hier die Rechtswissenschaft zu den normativen Disziplinen gerechnet wird, so bedarf diese Charakterisierung noch einer gewissen Einschränkung, damit ein mögliches Mißverständnis vermieden werde. Der normative Charakter der Rechtswissenschaft äußert sich negativ darin, daß sie — wie bereits bemerkt — tatsächliches, der Welt des Seins angehöriges Geschehen nicht zu erklären hat, d. h. also keine explikative Disziplin ist; positiv aber darin, daß sie zu ihrem Gegenstande Normen hat, aus denen — und nicht aus dem wirklichen, unter dem Kausalgesetz stehenden Leben — ihre besonderen Rechtsbegriffe abzuleiten sind. Damit ist jedoch keineswegs der Rechtswissenschaft — die nur eine Wissenschaft des positiven Rechtes sein kann — jener Charakter gegeben, dessentwegen man mit vollem Rechte heute die Naturrechtssysteme verwirft. Denn wenn der modernen Rechtswissenschaft zur Aufgabe gestellt ist, nicht, was tatsächlich geschieht, kausal zu erklären, sondern Normen zu gewinnen, die statuieren, was geschehen soll, so darf der Inhalt dieser Normen — es sind die Rechtssätze — nicht — wie es die Naturrechtslehrer

Irrtum, 2. Aufl. Leipzig 1906, S. 449 mit Recht zurückweist. Auch liegt das Naturgesetz keineswegs in den Objekten, sondern ist lediglich eine gedankliche Formel zu deren einheitlicher Zusammenfassung oder, wie MACH, a. a. O. S. 453 f. sagt, „ein Erzeugnis unseres psychologischen Bedürfnisses, uns in der Natur zu recht zu finden, den Vorgängen nicht fremd und verwirrt gegenüber zu stehen.“

getan haben — aus der „Vernunft“, aus der „Natur der Sache“ oder aus sonst einem außerrechtlichen Prinzipie, sondern ausschließlich und allein aus dem positiven Rechte geholt werden. Nicht darum ist das allgemeine Staatsrecht der naturrechtlichen Schule zu verwerfen, weil es normativen Charakter hatte, sondern darum, weil die Normen, die es systematisch darstellte, keine Normen eines positiven Rechtes und darum überhaupt keine Rechtsnormen, sondern — wie die folgenden Untersuchungen noch zeigen werden — Normen der Moral, Religion und anderer sozialer Mächte waren¹⁾.

Ein vollkommener Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm ist nur möglich auf Grund einer vollkommenen Disparität von Sein und Sollen. Wie ich von etwas behaupte: es ist, so kann ich von eben demselben sagen: es soll sein, und habe in beiden Fällen etwas völlig Verschiedenes ausgesagt. Sein und Sollen sind allgemeinste Denkbestimmungen, „worunter wir alles in uns und außer uns fassen“²⁾. Treffend sagt Simmel: „Das Sollen ist eine Kategorie, die, zu der sachlichen Bedeutung der Vorstellung hinzutretend, ihr eine bestimmte Stelle für die Praxis anweist, wie sie eine solche auch durch die Begleitvorstellung des Seins, des Nichtseins, des Gewolltwerdens usw. erhält“³⁾. Ebenso wie das Sein ist das Sollen eine „... ursprüngliche Kategorie“, und ebensowenig, wie man beschreiben kann, was das Sein oder das Denken ist, ebensowenig gibt es eine Definition des Sollens⁴⁾. Das Sollen „betrifft Vorstellungen, denen wir das Sein noch absprechen, oder wenigstens insoweit nicht zusprechen, als sie eben bloß gesollt werden und dennoch nicht in der Gleichgültigkeit des Nichtseins verharren“⁵⁾. „Das Sollen ist ein Denkmodus wie

1) In diesem Sinne ist der Gegensatz, den HATSCHKE, Allgemeines Staatsrecht, Göschen 1909, I. S. 13 ff. und: Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Rechte (Jahrbuch des öffentl. Rechtes der Gegenwart, herausg. v. Jellinek, Laband und Piloty, 1909) S. 46 ff. zwischen dem modernen Positivismus und der naturrechtlichen Schule annimmt, zu modifizieren. Man kann durchaus auf dem Standpunkte des modernen Positivismus stehen, der besagt: „Nur was aus den offiziellen Rechtsquellen, Gesetz und Gewohnheitsrecht (bei manchen auch Wissenschaft) stammt, ist Recht, alles andere ist Naturrecht“, und doch dem allgemeinen Staatsrechte einen normativen Charakter zuschreiben; nach HATSCHKE'S Darstellung scheint letzteres unrichtig. Allein auch darin gleicht die Rechtswissenschaft der gerade von HATSCHKE sehr geistreich zum Vergleiche herangezogenen Grammatik, [allerdings nicht der historisch-psychologisch-explikativen, die erklären will, warum, wie es gekommen ist, daß man so oder so tatsächlich spricht, sondern der rein normativen Grammatik, die feststellt, wie man sprechen soll, den Inhalt der Sprachnormen aber nicht aus der Vernunft, sondern aus der — dem positiven Rechte vergleichbaren — „Schriftsprache“ nimmt. 2) KITZ, Seyn und Sollen, 1869 S. 74. 3) SIMMEL, a. a. O. S. 8.

4) SIMMEL, a. a. O. S. 8. 5) SIMMEL, a. a. O. S. 9.

das Futurum und das Präteritum, oder wie der Konjunktiv und der Optativ“¹⁾.

Die prinzipielle Verschiedenheit beider Denkformen läßt Sein und Sollen als zwei getrennte Welten erscheinen. Sehr treffend charakterisiert Kitz²⁾ den Gegensatz:

„Daraus, daß dieses ist, folgt wohl, daß jenes war oder jenes sein wird, aber nie und nimmer, daß ein anderes sein soll. Etwas kann sollen und doch ist es weder früher gewesen, noch ist es jetzt, noch wird es künftig sein. Sein und Sollen sind daher gänzlich verschiedene Grundgedanken, die von einem gemeinschaftlichen Prius zusammengehalten werden mögen, aber aus einander ebensowenig zu erklären sind wie Steinkohlenformation oder ein guter Vorsatz; das Sollen unterscheidet sich dadurch vom Sein, daß es gar nicht ins Sein zu treten, noch auch aus dem Sein zu kommen braucht und doch ein Sollen ist und bleibt. Das Sollen geht zwar auf ein etwas-Sein, aber es ist weder durch ein solches Etwas in seinem Wesensbestande bedingt, noch auch durch ein anderes diesem Etwas vorangegangenes seiendes Ding, noch ist es selbst ein solches Etwas.“

Der gegenseitigen Unabhängigkeit des Sollens vom Sein kann auch dadurch kein Abbruch geschehen, daß sich von einem besonderen, im folgenden näher zu charakterisierenden Standpunkte aus gewisse Wechselbeziehungen zwischen Sein und Sollen ergeben. Der Gegensatz von Sein und Sollen ist ein formal-logischer und insoweit man sich in den Grenzen formal-logischer Betrachtung hält, führt kein Weg von dem einen zum andern, stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber. Die Frage nach dem Warum eines konkreten Sollens kann logisch immer wieder nur zu einem Sollen führen, wie die Frage nach dem Warum eines Seins immer nur ein Sein zur Antwort erhält. Auch hier kann auf die treffende Darstellung Simmels hingewiesen werden. „Das Sein überhaupt kann nicht bewiesen, sondern nur erlebt und gefühlt werden und darum läßt es sich nie aus bloßen Begriffen deduzieren, sondern nur aus solchen, in welche irgendwo das Sein schon aufgenommen ist. Das Sollen verhält sich in gleicher Weise. Daß wir etwas sollen, läßt sich, wenn es logisch erwiesen werden soll, immer nur durch Zurückführung auf ein anderes als sicher vorausgesetztes Sollen erweisen; an sich betrachtet ist es eine Urtatsache, über die wir vielleicht psychologisch, aber nicht mehr logisch hinausfragen können.“³⁾ Und ganz ebenso kann logisch die Aufhebung eines Soll nur wieder durch ein Soll begründet werden.

1) SIMMEL a. a. O. S. 9.

2) a. a. O. S. 74.

3) a. a. O. S. 12.

Es ist keine formal-logische, sondern eine materiell-historisch-psychologische Betrachtung, die zeigt, daß regelmäßig oder doch sehr häufig der Inhalt eines Sollens auch der Inhalt eines spezifischen Seins ist, daß als gesollt gilt, was in bestimmter Weise tatsächlich geschieht oder geschehen ist. Was man als „normative Kraft des Faktischen“¹⁾ bezeichnet, ist eben jene historisch-psychologische Tatsache, daß als gesollt dem Einzelnen entgegentritt, was in der Regel und seit altersher von allen oder den Meisten beobachtet wurde. Und die analoge Tatsache liegt vor, wenn ein konkretes Sollen aus dem Bewußtsein der Menschen schwindet, ein bestimmtes Verhalten in der Vorstellung der Subjekte den Charakter des Gesolltseins verliert, wenn es dauernd und von den Meisten nicht geübt wird. Wie ein qualifiziertes Sein Inhalt eines Sollens wird, durch ein qualifiziertes Sein ein Sollen psychologisch entsteht, so geht der Inhalt eines Sollens durch qualifiziertes Nicht-Sein verloren, wird ein Sollen durch qualifiziertes Nicht-Sein psychologisch zerstört. Allein dabei muß man sich stets bewußt sein, daß diese Art der Betrachtung, sofern sie das Sollen aus dem Sein ableitet, das Sollen nicht mehr in jenem formal-logischen Sinne als Gegensatz zum Sein erfaßt. Vielmehr erscheint hier tatsächlich von vornherein schon das Sollen als ein Spezialfall des Seins. Denn worauf allein gibt diese Erkenntnis von der normativen Kraft des Faktischen eine Antwort, was allein wird durch sie „erklärt“? Tatsächliche Vorgänge, sei es äußerer oder innerer Art. Erklärt wird, warum gewisse Gebote an die Einzelnen gerichtet werden, jener tatsächliche Vorgang, jene besonderen psychischen Willensakte, in denen man bestimmte Normen an Subjekte ergehen läßt; und weiter: die realpsychischen Willensakte jener, die diesen Geboten sich unterwerfen, sie zur Richtschnur ihres eigenen Handelns machen; und endlich: diese normentsprechenden Handlungen selbst. All dieses Wollen und Handeln ist aber kein Sollen — im formal-logischen Sinne — sondern ein Sein, ein tatsächliches psychisches oder körperliches Geschehen, ist der Inhalt eines Sollens, aber nicht dieses Sollen selbst, das nur eine Form ist. Wie man historisch-psychologisch das Soll seinem Inhalte nach aus dem Sein abzuleiten bemüht ist, so versucht man das Sein aus einem Soll zu erklären, wenn man die Welt auf das Werdegebot eines überirdischen Schöpfers zurückführt. Es ist das gleiche psychologische Begrenzungsbedürfnis, das hier die logisch unendliche Kette des Seins mit einem „Soll“ beginnen läßt, und das dort die logisch ebenso unendliche Kette des Soll mit einem Sein abschließt. Es ist außerordentlich bezeichnend, daß man die Frage nach

1) JELLINEK, Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. Berlin 1905. S. 329ff.

dem Anfange und dem Ende, der Entstehung und Zerstörung des Soll nur insofern beantworten kann, als man aus der Welt des Soll in die des Seins übergeht; und daß man bei derselben Frage in Bezug auf das Sein in die Welt des Soll gerät. Darin zeigt sich deutlich, daß die Frage nach Entstehung und Zerstörung des Seins ebenso außerhalb der Seinsbetrachtung und deren spezifische explikative (kausale) Erkenntnismethode fällt, wie die Frage nach Entstehung und Zerstörung des Soll nicht mehr in der nur auf das Soll gerichteten Beobachtungsebene und innerhalb der normativen Erkenntnismethode liegt.

Faßt man das Sollen in einem streng logischen Sinne als Form in einem vollständigen Gegensatze zum Sein, dann darf man es mit keinem seiner Inhalte identifizieren, darf kein wie immer geartetes Sein als Sollen ausgeben. Insbesondere darf man nicht, was allerdings häufig geschieht, das Sollen als ein Wollen, also als einen realpsychischen Vorgang gelten lassen. Das Wollen gehört der Welt des Seins an, ist ein psychisches Geschehen und darum etwas Wesensverschiedenes vom Sollen. Ebenso wenig wie das Handeln, kann das Wollen ein Sollen sein. Denn Wollen kann wie Handeln Inhalt des Sollens, niemals das Sollen selbst sein. Wie ich handeln soll, kann ich wollen sollen. Ich kann etwas wollen, ohne es zu sollen. Ich kann etwas sollen, ohne es zu wollen. Dabei kann mir der Widerspruch zwischen meinem Wollen und meinem Sollen wohl bewußt sein. Das Bewußtsein etwas zu sollen, ist prinzipiell zu trennen von dem Wollen. Auch dann noch, wenn ich will, was ich soll; geschweige dann, wenn ich will, obgleich ich mir bewußt bin, das Entgegengesetzte zu sollen. Schließlich: Ich kann wollen sollen, aber ich kann nicht sollen sollen, was logisch ebenso unsinnig wäre wie: wollen wollen.

Ist das Sollen zu unterscheiden von dem Wollen desjenigen, der soll, an den das Soll gerichtet ist, so ist es auch nicht identisch mit dem Wollen desjenigen, von dem das Soll ausgeht, genauer: Durch dessen Wollen der Inhalt des Sollens bestimmt wird. Das Sollen, das für den A mit dem Befehle der Autorität B entsteht, ist durchaus nicht identisch mit dem psychischen Willensakte, der in dem Befehle des B zum Ausdruck kommt. Die Urteile: „Ich will, daß du . . .“ und „Du sollst das . . .“ werden zwar häufig als gleichbedeutend gebraucht, allein genau genommen müßte es heißen: „Ich will, daß du . . . und daher sollst du . . .“ Man bedenke auch, daß ein Soll dauernd zu konstatieren ist, nachdem längst schon der begründende Willensprozeß der Autorität abgelaufen, daß ja in den meisten Fällen ein Soll angenommen werden muß und im Bewußtsein des Pflichtsubjektes

besteht, ohne daß überhaupt irgend ein psychischer Willensakt einer menschlichen Autorität — und ein anderer ist nicht denkbar — konstatierbar wäre. Daß ich irgend ein konkretes sittliches Verhalten soll, heißt nicht etwa, daß irgend jemand oder die Meisten dieses mein Verhalten „wollen“; dies letztere wäre eine psychologische Fiktion. Überdies stünde über dem „Wollen“ dieser anderen ebendasselbe „Soll“, demzufolge sie das entsprechende sittliche Verhalten von mir zu wollen hätten. Dies Soll könnte also nicht ihr Wollen sein.

Aber vielleicht heißt ich soll — wenn nicht immer so doch für gewisse Gebiete des Sollens — ich will, wobei „Ich“ nicht nur im Sinne dessen steht, an den das Soll gerichtet ist, sondern von dem es ausgeht. Vom Standpunkte einer autonomen Moral aus erscheint das Individuum tatsächlich in dieser Doppelrolle als Pflichtsubjekt und Gesetzgeber, und es wird in einem späteren Zusammenhange zu prüfen sein, ob auch von diesem Standpunkte aus die scharfe logische Trennung von Wollen und Sollen und damit von Sein und Soll notwendig ist. Daß sie theoretisch möglich ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Denn wenn hier auch ein „ich soll“ stets und ausnahmslos verbunden ist und inhaltlich übereinstimmt mit einem qualifizierten: „ich will“; so kann doch immerhin beides theoretisch getrennt werden. Fraglich ist nur, ob diese formale Trennung angesichts der durchgehenden materiellen Identität eine besondere Bedeutung hat und daher eine Vernachlässigung des Unterschiedes resp. eine Identifizierung von Sollen und Wollen erlaubt oder doch nicht besonders fehlerhaft ist.

In jener streng objektiven Bedeutung, in welcher der Begriff des Sollens bisher entwickelt wurde, derzufolge, was gesollt ist, ohne Rücksicht auf das subjektive Wollen oder Wünschen eines Menschen festgestellt werden kann, in jener Bedeutung, in der das Sollen ganz besonders als formal-logische Kategorie im Gegensatz zum Sein auftritt, kommt es gerade für das Recht und dessen Normen in Betracht, und nur in Hinblick auf den objektiven Charakter des rechtlichen Sollens, das unabhängig ist von allem Wollen der rechtspflichtigen Subjekte, sind die bisherigen Konstatierungen erfolgt. Sollte aber schon jetzt das Bedenken geltend gemacht werden, daß das rechtliche Sollen der Rechtssubjekte identisch sei mit dem Willen des Staates, so muß auf die Ausführungen des 2. Buches verwiesen werden, wo dieser Einwand durch die Klarstellung dessen, was unter „Staatswille“ zu verstehen ist, seine Widerlegung findet.

Nicht nur in der besonderen Relation, in der das „Gesetz“ zu den von ihm beinhaltenen Tatsachen steht, sondern auch in dem Umfang jener Tatsachen, für die das „Gesetz“ gilt, hat man zwischen den beiden Arten von Gesetzen unterschieden. Das Naturgesetz hat jede Art physischen

oder psychischen Geschehens zum Gegenstande, vorausgesetzt, daß dieses Geschehen nur tatsächlich vor sich geht (vor sich gehen kann). Ja es ist sogar Postulat der Erkenntnis, jedes wirkliche Geschehen als ein notwendiges auf ein Gesetz zurückzuführen. Die Norm dagegen, die als Befehl an das zu normierende Objekt herantritt, kann nur solchen Tatsachen gegenüber geltend gemacht werden, die ihrer Natur nach fähig sind, Befehle zu empfangen und zu befolgen: nur ein vernunft- und willensbegabtes Subjekt, nur der Mensch — so behauptet man — kann unter der Herrschaft der Norm stehen, nur menschliches Verhalten, menschliche Handlungen und Unterlassungen können den Inhalt der Norm bilden. Allein es kann immerhin fraglich sein, ob sich die Norm nur an Menschen richten könne. Das tägliche Leben zeigt uns, daß Befehle auch an Tiere gerichtet und von Tieren befolgt werden. Die oft erstaunlichen Resultate der Tierdressur zwingen zur Annahme, daß dem Tiere gegenüber nicht nur der individuelle Befehl seinen Zweck erfüllt, daß auch eine generelle Norm im Bewußtsein oder Seelenleben des Tieres wirksam werden kann. Diese Feststellung ist für den in den folgenden Untersuchungen zu behandelnden Begriff der Persönlichkeit von Bedeutung, den man im Zusammenhange mit der Frage nach der möglichen Adresse der Norm auf den Menschen einschränken zu müssen glaubt. Die Frage, an wen man eine Norm ergehen lassen kann, ist eben zu scheiden von der Frage, an wen man die Norm mit mehr oder weniger Erfolg richten kann, an wen Normen zu richten zweckmäßig ist. Und von diesem Standpunkte, führt SIMMEL richtig aus, kann für die ganze Natur, nicht nur für Mensch oder Tier, ein Sollen konstruiert werden. „... Wie wir uns eine ganze Welt theoretisch vorstellen können, mit allen Gesetzen und Einzelheiten, und dann noch zu fragen haben, ob sie wirklich ist oder nicht, so können wir ebenso fragen, ob sie sein soll oder nicht. Denn von vielem sagen wir, daß es sein soll, was persönlich anzubefehlen sinnlos wäre; wenn Kant behauptet, der Natur gegenüber könne es kein Sollen geben, weil sie einfach den Gesetzen ihrer Wirklichkeit gehorcht und kein Ohr hat, einen darüber hinausgehenden Imperativ zu vernehmen, so ist dies psychologisch nicht ganz richtig; auch von dem natürlichen Lauf der Dinge, an dessen Notwendigkeit wir nicht zweifeln, sagen wir oft genug, daß es hätte anders sein sollen. Und zwar nicht nur im Vorblick, der uns noch keine Sicherheit des Verlaufes gewährt, sondern auch im Rückblick auf das schon Vollendete¹⁾. Wenn wir uns nicht scheuen, dem unausweichlich bestimmten Handeln der Menschen doch ein Sollen anderen Inhalts

1) Diesem letzteren Gedanken kann hier allerdings nicht bedingungslos beigepflichtet werden. Vgl. dazu unten S. 15.

entgegenzusetzen, so sehe ich nicht ein, weshalb wir uns durch die nicht größere Bestimmtheit der übrigen Natur brauchen verhindern zu lassen, auch für sie ein Sollen zu konstruieren. Nur daß es unnütz ist, weil ganz allein an psychologischen Wesen das ausgesprochene Sollen seine Nützlichkeit ausüben kann, dürfte den Hinderungsgrund bilden. Und gerade Kant, indem er die ungerechte Verteilung von Tugend und Glückseligkeit in der Welt als etwas ganz unerträgliches hervorhebt, empfindet das angemessene Verhältnis, nach dem der Gute seinen Lohn und der Böse seine Strafe erhält, als ein Sollen, das der Natur gegenüber gilt und dem sie denn auch in einer jenseitigen Welt nachkommt. Der Imperativ ist nur ein einzelner Fall des Sollens oder vielmehr ein Mittel, durch welches das Sollen in das Sein übergeführt wird¹⁾. Doch wird im folgenden immer nur von dem Gesolltsein menschlicher Handlungen die Rede sein. *- log. Kategorie, Inhalt*

Innerhalb der menschlichen Handlungen allerdings muß nicht jede einzelne zu einer Norm in ein Verhältnis gebracht, als unter der Herrschaft einer bestimmten Norm stehend erkannt werden, vielmehr gibt es zahlreiche vom normativen Standpunkte aus völlig indifferente Handlungen, ein Verhalten, das in keiner Weise als geboten oder verboten erscheint, ohne daß wir darum die normative Gesetzgebung als lückenhaft empfinden und als einer Ergänzung bedürftig erachten würden, während wir vom explikativen Standpunkte aus das Nichtzurückführenkönnen irgend eines tatsächlichen Geschehens auf ein Naturgesetz als eine vorläufige Unzulänglichkeit unserer momentanen Erkenntnis betrachten, die zu beheben als Aufgabe der Wissenschaft gilt. Treffend führt schon SCHLEIERMACHER²⁾ als Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz aus, „daß alles Natürliche, wie es geschieht, sich auf Gesetze zurückführen läßt, vermöge deren es geschieht, nicht aber im Gebiete der praktischen Vernunft alles auf solche Gesetze, vermöge deren es geschehen soll.“

Das Naturgesetz ist ein erklärendes Urteil. Seine „Geltung“ besteht in seiner Wahrheit d. h. es „gilt“ nur insofern, als die von ihm behaupteten Beziehungen richtig sind, und nicht weil es selbst wirkt, d. h. als verursachende Kraft in den Dingen Veränderungen hervorruft. Es ist zwar eine populäre aber durchaus ungenaue Anschauung, die das Gesetz als Ursache der zu erklärenden Erscheinung betrachtet, das Gesetz als causa efficiens wirken läßt.

Das Gesetz selbst ruht nicht als wirkender Faktor in den

1) a. a. S. 9, 11.

2) Über den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz, gelesen am 6. Januar 1825. Sämtliche Werke. III. Abteilung, 2. Bd. S. 405.

Dingen, sondern ist nur die gedankliche Formel ihrer Erklärung¹⁾. Nicht ganz so verhält es sich bei der Norm. Denn diese kann „wirken“, ja es ist geradezu ihr Zweck selbst als Ursache zu fungieren, motivierend auf den Willen der Menschen Einfluß zu nehmen, diesen Willen zu bestimmen. Die Norm soll nicht wie das Naturgesetz Seiendes erklären, sie soll ein Neues schaffen, ein Geschehen hervorbringen. Allein auch die Norm „gilt“ nicht, weil und insofern sie „wirkt“; ihre Geltung besteht nicht in ihrer Wirkung, in ihrem tatsächlichen Befolgtwerden, nicht in einem Sein (Geschehen), sondern in ihrem Sollen. Die Norm gilt, soferne sie befolgt werden soll; der Zweck der Norm ist wohl ihre Wirkung. Sie kann, aber sie muß nicht ihren Zweck erfüllen; auch die wirkungslose Norm bleibt Norm. Für die spezifische „Soll“-Geltung der Norm bleibt die Realisierung ihres Zweckes bedeutungslos.

Damit hängt zusammen, daß sich die Norm ihrem Zwecke und ihrer Wirkung nach stets nur auf künftige, nicht auf vergangene oder gegenwärtige Handlungen bezieht. Weil die Norm, unter dem explikativen Gesichtspunkte des Zweckes oder der Wirkung betrachtet, ein Verhalten verursachen will und das Subjekt, an das sie sich richtet, vor eine Wahl stellt, die Norm zu befolgen oder zu übertreten, muß sie der Handlung, die sie beinhaltet resp. bezweckt und die das Resultat der Wahl des Subjektes ist, vorausgehen²⁾. Sieht man aber

1) „Eine leere rhetorische Phrase ist es, von Naturgesetzen so zu sprechen, als ob die bloße Formel eine magische Macht über die Erscheinung übe und ihnen etwas zumutete, was nicht aus ihrer eigenen Natur von selbst folgte. Gesetze können nie Gründe des wirklichen Geschehens sein, sondern nur die konstante Art und Weise ausdrücken, wie reale Dinge sich verhalten.“ SIGWART, Logik II. 512. Sehr fein charakterisiert auch MACH jenen Prozeß, durch den, was nur Prinzip gedanklicher Zusammenfassung und Orientierung ist, in die Außenwelt projiziert wird: a. a. O. S. 454: „Es ist sehr natürlich, daß in Zeiten geringer Schärfe der erkenntnistheoretischen Kritik die psychologischen Motive in die Natur projiziert und dieser selbst zugeschrieben worden sind. Gott oder die Natur strebt nach Einfachheit und Schönheit, dann nach strenger Gesetzmäßigkeit und Bestimmtheit, endlich nach Sparsamkeit und Ökonomie in allen Vorgängen, nach Erzielung aller Wirkungen mit dem kleinsten Aufwand.“

2) Vgl. WUNDT, a. a. O. I. Bd. S. 6: „Nur wo diese Fähigkeit (der Wahl zwischen verschiedenen möglichen Handlungen) existiert, können Befolgung und Nichtbefolgung bestimmter Normen voneinander, und kann daher der Begriff des Sollens von dem des Seins unterschieden werden. Da die Wahl den Handlungen, die aus ihr entspringen, vorausgeht, so kann nur ihr gegenüber die Norm den wahren Charakter des Befehles besitzen, als eine Regel, die sich nicht auf die Beurteilung bereits gegebener Tatsachen, sondern auf die Hervorbringung zukünftiger bezieht. Jede Norm ist ursprünglich eine Willensregel, und als solche ist sie zunächst eine Vorschrift für die bevorstehende, noch der Wahl unterliegende Tat.“

von dem Zwecke der Norm, ein tatsächliches Verhalten der Subjekte künftig herbeizuführen, ab — einem Zweck, der für die Norm ja nicht spezifisch ist, da sie ihn mit anderen Tatsachen, die nicht Normen sind, gemeinsam hat — betrachtet man nicht die „Wirkung“, sondern die „Geltung“ der Norm, ihr „Sollen“ — und in der Statuierung eines Sollens, einer Pflicht liegt das spezifische Wesen der Norm — so ist eine Frage nach dem zeitlichen Umfange der Handlungen, die den Inhalt des Sollens bilden können, nicht möglich. Denn weder gegenwärtige, noch vergangene oder künftige Handlungen können streng genommen Inhalt des Sollens sein. Denn in der Zeit kommen alle Handlungen nur in ihrer Realität, d. h. aber in der Form des Seins, nicht aber des Sollens in Betracht. Eine Handlung, die erfolgen wird, ist als reale wirkliche, dem Sein angehörige oder doch in Zukunft angehörige Tatsache gedacht und erscheint in einer ganz anderen Denkform als eine Handlung, die geschehen soll.

Von der „Geltung“ wie von der „Wirkung“ der Norm ist zu unterscheiden die „Anwendung“ der Norm.

Wenn eine Norm auf eine bereits erfolgte Handlung in Anwendung gebracht wird, so kann dies in zweifacher Weise geschehen. Zunächst in dem Sinne, daß eine vollzogene Handlung lediglich mit einer Norm verglichen, auf ihre Übereinstimmung mit einer Norm hin objektiv geprüft wird. Die Norm fungiert hier nicht ihrem ursprünglichen und primären Zwecke nach als Verursachung der normierten Handlung, sie bedeutet für die Handlung, auf die sie angewendet wird, nicht das gleiche, wie für die von ihr beinhaltete Handlung — sie dient nur als Beurteilungsmaßstab dessen was geschehen ist. Die geschehene Handlung kann niemals mehr zur Norm in jener eigenartigen Relation stehen, die für das Verhältnis der Norm zur Handlung charakteristisch ist: in der Relation des Sollens. Denn die geschehene Handlung — dem Gebiete des Seins angehörig — ist für immer dem Wirkungs- und Geltungskreise der Norm entzogen, aus deren Welt des Sollens ausgeschieden. Als Beurteilungsmaßstab verwendet, entbehrt die Norm gerade der beurteilten Handlung gegenüber auch ihrer Eigenschaft des Danachachtungsbotens, der motivierenden Ursache. Sie fungiert in diesem Falle als indifferentes Vergleichsobjekt in ganz derselben Weise, wie auch andere Regeln als Grundlage der Bemessung oder Bewertung verwendet werden, die durchaus keinen Normcharakter an sich tragen, da sie keinerlei Sollen statuieren oder verpflichten. Den Urteilen, daß ein Berg hoch oder niedrig, eine Bewegung schnell oder langsam ist, liegen Regeln zugrunde, die keineswegs normierende Bedeutung haben. Es muß aus formalen Gründen mit Nachdruck betont werden, daß das Urteil, durch welches eine bestimmte Hand-

lung als mit einer Norm im Einklang oder im Widerspruch stehend ausgesagt wird, von vornherein durchaus nicht unter allen Umständen identisch ist mit jenem Urteile, in dem die Norm selbst erscheint und das diese Handlung als gesollte bezeichnet. Das Urteil, welches die Lüge als Verletzung eines Sittengesetzes erklärt, ist nicht das Sittengesetz selbst, das die Lüge verbietet. Ein solches Urteil behauptet ein Sein, kein Sollen; eine konkrete Handlung als böse, normwidrig beurteilen, heißt nicht urteilen: Diese bestimmte Handlung, welche bereits vollzogen ist, soll nicht sein; eine vollzogene Handlung kann ja überhaupt nicht mehr unter die Kategorie des Sollens fallen. Der Sprachgebrauch bediente sich daher mit richtigem Instinkte in diesen Fällen des Präteritums: sie sollte nicht sein, oder hat nicht sein sollen, aber sie ist. Bei einer geschehenen Handlung kann von Sollen oder Nicht-sollen keine Rede mehr sein. Was auch jetzt noch nicht sein soll, sind andere Handlungen, als die vollzogene, Handlungen, die nicht in der Welt des Seins gedacht sind. Und das diesen Gedanken ausdrückende Urteil ist eben die Norm selbst, die von dem Urteile, das die unvollzogene Handlung zum Gegenstande hat, formal unterschieden werden muß.

Die Anwendung der Norm auf eine bereits geschehene Handlung kann jedoch auch noch auf eine andere Weise erfolgen. Das Urteil, das die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit einer Norm aussagt, kann verbunden sein mit einer Billigung oder Mißbilligung dieser Handlung durch den Urteilenden. Diese Verbindung ist nicht unter allen Umständen eine notwendige. Vom Standpunkte einer heteronomen, nicht autonomen Gesetzgebung, bei Annahme einer außer- und überhalb der Subjekte stehenden Norm ist die Erkenntnis der Normgemäßheit oder Normwidrigkeit einer Handlung an sich durchaus nicht schon eine Billigung oder Mißbilligung derselben durch den Urteilenden. Die Billigung oder Mißbilligung, die sich mit einem Urteile über eine Handlung verbindet, ist hier nicht die notwendige Konsequenz der Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung dieser Handlung mit der objektiven Norm, sondern mit einem subjektiven Wollen oder Wünschen. Man billigt jenes Verhalten, das einem angenehm ist, das man wünscht. Das kann mitunter ein solches sein, das zu einer objektiven Norm im Widerspruch steht. Ja es kann sogar ein Urteil, das eine Handlung als mit einer objektiven Norm im Widerspruch stehend konstatiert, mit einer Billigung dieser Handlung verbunden sein. Man kann die Handlungsweise eines Napoleon bewundern und im höchsten Grade billigen und sie dennoch als grausam bezeichnen, da sie gegen die Norm, Menschenleben zu schonen, gegen das Sittengesetz der Menschenliebe verstößt. Das Verhalten, das im

Billigen der normgemäßen und im Mißbilligen der normwidrigen Handlung gelegen ist, untersteht selbst der Norm, der die Tätigkeit des Beurteilens ebenso unterworfen ist, wie die des Handelns. Die Norm, welche die Lüge verbietet, fordert zunächst das Unterlassen der Lüge, sekundär aber auch das Mißbilligen, das Verurteilen derselben. Dieser letzteren, sekundären¹⁾ Forderung der Norm kann Folge geleistet werden oder nicht, ebenso wie die Norm in Hinblick auf das von ihr primär geforderte Handeln befolgt oder verletzt werden kann. Während das Urteil, das eine konkrete Handlung mit einer Norm vergleicht, die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung der Handlung mit einer sittlichen Norm konstatiert, dieser Norm selbst nicht unterworfen ist, sondern sich nach logischen Gesetzen vollzieht, ist die Tätigkeit des Billigens oder Mißbilligens einer Handlung eben jener Norm unterworfen, wie diese Handlung selbst. Wir sollen eine normwidrige Handlung mißbilligen kraft eben derselben Norm, auf Grund deren wir sie unterlassen sollen. Darum geht es nicht an, das Wesen der Norm ganz allgemein darin zu erblicken, daß sie Beurteilungsregel ist, in dem Sinne, daß man auf Grund derselben tatsächlich billigt oder mißbilligt. Denn ebenso wie das Wesen der Norm ihrer primären Funktion nach nicht darin besteht, daß entsprechend derselben gehandelt wird, sondern gehandelt werden soll, ist ihr Wesen der sekundären Funktion nach lediglich darin zu erblicken, daß nach ihr gebilligt oder mißbilligt werden soll. Das Wesen der Norm ist nicht, daß sie Beurteilungsregel ist, sondern daß sie Beurteilungsregel sein soll, wobei unter Beurteilen ein billigendes oder mißbilligendes Urteilen verstanden wird.

Die Behauptung, daß alle Urteile, welche die Übereinstimmung einer Handlung mit einer Norm konstatieren, notwendig Billigungsurteile sind und solche, die das Gegenteil feststellen, Mißbilligungsurteile, beruht auf der Voraussetzung, daß das subjektive Wünschen des Urteilenden mit der objektiven Norm übereinstimmt, daß die Kenntnis der Norm auch immer deren Anerkennung bedeutet. So berechtigt eine solche Annahme vom Standpunkte einer autonomen Gesetzgebung²⁾ sein mag, die als Norm nur gelten läßt, was subjektiv als solche, d. h.

1) WUNDT a. a. O. S. 6. „Jede Norm ist ursprünglich eine Willensregel und als solche ist sie zunächst eine Vorschrift für die bevorstehende noch der Wahl unterliegende Tat, damit aber auch sekundär eine Vorschrift für die Beurteilung der bereits geschehenen Handlung.“

2) Der Gegensatz von Autonomie und Heteronomie wird im folgenden stets in jenem Sinne verstanden, wie LIPPS (Die ethischen Grundfragen, Hamburg und Leipzig 1899 S. 98) diesen Gegensatz formuliert hat: „Sofern mein Willensentscheid einem eigenen Zug zum Sittlichen entstammt und das Gebot nur An-

als Pflicht empfunden wird, vom Standpunkte einer heteronomen Gesetzgebung, die eine vom subjektiven Empfinden des Individuums unabhängige außer- und überhalb der Menschen existente Norm kennt, — und das kommt für die Jurisprudenz besonders in Betracht — muß sich eine solche Anschauung als Fiktion erweisen. Von diesem Standpunkte kann Kennen einer Norm nicht identisch sein mit Anerkennen derselben. Für eine solche Betrachtungsweise muß es zahlreiche Fälle geben, in denen die ins Bewußtsein des Einzelnen gedrungene objektive Norm, das erkannte Gesetz ohne jede Anerkennung bleibt. Der moralische Nihilist kennt die Sittengesetze sehr wohl, ohne sie anzuerkennen, ja er bekämpft sie, weil er sie kennt; und insoferne existieren sie auch für ihn, wenn er sich auch ihnen nicht unterwirft, als eine existente, reale Macht, durch welche die andern beherrscht werden. Trotzdem kann er eine konkrete Handlung, die er sogar billigt, als im Widerspruch zu der herrschenden Moral stehend erklären, denn mit einem solchen Urteil unterwirft er sich nur den Normen der Logik, die der moralische Nihilist nicht zu verwerfen braucht. Die Anerkennung ist ein subjektiver Akt, der sich im Innern des Individuums abspielt; er bedeutet die Selbstunterwerfung unter das erkannte Gesetz, den Beschluß, das Gesetz zum Motive des eigenen Wollens und Handelns zu machen. Nur vom Standpunkte einer heteronomen Gesetzgebung hat es eines solchen besonderen Begriffes der Normerkennung bedurft; dieser ist selbst der beste Beweis dafür, daß die bloße Kenntnis der objektiven Norm nicht genügt, um sie zum Motive des Handelns und damit sekundär zur Grundlage des Billigens und Mißbilligens zu machen. So notwendig und selbstverständlich sich diese formale Unterscheidung zwischen Kenntnis und Anerkennung der Norm, zwischen Billigung oder Mißbilligung einer Handlung und dem Urteile, das diese Handlung mit der Norm vergleicht, für die Theorie einer heteronomen Gesetzgebung erweist, so überflüssig mag diese Trennung für alle Fälle einer Autonomie

laß ist diesen Zug zu wecken, ist mein Willensentscheid sittlich autonom. Das Prinzip meines Wollens und Handelns ist nichts anderes als: Es ist ein Prinzip der Bestimmtheit des sittlichen Wollens und Handelns, durch mich, ist ein Prinzip der sittlichen Selbstgesetzgebung. Soweit dagegen das sittliche Gebot lediglich als ein fremdes mir gegenübersteht und seinem Inhalte nach nicht zugleich ein Gebot meiner eigenen Natur oder als ein Gesetz meines Willens sich darstellt, will oder handle ich heteronom. Das Prinzip meines Wollens oder Handelns ist ein Prinzip der Heteronomie. Das heißt wiederum nichts anderes als dies, daß das Gebot als ein fremdes und anders woher kommendes auf mich wirkt. In jenem Falle ist das Sittliche mein eigener von mir selbst gesetzter Zweck, in diesem Falle ist es ein mir von Anderen vorgesetzter Zweck, in mir selbst aber oder für mich ein bloßes Mittel zum Zwecke.“

sein, bei denen die objektive Norm und das subjektive Pflichtgefühl eins sind, so daß streng genommen nur als Norm gelten kann, was subjektiv als solche empfunden wird. Einer besonderen Anerkennung der erkannten Norm, das ist eines Prozesses, durch den der Inhalt des objektiven Gesetzes zum Inhalt des subjektiven Willens wird, bedarf es hier schon darum nicht, weil die Norm von vornherein nichts anderes ist als ein bestimmt qualifizierter Wille des Subjektes.

Von einem solchen Standpunkte aus stellt sich überhaupt der ganze Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm, zwischen Sein und Sollen als kein so vollständiger und absoluter dar, wie er in den bisherigen Erörterungen formal entwickelt wurde. Insbesondere auf dem Gebiete der Sittengesetzgebung, deren autonome Natur allgemein anerkannt wird, ist der formale Gegensatz zwischen Sein und Sollen von der Theorie gegenüber den tatsächlich bestehenden innigen materiellen Wechselbeziehungen zwischen beiden in den Hintergrund gedrängt und das Verhältnis zwischen Sein und Sollen auf verschiedene Weise als durchaus kein gegensätzliches dargestellt worden; (insbesondere seit jenem Zeitpunkte, da die immer stärker werdende Tendenz einsetzte, die formalistische Anschauungsweise der Kantschen Ethik zu verlassen.)

Wenn im folgenden auf diese Anschauungen näher eingegangen werden soll, geschieht dies deshalb, weil zahlreiche Gedankengänge, die auf dem Boden der Ethik zur Entwicklung kamen, von Juristen für das Gebiet des Rechtes übernommen wurden und bei der Konstruktion einiger Haupt- und Grundbegriffe der Rechtswissenschaft Bedeutung erlangten, ohne daß bei dieser Übertragung von Resultaten moralphilosophischer Betrachtung in die Rechtswissenschaft auf die prinzipielle Verschiedenheit zwischen der heteronomen Natur des Rechtes und der autonomen der Moral sowie auf den streng formalen Charakter der Jurisprudenz Rücksicht genommen wurde.

Da das Wesen des Sollens darin gelegen ist, daß es sich das Sein unterwirft, scheint es unmöglich, den Gegensatz zwischen beiden zu überbrücken und das Sollen aus dem Sein oder umgekehrt das Sein aus dem Sollen abzuleiten oder zu begründen¹⁾. Allein, wenn man diesen formalen Standpunkt verläßt und die Frage nach Inhalt und Entstehung der Norm aufwirft, ergeben sich eine Reihe von Beziehungen zwischen Sein und Sollen, die vielen Theoretikern das Verhältnis zwischen beiden als ein derartiges erscheinen lassen, daß sie daß Sollen als einen Spezialfall des Seins, als einen besonders qualifi-

1) Vgl. KIRCHMANN, Die Grundbegriffe des Rechtes und der Moral. Philosophische Bibliothek Bd. 11. Berlin 1869, S. 48.

zierten Zustand des Seins ansehen zu müssen glauben. Die soziologische Forschung, welche die konkreten Sittengesetze einer Gemeinschaft zu einer bestimmten Zeit untersucht, zeigt, daß als Moralnorm von dem Einzelnen stets nur dasjenige gefordert wird, was seit Menschengedenken von den Gemeinschaftsgenossen tatsächlich und regelmäßig geübt wurde und was für die Existenz der Gemeinschaft notwendig ist. Das zur Erhaltung der Gesamtheit erforderliche, den egoistischen Tendenzen des Einzelnen entgegengesetzte Verhalten, insofern es von den allermeisten Gesellschaftsgliedern regelmäßig tatsächlich geübt wurde und geübt wird, ohne welches Verhalten die Gemeinschaft überhaupt niemals hätte bestehen können, bildet den Inhalt der sittlichen Normen, die in einem Volke Geltung haben; die Moralvorschriften sagen aus, unter welchen Existenzbedingungen die Gesellschaft bisher bestanden hat, gegenwärtig faktisch besteht und in Zukunft bestehen kann. Sie sind das Ergebnis einer Abstraktion, die das tatsächliche Verhalten der Einzelnen zusammenfaßt. So sagt SIMMEL¹⁾: „Tiefen Einblick (in das Verhältnis zwischen Sein und Sollen) gewinnen wir noch von der Erkenntnis aus, daß die soziale Gruppe im allgemeinen dasjenige als Pflicht vom Einzelnen fordert, was mehr oder minder tatsächlich und von jeher in ihr geübt wird, weil es die Bedingung ihrer Selbsterhaltung ist . . .“ Subjektiv beruht dieses tatsächliche Verhalten der Einzelnen, das den Inhalt der abstrakten Regel ausmacht, auf jenen, dem Menschen als gesellschaftlich lebendem Wesen, als ζῶον πολιτικόν, angeborenen Trieben, die — im Gegensatz zu den egoistischen — nicht auf Erhaltung des Individuums, sondern auf Erhaltung der Gattung, der Gemeinschaft gerichtet sind. Diese altruistischen Triebe, die regelmäßig bei den allermeisten Menschen in größerer oder geringerer Intensität auftreten, werden häufig mit der moralischen Disposition der Menschen identifiziert. Indem diese moralisch-altruistischen Tendenzen des Individuums mit seinen egoistischen Neigungen in Widerstreit geraten, kommen sie ihm als Pflicht, als „gesollt“ zum Bewußtsein. Einer derartigen psychologisch-soziologischen Betrachtungsweise erscheint somit das Sollen im objektiven Sinn, die Norm, als Regel tatsächlichen Geschehens, das Soll im subjektiven Sinne, die Pflicht, als ein altruistischer Trieb, eine nach äußerlicher Realisierung strebende, mit egoistischen Trieben im Kampfe liegende Willensrichtung — jedenfalls aber als ein tatsächlicher Vorgang, als real-psychischer Zustand des Individuums, als ein Sein. Ganz in dem ausgeführten Sinne stellt auch SIMMEL²⁾ das subjektive Sollen dar, wenn er sagt: „Immer sind es wirkliche

1) a. a. O. I. S. 19.

2) a. a. O. I. S. 19.

historische Zustände der Gattung, die in dem Einzelnen zu triebhaftem Sollen werden“, und an anderer Stelle¹⁾ ausführlich: „daß das Sollen nichts anderes bedeutet als solche (altruistische) gefühlte Triebe in uns, die nicht auf den Egoismus zurückführbar, also überhaupt nicht weiter erklärbar sind“.

Wenn der Einzelne das sittliche Soll, die Norm, nicht bloß als subjektiven Trieb empfindet, sondern als eine von Außen, von einer höheren Macht aus an ihn herantretende Forderung, so wird das auf einen eigenartigen Prozeß der Objektivierung zurückgeführt, durch welchen der Mensch gewisse psychische Tatsachen nach außen projiziert, von wo aus dieselben zu ihm in Formen wieder zurückkehren, die ihren Ursprung kaum mehr erkennen lassen²⁾. So ist die Idee der Gottheit nur die Objektivierung des metaphysischen Ich, die Eigenschaften Gottes nur objektivierete menschliche Vorzüge und so zeigt sich das als der höhere Wille einer außer- und überhalb des Menschen stehenden Macht empfundene Sittengesetz — das die Theologie ja auch als Wille Gottes erkennt — nur als die Objektivierung der sittlichen Triebe des Menschen. Was im Grunde schon eigenes Wollen und Wünschen des Subjektes, was aber — weil noch nicht intensiv genug betont und im Widerstreit zu den starken egoistischen Trieben stehend — noch nicht alleinige und herrschende Willensrichtung geworden, die Stimme des Gewissens, das wird auf dem Wege jenes eigenartigen Gedankenprozesses der Objektivierung zur Forderung einer dem Individuum übergeordneten Autorität, zum Willen einer übermenschlichen Macht. Vom Standpunkte einer Naturgeschichte der Moral, einer Psychologie des Pflichtgefühls muß anerkannt werden, daß vom Menschen kein Moralgebot fordert, was er nicht schon früher gewollt hat. Auf Grund solcher Anschauungsweise wäre es auch völlig verfehlt, das sittliche Handeln und das sittliche Wollen des Individuums auf die objektive Norm zurückzuführen. Denn unter diesem Gesichtspunkte stellt sich das Verhältnis gerade umgekehrt dar: Die Norm ist nur aus dem sittlichen Wollen des Subjektes, aus seiner moralischen Disposition abzuleiten, ist nur deren Objektivierung.

Betrachtet man, auf dem Boden einer autonomen Moral stehend, die Norm als den in objektivierter Form an den Menschen herantretenden sittlichen Trieb, dessen moralisches Wollen, dann ergibt sich mit voller Klarheit, was früher bereits angedeutet wurde, daß „Erkennen“ und „Anerkennen“ der Norm nur Eins ist. Während die Norm, die Inhalt und Ursprung — anders als das Sittengesetz — keinem subjek-

1) a. a. O. I. S. 30.

2) Vgl. KIRCHMANN a. a. O. S. 96.

tiven Wollen des Individuums verdankt, sobald sie in das Bewußtsein dringt, also erkannt wird, noch einer Anerkennung bedarf, das ist des Beschlusses befolgt zu werden, um eine motivierende Macht des Willenslebens zu sein, ist die Moralnorm materiell selbst schon dasjenige, was sie formell zu bewirken hat: das sittliche Wollen und Verhalten des Subjektes. Der Norm in diesem Sinne — allerdings nur in diesem Sinne, und es wird noch zu zeigen sein, daß die Norm in diesem Sinne nicht in allen normativen Disziplinen erfaßt werden kann — wohnt das Moment des psychischen Zwanges von vornherein inne. Von diesem Sittengesetze kann WINDELBAND ¹⁾ sagen: „mit unmittelbarer Evidenz knüpft sich an das Bewußtsein der Norm eine Art von psychologischer Nötigung, sie zu befolgen“. Ja das Wesen dieser Norm ist gewiß in der ihr immanenten unmittelbaren Evidenz zu erblicken. Und dagegen kann auch der für die objektive Norm einer heteronomen Gesetzgebung gewiß zutreffende Einwand nicht vorgebracht werden, daß es zahlreiche Fälle gäbe, in denen die in das Bewußtsein gedrungene Norm, das erkannte Sittengesetz, gar keine bestimmende Wirkung ausübt; denn die erkannte Norm ist schon der bewußt gewordene Trieb zum sittlichen Handeln, und als Norm und Pflicht wird von diesem subjektivistischen Standpunkte nur gelten gelassen, was als faktische Willensrichtung auftritt. Die Richtigkeit und Zulässigkeit dieser Betrachtungsweise vorausgesetzt, muß man mit WINDELBAND sagen: ²⁾ „Wer sich einer besonderen oder allgemeinen ethischen Maxime bewußt geworden ist, der fühlt sich dadurch veranlaßt, dieselbe zum Motive seines Wollens zu machen“, und kann die Identität von „bewußt werden“ d. i. erkennen und „anerkennen“ voraussetzend fortfahren: „wer eine Norm als solche anerkennt, der ist eben damit überzeugt, daß er, so wie alle andern danach verfahren sollten.“ Wird von diesem subjektivistisch-autonomen Standpunkte aus überhaupt noch von „Anerkennung“ einer Norm neben dem Erkennen, Bewußtwerden der Norm gesprochen, so hat der Begriff der Anerkennung hier gleichsam nur die Bedeutung einer Art gedanklichen Reduktionsprozesses: die Rückverlegung der durch die Objektivierung scheinbar nach Außen projizierten Moralautorität in das Innere des Subjektes, das einzig und allein als Sittengesetzgeber fungieren kann.

Die notwendige Konsequenz eines derartigen autonom-subjektivistischen Normbegriffes ist dann auch die Tatsache, daß ein Urteil, durch welches eine konkrete Handlung auf ihr Verhältnis zu einer Norm geprüft wird, stets ein Billigungs- oder Mißbilligungsurteil sein muß,

1) a. a. O. S. 237.

2) a. a. O. S. 237.

denn ein solches Urteil, das eine Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung der Handlung mit einer Norm aussagt, konstatiert zugleich die Harmonie oder Diskrepanz dieser fremden Handlung mit dem eigenen subjektiven Wünschen des Urteilenden, dessen Handlungs- und Beurteilungstendenz, die ja identisch ist mit der Norm¹⁾.

Für eine Betrachtungsweise, der das Sollen nur als ein Spezialfall des Seins erscheint, muß auch der Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm — zumindest auf sittlichem Gebiete — verschwinden. Diese soziologische, psychologisch-genetische Methode muß von vornherein zu andern Resultaten gelangen als die formalistische. Die Normen stellen sich als Regeln dar, nach denen „der Wert dessen, was naturnotwendig geschieht, beurteilt wird“,²⁾ d. h. also Regeln, auf Grund deren etwas Tatsächliches geschieht: nämlich das Beurteilen, während die Naturgesetze der urteilenden Vernunft angehören, d. h. das naturnotwendige Geschehen frei von Billigung oder Mißbilligung, ohne jede Bewertung als naturnotwendig erkennen lassen³⁾. Die der Norm entsprechenden Handlungen erfolgen ebenso naturnotwendig wie alle andern. Das Verhältnis der Norm zu dem Naturgesetze, das ebenfalls ein naturnotwendiges Geschehen beinhaltet, wird dann — nach WINDELBAND — in der Weise aufgesucht und festgestellt, daß man die normgemäßen Handlungen, das sind jene, welche dem „normativen Bewußtsein, dem sittlichen Gewissen entsprechen“, auch nur als solche Willensbetätigungen erkennt, die nach dem Motivationsgesetze — d. i. dem Kausalgesetze des menschlichen Willens — möglich sind und verwirklicht werden. Die Gebote des sittlichen Gewissens nun sind „gewisse Formen der Motivation, welche durch den naturgesetzlichen Prozeß hervorgerufen werden können, aber durchaus selten wirklich hervorgerufen werden.“ Die Normen sind daher mit den Naturgesetzen zwar nicht identisch, sie stehen denselben aber auch nicht „als ein fremdes und fernes gegenüber: jede Norm ist vielmehr eine solche Verbindungsweise psychischer Elemente, welche unter dem naturnotwendigen, gesetzlich bestimmten Prozeß des Seelenlebens unter geeigneten Umständen ebenso wie viele andere und wie auch die entgegengesetzten hervorgerufen werden kann. Eine Norm ist eine bestimmte durch die Naturgesetze des Seelenlebens herbeizuführende Form der psychischen Bewegung.“ Die Normen sind daher „besondere Formen der Verwirklichung von Naturgesetzen“, „die Normalgesetzgebung ist mit der Naturgesetzgebung weder identisch noch im

1) Vgl. SIGWART, Logik I³ S. 159 ff. Anmerkung.

2) WINDELBAND a. a. O. S. 219.

3) Vgl. WINDELBAND a. a. O. S. 219.

Widerspruch; sie ist eine Selektion aus den durch die Naturgesetzgebung bestimmten Möglichkeiten“ 1).

Deutlich tritt bei diesen Gedankengängen der psychologische Standpunkt, die Tendenz, das tatsächliche Geschehen, nämlich das normgemäße Handeln zu erklären, hervor. Auf Grund dieser Voraussetzungen, die das Sollen als besonders qualifiziertes Sein erscheinen lassen, kann und darf eine Disparität zwischen Naturgesetz und Norm nicht vorhanden sein. Fraglich ist nur — und zur Prüfung dieser Frage allein wurden diese Gedankengänge hier eingehender reproduziert — ob diese Methode der Betrachtung auch für die Normen des Rechtes innerhalb der Jurisprudenz zulässig ist.

Auf der Basis einer die Seins-Tatsachen des sittlichen Lebens berücksichtigenden Ethik mußte auch die berühmte Formel KANTS, derzufolge das Sittengesetz volle Geltung habe, ungeachtet der Tatsache, ob es befolgt oder nicht befolgt werde, jene Formel, die das Sollen unabhängig von allem Sein konstruiert, Widerspruch finden. Insoferne man die Norm überhaupt nur als Tatsache des subjektiven Seelenlebens, als eine real existente Willensrichtung im Individuum gelten läßt, kann ein Sittengesetz gar nicht denkbar sein, das nicht seine Befolgungstendenz in sich selber trüge. Für die objektiviert Norm muß dann angenommen werden, daß sie aufhöre, Norm zu sein, wenn sie nicht mehr befolgt wird, daß die Geltung der Norm, ihr Sollen, stehe und falle mit ihrer Wirkung: ihrem Sein. Eine objektive Norm, die nicht mehr als subjektive Handlungstendenz in den einzelnen Menschen tatsächlich lebt, hat ihren Charakter als Sittengesetz verloren. Der Grundsatz, daß eine Norm nur insoferne als solche angesehen werden kann, als sie nicht bloß ein Sollen statuiert, sondern auch ein Sein bestimmt, gründet seine Berechtigung eben auf die Tatsache, daß jedes Sittengesetz aus dem Innern des Menschen als sittlicher Trieb entspringt und mit diesem verschwindet. Für die psychologisch-genetische Betrachtung ist der Gegensatz zwischen dem objektiven Sittengesetze und dem subjektiven Willen des Individuums nur ein scheinbarer; das reale Substrat der Norm ist ausschließlich die sittliche Willensdisposition des Individuums, der gegenüber eine selbständige objektive Norm nur als Konstruktion eines gedanklichen Objektivierungsprozesses erscheint.

Auch unter einem andern Gesichtspunkte als dem streng subjektivistischen einer autonomen Moral ist ein Sittengesetz undenkbar, das niemals oder nicht mehr und unter keinen Umständen tatsächlich befolgt würde. Denn, wie schon oben gezeigt, stellt sich jedes kon-

1) a. a. O. S. 224—226.

krete Sittengesetz, seinem Inhalte nach, historisch betrachtet, als eine Abstraktion dessen dar, was lange Zeit, tatsächlich und regelmäßig geübt wurde. Der Natur und dem gewöhnlichen Verhalten des Durchschnittsmenschen entsprechend, wendet sich diese Regel des menschlichen Handelns und Unterlassens als Norm — im Sinne des Darnachachtungsgebotes — gegen das nichtbefolgende Individuum als eine Ausnahme von der Regel. Und diese Regel verliert natürlich ihren Normcharakter — im Sinne des Sollens — sobald sie aufhört, eine Regel des tatsächlichen Geschehens — des Seins — zu sein.

Vom Standpunkte der oben charakterisierten autonom-subjektiven Auffassung hat es vielleicht tatsächlich keinen praktischen Zweck, den formalen Gegensatz zwischen Sein und Sollen beim Sittengesetze in jener Schärfe aufrecht zu erhalten, in der KANT und FICHTE ihn formuliert haben; und die Theoretiker, die der formalistischen Anschauungsweise der Kant-Fichteschen Formel widersprochen haben, konnten sich auf die Tatsache stützen, daß dem formalen Gegensatze von Sein und Sollen die substantielle Identität beider Momente — einerseits für die psychologische Betrachtung im Innern des Subjektes, die das Sollen als tatsächliches Wollen erkennt, andererseits für die historische Betrachtung, die den Inhalt der Norm als Regel tatsächlichen und durchschnittlichen Geschehens aufzeigt — gegenübersteht.

Schon SCHLEIERMACHER hat in dem bereits zitierten Aufsätze über den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz gegen die Kant-Fichtesche Formel polemisiert, und seine Ausführungen, deren Grundgedanke in den meisten späteren Schriften über das fragliche Problem wiederkehren, sollen hier darum wiedergegeben werden, weil sie eine Argumentation enthalten, die aus doppeltem Grunde für die Jurisprudenz von Bedeutung ist: Einmal haben die meisten Rechtsphilosophen und Theoretiker des positiven Rechtes diese Argumentation für das Rechtsgebiet übernommen, und zweitens schließt SCHLEIERMACHER die Ungültigkeit der Kantschen Formel für das Sittengesetz aus seiner angeblichen Unanwendbarkeit für das Rechtsgesetz: A. a. O. S. 407 führt er aus: „Besteht — denn darauf laufen die Kantischen und Fichtischen Erklärungen hinaus — besteht die absolute Gültigkeit des Sittengesetzes darin, daß es immer gelten würde, wenn auch niemals geschähe, was es gebietet, weil ja doch das Soll desselben besteht, auch wenn ihm ein Sein gar nicht anhängt, die absolute Gültigkeit des Naturgesetzes hingegen darin, daß immer geschehen muß, was darin ausgesagt ist? Was das erste betrifft, so ist allerdings wahr, daß die Gültigkeit des Gesetzes nicht abhängt von der Vollständigkeit seiner Ausführung; ja es ist der richtige Ausdruck für unsere Annahme des Gesetzes, daß, ohnerachtet wir keine einzige menschliche Handlung

für schlechthin vollkommen, also ganz dem Gesetze entsprechend erkennen, die Gültigkeit des Gesetzes dadurch dennoch gar nicht leidet. Allein auf der andern Seite muß doch immer etwas vermöge des Gesetzes geschehen, sonst wäre es auch kein Gesetz. Denn wenn wir auf den Prototyp des Sollens, nämlich auf das bürgerliche Gesetz zurückgehen, würde wohl jemand sagen, das sei wirklich ein Gesetz, das zwar ausgesprochen sei als solches, aber niemand mache auch nur die geringste Anstalt, dem Gesetz zu gehorchen? Gewiß würden wir verneinen, aber dann auch hinzufügen, der Gesetzgeber sei auch keine Obrigkeit, weil seine Aussprüche nicht anerkannt werden und das ganze Verhältnis nur im Anerkennen bestehe. Werden wir nun nicht auf dieselbe Art auch vom Sittengesetze sagen müssen: Wenn in keinem Menschen die geringsten Anstalten gemacht würden, demselben zu gehorchen, und das was Kant die Achtung für das Gesetz nennt, gar nicht vorhanden wäre; denn diese ist doch immer schon ein wenngleich unendlich kleiner Anfang des Gehorsams: so wäre auch das Sittengesetz kein Gesetz, sondern ein theoretischer Satz, von welchem man sagen könnte, er würde ein Gesetz sein, wenn es eine Anerkenntnis desselben gäbe? . . . Kann man also wohl sagen, das Sittengesetz würde gelten, wenn auch nie etwas demselben gemäß geschähe? . . . Das Gesetz ist also nur Gesetz, insofern es also auch ein Sein bestimmt und nicht als ein bloßes Sollen, wie denn auch ein solches strenggenommen gar nicht nachgewiesen werden kann¹⁾.

1) Zu diesen Ausführungen SCHLEIERMACERS bemerkt EUCKEN a. a. O. S. 163, das Problem des Verhältnisses von Natur- und Sittengesetz sei durch KANT in den Vordergrund gebracht. „Denn indem er die Moral über alles seelische Getriebe hinaushob, mußte sich das Sittengesetz mit seinem Soll vom Naturgesetz bis zu schroffem Gegensatz abheben. Einem SCHLEIERMACHER schien damit das Sittliche unter einen einseitigen Anblick gestellt und eines sicheren Haltes in der menschlichen Natur beraubt; das trieb ihn, den engen Zusammenhang von Natur- und Sittengesetz zu verfechten. Aber diesen berechtigten Gedanken hat SCHLEIERMACHER stark überspannt und das Charakteristische der Moral dadurch abgeschwächt. Wer die Moral zur Natur des Menschen rechnet, der gibt dem Begriff der Natur einen neuen Sinn und hat sie scharf von allem bloßen Dasein zu scheiden; so ist schließlich KANT in besserem Rechte als SCHLEIERMACHER. Die unmittelbare Gleichsetzung von Natur- und Sittengesetzen entspricht dem Stande der antiken Ethik; sie ist hinfällig geworden und widerspricht der weltgeschichtlichen Lage, nachdem das Verhältnis des Menschen zum Geistesleben hat schwere Verwicklungen erkennen lassen. Auch wäre leicht zu zeigen, daß wo immer moderne Denker die Sittengesetze prinzipiell als Naturgesetze faßten, der Verlauf der Untersuchung sie immer wieder zur Anerkennung einer abweichenden Art gezwungen hat“

Bevor untersucht werden soll, inwieferne, ja ob überhaupt die hier vorausgesetzte Analogie zwischen Rechtsgesetz und Sittengesetz besteht und ein Schluß von dem einen auf das andere zulässig ist, muß das gegenseitige Verhältnis von Norm und Naturgesetz in einer bestimmten Hinsicht hervorgehoben werden, nämlich in Bezug auf die Relation zur Gesetz- resp. Normwidrigkeit.

Faßt man das Naturgesetz in einem exakten, strengen Sinne, dann kann es keine Erscheinung geben, die gegen ein Naturgesetz verstieße. Jede solche Tatsache würde nur die Falschheit des Naturgesetzes zeigen, würde zu dem zwingenden Schlusse führen, daß das angebliche Naturgesetz keines gewesen sei. Bedient man sich jedoch des Wortes Naturgesetz in einem weniger strengen Verstande, und begreift man darunter Regeln, die eine konstante — wenn auch nicht absolute und ausnahmslose Gleichförmigkeit im Naturlaufe ausdrücken¹⁾, so wie es etwa die Gesetze der Psychologie, die Formeln der Biologie²⁾ tun, dann hat man es mit Gesetzen zu tun, die eine Ausnahme wohl zulassen; und diese Ausnahmen stellen die Richtigkeit der Regel, solange sie gegenüber der Majorität der der Regel entsprechenden Fälle nur vereinzelt bleiben, nicht nur nicht in Frage, es gilt von ihnen sogar die populäre Anschauung, daß sie diese Regel bestätigen.

Betrachtet man das Sittengesetz unter dem streng formalistischen Gesichtspunkte der objektiven Norm und sieht man seine Geltung nur in seinem Sollen ohne jede Rücksicht auf ein entsprechendes Sein, dann verträgt die Norm ebenso wenig eine „Ausnahme“, wie das exakte Naturgesetz, das sich als ein Spezialfall des Kausalgesetzes darstellt. Läßt sich ein einziger Fall nachweisen, der dem Inhalte der Norm nach unter diese fällt, für den jedoch die Norm nicht gelten soll, dann muß diese Norm als ebenso ungültig betrachtet werden, wie das vermeintliche Naturgesetz, dem ein tatsächlicher Vorgang widerspricht. Etwas anderes ist es, wenn der Fall eintritt, daß eine Norm tatsächlich nicht befolgt wird; denn dies bedeutet keine Ausnahme von ihrer „Geltung“, d. i. von ihrem Sollen, das ja auch diesem Falle gegenüber bestehen bleibt, sondern von ihrer „Wirkung“.

Der Geltung des Naturgesetzes und der Ausnahme hiervon entspricht bei einer vergleichsweisen Analogie mit der Norm nicht deren tatsächliches Befolgtwerden und das vielleicht ausnahmsweise Nichtbefolgtwerden — sondern deren Befolgtwerdensollen und etwaiges Nicht-befolgtwerdensollen. Vom objektiven Standpunkte einer heteronomen Gesetzgebung ist es gewiß unrichtig, einen Fall der Nichtbefolgung der Norm als „Ausnahme“ von dieser Norm zu betrachten.

1) PAULSEN, System der Ethik, 7. Aufl. 1906, S. 13.

2) PAULSEN a. a. O. S. 13.

Denn die Geltung der Norm ist für diesen Fall gar nicht ausgenommen, auch für diesen Fall „gilt“ die Norm d. h. soll sie befolgt werden, und nur weil sie gilt, stellt sich dieser Fall als ein besonderer gegenüber den andern dar: als Normwidrigkeit. Als „Ausnahme“ steht ein Fall jener Regel gegenüber, die — obgleich der betreffende Fall dem Inhalt der Regel nach unter diese fällt — dennoch für ihn nicht zutrifft; ein solcher Fall ist dem exakten Naturgesetze gegenüber gleichbedeutend mit dessen Vernichtung; bei einer bloßen — nicht ausnahmslosen — Regel zeigt er jedenfalls, daß eine Geltung des Gesetzes für ihn nicht besteht. Man muß eben — steht man auf einem objektiven Standpunkte — scharf zwischen der Bedeutung unterscheiden, die „Geltung“ beim Naturgesetz und bei der „Norm“ hat. Und man muß vermeiden, die „Wirkung“ der Norm d. i. ihr tatsächliches Befolgtwerden mit der „Geltung“ des Naturgesetzes zu vergleichen; welche letztere ihre Analogie bei der Norm ebenfalls in deren „Geltung“ d. i. deren „Befolgtwerdensollen“ findet.

Betrachtet man die Tatsachen des sittlichen Lebens, das sittliche Verhalten der Menschen unter dem Gesichtspunkte der explikativen, erklärenden Disziplinen, muß sich das normgemäße Verhalten, das Befolgen der Moralvorschriften seitens der Menschen als ein ebenso naturnotwendiges, also unter Naturgesetzen stehendes Faktum darstellen wie jeder tatsächliche Vorgang. Kommt man auf Grund der Beobachtung des tatsächlichen Verhaltens zu der Erkenntnis, daß das Verhalten der Menschen in den meisten Fällen den Normen entspricht, die sie sich zur Richtschnur ihres Lebens nehmen, kann man die Regel aufstellen, daß die Menschen im allgemeinen die Normen befolgen. Dieser Naturregel gegenüber ist der Einzelfall einer Nichtbefolgung eine „Ausnahme“; und diese Regel des tatsächlichen Verhaltens ist es, die einem solchen Falle gegenüber versagt, nicht gilt, während die formale Norm auch in diesem Falle befolgt werden soll, also in ihrem besonderen eigensten Sinne „gilt“. Das Moralgebot, fremdes Eigentum zu achten, gilt auch für den Dieb, während die Regel, daß die Menschen im allgemeinen fremdes Eigentum respektieren, dem einzelnen Diebstahle gegenüber ausgenommen ist. Die Normwidrigkeit ist nicht eine Ausnahme von der Geltung der Norm, sondern von der ihre tatsächliche Wirkung konstatierenden Regel — einem Naturgesetze im weitesten Sinne.

Auch dieser Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm verliert stark an Bedeutung, wenn man den hier bereits wiederholt charakterisierten subjektiven Standpunkt der autonomen Gesetzgebung einnimmt und die Norm ihrem Inhalte nach als Kulturhistoriker betrachtet.

Berücksichtigt man, daß jede Norm nur ein Verhalten statuiert, das regelmäßig eintritt, also ihrem Inhalte nach auch eine Regel des tatsächlichen Handelns und Unterlassens der Menschen ist, dann stellt die normwidrige Handlung oder Unterlassung eine Ausnahme jener Regel dar, die man als Substanz der Norm erkennt. Als typisch für diese Anschauungsweise können die Ausführungen gelten, die PAULSEN¹⁾ über diesen Punkt in besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Naturgesetz und Norm in seinem System der Ethik gibt. Nachdem er als Naturgesetze in einem weiteren Sinne auch die nicht ausnahmslosen Regeln der Biologie und der medizinischen Diätetik erklärt hat, fährt er fort: „In diesem Sinne kann man auch die Sätze der Ethik Naturgesetze nennen: Sie drücken ebenfalls regelmäßige Zusammenhänge zwischen Verhaltensweisen und Rückwirkungen auf die Lebensgestaltung aus. Lüge hat die Tendenz, Mißtrauen hervorzurufen, Mißtrauen hat die Tendenz, menschliches Gemeinschaftsleben zu stören und zu zerstören, das sind Generalisierungen von derselben Art wie die, daß Alkohol die Tendenz hat, das Nervensystem zu zerstören.“

Man sieht, daß PAULSEN die Norm überhaupt in gar keinen Gegensatz zum erklärenden Naturgesetz stellt, sondern direkt als Naturgesetz bezeichnet. Noch deutlicher wird sein Standpunkt in folgenden Sätzen: „Es wird eingewendet: die Sätze der Ethik oder die Sittengesetze drücken ein Sollen, nicht aber ein Sein aus, wie es die Naturgesetze tun. Du sollst nicht lügen — das ist ein Gesetz der Moral, und zwar ein allgemeingültiges, trotz aller Abweichungen der Wirklichkeit. Mit den Rechtsgesetzen, sagt man, stehen die Moralgesetze in nächster Verwandtschaft, nicht mit den Naturgesetzen. — Sicherlich sind sie mit diesen verwandt, ja vielleicht kann man sagen: die ursprünglichen Rechtsgebote sind nur ein Ausschnitt aus dem Sittengesetz. aber das hindert nicht, daß sie auch mit den Naturgesetzen verwandt sind. Die Rechtsgesetze drücken freilich zunächst ein Sollen aus, von dem das wirkliche Verhalten Ausnahmen macht; aber doch eben nur Ausnahmen. Die Regel ist doch, daß das Gesetz auch das wirkliche Verhalten der Bürger ausdrückt. Ein Gesetz, das alle Welt überträte, würden wir wohl nicht mehr zu den geltenden Gesetzen zählen. Zu seiner Wirklichkeit gehört nicht bloß, daß es auf einem Stück Papier gedruckt steht, sondern daß es das wirkliche Verhalten — wenn auch nicht mit absoluter Regelmäßigkeit bestimmt. Dazu kommt noch ein zweites: das Rechtsgesetz hat zwar zunächst seinen Ursprung im Willen des Menschen, aber zuletzt hat es seinen

1) a. a. O. S. 13 ff.

Grund in der Natur der Dinge, in kausalen Zusammenhängen zwischen Handlungen und ihren Rückwirkungen auf die Lebensgestaltung. Du sollst nicht fälschen, stehlen, brandstiften, oder wie es im Gesetze heißt: wer fälscht, stiehlt, wird so und so bestraft; dies Gebot hat seinen eigentlichen Grund darin, daß diese Dinge bedrohliche Wirkungen für das Gemeinwesen haben. Stehlen hat die Tendenz, die Eigentumsordnung, fälschen die Tendenz, den öffentlichen Glauben zu untergraben, schließlich also die Gütererzeugung und den Güterumsatz zu zerstören. Dieses Naturgesetz ist der letzte Grund des Rechtsgesetzes; das Rechtsgesetz ist eine Regel für das Verhalten der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft, welche die Sicherung der Lebensbedingungen der Gemeinschaft zur Absicht hat. Beides gilt auch für die Moralgesetze. Ein Sittengesetz drückt nicht bloß ein Sollen, sondern auch ein Sein aus. Der Kulturhistoriker wird ohne Zweifel sagen: es drückt regelmäßiges, wenn auch nicht ausnahmsloses Verhalten der Glieder des Kreises aus, der es als gültig anerkennt; und jedenfalls ist es ein Prinzip, nach welchem regelmäßig über Handlungen geurteilt wird. . . .“

Deutlich tritt hier die in erster Linie die Tatsachen des sittlichen Lebens berücksichtigende historische Methode hervor, die das formale Moment mehr oder weniger vernachlässigt. PAULSEN selbst betont ausdrücklich den kulturhistorischen Standpunkt seiner Argumentation. Inwieweit derselbe für die Erfassung der Rechtsercheinungen brauchbar ist, soll später erörtert werden. Für das Gebiet der Ethik muß jedenfalls zugegeben werden, daß, wenn auch die hier für den objektiven Standpunkt geforderte formelle Unterscheidung zwischen der Regel des tatsächlichen Geschehens und der ein entsprechendes Sollen statuierenden Norm auch für den subjektiven Standpunkt möglich ist, sie doch für den letzteren an Bedeutung wesentlich verliert und leicht ganz verwischt wird.

Was insbesondere die Versuche anlangt, die Sittengesetze als moralisch-diätetische Regeln zu fassen und sie so in eine Linie mit den Naturgesetzen zu stellen, ist folgendes zu bemerken: Betrachtet man, um Naturgesetz und Norm miteinander zu vergleichen, beide von einem gemeinsamen Standpunkte aus, so zeigt sich, daß sie sich schon durch den Zweck voneinander unterscheiden¹⁾: Der ein Naturgesetz beinhaltende Satz will ein Seiendes erklären, bestehende Zusammenhänge konstatieren — die Norm will ein Neues schaffen, setzt sich zur Aufgabe, ein bestimmtes Verhalten der Menschen

1) Vgl. dazu die Ausführungen über die teleologische Betrachtung der Norm unten S. 69.

zu erzielen. Die Form, in der die Norm erscheint, in der sie ihren eigentümlichen Zweck erfüllt, kann eine sehr verschiedene sein. Als nackter Imperativ erscheint das göttliche Gebot: liebe deinen Nächsten; in einem hypothetischen Urteile verspricht das Gebot der Elternverehrung irdische Vorteile eines langen Lebens für den Fall der Darnachachtung, und bei primitiven Völkern mögen beispielsweise Reinlichkeitsvorschriften keine andere Sanktion haben als den Hinweis auf die nachteiligen natürlichen Folgen für die Gesundheit und das Leben der Übertreter. Eine solche Norm ist äußerlich nichts anderes als die Konstatierung eines tatsächlichen Zusammenhanges zwischen einem menschlichen Verhalten und seinen naturgesetzlichen Folgen. Zur Norm wird ein solcher Satz, sofern er die nicht weiter erklärbare Fähigkeit hat, ein Sollen zu statuieren, die Subjekte zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten. Dieser Satz nun, der als Norm gilt, kann auch einer teleologischen Betrachtung unterworfen werden und weist dann eben jenen Zweck auf, der oben charakterisiert wurde: Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten¹⁾. Der Satz: die Lüge ist dem sozialen Leben schädlich, ist zunächst ganz ebenso eine erklärende Regel, wie der Satz: der Alkohol zerstört das Nervensystem. Im Munde des Soziologen hat der erste Satz ebenso wenig normativen Charakter, wie der letztere im Munde des Physiologen. Wie aber der erste Satz von einem Pädagogen, einem praktischen Moralisten, einem Seelsorger als Norm verwendet werden kann, wie er von der Kanzel herabgesprochen als Verbot der Lüge wirkt, so ist der letztere eine diätetische Vorschrift des Arztes, durch die der Alkoholgenuß verboten wird.

Festgehalten also muß werden: daß die Norm einen Zweck hat und daß sie diesen Zweck in den verschiedensten Gestalten verfolgen kann, auch in der äußeren Erscheinung eines Naturgesetzes oder einer Naturregel, von der sich die Norm auch durch den Zweck unterscheidet, ganz abgesehen davon, daß sie, im prinzipiellen Gegensatze zur Naturregel, die einen Seinszusammenhang erklärt, ein Sollen statuiert, was allerdings für die teleologische Betrachtung, unter der allein der Zweck der Norm erscheint, nicht hervortritt.

Faßt man aber den Zweck des Sittengesetzes ins Auge, indem man auf die Frage, warum ein bestimmtes Verhalten als Inhalt einer

1) Verfehlt wäre die Annahme, daß dieser Zweck das Wesen der Norm sei. Nicht alles, was den Zweck hat, jemanden zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, ist eine Norm, sonst wäre ja jede Bitte, jeder geäußerte Wunsch und vieles andere eine Norm, das keineswegs die Fähigkeit hat, ein Sollen, ein Pflicht zu statuieren. Das Nähere über das Verhältnis von Zweck und Norm vgl. unter S. 64 ff.

Norm gefordert wird, zeigt, daß es ein der Gesamtheit Schädliches ist, das verboten, ein der Gesamtheit förderliches, das geboten wird, eben aus dem Grunde der Schädlichkeit oder des Nutzens für die Gesamtheit, stellt man sich also auf den explikativen Standpunkt der teleologischen Betrachtung¹⁾ und formuliert man dann das Sittengesetz als eben diese Regel, durch welche die natürliche Rückwirkung jenes Verhaltens auf die Gesamtheit ausgedrückt wird, dann betrachtet man das Sittengesetz als Soziologe²⁾. Es kann wohl auch unter diesem Gesichtspunkte zwischen dem Satze unterschieden werden, der die tatsächlichen Beziehungen zwischen einem individuellen Verhalten und der Existenz der Gesamtheit — also ein Sein feststellt — und jenem, der materiell gestützt auf diesen, aber formell selbständig und ohne Rücksicht auf ihn dieses bestimmte Verhalten fordert — ein Sollen statuiert. Allein diese Unterscheidung tritt für jene Betrachtung, die das Sittengesetz erklären will, in den Hintergrund.

Nun ist hier gewiß nicht der Ort, um zu der Frage Stellung zu nehmen, inwieweit ein solch explikativer Standpunkt in der Ethik Berechtigung hat. Der Streit, ob die Ethik eine Wissenschaft von den menschlichen Handlungen ist, wie sie tatsächlich geschehen, oder eine Wissenschaft von den menschlichen Handlungen, wie sie geschehen sollen, ob die Ethik ausschließlich oder nur zum Teil eine normative Disziplin ist³⁾, kann hier nicht des näheren erörtert werden. Was festgestellt werden muß, ist die Tatsache, daß bei der Behandlung ethischer Probleme zwei verschiedene Methoden möglich sind, eine formalistisch-normative und eine soziologisch-psychologisch-explikative. Es muß darauf hingewiesen werden, daß, wenn der Psychologe oder der Soziologe sich die Aufgabe stellt, das Wesen der Norm zu ergründen, sein Resultat von vornherein dahin determiniert ist, daß nur ein Seiendes als Wesen des Sittlichen sich ergeben kann, daß der für die formalistische, streng normative Betrachtung so wesentliche Kontrast zwischen dem, was ist, und dem, was sein soll, mit den Mitteln einer naturwissenschaftlichen erklärenden Disziplin nicht erfaßbar ist. Allein man kann sich auch nicht der Erkenntnis verschließen, daß auf dem Boden einer autonomen Moral, der sich die Norm als subjektives Pflichtgefühl oder Pflichtbewußtsein darstellt, das Sollen als Sein zeigt, eine vollständige Scheidung zwischen explikativer und normativer Methode, wenn schon nicht unmöglich, so doch von fraglichem Werte ist, daß eine scharfe Trennung beider Standpunkte aber auch dann sehr schwierig ist, wenn die Norm ihrem

1) Vgl. unten S. 63. 2) Vgl. unten S. 71.

3) Vgl. HENSEL, Hauptprobleme der Ethik, Leipzig 1903, S. 1.

Inhalte und ihrer Entstehung nach eine Regel tatsächlicher Übung, wirklichen Verhaltens ist. Dies gilt nicht etwa nur für die Moral. So kann auch die Grammatik sich nicht darauf beschränken, vorzuschreiben, wie gesprochen werden soll, sie muß als historische Sprachforschung zeigen, wie zu verschiedenen Zeiten gesprochen wurde, wie in der Gegenwart gesprochen wird; ja, ihre normierende Funktion erfüllt die Grammatik nur dadurch, daß sie die Regelmäßigkeit, die überaus häufige Erscheinung einer Sprachform, ihr tatsächliches Vorkommen bei bedeutenden Schriftstellern — also ein qualifiziertes Sein — konstatiert.

II. Kapitel.

Sittengesetz und Rechtsnorm.

Völlig anders liegt das Verhältnis auf dem Rechtsgebiete. Hier ist wie in keiner normativen Disziplin die Trennung zwischen dem explikativen und normativen Standpunkte möglich und notwendig. Zwar schien sich ursprünglich gerade in diesem Punkte das Recht von den übrigen normativen Disziplinen nicht wesentlich zu unterscheiden. Solange die Erzeugung des Rechtes im Wege der Gewohnheit erfolgte, bestand zwischen den Normen des Rechtes und denen der Moral gerade mit Rücksicht auf die gleiche Art ihrer Entstehung eine weitgehende Analogie und die Jurisprudenz glaubte mit einer gewissen Berechtigung auf gemeinsamem Boden mit der Moralwissenschaft bauen zu können. Wie das Sittengesetz seinen Inhalt aus dem wirklichen Sein nahm, so gewährten die Gerichte Strafe oder Exekution nur in jenen Fällen, wo ein Verhalten des zur Rechenschaft Gezogenen gegen das Herkömmliche, Übliche verstieß; und die Frage, was Rechtens sei, was in einem konkreten Falle geschehen solle, war in der Periode der Herrschaft des Gewohnheitsrechtes wenigstens materiell identisch mit der Frage nach dem, was regelmäßig geschah, tatsächlich geübt wurde. Da es für das Recht — ebenso wie für die Moral — eine objektive Festsetzung dessen, was sein sollte, nicht gab, mußte der Jurist, d. i. jener, der Rechtsfragen zu beantworten oder Unrechtsfolgen zu verhängen hatte, ähnlich wie der Grammatiker auf den Sprachgebrauch, sein Augenmerk stets auf den Rechtsgebrauch, d. i. darauf richten, was zu seiner Zeit als Recht wirklich geübt wurde oder doch seit Väterzeit als solches zu geschehen pflegte. Der Zusammenhang zwischen dem geltenden

Rechte, d. i. demjenigen, was im Augenblicke der Gegenwart und für die nächste Zukunft rechtlich postuliert wurde, und der historischen Rechtsentwicklung, d. i. demjenigen, was seit langer Zeit faktische Rechtsgewohnheit war, dieser Zusammenhang war ein so inniger, daß nach einer Trennung der historischen Rechtsforschung von der dogmatischen Rechtsbetrachtung, einer Unterscheidung zwischen den Methoden beider Disziplinen — der ersten, explikativen und der zweiten, normativen — durchaus kein Bedürfnis empfunden wurde, und die historische Betrachtung des Rechtes auch den dogmatischen Anforderungen entsprach: gab doch nur diese Betrachtung auf die dogmatische Frage nach dem, was Rechtens ist, eine befriedigende Antwort.

Allein wenn auch die Tatsache, daß die Gewohnheitsrechtsnormen ihren Inhalt einem sozialen Prozesse: der langjährige Übung entnehmen, die Tatsache, daß rechtliches Sollen und rechtliches Sein materiell übereinstimmt, eine gewisse Analogie zur autonomen Moral schafft und den Standpunkt der älteren rechtshistorischen Schule begreifen läßt, die ganz so wie eine gewisse Richtung der Ethik, den formalen Gegensatz zwischen Sein und Sollen über der inhaltlichen Identität vernachlässigend, sich eine explikative Methode der Betrachtung wählt, so ist dieser Standpunkt dennoch niemals ganz gerechtfertigt, zumal gerade die Analogie zur Moral niemals, auch zur Zeit alleiniger Geltung des Gewohnheitsrechtes nicht, völlig aufrecht zu erhalten ist. Was bei der autonomen Moral die formale Differenz zwischen Sein und Sollen und die sich daraus ergebende Ausschließlichkeit der normativen gegenüber der explikativen Methode vielleicht zu vernachlässigen berechtigt, ist der Umstand, daß hier stets und ausnahmslos gesollt wird, was auch zugleich gewollt wird, und zwar nicht nur in einem generellen, sondern in einem individuellen Sinne. Denn nicht bloß für die Gesamtheit gilt als Norm, was von der Gesamtheit, d. h. den meisten gewollt wird, sondern das Prinzip der Autonomie oder der sittlichen Selbstgesetzgebung bedeutet konsequenterweise, daß auch der Einzelne nur soll, auch von dem Einzelnen nur ein sittlicher Imperativ fordert, was der Einzelne selbst — in Gestalt eines sittlichen Triebes — will (wobei allerdings hier dahingestellt bleiben mag, ob dieses Prinzip der Autonomie mit dem sozialen Charakter, mit Zweck und Ursprung der Moral vereinbar ist). Daraus ergibt sich aber, daß das Sittengesetz, das die Tendenz seiner Befolgung bei jedem Einzelnen, für den es gilt, in sich selbst trägt, sich nur in den Fällen seiner Befolgung bewährt, m. a. W. daß im einzelnen Falle von einem Sittengesetze immer nur geredet werden kann, wenn es in diesem Falle auch tatsächlich

befolgt wurde oder doch der Trieb zur Befolgung, also zumindest das Bewußtsein eines Sittengesetzes vorhanden war. Eine sittliche Norm besteht für den Einzelnen nur insofern, als er sich sie selber setzt, sich ihr selber unterwirft, sie befolgen will. Diesen individuell autonomen Charakter hat aber das Recht niemals, auch das Gewohnheitsrecht nicht. Wenn auch als Recht nur gilt, was von den meisten im allgemeinen geübt wird, so daß für die Gesamtheit wohl rechtliches Sollen und rechtliches Sein inhaltlich stets übereinstimmt, so ist dies doch individuell, d. h. für den Einzelnen keineswegs der Fall. Denn auch der Gewohnheitsrechtssatz statuiert für den Einzelnen ein Sollen ohne Rücksicht darauf, ob er das Gesollte will, ja ohne Rücksicht darauf, ob er die Norm überhaupt kennt. Der Gewohnheitsrechtssatz wird — und darin unterscheidet er sich prinzipiell vom Sittengesetz — auf den Einzelfall angewendet¹⁾, auch wenn er nicht befolgt wird, ja gerade dann, wenn er nicht befolgt wird. Diese Möglichkeit der Anwendung gehört zum Wesen des Rechtes. Kein Recht ohne Gericht! Daher ist bei dem durch Rechtsnormen — auch durch Gewohnheitsrechtsnormen — statuierten Sollen von vornherein die Möglichkeit eines materiellen Gegensatzes zum individuellen Wollen, d. h. zum Sein gegeben, was beim autonomen Sittengesetz ausgeschlossen ist. Das rechtliche Sollen gilt im Einzelfalle ohne gleichinhaltliches Sein.

Besteht also bei ausschließlicher Geltung von Gewohnheitsrecht wenigstens insofern eine Analogie zwischen Rechts- und Sittengesetz,

1) Zwar könnte man geltend machen, daß auch die Moralnorm „angewendet“ werde, indem das Verhalten anderer einer sittlichen Beurteilung unterzogen wird. Allein auch das sittliche Beurteilen, das Loben oder Tadeln eines fremden Verhaltens ist im Grunde nichts anderes als Befolgen eben jener Norm, die man auf das fremde Verhalten in Anwendung bringt. Denn jede sittliche Norm fordert nicht bloß ein Verhalten, sondern implicite auch das entsprechende Beurteilen. „Du sollst nicht lügen“, heißt nicht bloß, unterlasse selbst das Lügen, sondern auch, verurteile anderer Lügen! So daß also auch die „Anwendung“ der Norm eine Befolgung ist. Anders bei der Rechtsnorm. Hier besteht die spezifische Anwendung nicht in dem (mit Billigung oder Mißbilligung verbundenen) Urteile über die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung eines äußeren Verhaltens mit einer Rechtsnorm, sondern in der Realisierung der Sanktion, in der Verhängung der Strafe etc. Wenn der Richter aber im konkreten Unrechtsfalle eine Strafe verhängt, also eine Rechtsnorm zur Anwendung bringt, so befolgt er zwar auch eine Rechtsnorm, aber nicht jene, die er zur Anwendung bringt, sondern eine andere. Der Rechtssatz, der den Richter verpflichtet, den Dieb zu strafen, ist ein ganz anderer als jener, der zur Unterlassung des Diebstahls verpflichtet. Letzterer ist es allerdings, den der Richter anwendet. Vgl. des nähern darüber unten S. 189 ff. Dort wird auch die Frage zu untersuchen sein, welche Bedeutung eben die Tatsache, daß der Rechtssatz nicht nur befolgt, sondern auch angewendet werden können muß, für die logische Form des Rechtssatzes hat.

als generell betrachtet, d. h. für die Gesamtheit in beiden Fällen als Norm nur gilt, was von der Gesamtheit tatsächlich geübt wird, und tritt somit wenigstens unter diesem Gesichtspunkte der Gegensatz von Sein und Sollen, von explikativer und normativer Methode nicht deutlich hervor, so hat die Verdrängung der gewohnheitlichen Rechts-erzeugung durch die Gesetzgebung zur Folge, daß nunmehr auch diese Analogie zwischen Recht und Moral verschwindet. So lange der Inhalt von Rechtsnormen, also rechtlichem Sollen, auf die gleiche Weise zustande kommt, wie der Inhalt von Sittengesetzen, also sittlichem Sollen, nämlich durch das qualifizierte Sein langdauernder Übung, ist es nicht ganz unverständlich, daß der Unterschied zwischen Rechts- und Sittengesetzen übersehen wird. Tritt an Stelle der Gewohnheit die bewußte Gesetzgebung, so ist es zwar auch jetzt noch ein sozialer Prozeß, ein tatsächliches Geschehen, das dem rechtlichen Sollen seinen Inhalt gibt, allein der soziale Vorgang der Rechts-erzeugung besteht nicht mehr in dem tatsächlichen Verhalten eben derselben, für welche die Rechtsnorm gilt. Der Inhalt des rechtlichen Sollens bestimmt sich jetzt ohne Rücksicht auf die tatsächliche Übung der Gesellschaft; (wenn er vielleicht auch durch dieses gesellschaftliche Verhalten noch immer zerstört werden kann: Derogierung des Gesetzes rechtes durch Gewohnheitsrecht!) das rechtliche Sollen ist jetzt in jeder Beziehung auch inhaltlich unabhängig vom Sein. Jetzt kann der formale Gegensatz zwischen rechtlichem Sollen und Sein nicht mehr übersehen werden, zumal keinerlei, auch keine generelle inhaltliche Identität mehr besteht.

Bei der gewohnheitlichen Rechtserzeugung tritt der heteronome Charakter des Rechtes nicht so sehr in den Vordergrund, weil der Inhalt der Rechtssätze durch dieselben Personen — die Gesamtheit als Einheit genommen — bestimmt wird, für welche die Rechtssätze gelten. Immerhin ist der heteronome Charakter für die individuelle Betrachtung trotzdem gegeben, da ja der Einzelne — zum Unterschiede von der wahrhaft autonomen Moral — ohne Rücksicht auf sein Wollen dem Rechte unterworfen ist, und gerade in dieser individuellen Reaktion des Rechtes gegen den Einzelnen, in der Anwendung des Rechtssatzes durch das Gericht, in dieser doppelten Wirkungsmöglichkeit des Rechtssatzes, die neben dem Befolgtwerden auch noch in dem Angewendetwerden besteht, der spezifische Unterschied zwischen Rechts- und Sittengesetzen zu erblicken ist¹⁾. Vollkommen deutlich und gänzlich

1) In der spezifischen Anwendungsmöglichkeit liegt übrigens auch der Unterschied zwischen Rechtssätzen und „Konventionalregeln“. Mit letzterem Terminus bezeichnet bekanntlich STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, 2. Aufl. 1906. „Die Masse jener Norme die in den Weisungen von Anstand und Sitte, in den Forderungen der

unübersehbar tritt der heteronome Charakter des Rechtes in den Vordergrund, sobald an Stelle gewohnheitlicher Rechtserzeugung die bewußte Rechtssatzung tritt und nunmehr auch für die generelle Betrachtung — die übrigens viel mehr die der historisch-soziologischen als die der ethisch-juristischen Disziplinen ist — die inhaltliche Identität von Sollen und Sein wegfällt.

Etikette und den Formen des geselligen Verkehres im engeren Sinne, in der Mode und den vielfachen äußeren Gebräuchen, wie in dem Kodex der ritterlichen Ehre uns entgetreten.“ (a. a. O. S. 121). Dagegen kann das von STAMMLER behauptete, „nie versagende Kriterium“ zwischen dieser Gruppe von sozialen Normen und den Rechtssätzen nicht als zutreffend bezeichnet werden. Der Unterschied liegt nämlich nach STAMMLER in dem besonderen Geltungsanspruche beider Arten von Normen. „Das Recht will als Zwangsgebot über dem einzelnen gelten ohne Rücksicht auf dessen Zustimmung und Anerkennung, — die Konventionalregel gilt nach ihrem eigenen Sinne lediglich zufolge der Einwilligung der Unterstellten. (a. a. O. S. 477.) STAMMLER übersieht hier den Doppelsinn des Wortes „gelten“, das sowohl „befolgt werden“, als auch „befolgt werden sollen“ — also jedesmal etwas völlig verschiedenes bedeuten kann. Nimmt man „gelten“ im Sinne des tatsächlichen Befolgtwerdens, dann ist die Anerkennung oder Zustimmung der Normunterworfenen für die Geltung der Rechtssätze ebenso wesentlich wie für die Geltung oder das tatsächliche Befolgtwerden irgend einer menschliches Verhalten bezweckenden Norm, also auch der Konventionalregeln. Tatsächlich wird die „Anerkennung“ als „Geltungsgrund“ der Rechtsnormen von den meisten Juristen behauptet. Daß freilich diese Art von Geltung für die normative Betrachtung der Rechtswissenschaft irrelevant ist, gehört auf ein anderes Blatt und wird in einem der folgenden Kapitel näher untersucht werden. Nimmt man aber das Wort „gelten“ im Sinne von Befolgt-werden-sollen, also nicht wie im ersten Falle explikativ, sondern normativ, dann ist die Anerkennung oder Zustimmung der Normunterworfenen für die Geltung der Rechtssätze ebenso wenig wesentlich wie für die Geltung der Konventionalregeln. Denn auch diese letzteren sollen befolgt werden ohne Rücksicht darauf, ob das Subjekt es wünscht oder für zweckmäßig hält. Auch das die Vorschriften des Ehrenkodex verletzende Subjekt bleibt unter dessen Herrschaft, auch der „Kneifende“ „sollte“ die Norm befolgen, die Ehrenkränkung mit der Waffe zu sühnen fordert. Es ist unrichtig, wenn STAMMLER sagt: „Wer keine Satisfaktion gibt, steht außerhalb des ritterlichen Ehrenkodex.“ (a. a. O. S. 125.) Denn dieser Kodex verlöre jede Bedeutung, wenn seine „Geltung“ d. h. die Vorstellung von seinem Befolgt werden sollen vom Belieben der Menschen abhänge. In der gesellschaftlichen Mißachtung, die den Satisfaktionsverweigerer trifft, zeigt sich deutlich, daß auch dieser noch unter dem Ehrenkodex steht. Und wenn STAMMLER als weiteres Beispiel für seine Behauptung anführt: „Wer nicht grüßt, empfängt keinen Gegengruß“, so ist damit keineswegs gezeigt, daß derjenige, der die Grußnorm verletzt, nicht grüßen soll; gerade in der Verweigerung des Gegengrußes seitens jenes, der hätte begrüßt werden sollen, zeigt sich deutlich, daß die Grußnorm auch für den Verletzer gilt; ja man könnte gar nicht von einer Verletzung dieser „Konventionalregeln“ sprechen, wenn jeder, der sie nicht anerkennt und daher nicht befolgt, sich außerhalb derselben setzte. Wenn die Konventionalregel objektiv ebenso wie der Rechtssatz auch für jenen „gilt“, der sie nicht anerkennt, so hat das darin seinen Grund, daß die Kon-

Es ist außerordentlich bezeichnend, daß gerade von den Vertretern der rechtshistorischen Schule in entschiedener Weise dagegen Stellung genommen wurde, daß der natürliche und unbewußte Prozeß allmählicher Rechtsbildung im Wege der Gewohnheit durch den künstlichen und bewußten Akt der Gesetzgebung ausgeschaltet werde. — Daß es Historiker waren, die dem Staate (richtiger: der Gesellschaft) zu Beginn des 19. Jahrhunderts den Beruf zur gesetzmäßigen Rechtserzeugung absprachen, hat eben darin seinen Grund, daß vom historischen Standpunkte aus als Recht stets nur begriffen werden konnte, was schon durch tatsächlichen Gebrauch zu solchem geworden war.

Mit dem Siege des Prinzipes, daß Recht nur dasjenige sei, was durch den formellen Akt der Gesetzgebung zum ausdrücklichen Willen des Staates geworden ist — ohne Rücksicht darauf, ob es bis zu diesem Augenblicke schon als solches geübt wurde oder nicht — ist der Zusammenhang, der, wie nochmals betont werden muß, zwar materiell und für eine generelle Betrachtung, aber niemals formell und für eine individuelle Betrachtung zwischen dem tatsächlichen und historischen Geschehen einerseits und der Rechtsnorm andererseits, dem rechtlichen Sein und Sollen besteht, durchaus zerrissen. Der Inhalt der Norm ergibt sich auf dem Boden des positiven Rechtes nicht mehr durch eine Abstraktion dessen, was regelmäßig geübt wird, aus einer Betrachtung des Seins und historischen Werdens: der Inhalt der Rechtsnorm wird in unzweideutiger Weise durch einen freien

ventionalregel ganz ebenso wie der Rechtssatz heteronomer Natur ist. Nicht in seinem Innern, etwa als Inhalt natürlicher Triebe oder angeborener Willensrichtungen findet der Mensch die Vorschriften der Sitte, des Anstandes etc. vor. Vielmehr ist es das äußere Leben der Gesellschaft, aus dem ihm das System jener Gebote und Verbote entgegentritt, die STAMMLER als „Konventionalregeln“ bezeichnet. Der Mensch wird in diese Normen ebenso hineingeboren wie in die Rechtsordnung. Ihr Geltungsanspruch (im Sinne des Befolgtwerden, sollen) trifft jeden, auch den, der sie als töricht oder zweckwidrig verwirft. Nur daß er sie verletzen kann, ohne daß er — wie beim Rechte — durch eine zu diesem Zwecke geschaffene Organisation mit einer Unrechtsfolge belegt wird. Nur von streng autonomen Normen könnte vielleicht mit einer gewissen Berechtigung gesagt werden, daß die Anerkennung des Normsubjektes für ihre Geltung wesentlich sei, sofern nämlich hier von einer Norm für ein Individuum nur gesprochen werden kann, als dieses die Norm will, oder sich der Norm unterwirft, m. a. W. die Norm anerkennt.

Was den Rechtssatz von der Konventionalregel unterscheidet, ist, wie bereits angedeutet, daß der Rechtssatz nicht nur befolgt, sondern auch angewendet werden kann, daß er also eine Geltungs- richtiger Wirkungsmöglichkeit mehr hat, als die Konventionalregel, und daß ihm — eben wegen seiner Anwendungsmöglichkeit eine äußere Organisation: das Gericht — im weiteren Sinne der Staat wesentlich ist.

Rechtsschöpfungsakt festgestellt, der formal völlig unabhängig ist von der tatsächlichen Rechtsentwicklung. Durch den Gesetzgebungsakt ist eine scharfe und deutliche Zäsur zwischen Rechtsentwicklung und geltendem Rechte geschaffen — eine Trennung, die für die Methode der Rechtserkenntnis von der größten Bedeutung ist. Die dogmatische Jurisprudenz des positiven Rechtes hat den Inhalt ihrer Rechtssätze nicht mehr aus der Rechtsgeschichte zu holen, sondern aus dem Gesetze. Zwischen der historischen Erkenntnis des Rechtes und seiner dogmatischen Betrachtung ist eine prinzipielle Scheidung nunmehr nicht nur möglich, sondern notwendig und die Verschiedenheit der Methoden beider Disziplinen tritt von selbst zu Tage. Damit hat sich aber zwischen der Jurisprudenz und den übrigen normativen Disziplinen, wie Grammatik und Ethik, insoferne eine größere Verschiedenheit entwickelt, als die in der Ethik und Grammatik mitunter schwer zu vermeidende Verbindung und Vermischung von explikativer und normativer Betrachtung in der Jurisprudenz gänzlich eliminiert werden muß. Die Trennung beider Standpunkte und die ausschließliche Akzeptierung des normativen Standpunktes in der dogmatischen Jurisprudenz ist vielmehr oberster methodischer Grundsatz.

Die Bedeutung, welche der Verdrängung der gewohnheitlichen Rechtsbildung durch die bewußte Gesetzgebung für die Methode der Jurisprudenz zum Unterschiede von der der Moralwissenschaft hier beigelegt wird, ist durchaus nicht allgemein anerkannt. Besonders von Seite der Rechtshistoriker wird darauf hingewiesen, daß auch die bewußte Gesetzgebung — soll sie überhaupt lebensfähig sein — materiell zu denselben Resultaten kommen müsse wie die gewohnheitliche Rechtsbildung, daß die im Wege der Gesetzgebung erzeugten Rechtsnormen keinen wesentlich anderen Inhalt haben als jene, die sich ohne diesen künstlichen Akt im Wege der natürlichen und mählichen gewohnheitlichen Entwicklung gebildet hätten, da auch die gesetzgebenden Faktoren nur das Werkzeug der gleichen Macht seien, durch welche die Gewohnheitsrecht bildenden Individuen geleitet werden: der Volksüberzeugung, des Volksbewußtseins. Ja, man¹⁾ ging sogar so weit, zu behaupten, daß das Recht, dadurch daß es in die Sphäre bewußter Satzung trat, gar nicht aufgehört habe Gewohnheitsrecht zu sein, insoferne es auch jetzt nur Recht sei — wenn auch nicht unmittelbar im Momente der Erlassung des Gesetzes — als es als bindend anerkannt werde. Und solche Anerkennung sei nicht nur gegeben, wenn die Norm ihrem wesentlichen Inhalte nach bereits gegolten habe, sondern auch wenn

1) Vgl. dazu die Ausführungen S. 366 f.

ihre Erlassung in den daran beteiligten Kreisen als Bedürfnis empfunden wurde.

Es mag richtig sein, daß die gesetzgebenden Faktoren im allgemeinen bemüht sind oder doch bemüht sein sollen, die „Volksüberzeugung“ auszusprechen und in den Gesetzen nur das zu normieren, was dem „Volksgeist“ und den Bedürfnissen entspricht. Ganz abgesehen davon, daß in vielen Fällen gewiß nur Parteiinteressen, Bedürfnisse der herrschenden Klasse und durchaus nicht die Volksüberzeugungen für den Inhalt eines Gesetzes maßgebend sind — der Grund der formalen Geltung des Gesetzes liegt doch gewiß nicht in diesem inneren Verhältnisse zur Volksüberzeugung, sondern in der äußeren Tatsache, daß es formell gültig erlassen wurde; ein Punkt, auf den später noch eingehender zurückzukommen sein wird. —

Durch die Existenz eines außer- und überhalb der Menschen stehenden Gesetzes, dessen Normen ihrem Inhalte nach objektiv festgestellt werden können und ihrer Entstehung nach von subjektiven Faktoren: dem Innern des unter der Herrschaft des Gesetzes stehenden Individuums völlig unabhängig sind, ist die heteronome Natur der Rechtssätze in eklatanter Weise determiniert. Während die Normen der Moral nur scheinbar von außen ihre Befehle an das Subjekt richten, nur durch den gedanklichen Prozeß der Objektivierung die gesetzgebende Autorität nach außen projiziert wird, geht der Rechtssatz unzweifelhaft von einer Macht aus, die von vornherein außerhalb des Individuums steht und welcher der Mensch unterworfen ist kraft der tatsächlichen, faktischen Herrschaft, die sie über ihn ausübt ohne Rücksicht auf seine Zustimmung, seinen Willen: Diese Macht ist der Staat. Zwar ist auch diese Tatsache in ihrer vollen Schärfe erst durch die Verdrängung des Gewohnheitsrechtes zur Geltung gekommen. Solange das Recht nicht durch bewußte Satzung seitens einiger wenigen der Vielheit der Rechtsgenossen gegenüber gestellt wurde, sondern im Schoße der letzteren durch deren tatsächliche Übung entstand, schien das Recht eben kraft seiner Entstehung — ganz so wie die Moral — der Ausfluß des Willens aller einzelnen, tatsächlich der Wille des Volkes; und wenn der Staat durch seine Gerichte dieses Recht zur Anwendung brachte, so war es, hielt man sich immer die Herkunft des Rechtsinhaltes vor Augen, nur scheinbar seine eigene Autorität, von der die Rechtsnorm herrührte. In Wirklichkeit — so konnte man mit einem Scheine von Berechtigung annehmen — ruhte die Autorität des Rechtes wie die der Moral im Innern jener Personen, die es erzeugten. Darum war ja auch die Methode der älteren Juristen, die Recht und Moral nicht scharf unterschieden, begreiflich. Auch in diesem Punkte bedeutet die Verdrängung des Gewohnheitsrechtes durch

die bewußte Gesetzgebung eine grundlegende Änderung in dem Wesen der Rechtserscheinung. Die Erkenntnis, daß der das Recht tragende Staat eine durchaus außerindividuelle Autorität ist, hat gerade in früherer Zeit nicht recht Eingang finden können, und man war in mannigfacher Weise bemüht, die Herrschaft des Staates auf den Willen des Einzelnen zu gründen. Die Theorie des Gesellschaftsvertrages in allen ihren bis zum heutigen Tage erhaltenen Spielarten ist ein Dokument dieses Bestrebens; daß solches nur mittels grober Fiktionen seinen Zweck erreichen kann, ist wiederholt behauptet und nachgewiesen worden, bedarf daher hier keiner näheren Erörterung.

Die Identität der normierenden Autorität mit dem der Norm unterworfenen Subjekte — in welcher Tatsache die Autonomie der Moral zum Ausdruck kommt — kann für das heutige Recht nicht behauptet werden. Auf ethischem Gebiete hat die Annahme dieser Identität zur Folge, daß jede sittliche Pflicht nur im Wege einer Selbstverpflichtung entstehen kann, daß für das Individuum nur jene Norm gilt, der es sich freiwillig unterwirft, die es selbst zum Inhalt seines Willens macht, daß somit sein Sollen ein eigenes Wollen ist. Und in der vollständigen Unmöglichkeit, diesen Gedankengang auf das Rechtsgebiet zu übertragen, zeigt sich vollends die streng heteronome Natur des Rechtssatzes, der seine verpflichtende Funktion unabhängig vom Wollen des Individuums ausübt. Der prinzipielle Unterschied zwischen der Moral- und der Rechtspflicht wird bei der Erörterung des Rechtspflichtbegriffes näher zu entwickeln sein.

Die autonome Natur der Moral, derzufolge das ethische Sollen ein qualifiziertes Wollen scheint, haben wir als eine Ursache dafür erkannt, daß auf diesem Gebiete der formale Gegensatz von Sein und Sollen und damit die Unterscheidung des explikativen vom normativen Standpunkte nicht präzise durchgeführt wird. Je unabhängiger dagegen auf dem Gebiete des Rechtes das Sollen der Norm von dem Sein des individuellen Wollens erscheint, desto schärfer läßt sich bei Betrachtung der Rechtserscheinungen die normative von der explikativen Methode trennen.

Es ist ein anderes, ob man das tatsächliche Rechtsleben einer Gesamtheit ins Auge faßt, die Rechtssätze auf ihr faktisches Befolgtwerden hin prüft, oder ob man sich mit der formalen Erkenntnis dessen begnügt, was diese Rechtssätze vorschreiben. Es ist Aufgabe des Kulturhistorikers und Sittenschilderers, das Tun und Lassen eines Volkes zu deskribieren und mit seinen Rechts- und Moralnormen zu vergleichen. Es ist Aufgabe des Psychologen, die Wirkung zu untersuchen, die ein ins Bewußtsein gedrungener Rechtssatz auf das Wollen und Handeln des Einzelmenschen hat, den motivierenden Einfluß der

Normen zu analysieren, das rechtmäßige oder rechtswidrige Handeln des Individuums auf seine tatsächlichen Ursachen zurückzuführen. Und Aufgabe des Soziologen ist es, das Recht als eine faktische, die Massen beherrschende Macht, als massenpsychologische Tatsache zu erfassen; ihm wird, ebenso wie dem Psychologen, das Recht als ein realer psychischer Vorgang, ein Seiendes erscheinen, das er zu erklären hat, indem er seine Ursachen aufzeigt, das rechtliche Verhalten der Menschen als naturnotwendig begreifen läßt.

Faßt man nicht das rechtmäßige Verhalten der Menschen ins Auge, sondern lediglich die objektive Norm, d. h. fragt man sich nur — und nichts anderes — wie sollen sich die Menschen rechtmäßig verhalten, und hält man sich dabei lediglich an das positive Recht, an das Gesetz, dann kann und muß man sich bei Beantwortung dieser Frage mit gewissen rein formalen Kriterien begnügen. Der Richter, der das geschriebene Recht anzuwenden hat, kann eine Entscheidung nicht davon abhängig machen, ob der Rechtssatz, der im konkreten Falle verletzt wurde, in der Regel tatsächlich befolgt wird — d. h. ob dem rechtlichen Sollen ein Sein entspricht — er hat lediglich zu fragen, ob der Rechtssatz formal besteht. Soll er das Gesetz anwenden, kann er nicht die Gewohnheit befragen, eins schließt das andere aus; es ist für ihn schlechterdings unmöglich, das Sollen aus dem Sein abzuleiten. Der Standpunkt des Richters aber ist zugleich der des theoretischen Juristen dem Gesetzesrechte gegenüber. Wie für jenen, so kommt auch für diesen das Recht, nur in seinen formalen Beziehungen des Sollens ohne Rücksicht auf das entsprechende Sein in Betracht. Denn der Jurist hat nicht das tatsächliche rechtliche Verhalten der Menschen materiell zu erklären, nicht explikativ die Erscheinungen des Rechtslebens zu begründen, sondern normativ zu erfassen. Erklärung ist die Aufgabe der Soziologen und Psychologen, Beschreibung des Seienden und Darstellung des Werdens Aufgabe der Kultur- und Rechtshistoriker.

Es ist selbstverständlich, daß der formale, streng normative Gesichtspunkt des Juristen ein einseitiger und durchaus nicht imstande ist, die Gesamt-Rechtserscheinung zu erfassen. Auch soll nicht gesagt sein, daß der Jurist nicht auch soziologische, psychologische, daß er etwa keine historischen Untersuchungen vornehmen dürfe. Im Gegenteil! Solche sind nötig; allein der Jurist muß sich stets bewußt bleiben, daß er als Soziologe, Psychologe oder Historiker einen ganz anderen Weg verfolgt, als jenen, der ihn zu seinen spezifisch juristischen Erkenntnissen führt, er darf die Resultate seiner explikativen Betrachtung niemals in seine normativen Begriffskonstruktionen aufnehmen.

Es mag mit Rücksicht auf die besondere Natur der Moral eine psychologische oder soziologische Ethik möglich sein — auch dies ist gar nicht unbestritten anerkannt — eine derartige Jurisprudenz wäre ein methodisches Unding. Sie hat überhaupt aufgehört Jurisprudenz zu sein und wäre bestenfalls eine Psychologie oder Soziologie des Rechtes — richtiger des Rechtslebens.

Der ausschließlich normative Charakter der Jurisprudenz beruht auf der besonderen Eigenart des Rechtssatzes gegenüber dem Sittengesetze, auf dessen streng heteronomen Charakter und der daraus resultierenden formalistischen Betrachtungsweise dieser Disziplin. Eine solche Erkenntnis muß zu der Konsequenz führen, alle jene Resultate, die aus einer mehr explikativen Betrachtung der Norm auf dem Gebiete der Ethik gewonnen werden, für die Rechtsnorm abzulehnen. Wenn man das Sittengesetz als eine Regel tatsächlichen Geschehens erklärte, und auf solche Weise den Gegensatz zum Naturgesetze — den Unterschied zwischen Sein und Sollen — abschwächte, so war auch hier schon der Einwand möglich, daß diese Anschauungsweise die formale Differenz vernachlässige, die zwischen dem Satze besteht, der ein tatsächliches Verhalten der Menschen behauptet, und jenem, der ein solches Verhalten fordert. Immerhin konnte man diese formale Unterscheidung gegenüber der materiellen Tatsache unberücksichtigt lassen, daß jedes konkrete Sittengesetz seinem Inhalte und seiner Entstehung nach mit einer Regel tatsächlichen Geschehens übereinstimmt — für die Rechtsnorm ist dies unhaltbar. Eben mit Rücksicht auf seine von allem tatsächlichen Verhalten unabhängige Entstehung, ist das Rechtsgesetz durchaus nicht die Abstraktion eines tatsächlichen Verhaltens der meisten Rechtsgenossen. Und selbst wenn in dem einen oder andern Falle der Gesetzgeber als Norm vorschreibt, was längst geübt wurde, so ist doch diese tatsächliche Übung für den Normcharakter gleichgültig. Hier tritt der formale Gegensatz zwischen Sein und Sollen ausschließlich in den Vordergrund und die mögliche materielle Identität zwischen beiden kann als irrelevant unberücksichtigt bleiben.

Auf dem Gebiete der Moral wurde der Gegensatz von Sein und Sollen dadurch überbrückt, daß man die Norm als den bewußtgewordenen sittlichen Trieb, das Sollen als qualifiziertes Wollen erkannte, und die Objektivität der Norm als eine scheinbare erklärte. Schon vom Standpunkte einer formalen Ethik, die auch den unsittlichen Menschen, d. h. jenen, der ausnahmsweise ohne alle oder doch die meisten sittlichen Triebe lebt, gewissen allgemeinen Sittengesetzen für unterworfen ansieht, denen eben die meisten Menschen auf Grund ihrer natürlichen Veranlagung unterworfen sind — einer Ethik, die auch jenen, der sich

selbst jenseits von Gut und Böse stellt, durch Normen der Moral für verpflichtet hält und diese Normen als von ihm verletzt erachtet, — schon vom Standpunkte einer solchen formalen objektivistischen Ethik ist der Einwand möglich, daß der historisch-psychologische Standpunkt den Bedürfnissen einer spezifisch ethischen d. i. normativen Betrachtung nicht gerecht werde, da der Psychologe, dessen Aufgabe die Erklärung des Regelmäßigen sei, und nur ein Seiendes zum Gegenstande haben könne, bei seiner Betrachtung sittlicher Phänomene den Menschen generell erfasse und mit Recht unberücksichtigt lasse, daß die altruistisch-moralische Disposition der Menschen keine gleiche sei, daß der Prozeß der Objektivierung altruistischer Triebe zu Moralgesetzen nicht ausnahmslos von allen Menschen, sondern nur von den meisten ausgehe, während doch alle Menschen als der Moral unterworfen gelten müßten; daß ja auch nicht das ungewöhnliche sittliche Verhalten eines Christus, sondern die sittlichen Triebe eines Durchschnittsmenschen jener Abstraktion zugrunde liegen, die als Regel des Verhaltens den Inhalt der Norm ausmacht, während die Ethik keine generelle sondern eine individuelle Betrachtung erfordere. Vollends aber auf dem Gebiete des Rechtes, — wo die Norm im Gesetze als äußere objektive Tatsache besteht und nicht wie in der Moral als ein subjektiv-psychischer Zustand nur eine scheinbare objektive Existenz führt, bloß als das Resultat eines gedanklichen Objektivierungsprozesses erscheint — muß die psychologisch-genetische Methode geradezu ad absurdum geführt werden. Hier stehen Norm und subjektives Wollen einander scharf getrennt gegenüber. Und hier erscheint das normentsprechende Wollen und Handeln der Subjekte der objektiven Norm gegenüber nicht wie in der Moral als prius, sondern umgekehrt: daß rechtmäßige Wollen und Handeln der Subjekte kann — muß allerdings nicht — durch die Rechtsnorm motiviert sein.

Die Identität von objektiver Norm und subjektivem Wollen oder Wünschen hat auf dem Gebiete der Moral zu der Annahme berechtigt, daß jedes Urteil, das die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit einer Norm aussagt, notwendig ein Billigungs- oder Mißbilligungsurteil sein muß, daß die Kenntnis der Norm identisch ist mit ihrer Anerkennung. Daß eine solche Identifizierung dort unzulässig bleibt, wo objektive Norm und subjektives Wollen nicht von vornherein Eins sind, wurde schon gezeigt. Dies ist nun auf dem Gebiete des Rechtes zweifellos der Fall und gerade hier zeigt sich denn auch, daß die Anwendung der Norm auf eine bereits vollzogene Handlung ohne jede Billigung oder Mißbilligung erfolgen kann, daß ein Kennen der Norm durchaus kein Anerkennen derselben involviert. Man kann sehr wohl eine konkrete Handlung

als rechtswidrig erkennen und beurteilen, ohne diese Handlung zu verdammen. Ja man kann eine solche Handlung sehr hochschätzen und vom Standpunkte einer andern — eben entgegengesetzten ethischen Norm, geradezu fordern. Mit dem Urteile, daß eine Handlung rechtswidrig ist, ist keineswegs die Mißbilligung der Handlung verbunden, weil mit der Kenntnis des Rechtssatzes keineswegs seine Anerkennung gegeben ist. Da die Rechtsnorm ohne Rücksicht auf den individuellen Willen entsteht und ohne Rücksicht auf diesen angewendet wird, bedarf es eines besonderen Aktes um den fremden Willen, dessen Ausdruck sie ist, zum Inhalt, des eigenen zu machen. Ja eine Rechtsnorm mag sogar imstande sein — durch ihre Sanktion — motivierend auf das Wollen und Handeln eines Menschen zu wirken — eben vermittels Furcht vor Strafe — ohne daß dieser Mensch die Norm in jeder Beziehung, „anerkennt“, ja trotzdem er sie für schlecht und schädlich hält. Zur Anerkennung gehört nicht bloß der Beschluß der tatsächlichen Befolgung, sondern auch die Überzeugung der Gerechtigkeit, die Billigung der Norm; nicht nur das Bewußtsein, daß man so handeln solle, sondern auch der Glaube, daß eine solche Norm bestehen solle.

Ist die objektive Existenz der Norm außerhalb des Individuums gesichert, d. h. mit andern Worten: läßt sich ohne Rücksicht auf das subjektive Normbewußtsein oder Pflichtgefühl feststellen, was sein soll, dann wohnt einer solchen streng objektiven Norm von vornherein nicht mehr das Moment psychischen Zwanges inne, das als Charakteristikum des autonomen Moralgesetzes gelten konnte. Der ins Bewußtsein gedrungene Rechtssatz kann motivierend wirken, es ist gewiß sein Zweck psychischen Zwang auszuüben, aber er muß es nicht; er bleibt Rechtssatz, auch wenn er dies nicht tut und seinen Zweck verfehlt. Vom Rechtssatze kann man gewiß nicht sagen, was WINDELBAND in bezug auf das Sittengesetz ausführte¹⁾, daß sich an das Bewußtsein der Norm eine Art von psychischer Nötigung, sie zu befolgen, mit unmittelbarer Evidenz knüpft, denn die Nötigung durch den Rechtssatz, ist stets eine mittelbare: durch die Rücksicht auf die Unrechtsfolge vermittelte; diese Nötigung liegt nicht im Rechtssatze selbst, — denn der Rechtssatz ist nicht wie das Sittengesetz ein psychischer Vorgang — sondern in der Furcht vor Strafe, in dem Wunsche, die nachteiligen Unrechtsfolgen zu vermeiden.

Damit ist die Stellung der Rechtsnorm zum Naturgesetze nicht die gleiche wie die des autonomen Sittengesetzes. Das Rechtsgesetz ist infolge seines streng normativen Charakters in keiner Beziehung

1) Vgl. oben Seite 22.

dem Naturgesetze verwandt, das explikativ erklärt. Der formale Gegensatz von Sein und Sollen spiegelt sich um so ungetrübter in dem Verhältnisse von Natur- und Rechtsgesetz, als der Begriff des Rechtsgesetzes ein rein formaler ist und Berücksichtigung von Seinsmomenten nicht zuläßt, während beim Sittengesetze gerade die nicht leicht zu vermeidende explikative Struktur des Begriffes den Gegensatz zum Naturgesetze ausgleicht.

Das dem Sittengesetze einer autonomen Moral innewohnende Moment des psychischen Zwanges läßt zum Wesen solcher Norm gehörig auch die Tendenz, befolgt zu werden, erscheinen. Das Moralgebot kann als solches nur gelten, wenn es nicht nur ein Sollen statuiert, sondern auch ein Sein bestimmt. Wenn man diesen Grundsatz auch auf den Rechtssatz angewendet hat und von diesem forderte, er müsse wenigstens regelmäßig befolgt werden, um Norm zu sein, so geschah dies auf Grund einer Anschauung, die den wesentlichen Unterschied zwischen Sittengesetzen und Rechtsgesetzen übersah und die — vor allem auf eine Erklärung des Rechtslebens bedacht — darin ihren Ausdruck fand, daß man ohne Berücksichtigung der heteronomen Natur des Rechtes die verbindliche Kraft beider Arten von Norm in gleicher Weise begründete: nämlich auf der Anerkennung.

Auf eine allseitige Kritik der Anerkennungstheorie, die für die allgemeine Rechtslehre die größte Bedeutung erlangt hat, kann hier nicht näher eingegangen werden; dies wird in dem Kapitel geschehen, das von dem Grunde der verbindlichen Kraft des Rechtsgesetzes handelt. An dieser Stelle, wo es lediglich auf die Beziehungen zwischen Rechts- und Sittengesetz ankommt, muß lediglich folgendes hervorgehoben werden: Indem man auch den Rechtssatz als verbindliche Norm nur insofern gelten ließ, als er von den Rechtsgenossen anerkannt wurde, verlegte man die verpflichtende Autorität — wie beim Sittengesetze — in das Innere des Individuums. Dieser Vorgang ist beim Rechtssatze unzulässig, denn er steht im Widerspruche zu seiner heteronomen Natur und entspricht auch nicht den Tatsachen im Rechtsleben des modernen Staates.

Stützt man sich auf die Anerkennungstheorie, dann muß man vom Rechtssatze — dessen Wesen man mit dem des Sittengesetzes identifiziert — das Gleiche annehmen wie vom letzteren: Die Nichtbefolgung ist ein Symptom mangelnder Anerkennung, sie nimmt dem Rechtssatze seine verpflichtende Kraft und damit den Normcharakter.

Was jedoch vom Standpunkte einer autonomen Moral gelten mag, ist unhaltbar für das heteronome Recht. Das zeigt schon die Tatsache, daß die Konsequenz des Anerkennungsgedankens, die darin besteht, daß der Mensch tatsächlich nur an jene Gesetze gebunden

ist, die er als solche anerkennt, auf die Rechtssätze angewendet, geradezu absurd ist. Die ganze Anerkennung, die ja, wie früher dargelegt, für das Sittengesetz nur die Rückverlegung der durch die Objektivierung scheinbar nach außen projizierten Autorität in das Innere des Individuums bedeutet, ist für das Rechtsgebiet eine durchaus entbehrliche Fiktion, da die gesetzgebende Gewalt hier von vornherein außerhalb des Individuums besteht. Die Anschauung, daß eine mangelnde Anerkennung des Rechtssatzes durch die Rechts-genossen, die in der Nichtbefolgung zum Ausdruck gelangt, die Zerstörung der Autorität bedeute, die das Recht setzt — eine Anschauung die in den oben zitierten Ausführungen SCHLEIERMACHERS zu Tage tritt, — ist für den modernen Gesetzesstaat unrichtig, denn die rechtsetzende Autorität beruht gar nicht, wie bei der Moral, auf der Anerkennung, das Recht ist nicht mehr Tat der Rechts-genossen, sondern Träger des einheitlichen Rechtswillens ist der Staat, eine juristische Person, deren Autorität in dem faktischen Funktionieren ihrer Organe besteht: die Staatsgewalt und nicht das normative Gewissen des Individuums diktiert den Rechtssatz.

Wenn SCHLEIERMACHER den Grundsatz, eine Norm müsse tatsächlich ein Sein bestimmen, müsse befolgt werden, um als solche zu gelten, geradezu von dem Rechtsgesetze, als einem Prototype der Norm, ableitet, um ihn erst von hier aus auf das analoge Sittengesetz zu übertragen, so hat dies darin seinen Grund, daß er unter dem Einflusse der historischen Schule seiner Zeit vornehmlich die gewohnheitliche Rechtsbildung im Auge hatte, bei welcher ja die formale Differenz zwischen Recht und Moral sich nicht geltend macht und jeder Rechtssatz erst durch dauernde Übung des von ihm Geforderten — worin ja die Anerkennung gelegen ist — zur Existenz kommt. Hier bedeutet die Anerkennungstheorie nicht bloß eine Erklärung des wirklichen u. zw. regelmäßig rechtmäßigen Verhaltens der Subjekte, sondern sie beinhaltet auch den formellen Geltungsgrund der Norm selbst. Sie versieht nicht nur eine explikative, sondern auch normative Funktion, wie überhaupt der ganze Rechtssatzbegriff in diesem Falle ganz ebenso wie der Normbegriff der Moral eine derartig gemischte Struktur aufweist.

Dem Gesetzesrechte gegenüber jedoch, kann die Anerkennung als bloße Erklärung tatsächlichen Geschehens, nämlich des rechtmäßigen Verhaltens der Subjekte, für die Jurisprudenz keine Bedeutung haben, da es die Aufgabe dieser Disziplin nicht ist, Seiendes zu erklären.

Die Theorie, welche ein wesentliches Merkmal des Rechtssatzes darin findet, daß er wirklich befolgt werde, beruft sich auf eine un-

leugbare Tatsache des Rechtslebens: die Derogierung des Gesetzesrechtes durch entgegenstehende Gewohnheit. Ein Rechtssatz wird faktisch eliminiert dadurch, daß er nicht befolgt, genauer: nicht angewendet wird, ein rechtliches Sollen wird durch ein Sein zerstört.

Nun wäre es sicherlich töricht, die bestehenden Wechselwirkungen zwischen Sein und rechtlichem Sollen zu leugnen. So sicher es ist, daß aus entsprechendem Sein Sollen entstehen kann, so gewiß ist es, daß Sollen durch widersprechendes Sein zerstört wird. Fraglich ist nur, welche Bedeutung dieser Tatsache vom normativ-juristischen Standpunkte aus beizumessen ist, für welche Betrachtungsweise diese Beziehung aktuell wird. Da sei denn zunächst darauf hingewiesen, daß, wenn man schließt: weil eine Norm aufhört, als solche zu gelten, sobald sie nicht mehr befolgt wird, gehört zu ihrem Wesen, daß sie befolgt werde, — man konsequenterweise auch schließen müßte, daß eine Norm dann aufhörte Norm zu sein, wenn sie unter allen Umständen ausnahmslos befolgt würde. Denn es wäre sinnlos zu gebieten, was immer und ausnahmslos geschieht, was also geschehen muß. Mit dem Augenblicke, da alle Menschen ausnahmslos sittlich handelten, fielen alle Sittengesetze weg, und nur insofern es Unrecht gibt, Unrecht möglich ist, und nur wegen dieses Unrechts gibt es Rechtsgesetze. Treffend führt SCHLEIERMACHER¹⁾ aus, daß sich eine Stufe sittlicher Vollkommenheit denken lasse, „auf welcher, weil der Wille nicht erst bestimmt zu werden braucht, auch das Soll, aber mit dem Soll zugleich das Gesetz verschwindet, wenn nämlich zu der allgemeinen Bereitwilligkeit noch auch eine ebenso allgemeine Einsicht in das allgemeine Wohl hinzukommt, so daß nur die vorhandenen Umstände dargelegt werden brauchen, um einen gleichmäßigen Beschluß aller Einzelnen hervorzurufen.“

Deutlich geht aus dem Gesagten hervor, daß — wenn zum Wesen der Norm ihr Befolgtwerden gehört, — ganz ebenso auch das Nichtbefolgtwerden, ihre Verletzung, zur Wahrung ihres Charakters nötig wäre. Das heißt aber nichts anderes, als daß beide Momente, Befolgung und Verletzung, — die einander ausschließen, — als Seinsmomente für die normative Konstruktion unbrauchbar sind. Unter dem ausschließlichen Gesichtspunkte des Sollens betrachtet, muß das Sein stets unberücksichtigt bleiben. Schon früher wurde darauf aufmerksam gemacht, daß wer das Sollen aus dem Sein entspringen und durch ein — bestimmt qualifiziertes — Sein zerstört werden läßt, dies ausschließlich von einem explikativen, das Sein erfassenden Stand-

1) a. a. O. S. 403.

punkte aus erkennt. Erklärung ist der Zweck, den die Darlegung dieser Beziehungen des Sollens zum Sein hat; für die normative Betrachtung sind sie ohne Bedeutung. Und auch darauf wurde schon hingewiesen, daß, wie Entstehung und Untergang des Seins von einem rein explikativen Standpunkte aus unfablich ist, — so Entstehung und Zerstörung des Sollens außerhalb der normativen Betrachtungsfläche liegt.

Stets muß daran festgehalten werden, daß der Gegensatz von Sein und Sollen ein Gegensatz der Betrachtungsweisen selbst ist und daß gerade in der Jurisprudenz zu einer Vereinigung beider Gesichtspunkte keine Ursache gegeben, vielmehr die ausschließliche Behauptung der normativen Methode erforderlich ist. Ja es ist sogar schlechterdings unmöglich, Rechtsbegriffe zu konstruieren, die beiden Standpunkten gerecht werden, in denen sich das Recht zugleich als ein Seiendes und ein Seinsollendes spiegelt. Entschließt man sich, als Rechtssatz nur jene Norm gelten zu lassen, die ein Sein bestimmt, die regelmäßig befolgt wird, dann muß man, ist ein Gesetz rechtskräftig erlassen, um die Frage seiner Gültigkeit zu entscheiden, abwarten, ob es motivierend wirken wird; und erst wenn feststeht, daß es tatsächlich befolgt wurde, kann sein Normcharakter konstatiert werden. Daß diese nach rückwärts gerichtete historische Betrachtung dem positiven Rechte gegenüber unsinnig ist, beweist die Tatsache, daß kein Jurist, auch jener nicht, der das Befolgtwerden als wesentliche Eigenschaft des Rechtssatzes behauptet, jemals zögern wird, einem Gesetze schon im Augenblicke der gültigen Erlassung den Normcharakter zuzusprechen.

Wenn auch der Entstehungsakt des Gesetzes gesellschaftlichen und nicht staatlichen Charakters und in Übereinstimmung hiermit materieller Natur ist — wie ja noch später näher auszuführen sein wird — und der Staat nicht als Schöpfer, sondern lediglich als Träger des Rechtes zu betrachten ist, so ist das Recht seiner Geltung nach rein formaler Natur. Und wenn ein Rechtssatz, der formell — d. i. im Gesetze — besteht, ohne eine tatsächliche Wirkung zu üben, so bleibt dem Juristen nichts anderes übrig, als dessen formale Existenz — und eine andere hat der Rechtssatz für den Juristen nicht — im Gegensatze zu dem nicht entsprechenden Verhalten der Subjekte zu konstatieren.

Gerade beim Rechtssatze ist die „Nichtbefolgung“ keineswegs von derselben Bedeutung wie beim Sittengesetz. Ein Rechtssatz, der niemals „befolgt“ wird, würde darum nicht aufhören, Rechtssatz zu sein. Die Rechtsnorm führt materiell noch ein anderes Leben als im Befolgtwerden. Sie wird „angewendet“, und zwar gerade in jenen Fällen,

in denen sie nicht befolgt wird. Und zweifellos ist diese äußere Erscheinungsform des Rechtssatzes juristisch bedeutsamer. Nur wenn der Rechtssatz verletzt wird, kommt er zu der ihm eigentümlichen „Wirkung“, tritt die von ihm beinhaltenete Unrechtsfolge ein.

Es ist sehr leicht möglich, daß ein Rechtssatz von den Untertanen gegebenen Falles immer verletzt, von den Staatsorganen jedoch stets angewendet wird. Man denke an Rechtssätze, die nur selten befolgt oder nur selten angewendet zu werden Gelegenheit haben; etwa Zollstrafbestimmungen, die das Unterlassen gewisser Manipulationen mit nur selten zur Einfuhr gelangenden Waren mit Strafe belegen, u. a. Solche Rechtssätze behielten, trotzdem sie niemals befolgt würden, ihren Charakter, vorausgesetzt, daß sie nur angewendet werden. Der Fall der Derogierung eines formell existenten Rechtssatzes durch Gewohnheit ist stets nur dann gegeben, wenn er durch die Behörden konstant nicht angewendet wird; und dabei ist es gleichgültig, ob dieser Rechtssatz in der Mehrzahl der Fälle, in denen sein Tatbestand vorlag, „befolgt“ wurde oder nicht. Die Gründe, aus denen ein Rechtssatz trotz seiner formellen Existenz von den Behörden nicht angewendet wird, sind sehr mannigfache. Nur einer unter vielen ist die kontinuierliche Verletzung seitens der Untertanen.

Dieser Vorgang eines bloß faktischen Außerkraftsetzens von Rechtssätzen ist jedoch rechtlich völlig unfaßbar. Die Nichtanwendung eines formell bestehenden Rechtssatzes oder die Anwendung eines formell nicht existenten durch die Staatsorgane ist ein tatsächliches Versagen der Rechtsordnung, das eben darum juristisch nicht konstruiert werden kann, weil alle juristische Konstruktion auf dem tatsächlichen Funktionieren der Rechtsordnung beruht, dieses Funktionieren zur Voraussetzung hat und niemals das tatsächliche Verhalten des Rechtsapparates erklären soll. Ebenso versagt die juristische Konstruktion in allen Fällen von Verfassungsbrüchen, wenn etwa der Monarch verfassungswidrige Regierungsakte setzt, die tatsächliche Wirkungen haben. Geradeso, wie es unsinnig wäre, die Revolution juristisch zu rechtfertigen, ein „Recht darauf, ein Recht nicht zu achten“ zu behaupten, bedeutet es einen Widerspruch in sich selbst, die Derogierung eines Gesetzes durch abus der Behörden — was sich juristisch als das Gleiche herausstellt wie Revolution und Verfassungsbruch: nämlich Ausschaltung der Rechtsordnung — juristisch konstruieren zu wollen. Und nichts anderes bezweckt die Theorie, die in den seiner Natur nach normativen Begriff des Rechtssatzes als wesentliches Element ein Seins-moment, nämlich sein Befolgt- oder Angewendet- werden aufnimmt. Denn

dies hat lediglich den Zweck, jener Erscheinung juristisch gerecht zu werden, die wir ihrem Wesen nach als außerrechtliche erkannt haben: der Vernichtung des Rechtssatzes durch ein tatsächliches Verhalten, des rechtlichen Sollens durch ein Sein. Dementsprechend muß es als völlig verfehlt bezeichnet werden, wenn man versucht, die Derogierung des Gesetzesrechtes infolge rechtswidrigen Funktionierens der Staatsorgane — und nur auf diesem Wege kann sich eine dem Rechtssatze entgegenstehende Gewohnheit bilden — juristisch zu regeln, indem man z. B. zur Derogierung fordert, daß der Rechtssatz in der Mehrzahl der Fälle, oder durch eine bestimmte Zeit, unter bestimmten Umständen nicht zur Anwendung gekommen sei. Denn ganz abgesehen davon, daß die angeführten Momente sich zumeist überhaupt nicht feststellen lassen, — wie könnte man wohl eine Majorität von Fällen nachweisen, in denen ein Rechtssatz hätte zur Anwendung kommen sollen, obgleich er nicht angewendet wurde? — sind alle derartigen Formulierungen willkürlich und vom Standpunkte des positiven Rechtes aus irrelevant. Wie die letzten Fragen nach Zeugung und Vernichtung des Seins von den erklärenden Disziplinen keine Antwort erhalten, metaphysischer Natur sind, so steht das Problem der Entstehung und Zerstörung des Rechtes — nicht einzelner Rechtsverhältnisse — jenseits der Grenzen formaler Rechtsbetrachtung, ist, um einen treffenden Ausdruck GEORG JELLINEKS zu gebrauchen¹⁾: metajuristischer Natur.

Es erübrigt nunmehr, den Rechtssatz in seiner Beziehung zur Rechtswidrigkeit mit dem Sittengesetze in seiner Relation zum normwidrigen Verhalten und mit dem Naturgesetze in seinem Verhältnis zur Ausnahme zu vergleichen.

Auf den Zweck der Norm wurde schon früher hingewiesen. Auch die Normen des Rechtes, die Rechtssätze, haben Zwecke, insofern sie nämlich ein bestimmtes Verhalten der Menschen herbeizuführen beabsichtigen. Da der Zweck der Norm durch verschiedene Mittel, d. i. in verschiedenen Formen erreicht werden kann und die Norm als solche nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, hat sich gezeigt, daß auch diätetische Regeln, Naturgesetze im weitesten Sinne, die einen naturnotwendigen Zusammenhang aussagen, als Normen fungieren können. Die früher dargelegten Ausführungen PAULSENS haben gerade von diesem Punkte ihren Ausgang genommen, um die Beziehungen zwischen Norm und Naturgesetz aufzuzeigen. Wenn PAULSEN die Sittengesetze als Regeln formuliert, welche die natür-

1) Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatsverträge. Wien 1880 S. 3.

lichen Rückwirkungen des unsittlichen Verhaltens auf die Gesellschaft konstatieren — so ist dagegen nichts einzuwenden; bloß darauf mußte schon früher aufmerksam gemacht werden, daß die einzelne Unsittlichkeit nicht etwa eine Ausnahme von dieser Regel bedeutet, sondern nur von jenem Satze, der das regelmäßige sittliche Verhalten der Menschen behauptet. Denn die Lüge, beispielsweise, ist immer und unter allen Umständen der Gesellschaft schädlich und daher verboten, auch in dem Falle, wo tatsächlich gelogen wird, während die Regel, daß die Menschen meistens die Wahrheit sprechen, für den einzelnen Fall der Lüge nicht gilt d. h. ausgenommen ist.

Für den Rechtssatz muß diese Unterscheidung noch im besonderen Maße hervorgehoben werden. Es sei zunächst dahingestellt, welches die dem Rechtssatze eigentümliche logische Form ist, welches die spezifischen Mittel sind, durch die der Zweck des Rechtes erreicht wird; — es wird Aufgabe eines der folgenden Kapitel sein, diese Frage prinzipiell zu erörtern. — Hält man sich an die von PAULSEN selbst akzeptierte Formulierung: Unter gewissen Voraussetzungen tritt eine bestimmte Unrechtsfolge ein — dann ist offenkundig, daß der Rechtssatz nicht identisch ist mit der Regel, welche die natürliche, die naturnotwendige Folge des Unrechtes auf die Gesellschaft ausspricht. Vielmehr ist es die durch den Willen des Staates, also künstlich geschaffene Unrechtsfolge — wie z. B. Strafe — die der Rechtssatz beinhaltet; und es ist keine Folge für die Gesamtheit, sondern die Reaktion auf den Einzelnen — den Rechtsbrecher — die im Rechtssatze in Aussicht gestellt wird. Wenn PAULSEN darauf hinweist, daß das Rechtsgesetz seinen Grund in der Natur der Dinge habe — übrigens die spezifische Vorstellung des Naturrechtes — in dem kausalen Zusammenhange zwischen Handlungen und ihren Rückwirkungen auf die Lebensgestaltung, so ist dies an sich gewiß richtig. Das Gesetz wird häufig erlassen, um schädliches Verhalten der Subjekte zu verhindern. Nicht immer; denn mitunter mag wohl ein Verhalten gefordert sein, dessen Unterlassen keineswegs schädliche Wirkung auf die Gesellschaft oder auf den Staat hätte, vielleicht sogar sehr nützlich wäre — man denke an gewisse Steuergesetze —. Die sozialschädliche Wirkung eines Verhaltens ist regelmäßig der Grund eines Rechtsgesetzes. Aber darum ist doch der Rechtssatz selbst nicht die Naturregel, die eine derartige schädliche Wirkung konstatiert. Der Rechtssatz: wer stiehlt, den will der Staat strafen, ist völlig verschieden von der Regel: Diebstahl gefährdet die Existenz der Gemeinschaft; — (ist aber auch scharf zu unterscheiden von der Regel: die Menschen achten im allgemeinen das fremde Eigentum). Die Relation, die zwischen dem Delikte und seiner Wirkung auf die

Gesellschaft von der Naturregel konstatiert wird, ist ein Kausalnexus, ist das Verhältnis von Ursache und Wirkung. Die Beziehung, die der Rechtssatz zwischen dem Unrechtstatbestande und der Reaktion des Staates auf denselben: der Unrechtsfolge behauptet, ist nicht das Verhältnis der Kausalität, sondern, wie noch später auszuführen sein wird, das des Erkenntnisgrundes.

Der Rechtssatz ist keine Naturregel, die einen natürlichen Zusammenhang von Ursache und Wirkung behauptet. Er ist aber auch kein Satz, der ein regelmäßiges Verhalten der Menschen aussagt. Er beinhaltet durchaus nicht, daß oder wie die Subjekte, denen das Soll des Rechtssatzes gilt, handeln oder unterlassen, er drückt nicht das wirkliche Verhalten der Bürger aus, wie PAULSEN sagt. Der Rechtssatz muß scharf unterschieden werden von der Regel, die aussagt, daß die Menschen im allgemeinen die Unrechtsfolgen zu vermeiden suchen und daher rechtmäßig handeln, den Rechtssatz nicht verletzen. Nur von dieser Regel bedeutet das Unrecht eine Ausnahme und nur eine Identifizierung dieser Regel mit dem Rechtssatze kann zur Anschauung führen, das Unrecht sei im Verhältnis zum Rechtssatze eine „Ausnahme“. Inwieferne eine solche Nichtunterscheidung zwischen Norm und Regel tatsächlichen Verhaltens beim Sittengesetze mit Rücksicht auf seine Entstehung, seinen Inhalt und seine Fortdauer zulässig ist, wurde gezeigt, aber auch nachgewiesen, daß das Rechtsgesetz gerade in diesem Punkte sich wesentlich vom Sittengesetze unterscheidet.

Schon früher wurde darauf hingewiesen, daß von einem objektiven Standpunkte aus auch das Sittengesetz in seiner spezifisch normativen Richtung dem konkreten unsittlichen Verhalten gegenüber nicht ausgenommen ist, sondern daß sein Soll auch diesem gegenüber gilt. Noch viel schärfer tritt dies beim Rechtssatze hervor. Für diesen ist die Normwidrigkeit, das Unrecht geradezu Anwendungsfall. Der Rechtssatz gilt nicht nur in diesem Falle, insofern er auch hier hätte befolgt werden sollen, er wird auch noch äußerlich verwirklicht, indem die von ihm beinhaltete Unrechtsfolge realisiert wird. Und gerade diese Beziehung des Rechtssatzes ist für den Juristen die einzig in Betracht kommende. Formal — und das ist die juristische Betrachtungsweise — ist die Rechtsordnung nur wegen der Rechtswidrigkeit vorhanden, ist der Rechtssatz nur auf die Rechtswidrigkeit zugeschnitten; nur im Falle der Rechtswidrigkeit kommt die Rechtsordnung in Funktion. Sie verhängt über den rechtswidrig Handelnden Unrechtsfolgen und hat mit dem rechtmäßig Handelnden nichts zu tun. Erst durch das Unrecht wird die Rechtsordnung aktuell und nur die Möglichkeit eines Unrechtes läßt die Rechtsordnung über den einzelnen Verhältnissen schweben.

Gewiß, neben dieser Reaktion gegen das Unrecht des Einzelnen übt die Rechtsordnung noch eine zweite Funktion aus: Sie wirkt vermittels Furcht vor den Unrechtsfolgen motivierend auf die Masse der Individuen und veranlaßt die meisten zu rechtmäßigem Verhalten; und dieser Wirkung der Rechtsordnung gegenüber kann allerdings das Unrecht eine Ausnahme, ein ausnahmsweises Versagen der Rechtsordnung resp. deren motivierender Wirkung bedeuten. Nun mag es hier dahingestellt bleiben, ob das rechtmäßige Verhalten der Subjekte tatsächlich immer oder auch nur in den meisten Fällen auf die motivierende Wirkung der Rechtsordnung zurückzuführen ist; sicherlich wird es zahlreiche Fälle geben, in denen andere Motive maßgebend waren, und die meisten werden sich jeder Prüfung in dieser Richtung entziehen.

Die Annahme, daß zwischen der Rechtsordnung und dem allgemeinen rechtmäßigen Verhalten der Masse der Individuen ein Kausalverhältnis und zwar das des psychischen Zwangs, der Motivation besteht — und diese Annahme findet sich gerade nur bei Juristen häufig vor — entbehrt jeder für die Behauptung eines psychologischen Zusammenhangs notwendigen empirischen Basis. Eine solche Annahme bedeutet eine Fiktion oder Präsumption, deren Anwendung in der Jurisprudenz wohl zulässig ist, aber in der Erkenntnis psychischer Relationen realer, dem Kausalgesetze unterworfenen Vorgänge d. h. also in der Naturwissenschaft keinen Platz hat.

So problematisch es auch sein mag, die Beziehung der Rechtsordnung zum rechtmäßigen Verhalten der Individuen zu fixieren — jedenfalls kann diese Relation für den Juristen nicht in Betracht kommen! Denn das Recht als massenpsychologische Tatsache, seine reale Wirkung in den Seelen der Menschen ist Gegenstand psychologisch-soziologischer Forschung. Die Rechtsordnung als Glied in einer Kette von realen Erscheinungen, als Ursache in einem Kausalnexus fällt in das Gebiet der erklärenden Disziplinen, nicht der normativen Jurisprudenz. Es ist darum als ein schwerer methodischer Fehler anzusehen, wenn man, um das Wesen der Rechtsordnung juristisch zu erfassen, deren Relation zum rechtmäßigen Verhalten der Masse der Subjekte aufsucht und hiebei eine regelmäßige generelle massenpsychische Wirkung konstatiert.

Für den Juristen kommt das Recht, kommt der Rechtssatz gerade in seiner individuellen Reaktion gegen die einzelne Rechtswidrigkeit in Betracht. Sieht man das Wesen des Rechtssatzes in seiner regelmäßigen motivierenden Wirkung auf die Masse der Subjekte, in seiner Fähigkeit, die Menschen zu rechtmäßigem Verhalten zu veranlassen, dann muß ein derartiger Rechtsbegriff den Juristen

gerade im entscheidenden Momente im Stiche lassen: im Falle des Unrechtes. Denn gerade diesem gegenüber bedeutet der Rechtssatz in seiner motivierenden Kraft ein völliges Versagen. Wie die Norm der autonomen Moral, verlöre der Rechtssatz, wäre er es nur insofern als er motivierend wirkt, dem wider ihn Handelnden gegenüber seinen spezifischen Charakter. Wendet man, wie es häufig geschieht, ein, er bleibe dem Einzelfalle gegenüber Rechtssatz, wenn er nur in der Mehrzahl der Fälle seine motivierende Wirkung ausübe, der Einzelfall sei eine Ausnahme, dann ist eben darauf hinzuweisen, daß das Unrecht niemals als Ausnahme des Rechtssatzes, sondern stets nur einer von ihm völlig verschiedenen Regel gelten kann — was eben die vorhergehende Darstellung zu beweisen bemüht war.

Um das Verhältnis von Rechtssatz und Moralnorn, von Jurisprudenz und Ethik allseits zu beleuchten, sei hier noch eine Anschauung erörtert, die, von einer Verschiedenheit in dem normativen Charakter der einzelnen Normwissenschaften ausgehend, zu einer gewissen Unterordnung des Rechtssatzes unter die Moralnorn, der Jurisprudenz unter die Ethik gelangt. In seiner Ethik ¹⁾ führt WUNDT aus, daß es der Konnex mit dem menschlichen Willen mit sich bringe, daß jener Begriff des Gesetzes, dessen sich die explikativen Wissenschaften bedienen, von dem Normbegriffe, aus dem er entsprang, um so weiter entfernt sei, je weniger die Tatsachen selbst den Charakter von Willkürhandlungen an sich tragen oder je weniger sie mit solchen untermengt sind. Darum habe sich im Naturgesetze der Normbegriff am meisten seinem eigenen Ursprunge entfremdet. Aus dem nämlichen Grunde sei nun der normative Charakter der einzelnen Normwissenschaften keineswegs ein gleichwertiger. So fasse die Grammatik in den grammatischen Regeln oder Sprachgesetzen gewisse regelmäßige Spracherscheinungen zusammen, die unter bestimmten physiologischen und psychologischen Bedingungen entstanden und unter der Konkurrenz anderer Bedingungen ähnlichen Ursprunges ausbleiben können, ohne daß die dann entstehenden Ausnahmen darum als falsch oder sprachwidrig angesehen werden. Über allen grammatischen Regeln schwebe nur eines als Norm, nämlich die logischen Gesetze des Denkens. Im eigentlichen Sinne normativ seien darum nur die logischen Elemente der Grammatik. Und in ganz ähnlicher Weise verhalte es sich mit der Rechtswissenschaft, mit den Rechtsnormen. „Hier behält man zwar den Ausdruck der Norm bei, weil dieselben, welches auch ihr Ursprung sei, prak-

1) a. a. O. I S. 6, 7 8.

tisch als bindende Vorschriften gehandhabt werden. Gleichwohl scheiden auch sie sich deutlich in solche Satzungen, die von mehr wechselnder Art sind und in den geschichtlich besonderen Bedingungen einer Rechtsgemeinschaft ihre Quelle haben, und in andere, denen wir unabhängig von solchen besonderen Ursachen eine verpflichtende Kraft beilegen, weil sie aus der allgemeinen sittlichen Anlage der menschlichen Natur entsprungen sind. Welches aber immer das Verhältnis dieser beiden Arten von Rechtsnormen zu einander sein möge, jedenfalls gestehen wir den letztgenannten, die auf bestimmten ethischen Normen beruhen, allein einen allgemein gültigen Wert zu.“

Diese Unterscheidung zwischen Rechtsnormen, denen ein höherer normativer Charakter zukommt und solchen, denen ein geringerer anhaftet, ist auf dem Boden des positiven Rechtes bedeutungslos. Für den Juristen ist kein Rechtssatz mehr oder weniger verbindlich als der andere. Die Tatsache, daß gewisse Rechtsnormen die gleichen Zwecke verfolgen wie Sittengesetze, d. h. daß erstere in den Handlungen oder Unterlassungen, die sie fordern, mit den letzteren übereinstimmen, ist für den Juristen kein Grund, der rechtlichen Verbindlichkeit jener einen höheren Grund zuzuerkennen als anderen. Denn die rechtliche Verbindlichkeit der Rechtssätze ihr normativer Charakter, stammt aus einer ganz anderen Quelle als die verpflichtende Kraft der Sittengesetze. Beide sind in ihrer normativen Natur voneinander völlig unabhängig. Was immer der Ursprung der Moralebote sein mag, die Quelle der verbindlichen Rechtsgesetze ist — für die formal juristische Betrachtung des modernen Rechtes — ausschließlich und allein der Wille des Staates, der natürlich für die Normen der Moral niemals als Autorität in Betracht kommen kann. Weil und nur insoferne sie Wille des Staates sind, der durch seine faktische Macht seinen Willen realisiert, haben Rechtssätze verbindliche Kraft — und für diese rechtliche Verbindlichkeit ist es gleichgültig, ob sie mit Sittengesetzen übereinstimmen oder nicht. Nicht wegen Übertretung des Sittengesetzes wird der Verbrecher bestraft, sondern, weil ein Rechtsgesetz auf sein Verhalten Strafe setzt. Und die rechtliche Verbindlichkeit eines Rechtssatzes leidet nicht im geringsten, wenn er im Widerspruch zu einem Sittengesetze steht. Jener Teil der Rechtsordnung, der ein Verhalten der Subjekte herbeizuführen bezweckt, das auch durch Sittengesetze gefordert wird, ist darum juristisch nicht anders qualifiziert, als jener Teil, der ethisch indifferent, ja unsittlich ist. Für das Subjekt freilich mag ein Verhalten, das nicht nur durch Sittengesetz gefordert ist, sondern auch unter rechtlicher Sanktion steht, eine doppelte und darum erhöhte Verbindlichkeit besitzen. Aber inner-

halb der Rechtswissenschaft, von deren spezifischem Standpunkte aus, ist dieses Moment nicht geeignet, einen Unterscheidungsgrund der Rechtsätze abzugeben.

III. Kapitel.

Das Verhältnis von kausaler, teleologischer und normativer Betrachtung. — Der Zweck im Recht.

Der Gegensatz von Sein und Sollen, von Naturgesetz und Norm, der für die Methode der mit Rechtssätzen befaßten Jurisprudenz von so grundlegender Bedeutung ist, muß noch in einer weiteren Richtung hin verfolgt werden. Es ist zu untersuchen, inwieweit dieser Gegensatz mit der Unterscheidung kausaler und teleologischer Betrachtung zusammenhängt, und ob die Rechtswissenschaft, sofern sie zu den Sozialwissenschaften gerechnet wird, eben dieser für die Gesellschaftsdisziplinen als charakteristisch geltenden teleologischen Betrachtungsweise unterworfen ist. Es führt dies letztlich auf die Frage nach der methodologischen Bedeutung des Zweckmomentes für die juristische Begriffsbildung.

Die psychologische Entwicklung des Zweckbegriffes zeigt als Ursprung desselben das Bewußtsein, welches der Mensch von seinem eigenen willensmäßigen Handeln hat. „Wo wir handeln, stellen wir zuerst einen in Gedanken vorgebildeten Zustand unserer selbst oder anderer Dinge vor, auf welchen sich aus irgend einem Grunde unser Wollen richtet“¹⁾. Dieses Ziel unseres Wollens, diese Vorstellung eines künftigen, von uns zu bewirkenden Erfolges ist der Zweck und die zur Herbeiführung des Erfolges, d. h. zur Realisierung des Zweckes (kausal) notwendigen, dem Willen unmittelbar unterworfenen Bewegungen unseres Körpers, sowie die dadurch verursachten weiteren realen Veränderungen in der Außenwelt, sofern sie zu dem vorgestellten Zwecke führen, erscheinen als Mittel. Es bedeutet nur die Übertragung eines aus dem wollend-handelnden Ich entspringenden Grundbegriffes auf die Objekte der Außenwelt, wenn auch anderes Geschehen als die eigene menschliche Handlung und deren gewollter Erfolg unter dem Gesichtspunkte von Mittel und Zweck betrachtet wird.

1) Sigwart, Logik II, 3. Aufl. S. 249.

Diese teleologische Betrachtung, die das Geschehen und insbesondere die menschlichen Handlungen und Wollungen nach Mittel und Zweck erfaßt, wird mitunter der kausalen Anschauung des Seins nach Ursache und Wirkung scharf entgegengesetzt. Ja, man hat in beiden Betrachtungsweisen zwei grundverschiedene, einander ausschließende Erkenntnismethoden gesehen und alle Wissenschaft gerade unter diesem Gesichtspunkte in kausale Naturwissenschaft auf der einen Seite und teleologische oder Zweckwissenschaft auf der andern Seite getrennt. Zu der letzteren zählt man insbesondere die Sozialwissenschaften und in deren Gefüge auch die Jurisprudenz. STAMMLER¹⁾ ist es vor allen, der auf den Gegensatz von Kausalität und Telos die spezifische Methode der Sozialwissenschaft zum Unterschiede von der Naturwissenschaft aufbaut.

Es ist hier nicht der Ort, den Stammlerschen Gegensatz von Zweckwissenschaft und Naturwissenschaft im allgemeinen und die methodische Grundlegung der Sozialwissenschaften im besonderen im ganzen Umfange dieses großen Problems zu untersuchen. Worauf es hier zunächst allein ankommt, ist die von STAMMLER behauptete, seiner Methodologie der Sozialwissenschaften zugrunde gelegte Gegensätzlichkeit von Kausalität und Telos nachzuprüfen.

Am präzisesten drückt STAMMLER seine Anschauung in den folgenden Worten aus: „Solange man zukünftiges Geschehen unter dem Gesichtspunkte einer bestimmten Kausalität vorstellt, so bleibt für die teleologische Erwägung überhaupt kein Platz: von diesen beiden möglichen Betrachtungsweisen kommenden menschlichen Handelns ist jeweilig immer bloß die eine gerade möglich. . . . Beides gleichzeitig genommen — Kausalität und Telos — enthält einen unlöslichen inneren Widerspruch, zwischen beiden Möglichkeiten einen künftigen Gegenstand sich vorzustellen, zwischen der notwendigen Verursachung desselben oder aber zwischen ihm als einem zu schaffenden ist die unvermeidliche Trennung, die, wiederhole ich, in dem Inhalte der beiden Betrachtungsweisen liegt, durchaus nicht aufzuheben“²⁾. STAMMLER geht davon aus, daß man sich vorzunehmende Handlungen auf zweierlei verschiedene Art und Weise vorstellen könne: „entweder als kausal bewirktes Geschehnis der äußeren Natur oder als von mir zu bewirkende“³⁾. Der Inhalt dieser beiden Klassen von Vorstellungen geht ganz auseinander. „Ich nehme dabei entweder menschliches Tun als Naturereignis und suche lediglich dessen kausales Geschehen und seine ursachliche Bewirkung aufzuhellen und zu erfassen; oder aber ich stelle mir meine künftige Handlung

1) Wirtschaft und Recht, 2. Aufl. 1906 S. 337 ff., 378.

2) a. a. O. S. 344.

3) a. a. O. S. 344.

als meine vor, die ohne mein Zutun, nicht schon zufolge lediglicher Naturkausalität eintreten würde“¹⁾. Es ist nicht einzusehen, welcher Unterschied darin gelegen sein soll, daß in dem einen Falle die künftige Handlung als kausal bewirkt, in dem anderen als von mir zu bewirkend vorgestellt wird. Es ist insbesondere nicht einzusehen, wie im zweiten Falle, wo also die künftige Handlung als von mir zu bewirkende vorgestellt wird, der Kausalnexus aus der Vorstellung ausgeschlossen sein soll. „Bewirken“ kann doch wohl nichts anderes heißen, als eine Wirkung hervorbringen und eine Wirkung anders als kausal, nämlich durch eine Ursache hervorbringen, scheint doch unmöglich, da keine Wirkung ohne Ursache denkbar. Eine künftige Handlung kann ich als durch mich zu bewirkend nur insofern vorstellen, als ich mich als Ursache (im streng kausalen Sinne) dieser künftigen Handlung vorstelle. Der Inhalt dieser spezifischen Vorstellungen (die „Vorstellung von einem Gegenstande als einem zu bewirkenden“ ist nach STAMMLER der Wille²⁾) beschränkt sich ja nicht nur auf künftige eigene Handlungen, sondern auch auf andere durch mich zu bewirkende Geschehnisse, wiederum sofern diese nur durch meine Handlungen kausal herbeigeführt werden. Es kann keinen Unterschied machen, ob ich mich oder etwas anderes als Ursache eines künftigen Geschehens, sei es auch meines Handelns, vorstelle. In allen Fällen ist das Bewirkte oder erst zu bewirkend Vorgestellte nicht anders als notwendig, d. h. kausal durch eine Ursache bewirkt oder zu bewirkend zu denken. Und wenn STAMMLER erklärt, eine künftige, zu bewirkende Handlung werde als eine solche vorgestellt, „die ohne mein Zutun, nicht schon zufolge lediglicher Naturkausalität eintreten würde“ (soll wohl heißen: die ohne mein Zutun, schon zufolge lediglicher Naturkausalität nicht eintreten würde), so ist dies deshalb unrichtig, weil nichts berechtigt, „mein Zutun“ als außerhalb der Naturkausalität stehend zu denken. Und nicht anders, nur noch augenfälliger liegt es bei der Vorstellung von Handlungen Dritter „als einem von dem Handelnden zu beschaffenden Erfolg“. Auch der von dem handelnden Dritten zu beschaffende Erfolg kann nicht anders als kausal d. h. durch den Dritten als Ursache bewirkt gedacht werden. Wenn STAMMLER als Beispiel für eine kausale und eine nicht kausale Vorstellung künftiger menschlicher Handlungen anführt: „Ich kann mich in das Triebleben eines Hungernden und Dürstenden hineinversetzen und einsehen, wie selbiger nach Speise begehrt und Nahrungsmittel, die zur Verfügung stehen, kausal getrieben zu sich nimmt; oder auch ich nehme an, daß jemand sich

1) a. a. O. S. 340. 2) a. a. O. S. 340.

zum Ziele setzt, Reichtümer durch seine Tätigkeit zu erwerben, um sie zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zu verwenden¹⁾, so ist zu entgegen, daß zwischen der Vorstellung, die das künftige Verhalten des Hungrigen und jener, die das künftige Verhalten des Geldgierigen bezeichnet, nicht der geringste Unterschied zu konstatieren ist. Hunger bekommen und durch Handlungen stillen ist ganz ebenso als ein kausaler Vorgang zu denken, wie das sich zum Ziele setzen, das bewußte Wollen, Reichtümer zu erwerben, und die Realisierung dieses Willens. Der von STAMMLER immer wieder behauptete Gegensatz in der Vorstellung künftigen naturnotwendigen Vorgehens und erst von dem Handelnden zu bewirkender Handlungen besteht nicht, da die von dem Handelnden gewollte, zum Ziel gesetzte Handlung, wie überhaupt jeder Zweck, nur als kausal bewirkt gedacht werden kann. Der kausale Charakter tritt ganz besonders bei jenen Zweckvorstellungen hervor, die letztlich nicht die eigene Handlung, sondern einen durch die Handlung erst mittelbar zu bewirkenden Erfolg betreffen. Es ist durchaus keine Täuschung, wie STAMMLER behauptet, „wenn jemand meinen wollte, daß dadurch, daß er die Mittel zu einem bestimmten Zwecke wählte und etwa berechnete, was er mit diesem oder jenem Mittel erreichen könnte, man in die ledigliche Kausalbetrachtung doch wieder hineinkomme“²⁾; denn nur die Vorstellung des kausalen Zusammenhanges ermöglicht die Vorstellung eines äußeren Erfolges als eines zu bewirkenden und ebenso auch als eines durch mich zu bewirkenden. Nur sofern man den bestehenden Kausalnexus kennt und auszunützen versteht, kann man sich zum Zwecke setzen (d. h. wollen), etwa ein Metallstück zum Schmelzen zu bringen. Einfach das Gegenteil von dem ist wahr, was STAMMLER sagt, nämlich daß im Inhalte der Vorstellung eines vom Vorstellenden erst zu bewirkenden Erfolges die Kausalität nicht vorhanden sei, „da eine solche seine Vorstellung als die eines zu schaffenden Gegenstandes ganz überflüssig, ja widersprechend machen würde“³⁾. Vielmehr muß in der Vorstellung eines jeden Zweckes gerade die Kausalität enthalten sein, da ohne die Kausalität keine Zweckvorstellung möglich ist. Jede Zweckvorstellung — und nach STAMMLER ist der Wille eine Zweckvorstellung — schließt die Kausalvorstellung in sich.

Der von STAMMLER immer wieder behauptete Unterschied in den beiden Vorstellungsmöglichkeiten künftiger Handlungen, das Dogma, daß die Zweckvorstellung (die Vorstellung von einem Gegenstande als einem zu bewirkenden) oder der „Wille“ mit der Kausalität (als

1) a. a. O. S. 30.

2) a. a. O. S. 342.

3) a. a. O. S. 342.

Inhalt) unvereinbar sei, wird schließlich damit begründet, daß man mit der Vorstellung künftigen menschlichen Tuns die Vorstellung einer möglichen Wahl habe, daß aber der Gedanke des Wählens den einer notwendigen Kausalität ausschließe. Das sei also das Spezifische bei der Vorstellung menschlicher Handlungen als zu bewirkender, daß wir „den dadurch zu erreichenden Erfolg als einen solchen nehmen, der auch unterbleiben könnte“¹⁾.

Nun ist es zweifellos richtig, daß wir mit der Vorstellung menschlicher Handlungen als zu bewirkender die Vorstellung möglicher Wahl verbinden. Es ist STAMMLER ohne weiteres zuzustimmen, wenn er sagt: „Den Gedanken von vorzunehmenden, von zu bewirkenden Handlungen haben wir zweifellos im Inhalte unserer Vorstellungen“²⁾. Auch ist dieser Gedankeninhalt keineswegs eine Wahnvorstellung. Nur daß er nicht den Gedanken zwingender Kausalität ausschließt, wie STAMMLER behauptet, und daß sich die Vorstellung künftiger Handlungen als zu bewirkender dadurch, daß wir den zu erreichenden Erfolg als solchen nehmen, der auch unterbleiben könnte, in keiner Weise von der Vorstellung irgend einer künftigen Tatsache unterscheidet. Wenn ich mir ein künftiges Verhalten vornehme, zum Zweck setze, oder — im Sinne STAMMLERS — wenn ich ein solches Verhalten will, so weiß ich allerdings nicht mit Gewißheit, ob dieses mein Verhalten eintreten wird oder nicht. Ich kann — nach meiner gegenwärtigen Voraussicht — so, wie ich es mir vorgenommen habe, ich kann aber auch anders handeln. Ich muß mir mehrere Handlungsmöglichkeiten vorstellen. Allein ich weiß mit Sicherheit und muß dies unbedingt annehmen: wie immer ich handeln werde, ich werde mit kausaler Notwendigkeit handeln. Wenn ich noch nicht voraussehen kann, wie ich handeln werde, und mehrere Handlungsmöglichkeiten mir vorstellen muß — nichts anderes ist aber der Gedanke der Wahl — so geschieht dies nur deshalb, weil ich nicht voraussehen kann, was die Ausführung meines Entschlusses verhindern wird, weil ich nicht die Bedingungen kenne, unter denen ich künftig handeln werde; das künftige als zu bewirkend vorgestellte Handeln muß als notwendig aus seinen Ursachen hervorgehend gedacht werden. Die von mir vorgestellte kausale Notwendigkeit der zu bewirkenden Handlung ist eine bedingte, und zwar eine durch den Eintritt der von mir noch nicht vorausgesehenen Ursachen bedingte. Nicht anders liegt es bei der Vorstellung irgend eines künftigen Ereignisses. Mangels der Voraussicht alles dessen, was künftig bis zum Eintritt des vorgestellten Ereignisses geschehen wird, kann ich von

1) a. a. O. S. 345.

2) a. a. O. S. 352.

keinem künftigen Ereignis mit Sicherheit voraussagen, daß es geschehen wird. Allein ich muß annehmen: Wenn es geschieht, dann erfolgt es kausal notwendig. Auch hier muß ich mir mehrere Erfolgsmöglichkeiten vorstellen. Wenn ich ein Thermometer über eine Flamme gehalten sehe, werde ich mir als künftigen Erfolg das Steigen der Quecksilbersäule vorstellen. Allein ich muß auch mit der Möglichkeit rechnen, daß dieser Erfolg unterbleiben könnte, nämlich wenn, was ich nicht mit Bestimmtheit voraussehen kann, die Flamme das Thermometerglas abschmilzt und das Quecksilber infolgedessen, statt in der Röhre zu steigen, abfließt. So zeigt sich auch bei der Vorstellung eines anderen als eines durch mich zu bewirkenden künftigen Erfolges, was STAMMLER als das Spezifikum der Zwecksetzung, der Vorstellung eines künftigen Handelns als zu bewirkend, kurz des Wollens behauptet: daß wir „den zu erreichenden Erfolg als einen solchen nehmen, der auch unterbleiben könnte“. Darum ist falsch, was STAMMLER behauptet: „In jeder Zwecksetzung liegt inhaltlich die Vorstellung, daß ein Erfolg unabhängig vom kausalen Werden desselben beschafft werden soll.“ In jeder Zwecksetzung liegt inhaltlich die Vorstellung, daß ich einen Erfolg kausal herbeiführen will. Und falsch ist, wenn STAMMLER fortfährt: „Sieht man ein, daß ein bestimmtes Geschehnis auf Grund erkannter Naturgesetzlichkeit kausal unvermeidlich kommen wird, so ist es widerspruchsvoll und sinnlos, von diesem Ereignis noch zu sagen, daß man es herbeiführen wolle“. Denn selbst wenn eine vollkommene Voraussicht alles Künftigen möglich wäre, so kann man doch einsehen, daß ein bestimmtes Ereignis kausal notwendig eintreten werde und dennoch sagen, daß man es herbeiführen wolle, wenn man sein eigenes Wollen als Ursache des Ereignisses voraussieht. Sieht man aber von dem unmöglichen Falle vollkommener Voraussicht ab, so liegt keinerlei Widerspruch darin, zu wissen, daß alles, was künftig geschehen wird, durch das eigene Handeln naturnotwendig geschehen wird, und dennoch Künftiges zu wollen. Denn das Wollen — als psychischer Vorgang — muß ebenso in der Kausalreihe gedacht werden wie alles andere.

Die Erkenntnis der inneren Zusammengehörigkeit von Teleologie und Kausalität ist eine der modernen Logik durchaus geläufige. So sagt SIGWART ausdrücklich, daß der Zweck „dem Kausalbegriffe nicht entgegengesetzt ist, sondern denselben einschließt“¹⁾. Die teleologische Betrachtung nach Mittel und Zweck und die kausale nach Ursache und Wirkung stellen nicht zwei verschiedene Verbindungen unter den von der Erkenntnis einheitlich zu ordnenden Elementen her; vielmehr

1) a. a. O. II S. 251.

ist es stets dieselbe Verbindung, nur von verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet, die in beiden Fällen vorliegt. Stets ist es nur Ursache und Wirkung, die unter Umständen als Mittel und Zweck angesehen werden können, und immer stellt das Verhältnis von Mittel und Zweck — unter einem anderen Gesichtspunkt betrachtet — ein solches von Ursache und Wirkung dar. Treffend bemerkt WUNDT¹⁾: „Sobald wir die Wirkung in der Vorstellung vorausnehmen, erscheint sie als Zweck, und die Ursache, welche die Wirkung herbeiführt, erscheint als das Mittel zu diesem Zweck. Wenn wir von den Pumpwirkungen des Herzens zu der Bewegung des Blutes in den Gefäßen übergehen, so sind jene die Ursachen der letzteren, wenn wir umgekehrt von der Blutbewegung in den Gefäßen auf die Herzaktion zurückgehen, so ist die erstere der Zweck, der durch die letztere erreicht wird.“ Wie die teleologische Betrachtung nicht nur bei der Vorstellung künftig zu bewirkender Handlungen (also bei Willensakten), sondern auch bei allen organischen Naturvorgängen zulässig ist, kann sie überhaupt auf alle Kausalvorgänge ausgedehnt werden. „Jede zusammengesetzte Kausalreihe läßt sich ihr unterwerfen oder fordert sie sogar unter Umständen heraus“, sagt WUNDT²⁾ und erklärt, „daß es kein Erscheinungsgebiet gibt, auf das nicht neben dem Kausal- das Zweckprinzip anwendbar wäre, wenn auch besondere Umstände uns veranlassen, bald das eine bald das andere zu bevorzugen. Niemals aber schließen beide Prinzipien sich aus, und insbesondere ist die Anwendung des Zweckprinzips nur unter der Voraussetzung der gleichzeitigen Gültigkeit des Kausalprinzips möglich“.

Die innere Verwandtschaft der kausalen mit der teleologischen Betrachtung erhellt insbesondere auch aus der Tatsache, daß beide, auf die Seinswelt gerichtet, eine Erklärung des Geschehens bedeuten. Das auf möglichst einheitliche Erfassung des Seins gerichtete Erklärungsbedürfnis wird in gleicher Weise befriedigt, ob das eine Mal die Ursache, das andere Mal der Zweck einer Erscheinung aufgezeigt wird. Zweckprinzip wie Kausalprinzip sind in gleicher Weise dem Satze des Grundes unterzuordnen. „Auf diese Weise entspringen Kausalität und Zweck aus den zwei einzig möglichen logischen Gesichtspunkten, unter denen wir den Satz des Grundes auf einen Zusammenhang des Geschehens anwenden können“³⁾.

Steht somit fest, daß zwischen Kausalität und Telos, zwischen kausaler und teleologischer Betrachtung kein Gegensatz, sondern

1) Logik, 3. Aufl. I S. 631.

2) Vgl. a. a. O. S. 631/2.

3) WUNDT, a. a. O. I S. 632.

innigster Zusammenhang besteht, ist zuzugeben, daß beide Anschauungsarten der explikativen Methode angehören und eine Erkenntnis der Seinswelt bedeuten, dann ist von vornherein schon eine gewisse Gegensätzlichkeit nicht nur der kausalen, sondern auch der teleologischen Betrachtung zu jener gegeben, die ausschließlich auf das Sollen gerichtet ist und keineswegs eine Erklärung des Geschehens bezweckt, sondern sich auf die Feststellung dessen beschränkt, was geschehen soll. Nennt man diese letztere Betrachtung eine normative, weil ihr Gegenstand nur das Gesollte resp. die das Sollen statuierende Norm ist, dann ist auf den ersten Blick die kausale, aber auch die teleologische von der normativen Betrachtung in derselben Weise prinzipiell zu scheiden wie das Sein vom Sollen.

Dies ist nun freilich keineswegs üblich. Nicht selten, ja gewöhnlich sogar wird normativ und teleologisch nicht scharf unterschieden, vielmehr beides identifiziert, indem „Zweck“ und „Sollen“ als gleichbedeutend gebraucht werden. Etwas wird gesollt, heißt soviel, wie etwas wird bezweckt, und andererseits sagt man vom Zweck, er sei etwas, das eintreten soll. Und tatsächlich kann materiell der Inhalt des Sollens, dasjenige, was gesollt wird, sofern es tatsächlich geschieht, unter einem teleologischen Gesichtspunkte als Zweck erkannt werden. Allein trotzdem ist die formale Identifizierung von Zweck und Sollen, von teleologisch und normativ nicht ohne weiteres zulässig. Dies zeigt eine Prüfung des Verhältnisses von Zweck und Norm.

Erkennt man im Zweck die Vorstellung eines künftigen Erfolges, also eine gedanklich antizipierte Wirkung, und faßt man die beiden Hauptfälle ins Auge, in denen der Zweck in die Erscheinung tritt, nämlich den Zweck eines äußeren Geschehens oder den äußern objektiven Zweck, und meinen oder den inneren subjektiven Zweck, so ergibt sich folgendes. Das Urteil, daß die Versorgung des Körpers mit Blut der Zweck der Herztätigkeit sei, bedeutet keineswegs, daß das Herz den Körper mit Blut versorgen soll, sondern nur daß es ihn mit Blut versorgt; das Zweckurteil bezieht sich auf ein Sein, kein Sollen. Es wird durchaus nicht die Existenz irgendeiner Norm behauptet, welche die Blutversorgung des Körpers durch die Herztätigkeit vorschreibt, postuliert, sondern ein Naturgesetz (im weiteren Sinne einer Regel), jedenfalls ein kausaler Zusammenhang. Schwieriger ist die Trennung, wenn es sich um den sog. inneren Zweck, also um den Zweck im ursprünglichen Sinne handelt, wenn ich mir etwas zum Zwecke setze, oder will. Faßt man freilich das Sollen in jenem formal-objektiven Sinne, in dem es für die juristische Betrachtung allein von Bedeutung ist, dann tritt die Unabhängigkeit dieses

objektiven Sollens vom inneren Zweck deutlich zu Tage. Ich kann sollen, ohne das Gesollte zu wollen, d. h. zu meinem Zwecke zu machen, und ich kann wollen, ohne zu sollen. Allein das Sollen kann auch in einem subjektiven Sinne gefaßt werden, dann nämlich, wenn man es nicht von außen an das Subjekt, sondern vom Subjekte resp. dessen Willen selbst ausgehen läßt. Denn indem ich etwas will oder mir zum Zwecke setze, scheine ich ein Postulat an mich zu stellen, mir ein Sollen zu statuieren.

Ich soll jetzt auch, was ich will. Nun mag dahingestellt bleiben, ob es überhaupt terminologisch nicht anfechtbar wäre, von einem Postulat an sich selbst, von einer Selbstnormierung zu reden, und ob daher auch in einem solchen Falle von einem „Sollen“ gesprochen werden dürfte. Allein diese rein terminologische Frage sei hier ausgeschaltet und zugegeben, daß auch ein Sollen durch den eigenen Willen normiert werden könne. Das heißt aber nichts anderes, als daß ein Sollen seinen Inhalt durch ein eigenes Wollen erhalten kann. Dann muß aber das Sollen formal vom Wollen oder Zwecksetzen geschieden werden. Der Zweck muß unter allen Umständen als das Gewollte, nicht als das Gesollte gelten. Berücksichtigt man aber nicht nur den subjektiven, sondern auch den objektiven Zweck, dann ist der Zweck im ersten Falle dasjenige, dessen künftiges Geschehen man will, im zweiten Falle dasjenige, was als Wirkung tatsächlich geschieht (Beispiel: Herzfunktion und Blutbewegung in den Gefäßen), auf alle Fälle ist es aber ungenau zu sagen: der Zweck ist dasjenige, was geschehen soll.

Wenn dasjenige, was ich will, also mein Zweck, auch unter dem Gesichtspunkt des Sollens als Inhalt einer Norm betrachtet werden kann, indem ich mich gleichsam als mein eigener Gesetzgeber gelten lasse, so muß doch stets festgehalten werden, daß es eine wesentlich andere Betrachtung ist, unter der etwas als Zweck oder gewollt, als jene, unter der es als gesollt erscheint. Nur die Identifizierung von Wollen und Sollen, die formell unzulässig ist, weil Wollen als psychischer Vorgang dem Sein angehört und also nicht als Sollen gelten darf, kann Zweck und Sollen oder Zweck und Norm zusammenfallen lassen. Die formale Scheidung von Wollen und Sollen ist stets möglich und beider Identifizierung auch dann unzulässig, wenn — wie für die Anschauung der autonomen Moral — das Sollen seinen Inhalt stets nur durch ein Wollen bekommt, wenn sollen und wollen materiell übereinstimmen. Auch dann bedeutet, daß etwas mein Zweck ist, nur soviel: daß ich es will, nicht aber daß ich es soll, wenn ich auch dasselbe soll, was ich will¹⁾.

1) Die Unterscheidung von Sollen und Wollen spielt auch eine Rolle bei dem Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.

Indem die Norm ein Sollen statuiert, etwas als gesollt hinstellt, „setzt sie einen Zweck“, macht sie das Gesollte zum Zweck. Weist das nicht auf eine Identität von Norm (Sollen) und Zweck hin? Keineswegs. Was bedeutet aber dann: „die Norm setzt einen Zweck“? In dieser überaus irreführenden Vorstellung der einen „Zweck setzenden“ Norm liegt im Grunde ein arger Anthropomorphismus! Man bedenke doch nur, daß „Zwecke setzen“ wollen, also einen realpsychischen Akt bedeutet und daß, der Norm ein Zwecke-setzen zusprechen, soviel hieße, wie: die Norm als solche wollen lassen. Das ist nun bei näherem Zusehen wohl nicht gut wirklich zu nehmen.

Verhältnis zwischen Norm und Wert. Faßt man Wert in einem subjektiven Sinne dann ist es unrichtig, Werturteil und normative Betrachtung zu identifizieren. In diesem subjektiven Sinne ist Wert eine Funktion des Wollens, nicht des Sollens. Wert ist mir, was ich als Mittel meiner Bedürfnisbefriedigung vorstelle, was ich zu meinem Zweck mache oder will; und das ohne Rücksicht darauf, ob ich bezüglich des von mir gewerteten Objektes etwas soll oder nicht, ob zwischen mir und dem Wertobjekt eine normative Verbindung besteht. Der Wert in diesem subjektiven Sinne ist keineswegs ein Ergebnis normativer Betrachtung, sondern eine realpsychische Tatsache, welche der explikativen psychologischen Erkenntnis zugänglich ist.

Anders der Wert im objektiven Sinne: Das Urteil, das einen Wert oder Unwert im objektiven Sinne behauptet, konstatiert lediglich ein Verhältnis zu einer ethischen, rechtlichen, ästhetischen oder sonst einer Norm: die Normgemäßheit oder die Normwidrigkeit; der Wert im objektiven Sinne ist tatsächlich eine Funktion des Sollens. Dazu beachte man folgendes: das subjektive Werturteil gilt immer einem Objekte, das objektive Werturteil immer einem Subjekte. Denn das subjektiv Gewertete ist stets nur Gegenstand eines Vorstellens, Strebens, Wünschens, Wollens, Bezweckens: Was Wert im subjektiven Sinne hat, steht in einem psychischen Verhältnisse des Objektes zum wertenden Menschen. Das objektive Werturteil dagegen, das eine Normbefolgung oder Normverletzung beinhaltet, ist seinem Wesen nach eine Zurechnung, die in ein Subjekt, eine Person ausläuft. Der Wert im objektiven Sinne bezieht sich immer auf eine Person, nie auf einen Gegenstand, weil die im Werturteil konstatierte Befolgung oder Verletzung einer Norm, deren Wesen die Verpflichtung ist, naturgemäß nur einem Pflichtsubjekte, d. i. einer Person zukommt; erst durch die im objektiven Werturteil gelegene Zurechnung wird das Gewertete zur Person. Das objektive Werturteil bedeutet darum geradezu nur Personifizierung. Ein Beispiel, das absichtlich nicht dem ethischen oder Rechtsgebiete entnommen, illustriere das Gesagte: In dem subjektiven Werturteil: Das Gemälde ist schön, ist Träger des Wertes ein Gegenstand, der meine ästhetischen Bedürfnisse befriedigt. Bei solchem subjektiven Werturteile kommt die Person des Malers gar nicht in Betracht. Wird dagegen im vorliegenden Falle ein objektives Werturteil gefällt, das nicht die psychische Relation des Bildes zu einem Beschauer, sondern das Verhältnis zu gewissen ästhetischen Normen der Malerei aussagt, die in dem Bilde befolgt oder verletzt sind, dann tritt sofort die Person des Malers in den Vordergrund, an die allein die Soll-Regeln der Malerei gerichtet sind und die allein diese Regeln befolgen soll und tatsächlich befolgt oder verletzt hat. Das

Ja es ist nicht einmal in dem Sinne richtig, daß irgendwelche Menschen, sei es eine Autorität oder eine Majorität, wollen resp. bezwecken müssen, was als Norm oder als Inhalt einer Norm gilt. Man kann aus irgend welchen Gründen gezwungen sein, ein Sollen d. h. eine Norm als gültig zu behaupten, ohne irgend jemandes Wollen konstatieren zu können, das diese Norm zum Inhalt hat. Dies ist augenfällig bei den Normen des Rechtes. Allein auch der ethische Satz: der Soldat soll tapfer sein, muß keineswegs von irgend jemandem gewollt sein, um gültig behauptet werden zu können¹⁾. Und auch dann, wenn irgend jemandes Wille besteht, dessen Inhalt zugleich Inhalt einer Norm ist, muß doch die Norm, die das Sollen statuiert, formal geschieden werden von dem Wollen, das den Zweck setzt²⁾. Es ist darum — wie bereits früher bemerkt — eine irreführende Un-

objektive Werturteil rechnet das Bild im guten oder schlechten Sinn der Person des Malers zu, das objektive Werturteil gilt der Person des Malers, nicht dem Bilde. Noch viel deutlicher als im Bereiche der Ästhetik, wo eben mangels allgemeingültiger Normen das subjektive Werturteil überwiegt, zeigt sich die Richtigkeit des Gesagten im Bereiche der Moral oder des Rechtes. Irgend ein äußerer Tatbestand ist im Sinne eines objektiven Werturteiles weder gut noch schlecht; gut und schlecht sind allein die Subjekte, denen die äußeren Tatbestände auf Grund von Rechts- oder Moralnormen zuzurechnen sind. Ein Eisenbahnzusammenstoß ist an sich moralisch und rechtlich indifferent. Das Urteil der Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit trifft die Person des fahrlässigen Bahnbeamten.

Das hier Gesagte muß allerdings einen großen Teil dessen voraussetzen, was erst die folgenden Untersuchungen über das Wesen der normativen Zurechnung ergeben werden. Man vergleiche dazu das 3. Kapitel.

1) Treffend bemerkt HUSSERL, Logische Untersuchungen. I Halle 1900. S. 40 f: „Zu enge ist offenbar der ursprüngliche Sinn des Sollens, welcher Beziehung hat zu einem gewissen Wünschen oder Wollen, zu einer Forderung oder einem Befehl, z. B.: Du sollst mir gehorchen; H. soll zu mir kommen. Wie wir in einem weiteren Sinn von einer Forderung sprechen, wobei niemand da ist, der fordert, und eventuell niemand, der aufgefordert ist, so sprechen wir auch oft von einem Sollen unabhängig von irgend jemandes Wünschen oder Wollen. Sagen wir: „Ein Krieger soll tapfer sein“, so heißt das nicht, daß wir oder jemand sonst dies wünschen oder wollen, befehlen oder fordern.“ Vgl. dazu auch oben S. 10.

2) Unrichtig ist daher, wenn BRÜTT, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, S. 7, behauptet, daß dem Wollen der Begriff des Sollens „nahe verwandt“ ist, „daß zum Sollen mindestens zwei Personen als wollende Wesen gehören, von denen die eine wünscht oder befiehlt, daß die andere etwas tue oder unterlasse.“ Das Sollen ist eine letzte formal-logische Kategorie wie das Sein und darf daher nicht als Spezialfall des letzteren, etwa als ein psychischer oder physischer Vorgang der unter dem Kausalgesetz zu erfassenden Seinswelt aufgefaßt werden, wie BRÜTT es allerdings tut, wenn er a. a. O. S. 10 sagt, „daß es sich bei allen Arten des Sollens nur um psychologische Erscheinungen handelt, die sich irgendwo und wann im zeitlich räumlichen Schema abspielen.“

genauigkeit, wenn das Urteil: ich will, daß du . . . und das Urteil: du sollst . . . ihrer Bedeutung nach identifiziert werden. Vielmehr ist völlig verschieden, was beide behaupten: das erste ein Sein, das zweite ein Sollen. Die inhaltliche Übereinstimmung darf einen die formale Trennung nicht vergessen lassen. Wer behauptet: Ich will, daß du dies oder jenes tust, sagt damit noch keineswegs, daß für den andern ein Sollen, d. h. eine Norm und Pflicht dieses Verhaltens bestehe. Und wer behauptet: du sollst dies oder jenes tun, behauptet lediglich eine Norm oder Pflicht des andern zu diesem Verhalten, keineswegs aber ein eigenes Wollen. Kann die Norm als irgend jemandes Willensinhalt festgestellt werden, dann ist es nicht die Norm, die einen Zweck setzt, sondern der Wollende.

Nimmt man also den Zweck in jenem subjektiven Sinne des Wollens, dann kann von der Norm keineswegs behauptet werden, daß sie Zwecke setzt. In dieser Bedeutung des Wortes „Zweck“ hat die Norm mit dem Zwecke nichts zu tun.

Etwas anderes ist es, wenn man den Begriff des Zweckes in jenem objektiven Sinne versteht, in dem die teleologische Betrachtung des tatsächlichen Geschehens die antizipierte Wirkung auch erfassen kann.

Die Norm, die ein bestimmtes Verhalten nicht als seiend, auch nicht als in Zukunft seiend, sondern als gesollt statuiert, hat einen Zweck. Sie selbst ist nicht ein Zweck und setzt keinen Zweck, so wie sie ein Sollen ist oder ein Sollen statuiert, sondern sie ist das Mittel zu einem Zwecke¹⁾; und ihr Zweck ist: dasjenige Verhalten,

1) Vgl. dagegen SIGWART, Logik II³ S. 743, wo von einem anderen als dem oben eingenommenen Standpunkte aus „allgemeine Normen, die ich für mein Handeln setze“ und „Zwecke meines Handelns“ identifiziert werden. Faßt man, wie SIGWART, den Zweck als einen Erfolg, der erreicht werden „soll“, und vergleicht man damit „Normen“, die man sich für sein Handeln setzt, dann ist der formale Unterschied von Norm und Zweck von vornherein eliminiert; aber nur, weil Sollen und Wollen bei inhaltlicher Übereinstimmung identifiziert werden. Anders freilich stellt sich das Verhältnis von Norm und Zweck dar, wenn man die Norm und das Sollen ohne Rücksicht darauf betrachtet, daß sie für das eigene Handeln „gesetzt“ wird, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob der Inhalt einer Norm oder eines Sollens zum Inhalt eines Wollens gemacht wird oder, was dasselbe ist, zu meinem Zweck gesetzt wird (sich Normen für sein Handeln setzen heißt ja von vornherein nichts anderes, als sich Inhalt von Normen zum Inhalte eigenen Wollens machen, m. a. W. zum Zwecke setzen), und wenn man des weiteren den Zweck subjektiv nicht als einen Erfolg, der herbeigeführt werden soll, sondern den man herbeiführen will, und objektiv als einen Erfolg, der herbeigeführt wird, betrachtet. Dann kann dem „Zwecke setzen“ ein „Normieren“ nicht gleichgestellt werden, schon deshalb, weil mit dem einen ein Wollen, mit dem andern ein Sollen gesetzt würde, aber vor allem deshalb, weil das Normieren,

das sie als gesollt beinhaltet, tatsächlich herbeizuführen, in der Seinswelt zu realisieren (dadurch, daß sie motivierend auf die Individuen wirkt). Ein tatsächliches Verhalten, ein Geschehen ist der Zweck der Norm, etwas anderes also als das Sollen, dessen Ausdruck die Norm ist, wenn auch der Inhalt dieses Sollens mit dem Inhalt des Zweckes, des tatsächlichen Geschehens (dessen Form das Sein ist) übereinstimmt. Das Sollen der Norm ist auch an sich nicht Zweck des Individuums, an das die Norm gerichtet ist. Nur soferne das Individuum das will, was die Norm als gesollt statuiert, macht es sich den Zweck der Norm zu seinem eigenen Zweck, indem es den Inhalt seines Wollens, nach dem Inhalte der Norm resp. des Sollens bestimmt, d. h. seinen Zweck mit dem der Norm in Übereinstimmung bringt. Zweck der Norm, das tatsächliche Verhalten als seiend (und zwar als künftig seiend, was etwas anderes ist als „gesollt“) gedacht, ist daher formal zu trennen vom Sollen dieses Verhaltens, das die Norm statuiert.

Einen Zweck aber hat die Norm nur insoferne, als sie zum Gegenstande teleologischer Betrachtung gemacht wird. Und diese Betrachtung ist keineswegs die einzig mögliche. Eine methodisch völlig verschiedene liegt vor, wenn die Norm nicht auf den Zweck hin, sondern auf das Sollen geprüft wird.

Zwar, wenn man nach dem Inhalt des Sollens fragt, das die Norm statuiert, nach dem, was auf Grund der Norm gesollt ist, dann kommt man, auf einem anderen Wege, so doch zu demselben Resultate, wie wenn man teleologisch fragte: was bezweckt die Norm? Denn der Inhalt des Sollens ist eben der Zweck. Allein neben dieser materiell-normativen Problemstellung (d. h. einer auf den Inhalt des Sollens gestellten) ist auch eine rein formale möglich; diese richtet sich nicht auf den Inhalt der Norm, sondern auf deren Form; es fragt sich hierbei nicht, was gesollt, sondern wie gesollt wird, auf welche Weise, in welcher äußeren Gestalt die Norm das Sollen statuiert (oder in der teleologischen Terminologie: Wie der Zweck verfolgt wird, was inhaltlich dieselbe Antwort ergibt).

Diese letztere formal-normative Fragestellung ist von besonderer Bedeutung für die Methode der Rechtswissenschaft. Denn nur auf diesem Wege gelangt sie zur Lösung des ihr spezifischen Problems in Bezug auf den

sofern darunter nicht die auf Erzeugung eines Norminhaltes gerichtete Willens-tätigkeit verstanden wird, überhaupt keinen dem Zweckesetzen vergleichbaren Seinsvorgang, sondern das Sollen selbst bedeutet. „Normieren“ im Sinne von etwas wollen, das dann den Inhalt eines Sollens bildet, hat mit „Norm“ als Ausdruck eines Sollens nichts zu tun. Der Terminus ist irreführend.

Rechtssatz. Das haben ja die Rechtssätze mit allen übrigen Normen gemein, daß sie ein Sollen (d. h. subjektive Pflichten) statuieren. Und auch bezüglich des Inhaltes werden die Normen des Rechts mit solchen der Sitte, Sittlichkeit oder Religion übereinstimmen. Wenn es also überhaupt selbständige, von den Moralgesehen und sonstigen sozialen Normen verschiedene Normen des Rechtes gibt, dann kann deren spezifische Wesenheit nur in ihrer Form gelegen sein, in der Art und Weise, wie das rechtliche Sollen, die Rechtspflicht statuiert wird. Darum ist es die besondere Aufgabe der Jurisprudenz, diese spezifische Form des Rechtssatzes festzustellen.

Daß die Norm als solche, das Statuieren eines Sollens überhaupt, an keine äußere Form gebunden ist, wurde schon in einem anderen Zusammenhange hervorgehoben. Auf alle mögliche Weise können Subjekte durch die kompetente Autorität verpflichtet werden: durch eine Gebärde, ein Wort durch einen gesprochenen oder geschriebenen Satz u. a. m. Da könnte denn die Frage aufgeworfen werden, warum denn gerade die eine Tatsache, oder wenn man, wie üblich, an den grammatikalischen Ausdruck der Norm denkt — gerade der eine Satz als ein Sollen statuierend, d. h. also als Norm anerkannt wird, der andere aber nicht? Allein dafür, daß etwas als Norm gilt oder m. a. W. daß etwas als gesollt angesehen wird, gibt es ebensowenig eine Erklärung, wie dafür, daß etwas als seiend erkannt wird. Das Sollen ist wie das Sein eine letzte nicht weiter ableitbare Kategorie. Insbesondere wäre es verfehlt, die Norm als solche mit irgendeiner grammatikalischen Form zu identifizieren, etwa jeden Imperativ oder jeden „Soll“-Satz als Norm zu betrachten. Die Norm als solche — nicht etwa die besondere Rechtsnorm — ist überhaupt nicht an einen sprachlichen Ausdruck gebunden und kann, wenn sie in Worten erscheint, ebensogut als Imperativ wie als Infinitiv, als Soll-Satz oder als hypothetisches Urteil erscheinen¹⁾. Es gibt Imperative, die nicht verpflichten, und Pflichten, die auf hypothetischen Urteilen beruhen. Was insbesondere die Soll-Sätze betrifft, so bedeutet ein: du sollst . . . ein Urteil über eine bestehende Pflicht, es konstatiert ein bereits gesetztes Sollen, ist also an sich deklarativer nicht konstitutiver Natur; in dieser Wortverbindung wohnt keineswegs die immanente Kraft, ein Sollen zu statuieren. Zwar kann sich der Gesetzgeber bei Schaffung von Pflichten auch eines solchen Ausdruckes bedienen, allein nicht anders und nicht mit mehr Wirkung als etwa eines Imperatives oder eines strafandrohenden Urteils. Die

1) Vgl. die Ausführungen des 1. Kapitels.

Normen des Dekalogs „Ehre Vater und Mutter“, „Du sollst nicht begehren deines Nächsten Gut“ und „Wer meinen Namen zum falschen ausspricht, den will ich bis in das dritte Glied strafen“ setzen in gleicher Weise sittlich-religiöse Pflichten.

Nur scheinbar ein Kriterium liefert, wer als Charakteristikum der Norm, als Erkenntnisgrund dafür, daß etwas gesollt ist, angibt, es stamme von der kompetentesten Autorität. Denn dann ist die Frage zu beantworten, woran die Autorität zu erkennen sei; und die Antwort darauf kann nicht anders lauten, als: an der Fähigkeit, zu verpflichten, Normen zu setzen, ein Sollen zu statuieren. Damit ist aber der *circulus vitiosus* geschlossen.

Und auch darauf wurde schon hingewiesen, daß es nicht angeht, das Wesensmerkmal für den Normcharakter einer Tatsache oder insbesondere eines Wortes oder Satzes in dem Zwecke zu erblicken, den die teleologische Betrachtung der Norm aufzeigt. Die Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten hat die Norm mit vielen anderen Tatsachen gemein, denen keineswegs die Qualität, ein Sollen zu statuieren, eine Pflicht zu begründen zukommt¹⁾.

Vom Standpunkte der teleologischen Betrachtung aus erscheint als Zweck der Norm ein tatsächliches Verhalten der Subjekte, das dadurch herbeigeführt wird, daß die Norm im Bewußtsein der Normunterworfenen motivierende Wirkung ausübt. Diese teleologische Betrachtung der Norm ist sonach von der kausalen durchaus nicht wesensverschieden, denn als Zweck der Norm erscheint nichts anderes als ihre gedanklich antizipierte Wirkung und zwar kausale Wirkung, die durch die Norm als Ursache hervorgerufen wird. Die kausale wie die teleologische Betrachtung erfaßt die Norm als Bewußtseinstatsache, wie sie in der Kausalkette der Seinswelt steht. In diesem Sinne hat es der Psychologe, der Historiker oder der Soziologe mit der Norm zu tun; in diesem Sinne ist die Norm Gegenstand explikativer, d. h. erklärender Disziplinen. Dabei soll noch besonders hervorgehoben werden, daß diese spezifisch-teleologische Verbindung zwischen der Norm und ihrer präsumptiven Wirkung zu erkennen ist, eine Verbindung, die von einem anderen Standpunkte aus sich auch als kausale darstellt.

Völlig anderer Natur aber ist die Verbindung, die zwischen den innerhalb der Norm zusammengefaßten Elementen besteht, jene Verbindung, die grammatisch durch das „soll“ hergestellt wird. Zwei Bestandteile sind es nämlich, die im Inhalte jeder Norm zu unterscheiden sind: das Soll-Subjekt, das ist dasjenige, das soll, die

1) Vgl. die Ausführungen des 1. Kapitels.

Person, der das Soll gilt, an die das Soll gerichtet ist, und das Soll-Objekt, das ist dasjenige, was gesollt wird. Die Anwendung der Norm auf die Tatsachen der Seinswelt kann nun ein Doppeltes ergeben: entweder die Übereinstimmung eines Seins-Tatbestandes mit der Norm, d. h. die Existenz eines Geschehens, das inhaltlich der Norm entspricht, oder einen Seinstatbestand, der inhaltlich der Norm widerspricht. („Inhaltlich“, denn formell muß sich jedes tatsächliche Geschehen eben durch die Seinsform von der Sollensform unterscheiden, in der das inhaltlich gleiche Geschehen in der Norm erscheint. Darum ist ja die der Norm entsprechende Handlung nicht die „gesollte“, sondern bloß eine mit der gesollten inhaltlich übereinstimmende.) Ist aber von irgend einem Seinstatbestande durch den Vergleich mit einer Norm Übereinstimmung oder Widerspruch zum Objekt des Norminhaltes festgestellt, dann erhebt sich sofort die Frage nach dem Norm-(Soll)-Subjekt. Wer ist schuld daran? lautet die Frage bei einem normwidrigen Tatbestand; wer hat das Verdienst daran? bei einem normentsprechenden. Nur daß die letztere Frage unserem Bewußtsein ungewohnter und seltener ist, da man eher geneigt ist zu bestrafen als zu belohnen, da Strafe sozial wichtiger und notwendiger ist als Lohn. Die Antwort auf beide Fragen liefert die Norm, die ja als einen der beiden Bestandteile die Bezeichnung des Sollssubjektes enthält. Die auf Grund der Norm vorgenommene Verknüpfung zwischen einem Seinstatbestande und einem Subjekte ist die Zurechnung. Sie ist eine ganz eigenartige, von der kausalen und teleologischen völlig verschiedene und unabhängige Verknüpfung von Elementen. Man kann sie, weil sie auf Grund der Normen erfolgt, als eine normative bezeichnen.

Die Unterscheidung von Soll-Subjekt und Soll-Objekt ist von größter Bedeutung. Ein Fehler wäre, beides zu identifizieren, etwa von der Voraussetzung ausgehend, gesollt sei stets nur ein Verhalten des Subjektes. Denn abgesehen davon, daß auch in diesem Falle Subjekt und Verhalten des Subjektes nicht zusammenfallen, kann ohne weiteres auch etwas anderes, kann viel mehr als ein Verhalten, das heißt bei menschlichen Subjekten, eine Körperbewegung oder deren Unterlassung gesollt sein. Die Norm kann prinzipiell alles fordern, auch Dinge, die nur in einem sehr weiten (kausalen) Zusammenhange oder auch in gar keinem Zusammenhange mit körperlichen Bewegungen des Normsubjektes stehen. Insbesondere soweit es sich um soziale Normen handelt, wird das durch die Norm Gebotene letztlich nicht ein Zustand des Normsubjektes, sondern seiner Mitmenschen sein, z. B. der mögliche äußere Erfolg solcher körperlichen Bewegungen, da der Endzweck sozialer Normen nicht ist, das

Verhalten des Normsubjektes an sich zu erzielen, sondern weitere nachteilige oder vorteilige Zustände der übrigen zu verhindern oder herbeizuführen. So statuieren die Normen des Rechtes als gesollt die Befriedigung des Gläubigers, das Nichtgetötetwerden des Nebenmenschen, und ähnliches.

Gerade die rechtliche Zurechnung, das ist die Zurechnung auf Grund der Rechtsnormen, zeigt, daß zwischen Normobjekt und Normsubjekt die größte Distanz, daß nicht einmal ein kausaler oder teleologischer Zusammenhang bestehen muß. Das Soll-Subjekt der Rechtsnormen ist — um zunächst auf dem Gebiete des Strafrechtes zu verbleiben — dadurch zu eruieren, daß es in der Strafrechtsnorm für den Fall eines normwidrigen Tatbestandes mit Strafe bedroht ist. Die Antwort auf die Frage, wer zu bestrafen ist, sagt zugleich, wem der normwidrige Tatbestand zuzurechnen ist. Nun bestimmt z. B. ein Rechtssatz des römischen Rechtes, daß mit einer hohen Geldstrafe der Eigentümer jenes Hauses zu belegen sei, von dessen Dach ein Gegenstand herabgefallen ist, der beim Herabfallen jemanden getötet hat. Der Tod des Passanten wird dem Eigentümer des Hauses zugerechnet. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß zwischen der Person des Eigentümers und dem Tode des Passanten kein wie immer gearteter kausaler oder teleologischer Zusammenhang besteht oder doch bestehen muß. Weder ist der Eigentümer, der möglicherweise vom Hause weit abwesend ist, vielleicht von seinem Eigentume gar nichts weiß, die Ursache von dem Tode des Passanten, noch der Tod sein Zweck gewesen. Nun mag man ja das Postulat stellen, jede Norm solle nur gebieten, was kausal herbeizuführen in der Macht des Normsubjektes steht, oder verbieten, was zu verhindern das Normsubjekt imstande ist. Allein so gerecht diese Forderung sein mag, so vergesse man doch nicht, daß es eben nur ein ideales Postulat ist, dem keineswegs alle geltenden Normen und am wenigsten die positiven Rechtsnormen entsprechen, auf Grund deren aber ausschließlich und allein die rechtliche Zurechnung erfolgen kann. Auch wäre selbst die Erfüllung dieses Idealpostulates für die Frage der Zurechnung bedeutungslos. Jeder Fall einer Normverletzung ist ja — vom deterministischen Standpunkte aus — nur ein Beweis dafür, daß das Normsubjekt tatsächlich nicht bewirken oder verhindern konnte, was es sollte, was aber keineswegs die Zurechnung aufheben wird. Denn bei der Zurechnung fragt es sich niemals, was das Subjekt getan oder unterlassen hat, sondern lediglich, was gesollt war und wer gesollt hat.

Gewiß gibt es zahlreiche Fälle, in denen die Zurechnung längs einer Kausalreihe läuft, in denen es zwei kausal miteinander verknüpfte Glieder sind, die durch die Zurechnung verbunden werden, z. B. der

Tod des Gemordeten mit dem Mörder. Allein es wäre irrig zu glauben, das Zurechnungsprinzip sei hier die Kausalität, der Erfolg werde dem Täter deshalb zugerechnet, weil er vom Täter kausal herbeigeführt worden sei. Gerade hier zeigt sich deutlich, daß das Kausalitätsprinzip keinerlei Kriterium dafür gibt, aus der nach allen Seiten unendlichen Kette kausal verbundener Glieder gerade diese beiden herauszuheben, die kausal allen anderen gleich stehen. Erfolgte die Zurechnung auf Grund der Kausalverknüpfung, müßte jede Wirkung jeder ihrer Ursachen zugerechnet werden, was keineswegs der Fall ist, aber jedenfalls nicht in jenem Sinne geschieht, wie bei der rechtlichen oder sittlichen Zurechnung. Denn für die kausal-mechanische Betrachtung hat die eine Ursache nicht mehr und nicht weniger Schuld oder Verdienst an einer Wirkung, als die nächste und zweitnächste dieser Wirkung vorangehende Ursache an dieser oder einer folgenden Wirkung.

Dazu kommt noch, daß eine Wirkung regelmäßig nicht eine einzige Ursachenreihe hat, sondern mehrere, an deren Schnittpunkt gleichsam der zuzurechnende Erfolg steht. All diese Reihen stehen, unter dem Gesichtspunkte des Kausalprinzipes betrachtet, einander gleich, dennoch greift die Zurechnung nur auf eine dieser Reihen, nämlich jene zurück, in der sich eine bestimmt qualifizierte und zwar normativ qualifizierte menschliche Handlung findet. Das Kausalprinzip kann jedenfalls nicht für diese Auswahl maßgebend sein. Bei der Zurechnung von Unterlassungstatbeständen aber — ein überaus wichtiger Fall rechtlicher und sittlicher Zurechnung — ist keine wie immer geartete Kausalverbindung zwischen dem nicht handelnden (also auch kausal nicht wirkenden) Normsubjekte und dem Normobjekte herzustellen.

Zudem kommt, daß von den beiden Elementen, die durch die Zurechnung miteinander verknüpft werden, dasjenige, welches als Ursache zu fungieren hätte, — wäre Zurechnung nur ein Kausalnexus — gerade für die kausale Betrachtung gar nicht besteht. Als Ursache kommt nur eine Bewegung oder Veränderung in der körperlichen oder geistigen Seinswelt in Betracht. Die Zurechnung erfolgt aber zu einer Person, zu etwas nicht in Bewegung, sondern in Ruhe Gedachtem, d. h. eben nicht zum „Menschen“ im Sinne einer biologisch-psychologischen Einheit gewisser auf einen bestimmten Zweck bezogener Lebensprozesse (Organismus), sondern zu einem außerhalb der Welt tatsächlichen Geschehens gedachten normativen Konstruktionspunkte. Nur der „Mensch“, d. h. die körperlichen und psychischen Bewegungen, deren Träger er ist, kann Ursache sein, nicht aber die Person, die Subjekt der Verantwortung, Zurechnungs-Subjekt ist.

Ebensowenig wie die kausale ist die teleologische Verknüpfung

zwischen Normsubjekt und Normobjekt für die Zurechnung von Bedeutung. Der Umstand, daß der normwidrige Tatbestand ein Zweck des Subjektes war, das heißt vom Subjekte gewollt wurde, ist keineswegs ein wesentliches Merkmal der Zurechnung. Das Gewollt-Sein des Tatbestandes kann, muß aber nicht zu den Unrechtsmerkmalen gehören. Wo die Norm auch den ungewollten Tatbestand gebietet oder verbietet — z. B. bei Fahrlässigkeitsdelikten — erfolgt die Zurechnung auch ohne den Bestand eines Willens im Sollsubjekte, obgleich das Subjekt (psychisch) nicht gewollt hat, ja gerade weil es hätte etwas wollen sollen, weil es aber nicht gewollt hat. Denn die Zurechnung erfolgt immer nur auf Grund der positiven Norm! Überhaupt wird ein bestimmter äußerer Erfolg jemandem nicht deshalb zugerechnet, weil (im Sinne eines Erkenntnisgrundes) er so gehandelt und durch sein Handeln den fraglichen Erfolg bewirkt oder weil er den anderweitig verursachten Erfolg nicht verhindert hat, sondern deshalb, weil er im ersten Falle entweder so hat handeln sollen (Zurechnung zum Verdienst) oder weil er die Handlung hat unterlassen sollen (Zurechnung zur Schuld), im zweiten Falle aber, weil er den Erfolg hat verhindern oder nicht verhindern sollen. Es ist irreführend und falsch, zu sagen, jemand werde belohnt oder bestraft, weil er sich irgendwie verhalten habe; vielmehr wird er nur darum bestraft, weil er nicht tun oder unterlassen hat sollen, was er getan oder unterlassen hat, und belohnt, weil er hat tun oder unterlassen sollen, was er getan oder unterlassen hat. Denn die Zurechnung beruht ausschließlich und allein auf dem Sollen, der Norm.

Es ist ganz und gar verfehlt, für die Zurechnung irgend ein absolutes, natürliches oder gerechtes Prinzip aufzustellen, auf Grund dessen diese Verknüpfung angeblich tatsächlich erfolgt, wie etwa der übliche Grundsatz: Zugerechnet wird nur, wenn das Zuzurechnende gewollt ist. Allein aus der Norm ist das Prinzip der Zurechnung zu holen. Darum ist es jedesmal *quaestio facti*, d. h. jedesmal muß geprüft werden, für wen und unter welchen Umständen die Norm ein Sollen statuiert. Es heißt ein ideales Postulat als geltenden Grundsatz ausgeben, wenn man irgend ein allgemeines Prinzip der Zurechnung behauptet und nicht in jedem einzelnen Falle die Zurechnung auf Grund der Norm vornimmt.

Die nähere Begründung des hier entwickelten Prinzipes rechtlicher Zurechnung ist für spätere Untersuchungen vorbehalten. Hier kommt es lediglich darauf an, die besondere Natur jener Verbindung festzustellen, die durch die Zurechnung hergestellt wird, ihre völlige Unabhängigkeit von kausaler und teleologischer Verknüpfung zu konstatieren.

Dabei muß allerdings noch mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß der Begriff der Zurechnung in dem eben dargelegten Sinne keineswegs auf das Rechtsgebiet beschränkt ist. Eine von aller kausalen und teleologischen völlig unabhängige Verknüpfung von Elementen erfolgt nicht nur auf Grund der Rechtsnormen. Vielmehr muß betont werden, daß der Begriff der Zurechnung für alle Normgebiete den gleichen akasalen oder ateleologischen Charakter trägt. Wo immer eine Zurechnung stattfindet, erfolgt sie ausschließlich auf Grund von Normen, ist jene spezifische, durch das „Soll“ hergestellte Relation zwischen Normsubjekt und Normobjekt und nicht irgend ein tatsächlicher kausaler oder teleologischer Zusammenhang das Zurechnungsprinzip. Es mag immerhin zwischen den durch die Zurechnung verbundenen Tatbeständen eine kausale oder auch eine teleologische Beziehung bestehen: doch ist es niemals diese, auf Grund deren die Zurechnung erfolgt. Dieser Auffassung widerspricht freilich die herrschende Lehrmeinung insbesondere auf dem Gebiete der Moral. Hier ist es ein ausgesprochen teleologischer Zusammenhang, der als Zurechnungsausgegeben wird. Denn hier wird unter Zurechnung üblicher Weise jenes Urteil verstanden, in welchem man eine Tat als gewollt gelten läßt. Allein diese Auffassung der sittlichen Zurechnung kann ohne grobe Fiktionen nicht aufrecht erhalten werden. Denn zunächst beschränkt sich die sittliche Zurechnung keineswegs darauf, positive Handlungen d. h. Körperbewegungen zuzurechnen, sondern als Gegenstand der Zurechnung erscheinen auch Tatbestände, die sich als kausale Folgen von Handlungen darstellen. Dann werden aber auch Tatbestände zugerechnet, die nicht als kausale Folgen einer Handlung erscheinen, bei denen die Verbindung zwischen Zurechnungssubjekt und Zurechnungsobjekt durch eine Unterlassung hergestellt wird. Wenn es nun auch bei jeder zuzurechnenden körperlichen Handlung möglich wäre, einen Willen des Subjektes anzunehmen — sofern nämlich die Körperbewegung als kausale Wirkung der Willensaktion erscheint — so muß doch schon bei der ethischen Zurechnung weiterer Tatbestände, die erst durch eine Körperbewegung herbeigeführt werden, die Möglichkeit einer Zurechnung ohne psychischen Willensakt des Subjektes zugegeben werden. Denn wenn zum Willen die Vorstellung eines künftigen Erfolges gehört — m. a. W. also Voraussicht, — dann wäre, rechnete man wirklich nur den gewollten Erfolg zu, eine Zurechnung überall dort ausgeschlossen, wo der Erfolg des Handelns aus irgend welchen Gründen tatsächlich nicht vorausgesehen, daher auch nicht gewollt wurde. Dem ist jedoch tatsächlich nicht so! Beim Prozesse der Zurechnung fragt es sich nämlich niemals, ob der zuzurechnende Erfolg (der Einfachheit halber sei nur an den normwidrigen

Tatbestand gedacht) auch tatsächlich vorausgesehen d. h. gewollt wurde, sondern lediglich, ob er hatte vorausgesehen und verhindert werden sollen. Wer ein Versprechen nicht einhält, weil er daran vergißt, verhält sich unsittlich d. h. ihm wird Wortbruch und des weiteren die eventuelle Schädigung des Kontrahenten zugerechnet, obgleich er diese Schädigung wie den Wortbruch nicht wollte, auch nicht voraussah; er handelt unsittlich, weil er an das Versprechen eben nicht hätte vergessen sollen, was dasselbe heißt wie: daß er das Versprechen erfüllen sollte. Unrichtig ist, daß ihm deshalb zugerechnet werde, weil er hätte sich erinnern können oder nicht vergessen müssen. Denn da er vergessen hat, mußte er vergessen, konnte er nicht anders. Ein Tatbestand wird zugerechnet, weil er resp. sein kontradiktorischer Gegensatz gesollt, nicht weil er gewollt war. Aus der Norm, nicht aus der Seele des Zurechnungssubjektes ist das Zurechnungsprinzip zu holen. Ist daher in irgend einem Falle ein psychisches Moment Voraussetzung der Zurechnung, so ist dies nur deshalb und nur soferne der Fall, als die Norm ein solches enthält, d. h. soferne das Normobjekt unter seinen Tatbestandsmerkmalen ein solches psychisches Moment wie Wollen oder Wissen aufweist. So, wenn die Norm lautet: Du sollst nicht mit Absicht töten. Auf Grund dieser Norm kann der Tod eines Andern irgend jemandem nur dann zugerechnet werden, wenn das Tatbestandsmerkmal der Absicht gegeben ist. Allein auch hier erfolgt die Zurechnung nicht, weil eine Absicht oder ein Wille des Subjektes vorliegt, — ebensowenig könnte man sagen: die Zurechnung erfolgt, weil ein Mensch getötet wurde, denn Tod des einen und Absicht des andern sind formal gleichgeordnete Bestandteile des Normobjektes, Tatbestandsmerkmale, die Absicht wird selbst ebenso zugerechnet wie der Tod d. h. nur zusammen mit dem Tod zugerechnet, — sondern die Zurechnung erfolgt, weil das Subjekt nicht mit Absicht töten sollte. Es wäre ein Irrtum zu glauben, daß alle Normen — oder auch nur alle sittlichen Normen — derartige psychische Momente enthalten. Der soziale Charakter der Moral ließe das nicht zu. Es wäre dem Leichtsinne, der Fabrlässigkeit Tür und Tor geöffnet. Auch die sittlichen Normen verbieten einen äußeren Tatbestand nicht bloß, soferne er wirklich vorausgesehen und gewollt wurde; vielmehr fordern sie dieses Voraussehen und Wollen oder Nichtwollen selbst, so daß Nichtvoraussehen und Nichtwollen nicht nur eine Zurechnung nicht aufheben, sondern selbst zugerechnet werden. „Er hat nicht vorausgesehen und daher nicht gewollt, was verboten ist“, das kann keine Rechtfertigung sein, wenn er eben hätte voraussehen und verhindern wollen sollen.

Wenn dennoch Zurechnung und Wille in einen regelmäßigen

Konnex gebracht werden, wenn das Zugerechnete stets das Gewollte sein soll, wenn der Wille als Wesen der Persönlichkeit gilt und wiederum Persönlichkeit Zurechnungsfähigkeit bedeutet, sofern Zurechnungssubjekt und Persönlichkeit zusammenfallen, so weist dies auf eine eigentümliche und besondere Bedeutung des Terminus „Wille“ hin, die mit jener des psychologischen Begriffes nicht übereinstimmt. Durch diese hier bloß angedeutete Möglichkeit eines Willensbegriffes, dem selbständige, von der psychologischen verschiedene Bedeutung zukommt, mag vielleicht auch die Tendenz zu jener Identifizierung von Sollen und Wollen gerechtfertigt werden, die allenthalben zu konstatieren ist, mag schließlich auch der unbegreifliche Widerspruch seine Lösung finden, der den Willen psychologisch als kausal gebunden, ethisch und rechtlich aber als frei erscheinen läßt. Die Untersuchung dieses Willensbegriffes, der insbesondere für die Terminologie der Rechtswissenschaft die größte Bedeutung hat, ist dem folgenden Buche vorbehalten.

Der Begriff der Zurechnung ist nicht nur für das Gebiet von Sitte und Recht von Bedeutung, auch im Bereiche der Wirtschaft findet er seine Geltung. Allerdings hat erst in neuerer Zeit das Problem der wirtschaftlichen Zurechnung wissenschaftliche Erörterung gefunden.

Da alle Zurechnung nur auf Grund von Normen erfolgen kann, muß auch die sogenannte wirtschaftliche Zurechnung auf irgend welche Normen zurückzuführen sein, wenn anders der fragliche Terminus auch hier in jenem besonderen und eigentlichen Sinne gebraucht wird, in dem er zur Bezeichnung einer von kausaler und teleologischer völlig verschiedenen normativen Verknüpfung von Elementen dient. Damit soll hier keineswegs die Frage aufgeworfen werden, ob Nationalökonomie eine normative oder eine explikative Disziplin sei. Hier sollen lediglich jene Gedankenoperationen untersucht werden, die man als wirtschaftliche Zurechnung bezeichnet hat, und die Normen aufgezeigt werden, auf Grund deren sie erfolgen. Ob diese Normen als spezifisch wirtschaftliche Normen gelten oder sich als Normen anderer Art erweisen, ob ferner die Zurechnungsoperation der spezifischen Erkenntnismethode der Nationalökonomie entspricht oder ob der Begriff wirtschaftlicher Zurechnung anderer als rein wirtschaftstheoretischer Natur ist, muß hier dahingestellt bleiben. Worauf es allein ankommt, ist der Nachweis, daß es auf dem Gebiete der Wirtschaft eine Zurechnung gibt, die eine der rechtlichen und ethischen Zurechnung dem Wesen nach gleiche ist.

Das Problem der wirtschaftlichen Zurechnung ist in präziser Form zuerst im Bereiche der sozialistischen Lehren aufgetreten. Es gipfelt

in der Frage, in welcher Weise der wirtschaftliche Ertrag auf die drei Produktionsfaktoren Land, Kapital und Arbeit aufzuteilen sei. Da kein Produktionsmittel für sich allein einen Ertrag hervorbringen kann und jedes Produkt durch die Zusammenwirkung mehrerer Faktoren entsteht, wird eine Regel gesucht, die aussagt, welcher Anteil am Ertrage den Produktionsfaktoren zukommt.

Es bedarf kaum besonderer Argumente, um darzutun, daß vom Standpunkte einer explikativ-kausalen Betrachtung der tatsächlichen Produktionsvorgänge das fragliche Problem unlösbar, richtiger gesagt: daß die Problemstellung eine verkehrte ist. Es geht nicht an, den kausalen Erfolg, der das Resultat mehrerer gemeinsam zusammenwirkender Ursachen ist, ganz oder teilweise einer dieser Ursachen allein zuzurechnen. Treffend bemerkt WIESER¹⁾: „So angesehen kommt man nicht über den Satz hinaus, daß der Erfolg das gemeinsame Erzeugnis aller seiner Urheber und Ursachen ist, die verbunden wirken müssen oder gar nichts bewirken können“ Gibt man aber zu, daß eine auf den kausalen Zusammenhang gerichtete, Erklärung bezweckende Betrachtung des tatsächlichen Geschehens das Problem der Zurechnung nicht lösen kann oder, präziser formuliert, daß es für eine derartige Betrachtung kein Problem der Zurechnung gibt, dann ist — eine Konsequenz, die WIESER, ein Hauptvertreter der wirtschaftlichen Zurechnungslehre, allerdings nicht zieht — damit implicite zugegeben, daß die Stellung und Lösung des Problems nur vom Standpunkte einer normativen Betrachtung aus denkbar ist. Eine dritte Möglichkeit, die Tatsachen der Wirtschaft wissenschaftlich zu erfassen und miteinander zu verbinden ist logisch nicht möglich.

Nun ist es bekanntlich gerade die sozialistische Wirtschaftstheorie, die sich nicht darauf beschränkt festzustellen, was an wirtschaftlichen Vorgängen tatsächlich sich ereignet, und wie diese Vorgänge miteinander — kausal natürlich — zusammenhängen, m. a. W. wie sie zu erklären sind, sondern sich auch — sei es nun bewußt oder unbewußt — zugestandener- oder nichtzugestandenermaßen — mit der Frage beschäftigt, was im Bereiche der Wirtschaft geschehen soll, damit ein gerechter oder entsprechender Zustand erzielt werde. Ja, die Vermutung liegt nahe, daß die erstere, die kausal-explikative Betrachtung (historisch und psychologisch genommen) innerhalb der Theorie des wissenschaftlichen Sozialismus insofern nur eine sekundäre Bedeutung hat, als ihre Ergebnisse dem Zwecke dienen, den Inhalt, das Substrat für geeignete Normen des wirtschaftlichen Verhaltens zu gewinnen, so wie die biologische Betrachtung des menschlichen Organismus der Medizin

1) Der natürliche Wert. Wien 1889 S. 73.

dazu dient, diätetische Regeln, also Normen für ein gesundheitsförderliches Verhalten zu produzieren.

Es ändert an dem logisch-methodologischen Charakter des wissenschaftlichen Sozialismus nicht das geringste, wenn er behauptet — und diese Behauptung auch richtig wäre — daß seine wirtschaftlichen Postulate nichts anderes zum Inhalte haben, als was sich auf Grund der gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnisse in der Zukunft mit kausaler Notwendigkeit ergeben müsse. Denn es bleibt dabei, daß er etwas, was nicht ist, aber möglicherweise sein wird, als gesollt statuiert, daß er an den wirtschaftenden Menschen Postulate stellt, oder mit andern Worten wirtschaftliche Normen anerkennt. Seine Betrachtung ist, sofern sie sich nicht auf das tatsächliche Geschehen und dessen Erklärung beschränkt, sondern einen Idealzustand ins Auge faßt, eine normative. Nur sofern dasjenige, was angeblich kausal notwendig eintreten wird, nach Ansicht der Sozialisten auch eintreten soll, und nicht sofern es kausal notwendig eintreffen muß, wird es zum Maßstab und zur Kritik des Gegenwärtigen, und nur sofern es unter dem Gesichtspunkt des Sollens steht, ist begreiflich, daß an der Herbeiführung desselben, an der Verwirklichung des Ideals praktisch gearbeitet wird, ja diese praktische Arbeit als Pflicht gilt, wo doch die Erkenntnis, daß es naturnotwendig geschehen muß, all dies überflüssig machte.

Nur der normative Charakter der Betrachtung des wissenschaftlichen Sozialismus oder eines Teiles desselben erklärt die Tatsache daß gerade hier das Problem der Zurechnung aufgeworfen und ohne sonderliche Schwierigkeit auch gelöst wurde. Die sozialistischen Theoretiker zögern nämlich nicht, den vollen wirtschaftlichen Ertrag, das ganze Produkt einem einzigen der drei Produktionsfaktoren zuzurechnen; und dieser Produktionsfaktor ist bekanntlich die Arbeit.

Es ist ein vergebliches Bemühen, dieses Ergebnis „wissenschaftlich“, d. h. von einem kausal-explikativen Standpunkte zu rechtfertigen. In Wahrheit ist dieses Zurechnungsurteil nichts anderes als die Verknüpfung zweier Elemente, deren Verbindung schon vorher durch das „Soll“ einer wirtschaftlichen Norm hergestellt wurde, jener Norm, die der wissenschaftliche Sozialismus unter dem Schlagworte „Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag“ statuiert oder anerkennt! Das Urteil: Das ganze Produkt ist nur dem Produktionsfaktor Arbeit zuzurechnen, bedeutet nichts anderes als die Norm: Der Arbeiter soll den ganzen Ertrag der Arbeit (wie er nur durch Zusammenwirken mit Kapital und Land kausal bewirkt wird) allein erhalten. Zurechnungsurteil und Norm sind hier geradezu identisch. Was in Form

eines Zurechnungsurteils auftritt, ist das gleiche wie die Norm: eine Vorschrift für gerechte Ertragsaufteilung.

Was diese wirtschaftliche Zurechnung von den bisher behandelten Fällen sittlicher und rechtlicher Zurechnung unterscheidet, ist der Umstand, daß es sich nicht wie bei diesen letzteren bisher ins Auge gefaßten Fällen um Zurechnung zur Pflicht, sondern um Zurechnung zum Rechte handelt. In der Norm: der Arbeiter soll den vollen Arbeitsertrag erhalten, ist das grammatische Satzsubjekt offenbar nicht in demselben Sinne Soll- oder Normsubjekt, wie etwa in der Norm: der Soldat soll tapfer sein. Nicht der Arbeiter „soll“ etwas in dem Sinne, daß er dazu verpflichtet ist, der Arbeiter ist vielmehr berechtigt. Ein Pflicht-Norm- oder Sollsubjekt kommt in der erwähnten wirtschaftlichen Norm tatsächlich nicht zum Vorschein; doch kann es keinem Zweifel unterliegen, an wen diese Norm gerichtet ist: An die Gesellschaft, d. h. an alle anderen Subjekte ausschließlich des in der Norm bezeichneten Arbeiters. An diese ergeht in der Norm die Anforderung, dem Arbeiter den vollen Arbeitsertrag zu überlassen, ihm den Arbeitsertrag zuzuteilen oder doch nicht wegzunehmen. Die Pflicht der andern ist gleichbedeutend mit dem Rechte des einen.

Die allgemeine grammatische Möglichkeit, nicht nur den Verpflichteten, sondern auch den Berechtigten als Subjekt eines Sollens erscheinen zu lassen, hat tiefere Bedeutung, als es auf den ersten Blick scheinen mag; denn offenbar besteht eine ganz analoge Verbindung zwischen dem, wozu man berechtigt ist, dem Rechtsobjekt, und dem Berechtigten, dem Rechtssubjekte, wie sie zwischen dem Soll- oder Pflichtobjekte und dem Soll- oder Pflichtsubjekte besteht. Denn auch diese erstere Verbindung wird durch eine Norm hergestellt und auf dieser Norm beruht die Zurechnung, durch die irgend etwas als Recht mit irgend jemand verknüpft wird: die Zurechnung zum Rechte. Es ist eine dem Juristen bekannte Tatsache, daß man denselben Sachverhalt, den man als Recht des einen ausdrückt, auch als Pflicht des andern darstellen kann. Jemand hat ein Recht darauf, ist gleichbedeutend: ein anderer ist dazu verpflichtet, d. h. soll. Die Zurechnung zum Berechtigten erfolgt auf Grund derselben Norm, wie die Zurechnung zum Verpflichteten, so daß man die Norm unter Umständen mit zwei Subjekten, einem äußeren, dem Pflichtsubjekte, und einem inneren, dem Rechtssubjekte, denken kann. Doch muß man sich stets vergegenwärtigen, daß auch die Verbindung, derzufolge zwischen Subjekt und Objekt das Verhältnis des Rechtes besteht, eine normative, eine Sollverbindung ist, wenn auch nur eine mittelbare Sollverbindung, gleichsam durch die primäre, zwischen Pflichtsubjekt und -objekt hergestellte. Denn man ist nur insofern zu etwas berechtigt,

als ein anderer dazu verpflichtet ist. So ist das Eigentumsrecht das Recht auf Unterlassung von Eingriffen seitens aller anderen, d. h. aber nichts anderes als die Pflicht, das Sollen aller anderen, diese Eingriffe zu unterlassen.

Die wirtschaftliche Norm, die da lautet: der Arbeiter hat das Recht auf den vollen Arbeitsertrag, oder: der Arbeiter soll den vollen Arbeitsertrag erhalten, ist nur eine Transformation der Norm: die Gesellschaft soll dem Arbeiter den vollen Arbeitsertrag überlassen. Die Gesellschaft ist hier das äußere Norm- oder Sollsubjekt, m. a. W. das Pflichtsubjekt, der Arbeiter das innere Norm- oder Sollsubjekt m. a. W. das Rechtssubjekt, der volle Arbeitsertrag aber das Soll-objekt und zwar Pflicht- und Rechtsobjekt zugleich. Worauf es im wesentlichen ankommt, ist die Tatsache, daß auch die Rechtsverbindung ebenso wie die Pflichtverbindung eine normative, daß die Zurechnung zum Recht ebenso wie die Zurechnung zur Pflicht von der kausalen oder teleologischen Verknüpfung wesensverschieden ist. Allerdings — und das muß in diesem Zusammenhange schon erwähnt werden — hat man auch die Verbindung des Rechtssubjektes mit dem Rechtsobjekte — ebenso wie die zwischen Pflichtsubjekt und Pflichtobjekt, wie überhaupt die zwischen Zurechnungssubjekt und Zurechnungsobjekt — als eine teleologische insofern aufzuzeigen versucht, als man das subjektive Recht als Wille (im psychischen Sinne) oder Interesse zu erkennen glaubte, so daß dasjenige, wozu man berechtigt ist, als Gegenstand des Willens oder des Interesses, also als Zweck erschien; allein diese Auffassung ist ebenso fiktionaler Natur wie jene, welche die Zurechnung stets auf einen psychologischen Willen des Subjektes führt, mit der sie innig zusammenhängt. Ihre ausführliche Analyse und Widerlegung wird diese Auffassung wenigstens für das Rechtsgebiet bei der Untersuchung des subjektiven Rechtsbegriffes erhalten.

Daß die wirtschaftliche Zurechnung zur „Arbeit“, also zu einem Vorgange und nicht zum Arbeiter geht, ist an und für sich nicht etwa unmöglich und bloß eine ungenaue Ausdrucksweise. Die Zurechnung muß nicht notwendig ihrem innern Wesen nach zum Menschen gehen. Was Zurechnungssubjekt ist, richtet sich nach der Norm, auf Grund deren die Zurechnung erfolgt, und die Norm kann sich — wie früher bereits ausgeführt — nicht nur an Menschen wenden. Zwar ist es zweckmäßig, den Menschen zum Normsubjekt zu machen, und speziell die wirtschaftliche Norm, auf Grund deren die wirtschaftliche Zurechnung erfolgt, dürfte wohl als Subjekt den Arbeiter im Auge haben. Die Zurechnung zur Arbeit bedeutete die Personi-

fikation eines Naturvorganges. Allein man verschließe sich nicht der Erkenntnis, daß auch der Mensch erst durch die Zurechnung zur Person wird, und daß auch hier nur durch die Zurechnung eine Summe von natürlichen, physikalischen, chemischen und psychischen Prozessen personifiziert, d. h. zu einer normativen Einheit erhoben wird. Denn die organisch-teleologische Einheit „Mensch“ ist keineswegs an und für sich identisch mit „Person“. Nur als Zurechnungs-subjekt ist der Mensch Person; darum ist durchaus nicht jeder Mensch Person und darum gibt es Personen die keine Menschen sind; so zeigt uns als Beispiel für letztere die Jurisprudenz die Person des Staates, die Ethik die Person Gottes. Nur die irrige, den normativen mit dem psychologisch-explikativen Standpunkt verwechselnde Anschauung, welche Zurechnung und psychologischen Willen und daher letzteren mit dem Begriff der Person in Konnex bringt, hat die unheilvolle Identifizierung von Wille, Mensch und Person auf dem Gewissen, die zu den künstlichsten Fiktionen zwang. Auch davon wird in den folgenden Untersuchungen näher zu handeln sein.

Wenn die „bürgerliche“ Nationalökonomie die Stellung und Lösung des Zurechnungsproblems, so wie beides seitens der sozialistischen Theorie erfolgt, ablehnt, so geschieht dies wegen des normativen Charakters dieser Theorie. Die bürgerliche Nationalökonomie sieht bei ihrer auf Erklärung des Wirtschaftslebens gerichteten Betrachtung von irgendwelchen an die wirtschaftenden Menschen gerichteten Normen der Gerechtigkeit ab. Wenn aber die streng explikative Wirtschaftsforschung trotzdem etwas wie eine wirtschaftliche Zurechnung kennt, ein Problem dieses Namens und dessen Lösung von ihren methodischen Voraussetzungen aus zugibt, so muß hier der Terminus „Zurechnung“ eine völlig andere Bedeutung haben, als jene ist, die ihm als sittliche, rechtliche und auch als wirtschaftliche Zurechnung im sozialistischen Sinne zukommt. Hier ist nicht der Ort, die Berechtigung dieser Terminologie zu prüfen, auch kein Anlaß dazu, den Inhalt jener Lehren zu untersuchen, die für die wirtschaftliche Zurechnung im nicht-sozialistischen Sinne aufgestellt wurden. Nur auf das Folgende möge kurz aufmerksam gemacht werden.

Wenn die Wirtschaftstheorie von der Tatsache ausgeht, daß die Wirtschaftspraxis den produktiven Ertrag tatsächlich auf die einzelnen Produktivfaktoren aufteilt und zur Erzielung praktischer Resultate aufteilen muß, daß sich also die Wirtschaftspraxis keineswegs mit der vom streng kausalen Standpunkte einzig möglichen Erkenntnis begnügt, daß der ganze Ertrag eine Wirkung aller verursachenden Faktoren sei und daher einem einzelnen Faktor als einer Mitursache nicht ein Teil des bewirkten Ertrages oder gar das ganze „zuge-

rechnet“ werden könne, wenn die Theorie, von dieser Tatsache ausgehend, sich für verpflichtet hält, die präzise Zurechnungsregel für die tatsächlich geübte Aufteilung des Produktionsertrages aufzusuchen¹⁾ und eine solche Zurechnungsregel finden zu können glaubt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Resultat einen wesentlich anderen Charakter haben muß, als alles, was bisher unter dem Begriffe der Zurechnung zusammengefaßt wurde. Wie es außerhalb des Rahmens dieser Untersuchungen fällt, dieses Resultat zu überprüfen, so muß hier auch die Frage dahingestellt bleiben, ob jener von der kausal-explikativen Wirtschaftstheorie aufzudeckende Zusammenhang zwischen Produktionsfaktoren und Produktionsertrag eben dieselbe Bezeichnung verdient, die für die akausale, ateleologische, spezifisch normative Verknüpfung von Elementen üblich ist.

Die Erkenntnis, daß die normative Betrachtung keineswegs eine auf den Zweck gerichtete, d. h. teleologische ist, gibt auch eine Direktive für die Lösung der prinzipiellen Frage, ob Rechtsbegriffe Zweckbegriffe sein können. Erst in neuerer Zeit ist man sich dieses Grundproblems bewußt geworden und hat erörtert, ob das Zweckmoment ein konstituierendes Merkmal jener Begriffe sein dürfe, welche die Rechtswissenschaft auf Grund der positiven Rechtsordnung konstruiert. Zwar ist das Problem noch nicht im Zusammenhange mit der ganzen juristischen Methode zu lösen versucht worden²⁾; die Autoren, die sich überhaupt zu einer Stellungnahme in methodologischen Dingen für verpflichtet erachten, beschränken sich entweder darauf, bei dem einen oder anderen Rechtsbegriffe die Aufnahme des Zweckmomentes ohne tiefere Begründung abzulehnen oder das Zweckmoment ohne besondere Rechtfertigung zu verwenden. Insbesondere haben z. B. die Vertreter der sogenannten organischen Staatstheorie den Staatsbegriff wie überhaupt den Korporationsbegriff unabhängig vom Zwecke konstituieren zu müssen geglaubt. So GIERKE³⁾ und SEIDLER⁴⁾; auch PREUSS hat in seiner

1) Vgl. WIESER a. a. O. S. 70 ff.

2) Nur bei PREUSS, Zur Methode der juristischen Begriffskonstruktion, in SCHMOLLERS Jahrb. f. Gesetzgeb. 1900, S. 359 ff. wird die Frage überhaupt im Zusammenhange erörtert.

3) Vgl. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887. S. 611. Vgl. insbesondere auch PREUSS, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Berlin 1889, S. 153 und S. 79 ff. „Für uns ist kein Anlaß, in dieser Allgemeinheit zu der Frage Stellung zu nehmen. Speziell für die Konstruktion des Staatsbegriffes halten wir jedenfalls mit LABAND den Zweck für ein völlig unbrauchbares Moment, wenigstens sofern man von moderner wissenschaftlicher Anschauung ausgeht.“

4) Das juristische Kriterium des Staates. Tübingen 1905, S. 10: „Unter dem

ausgezeichneten Studie über die Methode der juristischen Begriffskonstruktion sich mit allem Nachdrucke gegen die Verwertung des Zweckmomentes bei der juristischen Begriffsbildung gewendet, indem er erklärt, es verwandle „überall und immer die Anwendung des Zweckmomentes jeden staatsrechtlichen Begriff in einen politischen“¹⁾, und für das ganze Gebiet juristischer Konstruktion den Grundsatz ausspricht: „Das Zweckmoment löst jeden juristischen Begriff in flüssiges Wachs auf“²⁾. Gerade auf seiten der organischen Theorie muß einen allerdings diese Ablehnung des Zweckmomentes auf den ersten Blick Wunder nehmen, da deren spezifische, den Staatswillen als Realität erfassende, der naturwissenschaftlichen verwandte organische Betrachtungsweise eher das Gegenteil vermuten ließe, zumal doch die Begriffe des Organs, des Organismus und des Organischen nur als Zweckbegriffe denkbar sind³⁾. Viel konsequenter müßte dagegen eine Opposition gegen das Zweckmoment als konstituierendes Begriffsmerkmal bei einer der organischen entgegengesetzten Staats- und Rechtskonstruktion erscheinen. Allein gerade hier ist, wie PREUSS treffend hervorhebt, „der Zweck in tausendfacher Gestalt das \mathcal{A} und Ω dieser neueren spekulativen Schule“, als deren typischer Vertreter JELLINEK⁴⁾ gelten kann. Doch ist in diesem

Einfluß der IHERINGSchen Zwecktheorie haben ROSIN und BRIE den Zweck als das bei der Begriffsbestimmung der öffentlich rechtlichen Gemeinwesen entscheidende Moment bezeichnet Allein als juristisches Kriterium ist der Zweck einer Organisation nicht verwendbar, weil die wirklich erfüllten Aufgaben derselben sich in der Regel mit den ihr begrifflich gestellten nicht decken.“

1) a. a. O. S. 370. 2) a. a. O. S. 369.

3) Vgl. JELLINEK, Allg. Staatslehre, 2. Aufl. S. 195.

4) Allerdings ist auch die Stellung dieses Autors keine vollständig eindeutige. So sagt JELLINEK, Gesetz und Verordnung 1887, S. 192: „Sowenig aber eine vollendete Anschauung vom Staate möglich ist ohne einen Begriff von seinem Ursprunge und Zwecke, so wenig sind diese Begriffe zu verwenden zu einer Erkenntnis der rechtlichen Natur des Staates. Nicht den Staat in seiner Totalität hat die Rechtswissenschaft zu erforschen. Nur die äußeren Verhältnisse der Persönlichkeiten zu einander fallen in das Gebiet des Rechtes. Deshalb bedarf die Jurisprudenz formeller Merkmale, um an ihnen das zu erkennen, was sie als Staat betrachten soll“. Und in einer Anmerkung (*) fügt er erläuternd hinzu: „Der Zweck ist gewiß der ‚Schöpfer des Rechtes‘. Aber es ist ein methodisch logischer Fehler, den Schöpfer mit dem Geschöpf zu confundieren. In welche vage Allgemeinheiten man durch Aufnahme des Zweckmomentes in eine juristische Begriffsbestimmung gerät, hat ROSIN S. 27, 28 (Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, HIRTS Annalen des Deutschen Reiches 1883, Sep. Abdr.) gezeigt.“ Dagegen hat JELLINEK in seinem „System der subjektiven öffentlichen Rechte“, 2. Aufl. 1905, im vollen Gegensatze zu seiner eben entwickelten Anschauung das Zweckmoment als Kriterium der Rechtsbegriffe insbesondere im Staatsrechte akzeptiert.

wichtigen Punkte der Gegensatz zwischen organischer und anorganischer Theorie keineswegs ein vollständiger. Denn LABAND, neben JELLINEK der erste Begründer der letzteren Richtung, von dem JELLINEK gerade in methodischer Hinsicht ausgegangen ist, verwirft ziemlich unzweideutig das Zweckmoment als juristisches Konstruktionsmittel. In der bekannten Polemik gegen BRIE, der den Zweck als das für den Begriff des Staates wesentliche Kriterium hinstellt¹⁾, sagt

Vgl. a. a. O. S. 12 ff., 23 ff. Am schärfsten widersprechen aber den oben zitierten Ausführungen die folgenden Sätze, die JELLINEK a. a. O. S. 38 im Zusammenhange einer sehr treffenden Polemik gegen die organische Staatstheorie äußert, die mit einem ateleologischen Organbegriff operieren zu können glaubt: „Wenn das Ganze keinen Zweck für die Glieder hat, wie sind politische Parteien, die doch bestimmte Zwecke durch den Staat erreichen wollen, überhaupt nur denkbar; wie kann man dann über Regierung und Verwaltung eines Staates ein Urteil fällen? Ist der Staat begrifflich zwecklos, dann hat die innere Politik Rußlands und Englands den gleichen Wert oder vielmehr Unwert, da der Wertbegriff ein durchaus teleologischer ist.“ Daran kann freilich nicht gezweifelt werden, daß der Staat einen Zweck hat, genauer: teleologisch betrachtet werden kann. Allein fraglich ist nur, ob diese Art der Betrachtung zum Rechtsbegriffe des Staates führt. Und tatsächlich sind die Momente, die JELLINEK in diesem Zusammenhange hervorhebt, ausschließlich politischer und nicht juristischer Relevanz. Daß ein Verständnis für die Tätigkeit der politischen Parteien, daß ein Werturteil über einen konkreten Staat nur von einem teleologischen Standpunkte aus möglich ist, ist selbstverständlich. Darum kann der Staat aber „begrifflich“ d. h. als Rechtsbegriff „zwecklos“ sein, d. h. in dem Rechtsbegriff des Staates kann das Zweckmoment fehlen. Eine Bibliothek kann zweifellos einen Zweck haben, sie wird gewiß zu irgend einem Zwecke geschaffen werden; trotzdem entbehrt die Begriffsdefinition derselben: „eine geordnete, örtlich vereinigte Vielheit von Büchern“, jedes Zweckmomentes. JELLINEK wendet sich dann besonders gegen den Versuch von PREUSS, das Zweckmoment aus den staatsrechtlichen Begriffen zu eliminieren, und zwar mit Worten, die kaum mit seinen oben zitierten Ausführungen in Einklang zu bringen sind: „Und nun gar die Elimination des Zweckes „des Schöpfers des ganzen Rechtes“ aus dem Staatsrechte, das dadurch einfach unverständlich wird.“

Es ist übrigens bezeichnend, daß auch Vertreter der organischen Staatstheorie gelegentlich das Zweckmoment als konstituierendes Merkmal der Rechtsbegriffe verwenden. So vor allem GIERKE, auf den sich zwar PREUSS, Gemeinde, Staat, Reich etc. bei seiner ateleologischen Konstruktion beruft, den dagegen JELLINEK (Gesetz und Verordnung, S. 192) mit demselben Rechte neben ROSIN und BRIE unter jenen Theoretikern anführt, die „dem Zweckmomente im Staatsbegriffe juristische Bedeutung“ vindizieren. GIERKE sagt nämlich: LABANDS Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in SCHMOLLERS Jahrb. für Gesetzgebung, Neue Folge, Bd. III, S. 1195: „Seinen (ROSINS) Ausführungen, daß der Zweck eines Gemeinwesens ein Rechtsbegriff und dessen konkrete Bestimmung ein wesentliches Element der körperschaftlichen Rechtspersönlichkeit ist, stimme ich vollkommen bei.“

1) Theorie der Staatenverbindungen. Breslau 1886.

LABAND¹⁾: „Prinzipiell muß nun bestritten werden, daß man das wesentliche Kriterium eines Rechtsinstitutes in dem Zwecke desselben erblicken kann. Der Zweck liegt außerhalb der Einrichtung, durch welche er realisiert werden soll; er liegt jenseits der begrifflichen Grenzen des Mittels, durch welches er erreicht werden soll. Der Zweck ist subjektiv verstanden die Absicht, objektiv genommen die Wirkung, welche durch eine Einrichtung realisiert werden soll²⁾, beziehentlich hervorgebracht wird, aber kein Teil dieser Einrichtung selbst. So nützlich es für das Verständnis eines Rechtsinstitutes sein kann, sich darüber klar zu werden, welchen Zwecken es dient, so unzulässig ist es, die Frage nach dem Wesen eines Rechtsinstitutes damit abzufertigen, daß man den Zweck desselben angibt. Seit IHERING es für erforderlich erachtet hat, ausführlich darzutun, daß die Rechtsinstitute nicht um ihrer selbst willen oder zum Zeitvertreibe der Juristen da sind, sondern praktischen Bedürfnissen entstammen und vernünftigen Zwecken dienen, scheint es zur Mode geworden zu sein, den Blick in die Ferne, nach dem „Zweckmoment“ schweifen zu lassen und darüber das Rechtsinstitut selbst aus den Augen zu verlieren. Die Aufgabe, die begrifflichen Elemente des Kaufes, des Darlehens, der Sozietät, der Hypothek u. s. w. zu ermitteln, ist weit verschieden von einer Betrachtung der Zwecke, denen diese Institute dienen können. Es ist nicht nur möglich, daß ein und dasselbe Rechtsinstitut zu sehr verschiedenen Zwecken verwendet wird, sondern ebenso, daß man zur Erreichung desselben Zweckes sich verschiedener Rechtsinstitute erfolgreich bedienen kann und endlich, daß man trotz der Verwendung des geeigneten Rechtsinstitutes den Zweck nicht erreicht. Man kann die wesentlichen Merkmale eines jeden Rechtsbegriffes präzise und vollständig feststellen, ohne ein Wort über den Zweck des Rechtsinstitutes hinzuzufügen; man kann z. B. eine exakte Definition der Hypothek geben, ohne die Bemerkung beizufügen, daß sie zur Sicherung einer Forderung dient, und man kann ebenso eine juristisch vollkommene Definition des Monarchen, des Gesetzes, der Disziplinarstrafe geben, ohne sich in eine Erörterung über die Zwecke dieser Institutionen zu verlieren. Wenn man aber sich

1) Archiv für öffentliches Recht. II. Bd., 1887, S. 317.

2) Dieses „soll“ ist ungenau. Wie das „wird“ der Wirkung (Zweck im objektiven Sinne), entspricht das „soll“ der Absicht (Zweck im subjektiven Sinne); an seine Stelle gehört also ein: „will“; der Satz müßte ganz korrekt lauten: „Der Zweck ist subjektiv verstanden die Absicht, welche man durch eine Einrichtung realisieren will, objektiv genommen, die Wirkung, welche durch eine Einrichtung hervorgerufen wird. Nur so kann die in der Sprache übliche, auch von LABAND trotz richtiger Erkenntnis des Wesens des Zweckes nicht vermiedene, höchst irreführende Identifizierung von Sollen und Wollen ausgeschlossen werden.

darauf beschränkt, jemandem zu sagen, die Hypothek sei ein Recht, welches die Sicherung von Forderungen bezweckt, oder die Monarchie sei eine Einrichtung, um die Festigkeit der staatlichen Ordnung zu sichern, so erfährt er gar nichts, was für den Rechtsbegriff von irgendwelcher Erheblichkeit wäre“. Diese ganz vorzüglichen Ausführungen LABANDS wurden nicht bloß deshalb im vollen Umfange hier wiedergegeben, weil sie den in der Literatur seltenen Fall einer im Gegenstande präzisen Fragestellung und Beantwortung darstellen, sondern auch deshalb, weil sie in ihren allerdings nicht näher begründeten Resultaten eine auffallende Übereinstimmung mit den Ausführungen eines anderen Autors aufweisen, der gerade von LABAND als der geistige Urheber und Hauptvertreter jener mit Recht bekämpften teleologischen Methode der juristischen Begriffsbildung apostrophiert wird. IHERING ist es, dem übrigens nicht nur von LABAND, sondern ganz allgemein¹⁾ die „Zwecktheorie“ zugeschrieben wird und auf den sich alle jene berufen zu können glauben, die Rechtsbegriffe als Zweckbegriffe konstruieren. Nun hat IHERING zweifellos mit seinem „Zweck im Recht“ eine streng teleologische Anschauung der Rechtserscheinung systematisch durchgeführt. Indes man kann, wie PREUSS bemerkt, „ein aufrichtiger Bewunderer IHERINGS und seines Werkes sein, ja man mag an sein Dogma vom Zweck als Schöpfer des ganzen Rechtes, wenn es richtig verstanden wird, glauben, und vor allem die Fruchtbarkeit dieser Anschauung für IHERINGS entwicklungsgeschichtliche Rechtsbetrachtung voll anerkennen, trotz alledem aber die Hineinziehung des Zweckmomentes in die juristische Begriffskonstruktion für deren Selbstauflösung halten“. Allein eben jene Betrachtung, die IHERING zu der übrigens recht naheliegenden und selbstverständlichen Erkenntnis führt²⁾, daß die Erzeugung des Rechtes — als menschliche Tätigkeit wie alle menschliche Tätigkeit — zu einem Zwecke geschieht, ist keineswegs

1) Vgl. z. B. SEIDLER, a. a. O. S. 10; PREUSS a. a. O. S. 367.

2) Da der Zweck ebenso wie die Kausa dem Satze vom Grunde unterworfen ist und IHERING überdies ausdrücklich das Zweckgesetz als psychologische Kausalität aufgefaßt wissen will, so kann man, wie STAMMLER a. a. O. S. 343 nicht mit Unrecht hervorhebt, „IHERINGS Motto, daß „der Zweck der Schöpfer des Rechtes“ sei, auch durch den Satz wiedergeben: Die als Recht ergehenden menschlichen Anordnungen haben ihre Ursachen.“ Nach der IHERINGSchen Terminologie müßte es wohl heißen: haben ihren „Grund“, da nach IHERING der „Grund“ der Oberbegriff ist, unter den Ursache und Zweck, wie unter den Satz vom Grunde das Ursachengesetz: „Kein Grund ohne Ursache“ und das Zweckgesetz, die mechanische und die psychologische Kausalität fallen. Doch ist STAMMLER völlig zuzustimmen, wenn er meint, dieser Satz sei „freilich ebenso richtig wie selbstverständlich“.

eine spezifisch-juristische, sondern eine auf das Sein, das tatsächliche Geschehen in seinem kausalen, also möglicherweise auch teleologischen Zusammenhange gerichtete, somit eine historisch-soziologische Betrachtung. Denn nur diese, nicht aber die normativ-formale, lediglich auf das Sollen gerichtete Betrachtung der Jurisprudenz kann überhaupt die „Schöpfung des Rechtes“, die Rechtswerdung, die Erzeugung des rechtlichen Sollens, dieses metajuristische Problem erfassen¹⁾. Der IHERINGSche Standpunkt, von dem aus der Zweck im Recht erblickt wird, kann niemals zu Rechtsbegriffen, sondern stets nur zu soziologischen, sei es ökonomischen oder psychologischen Begriffen führen. Allerdings hat IHERING das Zweckmoment nicht nur bei seinen soziologisch-historischen Betrachtungen berücksichtigt. Er hat es auch vielfach seiner formal-juristischen Konstruktion zu Grunde gelegt, und nicht zu Unrecht berufen sich daher die Vertreter der teleologischen Begriffsbildung in der formalen Jurisprudenz auf ihn. So hat z. B. IHERING seinen Begriff des subjektiven Rechtes, der in den späteren Untersuchungen noch näher zu prüfen sein wird, durchaus als einen Zweckbegriff konstituiert, indem er es als „Interesse“ qualifizierte, was ja nur eine andere Bezeichnung für den Zweck im subjektiven Sinne ist. Dies sagt IHERING selbst, wenn er seine Definition des subjektiven Rechtes als rechtlich geschütztes Interesse dahin erläutert²⁾: „Zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechtes konstituieren; ein substantielles, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll, und ein formelles, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält“. Dabei stellt natürlich das „Interesse“ das substantielle Zweckmoment, der Schutz das formale Element dar. In eben demselben Werke aber, in dem diese das Zweckmoment als wesentliches Begriffsmerkmal enthaltende Definition des subjektiven Rechtes, also eines Rechtsbegriffes aufgestellt wird, findet sich folgende überaus scharfe, inhaltlich ganz mit den früher zitierten Ausführungen LABANDS übereinstimmende Polemik gegen die teleologische Begriffsbildung in der Jurisprudenz³⁾:

1) PREUSS sagt a. a. O. S. 367: „Wohl steht das politische Handeln im weitesten Sinne, also auch die legislative wie die administrative Tätigkeit, unter dem Zweckgesetze; und für die Betrachtung der Rechtsentwicklung, des Rechtes in Bewegung, ist daher das Zweckmoment von größter, vielleicht von entscheidender Bedeutung; da findet es auch an der tatsächlichen Entwicklung ständig Maßstab und Korrektiv. Die juristische Begriffskonstruktion jedoch hat das in allem Wechsel der Erscheinungen Dauernde und Bleibende gedanklich zu erfassen; und hier bedeutet das Zweckmoment die souveräne Willkür des Autors“.

2) Geist des römischen Rechtes, III.1. S. 339.

3) Geist des römischen Rechtes, II.2. S. 364.

„Der Begriff erfaßt also den Körper, in dem was er ist. Allein worin liegt dies „Ist“? Man könnte meinen in dem Zweckmomente, denn die praktische Aufgabe, die er zu lösen habe, enthalte den Grund, warum er überhaupt existiere, warum er gerade so und nicht anders sei, kurz seinen logischen Schlüssel. Ich will nun allerdings nicht leugnen, daß das Zweckmoment für das (ich meine nicht bloß rechtsphilosophische, sondern auch praktisch juristische) Verständnis höchst wichtig, ja unerlässlich ist; was ich aber bestreite, ist nur, daß die juristische Theorie darnach definieren darf.“ Hier schaltet IHERING eine Anmerkung (511) ein, in der er gegen „die teleologischen Definitionen“ innerhalb der Jurisprudenz polemisiert. Als solche bezeichnet er speziell die EINERTSche Definition des Wechsels, die denselben fälschlicher Weise nach seinem praktischen Zwecke, nicht aber nach seiner „juristischen Natur“ erfasse. Der teleologischen setzt IHERING die „ontologische“ Definition als die der juristischen Methode entsprechende entgegen. Im Texte aber fährt er dann folgendermaßen fort: „Ist denn aber z. B. die Definition des Depositums und Commodates als Hingabe zum Zwecke der Aufbewahrung und Benutzung eine fehlerhafte? Gewiß nicht, aber auch nur aus dem Grunde, weil hier das Wort Zweck nur ein anderer Ausdruck für Inhalt ist. Hingabe zum Zwecke der Aufbewahrung oder Benutzung heißt hier nichts, als Hingabe mit der Verpflichtung zur Aufbewahrung, mit dem Rechte der Benutzung. Wo wir aber den Ausdruck in seinem rechten Sinne gebrauchen, meinen wir mit dem „Zweck“ des Institutes etwas dem Inhalt Entgegengesetztes, etwas Höheres, außer ihm liegendes, zu dem letzterer selbst sich nur als Mittel verhält. Ist nun aber unsere Wissenschaft nur eine Theorie der Mittel, sozusagen der materia medica, die das Recht für die Zwecke des Lebens in Bereitschaft hält, so müssen wir die Mittel nach Momenten, die ihnen immanent sind, bestimmen, ganz abgesehen davon, daß eine Bestimmung derselben nach Zwecken, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im allgemeinen unausführbar sein würde.“ Auch hier fügt IHERING eine sehr charakteristische Anmerkung (512) ein. Er sagt: „Wo sollte z. B. die Vormundschaft ihren Platz finden? Wo der Ususfruktus? Wäre der Zweck das maßgebende Moment, so müßte der Pachtkontrakt, die Emphytheusis und der Ususfruktus an Grundstücken an einer Stelle zusammengestellt werden!“ Im Texte fährt er dann fort: „Denn nicht bloß sind diese Zwecke etwas höchst unbestimmtes, schwankendes und durchkreuzen sich in einer oft unentwirrbaren Weise, ändern und wechseln ohne daß mit dem Institute selbst die geringste Änderung

vor sich geht, sondern es gibt auch eine ansehnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überhaupt gar nicht angegeben werden kann, da sie nicht einem praktischen Bedürfnis (*utilitas*) sondern nur der juristischen Konsequenz oder Notwendigkeit (*ratio iuris*) ihren Ursprung verdanken, nur existieren, weil sie nicht nicht existieren können. Definieren aber darf man nur nach Momenten, nach denen man auch klassifizieren kann. Ein Gesichtspunkt, der für die Bestimmung sämtlicher Körper oder die Systematik des Ganzen ungeeignet ist, ist es auch für die Bestimmung des Einzelnen. Wir definieren den Körper also nicht nach dem, was er soll oder was er leistet, sondern nach seiner Struktur, seinen anatomischen Momenten“.

Es soll hier nicht darauf ankommen, die in einzelnen Details unrichtigen und mitunter unklaren Ausführungen IHERINGS nachzuprüfen. Nur in Parenthese sei bemerkt, daß die von IHERING hier angenommene Gegensätzlichkeit von Zweckmoment und Inhaltsmoment nicht akzeptiert werden kann, vielmehr in den Gegensatzpaaren Inhalt und Form einerseits und Zweck und Mittel andererseits dem Inhalt der Zweck, der Form das Mittel entspricht¹⁾. IHERING selbst hat ja in seiner obenerwähnten Definition des subjektiven Rechtes das Zweckmoment, das durch das Interesse dargestellt wird, als substantiellen, d. h. aber inhaltlichen Faktor dem formalen Elemente, das im „Schutz“ repräsentiert wird, gegenübergestellt. — Worauf es hier vor allem ankommt, ist die Feststellung der Tatsache, daß IHERING an dieser Stelle fast mit den gleichen Worten das Zweckmoment aus der juristischen Begriffskonstruktion eliminiert wie LABAND, und daß die Vertreter einer teleologischen Begriffskonstruktion innerhalb der Rechtswissenschaft, bevor sie sich auf IHERING berufen, zuerst diese eklatanten Widersprüche im Systeme ihres Meisters aufklären müssen.

Die an sich gewiß unleugbare Tatsache, daß die Normsetzung zu bestimmten Zwecken geschieht, unter dem Zweckgesetze steht, m. a. W. teleologischer Natur ist, kann in keiner Weise präjudiziell sein für die Natur der auf der Norm beruhenden Begriffe, aus der Norm abgeleiteten Korollarien. Fragt man sich nicht nach dem Ursprung der Rechtsnormen, sondern setzt man dieselben voraus, so wie dies zwar nicht der Soziologe, dafür aber der Jurist tun muß, da dieser lediglich unter der juristisch nicht näher zu untersuchenden

1) Treffend PREUSS, Zur Methode der juristischen Begriffsbildung S. 370: „Der Zweck liegt niemals in der Form, sondern stets im Inhalt, der Inhalt der Rechtsinstitute ist aber niemals juristischer, sondern stets politischer, ökonomischer Natur; deshalb kann die juristische Begriffskonstruktion als solche mit dem Zweckmomente absolut nichts anfangen, sondern löst sich dadurch auf.“

Voraussetzung einer gegebenen Rechtsordnung seine Begriffe konstruieren kann, dann kommt der Zweck, zu dem die Normen erlassen wurden, ebensowenig in Betracht wie der Ursprung derselben, dann liegt auch dieser Zweck außerhalb der juristischen Begriffsbildung¹⁾.

Die Eliminierung des Zweckmomentes aus der juristischen Begriffsbildung läßt die Rechtsbegriffe nur als formale Kategorien bestehen²⁾. Die gegen eine teleologische Konstruktion gerichtete Methode der Rechtswissenschaft geht von der Voraussetzung aus, daß die Jurisprudenz nur die Form einer Erscheinung zu berücksichtigen hat, mit deren Inhalt sich die Soziologie, die historisch politischen Disziplinen zu befassen haben, einer Erscheinung, die man immerhin in ihrer Totalität als „Recht“ bezeichnen mag, wenn man sich dann nur bewußt bleibt, daß der „Rechts“wissenschaft mit ihren spezifischen Erkenntnismitteln nur eine Seite dieser „Rechts“erscheinung zugänglich ist.

Erkennt man aber, daß die Jurisprudenz die Form und nur die Form zu erfassen hat, dann darf man konsequenterweise in die Rechtsbegriffe keine anderen als formale Elemente aufnehmen. Damit ist jene Richtung innerhalb der konstruktiven Jurisprudenz abgelehnt, die durch eine Verbindung von formalen und materiellen Elementen in den Rechtsbegriffen den „scholastischen“ Formalismus der Juris-

1) Es ist etwas ähnliches auf dem Gebiete der Ethik, wenn z. B. LOCKE auf der einen Seite erklärt, daß es keine selbstevidenten sittlichen Axiome gibt und alle sittlichen Normen aus der Offenbarung oder der Erfahrung ableitet, und auf der anderen Seite von einer mathematischen Beweisbarkeit des Sittlichen spricht. Treffend weist JODL, Geschichte der Ethik als philosophischer Wissenschaft. I. Bd. 2. Aufl. Stuttgart u. Berlin 1906. S. 26 ff., darauf hin, daß hier keineswegs — wie manche angenommen haben — ein Widerspruch vorliegt, da „sich die von LOCKE behauptete mathematische Gewißheit in der Ethik nicht auf das Finden der sittlichen Regel selbst, sondern nur auf die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung eines gegebenen einzelnen Falles mit diesen Regeln bezieht oder auf die logische Entwicklung aller aus einem ethischen Begriffe oder einem Gesetze folgende Korollarien“ „Wir befinden uns hier“ sagt JODL in diesem Zusammenhange, „also ganz im Gebiete des Subjektiven, Logischen. LOCKE fragt gar nicht nach dem Ursprunge der sittlichen Begriffe und Axiome, sondern er setzt dieselben voraus, gerade so wie der Mathematiker die Größen und Figuren, mit denen er zu tun hat. Worauf es ihm ankommt ist nur zu zeigen, daß sich aus ethischen Ideen mit derselben Sicherheit Folgesätze ableiten lassen, wie aus mathematischen. Es wäre aber ein vollständiger Irrtum, wenn man glauben wollte, die mathematische Demonstrierbarkeit erstreckte sich auch auf die sittlichen Grundurteile.“

2) Vollkommen übereinstimmend PREUSS, a. a. O. S. 370: „All das ist ja nur die Bestätigung für die Urväterweisheit, daß das Recht eine formale Kategorie ist.“

prudenz vermeiden zu können glaubt. Der einer rein formalen Methode immer wieder gemachte Vorwurf, daß sie „unbefriedigende“ Resultate liefere, weil sie nicht das wirkliche Leben erfasse, das tatsächliche Rechtsleben unerklärt lasse, beruht auf einer völligen Verkennung des Wesens der Jurisprudenz, die eben die Wirklichkeit der Seinswelt nicht zu erfassen, das Leben nicht zu „erklären“ hat. Die rein formalen Rechtsbegriffe als inhaltslose Formeln für wertlos erklären, hieße ebensoviel, wie die Begriffe der Geometrie verwerfen, weil sie lediglich die Formen der Körper erfassen, ohne über deren Inhalt etwas auszusagen. Und der Versuch, den hohlen Formeln der Rechtsbegriffe dadurch Leben und praktischen Wert einzuflößen, daß man neben den formalen auch substantielle Elemente in dieselben aufnimmt, sie auch etwas über den Inhalt der Rechtserscheinung auszusagen läßt, m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff einführt¹⁾, bedeutete den analogen methodischen Fehler, der in einer Definition der Kugel gelegen wäre, die das Material berücksichtigt, das im konkreten Falle die Kugelform birgt. Mit Rücksicht auf ihren formalen Charakter aber kann die Jurisprudenz mit einem freilich nicht in allen Punkten zutreffenden Gleichnis als eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung bezeichnet werden²⁾.

Darum ist JELLINEK nicht zuzustimmen, wenn er behauptet³⁾,

1) Als Beispiel für eine nach dieser Methode durchgeführte Konstruktion sei der Begriff des subjektiven Rechtes erwähnt, in dem IHERING und im Anschluß an ihn viele Neueren neben dem formalen Elemente: Schutz oder Wille ein materielles oder substantielles, inhaltliches Element: das Interesse, d. h. also den Zweck im subj. Sinne unterscheiden.

2) PREUSS, Zur Methode der juristischen Begriffskonstruktion, S. 370/1: „Eben deshalb (weil das Zweckmoment den Rechtsbegriffen fremd ist) hat man freilich auch irgend eine soziale Erscheinung noch bei weitem nicht geistig erfaßt, wenn man sie juristisch konstruiert hat; vielmehr muß dafür die juristische mit der historisch-politischen oder ökonomischen Betrachtung Hand in Hand gehen.“ Im Sinne der methodologischen Grundauffassung der hier durchgeführten Untersuchungen ist die juristische von der historisch-politischen und ökonomischen Betrachtung allerdings scharf zu trennen. PREUSS fährt fort: „Nun hat gerade im öffentlichen Recht die Methode der juristischen Reinkultur lange mit dem ganzen Reiz der Neuheit gewirkt, aber durch ihre naturnotwendig rein formalistische Art nicht dauernd befriedigen können. Da ist dann die Verlockung besonders groß, mit Hilfe der Zweck- und Interessentheorie vermeintlich etlichen materiellen Gehalt in das formalistische Gewebe bringen zu können, ohne gegen das Dogma von der „rein juristischen“ Behandlung zu verstoßen. Jedoch so berechtigt und gesund die hier zu Grunde liegende Tendenz ist, so verfehlt und unfruchtbar ist der bisher meist eingeschlagene Weg; er führt nicht zu einer Verbindung der juristischen mit der historisch-politischen Betrachtung, sondern zu einer Verfälschung der einen durch die andere.“

3) Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Wien 1880. S. 43.

„daß eine rein formale Konstruktion des Rechtes eine Unmöglichkeit ist“ und an anderer Stelle¹⁾ sagt: „Es ist unmöglich, wissenschaftlich haltbare juristische Resultate zu gewinnen, wenn man den Inhalt der Lebensverhältnisse gänzlich ignoriert.“ Denn wenn JELLINEK zugibt, daß es nicht Aufgabe der Jurisprudenz sei, den „Inhalt“ der Lebensverhältnisse „selbständig zu erforschen“, dann ist nicht einzusehen, wie der stetige Hinblick „auf denselben“ „der Regulator der juristischen Konstruktion“ sein kann. Keineswegs eine Begründung dieses methodologischen Postulates aber liefert JELLINEK, wenn er im unmittelbaren Anschluß an das Letztzitierte fortfährt: „das Recht will die äußere Form der Lebensverhältnisse erfassen, deshalb muß es auf die in dem Inhalt derselben gegebenen Grenzen, die ja auch formgebende Wirkung haben, Rücksicht nehmen“. Denn das „Recht“ ist etwas anderes als die Jurisprudenz; letztere allein schafft die Rechtsbegriffe, das erstere, die Rechtsordnung, regelt die Lebensverhältnisse, und bei dieser Tätigkeit, der Normsetzung, die eine von der Begriffsbildung auf Grund der Rechtsordnung wesensverschiedene ist, muß allerdings vernünftigerweise auf den Inhalt der zu regelnden Lebensverhältnisse Rücksicht genommen werden. Sonst läuft das Recht Gefahr, seinen Zweck zu verfehlen; keinesfalls aber ist daraus irgend etwas für die Rechtswissenschaft zu befürchten, wie JELLINEK meint, wenn er behauptet: „Sonst verfällt die Jurisprudenz rettungslos der Scholastik, d. h. jener Richtung des Denkens und Forschens, welche eine Welt von Begriffen ohne Realität, von Formen ohne Inhalt, von Resultaten ohne Wert schafft“. Denn die Jurisprudenz ist nicht das schaffende, regelnde Recht, wie die Geometrie nicht die Kunst der Körperbildung ist; und so begeht zwar der Bildhauer einen schweren Kunstfehler, der bei der Formung einer Materie nicht auf deren besondere Beschaffenheit, auf die in dem Inhalte derselben gegebenen Grenzen, die ja auch formgebende Wirkung haben, Rücksicht nimmt, nicht aber der theoretische Geometer, der die Form eines Körpers bestimmt; denn die Geometrie ließe sich, gerade umgekehrt, den größten Verstoß gegen die ihr vorgeschriebene Methode zuschulden kommen, wollte sie den Inhalt irgendwie berücksichtigen. Gerade diese Disziplin liefert den Beweis, daß man „Formen ohne Inhalt“ schaffen kann und dennoch nicht „Resultate ohne Wert“ liefert, und überdies weit davon entfernt bleibt, rettungslos der Scholastik zu verfallen. Das aber trifft vollinhaltlich auf die Jurisprudenz zu.

1) Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.

II. Buch.

Die objektive Erscheinungsform
des Rechtssatzes.

I. Abteilung.

Der Wille im Recht.

IV. Kapitel.

Der psychologische Wille.

Einleitung.

Die folgenden Untersuchungen gehen von dem Grundsatz aus, daß das objektive Recht Wille des Staates ist.

Diese Anschauung ist jedoch weder die einzig herrschende noch hat sie zu allen Zeiten bestanden. Besonders in Stadien primitiver gesellschaftlicher Entwicklung, in denen die staatliche Organisation nicht so vollkommen durchgeführt war, wie dies heute der Fall ist, und daher auch ein prägnanter Begriff des Staates fehlte, wurde das Recht als Wille einer außerstaatlichen, übernatürlichen Macht, als Befehl Gottes betrachtet. Dieser theologischen Auffassung des Rechtes steht auch die von der Naturrechtsphilosophie vertretene nicht allzu ferne, derzufolge das objektive Recht sich lediglich als System der dem Individuum angeborenen subjektiven Rechte darstellt. Denn auch diese Auffassung läßt das Recht als eine vom Staate unabhängige Erscheinung existieren; das Verhältnis des Staates zum Recht ist nur dadurch gegeben, daß der Staat mit seinen Machtmitteln die subjektiven Rechte seiner Untertanen zu schützen hat.

Solange die Rechtserzeugung ausschließlich oder doch vornehmlich im Wege der Gewohnheit vor sich geht, als Recht nur dasjenige gilt, was tatsächlich geübt wird, liegt es auch ziemlich nahe, als das Subjekt oder den Träger der Rechtsordnung nicht den Staat, sondern jene Gemeinschaft zu betrachten, durch deren faktisches dauerndes Verhalten der Inhalt jener Normen bestimmt wird, die lediglich anzuwenden dem Staate mit seinen Organen zur Aufgabe fällt. Solange dasjenige, was dem „gesunden Menschenverstande“ zunächst und am schärfsten ins Auge fällt, dasjenige, wonach im täglichen Leben vor allem die Frage ist, nämlich der Inhalt der die Praxis des Alltags beherrschenden Normen vom Volke ausgeht, ist man begreiflicherweise

nur allzu leicht geneigt, die lediglich formale Funktion des Staates und seiner Organe zu übersehen und das Recht als Wille des Volkes oder als Volksüberzeugung gelten zu lassen. Wenn man aber auch mit dieser Formel vielleicht zutreffend die Herkunft des Norm-Inhaltes bezeichnet, so ist doch diese genetisch-materielle Betrachtung der Rechtserscheinung keineswegs geeignet, über die formale Natur derselben Aufschluß zu geben. Die Frage nach der juristischen Konstruktion des objektiven Rechtes bleibt offen.

Mit dem Zurücktreten der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung und dem Siege des Prinzipes bewußter Rechtssatzung im modernen Staate gewinnt jene Theorie die Oberhand, die das objektive Recht als Wille des Staates erfaßt. Denn sobald auch der Inhalt der Rechtsnorm nicht mehr durch das „Volk“ im Wege der Gewohnheit bestimmt wird, sobald die staatliche Organisation auch den Prozeß der Rechts-erzeugung erfaßt, indem die formalen Voraussetzungen dessen was Recht ist, durch die Bestimmungen über den Gesetzgebungsprozeß in der Rechtsordnung selbst zum Ausdrucke kommen, wird bei der Frage nach der Natur des objektiven Rechtes der Blick auf den Staat selbst gelenkt.

Freilich, wenn man das Recht darum als Wille des Staates gelten ließe, weil es nunmehr der Staat sei, der den Inhalt der Rechtsnormen fixiere, weil der Staat das Recht erzeuge, so wäre das eine irri-ge Anschauung. Denn der Gesetzgebungsprozeß ist — wie später noch näher darzulegen sein wird — keineswegs ein Staatsakt, eine Handlung des Staates, ein der Staatsperson zuzurechnender Vorgang. Vielmehr ist dieser Prozeß ganz ebenso wie die gewohnheitliche Übung sozialer und nicht staatlicher Natur. Was ihn von der letzteren unterscheidet, ist bloß die Tatsache, daß er in der Rechtsordnung als Voraus-setzung dafür fixiert ist, was als Recht zu gelten hat; ganz eben-so wie die Testamentserrichtung deshalb noch kein Staatsakt ist, weil in der Rechtsordnung bestimmt wird, unter welchen Voraussetzungen eine letztwillige Verfügung ein rechtsgiltiges Testament ist. Zu meinen aber, daß der Gesetzgebungsprozeß darum ein Staatsakt sei, weil die daran beteiligten Personen Staatsorgane sind, ist schon deshalb ver-kehrt, weil die Qualität des Staatsorgans aus der Tatsache geschlossen werden muß, daß eine Handlung des Staates vorliegt und nicht um-gekehrt. Sonst wäre jede Handlung eines Staatsorgans Staatshandlung, was offenbar nicht zutrifft. Daß das Recht im objektiven Sinn, d. h. die Rechtsordnung, Wille des Staates ist, bedeutet nicht, daß der Staat das Recht „erzeugt“, sondern daß der Staat Träger dieser Ordnung ist, deren Inhalt durch einen sozialen Prozeß „erzeugt“ wird, wenn auch dieser soziale Prozeß staatlicher Regelung insoferne unterworfen

ist, als die Rechtsnormen ihn als Voraussetzung des Rechtes feststellen.

Die tatsächliche — wenn auch sehr eingeschränkte — Geltung des Gewohnheitsrechtes neben dem Gesetzesrechte im modernen Staate hat auch manche neueren Theoretiker veranlaßt, bei der Konstruktion des objektiven Rechtes auf eine einheitliche Formel zu verzichten und insoferne eine dualistische Formulierung zu akzeptieren, als sie das Recht je nach seiner Entstehungsart als Wille des Staates oder aber als Volkswille auffassen. Nur dem Gesetzesrechte wird die Eigenschaft, Staatswille zu sein, zugesprochen, während das Gewohnheitsrecht als Volkswille zu gelten hat. So sagt z. B. JELLINEK¹⁾: „Als rechterzeugendes Organ aber kennt die Jurisprudenz nur einerseits das Volk in seiner natürlichen Existenz, das auf dem Wege der Gewohnheit sich der Normen bewußt wird, welche das Tun und Lassen der Volksgenossen regeln, andererseits das Volk als organisierte Einheit, als Staat, welcher als souveräner Wille der Gesamtheit das Recht setzt und erhält. Als Wille der Gesamtheit, sei es des Volkes, sei es des Staates muß ein jeder Satz nachgewiesen werden, der den Anspruch erhebt, als Rechtssatz zu gelten.“ Demgegenüber muß hier jedoch an dem Prinzipie festgehalten werden, daß jeder Satz, der ein Rechtssatz sein soll, einen Willen des Staates beinhalten muß.

Diese These kann in ihrer ganzen Bedeutung erst durch die allseitige Klarstellung der Begriffe Rechtssatz und Staatswille dargelegt und voll gerechtfertigt werden. In diesem Zusammenhange genügen die folgenden Hinweisungen.

Eine dualistische Formulierung des objektiven Rechtes ist nicht als befriedigende Konstruktion anzusehen. Das Postulat der Einheitlichkeit der Konstruktion bleibt dabei unerfüllt. Untersucht man zumal den „Willen des Volkes“, so wird man schwerlich zu einem festen Substrate gelangen. Von einem Willen des Volkes im psychologischen Sinne als einem Gesamtwillensakte der das Staatsvolk bildenden Menschen wird man wohl kaum ernstlich reden können. Dazu ist es überaus bedenklich, die juristische Person des Staates neben dem Volke „in seiner natürlichen Existenz“, wie JELLINEK sagt, unter einen gemeinsamen Oberbegriff „Gesamtheit“ zu bringen. Beides sind offenbar Begriffe ganz verschiedener Kategorie, Einheiten, die sich auf Grund zweier ganz verschiedener Betrachtungsweisen ergeben: nämlich der soziologischen und der juristischen. Juristisch betrachtet wäre das Volk, wenn ihm ein „Wille“ zuerkannt wird, ebenso Person wie der Staat, der ja auch nur, sofern er willensbegabt ist,

1) Die rechtliche Natur der Staatenverträge. 1880. S. 2.

als Rechtssubjekt gilt. Ist aber das „Volk“ eine vom Staate verschiedene Person und die Rechtsordnung teils Wille des Staates, teils Wille des Volkes, dann ist von einer einheitlichen Staats- und Rechtskonstruktion keine Rede; ganz abgesehen davon, daß schlechterdings nicht zu begreifen wäre, in was für Verhältnis die Staatsperson zur Volksperson zu bringen ist, es wäre denn, daß man das Volk als Organ des Staates faßte, was ja tatsächlich von manchen Autoren geschieht —; dann aber reduzierte sich der Volkswille, wie jeder Organwille, doch wieder auf einen Staatswillen. Soferne aber das Volk personifiziert, d. h. soferne ihm ein einheitlicher Wille (wie er sich im Gewohnheitsrechte manifestiert) zugesprochen wird, ist darunter nichts anderes zu verstehen als der Staat, wenn man, wie JELLINEK, den letzteren mit dem „Volke als organisierte Einheit“ identifiziert 1). Denn ein „Wille“ ist juristisch nur bei organisierter Einheit denkbar, ja Wille ist — wie später noch näher gezeigt werden wird — juristisch gar nichts anderes als organisierte Einheit, genauer: einheitliche Organisation.

Diese ganze Gegenüberstellung von Staat und Volk, Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht ist ein Ergebnis historisch-genetischer Betrachtung der Rechtserscheinung. Sie resultiert auf die Frage: Wie entsteht das Recht? Das Problem der Rechtserzeugung, Rechtsverwertung ist aber — wie ja schon früher betont — metajuristischer Natur. Juristisch fragt es sich aber gar nicht: Wer erzeugt das Recht? oder: Wie geht das Recht (im objektiven Sinne) unter? — in Paranthese: die Antwort auf die erstere Frage lautet nicht: Staat oder Gesellschaft (Volk), sondern stets nur: die Gesellschaft — vielmehr hat die Rechtswissenschaft immer nur die Frage zu beantworten: Wer ist Träger des Rechtes, Subjekt der Rechtsordnung? Und diese Antwort lautet stets: Der Staat.

Auch im Falle des Gewohnheitsrechtes! Diese Erkenntnis ist es, die im Grunde genommen schon zu der altrömischen Fiktion vom tacitus consensus populi geführt hat, mit der man dem Gewohnheitsrechte juristisch beizukommen versuchte²⁾. Eine solche Fiktion ist freilich verfehlt, aber nur, weil sie, wie übrigens jede echte Fiktion, ein außerjuristisches Problem juristisch konstruieren will, nämlich:

1) Streng genommen ist der Staat niemals das Volk, auch nicht das organisierte Volk, ebensowenig wie der Staat mit seinem Gebiete oder sonst irgendeinem der realen „Staatselemente“ identisch ist.

2) Wenn JELLINEK a. a. O. S. 2 Anm. 1 den Recht erzeugenden Willen der autonomen Körperschaften als Staatswillen erklärt und sich dabei der Fiktion des tacitus consensus bedient, so ist eigentlich nicht einzusehen, warum er dieselbe Methode nicht auch dem Gewohnheitsrecht erzeugenden Volkswillen gegenüber anwendet. Wenn man die stillschweigende Anerkennung eines Willens durch

wie die Gewohnheit zum Rechte wird. Richtig aber ist die Voraussetzung dieser Fiktion, daß alles Recht, auch das im Wege der Gewohnheit entstandene, soferne es Recht ist, Wille des Staates sein muß.

Denn alles Recht muß vom Staate resp. dessen Organen angewendet werden. Es ist mit dem Prinzipie der Staatssouveränität schlechterdings unvereinbar, daß Staatsorgane einen anderen Willen als den ihres Staates zur Ausführung bringen. Und diese Organe hören auf, Staatsorgane zu sein und daher Recht zu setzen, wenn sie einen anderen Willen ausüben. Ebenso, wie es nicht angeht, daß Staatsorgane den Willen der Kirche oder eines fremden Staates realisieren, ebenso wenig kann man annehmen, daß sie den Willen des Volkes ausführen. Es mag wohl der Staatswille seinem Inhalte nach der Volksüberzeugung entspringen, seinen Inhalt dem Volkswillen entnehmen, ja die Erzeugung des Staatswillens mag stets — auch im Falle des Gesetzesrechtes — als soziale und nicht als staatliche Funktion erkannt werden, allein nur insoferne Volkswille oder Volksüberzeugung formell Staatswille geworden sind, können sie von den Organen des Staates zur Anwendung kommen, Inhalt eines Rechtssatzes sein.

Wenn Gewohnheitsrecht Recht ist, kann der Gewohnheitsrechtssatz nicht anders lauten als der Gesetzesrechtssatz. Faßt man z. B. das Gebiet des Strafrechtes ins Auge und nimmt man an, daß sich durch tatsächliche Übung ergeben hat, daß jeder, der einen bestimmten Tatbestand setzt, von den Gerichten mit einer bestimmten Strafe belegt wird, und glaubt man darin objektives Recht erblicken zu müssen, dann kann der Rechtssatz, in dem dieses objektive Gewohnheitsrecht zum Ausdrucke kommt, nur lauten: daß die Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Strafe zu verhängen haben oder, da die Gerichte Organe des Staates sind, daß der Staat unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Strafe verhängen will. Einen Willen des Staates muß also auch der Gewohnheitsrechtssatz beinhalten, da es auch zum Wesen des Gewohnheitsrechtssatzes gehört, angewendet d. h. aber vom Staate resp. dessen Organen angewendet zu werden. Ja, in der Formulierung des Rechtssatzes kann überhaupt nicht zum Ausdrucke kommen, auf welchem Wege sein Inhalt entstanden ist, ob durch den sozialen Prozeß der

den Staat für möglich hält, und den so anerkannten Willen als Staatswillen zu erklären, nicht ansteht, so liegt doch nichts näher, als was schon die römischen Juristen getan haben, nämlich den Gewohnheitsrecht erzeugenden Volkswillen kraft stillschweigender Anerkennung seitens des Staates als Staatswillen auszugeben.

Gewohnheit oder den — nicht minder sozialen (und nicht staatlichen) — Prozeß der Gesetzgebung, m. a. W. Gewohnheitsrechtssatz und Gesetzesrechtssatz unterscheiden sich in keiner Weise von einander: beide müssen einen Willen des Staates beinhalten.

Vielleicht wird gegen die bisherigen Bemerkungen eingewendet werden, daß das Beispiel aus dem Gebiete des Strafrechtes deshalb allzu bequem gewählt sei, weil hier Gewohnheitsrecht nur durch Übung der Gerichte gebildet werden könne, Subjekt der Gewohnheit also gleichsam der Staat selbst sei. Allein auch im Privatrecht liegt ein Gewohnheitsrecht nur insoferne vor, als das Gericht sich zur Anwendung desselben veranlaßt sieht. Wenn die Frage, ob ein Mietzins post- oder pränumerando zu zahlen sei, vom Richter im konkreten Falle auf Grund einer qualifizierten, langdauernden Übung der Bevölkerung im letzteren Sinne entschieden wird, so beinhaltet der bezügliche Gewohnheitsrechtssatz auch nur einen Willen des Staates, mangels gehöriger Pränumerandozahlung Exekution zu gewähren. Behauptet man, daß die bez. Übung zu einem Gewohnheitsrechte geführt hat, so behauptet man damit nichts anderes, als daß das Gericht mangels gehöriger Pränumerandozahlung verurteilen resp. Exekution gewähren müsse, was aber dasselbe ist wie die Behauptung eines Willens des Staates, unter gewissen Umständen zu exequieren. Diese Behauptung ist identisch mit dem Gewohnheitsrechtssatze, der nicht anders lautet, als ein analoger Gesetzesrechtssatz lauten könnte. Es ist für die juristisch-formale Struktur des Rechtssatzes, d. h. des objektiven Rechtes, völlig gleichgültig, ob sein Inhalt durch Gesetz oder Gewohnheit entstanden ist, ob das Urteil, das z. B. eine Rechtspflicht der Pränumerando-Mietzinszahlung behauptet, seinen Erkenntnisgrund im Gesetze oder in der Gewohnheit findet.

Bei diesen letzten Ausführungen konnte nicht vermieden werden, gewisse erst später zu fundierende Resultate vorwegzunehmen. Es betrifft das hauptsächlich die hier vorgenommene Formulierung des Privatrechtssatzes; und soweit etwa aufsteigende Bedenken von diesem Punkte ihren Ausgang nehmen, muß auf die folgenden Untersuchungen verwiesen werden, die eine einheitliche Konstruktion des Rechtssatzes auf Grund einer ausführlichen Analyse des juristischen Willensbegriffes bringen, durch welche, wie bereits früher hervorgehoben wurde, die hier versuchte Eliminierung des Gewohnheitsrechtsproblems aus dem Bereiche juristischer Konstruktion ihre volle Rechtfertigung findet.

Aus dem gleichen methodologischen Grunde, der das Problem des Gewohnheitsrechtes außerhalb des Rahmens dieser Untersuchungen stellt, muß auch eine andere Erscheinung unberücksichtigt bleiben, die

erst in jüngster Zeit zum Gegenstande juristischer Behandlung gemacht wurde. Es handelt sich um die sogenannten „Konventionalregeln“.

Eine auf das tatsächliche Handeln der Staatsorgane, auf das faktische Funktionieren des Rechtsapparates, das wirkliche Geschehen also, und nicht bloß auf die formalen Rechtssätze gerichtete, m. a. W. eine dem Sein und nicht dem Sollen zugewendete Betrachtung zeigt, daß nicht selten an Stelle von Rechtssätzen andere Regeln zur Anwendung kommen, die zu dem Inhalte der Rechtssätze geradezu im Widerspruche stehen. Dies kann irrtümlich geschehen, indem man zwar einen Rechtssatz anzuwenden glaubt, tatsächlich aber, weil man den Sinn des Rechtssatzes mißverstehet, anders handelt, als der im Rechtssatz ausgesprochene Wille des Staates beinhaltet; dies kann aber auch im vollen Bewußtsein des Widerspruches erfolgen, der zwischen dem Verhalten des Staatsorgans und dem Rechtssatze besteht. Es ist kein Zweifel, daß solche rechtssatzwidrige Praxis zu einer Rechtsquelle werden kann, indem die ursprünglich nur faktisch angewendete Regel zu einem Gewohnheitsrechtssatze wird. Es handelt sich hier um ein Stadium des Rechtsbildungsprozesses, um ein Vorstadium des Rechtes, das — wie der ganze Prozeß der Rechtswerdung — als ein rein tatsächliches Geschehen, nur den Seinswissenschaften, etwa der Soziologie, zugänglich, für die normativ-juristische Betrachtung — die nur unter der Voraussetzung formal fertiger Rechtssätze möglich — nicht faßbar ist. Wenn noch vor der Erstarkung jener von den Staatsorganen bloß faktisch angewendeten Regeln zu Rechtssätzen das rechtswidrige oder außerrechtliche Verhalten dieser Organe ganz ebenso dem Staate zugerechnet wird, als ob es auf Grund eines Rechtssatzes erfolgte, obgleich kein Rechtssatz ein solches Handeln als vom Staate gewollt ausspricht, so kann diese Tatsache eine juristische Formulierung (oder Rechtfertigung) nicht beanspruchen. Man muß sich — so unbefriedigend dies für den Formal-Juristen sein mag — damit begnügen, sie zu konstatieren. Juristisch konstruierbar ist sie nicht und bleibt insoweit juristisch unbegriffen, als eben jene Regel, deren Anwendung konstatiert ist, nicht als Rechtssatz nachgewiesen wird.

Das ist der Standpunkt, den diese Untersuchungen dem von HATSCHEK neuestens aufgeworfenen Problem der sogenannten „Konventionalregel“ gegenüber einnehmen¹⁾. Unter Konventionalregeln versteht HATSCHEK jene „Normen, die im Prozesse der Rechtsbildung ein Vorstadium des Rechtes darstellen, weil sie noch nicht durch die offiziellen Rechtsquellen gegangen, die aber deshalb nicht

1) Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Rechte: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. III. 1909 S. 1 ff.

weniger wirksam sind, Normen, welche gewissermaßen unter der Decke der Rechtsordnung, insbesondere unter der des öffentlichen Rechtes, sich ausbilden, sie teils ergänzend, teils auf ihren Untergang lauernd, um sich, wo der Widerstand schwach geworden, rücksichtslos an ihre Stelle zu setzen“¹⁾. Als Konventionalregeln erkennt HATSCHKE die durch Rechtsanmaßung oberster, durch den Richter nicht kontrollierter Staatsorgane geschaffenen Normen, die — obgleich keine Rechtssätze — dennoch in der Praxis beobachtet werden²⁾; Konventionalregeln erblickt er in einer der positiven Rechtsordnung widersprechenden Verwendung und analogischen Übertragung von Normen des einen Rechtsgebietes auf ein anderes Rechtsgebiet (Allonomie); ferner in der Heranbildung einer neuen, mit der geltenden, herrschenden in Widerspruch stehenden Rechtsordnung auf dem Wege richterlicher Spruchpraxis (Rechtsspaltung)³⁾. Konventionalregeln treten im Organisationsparallelismus auf, worunter HATSCHKE jenes Phänomen der Rechtsbildung versteht, „wo Rechtsnormen, die für eine Organisation von Staatseinrichtungen gelten, für eine parallele rechtliche Organisation, d. h. eine in ihrer Struktur der ersten analoge, ebenfalls zur Anwendung kommen, aber nicht kraft Rechtsgebots, sondern als Konventionalregeln“⁴⁾. Als Konventionalregeln und nicht als Rechtssätze gelten jene Fälle der Praxis, die HATSCHKE als Formentartung begreift, bei denen „die verfassungsmäßige Form des Zusammenwirkens mehrerer Staatsorgane ersetzt wird, durch eine nicht verfassungsmäßige und daher widerrechtliche, was mitunter für die Beteiligten bequemer sein kann, einzig und allein aber deshalb möglich wird, weil keines der beteiligten Staatsorgane dagegen Einspruch erhebt“⁵⁾. Auch wenn Gesetzestexte durch „Interpretationswandel“ ihren Sinn geändert haben, liegen keine Rechtssätze mehr, sondern Konventionalregeln vor, die sich nur „das Mäntelchen des Gesetzes antun“⁶⁾. Oft wird eine Konventionalregel, die man zur Anwendung bringen will, als Rechtssatz ausgegeben, indem man behauptet, sie sei zur Realisierung einer feststehenden Rechtsregel unbedingt erforderlich: HATSCHKE nennt dies eine „Hypotaxe“ (Vorlagerung)⁷⁾ eines Rechtssatzes vor eine Konventionalregel und unterscheidet überdies noch die „Parataxe“ (Nebenlagerung) von Konventionalregeln.

Zur allgemeinen Charakteristik dieser Konventionalregeln bemerkt HATSCHKE, 1. daß sie Normen seien, die sich meist gegen den Wortlaut des Gesetzes entwickeln, 2. daß sie ihre „Verbindlichkeit aus der normativen Kraft des Faktischen ableiten“ und 3. daß sie sich von anderen Konventionalregeln (solchen der Sitte, Religion, Sprache)

1) a. a. O. S. 4. 2) a. a. S. 9. 3) a. a. O. S. 16. 4) a. a. O. S. 22.

5) a. a. O. S. 31. 6) a. a. O. S. 32. 7) a. a. O. S. 33.

dadurch unterscheiden, „daß sie zu ihrem Schutze gewissermaßen als Deckblatt eine Rechtsnorm brauchen, diese Rechtsnorm aber meist rechtsirrtümlich zur Anwendung kommen lassen“¹⁾. Von „wirklichen Rechtsnormen“ aber unterscheiden sich die Konventionalregeln nach HATSCHEK dadurch: „daß die Rechtsnorm dazu dient, Weisungen für die Gegenwart und Zukunft zu geben, Anweisungen also für ein erst darauf folgendes Handeln, die Konventionalregel aber nur den Zweck hat, praktisch zweckmäßiges Handeln, daß sich aus der Befolgung von Präzedenzfällen empfiehlt, nachträglich a posteriori zu rechtfertigen“²⁾. Allein darin kann HATSCHEK nicht beigepflichtet werden. Denn einerseits kann auch die Rechtsregel a posteriori zur Rechtfertigung praktisch zweckmäßigen Handelns verwendet werden, ja regelmäßig sogar dürfte sich praktisch der Vorgang in der Weise abspielen, daß das zur Anwendung der Gesetze berufene Organ zuerst nach seinem Gerechtigkeitsgefühl oder Zweckmäßigkeitsstreben sich zu einem bestimmten Handeln (Entscheidung) entschließt und erst nachträglich aus der Masse der ihm zur Verfügung stehenden Rechtssätze einen wählt, der das gerechte oder zweckmäßige Verhalten rechtfertigt, d. h. als vom Staate in der Rechtsordnung „gewollt“ ausspricht. Andererseits wird auch die einmal existente Konventionalregel Anweisung für ein erst darauf folgendes Handeln geben, ganz ebenso wie der Rechtssatz, wenn ein Organ sich nach einem vorangegangenen Präzedenzfalle resp. der in diesem Präzedenzfalle zum Ausdruck kommenden Konventionalregel zu richten für gebunden erachtet. Die Konventionalregel wirkt hier ganz ebenso motivierend auf das handelnde Organ wie ein Rechtssatz, übt als Ursache eine Wirkung aus der Vergangenheit in die Zukunft. Gerade darin könnte also kein Unterschied zwischen Konventionalregel und Rechtssatz zu erblicken sein. Dieser liegt darin, daß der Konventionalregel gerade jene Eigenschaft fehlt, die HATSCHEK ihr zum Unterschiede vom Rechtssatze beilegt. Die Konventionalregel ist nämlich keineswegs geeignet, praktisch zweckmäßiges Handeln nachträglich zu „rechtfertigen“, wenn dieses Wort soviel bedeuten soll wie: als rechtmäßig, als mit der Rechtsordnung in Übereinstimmung nachweisen. Dies ist naturgemäß nur eine Rechtsregel imstande, und die Anwendung einer Konventionalregel involviert nach HATSCHEKS eigener Darstellung stets eine rechtssatzwidrige Praxis. Was könnte aber „rechtfertigen“ anderes bedeuten? Die Konstatierung der Übereinstimmung mit dem Sittengesetz doch gewiß nicht. Höchstens die Feststellung der Zweckmäßigkeit. Ein zweckmäßiges Handeln als zweckmäßig aufzuzeigen, ist aber wohl recht überflüssig. Jedenfalls hat solche „Rechtfertigung“ keine

1) a. a. O. S. 34/35.

2) a. a. O. S. 35.

wie immer geartete formell-juristische Bedeutung. Dadurch, daß ein aus Zweckmäßigkeitsgründen gegen das Gesetz verstößender Präzedenzfall geschaffen und wiederholt wird — und die Konventionalregel ist nichts anderes als der Ausdruck dieser Tatsache — kann ein solches Verhalten keine wie immer geartete rechtliche Qualifikation erwerben. Es bleibt nicht mehr und nicht weniger als eben: zweckmäßig.

Die Wichtigkeit der von HATSCHKEK beobachteten und treffend systemisierten Tatsachen kann nicht in Abrede gestellt, den Resultaten seiner Untersuchung jedoch keine juristische Relevanz, der Konventionalregel, nicht der Charakter eines Rechtsbegriffes zuerkannt werden. HATSCHKEK selbst betont mit Nachdruck, daß seine Konventionalregeln keine Rechtssätze sind, daß sie unter der Decke der Rechtsordnung gleichsam, nur eine Vorstufe im Rechtsbildungsprozesse darstellen; er nennt die Konventionalregel „eine dem Rechte gegenüber unterwertige Norm“ und schließt seine Abhandlung mit den gerade in methodischer Hinsicht doppelt bedeutsamen Worten: „Recht muß Recht bleiben“¹⁾. Und wenn HATSCHKEK überdies ausdrücklich die Konventionalregel dem Rechtssatze gegenüberstellt und gerade in diesem Gegensatz als „soziale Norm“²⁾ erkennt, dann zeigt sich, daß in dem Verhältnis von Rechtssatz und Konventionalregel der Antagonismus von Staat und Gesellschaft mit allen seinen methodologischen Konsequenzen zu Tage tritt; dann ist der Platz, der dieser „sozialen Norm“ dem Rechtssatze und dem ganzen System der Rechtsbegriffe gegenüber zukommt, kein anderer, als der allen übrigen sozialen Normen der Sitte, Sittlichkeit, Religion usw. gebührt, dann sind diese Konventionalregeln durch dieselbe Grenze vom Rechtsgebiete geschieden, die alle übrigen sozialen Normen von dieser Sphäre trennt.

Die Erkenntnis, daß der Rechtssatz Staatswillen beinhaltet, macht die Lösung der Frage nach dem Wesen und der logischen Form des Rechtssatzes davon abhängig, was als Wesen und möglicher Inhalt des Staatswillens erkannt wird.

Der Begriff des Staatswillens ist für die gesamte Rechtswissenschaft, insbesondere aber für das Staatsrecht ein grundlegender. Tatsächlich wird mit diesem Begriffe allenthalben und zu den verschiedensten Zwecken operiert, ohne daß es bisher zu einer gründlichen und allseitigen Untersuchung sowie zu einer einheitlichen und allgemein anerkannten Formulierung desselben gekommen wäre.

1) a. a. O. S. 67.

2) a. a. O. S. 29.

Was man unter Wille der als Staat bezeichneten juristischen Person zu verstehen hat, wird davon abhängen, was in der Rechtswissenschaft im allgemeinen unter Wille einer Person zu begreifen ist, wenn anders die Persönlichkeit des Staates juristisch die gleiche Bedeutung hat wie Person im Rechtssinne überhaupt. Das muß jedoch auf Grund jener Theorie der Fall sein, die als Voraussetzung für die rechtliche Erfassung des Staates die Auffassung desselben als „Person“ postuliert.

Was bedeutet also — so muß zunächst gefragt werden — Wille einer Person für die Rechtswissenschaft überhaupt? Nun ist diese Frage gerade in der letzten Zeit von juristischer Seite überaus häufig aufgeworfen worden. Insbesondere im Rahmen strafrechtlicher Untersuchungen wurde das Wesen des Willens eingehend erörtert und die bezügliche Literatur hat unverhältnismäßig große Dimensionen angenommen. Dies ist umsoweniger selbstverständlich, als es sich hiebei um ein Problem handelt, das auf den ersten Blick gar nicht in das Gebiet der Jurisprudenz gehört. Denn der Wille ist zunächst eine Tatsache des Seelenlebens und seine Erforschung Sache des Psychologen. Der Jurist müßte nun, soweit er mit diesem Begriffe des Willens zu operieren hat, sich mit den Resultaten begnügen, die ihm die Psychologie liefert. Und an solchen Resultaten hat es die Psychologie der letzten Zeit nicht fehlen lassen. Wenn trotzdem fast alle Juristen, die dem Problem des Willens im Rechte näher getreten sind, auf eine selbständige Untersuchung der Willenserscheinung nicht verzichten konnten, so muß diese zweifellose Kompetenzüberschreitung einen besonderen Grund haben. Und dieser Grund liegt darin, daß die Jurisprudenz mit den von den Psychologen gewonnenen Resultaten nichts anzufangen weiß, weil der Begriff des Willens, wie er von der modernen Psychologie festgestellt wird, für die spezifischen Zwecke der Juristen unbrauchbar ist.

Diese Tatsache allein hätte schon zu dem Zweifel führen können, ob Juristen und Psychologen wirklich das gleiche Objekt im Auge haben, wenn sie vom „Willen“ sprechen. Das eine ist jedenfalls gewiß, daß für die Erkenntnis jener Tatsache des Seelenlebens, die man als Wille bezeichnet, nur die Psychologie mit ihrer spezifischen Forschungsmethode in Betracht kommt und daß ein anderer als der von der Psychologie auf Grund dieser ihrer spezifischen Methode gewonnene Begriff des Willens auch für die Jurisprudenz keine Geltung haben kann, sofern für die letztere überhaupt das gleiche Phänomen in Betracht kommt.

Darum sei hier zunächst festgestellt, was die heutige Psychologie als Wille erkennt und was als Inhalt eines Willens, als gewollt im

Sinne der modernen Psychologie gelten kann. Dabei soll natürlich nur eine *communis opinio*, die herrschende Lehrmeinung berücksichtigt werden.

Prüft man die Lehr- und Handbücher der Psychologie gerade auf diese Frage nach dem möglichen Inhalte des Willens, nach dem, was gewollt wird oder psychologisch als gewollt gelten kann, so wird man nicht leicht eine direkte Antwort finden. Denn den Psychologen interessiert nicht so sehr, was gewollt wird, als wie gewollt wird. Nur indirekt, durch eine Analyse des Willens kann also diese Frage nach dem möglichen Inhalte des Willens beantwortet werden.

Von den zahlreichen Bedeutungen, in denen das Wort „Wille“ verwendet wird, kann für die Psychologie nur eine einzige in Betracht kommen. Nicht die allgemeine Fähigkeit des Wollens oder die allgemeine Form des Wollens ohne jede Rücksicht auf einen konkreten Inhalt, aber auch nicht die im gewöhnlichen Sprachgebrauche verwendete Bedeutung des Willens als das, was gewollt wird — z. B. jemandem seinen Willen tun¹⁾ — ist für die Psychologie von Belang. Nur der einzelne konkrete Willensakt — die Wollung — kann Gegenstand der psychologischen Untersuchung sein.

Als Wille wird nun ein Streben bezeichnet, das mit der Vorstellung eines Zweckes oder Zieles assoziiert ist²⁾. Das Streben aber ist eine Bewußtseinstätigkeit, mittels deren „eine Veränderung im Zustande oder Inhalte des Bewußtseins, ein Kommendes, Neues herbeigeführt oder vorbereitet wird, welches Kommende dadurch charakterisiert ist, daß dadurch Lustgefühle bewirkt, erhalten, vergrößert, Unlustgefühle verringert, beseitigt, abgewehrt werden“³⁾. Das „Streben“ ist daher im Verhältnis zum „Willen“ der Oberbegriff. „Es gibt keinen Willen, der nicht zugleich Streben wäre; aber nicht alles Streben verdient den Namen „Wille“, weil nicht jedes Streben das Bewußtsein dessen, was es erstrebt, mit sich führt“⁴⁾. Was das Streben zum Willen macht, ist die Verbindung mit der Vorstellung eines Zweckes oder Zieles, das heißt eines äußeren oder inneren Vorganges oder Zustandes, „dessen Eintreten oder dessen Herbeiführung Lustgefühle zu erregen, zu erhalten, zu verstärken, Schmerz zu verhindern, zu verscheuchen, abzuschwächen geeignet ist“⁵⁾.

Der Ausgangspunkt jedes Willensaktes ist ein Gefühl des Unbe-

1) SIGWART, Keine Schriften. II. Reihe. 1897. S. 119.

2) JODL, Lehrbuch der Psychologie. 3. Aufl. 1908. II. Bd. S. 58.

3) JODL, a. a. O. S. 53.

4) JODL, a. a. O. S. 58. 5) JODL, a. a. O. S. 442.

friedigtseins, des Mangels. Dieses Gefühl ist stets innig verbunden mit dem Streben, die damit verbundene Unlust zu beheben. Solchem Streben an sich fehlt noch jeder Weg zu seinem natürlichen Ziele. Dieser Weg eröffnet sich erst in dem Augenblicke, als zu dem Streben die Vorstellung eines Mittels hinzutritt, das bestehende Gefühl des Mangels aufzuheben. Das vorgestellte Mittel kann ein äußerer oder innerer Vorgang oder Zustand sein.

Betrachten wir zunächst den Ablauf des Willensvorganges, im Falle das vorgestellte Mittel ein äußeres ist. Auch hier sind wieder zwei Möglichkeiten vorhanden. Entweder genügt zur Befriedigung des Strebens eine eigene Körperbewegung oder der zur Befriedigung führende Vorgang besteht in einer Veränderung der außerhalb des Körpers liegenden Außenwelt. Diese Veränderung kann entweder durch eine eigene Körperbewegung kausal herbeigeführt werden, oder die eigene Überlegung sagt einem, daß eine solche Herbeiführung des zur Befriedigung führenden Erfolges nicht möglich ist. Ist nun die Vorstellung vorhanden, daß die eigene körperliche Bewegung oder ein durch diese kausal herbeiführbarer äußerer Erfolg zur Befriedigung führt, dann kommt es zu einer eigenartigen Beeinflussung der motorischen Nerven, die ihrerseits die Muskel in Bewegung setzen und so die vorgestellte Körperbewegung veranlassen, die entweder zur direkten Befriedigung führt oder erst jene Kausalreihe in Bewegung setzt, in deren Verlauf der zur Befriedigung geeignete äußere Erfolg eintritt. Fehlt aber die Vorstellung, daß eine eigene Körperbewegung imstande sei, kausaliter einen zur Befriedigung führenden Erfolg herbeizuführen, dann unterbleibt der auf die motorischen Nerven gerichtete Impuls.

Mit der Auslösung des Impulses auf die motorischen Nerven ist der Willensakt abgeschlossen. Der nun folgende Ablauf der Kausalreihe gehört der Außenwelt an, die Art seines Vollzuges, insbesondere die Tatsache, ob der vorgestellte Erfolg auch wirklich eingetreten ist, bleibt für die rein innere Tatsache des Wollens gleichgültig.

Faßt man als „Gegenstand“ des Wollens sein Endziel, seinen letzten Zweck, dann ließe sich als gewollt niemals etwas anderes bezeichnen als die angestrebte Befriedigung. Denn das Endziel alles Strebens, auch des mit der Vorstellung des geeigneten Mittels assoziierten Strebens, das man Wille nennt, ist nur die „Beseitigung von Unlust, die Beschaffung von Lust“¹⁾. Allein die Verbindung, die das Streben nach Befriedigung mit der Vorstellung des geeigneten

1) JODL, a. a. O. S. 53.

Mittels eingeht, ist eine derartige, daß auch der Inhalt dieser Vorstellung, durch welche dem Streben ein Weg für sein Ziel gewiesen, das Streben in einem bestimmten Weg seinem Ziele zugeleitet wurde, als erstrebt, genauer als gewollt bezeichnet werden kann. Inhalt des Willens ist daher stets Inhalt einer Vorstellung und zwar jener Vorstellung, die das Mittel zur Befriedigung des Triebes enthält, mit dem sie assoziiert ist.

Ist das zur Befriedigung führende Mittel nicht ein äußeres — Körperbewegung oder durch diese herbeigeführter Erfolg — sondern ein innerer Vorgang oder Zustand, dann kommt es ebenfalls zu keiner Anregung der motorischen Nerven. Dann verläuft der ganze Willensakt rein innerlich. Dies ist der Fall, wenn der Wille sich auf ein Denken richtet, wenn man z. B. sich einen Namen ins Gedächtnis zurückrufen, oder dann wenn man einen Trieb unterdrücken will. Wer trinken will, aber aus Furcht vor einer Erkältung sich zurückhält, das vor ihm stehende Glas Wasser zu ergreifen und seinen Durst zu stillen, der „will“ ebenso wie jener, der seine Muskel in Bewegung setzt, um zu trinken.

Der Wille in dem bisher entwickelten Sinne ist stets ein bewußter¹⁾. Ein unbewußter Wille muß daher „als *contradictio in adjecto* bezeichnet werden .

Um zu einem vollständigen Begriffe des Willens zu gelangen, bedarf es noch einer Abgrenzung desselben gegenüber dem „Wünschen“, eine Scheidelinie, die speziell in juristischen Erörterungen eine gewisse Rolle gespielt hat. Damit von einem Wollen im eigentlichen Sinne und nicht bloß von einem Wünschen die Rede sein kann, muß im Bewußtsein die Vorstellung eines zur Bedürfnis- oder Triebbefriedigung geeigneten künftigen Vorganges oder Zustandes verbunden sein mit einer eigenen Aktivität des Wollenden. Wenn kein bloßes Wünschen vorliegen soll, muß man die Vorstellung haben, das Künftige entweder selbst kausal — durch eine Körperbewegung — herbeizuführen oder doch den Eintritt dieses künftigen Zustandes oder Vorganges, sofern er unabhängig vom Wollenden verursacht wurde, durch eine eigene positive Tätigkeit: Hinwegräumen eines Hindernisses zu ermöglichen. Dies sei mit ein paar Worten näher erläutert. Man „will“ nicht, aber man „wünscht“, daß die Sonne aufgehe, weil man die Befriedigung des Bedürfnisses nach Tageslicht positiv wie negativ von seiner eigenen Tätigkeit unabhängig weiß. Das Aufgehen der Sonne wird wohl als ein künftiger, zur Befriedigung eines Triebes geeigneter Vorgang vorgestellt, dennoch ist diese Vorstellung nicht Inhalt eines

1) Vgl. SIGWART, a. a. O. S. 118.

Wollens, sondern eines bloßen Wünschens, weil es im Bewußtsein an der Vorstellung einer eigenen Aktivität fehlt, weil der Wollende weder den Eintritt dieses Künftigen durch sich selbst verursacht weiß noch auch irgendein diesem Eintritte möglicherweise entgegenstehendes Hindernis selbst wegzuräumen oder nur wegräumen zu können glaubt. Allerdings muß betont werden, daß Wünschen und Wollen sich nicht etwa nach der objektiven Möglichkeit oder Unmöglichkeit, die Triebbefriedigung durch eigene Tätigkeit herbeizuführen (resp. den Niehteintritt zu verhindern) scheidet. Es kommt lediglich auf die subjektive Meinung an. Wer etwas als Mittel seiner Bedürfnisbefriedigung vorstellt und im irrümlichen Glauben, es nicht herbeiführen zu können, auf eine eigene Aktion verzichtet, wünscht bloß, obgleich er wollen könnte; und umgekehrt, wer etwas herbeiführen zu können glaubt, obgleich es tatsächlich für ihn unmöglich ist und in diesem irrigen Glauben selbst tätig wird, will, wenngleich er vernünftigerweise bloß wünschen sollte, wie der berühmte Hahn, der durch sein Krähen den Sonnenaufgang zu bewirken glaubte, auch wirklich will, daß die Sonne aufgehe. Schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung zwischen Wollen und Wünschen in jenen Fällen, in denen die eigene Aktivität nicht in einem körperlichen Akte wirklicher oder vermeintlicher Verursachung des künftig als Mittel der Triebbefriedigung Vorgestellten, sondern lediglich in der Hinwegräumung eines dem erwarteten Erfolge dazwischentretenden Hindernisses besteht, zumal wenn dieses Hindernis kein äußeres, sondern ein inneres ist, d. h. ein auf die Verhinderung des unabhängig vom Wollenden verursachten Erfolges gerichteter Trieb. Unterläßt man auf einer Wanderung an einem schwülen Sommertage während eines plötzlich niedergehenden Gewitterregens, unter ein schützendes Dach zu treten, so ist es quaestio facti, ob man naß werden „will“ oder es „wünscht“ oder keines von beiden tut. Ist einem das Naßwerden überhaupt kein Mittel zu einem Zwecke, dann ist das letztgenannte der Fall. Stellt man aber das Naßwerden als Mittel zur Abkühlung, also als Abwehr der mit Unlust verbundenen Hitze vor, dann ist ein Doppeltes möglich. Entweder man läßt den Regen gerne über sich ergehen, ohne etwas zur Erreichung dieses Zweckes selbst zu tun; man ändert in diesem Falle seine bisherige Zweckmäßigkeit keineswegs, wandert z. B. ruhig weiter, um das unabhängig vom Regen und Naßwerden gesetzte Ziel, die Erreichung eines Ortes, zu verfolgen. Oder aber man geht, statt wie man ursprünglich vorhatte, halt zu machen, weil man ein Wanderziel für heute schon erreicht hat, nur deshalb weiter, um angeregt zu werden. Nur im letzteren, nicht aber auch im ersteren Falle ist jene spezifische Aktivität ge-

geben, vermöge welcher die Vorstellung des Naßwerdens als Inhalt eines Wollens, nicht eines bloßen Wünschens gelten muß. Nicht wesentlich anders liegt der Fall, wenn man während einer Wanderung von einem Gewitterregen überrascht, den unmittelbar aufsteigenden Trieb, sich unterzustellen (etwa um die Kleider vor Nässe zu schützen) durch einen besonderen psychischen Akt unterdrückt und, um sich abzukühlen, weiterwandert, d. h. seine Wanderung und damit die Verfolgung des ursprünglich eingeschlagenen Zieles nicht unterbricht. Äußerlich scheint dieser Fall sich nicht von jenem zu unterscheiden, bei dem der Wanderer, ohne seine bisherige Zweckthätigkeit zu ändern, sein Abkühlungsbedürfnis durch das Naßwerden befriedigt und, mangels eigener Aktivität, dieses Resultat zwar wünscht, aber nicht will. Allein gerade insofern ist prinzipiell ein Unterschied gegeben, als jetzt eine eigene Aktivität des Wanderers vorliegt, jener innere, die Unterdrückung des auf Schonung der Kleider gerichteten Triebes bewirkende Akt, der in Verbindung mit der Vorstellung des Naßwerdens als des zur Befriedigung eines Triebes geeigneten Mittels, eben dieses Naßwerden zum Inhalte eines Wollens macht. Die eigene Aktivität des Wollenden besteht hier nicht in der Verursachung des erwarteten Erfolges, sondern lediglich in der Wegräumung eines den Erfolg vereitelnden Hindernisses.

Faßt man das bisher Gesagte zusammen, dann hat als gewollt im psychologischen Sinne der in Verbindung mit einer eigenen Aktivität als Mittel zur Beseitigung eines Strebens vorgestellte Zustand oder Vorgang zu gelten.

Als Gegenstand des Willens erscheint somit von vornherein nicht das Endziel des durch die Vorstellung des Zweckes qualifizierten Strebens — dies ist ja die Befriedigung des Strebens — sondern ein Mittel zu dieser Befriedigung.

Ist dieses Mittel ein äußerer Vorgang oder Zustand, der nicht schon in einer eigenen Körperbewegung besteht, dann ist dieses Mittel regelmäßig selbst wieder nur durch eine Reihe von Mitteln z. B. kausalen Zwischengliedern herbeizuführen. Insofern nun eines dieser zur Herbeischaffung des Zweckes nötigen Zwischenmittel als solches d. h. als Mittel zum gewollten Zwecke vorgestellt ist, muß auch dieses als gewollt im strengsten Sinne gelten. Allerdings nur insofern, als es tatsächlich in diesem Sinne bewußt geworden ist. Ist dies nicht der Fall, dann kann auch von einem Gewolltsein dieses Mittels nicht gesprochen werden. Einmal als zur Herbeiführung des gewollten Zweckes nötig, d. h. als Mittel vorgestellt, ist es auch dann gewollt, wenn der Eintritt desselben etwa nicht ohne Bedauern vorausgesehen wird. Will jemand einen Apfel vom Baume

holen, und sieht er, daß dies nicht möglich ist ohne einen Zweig abzubrechen, dann will er eben auch diesen Zweig brechen, selbst wenn es ihm noch so leid tut. Hat er jedoch das Brechen des Zweiges nicht vorausgesehen, vorgestellt, dann hat er es auch nicht gewollt, selbst wenn er es noch so leicht — schon bei der geringsten Überlegung — hätte vorhersehen können oder sollen.

Gleich hier sei darauf aufmerksam gemacht, daß den Gegenstand der psychologischen Betrachtung, die eine rein explikative ist, ausschließlich das wirkliche Sein — und niemals das Sollen — bildet und daß man sich nicht peinlich genug vor der beim Willensproblem allerdings naheliegenden Verquickung beider Standpunkte hüten muß.

Ist der zur Befriedigung eines Strebens vorgestellte Zustand oder Vorgang negativ bestimmt, d. h. besteht er in dem Unterbleiben, Nichteintreten eines Künftigen, dann ist die Frage, wann und inwieferne ein Wille im psychologischen Sinne vorliege, nicht immer leicht zu beantworten.

Zunächst muß festgestellt werden, daß das Wollen eines Negativen möglich und durchaus nicht identisch ist mit einem Nicht-Wollen. Wer einen Säbelhieb pariert, will: nicht getroffen werden. Das Endziel seines Strebens ist die Abwehr eines möglichen Unlustgefühles (herbeigeführt durch Verletzung); als Mittel zur Befriedigung dieses Triebes wird vorgestellt: Nicht getroffen zu werden. Das ist der Inhalt seines Wollens. Zur Herbeiführung dieses Mittels wird eine eigene Armbewegung vorgestellt, die im gleichen Sinne gewollt wird. Das „Nichtgetroffenwerden“ ist gewollt, denn es ist als Mittel zur Befriedigung eines Strebens vorgestellt und zwar in Verbindung mit einer eigenen Aktivität. Fehlt es an dieser eigenen Aktivität bei der Vorstellung des Nichteintretens eines Künftigen als Triebbefriedigung, liegt kein Wollen, sondern bloß ein Wünschen des negativen Tatbestandes vor¹⁾. Der prinzipielle Unterschied, der zwischen Wollen und Verursachen einer Tatsache besteht²⁾, rechtfertigt, daß ein Negatives, ein Nichtgeschehen wohl gewollt, nicht aber verursacht werden kann. Denn ein Kausalnexus kann nur zwischen zwei Veränderungen bestehen, bewirkt kann nur ein positives Geschehen werden³⁾.

Ist ein künftiger Zustand oder Vorgang, mag er nun positiv oder negativ bestimmt sein, zwar vorausgesehen, aber völlig gleichgültig, d. h. nicht als Mittel zur Befriedigung eines Strebens vorgestellt, liegt mangels eines Strebens auch kein Wille vor. Daran ändert auch das Bewußtsein nichts, daß dieser vorausgesehene, nicht durch den

1) SIGWART, a. a. O. S. 162. 2) Vgl. dazu unten S. 116 u. 153 ff.

3) Vgl. dazu unten S. 119.

eigenen Willen veranlaßte Erfolg durch eigenes Tun verhindert werden könnte ¹⁾.

Ein bloß vorausgesehener, d. h. nicht als Mittel zur Befriedigung vorgestellter Erfolg ist niemals gewollt. Insbesondere aber auch dann nicht, wenn das Bewußtsein vorhanden ist, daß die — mögliche — Verhinderung des vorgestellten Erfolges etwa rechtlich oder sittlich geboten, gesollt ist. Was ich, weil es mir gleichgültig ist, geschehen lasse, habe ich nicht gewollt. „Gleichgültig“ ist mir ein vorgestellter Zustand oder Vorgang dann, wenn er in keiner Weise Unlust oder Lust zu vermitteln verspricht; auch in diesem Falle ist die Gefahr vorhanden, durch Erwägungen rechtlich-moralischer Natur die psychologische Betrachtung zu trüben. Dieser Gefahr sind alle jene unterlegen, die das Bewußtsein, einen lediglich vorausgesehenen Erfolg verhindern zu sollen, als genügendes Kriterium dafür ansehen, diesen so vorausgesehenen nicht verhinderten Erfolg als gewollt zu betrachten. Allerdings mag es unter Umständen fraglich sein, ob das Bewußtsein eines Verhindern-Sollens die Vorstellung des zu verhindernden Erfolges „gleichgültig“ läßt. Wo das Bewußtsein des Sollens nichts anderes als das Innewerden eines auf das gesollte Verhalten gerichteten Triebes ist — wie das Sollen der autonomen Moral — da bedarf es, unterbleibt die Verhinderung, einer besonderen Unterdrückung dieses Triebes, eines inneren Vorganges, der als Mittel zur Befriedigung eines andern, dem Moraltrieb entgegenstehenden Strebens vorgestellt wird. Der Erfolg, den zu verhindern es einen treibt, ist gewiß nicht mehr gleichgültig. Als „gewollt“ erscheint er auf Grund folgender Erwägung: Wer den Zweck will, will auch alle vorgestellten Mittel zu diesem Zwecke. Wer den moralischen Impuls zur gesollten Verhinderung des vorausgesehenen Erfolges unterdrückt, tut dies, weil ihm diese Unterdrückung als Mittel zu irgend einem anderen gewollten Zwecke nötig ist. Allein er will nicht nur die Unterdrückung, sondern alles, was vorausgesehenermaßen mit ihr notwendig verbunden ist; dazu gehört aber auch das Eintreten des zu verhindernden Erfolges. Das Eintreten dieses Erfolges ist ihm daher bewußtes Mittel zu einem gewollten Zweck — also mitgewollt ²⁾.

Allein das Bewußtsein des Sollens muß durchaus nicht immer verbunden sein mit einem Triebe zum gesollten Verhalten. Moralisch indifferente Individuen, bei denen die Stimme des Gewissens schweigt, werden sich der sittlichen Gebote lediglich als objektiver, für sie bedeutungsloser, von ihnen nicht anerkannter Normen bewußt. Und dies ist vollends der Fall bei den Normen des Rechtes. Man mag

1) SIGWART, a. a. O. S. 165.

2) Vgl. SIGWART, a. a. O. S. 166.

vom Standpunkte einer autonomen Moral als Norm nur gelten lassen, was der sittlichen Disposition des Menschen entspringt, mit einer immanenten Kraft der Motivierung begabt ist; die heteronome Natur des Rechtes läßt eine solche subjektivistische Auffassung seiner Normen nicht zu. Wenn auch der Zweck der Rechtsnormen in ihrer motivierenden Wirkung auf die menschliche Psyche, d. h. in der Erzeugung eines Impulses zum rechtlichen Verhalten zu erblicken ist, so ist doch diese Wirkung keine wesentliche, und der Rechtssatz behält auch dann seine Qualität, wenn er im Bewußtsein des Subjektes eine solche Wirkung nicht auslöst. Die Vorstellung eines Rechtssatzes, der einen bestimmten äußeren Erfolg zu verhindern verpflichtet, das Bewußtsein dieses rechtlichen Sollens kann sehr wohl ohne den geringsten Trieb zu dem vorgeschriebenen rechtlichen Verhalten auftreten. In solchem Falle bedarf es auch durchaus keines besonderen Willensaktes, um die Verhinderung zu unterlassen. Es ist daher weder die Unterlassung noch deren vorausgesehener Erfolg gewollt. Das Unterlassen einer Körperbewegung und im Zusammenhange damit der durch das Unterlassen nicht verhinderte, vorausgesehene Erfolg kann also unter Umständen gewollt sein, muß es jedoch nicht ¹⁾.

Wird ein vorausgesehener, nicht durch den eigenen Willen herbeigeführter Erfolg als Mittel zur eigenen Bedürfnisbefriedigung vorgestellt, muß er dann als gewollt — wenn auch nicht durch den eigenen Willen verursacht — gelten, wenn die Vorstellung der eigenen Aktivität irgendwie hinzutritt. Dies ist dann der Fall, wenn ein Trieb zur Verhinderung des vorausgesehenen Erfolges durch eigenen Willensakt unterdrückt wird. Fehlt es an solchem Triebe und daher an einem unterdrückenden Willensakte, dann ermangelt es jeglicher Vorstellung eigener Aktivität, und dann ist der wohl vorausgesehene, als Mittel der eigenen Bedürfnisbefriedigung vorgestellte Erfolg lediglich als gewünscht, nicht als gewollt zu betrachten ²⁾.

Gewollt kann nur ein wirklich Vorgestelltes und zwar als Mittel zur Befriedigung eines Strebens Vorgestelltes sein. Daß dasjenige, was überhaupt nicht vorgestellt, auch nicht gewollt wird, ist für die psychologische Betrachtung selbstverständlich und muß nur darum besonders betont werden, weil — wie später noch näher zu zeigen — gerade von juristischer Seite häufig etwas anderes behauptet wird.

Auch nur mit Rücksicht auf die rechtliche Bedeutung ist der Fall zu erwähnen, daß ein gewollter Zustand oder Vorgang mit

1) Vgl. die treffenden Ausführungen von RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Berlin 1901. S. 132 ff.

2) Vgl. dagegen SIGWART, a. a. O. S. 165.

Folgen verbunden ist, die zwar als möglich, nicht aber als notwendig vorgestellt werden. Schon früher wurde gezeigt, daß die zur Herbeiführung eines gewollten Zweckes als notwendig vorgestellten Mittel als mitgewollt zu gelten haben. Dies gilt natürlich nicht nur für die zwischen der Körperbewegung und dem gewollten Zwecke gelegenen kausalen Mittelglieder, sondern auch für die kausalen Folgen des gewollten Zweckes oder irgend eines Mittelgliedes, von dem ja selbst möglicherweise zahlreiche Kausalreihen ausgehen. Alle diese als notwendig eintretend vorgestellten Folgen sind gewollt. Die als bloß möglich vorgestellten Folgen können nicht als gewollt betrachtet werden, schon deshalb nicht, weil — wie SIGWART¹⁾ treffend bemerkt — eine solche Annahme zu der Konsequenz führen müßte, daß man Entgegengesetztes zugleich wollen kann, was unmöglich ist. Wer z. B. eine Forschungsreise macht, weil er den Nordpol erreichen will und weiß, daß er möglicherweise unterwegs erfrieren wird, der will nicht erfrieren, sondern den Nordpol entdecken, und kann nur das eine oder das andere wollen, da beides sich ausschließt.

Fragt man sich, in welchem Verhältnisse das Kausalgesetz zum psychologischen Begriffe des Wollens steht — ohne dabei das Problem der Freiheit oder Unfreiheit des Willens zu erörtern — ist folgendes zu bemerken: Gewollt im psychologischen Sinne ist stets nur der Inhalt einer Vorstellung. Das mit dem Inhalte dieser Vorstellung konforme tatsächliche Geschehen ist überhaupt nicht als „gewollt“, sondern unter Umständen — und auch das nicht immer — als durch den Willen verursacht zu betrachten.

Darum ist es auch unrichtig, den Willen als Ursache der Körperbewegung schlechtweg zu definieren, wie dies bei zahlreichen Juristen²⁾ geschieht. Denn es gibt Körperbewegungen, deren Ursache ein Wille ist, und die doch nicht „gewollt“ sind. Treffend führt SIGWART³⁾ aus, daß, wer mit dem Hammer auf den Finger schlägt statt, wie er wollte, auf den Kopf des Nagels, wohl eine willkürliche Bewegung ausführt, ohne sie gewollt zu haben, d. h. seine Bewegung ist durch den Willen verursacht, aber nicht „gewollt“, weil nicht mit der Vorstellung des Willens in Übereinstimmung. Ein anderes ist die vorgestellte, gewollte, und die wirklich ausgeführte Bewegung.

Ist ein vorgestellter Vorgang oder Zustand gewollt, dann ist das tatsächliche Eintreten oder Nichteintreten desselben für die Willensfrage gleichgültig. Ob ein gewollter äußerer Erfolg so eintritt, wie er beabsichtigt ist, das hängt von der Richtigkeit der Vorstellung ab,

1) a. a. O. S. 156 ff.

2) Als Begründer dieser Auffassung haben ZITELMANN und BEKKER zu gelten. Vgl. unten S. 146.

3) a. a. O. S. 177.

die der Wollende von dem kausalen Zusammenhange in der Außenwelt hat. Soll der Erfolg durch die eigene Körperbewegung kausal herbeigeführt werden, dann bleibt er gewollt, auch wenn er tatsächlich infolge unvorhergesehener Zwischenwirkungen unterbleibt. Der nicht vorhergesehene Erfolg jedoch ist niemals gewollt, selbst wenn er durch die Körperbewegung des Wollenden, resp. letztlich durch die Gehirnvorgänge des Wollens verursacht wurde. Treffend sagt SIGWART a. a. O. S. 179: „Wenn infolge meiner Unkenntnis der wirklichen Lage und Beschaffenheit der Dinge, auf welche meine Bewegung sich richtet, etwas anderes aus meiner Bewegung hervorgeht, als ich berechnet und gewollt habe: so habe ich das allerdings mittelbar durch meine Bewegung verursacht, aber ich habe es nicht gewollt, und es ist kein Widerspruch, daß ich verursache, was ich nicht will, und will, was ich nicht verursache“¹⁾.

Für die Frage nach dem Inhalte eines Willens, nach dem, was gewollt ist oder als gewollt zu gelten hat, ist der tatsächlich in der Außenwelt sich vollziehende Kausalablauf bedeutungslos. Deshalb, weil irgend ein Erfolg kausaliter durch eine willkürliche Bewegung hervorgerufen wurde, ist er noch keineswegs als „gewollt“ zu betrachten. Denn gewollt ist überhaupt nur der vorgestellte Erfolg und auch die kausale Verursachung desselben kommt für den Begriff des Willens nur insoferne in Betracht, als sie in der Vorstellung des Wollenden gegeben ist. Der vorgestellte — in Wirklichkeit vielleicht gar nicht vorhandene — Kausalnexus zwischen der eigenen Körperbewegung und dem gewollten Erfolge ist also für die Entstehung des Willens und die Entscheidung der Frage nach seinem Inhalte maßgebend.

Es muß scharf geschieden werden zwischen dem, was gewollt ist, und dem, was kausal durch den Willen resp. die willkürliche Bewegung verursacht wurde²⁾. Jeder Versuch, den Inhalt des als Willen bezeichneten, rein psychischen Aktes nach den durch das Wollen kausal bewirkten Folgen zu bestimmen und nicht ausschließlich und allein nach der Vorstellung, die mit dem Streben assoziiert ist, muß, wie SIGWART treffend bemerkt, den psychologischen Begriff des Wollens zerstören und ein Abstraktum schaffen, das in unserem Bewußtsein nirgends vorkommt³⁾.

Die Unabhängigkeit des Willensinhaltes von dem tatsächlichen Kausalablaufe erhellt in allen jenen Fällen, wo etwas als gewollt betrachtet werden muß, ohne daß der einer Vorstellung entsprechende äußere Erfolg kausal durch die eigene Bewegung herbeigeführt wurde.

1) Vgl. auch die damit im Wesen übereinstimmenden Ausführungen von RADBRUCH, a. a. O.

2) Vgl. SIGWART, a. a. O. S. 185.

3) a. a. O. S. 177

Dies zeigt sich besonders bei jenen Unterlassungen, die zugleich mit den nicht verhinderten Erfolgen als gewollt betrachtet werden. Der Erfolg, dessen Verhinderung unterlassen wurde, kann nicht als kausale Folge der Unterlassung betrachtet werden. In der Welt des tatsächlichen Geschehens kann ein Nichts nicht Ursache von Etwas, nämlich einer Veränderung sein. Es hieße den Begriff der Ursache ins Ungeheuere erweitern, wollte man den Nichteintritt möglicher Verhinderungen zur Ursache rechnen. In der Welt des von dem Kausalgesetz beherrschten wirklichen Geschehens gibt es aber keine Möglichkeiten, sondern nur Wirklichkeiten. Ist etwas nicht erfolgt, konnte es überhaupt nicht erfolgen, war es niemals möglich und schien nur unzulänglicher Voraussicht so. Niemand wird aber bezweifeln, daß das Nichteintreten unmöglicher Hindernisse nicht als Ursache gelten kann¹⁾.

Wenn dagegen SIGWART²⁾ die bewußt gewollte Unterlassung des Menschen als kausal nach außen wirkend gelten lassen will und den bei gewollter Unterlassung der Verhinderung eingetretenen Erfolg nicht nur als gewollt, sondern auch als kausal bewirkt bezeichnet, scheint er selbst die von ihm so scharfsinnig hervorgehobene Unterscheidung von wollen und verursachen zu vergessen. SIGWART sagt, daß man gewollt haben kann, was man nicht verursacht hat, und behauptet³⁾ vom Maschinisten, der Dampf in die Lokomotive eingeleitet hat und nun selbst untätig die Maschine arbeiten läßt, daß er die Bewegung der Maschine wolle und bewirke, wenn er etwa am Ziele es mit Bewußtsein unterlasse, die Maschine zum Stehen zu bringen! Und wenn SIGWART sagt: „Der Steuermann eines Dampfers, dem ein Segelschiff in den Weg kommt und der mit Bewußtsein unterläßt auszuweichen, wird mit Recht als derjenige bezeichnet, der den Zusammenstoß und seine Folgen verschuldet hat, obgleich für die mechanische Betrachtung er nichts getan hat und die Gewalt des Zusammenstoßes Folge der Dampfkraft ist, die Begegnung der Schiffe überhaupt aber zufällig, der Lauf eines jeden durch weit auseinander laufende Ursachen bestimmt war“ — dann kann ihm der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß ihm eine spezifisch ethische Betrachtung, die den Steuermann „mit Recht“ als denjenigen bezeichnet, der den Zusammenstoß „verschuldet“ hat, den Blick trübt. Der Steuermann mag den Zusammenstoß gewollt, er mag ihn auch verschuldet, er kann ihn aber niemals verursacht haben — solange er nichts getan hat. Für die „mechanische Betrachtung“ — und das ist die des kausalen Zusammen-

1) Vgl. damit übereinstimmend RADBRUCH a. a. O. S. 132.

2) a. a. O. S. 190.

3) a. a. O. S. 192.

hanges — ist das Verhalten des Steuermannes ein Nichts, also auch keine Ursache. Man kann wollen, sich einen Zweck setzen und einen Zweck erreichen, ohne ihn zu verursachen.

Der Begriff einer negativen Ursache (Bewirken durch Unterlassen), der hier auf das entschiedenste zurückgewiesen wird, ist sicherlich, wie das SIGWARTSche Beispiel zeigt, zum großen Teil auf die Verquickung der explikativen mit der normativen Betrachtung zurückzuführen. Dafür spricht schon die Tatsache, daß es vornehmlich Juristen und zwar Kriminalisten sind, die auf alle mögliche und unmögliche Weise bemüht sind, ein kausales Bewirken durch Unterlassen zu beweisen, so FEUERBACH, KRUG, LUDEN, GLASER, MERKEL, BAR, BURL, BINDING und viele Neuere. Der schwere Irrtum, daß alle Zurechnung durch einen Kausalnexus hergestellt werde, zwingt natürlich zu den abenteuerlichsten Konstruktionen. Deutlich zeigt sich diese für den Stand der wissenschaftlichen Jurisprudenz tief beschämende Methodenlosigkeit bei jenen Autoren¹⁾, welche die Lehre vertreten, eine Unterlassung wirke dann kausal, wenn man zur Ausübung der unterlassenen Handlung verpflichtet sei!²⁾ Kann die mangelnde Erkenntnis des primitiven

1) Z. B. v. ROHLAND, Die Kausallehre des Strafrechtes. 1903 S. 41: „nur insoweit eine Rechtspflicht besteht, auf Grund deren ein Handeln erwartet werden durfte, z. B. wegen vorhandener Amts- oder Berufspflicht, ist die Unterlassung kausal.“

2) Vgl. darüber sowie über die ganze Lehre vom „Bewirken durch Unterlassen.“ HORN, Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht. 1893. S. 68ff. Die Kausalität der Unterlassung verwirft auch auf das entschiedenste: TRÄGER, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904. S. 61ff. Treffend bemerkt dieser a. a. O. S. 63, daß der vulgäre Sprachgebrauch, der unter Umständen das Ausbleiben eines Ereignisses kausal für einen bestimmten Erfolg nennt, wenn man z. B. sagt, daß das Ausbleiben des Regens das Verdorren des Grases verursacht habe, „ungenau, ja streng genommen völlig falsch ist.“ „Denn das Nichtregnen, ein nicht stattgehabtes Ereignis, d. h. ein „Nichts“ kann nicht zu den Faktoren gerechnet werden, die den Erfolg, das Verdorren des Grases, herbeigeführt haben. Ursache einer Veränderung sind die den Dingen (Substanzen) innewohnenden Kräfte in ihren zeitlich-räumlichen Relationen. Das Nichtregnen ist weder eine den Dingen innewohnende Kraft, noch stellt es als ein nicht existierendes Etwas eine zeitlich-räumliche Relation von Kräften her. Eine solche Relation hat vielmehr ein andres wirklich eintretendes Ereignis hergestellt, z. B. der während längerer Zeit wehende Ostwind, der die Wolken verjagte und es erst ermöglichte, daß die Sonnenstrahlen ihre volle Kraft entfalten konnten. Dieses positive reale Ereignis ist also einer der Faktoren für den eingetretenen Erfolg, nicht aber ein nicht existierendes Etwas, eine negative Kraft, wie man auch das Ausbleiben von derartigen Ereignissen genannt hat; denn negative Kraft kennt die Wirklichkeit ebensowenig, wie sie Minus-Größen kennt, nur positive Größen und positive Kräfte existieren. Das alles erscheint so selbstverständlich, daß es schwer begreiflich ist, wie es je

Unterschiedes zwischen Sein und Sollen, explikativer und normativer Betrachtung noch unverhüllter zu Tage treten?

verkannt werden konnte.“ Es ist TRÄGER durchaus beizupflichten, wenn er nicht nur für das Gebiet des rein physischen Geschehens, sondern auch im Bereiche menschlichen Handelns das Unterbleiben eines Ereignisses resp. die Unterlassung einer Handlung nicht als Ursache eines Erfolges gelten läßt. Allein es kann ihm nicht mehr zugestimmt werden, wenn er als „unbestrittene und unbestreitbare Tatsache“ hinstellt, „daß auch dann jemand für einen Erfolg kausal gewesen ist, wenn er die Wirksamkeit einer Bedingung, die das Eintreten eines Erfolges aller Voraussicht nach verhindert haben würde, paralyisiert hat.“ Als Beispiele führt er an: „A. hat Feuer an eine Scheune gelegt und sich dann entfernt; der plötzlich auftretende Regen würde das Feuer, ehe es Schaden angestiftet hat, sicherlich löschen, wenn nicht der des Weges daher kommende B. seinen Regenschirm über das Feuer gespannt und so den Regen abgehalten hätte. B.s Handeln ist kausal für die Einäscherung der Scheune.“ „Das Gleiche gilt, wenn die beabsichtigte Tätigkeit eines hilfsbereiten Menschen vereitelt wird. Zum Beispiel A. will dem ertrinkenden X. den Rettungsball zuwerfen, B. hindert ihn an der Ausführung des Vorhabens. B.s Handlung ist gleichfalls kausal für den Tod des X.“ Allein weder die Tätigkeit des den Regen vom Feuer abhaltenden B. noch diejenige des den hilfsbereiten A. verhindernden B. liegt in einer Kausalreihe, die zu dem fraglichen Erfolge führt. Hier muß man sich vergegenwärtigen, daß jeder Erfolg nur durch das Zusammentreffen mehrerer Kausalreihen entsteht. Zu dem durch einen herabfallenden Ziegelstein herbeigeführten Tod eines Menschen laufen zwei Kausalreihen, die von einander unabhängig sind: die eine, die den Menschen zu jener Zeit an den bestimmten Ort führt, und die andere, die den Ziegelstein loslöst und herabfallen läßt. Wer die Stauvorrichtung öffnet, so daß der zurückgehaltene Bach sich in das Bett ergießt, in dem Kinder spielten, verursacht das Ertrinken der Kinder, denn sein Verhalten liegt in einer Kausalreihe, die sich mit jener andern trifft, die zu dem Druck des Wassers gegen die Hemmvorrichtung führt; durch die Vereinigung beider entsteht dann erst die Wirkung, zu deren weiteren Folgen der Tod der Kinder gehört. Das Wegräumen einer Hemmung gehört wohl zu den Ursachen der nunmehr tatsächlich abrollenden Reihe von Wirkungen. Nicht aber die Schaffung einer Hemmung oder das Verhindern einer Hemmung, das Paralyisieren eines Vorganges, der das Eintreten eines Erfolges möglicherweise verhindert hätte. Denn die Tätigkeit des B., der den A. verhindert, den ertrinkenden X. zu retten, liegt in einer Kausalreihe, die in keiner Weise sich mit jener berührt, die zu dem Tode des X. führt, kann daher nicht als eine der Ursachen für den Tod des X. gelten. Die Kausalreihe, welche vielleicht in jene andere hätte münden können, die zum Tode des X. führt, jene Reihe, in welcher der Rettungsentschluß des A. liegt, wird ja durch die Tätigkeit des B. abgebrochen, richtiger: abgelenkt; für die kausale Betrachtung kommt nur das tatsächlich Geschehene, nicht aber dasjenige in Rechnung, was vielleicht hätte geschehen können. Nur die übermächtige Vorstellung, daß der B. an dem Tode des X. „schuld“ ist, drängt den Juristen zu der Annahme, daß er auch Ursache sei, läßt ihn die normative Zurechnung mit der explikativen Kausalität verquicken. Eine lediglich nach der Kausalität orientierte Betrachtung des Geschehens, die frei ist von aller normativen Tendenz, die keine Schuld und keine Zurechnung kennt, die freilich gerade menschlichen Handlungen gegenüber nur sehr schwer konsequent durchzuführen ist, kann niemals das Verhalten des B. zu den Ursachen des Todes des X. rechnen.

V. Kapitel.

Der Wille im Privat- und Strafrecht.

Betrachten wir nunmehr, was der juristische Sprachgebrauch unter „Wille“ zu verstehen pflegt und was unter dem Gesichtspunkte juristischer Betrachtung als „gewollt“ zu gelten hat.

Dem psychologischen Willensbegriffe gegenüber fällt zunächst der Umstand ins Auge, daß für das Rechtsgebiet niemals eine Vor-

Diese ganze Kausalkette, in deren Ablauf die Tätigkeit des B. liegt, die zur Folge hat, daß A. (statt den Rettungsball zu werfen, wie er sich ursprünglich vorgenommen hat, was, weil nicht zur Ausführung gelangt, für die kausale Betrachtung überhaupt nicht existiert) in die Kajüte hinunter geht (etwa weil er das untätige Zusehen beim Ertrinken des X. vermeiden will), ist im Verhältnis zu dem Erfolge: Tod des X. kausal ebensowenig in Beziehung zu bringen, wie ein Vorgang auf der anderen Hälfte der Weltkugel. Es sind zwei einander nicht berührende Kausalreihen.

So reizvoll es wäre, hier dem Kausalbegriffe im Rechte nachzugehen, insbesondere aber die seltsamen Trübungen zu untersuchen, die dieser Begriff rein explikativer Struktur durch die normative Betrachtung der Jurisprudenz erfahren hat, so muß dennoch auf solches Unternehmen, das nicht in unmittelbarer Relation zu den Zielen dieser Arbeit steht, verzichtet werden. Auch ist an Schriften über die Kausalität in den verschiedenen Rechtsgebieten wahrhaftig kein Mangel. (Man vergleiche die gründliche Arbeit TRÄGERS, die einen guten Überblick über den Stand der Literatur gewährt.) Nur der folgenden ganz allgemeinen Bemerkung sei noch Raum gewährt. Es scheint, als ob die mangelnde Unterscheidung zwischen normativer und explikativer Methode manche Juristen angesichts der Tatsache, daß die Zurechnung keineswegs immer zwei kausal verbundene Elemente verknüpft, dazu veranlaßte, für die Rechtswissenschaft eine besondere Art von Kausalität zu adaptieren, eine spezifisch juristische Kausalität, die von der in den erklärenden Wissenschaften üblichen verschieden ist, dafür aber den Zwecken der normativen Rechtswissenschaft entspricht, d. h. mit der Zurechnung zusammenfällt. Als typisches Beispiel für diese Art von Argumentation, die natürlich aller wissenschaftlichen Methode ins Gesicht schlägt, diene, was HORN a. a. O. S. VII in seinem die Problemstellung fixierenden Vorworte sagt. Er fragt erst, was heißt Kausalität im Sinne der Philosophie und wirft dann die zweite Frage auf: „Was heißt Kausalzusammenhang im Sinne des Rechtes?“ Ja, er hält es ernstlich für möglich, daß für die Rechtswissenschaft ein anderer Kausalbegriff Geltung habe, als für die „Philosophie“, daß die Rechtswissenschaft etwas anderes an Stelle des von der Philosophie übernommenen Begriffes des Kausalzusammenhanges zu setzen weiß! Und tatsächlich gelangt HORN für das Recht zu einem Begriffe „subjektiver“ Kausalität, dessen wahre, akausale Natur sich sofort verrät, da er diese subjektive Kausalität in Klammer auch als „Verantwortlichkeit“ bezeichnet, was natürlich nur ein anderes Wort für „Zurechnung“ ist. Daß aber Kausalität und Zurechnung zwei prinzipiell verschiedene Verbindungsarten zwischen den Elementen bedeuten, geht aus den oben durchgeführten Untersuchungen zur Genüge hervor.

stellung als Gegenstand des „Willens“ in Betracht kommt, sondern äußere Vorgänge, Tatbestände.

Denn worauf es in der Jurisprudenz ankommt, ist die Verknüpfung äußerer Tatbestände mit den Subjekten. Nur ob ein äußerer Tatbestand vom Subjekte „gewollt“ oder nicht „gewollt“ wird, ist in der Rechtswissenschaft die Frage. Liegt kein solcher äußerer Tatbestand vor, hat der Jurist weder eine Veranlassung noch überhaupt eine Möglichkeit mit seinem Willensbegriffe in Aktion zu treten, da dieser Begriff für den Juristen gar keinen anderen Zweck hat, als eine spezifische Verknüpfung zwischen dem Subjekte (im Sinne von „Person“ und nicht von „Mensch“) und Vorgängen der Außenwelt herzustellen. Soweit es sich um rein innerliche in der Seele des Menschen ablaufende Prozesse ohne Rücksicht auf äußere Tatbestände handelt, liegt ausschließlich die Domäne der Psychologie vor, deren Gegenstand der Mensch ist, während die Jurisprudenz es mit Personen zu tun hat.

Nun hat sich gezeigt, daß äußere Vorgänge niemals als Inhalt der mit „Wille“ bezeichneten psychischen Tatsache, d. h. im psychologischen Sinne des Wortes als gewollt gelten können; — sofern man überhaupt eine Beziehung zwischen dem rein innerlichen Willensvorgänge und äußeren Tatbeständen herstellen zu müssen glaubt, können solche Tatbestände der körperlichen Außenwelt nur als durch den Willen und die von diesem ausgelöste Körperbewegung bewirkt gelten, wobei nicht vergessen werden darf, daß diese tatsächliche Kausalwirkung nach außen für die Beurteilung des innern psychischen Willensphänomens ohne Bedeutung ist. Es läge nun nahe, anzunehmen, daß rechtlich gewollt identisch sei mit dem, was wir als durch den Willen bewirkt erkannt haben; allein auch diese Annahme ist — wie sich später zeigen wird — unzulässig.

Schon in diesem Punkte also, in Bezug auf den Inhalt des Willens, zeigt sich eine prinzipielle Differenz zwischen dem, was die Psychologie und dem, was die Jurisprudenz als „Wille“ bezeichnet. Noch deutlicher wird diese Diskrepanz, wenn man den Willensbegriff in jenen besonderen Beziehungen aufsucht, in denen er auf den einzelnen Spezialgebieten der Jurisprudenz verwendet wird.

Wendet man sich zunächst dem Privatrechte zu, fällt einem sogleich der Unterschied auf, der zwischen dem, was rechtlich als Willensfähigkeit zu gelten hat und dem, was psychologisch die Fähigkeit, zu wollen bedeutet, besteht. Ohne hier auf das letzten Endes in die Natur des Persönlichkeitsbegriffes mündende Problem — das ja ein für das ganze Rechtsgebiet gemeinsames ist — einzugehen, sei lediglich festgestellt, daß es, die Identität des Willensbegriffes im

psychologischen und juristischen Sinne vorausgesetzt, schlechterdings unbegreiflich bliebe, wie die Fähigkeit, zu „wollen“, für das Rechtsgebiet nach anderen als rein psychologischen Kriterien beurteilt werden dürfte.

In seiner spezifisch privatrechtlichen Bedeutung erscheint aber der „Wille“ in der Lehre vom Rechtsgeschäft. Nach herrschender Meinung ist das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung. „Es wird der Wille erklärt, daß eine rechtliche Wirkung eintreten solle und die Rechtsordnung läßt diese rechtliche Wirkung deswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäftes gewollt ist“¹⁾. Die Bedeutung des sog. Willensdogmas tritt noch schärfer in der negativen Formulierung desselben zu Tage: das Rechtsgeschäft ist nichtig, d. h. die als gewollt bezeichnete Wirkung wird durch die Erklärung nicht erzeugt, „wenn das in derselben als gewollt Bezeichnete von dem Erklärenden nicht wirklich gewollt ist“²⁾.

Gleich jetzt muß konstatiert werden, daß sich in neuerer Zeit innerhalb der zivilistischen Literatur eine auffallende Opposition gegen das herrschende Willensdogma bemerkbar gemacht hat. Von den verschiedensten Voraussetzungen aus und mit den verschiedensten Argumenten wurden Bedenken gegen die Richtigkeit des oben dargestellten Grundsatzes vorgebracht, die bei den einzelnen Autoren zu einer mehr oder weniger weitgehenden Einschränkung seiner Geltung führen. Es fällt nicht in den Rahmen dieser Arbeit, auf die einzelnen gegen das Willensdogma gerichteten Theorien einzugehen. Es genügt festzustellen, daß das Gemeinsame derselben, wie WINDSCHEID sagt³⁾, darin liegt, daß sie auch der den wirklichen Willen nicht ausdrückenden Willenserklärung für gewisse Fälle rechtliche Wirkung beilegen, also mehr oder weniger die rechtliche Wirkung der Erklärung von der Existenz eines realpsychischen Wollens der Wirkung emanzipieren, und es ist nötig, auf die merkwürdige Parallelität hinzuweisen, in der sich diese Opposition gegen das zivilistische Willensdogma zu einer Strömung bewegt, die wider ein im Bereiche des Strafrechtes herrschendes Willensdogma gerichtet ist. Wenn hier zu zeigen versucht werden wird, daß der „Wille“, der in dem zivilistischen Willensdogma erscheint, sofern dieses Dogma überhaupt in irgend einem Umfange Sinn und Berechtigung haben soll — und daß es dies hat, wird hier vorausgesetzt, — etwas wesentlich anderes bedeutet, als die Psychologie mit diesem Worte besagt, so findet dieses Bemühen das stärkste Entgegenkommen gerade

1) WINDSCHEID, Pandekten I. 9. Aufl. S. 310/311.

2) WINDSCHEID, Wille und Willenserklärung. Leipzig 1878 S. 8.

3) Wille und Willenserklärung S. 4; vgl. auch Pandekten I S. 311 ff.

bei dem Hauptvertreter des Willensdogmas; freilich unbeabsichtigt, denn WINDSCHEID ist weit entfernt davon, unter seinem Willen etwas vom psychologischen Willen Wesensverschiedenes zu verstehen. Dennoch sagt er ausdrücklich¹⁾: „Das Wollen als innerer Seelenzustand ist dem Rechte gleichgültig. Es ist dem Rechte gleichgültig nicht bloß deswegen, weil das Recht keine Kunde von demselben hat, sondern deswegen, weil seine Qualität ihm nicht genügt.“ Nun ist psychologisch ein Wollen anders, denn als innerer Seelenzustand nicht denkbar, und die einzig mögliche Konsequenz der eben zitierten, völlig zutreffenden Behauptungen WINDSCHEIDS wäre offenbar die, daß der „Wille“ der Juristen seinem Wesen, d. h. seiner methodischen Struktur nach etwas ganz anderes sein muß, als eben jener innere Seelenzustand, der einzig als psychologischer Wille gelten kann und von dem WINDSCHEID mit Recht behauptet, daß er dem Rechte gleichgültig sei. Allein WINDSCHEID zieht keineswegs diese Konsequenz! Vielmehr läßt er sich, weil er die prinzipielle Verschiedenheit zwischen juristischer und psychologischer Methode übersieht, zu weiteren Behauptungen herbei, die weder psychologisch noch juristisch haltbar sind. Im Anschluß an das oben Zitierte sagt er: „Die Willensbewegung, welche im Innern beschlossen bleibt, ist eine unfertige; sie ist eine Welle, welche von der nächsten Welle verschlungen wird.“ Das ist psychologisch falsch, denn wenn das Wollen ein innerer Seelenvorgang ist, dann bedarf es zu seiner Vervollständigung keines äußeren Aktes. Der Willensakt ist fertig, schon bevor er eine Wirkung in der Außenwelt herbeigeführt hat, er ist auch ohne eine solche Wirkung möglich. Und was soll es bedeuten, daß dieser im Innern beschlossene, nicht nach außen getretene Willensakt eine Welle sei, die von der nächsten Welle verschlungen wird? Daß etwas einmal gewollt wurde, ist durch einen folgenden, inhaltlich entgegengesetzten Willensakt nicht aus der Welt zu schaffen, ebensowenig wie etwas äußerlich Geschehenes ungeschehen gemacht werden kann. Was soll es bedeuten, wenn WINDSCHEID fortfährt: „An solche Willensbewegung knüpft das Recht Folgen nicht an; es knüpft Folgen nur an die aus der Person hinausgesetzte, die der Außenwelt hingeebene Willensbewegung.“ Es geht doch nicht an, die durch den psychischen und als solchen auf das Innere beschränkten Willensakt verursachte Körperbewegung als Wille aufzufassen, oder, wie WINDSCHEID in seiner nicht sehr eindeutigen Terminologie versucht, die Muskelkontraktion und deren kausale Folgen in der Außenwelt zugleich mit dem inner-psychischen Akte als „Willensbewegung“ in

1) Wille und Willenserklärung S. 7.

einen Begriff zusammenzufassen. Es ist unzulässig, die „in die Außenwelt hingeebene Willensbewegung“ in der Willenserklärung zu erblicken und diese dann geradezu als „Wille in seiner sinnfälligen Erscheinung“¹⁾ zu bezeichnen. Der Wille als rein psychischer Vorgang hat keine sinnfällige Erscheinung und der Wille ist somit seinem Inhalt nach etwas anderes als das durch den Willen Verursachte. Wenn das Recht nicht an die im Innern des Menschen ablaufende Willensbewegung anknüpft, weil diese dem Recht unzugänglich ist, dann knüpft das Recht überhaupt nicht an einen Willen im psychologischen Sinne an.

Der Umstand, daß irgend ein Vorgang der Außenwelt unter dem doppelsinnigen Worte „Willensbewegung“ gedeckt und dadurch dessen prinzipielle Verschiedenheit von dem psychischen Willensakte verschleiert wird, enthebt WINDSCHEID von der Notwendigkeit, die von der Natur des psychologischen Willens verschiedene Struktur des juristischen Willens, so wie er im Willensdogma erscheint, zu präzisieren. In welchem Sinne aber der Terminus Wille aufzufassen ist, so wie er im Willensdogma erscheint, darauf wirft eine Bemerkung WINDSCHEIDS ein markantes Streiflicht. Wo er von der „Wirklichkeit des erklärten Willens“ als einem Erfordernis des Rechtsgeschäftes spricht, sagt WINDSCHEID²⁾: „Wenn jemand sagt: ich will, so wird solange angenommen, daß er wirklich wolle, bis aus objektiv erkennbaren Tatsachen sein Nichtwollen dargetan ist.“ Nun kann kaum durch eine andere Erklärung deutlicher einbekannt werden, daß es sich beim Willen des zivilistischen Willensdogmas um alles andere, nur nicht um einen Willen im psychologischen Sinne handelt! Denn wie könnte die Wirklichkeit eines realpsychischen Aktes durch das für die juristische Methode spezifische Mittel einer Präsumpcion festgestellt werden! Ob ein Willensakt wirklich vorliegt oder nicht, das kann anders als durch die Methoden der Psychologie — in diesem Falle durch Selbstbeobachtung — nicht festgestellt werden! Oder will jemand wirklich allen Ernstes glauben, daß sich psychische Tatsachen im Wege von Präsumpcionen oder Fiktionen konstatieren lassen? Dieser durchaus präsumptive oder fiktive Charakter des juristischen „Willens“ bietet an sich schon einen deutlichen Fingerzeig für seine außerhalb aller Psychologie zu suchende „Wirklichkeit“.

Prüft man das zivilistische Willensdogma auf sein Verhältnis zum psychologischen Willensbegriffe im Einzelnen, so ergeben sich unüberbrückbare Differenzen.

1) WINDSCHEID a. a. O. S. 7.

2) Pandekten I. S. 376 Anm. 1.

Es darf zunächst stark bezweifelt werden, ob der Wille der Parteien tatsächlich — so wie es das Willensdogma besagt — auf jene rechtlichen Wirkungen gerichtet sein muß, welche die Rechtsordnung an bestimmte Erklärungen der Partei anknüpft. Ohne auf den Begriff der Rechtswirkung hier näher einzugehen, möge darauf hingewiesen werden, daß die mitunter sehr komplizierten Bestimmungen der Rechtsordnung den Parteien sehr häufig gar nicht bekannt, geschweige denn von ihnen gewollt sein mögen, ohne daß dies die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge hätte. Die rechtsunkundigen Parteien wollen durch den Abschluß von Geschäften zunächst nur ein Tatsächliches und nichts Rechtliches, haben in ihrem bewußten Willen die Vorstellung von tatsächlichen und nicht rechtlichen Wirkungen, beim Kaufe z. B. die Erlangung eines Gutes und nicht die Entstehung, Veränderung oder den Untergang eines Rechtes, da der Wille auf Bedürfnisbefriedigung gerichtet ist und dieser das Gut nicht das Recht, die faktische, nicht die rechtliche Wirkung dient. Nur die rechtskundigen Parteien mögen mit der Vorstellung der tatsächlichen Wirkung auch die von der Rechtsordnung ausgehenden rechtlichen Wirkungen in ihrem Bewußtsein verknüpfen. Wenn der A dem B gegen Erhalt einer bestimmten Geldsumme deren Rückgabe nach einer bestimmten Zeit verspricht, so mag A den Erhalt der Geldsumme und deren Rückstellung nach bestimmter Zeit und B die Hingabe der Geldsumme und deren Rückerhalt als Mittel der Bedürfnisbefriedigung vorstellen, aber eine Vorstellung von Veränderungen des Eigentumsrechtes an der Summe und Entstehung eines Forderungsrechtes dürfte wohl nur der juristisch Gebildete dabei zum Inhalte eines Wollens machen. Wie viele Menschen kennen wohl überhaupt den Unterschied von Eigentums- und Forderungsrecht, machen sich überhaupt eine Vorstellung von den rechtlichen Veränderungen, die beim Darlehen oder gar beim Pfandvertrag vor sich gehen, und doch können alle diese Menschen Darlehen und Pfandverträge gültig abschließen. Die gelehrten Juristen gehen zu weit, wenn sie nicht bloß, wie der „Gesetzgeber“ allgemeine Gesetzeskenntnis, sondern auch Kenntnis der Rechtsbegriffe bei jedermann präsumieren. Sollte wirklich das Arbeiterweib, das ein Hausgerät zum Pfandleiher trägt, die Hervorbringung jener überaus komplizierten rechtlichen Wirkung wollen müssen, welche die Rechtsordnung an diesen Vorgang knüpft, damit der Pfandvertrag gültig sei?

Wenn jemand eine mündliche oder schriftliche Erklärung abgibt, in der er sich unter bestimmten Bedingungen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, so muß man — vom psychologischen Standpunkte aus — bei ihm zwei verschiedene Willen unterscheiden: 1. den

Willen, die Worte seiner Erklärung zu sprechen, zu schreiben, die betreffenden Zeichen zu machen, konkludente Handlungen vorzunehmen (falls es sich um keine ausdrückliche, sondern eine stillschweigende Erklärung handelt); und 2. den Willen, die in der Erklärung bezeichnete Handlung oder Unterlassung in futuro vorzunehmen. Dieser zweite Wille ist es, den das juristische Willensdogma im Auge haben muß, wenn sein Wille die so bezeichnete psychologische Tatsache ist. Dies kann jedoch keineswegs der Fall sein. Denn abgesehen davon, daß diese innere psychische Tatsache des Willens objektiv — und für die juristische Betrachtung könnte nur ein Objektives gegeben sein — schlechterdings unkontrollierbar ist, wird kein Jurist ernstlich daran denken, das wirkliche Vorhandensein des psychischen Willensvorganges zur Voraussetzung für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes zu machen. Sehen wir zunächst von irgendwelchen abnormalen Verhältnissen, wie Zwang, Irrtum, geistige Umnachtung u. ä. ab und nehmen wir an, daß die Erklärung frei und mit vollem Bewußtsein ihres Inhaltes abgegeben wurde, so ist zweifellos noch immer die Möglichkeit vorhanden, daß die Vorstellung des pflichtgemäßen Verhaltens durchaus nicht Inhalt eines darauf gerichteten Willens war. Zunächst ist möglich, daß geradezu das Gegenteil dessen gewollt ist, was tatsächlich erklärt wird! Man verspricht eine Zahlung und ist innerlich fest entschlossen, nicht zu zahlen, oder weiß, daß man wird gar nicht zahlen können! Nun hat man von jeher schon angenommen, daß eine reservatio mentalis das Rechtsgeschäft nicht ungültig mache. Diese Annahme bedeutet aber eklatant, daß das Willensdogma durchaus nicht auf dem Willen im psychologischen Sinne aufgebaut ist, daß das wirkliche Vorhandensein einer mit dem Streben assoziierten Vorstellung des pflichtgemäßen Verhaltens als eines Mittels zur Bedürfnisbefriedigung keineswegs Voraussetzung für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ist; der Grundsatz, daß die Mentalreservation beim Rechtsgeschäfte keine Beachtung findet, wäre die vollkommenste Aufhebung des Willensdogmas, wenn es sich bei diesem wirklich um den Willen im psychologischen Sinne handelte. Natürlich geht es nicht an, die Vernachlässigung der Mentalreservation — so wie es bei den Vertretern des psychologischen Willensdogmas üblich ist¹⁾ — als bloße Ausnahme von der Geltung des letzteren darzustellen; denn wann sollte das Dogma von der Ungültigkeit einer ohne den entsprechenden Willen erfolgten Erklärung eigentlich mehr Geltung haben als im Falle der beabsichtigten Differenz zwischen Wille und Erklärung? Und von prinzipieller Be-

1) Vgl. WINDSCHEID, Pandekten I. S. 376/79.

deutung ist die Methode, durch die Juristen das Willensdogma auch im Falle der Mentalreservation aufrecht erhalten: der Wille wird in jenen Fällen, in denen seine Existenz zwar nicht widerlegt, aber auch nicht bewiesen ist, wie hier, obgleich sein Fehlen behauptet wird, präsumiert. Diese Präsumption des Willens ist aber nur der deutliche Ausdruck der Tatsache, daß es beim Willensdogma auf den wirklichen realpsychischen Vorgang nicht ankommt.

Dem Falle, daß absichtlich das Gegenteil dessen erklärt, was wirklich gewollt wird, ist mit Rücksicht auf das Fehlen des erklärten Willens jener andere gleichzusetzen, der sich dadurch charakterisiert, daß man zwar weiß, nicht leisten zu können und daher auch einen Willen zur Leistung nicht hat, die Leistung aber dennoch verspricht. Dazu kommt noch der Fall, daß man innerlich im unklaren ist über die Möglichkeit und nur eventualiter, für gewisse Fälle wirklich entschlossen ist, sich vornimmt zu leisten, die Erfüllung also nur bedingt will, die Erklärung aber unbedingt abgibt. Endlich muß aber auch in Betracht gezogen werden, daß der Erklärende wohl die Erklärung abgeben will, um irgend einen Zweck zu erreichen, bezüglich des Inhalts seiner Erklärung aber, der ihm völlig bewußt ist, noch gar keinen Willen gefaßt hat, willensmäßig indifferent bleibt! Dies wird überaus häufig der Fall sein, wenn es sich um die Verpflichtung zu künftigen Leistungen handelt; in solchen Fällen wird ein Willensakt, eine Entschlußfassung bis zum Fälligkeitmomente aufgeschoben werden, im Augenblicke der Erklärung aber jedenfalls nicht vorhanden sein.

In allen diesen Fällen wird von einem Willen im psychologischen Sinne keine Rede sein können. Trotzdem sind die ohne solchen Willen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gültig und das Erklärte gilt rechtlich als gewollt.

Faßt man nun jene Fälle ins Auge, wo infolge eines bestehenden Irrtums oder Zwanges bei Abgabe der Erklärung das Rechtsgeschäft als ungültig betrachtet wird, so zeigt sich, daß diese Fälle, die auf den ersten Blick die Annahme zu stützen scheinen, daß ein Willen im psychologischen Sinne die Grundlage des rechtlichen Willensdogmas bilde, gerade den eklatanten Beweis des Gegenteils enthalten.

Der ganze Charakter der zivilistischen Irrtumslehre läßt erkennen, daß es auf den Willen im psychologischen Sinne ernstlich nicht ankommt. Nach herrschender Lehre liegt ein Irrtum vor, „wenn der Erklärende kein Bewußtsein davon hat, daß in der abgegebenen Erklärung etwas als gewollt bezeichnet ist, was er nicht will“¹⁾. Dies

1) WINDSCHEID, Pandekten I. S. 254.

ist jedoch nur dann möglich, wenn der Erklärende etwas anderes erklärt, als er tatsächlich erklären will. Denn, vorausgesetzt, daß ich etwas anderes will, als ich erkläre und mir dieser Differenz nicht bewußt bin, mußte ich doch dasjenige auch erklären wollen, was ich als rechtliche oder tatsächliche Wirkung wollte; denn wenn ich etwas anderes erklären will, als ich als rechtliche oder tatsächliche Wirkung will, so kann mir diese Differenz beider Willensinhalte, die Vorstellungsinhalte sind, nicht unbewußt bleiben. Wenn ich 100 künftig donationis causa jemandem geben will und tatsächlich mündlich oder schriftlich erkläre, 1000 geben zu wollen, so kann ich — wenn mir diese Differenz unbewußt sein soll — unmöglich diese Erklärung (1000 zu geben) wollen; denn wenn ich 100 geben will, und 1000 zu geben, erklären will, so kann dies, da beides in meiner Vorstellung gegeben sein muß, nicht ohne mein Bewußtsein geschehen.

Mit dieser notwendig aus der Tatsache, daß aller Willensinhalt nur Vorstellungsinhalt sein kann, sich ergebenden Erkenntnis steht allerdings die herrschende Lehre insofern in Widerspruch, als sie die bei dem Irrtume stattfindende Willensunwirklichkeit nach zwei verschiedenen Arten scheidet ¹⁾! „Entweder ist nur der in der Erklärungshandlung bezeichnete Willensinhalt nicht gewollt, während die Erklärungshandlung selbst gewollt ist oder es ist auch die Erklärungshandlung nicht gewollt.“ Allein die erst angeführte Gruppe von Fällen ist psychologisch unmöglich. Deutlich zeigen dies die hiefür angeführten Beispiele ²⁾: „Jemand unterschreibt eine Urkunde, von deren Inhalt er sich eine falsche Vorstellung macht, er bejaht eine Frage, die er falsch verstanden hat, er verwechselt eine sich vor ihm befindende Person oder eine Sache mit einer anderen.“ Während für die zweite Gruppe angeführt werden die Fälle des Versprechens, Vergreifens, Verschreibens. Bei näherem Zusehen jedoch ist psychologisch zwischen beiden Arten von Irrtümern kein wesentlicher Unterschied zu erkennen. Unterschreibt man z. B. in der Absicht, sich für 100 zu verpflichten, einen Schuldschein auf 1000 in der Meinung, daß er nur 100 enthalte, so will man keineswegs erklären, was man tatsächlich erklärt hat, nämlich 1000 zu zahlen, vielmehr will man nur erklären, was man zu erklären glaubt, d. h. zu erklären sich vorstellt, denn was man ohne Wissen erklärt, kann man nicht mit Willen erklären, da der Inhalt des Willens die Vorstellung, nicht aber die äußere Handlung ist, die durch den Willen zwar verursacht, aber niemals gewollt ist. Analog steht es mit den beiden anderen Beispielen, bei denen die Erklärungshandlung angeblich

1) WINDSCHEID, Pandekten I. S. 386.

2) WINDSCHEID, Pandekten I. S. 386.

gewollt und nur der in der Erklärungshandlung bezeichnete Willensinhalt nicht gewollt ist. Genau so wie beim Versprechen, Verschreiben usw. ist hier etwas anderes tatsächlich erklärt, als man erklären wollte.

Auf diese unbewußte Differenz zwischen dem, was man erklären wollte, und dem, was man wirklich erklärt hat, kommt es beim Irrtum in erster Linie an. Besteht zwischen dem, was man erklärt, und dem, was man erklären will kein Unterschied, dann liegt überhaupt kein Irrtum vor, dann ist es aber auch ganz gleichgültig, ob das, was mit Willen erklärt ist, auch gewollt wird, denn zwischen diesen beiden Momenten kann keine unbewußte Differenz bestehen, jede bewußte Differenz müßte aber als *reservatio mentalis* unberücksichtigt bleiben. Erklärt man aber etwas anderes, als man erklären will besteht also zwischen Erklärungswille und Erklärung eine Differenz, dann liegt ein Irrtum vor, und es bedarf keiner weiteren Frage mehr, ob auch zwischen dem, was man als rechtliche oder faktische Wirkung will, und dem, was man erklärt hat, also zwischen Geschäftswillen und Erklärung, eine Differenz besteht. Auch in der Irrtumslehre muß man sonach durchaus nicht auf jenen eigentlichen Parteiwillen zurückgehen, den das psychologische Willensdogma im Auge hat.

Von größter Bedeutung aber für die Qualifikation des Willensmomentes in der Irrtumslehre ist die Tatsache, daß keineswegs alle Irrtümer als gleichbedeutend anzusehen sind. Vielmehr wird nach herrschender Ansicht zwischen Irrtum und Irrtum unterschieden und diese Unterscheidung wird durchaus nicht nach psychologischen, sondern nach ethisch-politischen Gesichtspunkten vorgenommen. Ob die irrtümliche Willenserklärung (die einer anderen Person gegenüber abgegebene) nichtig ist oder nicht, ob sie rechtlich als gewollt zu gelten hat oder nicht, das hängt davon ab, ob der Irrtum ein entschuldbarer ist. Allein psychologisch betrachtet, stellt sich der entschuldbare wie der unentschuldbare Irrtum in gleicher Weise dar. Wer sich auf unentschuldbare Weise irrt, will ebensowenig erklären, was er tatsächlich erklärt hat, wie jener, der die Momente der Entschuldbarkeit für sich hat. Trotzdem gilt die Erklärung des einen rechtlich als gewollt und die des andern nicht. Aber auch im Falle des entschuldbaren Irrtums ist es für den Juristen einfach unmöglich, auf den wirklichen Willensakt zurückzugehen. Was er als „Irrtum“ berücksichtigt, sind gewisse äußere, d. h. dem Richter erkennbare Momente, die, falls sich der Erklärende auf sie beruft, ebenso nur zu einer Präsump tion des Nichtwollens führen, wie die Erklärung in andern Fällen zu einer Präsump tion des Wollens eines von ihr beinhalteten Verhaltens.

Auch die Untersuchung der Bedeutung, die der Zwang für das Rechtsgeschäft hat, führt zu den gleichen Resultaten. Hat jemand — um nur den psychischen Zwang zu berücksichtigen — unter dem Eindruck einer gefährlichen Drohung einen Schuldschein auf 1000 unterschrieben, so ist — Irrtum ausgeschlossen — ein Wille zum Unterschreiben, zur Erklärung, 1000 zahlen zu wollen, vorhanden. Ob der Wille, die 1000 zu zahlen, auch vorhanden ist, kann zweifelhaft sein. Es kann beides eintreten: Man kann entschlossen sein, wirklich zu zahlen, man kann aber auch das Gegenteil wollen — für die rechtliche Beurteilung ist dies jedoch völlig gleichgültig! Rechtlich gewollt ist, heutiger Auffassung nach, ein solches Geschäft nicht, wenn auch psychologisch ein Wille zur Erklärung stets vorhanden war, ein Wille zur Leistung zumindest vorhanden sein konnte! Wenn die Römer im Gegensatz zur heutigen Anschauung den Grundsatz vertraten: *coactus, tamen voluit* und auch beim Zwange einen verbindlichen Willen annahmen, so hat das nicht etwa die Bedeutung, daß sie eine unrichtige oder von unserer heutigen Erkenntnis verschiedene Anschauung der psychologischen Vorgänge beim Zwange hatten; der römisch-rechtliche Grundsatz kann ebensowenig wie der modern-rechtliche irgendetwas über die psychischen Vorgänge beim Zwange aussagen, ist doch die psychologische Situation in jedem Zwangsfalle eine andere und die Frage nach der Existenz eines Willens im psychologischen Sinne jedesmal anders zu beantworten. Die Differenz zwischen der römischen und der heutigen Behandlung des Willensmomentes beim Zwange beruht lediglich auf einer Verschiedenheit der juristischen Konstruktion. Weil der Römer das zwangsweise geschlossene Geschäft nicht als von vornherein nichtig, sondern lediglich als anfechtbar gelten ließ, resp. dem aus dem Zwang Berechtigten wohl eine *actio*, dem Gezwungenen aber eine *exceptio* gab, ließ er die erzwungene Erklärung als gültig d. h. als gewollt bestehen, denn sie erzeugte ein gültiges Rechtsgeschäft.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß es zahlreiche Fälle des Zwanges gibt, die vor der Rechtsordnung durchaus nicht als solche gelten, obgleich sie sich psychologisch nicht im geringsten von jenen unterscheiden, die rechtlich einen „Willensmangel“ begründen. Wer, vom Hunger getrieben, Lebensmittel auf Kredit kauft, d. h. ihre Bezahlung verspricht, handelt unter dem gleichen Zwange wie jener, der sie stiehlt; trotzdem wird im ersten Falle wohl kein Jurist das Geschäft für ungültig erklären, weil die Kaufserklärung erzwungen ist; und doch unterscheidet sich dieser Fall psychologisch nicht im geringsten von jenem, wo jemand, dem man mit dem Tode droht, eine Summe Geldes zu zahlen verspricht.

Das zivilistische Willensdogma stellt eine Gleichung auf zwischen der Qualität der Rechtsgültigkeit und der Gewolltheit eines Rechtsgeschäftes. Und wirklich läßt sich trotz aller Opposition, die das Willensdogma in neuerer Zeit erfahren hat, die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß die juristische Terminologie eine unüberwindbare und unausrottbare Tendenz aufweist, jedes gültige Rechtsgeschäft als gewollt aufzuzeigen. Der Nachweis, daß in zahlreichen Fällen gültiger Rechtsgeschäfte offenkundig ein entsprechender Wille im psychologischen Sinne fehlt, daß die Feststellung eines solchen Willens der Jurisprudenz mit ihren spezifischen Erkenntnismitteln schlechterdings unmöglich ist, hat nicht den Erfolg gehabt, das Willensdogma, das jedes gültige Rechtsgeschäft als ein gewolltes erklärt, zu vernichten. Und tatsächlich wohnt dem Willensdogma eine tiefere, von aller psychologischen Argumentation unanfechtbare Bedeutung inne. Wenn der Jurist überall dort, wo ihm der Psychologe das Fehlen eines die Wirkungen des Rechtsgeschäftes beinhaltenden Willens oder doch die Unbeweisbarkeit eines solchen unwiderleglich dargetan hat, die Existenz eines Willens fingieren zu müssen glaubt (und tatsächlich nicht nur in diesem, sondern in jedem Falle fingiert), wenn die das Willensdogma aufrecht erhaltende zivilistische Jurisprudenz zu dem Satze gelangt: „Es gibt jedoch auch Fälle, in denen ungeachtet des mangelnden Willens das Geschäft gilt, indem dessen Existenz kraft Gesetzes fingiert wird“¹⁾, so zeigt dies deutlich, in welcher Richtung die Lösung des Dilemmas zwischen Jurisprudenz und Psychologie zu suchen ist. Es wäre verfehlt, dem Willensdogma jede Bedeutung abzusprechen; der zähe Widerstand, den es den Argumenten der Psychologie leistet, verrät, daß es einem begründeten theoretischen Bedürfnisse entspringen muß. Nur das eine ist gewiß: daß dem Willensdogma eine psychologische Bedeutung nicht zukommen kann, daß der Wille, von dem dieses Dogma spricht, ein anderer sein muß als jener, mit dem die Psychologie operiert: keine realpsychische Tatsache, kein wirklicher Vorgang des Seelenlebens, sondern ein Gebilde spezifisch juristischen Denkens, eine juristische Konstruktion. Nur weil die Erkenntnis dieser Tatsache fehlte, weil man mangels genügender Einsicht in die Methode juristischer Begriffsbildung es unterließ, sich des wahren Wesens jener Konstruktion zu besinnen, sich über die Struktur dessen, was man juristisch „Wille“ oder „gewollt“ nannte, Rechenschaft zu geben, verirrte man sich zur Fiktion: dieser Behauptung einer realen Tatsache im Widerspruch zur Realität²⁾.

1) KRAINZ, System des österreichischen Privatrechtes I. 4. Aufl. 1905. S. 277.

2) Über die Bedeutung der Fiktion im Rahmen juristischer Methode und den Unterschied derselben zur Konstruktion vgl. unten S. 180 ff.

Wenn das der juristischen Begriffsbildung immanente Streben, das in der Formulierung des Willensdogmas seinen Ausdruck findet, einen tieferen Grund und die Gleichung zwischen der Qualität der Gültigkeit und Gewolltheit des Rechtsgeschäftes einen unanfechtbaren Sinn haben soll, wird man sich auch entschließen müssen, nicht mehr, wie die in der Annahme eines psychologischen Willensbegriffes verstrickten Theoretiker, zu schließen: Ein Rechtsgeschäft ist gültig, weil und soferne es (psychologisch) gewollt ist, sondern man wird umgekehrt schließen: Ein Geschäft ist gewollt, sofern oder weil es gültig ist, wobei die Qualität der Gültigkeit der Erkenntnisgrund für die Qualität der Gewolltheit ist: In dieser Relation zeigt sich der „Wille“ schon auf den ersten Blick nicht als die so benannte psychische Tatsache. Es wird mit dem „Gewollt“sein ebensowenig eine reale psychische oder physische Tatsache behauptet, wie mit dem „Rechtsgültig“ sein. Daß aber das zivilistische Willensdogma auch in dieser Umkehrung, ja gerade in dieser Umkehrung seinen eigentlich juristischen Sinn hat und nicht bloß tautologisch gültige Geschäfte als gültig erklärt, das wird die in den später folgenden Untersuchungen positiv zu entwickelnde Bedeutung des juristischen Willensbegriffes ergeben.

Noch deutlicher als auf privatrechtlichem Gebiete zeigt sich im Bereiche des Strafrechtes die Differenz, die zwischen dem psychologischen Begriffe des Willens und jener Tatsache besteht, die der Sprachgebrauch der Jurisprudenz als Wille bezeichnet.

Das Dogma, dessen Geltung hier behauptet wird, lautet, daß die äußeren Tatbestände, auf welche von der Rechtsordnung Strafe gesetzt ist, als von den strafbaren Subjekten gewollt zu betrachten sind; daß, weil ohne Schuld keine Strafe, jede Schuld Willensschuld sei. Wenn auch dieser letztere Satz gerade in jüngster Zeit mehrfache Einschränkungen erfahren hat, so wurde doch im Prinzip an seiner Geltung festgehalten und nur gewisse Fälle als Ausnahmen erkannt.

In seiner trefflichen Untersuchung der Schuldformen des Strafrechtes¹⁾ hat LÖFFLER gezeigt, daß das psychologische Moment des Gewolltseins nur bei einem Teile jener Unrechtstatbestände gegeben ist, die als verschuldet vom Strafgesetze mit Unrechtsfolgen verknüpft sind. Von den mit Absicht begangenen Delikten, bei denen allein der Erfolg gewollt ist, hat LÖFFLER jene Fälle unterschieden, bei denen der Erfolg zwar nicht gewollt, aber doch vorausgesehen ist, das Schuldmoment nicht in einem Wollen,

1) LÖFFLER, Die Schuldformen des Strafrechtes. Leipzig 1895.

sondern einem Wissen besteht. Als dritte Schuldform endlich erkennt LÖFFLER die Fahrlässigkeit, die er vollkommen zutreffend mit den Worten charakterisiert: „Der Erfolg ist weder gewollt noch auch vorausgesehen, hätte aber vorausgesehen und vermieden werden können und sollen“¹⁾.

Es ist hier nicht der Ort, zu überprüfen, ob diese Gruppierung der psychologischen Tatbestände richtig und für das Strafrecht relevant ist oder nicht, insbesondere auch, ob man die LÖFFLERSchen Unterscheidungen vom Standpunkte einer praktischen Kriminalpolitik als für die Strafbemessung maßgebend gelten lassen kann; was hier in Betracht kommt, das ist die starke Einschränkung, die das kriminalistische Willensdogma erfährt, die Tatsache, daß das Willensmoment im Strafrechte auf ein verhältnismäßig kleines Gebiet zurückgedrängt wird.

So sehr hier auch dieser allgemeinen Tendenz der LÖFFLERSchen Untersuchungen zugestimmt werden kann, insoferne sie zu der Erkenntnis führen, daß es zahlreiche schuld bare, vom Gesetze mit Strafe bedrohte Tatbestände gibt, denen das psychologische Willensmoment gänzlich fehlt, so darf doch gefragt werden, ob die für das Strafrecht charakteristische Gleichung zwischen Schuld und Wille auch dann noch falsch sein muß, wenn man den Willensbegriff in einem nicht psychologischen, juristischen Sinne zu verstehen bemüht ist, ja ob nicht der Fehler des strafrechtlichen Willensdogmas lediglich in dem Versuche psychologischer Interpretation desselben zu suchen ist.

Solche Fragestellung muß offenbar zu einer prinzipiellen Revision des Schuldbegriffes führen — ein Unternehmen, dessen Voraussetzungen und Ziele freilich weit außerhalb der Grenzen dieser Arbeit liegen. Nur auf die folgenden Feststellungen kann hier nicht verzichtet werden.

Wenn man bei LÖFFLER, als einem Repräsentanten der neueren Theorie des Strafrechtes, nach dem Wesen dessen fragt, was rechtlich als „Schuld“ bezeichnet wird, so erhält man zur Antwort: „Den Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozialschädlichen Erfolge seiner Handlungen kann man als Schuld bezeichnen“²⁾. Nun wird es bei dieser Definition offenbar vor allem darauf ankommen, was unter der „Innerlichkeit“ eines Menschen zu verstehen ist. Prüft man die drei von LÖFFLER unter dem Oberbegriff der „Innerlichkeit“ zusammengefaßten Gruppen psychologischer Tatbestände (LÖFFLER selbst bezeichnet seine drei Schuldformen als solche³⁾), so muß folgende

1) a. a. O. S. 8. u. 9.

2) a. a. O. S. 5.

3) a. a. O. S. 9.

Tatsache auffallen. Die beiden ersten Schuldformen, die LÖFFLER unterscheidet, nämlich Absicht und Wissentlichkeit, sind zweifellos psychische Vorgänge, Willens- resp. Vorstellungsakte. LÖFFLER unterscheidet sich hier von der älteren strafrechtlichen Anschauung nur dadurch, daß er neben dem psychischen Akte des Wollens auch jenen des bloßen Vorstellens (Wissens) als für eine Schuldform konstituierend verwendet. Dabei kann man eigentlich nicht recht einsehen, weshalb LÖFFLER in seiner Definition des Schuldbegriffes für diese psychischen Prozesse das farblose und auf konkrete Seelenakte im Grunde gar nicht zutreffende Wort „Innerlichkeit“ und nicht das von ihm an anderer Stelle gebrauchte Wort „psychologischer Tatbestand“ oder das noch präzisere „Seelenvorgang“ gewählt hat.

„Innerlichkeit“ ist nämlich nur die Substantivierung von „innerlich“, also eine Ortsbezeichnung, ist die Bezeichnung der Gegend, wo sich die Vorgänge abspielen, deren Beziehung zu einem sozialschädlichen Erfolg als „Schuld“ gelten soll, und nicht die Vorgänge selbst. Diese Konstatierung möge nicht als haarspalterische Wortklauberei betrachtet werden, denn die Wahl des Wortes „Innerlichkeit“ ist nicht ohne Bedeutung, wie das Folgende beweist. Untersucht man nämlich die dritte Schuldform LÖFFLERS, die Fahrlässigkeit, so zeigt sich, daß diese gerade dadurch charakterisiert wird, daß ein psychischer Akt des Wollens oder Vorstellens (in Bezug auf den sozialschädlichen Erfolg) vollständig fehlt. Fahrlässig verhält sich, wer etwas Bestimmtes weder gewollt noch vorhergesehen hat. Darin liegt nun zweifellos ein großes Verdienst LÖFFLERS, daß er die verkünstelten und verschrobenen Konstruktionen, die bei der Fahrlässigkeit einen Willens- oder Wissensakt (in Bezug auf den sozialschädlichen Erfolg) natürlich nur im Wege abenteuerlicher Fiktionen behaupten, zum alten Eisen wirft. Allein was für ein Seelenvorgang bietet sich (in Bezug auf den sozialschädlichen Erfolg) der psychologischen Betrachtung dar? Schlechterdings keiner. Psychisch geht nichts vor, was in eine Beziehung zu dem Unrechtstatbestande gebracht werden könnte. Wenn man alle hier relevanten Formen psychischer Prozesse in Betracht zieht, nämlich wollen und denken (fühlen kommt überhaupt nicht in Rechnung) so kann die psychologische Untersuchung zu keinem andern, als zu einem negativen Resultate kommen, d. h. aber, daß die Fahrlässigkeit psychologisch nicht zu charakterisieren ist. Dennoch ist die Fahrlässigkeit eine Schuldform. Wodurch wird sie aber gekennzeichnet, welches ist ihr Wesen? Sie ist nicht psychologischer, sondern rein juristisch-ethischer Natur. Das geht aus der Charakterisierung LÖFFLERS selbst mit unzweideutiger Klarheit hervor. Der Erfolg, heißt es dort, ist weder gewollt noch vorausgesehen. Bisher

erfährt man also nur, was die Fahrlässigkeit nicht ist: Sie ist keine Absicht und keine Wissentlichkeit. Was also? Der (weder gewollte noch vorausgesehene) Erfolg, heißt es, hätte vorausgesehen und vermieden werden können und sollen. Auf diesem „Sollen“ ruht das Hauptgewicht. Darin liegt das Schuldmoment. Deutlich tritt hier der normative Charakter des Schuldbegriffes hervor. Bei der Fahrlässigkeit wird das Schuldmoment lediglich dadurch gegeben, daß etwas gesollt, aber im Widerspruch zur Norm nicht eingetreten ist. Daß dasjenige, was vorausgesehen und vermieden hätte werden sollen, auch hätte vorausgesehen und vermieden werden können, ist eigentlich nebensächlich, wenn nicht gar falsch; dieses „können“ darf man ruhig weglassen. Es entstammt noch der indeterministischen Terminologie. Dadurch, daß etwas tatsächlich nicht vorausgesehen und vermieden wurde, ist zur Genüge dargetan, daß es nicht vorausgesehen und vermieden werden konnte, da alles, was geschieht, so, wie es geschieht, geschehen muß und daher etwas anderes nicht geschehen kann. — Es unterliegt keinem Zweifel, daß bei der Fahrlässigkeit eine rechtlich relevante Beziehung zwischen einem psychischen Akte und dem sozialschädlichen Erfolge nicht gegeben ist, daß für die psychologisch-explikative, d. h. auf die der Welt des Seins angehörigen Seelenvorgänge gerichtete Betrachtung ein psychologischer Tatbestand, der ebenso zu dem Unrechtstatbestande in Beziehung gebracht werden könnte, wie bei der Absicht und Wissentlichkeit das Wollen resp. Vorstellen, schlechterdings nicht auffindbar ist, da ja beim Begriffe der Fahrlässigkeit der Mangel jedes relevanten auf den sozialschädlichen Erfolg beziehungsfähigen Seelenvorganges vorausgesetzt wird. Gewiß gehen Seelenprozesse auch während der Verübung eines fahrlässigen Deliktes vor sich, aber alle diese Willens-, Vorstellungs- oder Gefühlsprozesse stehen in keiner Relation zum strafbaren Erfolg. Bezüglich der Willensprozesse gibt dies LÖFFLER überdies ausdrücklich zu. Aber ein psychologischer Tatbestand ist auch damit nicht aufgezeigt, daß die Fahrlässigkeit als „Mangel an Aufmerksamkeit“ charakterisiert wird. Denn auch durch den Mangel an Aufmerksamkeit konstatiert man nur das Fehlen eines psychischen Etwas, das mit dem „fahrlässigen“ Erfolge in Relation gebracht werden kann. Hier ist die Trennung zwischen explikativer und normativer Betrachtung zu beachten. Denn einer normativen Betrachtung entspricht das Urteil, das einen Mangel an Aufmerksamkeit konstatiert; es setzt nämlich die Vorstellung voraus, daß eine bestimmte Aufmerksamkeit hätte aufgewendet werden sollen; ohne das Sollen dieses positiven Vorganges käme das Fehlen desselben — das Negative — gar nicht zu Bewußtsein. Angesichts des rein normativen Charakters

jener Schuldform, die als Fahrlässigkeit bezeichnet wird und für die bei einer explikativ-psychologischen Betrachtung des Seelenlebens, wie solche zu den psychologischen Tatbeständen der Absicht und Wissentlichkeit führt, ein Substrat nicht gefunden werden kann, muß der Versuch, den Begriff der Schuld schlechtweg psychologisch zu erfassen, zurückgewiesen werden. Da es bei der Fahrlässigkeit keinen inneren Vorgang oder keinen Prozeß im Innern m. a. W. keinen Akt der Innerlichkeit des Menschen gibt, der zu dem sozialschädlichen Erfolge in eine Beziehung gebracht werden kann, deckt auch die LÖFFLERSche psychologische Definition des Schuldbegriffes die Fahrlässigkeit nicht. Nur das unpräzise Wort „Innerlichkeit“ konnte diese Tatsache verschleiern. Welche strafrechtlich relevante Beziehung läßt sich aber zwischen der „Innerlichkeit eines Menschen“ und einem sozialschädlichen Erfolge konstatieren, wenn es keinen Seelenvorgang in dieser „Innerlichkeit“ gibt, der in eine solche Beziehung gebracht werden kann?

Was aber für die Schuldform der Fahrlässigkeit gilt, nämlich daß sie nicht psychologischer, sondern juristischer Natur ist, daß der Begriff dieser Schuld nicht im Wege explikativer Seins-, sondern normativer Sollens-Betrachtung ermittelt wird, das muß sich auch für die übrigen Schuldformen erweisen lassen, wenn anders der Schuldbegriff seiner methodischen Struktur nach ein einheitlicher ist, wenn man sich nicht damit zufrieden geben will, daß unter „Schuld“ das eine Mal ein psychologischer Tatbestand, ein realpsychischer Vorgang, das andere Mal eine ethisch-juristische Konstruktion verstanden wird. Damit ist man aber nur zu der im Grunde selbstverständlichen Erkenntnis vorgedrungen, daß der Schuldbegriff überhaupt normativer und nicht explikativer Natur ist. Wenn man zugeben muß, daß ein Urteil, welches eine „Schuld“ behauptet, niemals vom Standpunkte einer auf Erklärung des tatsächlichen Geschehens gerichteten, nur dem Kausalgesetz unterworfenen Betrachtung möglich ist, wenn man nicht bezweifeln darf, daß der Zoologe oder der Psychologe bei seinen Untersuchungen mit seinen spezifischen Erkenntnismethoden auf keine Weise zu einem Schuldbegriff gelangt; wenn feststeht, daß von Schuld nur in Beziehung auf Normen die Rede sein kann, zum Wesen der Schuld die Normverletzung, wie zum Verdienst die Normerfüllung gehört, dann wird die Behauptung nicht mehr paradox erscheinen, daß es mit dem rein normativen Charakter des Schuldbegriffes methodologisch unvereinbar ist, sein Wesen in psychologischen, also methodisch explikativen Untersuchungen zu erfassen. Das Urteil, das einer Person an irgendeinem äußeren Ereignisse die Schuld zuschreibt, sagt als solches über einen psychischen Tatbestand inner-

halb des Menschen gar nichts aus, sondern lediglich, daß eine Norm das äußere Ereignis der Person verbietet, daß zwischen beiden das Verhältnis von Normobjekt und Normsubjekt besteht. Es ist methodologisch von der größten Bedeutung, sich klar zu machen, daß jemand nicht deshalb an etwas „schuld“ ist, weil er dies Etwas gewollt oder gewußt (vorausgesehen) hat, sondern deshalb, und nur deshalb, weil er dieses Etwas nicht hätte tun oder verhindern sollen. So sehr es auch gegen die herrschenden Anschauungen im Strafrecht verstoßen mag, so muß doch mit allem Nachdrucke hervorgehoben werden, daß das Schuldmoment niemals in einem Wollen oder Wissen oder sonst einem psychischen Vorgange besteht, daß der Mörder nicht deshalb an dem Tode des Ermordeten Schuld trägt, weil er diesen Tod beabsichtigt hat, sondern lediglich deshalb, weil die absichtliche Tötung eines Menschen normwidrig ist.

Damit ist im Grunde schon angedeutet, welche Stellung den psychologischen Tatbeständen wie Absicht und Wissentlichkeit im Verhältnisse zum Schuld begriffe zukommt. Es hieße, diese Ausführungen ganz und gar mißverstehen, wollte man ihnen den Gedanken einer vollständigen Eliminierung dieser Momente aus der Strafrechtstheorie imputieren. Es ist ein Postulat verfeinerten Rechtsempfindens, daß wegen sozialschädlicher Erfolge, die durch die Rechtsordnung verhindert werden sollen, womöglich nur solche Menschen bestraft werden, bei denen gewisse Willens- oder Vorstellungsakte in Bezug auf den schädlichen Erfolg vor sich gehen und daß sich die Größe der Strafe auch nach diesen psychischen Akten richte: es ist dies ein kriminalpolitisches Postulat, das die heutigen Strafgesetze innerhalb gewisser Grenzen erfüllen. Die Grenzen, die der Realisierung der bezeichneten Forderung gezogen sind, bestehen einerseits in der Natur der Rechtsanwendung, der niemals eine sichere Feststellung psychischer Tatsachen, sondern stets nur eine Berücksichtigung äußerer Momente möglich ist, die gewisse Wahrscheinlichkeitsschlüsse auf innere Vorgänge zulassen, andererseits in der sozialpräventiven Funktion des Strafgesetzes, die eine starke Einbuße erlitte, wenn alles fahrlässige Verhalten d. h. aber der ungewollte und unvorhergesehene Erfolg straflos bliebe, da ja gerade die Strafandrohung auch für ungewollte und unvorhergesehene Erfolge geeignet ist, die Aufmerksamkeit der Menschen zu steigern. Wer weiß, daß er auch im Falle bloßen Leichtsinnes, einfacher Unachtsamkeit bestraft wird, hat genügenden Anlaß, seine geistigen Kräfte anzuspannen, Voraussicht und Wille zu betätigen. Sind aber in der Rechtsordnung bei gewissen Fällen Willens- oder Wissensakte berücksichtigt, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß diese psychischen Vorgänge in jenen Tatbestand aufgenommen

werden, an den der Rechtssatz eine Strafe knüpft. Während ältere Rechtsordnungen die Tötung eines Menschen mit Strafe bedrohen, knüpfen die neueren nur an die absichtliche Tötung eine Unrechtsfolge. Zum Unrechtstatbestande des Rechtssatzes gehört jetzt nicht bloß der äußere Vorgang des Tötens, sondern auch der innere, psychische der Absicht (resp. andere äußere Momente, die auf eine Absicht schließen lassen). Wenn nun psychische Momente wie Wille oder Vorstellung in den Unrechtstatbestand aufgenommen sind, dann müssen diese inneren Momente ebenso gegeben sein wie die äußeren Faktoren des sozial-schädlichen Erfolges, damit überhaupt ein Unrecht vorliege; dann ist keine „Schuld“ vorhanden, wenn diese psychischen Momente fehlen, doch nur ganz ebenso wie keine Schuld vorhanden wäre, wenn die äußeren Elemente des Unrechtstatbestandes fehlten. Man könnte mit demselben Rechte behaupten, daß beim Morde der Tod des Ermordeten das Schuldmoment sei, mit dem man dies lediglich von der Absicht behauptet. Denn die psychischen Momente sind formal-juristisch nichts anderes, als Glieder des Unrechtstatbestandes. Man hat jede Berechtigung verloren, irgendwelche psychische Vorgänge (die in Beziehung zu den äußeren Elementen des Unrechtstatbestandes stehen) allein als Schuldmomente gelten zu lassen, wenn es erweislich eine Schuldform gibt, die keinerlei psychische Elemente solcher Art zeigt.

Erkennt man, daß eine generelle Erfassung der Schuldfälle auf psychologischer Basis nicht möglich ist ¹⁾ und hält man an dem streng

1) Nur eine Bestätigung des oben Behaupteten liefert der jüngste Versuch, den Schuldbegriff zu erfassen: EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit, Wien 1910. Auch EXNER geht von dem Dogma aus, daß Schuld ein irgendwie qualifiziertes psychisches Etwas, also ein realer Seelenvorgang sein muß. Zwar lehnt er es ab, den Willen als solchen, weil eine „rein psychologische Tatsache ‚Schuld‘ zu nennen“, und meint, man könne diese Tatsache besser „Zurechenbarkeit“ heißen. Er glaubt irrigerweise, daß das Zurechnungsurteil einen psychologischen Zusammenhang aussagt und von dem Schuldurteile, das er für „ein Werturteil über den Täter auf Grund der Tat“ erachtet, wesensverschieden ist; während in Wahrheit das eine wie das andere rein normativen Charakter hat — für die psychologisch-explikative Betrachtung gibt es keine „Zurechnung“, wie es für eine solche Betrachtung auch keine „Schuld“ gibt — ja, beide Urteile sind tatsächlich identisch, wenn man die Zurechnung zu Verdienst und die Zurechnung zu „Schuld“ (im engeren Sinne) als wesensgleichen Vorgang erkennt. Im ersten Falle erfolgt die Zurechnung auf Grund einer befolgten, im zweiten auf Grund einer verletzten Norm. Will man von „Schuld“ nur im letzteren Falle sprechen — der Sprachgebrauch des täglichen Lebens fragt auch bei einem verdienstlichen Erfolge: „Wer ist daran schuld?“ und meint damit: „Wem ist das zuzurechnen?“ — dann ist „Schuld“ ein Spezialfall der Zurechnung, aber nichts als Zurechnung (Zurechnung auf Grund verletzter Norm). EXNER aber, der Zurechnung für einen psychologischen Zusammenhang zwischen Zurechnungssubjekt und Zurechnungsobjekt hält, denkt sich die Beziehung zwischen dem Zurechnungsurteile und dem

normativen Charakter des Schuldbegriffes fest, dann bleibt als Charakteristikum des Schuldmomentes nur das eine bestehen, daß Subjekt einer Schuld eben jener ist, der als Subjekt einer verletzten

Schuldurteile in folgender Weise: „Der strafrechtliche Schuldspruch ist ein Werturteil über den Täter auf Grund seiner Tat, es setzt daher unbedingt Zurechenbarkeit im obigen psychologischen Sinn voraus, aber er ist ein Werturteil, an das sich für den Bewerteten eine besondere Folge, die Strafe, knüpft.“ EXNER erklärt somit die Schuld als einen juristisch qualifizierten psychischen Tatbestand. Er kombiniert im Begriffe der Schuld — im Anschlusse an zu DOHNA — psychologisch-explikative und juristisch-normative Elemente. Seine Definition der Schuld lautet demgemäß: „Schuld ist somit jene psychische Beziehung des Täters zu dem schädlichen Erfolge seines Tuns, welche ihn als strafwürdig kennzeichnet.“ (a. a. O. S. 7.) Sie bietet keinen wesentlichen Unterschied von der LÖFFLERSchen Bestimmung des Schuldbegriffes. Auch EXNER erklärt die Schuld als psychische Tatsache, wenn auch — ebenso wie LÖFFLER, nur mit anderen Worten — als juristisch qualifizierte psychische Tatsache. Da nun EXNER auch die Fahrlässigkeit als Schuld gelten läßt, muß er auch bei dieser eine bestimmte psychische Tatsache, eine psychische Beziehung des Täters zur Tat nachweisen, was freilich deshalb ein unmögliches Beginnen ist, weil auf Grund der positiven Gesetze die Fahrlässigkeit gerade in einer Beziehungslosigkeit des Täters zur Tat charakterisiert ist. Daß man mit der herrschenden Willens- oder Wissensschuld der Fahrlässigkeit gegenüber zu solch negativ-psychologischem Resultat kommen muß, scheint EXNER wohl erkannt zu haben. Er sagt von der Fahrlässigkeit: „Hier aber ist der Erfolg weder gewollt, noch auch — nach dem Begriffe schon — bewußt vorausgesehen. Die Beziehungslosigkeit scheint in die Definition erhoben zu sein. Worauf gründet sich hier das Zurechnungsurteil, der Schuldvorwurf? — Denn fehlt hier wirklich jegliche Beziehung zwischen Täter und Tat, dann fehlt der Schuldzusammenhang, und RADBRUCH hat Recht, wenn er sagt, Verantwortlichkeit für Kulpa sei nichts als verschämte Zufallhaftung.“ (a. a. O. S. 10.) Man kann also neugierig sein, welche psychologische Beziehung EXNER bei der Fahrlässigkeit zwischen Täter und Tat ausfindig machen wird, wenn er auf Vorstellen und Wollen von vornherein verzichtet. Bleibt also von seelischen Funktionen nur das Fühlen übrig, das jedoch gerade zum Unterschied von Wollen und Vorstellen keine Möglichkeit einer „Beziehung“ zu einem äußeren Tatbestande aufweist. Denn man kann einen äußeren, mit Strafe bedrohten Tatbestand zwar wollen oder vorstellen, aber man kann ihn nicht „fühlen“. Was erkennt nun EXNER als Wesen der Kulpa? „Das Wesen der Kulpa liegt in dem Mangel an Interesse, das der Handelnde für das rechtlich geschützte Gut zeigt.“ (a. a. O. S. 199.) Ja, diesen „Mangel an Interesse“ hält EXNER für das Wesen der Schuld, überhaupt. „Dem alten Dogma: alle Schuld beruht auf einer Mangelhaftigkeit des Willens, ist also der Satz entgegenzustellen: alle Schuld beruht auf einem Mangel an gehörigem Interesse für die Erhaltung der vom Rechte geschützten Güter.“ (a. a. O. S. 233/234.) Man beachte die scheinbar kleine Differenz zwischen „Mangelhaftigkeit des Willens“ und „Mangel an Interesse“! Das — irrtümlich — psychologisch begriffene Willensdogma hat seinen Irrtum von der psychologischen Natur der Schuld wenigstens konsequent durchgeführt und die Fiktion auf die Spitze getrieben, indem es auch den fahrlässig verursachten oder nicht verhinderten Tatbestand als „gewollt“ behauptet, also eine Willensbeziehung — wenn auch eine vom Rechte verworfene und darum „mangelhafte“ —, mit oder ohne

Norm erscheint. Denn nichts anderes kann als das gemeinsame Element der drei möglichen Schuldformen erkannt werden: Im ersten Fall ist ein mit Strafe bedrohter Tatbestand gewollt, im zweiten Falle vor-

Fiktion, aufzeigt. EXNERS Schuldbegriff dagegen charakterisiert sich durch einen „Mangel an Interesse“, das heißt durch ein Fehlen des geforderten Interesses, ein Nichtvorhandensein jener psychischen Beziehung, die das Recht vorschreibt! Psychologisch bedeutet die Schuld EXNERS ein Manko, — EXNER bedient sich selbst wiederholt dieses Wortes; das bedeutet aber nicht mehr und nicht weniger, als daß eben eine psychologische Beziehung zwischen Tat und Täter fehlt, die EXNER für den bloß mit einer rechtlichen Qualifikation versehenen real-psychischen Tatbestand der Schuld hält. EXNERS Schuld ist in allen ihren möglichen Formen — wenn der Vergleich erlaubt ist — eine hohle Nuß; während die Willens- und Wissensschuld nur bei der Fahrlässigkeit offenkundig ein psychologisches Defizit ergibt und sich hier durch Fiktionen über den psychischen Charakter der Schuld hinweghilft, entbehrt EXNERS Schuld — nach der letzt-erwähnten Formulierung — unter allen Umständen des psychischen Kerns; denn der „Mangel eines Interesses“ an den bei dem fahrlässigen Verhalten verletzten Rechtsgütern ist nur ein den wahren Sachverhalt verschleiender Ausdruck für das Fehlen einer psychischen Beziehung zwischen Täter und Tat, die das Wesen der Schuld nach der von EXNER zu Beginn seiner Untersuchungen aufgestellten Definition sein soll.

Es ist nicht uninteressant, daß die gründlichen Untersuchungen EXNERS, die besonders dadurch Wert gewinnen, daß sie bemüht sind, das Psychologische vom Juristischen reinlich zu scheiden, zu diesem — allerdings nicht zugestandenem — Resultate kommen: an dem angeblich aus psychologischen und juristischen Elementen kombinierten Schuldbegriffe bleiben nur die normativ-juristischen Charaktere übrig. während die psychologischen — das ist die psychische Beziehung zwischen Täter und Tat — in Wahrheit fallen gelassen werden müssen und nur dem Worte nach sich in der Schuldefinition scheinbar fortfristen. Hätte EXNER sich nicht der Selbsttäuschung hingegeben, daß der „Mangel an Interesse“ eine psychische Beziehung zwischen Täter und Tat darstellt, hätte er sich nicht verheimlicht, daß auch er „die Beziehungslosigkeit in die Definition erhoben“ hat und zwar für alle Schuldformen, nicht bloß für die Fahrlässigkeit, wie die herrschende Lehre, dann hätte er die richtige Erkenntnis von dem rein normativen Charakter des Schuldbegriffes, der er zum Schlusse seiner Untersuchungen unbewußt näher gekommen ist, als viele andere, nicht mehr ausweichen können. Wie hart daran er schon war, zeigt eine zu Ende seiner Arbeit stehende Kritik der Begriffsbestimmung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit nach herrschender Lehre. Er sagt a. a. O. S. 228: „Die beiden Begriffe, so nebeneinandergestellt, sind also völlig inkongruent und verschiedenen Betrachtungsweisen angehörig. Der eine ist ein psychologischer, der andere ist ein ethischer Begriff.“ Diese wichtige Wahrheit trübt er aber sofort durch eine hinzugefügte Anmerkung, die ihm den Weg verlegt zu der einzig richtigen Konsequenz, die er aus dieser Erkenntnis hätte ziehen müssen, nämlich aus dem rein ethischen Charakter der Fahrlässigkeit auf den gleichen Charakter aller Schuldformen zu schließen. EXNER sagt nämlich: „Freilich ist hinzuzufügen, daß der Begriff der Fahrlässigkeit nicht ausschließlich dem ethischen Gebiete angehört, denn auch er bezeichnet ein bestimmtes psychologisches Verhältnis zwischen Täter und Tat, nur enthält er zugleich eine Mißbilligung des Täters, ein Element, das dem Vorsatzbegriff im

ausgesehen, im dritten Falle aber weder gewollt noch vorausgesehen. Kann in allen drei Fällen von Schuld gesprochen werden, dann ist Schuld weder Wollen noch Voraussehen, dann erübrigt zu ihrer Charakterisierung nichts anderes als der Bestand eines strafbaren Unrechtes d. h. einer verletzten Strafnorm. Der Eigentümer des Hauses, von dessen Dach ein Ziegel fällt, durch den ein Freier getötet wird, wird vom römischen Recht mit Strafe belegt. Er ist im gleichen Sinne „schuld“, wie der Bahnwärter, der, eingeschlafen, seinen Wechsel zu stellen verabsäumt, im modernen Rechte der Strafe verfällt, obgleich beide den Erfolg weder gewollt noch vorausgesehen haben. Das Urtheil, das eine Schuld behauptet, sagt nicht mehr und nicht weniger, als jenes, das ein strafbares Unrecht konstatiert. Man muß sich auch zu der Einsicht bequemen, daß es unrichtig ist, zu schließen: weil eine Schuld, darum eine Strafe, sondern umgekehrt: wie erst die Strafe, die auf einen Tatbestand gesetzt ist, diesen Tatbestand zum Unrecht macht, wie also aus der Strafe auf das Unrecht zu schließen ist, so ist zu folgern: weil und soferne eine Strafe, darum und insoferne eine Schuld.

Was bedeutet aber die uralte Gleichung zwischen Schuld und Wille?

Wenn die neuere juristische Theorie das Bestreben zeigt, die Schuld zu der Innerlichkeit des Menschen irgendwie in Beziehung zu bringen, die Schuld als psychischen Faktor aufzuzeigen, so gerät sie in einen unlösbaren Widerspruch zu der Tatsache, daß das Subjekt, dessen Relationen ihren Gegenstand bilden, nicht die zoologisch-psychologische Einheit: Mensch, sondern die ethisch-juristische: Person ist. Auch das Subjekt strafrechtlicher Verantwortung oder Schuldsubjekt ist offenbar jene Konstruktion spezifisch normativer Betrachtung, das Rechts- und Pflicht-Subjekt, das als solches nichts Körperliches, der Außenwelt Angehöriges, auch nicht Träger an die Materie gebundener Seelenprozesse sein kann, die nur im Wege teleologisch-explikativer Betrachtung zur Einheit „Mensch“ zusammengefaßt werden. Nur der

Sinne von Wollen des Erfolges mangelt.“ Das ist nun allerdings falsch. Denn einerseits bezeichnet der Begriff der Fahrlässigkeit — auch der EXNERSche — gerade das Fehlen eines psychologischen Verhältnisses zwischen Tat und Täter, und andererseits fehlt das Moment der Mißbilligung keinem Schuldbegriff, auch dem Vorsatz der herrschenden Lehre nicht. Es hieße, die herrschende Lehre doch ein wenig unterschätzen, wollte man ihr zumuten, daß sie unter Vorsatz nicht das vom Rechte verpönte Wollen des Erfolges — sondern jedes Wollen des Erfolges verstehe! EXNER unterscheidet sich gerade in diesem Punkte nicht im geringsten von der herrschenden Lehre, 'derzufolge die Schuld ein real-psychischer Tatbestand — allerdings ein rechtlich qualifizierter Tatbestand (Mißbilligungselement) ist!

Mensch, nicht aber die Person kann psychisch „wollen“ oder „vorstellen“ und wenn diese, nicht aber jener Subjekt der „Schuld“ ist, dann kann die Schuld in keinem Wollen oder Vorstellen bestehen.

Die Erkenntnis dieses methodologisch grundlegenden Gegensatzes liegt aber auf dem Wege, der zum Wesen des Schuldbegriffes und seines Verhältnisses zum Willensbegriffe, ja zum Wesen des Willens nicht nur im Strafrechte, sondern auf dem ganzen Rechtsgebiete überhaupt führt.

Hier muß eine Gedankenreihe aufgenommen werden, die im ersten Buche dieser Untersuchungen entwickelt wurde. Der Begriff der Zurechnung ist es, der nunmehr von Bedeutung wird.

Wenn das Urteil, das irgendeiner Person Schuld an irgendeinem Tatbestande behauptet, soviel bedeutet, daß diese Person Subjekt einer verletzten Norm ist, dann muß, nach dem, was an früherer Stelle über das Verhältnis von Normsubjekt und Normobjekt gesagt wurde, dieses Urteil identisch sein mit jenem, das die Zurechnung eines Tatbestandes zu einer Person vornimmt. Jemand ist an irgendeinem äußeren Erfolge „schuld“, bedeutet nichts anderes als: jemandem wird ein äußerer Erfolg zugerechnet. Es ist offenkundig, daß die in der Terminologie der normativen, ethisch-juristischen Disziplinen herrschende, schon im ersten Buche dieser Untersuchungen hervorgehobene Tendenz, die Zurechnung stets bis zu einem „Willen“ zu führen, m. a. W. das Zugerechnete stets als gewollt gelten zu lassen¹⁾, auf dem speziellen Gebiete des Strafrechtes in jenem Dogma zum Ausdruck gelangt ist, das alle „Schuld“ als „Willens“schuld erklärt oder m. a. W. jeden mit Strafe bedrohten Tatbestand als „gewollt“ gelten läßt. Allein auch das zivilistische Willensdogma wird auf die gleiche Quelle zurückzuführen sein. Auch im Bereiche des Privatrechtes bedeutet, daß ein Rechtsgeschäft resp. eine Erklärung als von jemandem „gewollt“ zu gelten hat, nicht mehr und nicht weniger, als daß ihm das Geschäft resp. die Erklärung zugerechnet wird. Nur die einer Person zugerechnete Erklärung aber kann rechtsgültig sein, denn nur auf Grund der einer Person zurechenbaren Erklärung kann diese von den zivilen Unrechtsfolgen getroffen werden²⁾.

Und nun vergegenwärtige man sich, was vom Wesen der Zu-

1) Vgl. oben S. 71 ff.

2) Es ist für den Unterschied zwischen der Begriffstechnik des Privatrechtes und jener des Strafrechtes von charakteristischer Bedeutung, daß die Theorie des letzteren den Unrechtstatbestand, während die des ersteren gerade den — *sit venia verbo* — Rechtstatbestand als „gewollt“ bezeichnet und so mittelbar den gleichen Effekt erzielt. Dieser Unterschied hängt mit der an einem späteren Orte näher zu untersuchenden Besonderheit in der Struktur des zivilen Unrechtstatbestandes zusammen.

rechnung gesagt wurde und halte es zu demjenigen, was die Untersuchung des Terminus „Wille“ im Straf- und Privatrechte ergeben hat.

Zum Willensbegriffe — so wurde festgestellt — gelangt die Jurisprudenz durch das Bedürfnis, äußere Tatbestände mit den der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten zu verknüpfen, an denen die Unrechtsfolgen zu realisieren sind. Diese auf Grund der Rechtsnormen erfolgende Verknüpfung zwischen Subjekten und äußeren Tatbeständen ist nichts anderes als der spezifische Prozeß der Zurechnung. Wille im ethisch-juristischen Sinne und Zurechnung sind correlate Begriffe. Es wurde gezeigt, daß die Zurechnung eine von dem Kausalnexus völlig unabhängige Verbindung zwischen den Elementen herstellt, daß das Urteil, das einer Person einen äußeren Erfolg zurechnet, eine Person für einen äußeren Erfolg verantwortlich macht, keineswegs soviel bedeutet oder nur dadurch bedingt ist, daß dieser Erfolg von der Person, das Zurechnungsobjekt vom Zurechnungssubjekt „bewirkt“ worden ist. Damit ist zugleich gesagt, daß die Formel, die irgendeinen juristischen Tatbestand als von jemandem „gewollt“ erklärt, keineswegs diesen Tatbestand als von dem „Wollenden“ verursacht nachzuweisen hat, was das Bestreben jener Juristen ist, die mit dem später noch näher zu untersuchenden „kausalen“ Willensbegriff (Wille als Ursache der Körperbewegung und deren Folgen) operieren. So wie die durch Zurechnung hergestellte Verbindung zwischen einem Objekt und Subjekt (oder m. a. W. die Relation zwischen dem im ethisch-juristischen Sinne „Gewollten“ und dem „Wollenden“) keine kausale ist, kann sie auch nicht als eine teleologische nachgewiesen werden, was dadurch gezeigt wurde, daß in jenen Fällen, in denen das juristische Willensdogma das „Gewollt“sein eines Tatbestandes behauptet, ein Willen im psychologischen Sinne sehr häufig nicht gefunden werden konnte oder m. a. W., daß der einem Subjekt zuzurechnende Tatbestand — und nichts anderes bedeutet ein im juristischen Sinne als „g e w o l l t“ zu bezeichnender Tatbestand — durchaus nicht vom Zurechnungs- („Willens“-) Subjekte bezweckt d. h. psychologisch gewollt sein muß.

Die Zurechnung, die bestimmte äußere Tatbestände mit einem Individuum zu verknüpfen hat, gelangt, da sie von außen an den verantwortlichen Menschen herantritt, zunächst nur an ein äußeres Verhalten des Menschen: an ein Tun oder Unterlassen desselben. Hier macht jedoch der Prozeß der Zurechnung nicht halt. Denn nicht die einzelne Handlung oder Unterlassung des Menschen ist es, der zugerechnet wird, die zur Verantwortung gezogen werden kann, sondern ein Ganzes, das sich als ethische oder rechtliche Einheit darstellt, die Person. Die Muskelbewegung, die den von der Norm ver-

pönten oder gebilligten äußeren Erfolg bewirkt hat oder die für die Seinswelt nur als „Nichts“ zu bezeichnende Unterlassung sind für die Zurechnung nur Durchgangspunkte. Das Eigenartige des Zurechnungsprozesses beruht gerade darin, daß die Handlung oder Unterlassung mit der Person — dieser gedachten Einheit — indentifiziert wird. Nicht die Handlung oder Unterlassung ist es, die gelobt oder getadelt, belohnt oder gestraft, die zur Verantwortung gezogen wird, sondern die Person.

Es ist natürlich, daß für die Disziplinen, innerhalb deren sich dieser Prozeß der Zurechnung vollzieht, das Bedürfnis besteht, jene eigenartige Fähigkeit, Subjekt der Zurechnung, Person, d. i. ethisch-juristische Einheit in einem andern als dem zoologisch-psychologischen Sinne der Einheit „Mensch“ zu sein, besonders zu bezeichnen. Die Zurechnung, der die einzelne normgemäße oder normwidrige Handlung oder Unterlassung nur Durchgangspunkte sind, sucht sich — figürlich gesprochen — im Innern des Menschen einen Endpunkt: diese, im Innern des Menschen gedachte, als Endpunkt der Zurechnung fungierende Konstruktion — und nichts anderes — ist es, was die Terminologie der Ethik und Jurisprudenz als „Wille“ bezeichnet.

Die Lokalisierung des Zurechnungsendpunktes „Wille“ muß keineswegs notwendig in das Innere des „Menschen“ erfolgen; die ethisch-juristische Einheit der Person muß durchaus nicht immer mit der zoologisch-psychologischen zusammenfallen. Es muß mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß es ganz im Belieben der Norm liegt, auch etwas anderem als dem Einzelmenschen die Personen- oder Willensqualität zu verleihen, so wie es ja auch nur von ihr abhängt, ob überhaupt der Mensch und insbesondere welcher Mensch Person, d. h. willensfähig wird. Zur Illustration des Gesagten diene die bekannte Tatsache, daß mitunter menschliche Wesen von einer Rechtsordnung nicht als Subjekte von Pflichten oder Rechten anerkannt sind, man denke an die Stellung der Sklaven im älteren Rechte und weiter, daß es auf Grund der Gesetze Pflicht- und Rechtssubjekte gibt, die nicht Menschen sind — man vergegenwärtige sich den Gegensatz von physischen und juristischen Personen — für das Gebiet der Ethik: die Persönlichkeit Gottes, der „Wille“ Gottes, der sicherlich nichts anderes ist als eine durch die normative Weltbetrachtung postulierte Konstruktion, der Zurechnungsendpunkt für den Gesamt-Tatbestand des Seins, das ein metaphysisches Bedürfnis letztlich auf dem Soll eines transzendenten Werdegebotes gründet. Der Normalfall freilich für das Recht sowohl, wie insbesondere auch für die Ethik ist die Koinzidenz von Mensch und Person, die

Lokalisation des Zurechnungspunktes, genannt „Wille“, in den Menschen.

Dieser Wille der Ethik und Jurisprudenz ist aber etwas völlig anderes als dasjenige, was die Psychologie mit diesem Terminus heute bezeichnet. Was die Psychologie im Auge hat, ist eine der psychischen Tätigkeiten des Menschen neben Denken und Fühlen. Der Wille im ethisch-juristischen Sinne ist identisch mit der Gesamteinheit, als die das Individuum für Ethik und Jurisprudenz in Betracht kommt. Willensfähigkeit und Fähigkeit, Person, d. h. Subjekt der rechtlichen und ethischen Zurechnung zu sein — Zurechnungsfähigkeit — sind eins. Der Wille der Psychologie ist eine empirisch durch Selbstbeobachtung festzustellende Tatsache, die der Welt des Seins angehört, — der Wille der Ethik- und Jurisprudenz ist eine unter dem Gesichtspunkte der Norm, des Sollens vollzogene Konstruktion, der im realen Seelenleben des Menschen kein konkreter Vorgang entspricht.

Es gehört zu den größten und folgenschwersten Irrtümern der Jurisprudenz, diesen Unterschied zwischen dem psychologischen und juristischen Willensbegriffe nicht immer erkannt zu haben; und es sind die seltsamsten und wunderlichsten Resultate, zu denen das heiße Bemühen jener noch heute so hochgeschätzten „psychologischen Jurisprudenz“ geführt hat, den juristischen Sprachgebrauch in irgendeinen Einklang mit den Ergebnissen psychologischer Untersuchung zu bringen. Zur Illustration und teilweise auch zur Ergänzung dessen, was bisher über den Gegensatz zwischen juristischer und psychologischer Methode und über das Verhältnis zwischen dem juristischen und psychologischen Willensbegriffe gesagt wurde, ist es notwendig, an einem typischen Falle die „psychologisch-juristischen“ Untersuchungen zu überprüfen, die zu jenem seltsamen Zwitterbegriff geführt haben, den man heute dem Worte „Wille“ in der Rechtswissenschaft zu unterstellen pflegt.

Der in der neueren Jurisprudenz herrschende Willensbegriff geht auf ZITELMANN ¹⁾ zurück. Er gibt sich für einen psychologischen aus und ist es auch insofern, als es ein psychischer Vorgang ist, den er zu beinhalten behauptet. Allein mit den Resultaten der modernen psychologischen Forschung steht er in Widerspruch. Der Wille ist nach ZITELMANN „derjenige psychische Akt, welcher unmittelbar auf die motorischen Nerven einwirkt und so Ursache einer eigenen körperlichen Bewegung ist. Der Wille ist an sich weder bewußt noch un-

1) Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung. Lpzg. 1897.

bewußt, er wird bewußt oder unbewußt genannt, je nachdem er von der Vorstellung seines Inhaltes begleitet ist oder nicht“.

Die Unhaltbarkeit dieses Willensbegriffes für die Psychologie ist von kompetenter Seite erwiesen worden. Schon SIGWART hat gezeigt, daß ein unbewußter Wille ein Widerspruch in sich selbst ist¹⁾. Auch steht es mit dem psychologischen Tatbestande völlig im Widerspruch, den in der Bewegung tätigen Willensakt zu isolieren; „denn die Bewegungsimpulse treten ja nicht gesondert und selbständig auf, sondern nur als Teile eines umfassenderen Vorganges, sie sind von der Vorstellung des Erfolges und einer auf seine Verwirklichung gerichteten inneren Bewegung abhängig²⁾.“ Ferner läßt die ZITELMANNsche Definition alle jene Willensakte unberücksichtigt, die nicht auf eine Körperbewegung, sondern auf die Herbeiführung innerer Zustände gerichtet sind und die sich, psychologisch betrachtet, völlig gleichartig erweisen jenen, die sich auf körperliche Bewegung beziehen³⁾.

Mit dem von ihm selbst auf psychologischer Basis geschaffenen Willensbegriffe findet jedoch ZITELMANN gerade für die spezifisch juristischen Zwecke, die den Anstoß zu seiner Bildung gegeben haben, kein Auslangen. Denn für die juristische Betrachtung haben nicht nur die körperliche Bewegung, sondern andere äußere Tatbestände, die wohl durch die körperliche Bewegung — aber auch durch andere Ursachen — herbeigeführt werden können, als gewollt zu gelten. Wo also ein äußeres Geschehen, das keine eigene körperliche Bewegung ist, aber durch eine solche herbeigeführt wird, als Mittel zu einer Bedürfnisbefriedigung vorgestellt wird, da nimmt ZITELMANN neben dem unmittelbaren und unbewußten Willen zur Körperbewegung einen mittelbaren bewußten Willen zum Erfolge an⁴⁾. Diesen nennt er Absicht und definiert ihn als einen „den unmittelbaren Willen in Wirksamkeit setzenden psychischen Zustand, der in einem Trieb oder Streben nebst der Vorstellung besteht, daß aus einem durch die bestimmte körperliche Bewegung zu verursachenden Erfolg die Aufhebung vorhandener Unlust folgen werde⁵⁾“. „Absicht ist bewußter mittelbarer Wille“⁶⁾. Allein auch dieser erweiterte Willensbegriff kann den spezifisch juristischen Bedürfnissen nicht genügen, was ZITELMANN keineswegs verborgen bleibt.

Denn als Gegenstand des mittelbaren Willens erscheint nur derjenige Zustand oder Vorgang, der, durch die eigene Körperbewegung herbeigeführt, zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung geeignet scheint. Die zahlreichen anderen Folgen, die durch die Körperbewegung hervor-

1) a. a. O. S. 79.

2) a. a. O. S. 138.

3) SIGWART a. a. O. S. 138.

4) a. a. O. S. 115.

5) a. a. O. S. 125.

6) a. a. O. S. 146.

gerufen werden und die nicht zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung gereichen, bilden nicht Inhalt dieses Willens. Nun erklärt ZITELMANN wohl alle bis zu dem gewollten Zwecke führenden kausalen Zwischenlieder — als Mittel zum Zwecke — für mitgewollt, allen übrigen jedoch — also den kausalen Folgen des als Zweck fungierenden Gliedes der kausalen Kette — spricht ZITELMANN den Charakter eines Mittels zum Zwecke ab und erklärt sie daher als nicht mitgewollt. Er sagt ¹⁾: „Immer aber werden aus der Folge, aus welcher die Aufhebung der Unlust folgt, noch andere Folgen hervorgehen, die ich für die Erreichung meines Zweckes entbehren könnte. Wenn ich nur das Bewußtsein habe, daß meine Handlung mittelbar oder unmittelbar die Aufhebung der Unlust zur Folge haben werde, daß sie aber außerdem auch von der äußeren Folge F werde begleitet werden, so ist es offenbar widersinnig zu sagen, daß ich im präzisen Sinne des Wortes den Willen hatte, die Folge F herbeizuführen; im Gegenteil, vielleicht perhorresziere ich diese sogar . . . Immer ist die Folge einer Handlung zwar gewußt, aber nicht gewollt, wenn sie mir weder Mittel noch Zweck ist, wenn weder direkt noch durch Vermittlung einer weiteren Folge aus ihr die Aufhebung einer Unlust in mir erwartet wird.“ Nun ist hier ZITELMANN zunächst vorzuwerfen, daß er den Begriff des Willens zu eng faßt. Es ist für die psychologische Betrachtung ganz gleichgültig, ob der mit dem angestrebten, gewollten Zwecke notwendig verbundene Vorgang vor oder nach dem als Zweck fungierenden Gliede der Kausalreihe liegt. Die Vorstellung seiner kausalnotwendigen Verbindung mit dem Zwecke, das Bewußtsein, daß der Zweck nicht ohne diesen — vielleicht perhorreszierten — Vorgang zu realisieren ist, macht diesen Vorgang mitgewollt. Und da ist es dann irrelevant, ob er als Ursache oder Wirkung des Zweckes, ante oder post finem erfolgt.

Daß sein Begriff des „Willens zum Erfolge“ für Ethik und Jurisprudenz (d. h. aber nur für die Zwecke der Zurechnung) nicht ausreicht, sieht ZITELMANN sofort ein und betont, daß Ethik und Jurisprudenz den bloß bewußten und den mittelbar gewollten Erfolg gleichwertig behandeln. „Und mit Recht“, bemerkt er, „denn wenn auch zugegeben ist, daß man nicht sagen kann, jener Erfolg sei gewollt, so ist es doch andererseits wahr, daß er wenigstens nicht nicht gewollt ist. . .“ Diese Argumentation muß jedoch verworfen werden, denn sie beruht auf einer Verquickung der psychologisch-explikativen mit der ethisch-normativen Methode; für die psychologische Betrachtung ist das Nicht-Nicht-

1) a. a. O. S. 149.

wollen ein Nichts, überhaupt kein psychischer Akt und absolut ungeeignet, einen äußern Zustand — resp. die Vorstellung eines solchen — psychologisch zu qualifizieren. Nur insoferne von einer Norm ein Nichtwollen, d. h. das Verhindern oder Unterlassen eines bestimmten Erfolges gefordert, als gesollt statuiert wird, kann das Nicht-Nichtwollen eine Bedeutung haben, und zwar nicht die eines subjektiv-psychischen Vorganges, sondern einer objektiven Normverletzung. — Auf Grund dieser Argumentierung kommt nun ZITELMANN zu einem abermals erweiterten Willensbegriff, der auch den bloß vorausgesehenen Erfolg als gewollt erfaßt, indem er erklärt: „Der vorhergesehene, aber nicht erstrebte Erfolg, dessen Ursache ich gewollt habe, darf und muß als mitgewollt gelten“¹⁾. So gelangt ZITELMANN zu der seltsamen Konsequenz, daß er etwas als gewollt bezeichnet, was lediglich gewußt ist und wo von einem Willen in seinem Sinne nicht mehr die Rede sein kann. Er selbst sagt, daß es bezüglich des von ihm früher als mitgewollt bezeichneten Erfolges einer Handlung auf den Willen gar nicht ankomme, nach ihm brauche gar nicht gefragt zu werden, sondern nur nach dem Bewußtsein über den Erfolg²⁾. Und für die explikativ-psychologische mit normativ-juristischen Gesichtspunkten vermengende Methode ZITELMANN'S sind die folgenden Sätze überaus charakteristisch³⁾: „Ein Erfolg wird dann voll zugerechnet (sic!), wenn die Seele ihn als Erfolg, der eintreten wird, betrachtet, wenn also jener hinter einer kleineren oder größeren Reihe von Mitteln stehende Erfolg in ihrem Gesichtsfelde ist, wenn sie voraussieht, wohin die Kausalreihe führen werde. . . . Alle Folgen, welche ein Rechtsakt nach positivem Recht hat, gelten, wenn sie nicht ausdrücklich durch Parteibestimmung ausgeschlossen sind, als mitgewollt, sobald sie nur gewußt sind, eventuell usw. . . .“ Deutlich geht aus diesen Ausführungen der Konnex hervor, der zwischen dem „Zurechnen“ eines Tatbestandes und dem im rechtlichen Sinne als „Gewollt“-Gelten desselben besteht, ein Zusammenhang, der so stark ist, daß ein Tatbestand, der im psychologischen Sinne offenkundig nicht gewollt, sondern bloß gewußt ist, dennoch — sofern er zugerechnet wird — für den Bereich des Rechtes als „gewollt“ bezeichnet wird. Man muß blind sein, um nicht zu sehen, daß hier ein selbständiger, spezifisch juristischer, von aller Psychologie unabhängiger „Wille“ vorliegt, dessen in der Sprache festgewurzelte Existenz, statt selbständig zu deuten, ein irreführendes Streben mit dem gleichnamigen Begriffe der Psychologie zu identifizieren bemüht ist.

Aus der Gleichstellung der Fälle des Gewollthabens und des

1) a. a. O. S. 151.

2) a. a. a. O. S. 151.

3) a. a. O. S. 151.

loßen Gewußthabens ergibt sich für ZITELMANN ein Begriff der Absicht, die das ganze Gebiet der Voraussicht umfaßt. Allein tatsächlich ist dieser Begriff noch weiter! Denn ZITELMANN kann in Wahrheit angesichts der Tatsache nicht stehen bleiben, daß Ethik und Jurisprudenz dem eigentlich gewollten Erfolge nicht nur den bloß gewußten, sondern auch den weder gewollten noch gewußten Erfolg in vielen Fällen gleich setzen, nämlich dann, wenn der Erfolg — es ist bisher nur von dem Erfolg der eigenen Körperbewegung die Rede — zwar nicht vorhergesehen wurde, aber doch hätte vorhergesehen werden können und sollen. Daß in diesen Fällen von einem psychischen Vorgange überhaupt keine Spur ist, bedarf keiner besonderen Betonung; bezeichnet man solchen Erfolg als gewollt, so hat der Terminus Wille längst keine psychologische Bedeutung mehr und ist, vom Standpunkte der Psychologie aus, eine Fiktion. Dennoch hat ZITELMANN nicht gezögert, seinen psychologischen Willensbegriff auch auf diesen Fall auszudehnen. Seite 52 sagt er: „Alle Folgen . . . gelten als mitgewollt, sobald sie nur gewußt sind, eventuell . . . hätten gewußt sein müssen“. Damit hat er den Standpunkt und die Methode der Psychologie bereits verlassen und ist mit dem einen Fuß in das Gebiet und die Methode der Ethik und Jurisprudenz gestiegen. Dieses ist der wesentlich erweiterten Begriff des Willens, den ZITELMANN als „indirekte (uneigentliche) Absicht“ bezeichnet, im Gegensatz zu der oben charakterisierten Absicht, dem mittelbaren Willen zum Erfolge.

Die Definition, die sich als das Ergebnis dieser „psychologisch-juristischen“ Untersuchung darstellt, entspricht durchaus der eingeschlagenen Methode: „Absicht ist das bewußte Wollen oder wenigstens Nicht-Nichtwollen eines Erfolges, sie ist die Gesamtheit der psychischen Prozesse, welche die Folge der Handlung zu einer zurechenbaren machen“. Sie enthält die Zumutung, das „Nicht-nichtwollen“ als psychischen Prozeß gelten zu lassen und führt die Zurechnung auf psychische Prozesse im Zurechnungssubjekt zurück, obgleich das „Nicht-Nichtwollen“ offenbar nur die Negation eines psychischen Prozesses bedeutet.

Fragt man sich, worauf eigentlich die Gleichstellung des gewollten mit dem bloß vorhergesehenen und dem nicht einmal vorhergesehenen (fahrlässigen) Erfolge durch die Jurisprudenz beruht, jene Gleichstellung, die ZITELMANN veranlaßte, seinen ursprünglich auf die Verursachung der Körperbewegung eingeschränkten Willensbegriff zur direkten und schließlich indirekten Absicht auszudehnen,

1) a. a. O. S. 153.

so ist die Antwort darauf: die Zurechnung. Die eigene Körperbewegung wird dem Menschen vom Rechte ebenso zugerechnet, wie der durch sie herbeigeführte gewollte oder bloß gewußte, ja, der nicht einmal vorhergesehene Erfolg. Wenn in allen diesen Fällen der zugerechnete Erfolg nach juristischer Terminologie als gewollt bezeichnet wird, so kann dieser Begriff des Willens gewiß nicht mehr den so benannten psychischen Akt, ja, mit Rücksicht auf die Zurechnung des fahrlässigen Erfolges überhaupt keinen psychischen Akt bezeichnen, und jeder Versuch, den psychologischen Willensbegriff zu dem Umfange des juristischen auszurenken, muß als methodischer Fehler erkannt werden. Solange unter Wille oder Absicht irgendein realpsychischer Vorgang verstanden wird, ist es unmöglich, die Zurechnung von diesem Willen abhängig zu machen und darum ist es vollkommen verfehlt, wenn ZITELMANN¹⁾ sagt: „ . . . ob der Erfolg einer Handlung zurechenbar ist, bestimmt das Vorhandensein der ‚Absicht‘“, sofern er dabei den von ihm geschaffenen Begriff der indirekten und uneigentlichen Absicht irgendeinen psychischen Vorgang beinhalten läßt.

Der ZITELMANNsche Willensbegriff bezieht sich nur auf die eigene Körperbewegung und den durch diese kausal herbeigeführten Erfolg. Allein die ethisch-juristische Betrachtung stellt nicht nur den gewollten dem bloß vorausgesehenen und dem fahrlässig nicht einmal vorausgesehenen Erfolge gleich, soweit dieser Erfolg durch die eigene körperliche Bewegung verursacht ist, sie stellt alle diese Erfolge auch jenem vollkommen gleich, der durch andere Ursachen als die eigene Körperbewegung bewirkt, von dem Individuum aber — sei es vorhergesehen, sei es fahrlässig unvorhergesehen — nicht verhindert wurde. Daß auch ein solcher Erfolg, nur für den Fall, als er vorhergesehen ist, unter Umständen den Inhalt einer Vorstellung bilden kann, die Gegenstand eines Willens ist, wurde bereits oben ausgeführt. Jedenfalls aber — und auch das wurde bereits bemerkt — ist dieser Willensakt vom Standpunkte der ethisch-juristischen Betrachtung für die Zurechnung nicht von Bedeutung. Und die Zurechnung des Erfolges findet auch hier ohne Rücksicht darauf statt, ob die entsprechende Vorstellung des Erfolges gewollt war oder nicht, ja, in den meisten Fällen trotz des Mangels jedes psychischen Aktes, der zu dem zugerechneten Erfolg in irgendeine Beziehung gebracht werden könnte. Der Versuch, die Zurechnung des nicht verhinderten, von anderen Ursachen als der eigenen körperlichen Bewegung bewirkten Erfolges bei Unterlassungen auf den Willen oder überhaupt einen psychischen Akt zu begründen, muß in den meisten Fällen von vornherein daran

1) a. a. O. S. 151.

scheitern, daß der spezifisch ethisch-juristische Begriff der Unterlassung geradezu bedeutet, daß etwas nicht getan und nicht gewollt wurde, was hätte getan, gewollt werden sollen. In den Fällen der Zurechnung eines durch eigene Körperbewegung bewirkten Erfolges mag ja der Trugschluß nahe liegen, daß zugerechnet wird, weil etwas getan, also gewollt wurde, die Zurechnung daher an den verursachenden Willen anknüpfen müsse. In diesen Fällen mag man vergessen können, daß die Zurechnung erfolgt, weil etwas nicht getan oder getan resp. gewollt oder nicht gewollt werden sollte, was getan resp. nicht getan, gewollt resp. nicht gewollt wurde. Allein bei der normwidrigen Unterlassung zeigt sich deutlich, daß nicht der psychische Wille das Etwas ist, an das die Zurechnung anknüpft, und daß, wenn auch hier das Zugerechnete als gewollt bezeichnet wird, dieser „Wille“ kein realer psychischer Akt sein kann, sondern nur eine ethisch-juristische Konstruktion. Dennoch sind solche Versuche, alles Zugerechnete als psychisch gewollt zu erfassen, gemacht worden; sie alle beruhen auf der völligen Verkennung des methodisch grundlegenden Unterschiedes zwischen psychischem und ethisch-juristischem Willensbegriffe.

Der Willensbegriff ZITELMANNS ist ein kausaler. Der Wille ist hier als Ursache erfaßt und zwar als Ursache der Bewegung der motorischen Nerven und der durch diese Bewegung verursachten Muskelkontraktion, der Körperbewegung. Ist Wille Ursache, dann muß gewollt identisch sein mit verursacht, durch den Willen verursacht, und dann haben — mit Rücksicht auf die von ZITELMANN behauptete Unabhängigkeit des Willens vom Bewußtsein — alle Glieder der durch den Willen hervorgerufenen Kausalreihe als gewollt, weil durch den Willen verursacht, zu gelten, gleichgültig, ob sie vorhergesehen sind oder nicht. Auch ist es, genau genommen, inkonsequent, etwa nur das erste Glied der durch den Willen hervorgerufenen Kausalreihe, also die unmittelbare Wirkung des Willens, die Innervation, als gewollt zu betrachten, wie dies ZITELMANN für seinen Willensbegriff im engsten Sinne tut. Denn die erste Folge einer Ursache steht zu dieser, vom kausalen Standpunkte aus betrachtet, prinzipiell im gleichen Verhältnisse wie die von der ersten Folge verursachte zweite Folge usw. Alle Glieder der kausalen Kette sind im gleichen Sinne Folgen der ersten Ursache, im gleichen Sinne von derselben Kausa verursacht. Die nähere oder entferntere Mittelbarkeit ist hier von nebensächlicher Bedeutung. Darum ist die unmittelbare Innervation vom Willen ebenso verursacht, wie die Körperbewegung, die ja nur das entfernte Glied einer bereits langen Kausalreihe ist, und ganz ebenso verursacht, wie ein noch so

entfernter, durch die Körperbewegung verursachter Erfolg. Faßt man den Willen als Verursachung, dann muß konsequenterweise alles durch den Willen Verursachte als gewollt betrachtet werden.

ZITELMANN und seine Schule haben diese Konsequenz bekanntlich nicht gezogen. Dies hat nur BINDING¹⁾ getan. Auch er behauptet — wie ZITELMANN — einen vom Bewußtsein völlig losgelösten Willen, der in keiner Verbindung mit der Vorstellung zu denken sein soll, was für die herrschende Psychologie eine Unmöglichkeit bedeutet. Zur Kritik des BINDING'schen Willensbegriffes, demzufolge alles durch den Willen Verursachte auch gewollt ist, sagt treffend RADBRUCH a. a. O.: „Da er (BINDING) in dem Banne des Irrtums steht, der Begriff der Willensschuld verlange, daß jeglicher schuldhaft verursachte Erfolg auch gewollt sei, muß er den allgemeinen Willensbegriff durch einen solchen ersetzen, welcher ihm auch den fahrlässig herbeigeführten Erfolg als gewollt zu bezeichnen erlaubt. Da dieser aber zu dem Willen in keinem engeren Verhältnis steht, als der zufällig herbeigeführte Erfolg, kann er auch dem letzteren die Bezeichnung des Gewolltseins nicht vorenthalten“. Daß dieser Willensbegriff mit dem psychologischen nichts mehr zu tun hat und sich, wie RADBRUCH treffend sagt: „restlos auf juristische Erwägungen zurückführen läßt“, ist auf den ersten Blick klar. Nichtsdestoweniger ist BINDING weit davon entfernt, seinen Willensbegriff als juristische Konstruktion zu erkennen, der eine durchaus andere Bedeutung zukommt, als dem eine real-psychische Tatsache beinhaltenden Begriffe der Psychologie. Vielmehr sucht BINDING die Geltung seines Willensbegriffes auch für die Psychologie zu erweisen²⁾. Diesen Versuch hat SIGWART mit Entschiedenheit zurückgewiesen. Er sagt: „Der Versuch aber, alle rechtlichen Folgen eines Tuns (oder gar Unterlassens) als Folgen eines wirklichen Wollens darzustellen, muß der psychologischen Auffassung Gewalt antun. Denn von dem wirklichen Erfolge rückwärts gehend, gelangt man zunächst nur zu der Bewegung und kann, wenn der Mensch überhaupt bei Sinnen war, voraussetzen, daß diese gewollt war, weil die regelmäßige Ursache der Bewegung der Willensimpuls ist; aber weiter zurück reicht der Schluß aus ihrem objektiven Erfolge nicht; denn was mit ihr gewollt ist, darüber entscheidet nicht der wirkliche, sondern der vorgestellte Erfolg; so gewiß das Wollen des Zweckes ein rein psychischer Akt ist, so gewiß kann über sein Wesen nicht die Erkenntnis der

1) Die Normen und ihre Übertretung II 1877 S. 104—115.

2) Er stützt sich dabei auf GÖRING (vgl. dessen Schrift: Über die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, 1876) und die Philosophie EDUARD v. HARTMANN'S.

äußeren Wirkung für sich, sondern nur die psychologische Betrachtung entscheiden“¹⁾. Und treffend sagt SIGWART von dem Widerspruch, in welchem der von Juristen konstruierte in dem Begriff der Verursachung völlig aufgehende, von der Vorstellung losgelöste Willensbegriff zu dem psychologischen Begriffe des Wollens steht: „Nimmt man aus dem Begriffe des Wollens die Vorstellung dessen, was gewollt wird, heraus, und läßt nur das Moment der realen Kausalität stehen, so wird der psychologische Begriff des Willens zerstört und ein Abstraktum geschaffen, das in unserem Bewußtsein nirgends vorkommt“²⁾.

Auch muß bemerkt werden, daß das durch den Willen Bewirkte psychologisch ganz irrelevant ist. Was in der Außenwelt kausal vor sich geht, interessiert die psychologische Betrachtung nicht; der Wille der Psychologie ist ein ganz und gar innerlicher Seelenvorgang. Es geht daher nicht an, vom Willen in einem doppelten Sinne, sowohl als Tatsache der Innenwelt, wie auch als Tatsache der Außenwelt zu sprechen³⁾ und unter dem letzteren die Wirkungen des Willens in der Körperwelt zu verstehen; der Wille ist keine Tatsache der Außenwelt und seine Wirkungen, soweit von solchen, streng genommen, gesprochen werden kann, dürfen mit ihm nicht identifiziert werden.

Der Weg, auf dem die Juristen zu diesem rein ursachlichen Willensbegriffe gelangt sind, macht das mit der Psychologie so disharmonisierende Resultat wohl begreiflich, ohne es freilich zu rechtfertigen. Wenn man zunächst nur die Handlungen, das sind jene Tatbestände ins Auge faßt, die in einer Körperbewegung oder deren Erfolg bestehen, und die der juristische Sprachgebrauch als gewollt bezeichnet, und wenn man nun die Kausalreihe in der Richtung der Ursache verfolgt, gerät man schließlich zur Muskelkontraktion, dann zu der verursachenden Nervenbewegung und schließlich zu deren unmittelbaren psychischen Ursache. Diese unmittelbare, der Selbstbeobachtung gar nicht zugängliche Einwirkung der Psyche auf die motorischen Nerven bildet — wie die vom Innern des Menschen ausgehende psychologische Untersuchung lehrt — nur einen nicht isolierbaren Teilakt des Willensvorganges. Wenn nun die von außen an das Subjekt herantretende juristische Betrachtungsweise gerade diesen Teilakt herausgreift und ihn allein als den rechtlich in Betracht kommenden Willen erklärt, so hat dies seinen Grund darin, daß die psychologisch allein maßgebende Gesamterscheinung des Wollens dem spezifischen Zwecke der juristischen Betrachtung — und das heißt: der

1) a. a. O. S. 182.

2) a. a. O. S. 177.

3) So RADBRUCH a. a. O. S. 127.

Zurechnung — in keiner Weise entspricht. Allein es ist eine Selbsttäuschung und ein methodischer Fehler, das, was juristisch als Wille in Betracht kommt, mit diesem psychologisch gar nicht isolierbaren Willensimpuls zu identifizieren. Nur das irrtümliche Streben, als Wille im juristischem Sinne einen real psychischen Akt aufzuzeigen, hat zu diesem kuriosen Resultate geführt, daß als Wille im Rechtssinne ein psychischer Akt bezeichnet wird, der in dieser Form — psychisch — unmöglich ist. Der Wille BINDINGS wie ZITELMANNS ist darum durchaus kein psychologischer Begriff, sondern eine rein juristische Konstruktion.

Und diese Konstruktion ist eine unzulängliche, denn sie entspricht dem Zwecke nicht, dem sie offensichtlich angepaßt werden sollte: der Zurechnung. In demselben Sinne nämlich und aus demselben Grunde, aus welchem der dolose wie der fahrlässig herbeigeführte Erfolg rechtlich als gewollt gilt, muß auch der überhaupt nicht kausal durch eigene Körperbewegung herbeigeführte Erfolg — im Falle der normwidrigen Unterlassung — als gewollt bezeichnet werden. Da ein solcher Tatbestand nicht als durch das Unterlassen kausal herbeigeführt gelten kann — eine körperliche Bewegung gar nicht vorliegt — kann er im Sinne des rein kausalen Willensbegriffes ZITELMANNS und BINDINGS überhaupt nicht gewollt sein, obgleich er — und darin liegt die Ironie dieses „psychologischen“ Willensbegriffes — vom streng psychologischen Standpunkte aus unter gewissen Umständen — die allerdings juristisch nicht in Betracht kommen — wohl gewollt, wenn auch nicht verursacht sein kann. Der Begriff der Verursachung darf weder für den psychologischen, noch auch für den juristischen Willensbegriff die allgemeine Grundlage bilden.

Die Erkenntnis, daß der psychologische Willensbegriff vom juristischen Sprachgebrauche des Wortes Wille wesentlich differiert und ein psychisches Gewolltsein des Tatbestandes nur in wenigen Fällen der Zurechnung angenommen werden kann, ist durchaus nicht vereinzelt. Mit großem Nachdruck hat schon SIGWART auf die Verschiedenheit der psychologischen von der juristischen Betrachtung hingewiesen¹⁾. Er betont, daß die Rechtsordnung die äußeren Tatbestände mit Unrechtsfolgen verknüpft und von außen an den Menschen herantritt, diesen für dasjenige, was er getan oder unterlassen hat, nicht darum verantwortlich macht, weil er gerade dieses gewollt hat, sondern weil er, als willensfähiges Wesen, so gehandelt oder unterlassen hat. Die Psychologie dagegen, sagt SIGWART²⁾, „beginnt an der Quelle; sie hält sich an das, was im Bewußtsein

1) Vgl. a. a. O. S. 180 ff. u. S. 195.

2) a. a. O. S. 187.

vorging, ehe der Mensch handelte, um die wirkliche Bewegung daraus hervorgehen zu lassen“. Und auch Juristen haben sich dieser Erkenntnis nicht verschlossen¹⁾. Man begnügte sich jedoch mit der Feststellung, daß der psychologische Willensbegriff für die Jurisprudenz keine oder nur wenig Bedeutung habe, und in den meisten Fällen der rechtlichen Zurechnung von einem „Willen“ keine Rede sein könne. Der juristische Sprachgebrauch, der zweifellos die Tendenz hat, alles Zugerechnete als gewollt zu bezeichnen, bleibt dabei unberücksichtigt. Mit Unrecht, denn der diesem Sprachgebrauche zugrunde liegende Willensbegriff, der alle Fälle der Zurechnung erfaßt und den wir im Gegensatz zum psychologischen als eine juristische Konstruktion erkannt haben, hat zumindest die gleiche denkökonomische Berechtigung wie der psychologische, und für die juristische Betrachtung ist überhaupt nur der erstere von Relevanz. Denn auch in jenen Fällen, in denen die Möglichkeit gegeben ist, einen zugerechneten Tatbestand als psychisch gewollt anzunehmen, ist dieser Tatbestand nicht darum rechtlich als gewollt zu bezeichnen, weil diese psychische Möglichkeit gegeben ist, sondern auch dieser Tatbestand ist nur gewollt, weil er zugerechnet ist. Man vergesse auch nie, daß wenn selbst die Rechtsordnung die Zurechnung eines Tatbestandes von dem „Willen“ oder der „Absicht“ abhängig macht, indem sie in den Tatbestand, an welchen die Unrechtsfolgen geknüpft sind, diese Momente aufnimmt, dies niemals die Bedeutung hat, daß die Zurechnung von der wirklichen Feststellung der so bezeichneten realen psychischen Vorgänge im Innern des zur rechtlichen Verantwortung gezogenen Subjekts abhängig gemacht wird. Denn für die juristische Betrachtung ist schlechterdings nicht zugänglich, was wirklich in der Seele eines Menschen vor sich gegangen ist. Die Feststellung von Seelenvorgängen ist für die Jurisprudenz weder Aufgabe noch überhaupt möglich. Nochmals muß hier an die bereits zitierten Worte WINDSCHEIDS erinnert werden, die auch in diesem Zusammenhange von Bedeutung sind: „Das Wollen als innerer Seelenzustand ist dem Rechte gleichgültig. Es ist dem Rechte gleichgültig nicht bloß deswegen, weil das Recht keine Kunde von demselben hat, sondern deswegen, weil seine Qualität ihm nicht genügt“. Aber auch der Psychologie läge hier ein so gut wie unlösbares Problem vor. Denn die Resultate der Psychologie, die im Wege der Selbstbeobachtung erzielt werden, können nur Klarheit über die eigenen Seelenvorgänge verschaffen. Das Recht und seine Anwender stehen einem anderen

1) Vgl. RADBRUCH a. a. O. S. 130.

gegenüber, dessen psychische Vorgänge auch ein Psychologe nicht mit wissenschaftlicher Sicherheit feststellen könnte. Weg und Ziel sind für psychologische Erkenntnis ganz anderer Art als für die Jurisprudenz. Wenn der Psychologe auch die durch Selbstbeobachtung gewonnenen Resultate generalisieren darf, so können diese doch nur wieder durch das schmale Tor der Selbstbeobachtung zur Anwendung gelangen; und nur Selbstbeobachtung kann die Resultate einer generellen Psychologie bestätigen. Wenn auch die Erkenntnis, daß es ein Denken, Fühlen und Wollen gibt, für alle Menschen Geltung beansprucht, ob im konkreten Einzelfalle ein Denk-, Gefühls- oder Willensakt vorliegt, kann niemand anderer entscheiden, als der denkende, fühlende oder wollende Mensch selbst. Auf diesen allein darf aber das Recht in seiner praktischen Anwendung aus nabeliegenden Gründen nicht angewiesen sein.

Wenn in den Unrechtstatbestand „Wille“, „Absicht“ oder andere psychische Vorgänge als Voraussetzungen aufgenommen erscheinen, so sind darunter lediglich äußere, dem Richter objektiv erkennbare Momente zu verstehen, welche die Annahme der betreffenden psychischen Vorgänge als möglich zulassen. Nicht der wirkliche Wille, die wirkliche Absicht ist es, die der Richter in gewissen Fällen festzustellen hat — diese kann er ja gar nicht feststellen — und die zum Unrechtstatbestand gehören, sondern Bestandteile des letzteren sind äußere Umstände, auf Grund deren der Richter psychische Vorgänge juristisch präsümiert. Nicht bis zum realen psychischen Willensvorgange, sondern nur bis zur juristischen Präsümpion desselben reicht die Methode der Rechtswissenschaft.

Die Natur des ethisch-juristischen Willensbegriffes als einer zum Zwecke der Zurechnung vollzogenen Konstruktion, die in keiner Weise mit jenem Seelenvorgange identifiziert werden kann, den die Psychologie mit dem Worte Wille bezeichnet, zeigt sich in voller Deutlichkeit, wenn man das Problem der Willensfreiheit untersucht und sich den hier herrschenden Gegensatz zwischen deterministischer und indeterministischer Anschauung vergegenwärtigt. Dieser Gegensatz muß unüberbrückbar scheinen, wenn beide Anschauungen das gleiche Objekt zum Gegenstande haben. Faßt man den als Wille bezeichneten psychischen Vorgang ins Auge, dann steht man im Bereiche der Psychologie. Diese aber ist ein Teil der erklärenden Naturwissenschaft, der Lehre vom Seienden, deren Methode die explikative ist. Vom Standpunkte der Psychologie aus ist ein anderes Resultat als das des absoluten Determinismus ausgeschlossen. Die Psychologie kann zu einer Freiheit des Willens nicht kommen, ohne die Erkenntnisbasis aller explikativen Disziplinen und somit ihre eigene Grundlage in Frage

zu stellen: Das aber ist das Kausalgesetz. Dieses läßt keine ursachlose, „freie“ Bewegung zu. Denn das Kausalgesetz, welches das Wesen aller Erklärung ausmacht, ist überhaupt nichts anderes, als „der assertorische Ausdruck für unser Postulat der Erklärung, nichts anderes als das Axiom der Begreiflichkeit der Natur“¹⁾. Freiheit des Willens kann darum niemals die Antwort auf eine Frage nach Erklärung sein.

Es ist ein bloßes Spiel mit Worten, wenn man den Terminus „Willensfreiheit“ akzeptiert und dabei die kausale Gebundenheit des Willens anerkennt, ohne zwischen dem Willen, den man „frei“ nennt und jenem, den man für gebunden erkennt, als zwischen zwei verschiedenen Begriffen zu unterscheiden und z. B. als „Freiheit“ „das Bewußtsein von der bestimmenden Macht der erkannten und anerkannten Normen“²⁾, als „Herrschaft des Gewissens“³⁾ — also eine Gebundenheit — bezeichnet. Es bedeutet nur ein der Frage aus-dem-Wege-gehen, wenn man den Willen als frei gelten läßt, in dieser Freiheit aber nur — mit SPINOZA — den Ausdruck für die subjektive Unkenntnis seiner Ursachen erblickt. Auch die psychologische Analyse der seelischen Vorgänge, die den Grund dafür bilden, das man seinen Willen in vielen Fällen als „frei“ empfindet, kann nur eine Selbsttäuschung konstatieren⁴⁾. Alle auf Erklärung gerichtete Untersuchung des Seelenlebens muß zu dem Urteile führen, daß der Wille wie alle anderen psychischen Akte kausal determiniert ist.

Trotz dieser unanfechtbaren Erkenntnis der Psychologie hat die Ethik und Jurisprudenz niemals darauf verzichten können, an dem Prinzip der Freiheit des Willens festzuhalten. Alle mißglückten Versuche seitens einzelner Moralphilosophen und Juristen, Ethik und Jurisprudenz auf deterministischer Basis aufzubauen, können die Erkenntnis nicht erschüttern, daß Zurechnung und Verantwortlichkeit

1) WINDELBAND a. a. O. S. 212.

2) WINDELBAND a. a. O. S. 230.

3) WINDELBAND ebenda.

4) Vgl. auch den Versuch KIRCHMANN'S, (a. a. O. S. 85) die Freiheit des Willens mit dem allgemeinen Kausalgesetze zu vereinbaren. K. führt aus, daß die Notwendigkeit nur im Wissen bestehe nicht im Sein, das Wollen aber nicht zum Sein gehöre und auch kein Wissen sei, also der Kausalität nicht unterworfen. Demgegenüber muß aber bemerkt werden, daß, wenn Sein und Wissen (des Seins) gegenübergestellt werden, das Wollen wohl zum Sein gerechnet werden muß, da nicht nur die körperlichen Vorgänge sondern auch das Wollen und Fühlen „gewußt“ d. h. im Bewußtsein sind. Und wenn man auch zugibt, daß die Kausalität in allem Sein nicht als immanente Beziehung zu finden ist, sondern lediglich als Denkform, als allgemeiner Erklärungsgrundsatz, als Prinzip des Denkens zur Ordnung des Gedachten erkannt werden muß, ist nicht einzusehen warum dieses Prinzip nicht auf das im Bewußtsein ebenso wie alles andere gegebene Wollen angewendet werden soll.

und damit Ethik und Rechtswissenschaft nicht möglich sind ohne die Annahme, daß der Wille frei, das heißt — und darin kann kein Zweifel möglich sein — von dem Kausalzusammenhange unabhängig ist.

Die Resultate der Psychologie einerseits, der Ethik und Jurisprudenz andererseits, schließen einander logisch aus und sind darum nebeneinander unmöglich, solange man daran festhält, daß der Wille, den Ethik und Jurisprudenz für frei erklären muß, eben jener psychische Vorgang ist, den die Psychologie als kausal bedingt erkennt.

Dieser wissenschaftlich unhaltbare Widerspruch löst sich aber sofort, wenn man begreift, daß der Wille der explikativen, das Sein erklärenden Psychologie etwas wesentlich anderes ist, als der Wille der normativen, nicht der Erklärung des Seins, sondern der Statuierung des Sollens dienenden Ethik und Jurisprudenz; und die von Ethik und Jurisprudenz immer wieder (im Gegensatze zur Psychologie) behauptete Freiheit ihres Willens führt mit zwingender Notwendigkeit zur Erkenntnis der besonderen Natur desselben. Wenn Ethik und Jurisprudenz ihren Willen einen freien nennen, heißt dies soviel, daß er außerhalb jedes Kausalnexus steht. Und das ist selbstverständlich, denn dieser Begriff beinhaltet gar keinen tatsächlichen Vorgang, welcher der Welt des Seins angehört und, um begriffen zu werden, als notwendige Wirkung einer Ursache erkannt werden muß. Denn der ethisch-juristische Wille ist eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion; und wenn die Fähigkeit des Menschen, Subjekt der Zurechnung, Person im Sinne der Ethik und Jurisprudenz zu sein, als Wille bezeichnet und als „frei“ erklärt wird, so hat dies keine andere Bedeutung, als daß der gleichsam in das Innere des Menschen gedachte, weil nicht mit dessen Körper, sondern einer geistigen, die Person im ethisch-juristischen Sinne darstellenden Einheit identische Wille ein Endpunkt — vom Standpunkte der verantwortlichen Person aus: ein Anfangspunkt — der Zurechnung ist. Bei der Person oder deren Willen macht die Zurechnung Halt, wenn sie einen äußeren Tatbestand mit einem Subjekte zu verknüpfen hat. Sie macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrungen ist, die ja vom Erfolg bis zur Körperbewegung aber durch den Menschen hindurch ins Unendliche weiterläuft. Hier reißt die Zurechnung den Menschen als „Person“ aus der unendlichen Kette von Ursache und Wirkung heraus und setzt im „Willen“ einen festen Anfangs- oder Endpunkt. Allein sie findet auch ohne Kausalreihe ihren Weg zum Menschen, wenn sie den durch andere Ursachen bewirkten Erfolg mit demjenigen verknüpft, der ihn zu verhindern unterlassen hat. Auch hier ist der Wille Anfangs- und Endpunkt der Zurechnung — von allem Kausalzusammenhange frei.

Ethik wie Jurisprudenz haben nicht die Aufgabe, das tatsächliche Handeln und Wollen der Menschen zu erklären; sie statuieren lediglich, wie sich die Menschen verhalten sollen. Sie haben darum das menschliche Handeln gar nicht als notwendige Folge einer Ursache begrifflich zu machen. Der von ihnen aufgestellte Willensbegriff hat keinen Erklärungszweck und entbehrt daher jedes kausalen Charakters. Nicht die Frage, warum der Mensch so und nicht anders gehandelt und gewollt hat — diese Frage, deren Beantwortung der Psychologie gehört, setzt von vornherein voraus, daß der Mensch nur so und nicht anders handeln und wollen mußte — sondern die Frage: Wie soll der Mensch handeln oder unterlassen, liegt dem Willensbegriffe der Ethik und Jurisprudenz zugrunde. Der Zweck des Rechtes und der Moral, ein bestimmtes Verhalten der Menschen motivierend zu bewirken, führt zum Gebieten oder Verboten eines bestimmten Verhaltens und läßt ein Handeln samt dem dadurch bewirkten Erfolg oder ein Unterlassen samt dem nicht verhinderten Erfolg als „gesollt“ erscheinen. Nur die Gesolltheit eines Tatbestandes macht seine Zurechnung nötig, und die Zurechnung führt zur Konstruktion des Willens. Die Normen sind es also, auf denen der ethisch-juristische Begriff des Willens beruht, während nur die Naturgesetze des Seelenlebens zur Erkenntnis eines als Wille bezeichneten Vorganges führen können.

Die Behauptung, daß dem Willen im ethisch-juristischen Sinne und dem Willen im psychologischen Sinne zwei völlig verschiedene Bedeutungen zukommen, mag die Frage nahelegen, was der Grund dieser gleichen und leicht irreführenden Terminologie sei. Und es muß wohl angenommen werden, daß beide Begriffe nicht unabhängig voneinander entwickelt wurden. Welches ist aber der Zusammenhang?

Die besondere Sprache der Ethik und speziell der Rechtswissenschaft, die Tendenz der juristischen Terminologie ist es, die auf die Spur zu jenem besonderen, von dem psychologischen verschiedenen Willensbegriffe geführt hat. Es muß hier hervorgehoben werden, daß sich in der Rechtssprache jener Begriff gleichsam petrifiziert, wie ein Baum in einer Kohlschichte, erhalten hat. Wer die Bedeutung des Sprechens für das Denken, wer den tiefen Zusammenhang zwischen Wort und Begriff nicht verkennt, dem wird nicht sonderbar erscheinen, daß hier, im Gegensatz zu dem übrigens mißlungenen Versuche der „psychologischen“ Jurisprudenz, die den zähen juristischen Sprachgebrauch des Wortes Wille mit Rücksicht auf dessen Widerspruch zur Psychologie einzuschränken oder gar auszuschließen bemüht ist, gerade dieser juristische Sprachgebrauch zur Rekonstruktion eines selbständigen Begriffes benutzt wurde.

Nun läge es weit außerhalb der Grenzen dieser Arbeit, die Ursachen zu untersuchen, die zur gleichen Bezeichnung zweier so verschiedener Begriffe geführt haben. Nur der Vermutung sei hier Raum gegeben, daß die ethisch-juristische Konstruktion des Willens, der mit der ethisch-juristischen Einheit der Person identisch ist, der ursprünglichere Begriff war, und daß der Terminus Wille von der psychologischen Forschung erst übernommen und vielleicht in nicht genügend scharfer Erfassung der Verschiedenheit des Erkenntnisobjektes für psychische Prozesse im Menschen verwendet wurde, die man von der als Wille bezeichneten ethisch-juristischen Qualität, Subjekt der Zurechnung zu sein, nicht auseinanderhielt. Die Lokalisation des als Endpunkt der Zurechnung erkannten „Willens“ im Innern des Menschen mag es dem auch sonst ganz allgemein als Eigenschaft des menschlichen Geistes zu beobachtenden Streben der Anschauung nach Realität hier besonders leicht gemacht haben, das, was ursprünglich als Konstruktionspunkt gedacht war, als realpsychischen Vorgang gelten lassen; so daß auf solchem Wege der Wille, ein Hilfsbegriff normativer Struktur, in das Gebiet explikativer Seinsbetrachtung gelangte. Gerade die Tatsache, daß der Wille auch in der Psychologie von vornherein immer nur als „freier“ Wille oder doch als das Gleiche, was die Ethik als Wille und freien Willen im Auge hatte, auftrat, legt die Vermutung nahe, daß die Psychologie bemüht war, eine ethisch-juristische Konstruktion als psychischen Vorgang nachzuweisen. Und diese Annahme wird vollends bestätigt, wenn man die Resultate gewisser neuerer psychologischer Forschungen berücksichtigt, die eine selbstständige, neben dem Vorstellen und Empfinden existente Seelenerscheinung des Wollens nicht anerkennen. Die einen lassen das Wollen im Vorstellen aufgehen und setzen an Stelle eines besonderen Willensaktes den sogenannten „ideomotorischen Akt“ d. h. „die Ersetzung des Willens durch eine natürliche Identität jeder Bewegungsvorstellung mit der entsprechenden Ausführungstendenz“¹⁾. MÜNSTERBERG²⁾ sagt, daß „der Wille nur ein Komplex von Empfindungen ist. Seine Sonderstellung ist dadurch theoretisch von vornherein beseitigt.“ Andere identifizieren das Wollen mit dem Fühlen, wie BRENTANO³⁾ oder wie EHRENFELS⁴⁾, der behauptet: „Ein besonderes psychisches Grundelement ‚Begehren‘ (Wünschen, Streben oder Wollen) gibt es nicht. Was wir Begehren nennen, ist nichts anderes als die — eine

1) JODL, a. a. O. H S. 69. 2) Die Willenshandlung 1888. S. 62. Vgl. auch MACH, Die Analyse der Empfindungen, 5. Auflage 1906 S. 140 ff.

3) Psychologie vom empirischen Standpunkt I. Leipzig 1874.

4) Werttheorie I. Bd. S. 248. Weitere Literaturangaben bei JODL a. a. O. I. S. 171, 175 u. II. S. 69/70.

relative Glücksförderung begründende — Vorstellung von der Ein- oder Ausschaltung irgendeines Objektes in das oder aus dem Kausalgewebe um das Zentrum der gegenwärtigen Ichvorstellung.“

Eine Stellungnahme zu dieser Frage wäre im Rahmen einer juristischen Arbeit eine arge Kompetenzüberschreitung. Allein die bloße Tatsache, daß zahlreiche Psychologen dem Begriff des Willens jede selbständige psychologische Bedeutung absprechen, darf angesichts des Resultates nicht unerwähnt bleiben, das diese Untersuchungen ergeben haben: daß der Begriff des Willens im ethisch-juristischen Sinne etwas völlig anderes bedeutet, als der einen tatsächlichen Seelenvorgang beinhaltende Begriff der Psychologie überhaupt bedeuten kann, daß unter Wille im ethisch-juristischen Sinne kein psychischer Akt, sondern eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion zu verstehen ist. Denn was hier im Bereiche ethisch-juristischer Betrachtung nachzuweisen versucht wurde, daß das Bestreben, den Willen im ethisch-juristischen Sinne als psychischen Akt nachzuweisen, methodisch verkehrt sei, das muß jene psychologische Theorie, die den Begriff des Willens als einer besonderen psychischen Erscheinung völlig eliminiert, von psychologischer Seite aus tun, indem sie zeigt, daß jener Seelenvorgang gar nicht besteht, den gewisse Juristen als Wille anzunehmen bestrebt sind. So sehr aber auch der hier eingeschlagene Weg mit jenem der eben charakterisierten psychologischen Theorie sich zu begegnen geeignet ist, muß sich der Jurist aus Gründen wissenschaftlicher Selbstbeschränkung damit begnügen, diese Ergänzung seiner Beweisführung von psychologischer Seite lediglich als möglich anzuführen und darauf verzichten, die bezügliche psychologische Theorie seinen Ausführungen zu Grunde zu legen, solange sie nicht als herrschende gelten kann.

VI. Kapitel.

Der Wille des Staates.

Nachdem untersucht wurde, welche Bedeutung dem Begriffe des Individualwillens im Bereiche der Jurisprudenz zukommt, ist der Weg geöffnet, der zur Erkenntnis des Staatswillens führt.

Trotz der eingehenden Diskussion, die der Begriff der Staatspersönlichkeit in der Literatur seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts erfahren hat, ist doch der Begriff des Staatswillens, den alle Theoretiker, die eine Staatsperson annehmen, als das Substrat der letzteren erkennen, nicht näher analysiert worden. Sowohl die Vertreter der

organischen Staatsauffassung, derzufolge der Person des Staates „Realität“ zukommt, wie deren Gegner, welche die Staatsperson nur als eine Fiktion oder „Abstraktion“ gelten lassen, sind darüber einig, daß die Grundlage dieser Staatspersönlichkeit ein einheitlicher Staatswille ist. Mit der Existenz eines solchen Staatswillens steht und fällt jede der beiden Theorien, die den Staat als Rechtssubjekt zum Gegenstande juristischer Betrachtung machen. Trotzdem ist die Frage nach dem Wesen dieses einheitlichen Staatswillens seltsamerweise bei weitem nicht mit jener Gründlichkeit behandelt worden, welche die umfangreichen Erörterungen des Problems der Staatspersönlichkeit hätten vermuten lassen.

Die erste zu untersuchende Möglichkeit besteht darin, daß unter Staatswillen eine psychische Tatsache verstanden wird, die mit der als Individualwillen bezeichneten verwandt oder identisch ist.

Tatsächlich operiert auch die moderne Völkerpsychologie mit dem Begriffe eines Gesamtwillens ebenso wie mit dem eines Gesamtbewußtseins. Allein diese Begriffe bezeichnen nicht etwas von dem Individualwillen oder dem Individualbewußtsein Verschiedenes, irgendwelche außerhalb des Individuums sich vollziehende psychische Akte, sondern lediglich die durch das Zusammenleben in den Einzelnen hervorgerufenen gemeinsamen Vorstellungen, Gefühle und Willensrichtungen. Mit Nachdruck hebt WUNDT¹⁾ hervor, „daß diese Begriffe (Gesamtwille und Gesamtbewußtsein) ebensowenig etwas bedeuten, was außerhalb der individuellen Bewußtseins- und Willensvorgänge existiert, wie die Gemeinschaft selbst etwas anderes ist als die Verbindung der einzelnen“. Darum darf man dem Gesamtwillen oder dem Gesamtbewußtsein gewiß nicht das Attribut der „Wirklichkeit“ nehmen. Denn die mit den Begriffen bezeichnete Gemeinsamkeit und gegenseitige Wechselwirkung der individuellen Seelenvorgänge der einzelnen Gemeinschaftsglieder ist ebenso wirklich vorhanden wie die individuellen Seelenvorgänge selbst²⁾. Vor den groben Mißverständnissen, denen diese Begriffe noch heute begegnen, warnt WUNDT auf das entschiedenste: „Statt sie einfach als einen Ausdruck für die tatsächliche Übereinstimmung und die tatsächliche Wechselwirkung der Individuen einer Gemeinschaft zu betrachten, meint man hinter ihnen irgendein mythologisches Wesen oder mindestens eine metaphysische Substanz zu wittern. Daß solche Meinungen verkehrt sind, bedarf nach dem oben Gesagten keines weiteren Nachweises“³⁾.

Kann nun, so muß weiter gefragt werden, der von der Völker-

1) Grundriß der Psychologie. 7. A. S. 384.

2) WUNDT, a. a. O. S. 384.

3) a. a. O. S. 385.

psychologie bei einer geistigen Gemeinschaft erkannte Gesamtwille dasjenige sein, was die Jurisprudenz unter Staatswille versteht? Die organische Staatstheorie hat nicht gezögert, diese Frage zu bejahen. Der bedeutendste Vertreter dieser Richtung, GIERKE¹⁾, bezeichnet als „Substanz“ des Staates den „allgemeinen Willen“²⁾, nachdem er den Staat selbst als eine Form menschlicher Gemeinschaft erklärt und die Realität dieser Gemeinschaft auf den tatsächlichen geistigen Wechselbeziehungen zwischen den Individuen begründet hat, ohne die der Mensch, als ζῷον πολιτικόν, gar nicht denkbar ist. „Der Mensch“ — sagt GIERKE³⁾ — „kann gar kein Selbstbewußtsein haben, ohne sich gleichzeitig als Besonderheit und als Teil einer Allgemeinheit zu wissen. Sein Wille empfängt Inhalt und Richtung nur zum Teile aus sich selbst, zum anderen Teile wird er durch anderen Willen bestimmt“. In diesen Tatsachen erblickt GIERKE das „Gemeinbewußtsein“ und den „Gemeinwillen“ der Gemeinschaft, deren Realität nicht angezweifelt werden kann. Es ist klar, daß GIERKE mit seinem Gemeinbewußtsein, als dessen Ausfluß ihm das Recht erscheint⁴⁾, und mit seinem Gemeinwillen oder „allgemeinen Willen“, der ihm Substanz des Staates ist und den er mit dem Staatswillen identifiziert, die gleichen Tatsachen im Auge hat, welche die Völkerpsychologie als Gesamtbewußtsein und Gesamtwillen einer geistigen Gemeinschaft erkennt⁵⁾. Allein die Antwort, welche die organische Staatstheorie auf die Frage nach dem Wesen des Staatswillens gibt, derzufolge

1) Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien. In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 30. Bd. 1874. S. 294ff.

2) a. a. O. S. 304.

3) a. a. O. S. 301.

4) a. a. O. S. 311.

5) Ähnlich wie GIERKE begründet schon FRICKER die Einheit des Staates als Organismus. Vgl. Die Persönlichkeit des Staates in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 25. Bd. 1869. S. 29ff. Insbesondere S. 37: „In der Tat haben wir also in einem menschlichen Organismus leiblich und real nichts vor uns, als die menschlichen Individuen, welche seine Glieder sind. Und doch berechtigt uns das nicht, den Organismus, das Ganze zu negieren. Denn diese Individuen finden unabhängig von ihrem individuellen Willen etwas in sich gelegt, das über das Einzelwesen hinausgeht und ihm das Bewußtsein gibt, einem Ganzen zu dienen.“ — Die besonderen seelischen Wechselbeziehungen zwischen den Gliedern der Gemeinschaft charakterisiert treffend RICHARD SCHMIDT, Allgemeine Staatslehre (Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaften, III. Abt. 1. Bd.) I. S. 228, als Grundlage der von der organischen Staatstheorie behaupteten „Gesamtpersönlichkeit“ des Staates: „Der Nachweis einer Gesamtperson kann nur mit Hilfe des Nachweises geführt werden, daß alle Glieder eines Gemeinwesens sich in einem eigenartigen seelischen Zustande befinden, der mit natürlicher Notwendigkeit ihnen sämtlich gemeinsam ist, während er den Angehörigen fremder Staaten fehlt. Dies wird in der Tat von den Hauptvertretern der Theorie behauptet. Sie schreiben dem Staatsvolke einen realen lebendigen Gesamtwillen zu.“

derselbe als eine massenpsychische Tatsache, als ein gesellschaftlicher Gesamtwille zu gelten hat, ist mit Entschiedenheit zu verwerfen. Denn die Gemeinschaft, für welche die Völkerpsychologie die Existenz eines Gesamtwillens behauptet, ist nie und nimmer der Staat, genauer das Staatsvolk. Es ist eine geistige Gemeinschaft, die nur insofern besteht, als durch tatsächliche geistige Wechselbeziehungen ein reales geistiges Band gegeben ist, und keine bloß rechtliche Gemeinschaft, die einen seelischen Zusammenhang und Zusammenklang der Individuen nicht zur wesentlichen Voraussetzung hat; es ist die Gesellschaft im Gegensatz zum Staate, eine völkerpsychologische und soziologische, keine juristische Einheit. Die geistige Gemeinschaft, innerhalb deren sich ein Gesamtwille bildet, ist durchaus nicht an die willkürlichen Grenzen des Staatsgebietes oder den rein äußerlichen Verband der das Staatsvolk bildenden Personen gebunden. Die geistige Gemeinschaft, die im Sinne der Völkerpsychologie einen Gesamtwillen darstellt, wird nur durch jene Individuen gebildet, bei denen die geistige Wechselwirkung tatsächlich gleiche Willensrichtungen erzeugt hat. Kann solches ernstlich von jenen Menschen behauptet werden, die innerhalb der Grenze eines Staatsgebietes leben?

Und wenn man das Staatsvolk als den Inbegriff der Staatsbürger betrachtet, können die außerhalb jedes örtlichen und geistigen Kontaktes mit den Staatseinwohnern lebenden auswärtigen Staatsbürger dieser einen Gesamtwillen bildenden Gemeinschaft zugezählt werden, und sollen etwa die im innigsten Wechselverkehre mit den inländischen Staatsbürgern lebenden Angehörigen fremder Staaten von dieser Gemeinschaft ausgeschlossen sein? Sollte wirklich die geistige Gemeinschaft an den Staatsgrenzen aufhören oder mit der bloßen Tatsache der rechtlichen Zugehörigkeit ohne Rücksicht auf jeden inneren Zusammenhang gegeben sein? Eine geistige, soziale und nicht rechtliche Gemeinschaft greift ebenso über die Staatsgrenzen hinaus, wie sie sich innerhalb derselben spaltet, was mit dem einheitlichen Staatswillen unvereinbar ist. Es ist eine grobe Fiktion, das Staatsvolk als eine einen Gesamtwillen produzierende geistige Gemeinschaft im Sinne der Völkerpsychologie zu bezeichnen. Denn gerade vom völkerpsychologischen Standpunkte aus stellt sich das Staatsvolk durchaus nicht als Einheit dar; gesellschaftlich ist es in zahlreiche geistige Gemeinschaften zersplittert. In nationalen, religiösen, wissenschaftlichen Gemeinschaften mag es zu einem Gesamtwillen kommen, nicht aber in einem rechtlichen, im staatlichen Verbände. Das, was hier als einheitlicher Wille erscheint, das Gesetz und die auf demselben beruhende Tätigkeit der Organe, kann unmöglich als Gesamtwille des Staatsvolkes gelten. Das von der Mehrheit des

Parlamentes beschlossene und vom Monarchen sanktionierte Gesetz ist Staatswille, ohne daß der Wille des Staatsvolkes dabei überhaupt in Tätigkeit kommt, ist Staatswille auch dann, wenn es noch so sehr gegen den sogenannten „Volkswillen“ verstößt. Daß die Mehrheit der Parlamentarier und deren Willensäußerung identisch sei mit dem gesamten Staatsvolke und dessen Willen, ist eine juristische Fiktion, die vom Standpunkte der Psychologie — und das ist in dieser Frage der der organischen Staatstheorie — unhaltbar ist. Oder glaubt man wirklich, daß der Inhalt der zahlreichen und komplizierten Gesetze, in denen der Wille des modernen Staates zum Ausdrucke kommt, in der gemeinsamen Willensrichtung aller Staatsbürger gelegen sei, die doch von den Bestimmungen dieser Gesetze, ja häufig selbst von deren allgemeinen Tendenz keine Vorstellung haben? Sollen diese — psychologisch betrachtet — tatsächlich etwas gewollt haben, was in ihrer Vorstellung überhaupt nicht gegeben war?

Wenn es der Gesamtwille der Völkerpsychologie ist, auf dessen gewiß nicht zu bezweifelnder Realität die organische Staatstheorie ihren Begriff einer realen Gesamtpersönlichkeit gründet, dann ist es gewiß nicht der Staat, dessen Persönlichkeit diese Theorie als reale bewiesen hat¹⁾. Ihr methodischer Fehler, der in der Vermengung

1) Auch als „Realität“ und zwar als unkörperliche Realität wird der Staat von BEKKER erfaßt, dessen Lehre vom Wesen des Rechtes und dessen Methode zur Gewinnung der juristischen Grundbegriffe, die er neuestens in dem Werke: Grundbegriffe des Rechtes und Mißgriffe der Gesetzgebung, Berlin und Leipzig 1910, darstellt, zu dem Merkwürdigsten gehört, das die juristische Literatur aufzuweisen hat. BEKKER geht von der Erkenntnis aus, daß es neben den körperlichen — das ist: solchen Dingen, die einen Raum ausfüllen — auch unkörperliche gibt, denen wir dennoch nicht „die reale Existenz absprechen dürfen: z. B. einem GOETHESCHEN Gedichte, Sinfonie von BETHOVEN, WAGNERSCHER Oper, Erfindung EDISONS, einer wissenschaftlichen Hypothese.“ (a. a. O. S. 16.) BEKKER verwahrt sich dagegen, diesen Gegensatz mit dem der sinnlich wahrnehmbaren und nicht wahrnehmbaren Dinge zusammenfallen zu lassen und führt als Beispiel die „Elektrizität“ an, die sinnlich nicht wahrnehmbar sei, der wir aber angeblich „die Körperlichkeit nicht absprechen möchten“. Die unkörperlichen Realitäten seien dagegen unter Umständen wahrnehmbar! Schwerlich wird man BEKKERS Unterschied begreifen können und etwas, das wahrnehmbar ist, das also gesehen, gehört, getastet oder geschmeckt werden kann, als unkörperlich gelten lassen! Eine Sinfonie ist, wenn man damit etwas durch die Gehörsempfindung Wahrnehmbares versteht, eine Aufeinanderfolge von Tönen, das sind Schwingungen von Luftteilchen, ein Vorgang, der keineswegs raumlos ist, weil er nur im Raum vor sich geht, da er nichts als die Bewegung eines Körpers ist. Versteht man aber unter Sinfonie die Tonempfindungen, dann kann von keiner Wahrnehmbarkeit mehr die Rede sein, denn diese sind die Wahrnehmung selbst. Es ist schlechterdings unbegreiflich, weshalb die „Elektrizität“, richtiger die einzelnen unter diesem Begriffe zusammengefaßten Erscheinungen, körperlich, aber nicht wahrnehmbar sein sollen, als ob man noch keine elektrischen Funken gesehen,

soziologischer und juristischer Betrachtung besteht, zeigt sich nirgends deutlicher, als gerade hier, wo sie eine zweifellos gesellschaftliche Tatsache, den Gesamtwillen, der Konstruktion eines Rechtsbegriffes,

keinen elektrischen Schlag gespürt hätte. Der Begriff „Elektrizität“ aber ist unkörperlich, ganz ebenso wie der Begriff „Sinfonie“. Auch die konkrete Bewegung des Körpers A ist natürlich an sich kein Körperliches, sondern der Zustand eines Körpers und bildet eben zusammen mit dessen übrigen wahrnehmbaren Qualitäten seine Körperlichkeit.

BEKKER hat für seine juristischen Untersuchungen so ziemlich den gefährlichsten Ausgangspunkt gewählt, den das menschliche Denken überhaupt bietet: das von der philosophischen Spekulation noch bis heute nicht eindeutig gelöste Problem der Realität. Nun kann es wohl keinem Theoretiker, auch einem Juristen nicht, verwehrt werden, seine Untersuchungen so tief als möglich zu fundieren. Allein wenn BEKKER sein ganzes wissenschaftliches System auf der Unterscheidung von körperlichen und unkörperlichen Realitäten gründet, dann darf er bei Einführung dieser überaus schwierigen Begriffe die Resultate philosophischer Untersuchungen nicht einfach ignorieren; dann muß es höchst bedenklich erscheinen, wenn sich BEKKER bei Darstellung dieser Grundlagen selbst ausdrücklich „auf die laienhafte und darum“ — freilich keineswegs, wie BEKKER meint — „auch laienverständliche Betrachtung der Oberfläche“ beschränkt (a. a. O. S. 17.) Des Eindruckes des Laienhaften kann man sich allerdings auch bei den weiteren Ergebnissen der BEKKERSCHEN Konstruktion nicht erwehren. Unter den Nichtkörpern hebt BEKKER, als für seine Untersuchungen von Interesse, die sog. „Geistesprodukte“ hervor und macht nun auf einen eigenartigen Vorgang aufmerksam, den er die „Verkörperung“ dieses Geistesproduktes nennt. Er versteht darunter z. B. das Aussprechen eines Gedankens, das Vortragen eines Gedichtes, das bisher nur im Kopfe des Dichters bestanden hat, und Ähnliches, wofür der vulgäre, bildhafte Sprachgebrauch sich der Bezeichnung „Verkörperung“ bedient. Dieser Sprachgebrauch ist es auch, auf dem BEKKER die „reale Existenz“ seiner unkörperlichen Dinge gründet, so wenn er geltend macht, das Gedicht „lebt“, „bis der letzte Hörer, von dem keine weitere Mitteilung ausgegangen, verstorben ist.“ Und ernstlich geht BEKKER daran, die „Lebensdauer“ seiner unkörperlichen Realitäten exakt zu bestimmen: „Hiernach schreiben wir also Dingen, denen die räumliche Existenz abgeht, eine zeitliche Existenz zu; und legen diese zwischen zwei Vorgänge, die sich im Raum abspielen, von der ersten Wahrnehmung seitens des Urhebers bis zum Untergang der letzten Verkörperung.“ (a. a. O. S. 23.) Seine geistigen Realitäten stattet BEKKER mit einer entsprechenden Wirksamkeit aus. In den geistigen Realitäten ruhe eine „lebendige Kraft.“ Beispiel: Die begeisternde Wirkung einer Lektüre von GOETHES FAUST, — die Wirkung der Aufführung einer BEETHOVENSCHEN SINFONIE. — Ja BEKKER scheut sich nicht, die Redensarten wörtlich zu nehmen, die metaphorisch von einem Willen sprechen: so z. B. „das Testament will“. BEKKER sagt: „Kann überhaupt irgendwelche geistige Kraft in dem Körper stecken, der uns als Produkt des Verkörperungsprozesses gegenübersteht, warum nicht auch Wille (=Kraft, zu wollen)?“ Unter diesen Umständen steckt allerdings in dem beschriebenen Blatt Papier, das wir Testament nennen, ein Wille. Dann müssen wir in den Sonnenstrahlen einen Willen vermuten, von denen die Dichter sagen: sie wollen, daß im Frühling die Blümlein sprießen, und vielen anderen Dingen, von denen die Sprache sagt: sie wollen. Eine neue Psychologie! Ja, BEKKER untersucht

der Staatsperson, zu Grunde legt. Wenn ein hervorragender Vertreter der GIERKEschen Richtung, PREUSS, in einer monographischen

diesen Willen auch juristisch und fragt, ob die Menschen, die dem Eindruck entsprechend handeln, den sie von einer mit Willenskraft begabten Verkörperung einer geistigen Realität empfangen, als „Organe“ oder „Stellvertreter“ handeln. BEKKER entscheidet sich für das erstere! Und nun stelle man sich vor: Jemand hört ein Lied, das seine Hörer rühren „will“, und weint. „Der in der geistigen Realität liegende Wille wirkt auf die hierzu ebenso durch ihre eigene Natur wie durch die Lage der Umstände geeigneten Menschen; handeln diese nun dem empfangenen Eindrucke entsprechend, so handeln sie gewiß nicht als Vertreter der geistigen Realität, die ja selber nicht handeln kann, wohl aber als deren dienende Organe, da sie ein Wollen, das wenigstens seinem Ursprunge nach nicht das ihre ist, zur Ausführung bringen.“ Man weint also als Organ und nicht als Stellvertreter eines rührenden Liedes!

Wenn BEKKER von dem Menschen spricht, der unter dem Eindruck eines in einer geistigen Realität steckenden Willens handelt, so denkt er nicht bloß an die geistige Realität Lied oder sonst ein künstlerisches Produkt, sondern auch an: die Staatsgewalt. Und das ist nun freilich der Höhepunkt seiner Theorie: Staat und Staatsgewalt ist dieselbe geistige Realität, wie ein Gedicht von GOETHE, eine Sinfonie von BETHOVEN. Dabei sind die den Staat bildenden Menschen im Verhältnis zum Staat, was der Dichter im Verhältnis zum Gedicht ist: die geistigen Produzenten eines geistigen Produktes. Das Staatsorgan aber entspricht dem — Deklamator. A. a. O. S. 35/36 heißt es: „Auch hier (bei den Verbänden) gewöhnt man sich, die Handlungen bestimmter Individuen nicht bald dieser, bald jener sondern wiederkehrend derselben, als für und wider den ganzen Verband wirksam zu betrachten. Und nun vollzieht sich wieder der schon oben gezeichnete Wechsel der auf geistige Realitäten gerichteten Anschauungen, das Produkt tritt an die Stelle des Produzenten, nicht der Dichter entzückt uns, sondern sein Gedicht, nicht die körperlich existierenden Verbandsglieder handeln, sondern ‚der Verband‘, der gewollte, an sich unkörperliche Zusammenhang unter diesen; das Tun der Verbandsorgane aber entspricht dem des Deklamators, Spezialisierung und Verkörperung des Verbandswillens.“

Es ist schwer, dieser mit dem größten Ernst vorgetragenen Theorie ernst zu begegnen. In trivialen Redensarten liegende Analogien sind hier die Stützen der Begriffsbildung. Wie innerlich widerspruchsvoll dieses ganze auf Worte gebaute System ist, zeigt deutlich der BEKKERSche Organbegriff. S. 25 sind Organe die Menschen, die dem Eindrucke entsprechend handeln, den der in der geistigen Realität liegende Wille auf sie macht. Sie bringen fremdes Wollen zur Ausführung. Auf derselben Seite 25 wird von einem Willen des Gesetzes gesprochen, wird der Redensart: „das Gesetz gebietet“ die Möglichkeit eines wörtlichen Sinnes zugestanden. Es ist klar, daß nach all dem die das Gesetz, respektive den im Gesetz verkörperten imperativischen Staatswillen befolgenden, ausführenden Menschen, die Untertanen, Organe der geistigen Realität: Staat sein müssen. — S. 36 erklärt B. als Verbandsorgane jene, welche den Verbandswillen verkörpern. — Die Untertanen — diejenigen, welche den auf ihr rechtmäßiges Verhalten gerichteten Willen des Staates ausführen — sind plötzlich die Erzeuger der geistigen Realität: Staat geworden!

Der Wert des BEKKERSchen Organbegriffes zeigt sich am deutlichsten darin, daß so ziemlich alles, was die Sprache Organ nennt — und das sind

Untersuchung des fraglichen Problems¹⁾ sagt, vom Standpunkte der organischen Staatstheorie sei die Rechtssubjektivität der Gesamtperson über der Rechtssubjektivität der Gliedpersonen „lediglich der juristische Ausdruck für die soziologische Tatsache, daß sich aus individuellen Willenspartikeln die organische Einheit eines Gemeinwillens gestaltet hat“, so kann dieser Fehler nicht deutlicher eingestanden werden. Denn ein „juristischer Ausdruck“ kann nur der Ausdruck einer juristischen Tatsache sein; und der Ausdruck einer soziologischen Tatsache kann nie einen Rechtsbegriff darstellen. Und dieser Fehler ist durchaus jenem analog, der darin besteht, die Rechtspersönlichkeit des Individuums auf dem psychischen Akte des Individualwillens aufzubauen.

Nun wäre es vielleicht möglich, um den Staatswillen als psychischen Akt nachzuweisen, ihn, wenn schon nicht als Gesamtwillen des Volkes, so doch als den psychischen Willen der mit der Bildung des Staatswillens rechtlich betrauten Personen aufzuzeigen und zwar, falls dies eine Mehrheit ist, als Gesamtwillen dieser Gemeinschaft, falls nur ein einzelner den Staatswillen erzeugt, etwa in der absoluten Monarchie als Individualwillen des Monarchen. Doch auch diese Versuche müssen mißlingen. Wird der Staatswille durch das Zusammenwirken von Parlamentsmajorität und Monarchen geschaffen, so ist klar, daß der Inhalt der einzelnen Willensakte der bei der Gesetzgebung tätigen Personen ein ganz anderer ist, als der des im Gesetze ausgedrückten Staatswillens. Ganz abgesehen sei von der Tatsache, daß ein Majoritätsbeschluß psychologisch nicht als Gesamtwillen der ganzen abstimmenden Körperschaft betrachtet werden kann, da eine gemeinsame Willensrichtung nur bei der Majorität angenommen werden könnte. Den Majoritätsbeschluß als Willen der Gesamtheit gelten zu lassen, ist ein spezifisch juristischer, psychologisch unmöglicher Vorgang. Doch faßt man auch nur den psychischen Willen der zustimmenden Parlamentsmitglieder ins Auge, dann zeigt

die heterogensten Tatsachen — darunter ernstlich zusammengefaßt werden. Der Richter ist für BEKKER in demselben Sinne Organ des Staates, wie der Schauspieler Organ des Dichters ist, wie JOACHIM, der BEETHOVENS Violinkonzert spielt, Organ BEETHOVENS ist — nicht aber dessen Stellvertreter! (vgl. a. a. O. S. 41.) Wäre man also — nach der Methode BEKKERS — berechtigt, im Sinne der herrschenden Theorie über den Unterschied zwischen Organ und Stellvertreter anzunehmen, daß BEETHOVEN und JOACHIM zusammen nur eine Persönlichkeit seien?

1) Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie in: SCHMOLLERS Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. 26. Jahrg. S. 562. Vgl. auch desselben Autors: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie. Berlin 1889. S. 156.

sich, daß dieser zunächst keinen anderen Inhalt hat, als den, eine zustimmende Erklärung abzugeben, die Hand zu erheben, „ja“ zu rufen etc. Die Zwecke, die mit solchen Willenshandlungen verbunden sein mögen, können schon sehr verschiedene sein und entziehen sich eigentlich jeder Kontrolle. Allein man setze selbst den als normal geltenden Fall, die bejahende Abstimmungsäußerung sei erfolgt, damit der Gesetzesvorschlag die Majorität erhalte und Gesetz werde. Der Wille, daß ein Vorschlag Gesetz werde, ist doch ein wesentlich anderer als der im Gesetze selbst ausgedrückte! Vor allem sei darauf hingewiesen, daß der abstimmende Parlamentarier in vielen, ja in den meisten Fällen den Inhalt des Gesetzesvorschlages — und das ist der Inhalt des künftigen Staatswillens — gar nicht kennt; meist tut dies nur der Referent und die Mitglieder der engeren Kommission, welcher der Gesetzesvorschlag zur Vorberatung zugewiesen ist. Jedenfalls ist der Inhalt der oft sehr umfangreichen und komplizierten Gesetze beim Abstimmungsakte nicht im Bewußtsein des Stimmenden gegenwärtig. Psychologisch kann aber nichts gewollt sein, was nicht vorgestellt ist. Das Gleiche gilt vom sanktionierenden Monarchen. Sie alle „wollen“ — soweit sie überhaupt mehr als abstimmen oder sanktionieren, d. h. eine bezügliche Erklärung abgeben wollen — daß ein Gesetzesvorschlag Gesetz, d. h. Staatswille werde. Dabei können sie — müssen aber nicht — den Inhalt dieses Vorschlages kennen, d. h. wissen, aber nicht wollen. Ja, der im Gesetze enthaltene Staatswille ist erst nach Vollzug dieser physischen Individualwillensakte vorhanden. Eine Identifizierung beider ist unmöglich, wenn man auf die Auffassung Wert legt, daß nicht die dem Gesetzesvorschlage zustimmenden Abgeordneten und der sanktionierende Monarch wollen, sondern daß der Staat will, was im Gesetze normiert ist: unter gewissen Umständen zu strafen, Exekution zu führen, Straßen zu bauen, Arme zu unterstützen etc. Der Wille des physischen Gesetzgebers — richtiger der Gesetzgeber — ist scharf zu trennen vom Willen des Staates, wenn überhaupt die Person des Staates nicht identisch sein soll mit irgendwelchen Individuen. Und eine solche Identität darf auch dort nicht angenommen werden, wo sie sehr nahe zu liegen scheint: bei der absoluten Monarchie, allerdings nur, insofern man auch hier einen juristischen, einheitlichen Staatsbegriff zu konstruieren veranlaßt ist. Eine Paraphrase des berühmten Ausspruches „l'état c'est moi“, die in den Worten Ausdruck findet: der Wille des Staates ist der persönliche Wille des Monarchen, stieße an die faktische Unmöglichkeit, den Inhalt aller Gesetze als vom Monarchen psychisch gewollt zu betrachten, und es enthielte eine solche Auffassung die gleiche grobe Fiktion, die in der Theorie gelegen ist, derzufolge das Gesetz

des konstitutionellen Staates der Gesamtwille des Volkes ist. Alle diese Fiktionen sind aber nicht etwa deshalb zu verwerfen, weil sie, wie mitunter angenommen wird, spezifisch juristische Konstruktionen sind — solche haben durchaus Existenzberechtigung ¹⁾ — sondern deshalb, weil sie sich nicht beschränken, spezifisch juristische Tatsachen zu beinhalten, vielmehr psychische Tatsachen behaupten, die nicht bestehen, und darum Fiktionen sind, die weder im Reiche der Psychologie, noch in dem der Jurisprudenz Raum haben ²⁾

1) Über das Wesen der Fiktion und der juristischen Konstruktion vgl. unten S. 180 ff.

2) Einen von der organischen Staatstheorie GIERKES verschiedenen Begriff des staatlichen Gesamtwillens akzeptiert RICHARD SCHMIDT a. a. O. S. 229/30. Er verwirft den von der organischen Staatstheorie vertretenen Begriff eines realen Gesamtwillens der Gemeinschaft, indem er behauptet, daß das Wollen als psychische Funktion — SCHMIDT versteht wie ZITELMANN darunter nur den Akt der Innervation — an das menschliche Individuum gebunden sei. Er meint, es sei stets nur „eine Mehrheit gleichartiger und auf das gleiche Ziel gerichteter Willensakte vieler, aber niemals die natürliche Produktion eines einheitlichen Willens derselben möglich.“ Gerade hieraus schließt nun SCHMIDT, daß der „Gesamtwille“ nicht nur des Staates, sondern jedes Verbandes eine Fiktion sein müsse. Darin geht nun SCHMIDT wohl zu weit. Wenn er behauptet, daß vom Standpunkte der Psychologie aus von dem Gesamtwillen einer Personengemeinschaft überhaupt nicht gesprochen werden dürfe, daß vielmehr ein solcher Sprachgebrauch inkorrekt sei, ist er gewiß päpstlicher als der Papst, da doch gerade die Psychologie keinen Anstand genommen hat, die durch geistige Wechselbeziehung in der Gemeinschaft erzeugte gemeinsame Willensrichtung der einzelnen als realen Gesamtwillen zu bezeichnen. (Vgl. die oben zitierten Ausführungen WUNDRS.) Was allein juristischerseits behauptet werden kann, ist, daß diese von der Sozialpsychologie als „Gesamtwille“ terminierte Tatsache mit dem „Staatswillen“ nichts zu tun habe. Stellt man den Begriff des Staatswillens überhaupt auf eine psychische Tatsache, sei es nun die des Individualwillens als solchen — wie dies SCHMIDT tut — sei es des Gesamtwillens — wie die organische Staatstheorie — fehlt die Erkenntnis, daß der ethisch-juristische Willensbegriff etwas total anderes ist als der psychologische, dann muß der Begriff des Staatswillens eine Fiktion enthalten, und zwar eine Fiktion, die mit Recht bekämpft wird. Außerordentlich interessant und geistreich sind die Ausführungen SCHMIDTS darüber, in welchem Sinne er einen Gesamtwillen als Staatswillen gelten läßt. „Immerhin ist nicht zu leugnen, daß innerhalb der einzelnen Staatsbürger eine seelische Beziehung zu den staatlichen Organen hinzutritt, welche man in einem übertragenen Sinne als einen realen Gesamtwillen bezeichnen kann. Dies ist insoweit der Fall, als zwischen der objektiven Gemeinsamkeit der Kulturzwecke der Bürger und der gemeinnützigen Tätigkeit der Organe vermittelnd ein Bewußtsein der Volksgenossen unter der gemeinsamen Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung erwächst und fortbesteht. Genauer analysiert muß sich ein solches in der bei möglichst vielen Bürgern ausgebildeten Überzeugung von dem Wert der staatlichen Tätigkeit äußern.“ Daß diese Billigung der staatlichen Tätigkeit durch möglichst viele Bürger mit dem Rechtsbegriffe des Staatswillens nicht zusammenfällt, ist klar. Eine solche Billigung mag politisches Postulat sein, sie ist niemals ein rechtlicher

Auch die anorganische Staatstheorie, die eine juristische Persönlichkeit des Staates behauptet, dabei jedoch die Vorstellung einer spezifisch organischen Einheit verwirft, beruht auf der Annahme eines einheitlichen Staatswillens. Das Wesen des Staatswillens wurde jedoch auch von dieser Theorie, die in ihrer Polemik gegen die organische Staatsauffassung Vorzügliches zu Tage gefördert hat — hier ist vor allen anderen JELLINEK zu erwähnen — bisher noch nicht genügend erkannt. Auch die bezüglichen Ausführungen JELLINEKS¹⁾ lassen die widerspruchslose Konsequenz und durchsichtige Klarheit der Darstellung dieses Autors vermissen, dem die moderne Staatslehre mehr als irgend einem andern verdankt.

Da der Staat Rechtssubjekt ist, und zwar ein von den psychischen Einzelpersonen des Staatsvolkes verschiedenes, muß er einen Willen haben, der — sofern der Staat ein selbständiges Rechtssubjekt sein soll — nicht identisch sein kann mit dem Willen irgend einer physischen Person. Nun kann sich auch die anorganische Staatstheorie der Erkenntnis nicht verschließen, daß Wille im psychologischen Sinne nur menschlicher Wille sein kann; darum wird als Staatswille der psychische Individualwille jener Menschen erkannt, die mit ihren Willensakten die Zwecke des Staates versorgen, das sind die Staatsorgane. Dabei ergibt sich für die anorganische Staatstheorie sofort die Schwierigkeit, die psychischen Willen der zahlreichen Staatsorgane als einen einheitlichen Willen zu begreifen, ohne den der Begriff einer einheitlichen Staatsperson nicht denkbar ist. Diese Theorie lehnt es jedoch von vornherein ab, den Staatswillen als Willen einzelner physischer Personen zu betrachten, „der nur kraft Rechtsgebotes, nicht kraft irgend einer anderen Notwendigkeit als Wille eines hinter dem Wollenden stehenden Wesens zu gelten hat“. Sie leugnet den Willen des Staates als „Fiktion“; es erscheint ihr vielmehr der Wille der Staatsorgane kraft Denknöthigkeit auch als Wille des als Einheit erkannten Staates, und zwar kraft derselben Denknöthigkeit, „mit welcher uns die stetige, einheitliche, untereinander zusammenhängende Zwecke durch gemeinsame Kräfte verfolgende Mehrheit von Menschen als eine Vereinigung, d. h., wie schon der Sprachgebrauch ausdrückt, als eine Einheit erscheint“. Die Einheit des Staatswillens ist dieser Theorie zufolge die gleiche, Faktor. SCHMIDT erblickt denn auch in der „These, daß die Verbandsperson nicht nur eine fingierte, sondern eine reale Gesamtperson sei“, also auch in der dieser These zu Grunde liegenden Behauptung eines realen Gesamtwillens des Staates „nur die Einkleidung der Forderung, daß, wenn gesunde politische Verhältnisse bestehen sollen, möglichst viele einzelne, der Durchschnitt der Bürger, die Tätigkeit der Staatsorgane billigen müssen“ (a. a. O. S. 236).

1) System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. S. 28 ff.

wie die Einheit der Staatsperson. „Die Grundlage dieser Einheit ist zunächst eine physische. Der Staat entfaltet sich auf einem räumlich abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, auf diesem abgegrenzten Territorium leben Menschen, die gemeinsame, bleibende, einheitliche, untereinander zusammenhängende, nur durch dauernde Institutionen zu versorgende Zwecke verfolgen. Schon kraft dieser konstanten Zwecke stellt sich unserem praktischen Denken der Staat trotz seiner wechselnden Volksbestandteile als eine teleologische Einheit dar¹⁾.“

Es ist zunächst von Wichtigkeit, daß diese Theorie die Einheit der Staatsperson nicht auf einer Einheit des Staatswillens aufbaut, sondern unabhängig voneinander eine einheitliche Staatsperson und dazu einen einheitlichen Willen dieses Subjektes konstruiert oder, wie JELLINEK betont, „abstrahiert“. Denn als Staatsperson erscheint auf Grund dieser Theorie die mit Rücksicht auf die gemeinsam verfolgten Zwecke als Einheit erkannte Vielheit der auf dem Staatsgebiete lebenden Menschen, das Staatsvolk, als Staatswille aber die im selben Sinne, d. h. als teleologische Einheit erkannte Vielheit der Willen der einzelnen Staatsorgane.

Was zunächst die teleologische Einheit der Staatsperson anlangt, so muß entschieden bezweifelt werden, daß es irgendeinen gemeinsamen Zweck gibt, den alle innerhalb der willkürlichen Staatsgrenzen vereinigten Menschen verfolgen. Übrigens ist ja ein solcher gemeinsamer Zweck zur Erkenntnis dieser Einheit gar nicht nötig, da ja diese Einheit von vornherein durch die örtlichen Staatsgrenzen angenommen ist. Die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes ist bei einer Mehrheit von Personen nur insofern gegeben, als auf Grund gemeinsamer Vorstellungen und Gefühle — eines Gesamtbewußtseins — gemeinsame Willensrichtungen, also ein Gesamtwille besteht; diese sozialpsychische Tatsache eines Gesamtwillens ist jedoch — wie bereits oben ausgeführt — nicht an die künstlichen Staatsgrenzen gebunden. Das Subjekt eines Gesamtwillens und daher auch eines Gesamtzweckes ist niemals die durch künstliche Staatsgrenzen gebildete Einheit des Staatsvolkes, sondern eine geistige, gesellschaftliche Gemeinschaft²⁾.

1) JELLINEK, a. a. O. S. 26.

2) GERBER, auf dessen Theorie der Staatspersönlichkeit die anorganische Staatsauffassung beruht und der, wie JELLINEK, die Einheit des Staates zunächst auf dem Staatsvolke gründet, ist allerdings der Ansicht, daß das Staatsvolk eine geistige Gemeinschaft darstelle. In seiner Untersuchung über: „die Staatspersönlichkeit“ (Beilage II der „Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechtes“ 2. Aufl. Leipzig 1869 S. 209 ff.) sagt er: „das Volk ist die natürliche Grundlage der Staatspersönlichkeit. Das will sagen, daß der Staat um dieses Volkes willen vorhanden ist, daß er das Volk in seiner politischen Gestaltung darstellt. Das

Es liegt hier im Grunde der gleiche Fehler vor, der oben der organischen Staatstheorie vorgeworfen werden mußte, daß nämlich eine soziologische Einheit mit einer juristischen identifiziert wird. Was die organische Staatstheorie als Gesamtzweck erkennt, ist das gleiche, wie der von der anorganischen Staatstheorie behauptete Gesamtzweck. Nur ist die organische Staatstheorie insofern noch konsequenter, als sie ihre Staatseinheit auf der Einheit des Gesamtwillens aufbaut, während die anorganische Theorie die Einheit nur scheinbar auf dem Gesamtzwecke gründet, da ja diese Einheit schon durch die das Staatsvolk umschließenden örtlichen Staatsgrenzen, von denen die Erkenntnis ausgeht, antizipiert und ein Gesamtzweck dieser so gewonnenen Einheit später hinzugedacht wird. Eine weitere Inkonsequenz der anorganischen Staatsauffassung liegt aber darin, daß sie als Willen ihrer Staatsperson nicht etwa den einen gemeinsamen Staatszweck verfolgenden Willen aller innerhalb der Staatsgrenzen befindlichen Glieder des Staatsvolkes annimmt — eine solche gemeinsame Willensrichtung gibt es auch gar nicht — sondern die als Zweckeinheit erkannte Vielheit der Willen der einzelnen Staatsorgane. Der der Staatsperson zuerkannte einheitliche Wille ist psychologisch der

Volk ist aber nicht die Summe der einzelnen jetzt lebenden Menschen, sondern das in geschichtlicher Gemeinschaft geistig verbundene Ganze, welches in der jetzt lebenden Generation nur seine gegenwärtige Erscheinungsform findet.“ Nun mag es ja vielleicht möglich sein, daß die Staatsgrenzen zufällig mit einer geistigen Gemeinschaft zusammenfallen. Bei sehr kleinen, national und religiös einheitlichen, wirtschaftlich homogenen Staaten mit langer gemeinsamer Entwicklung mag dies vorkommen. Allein bei den modernen Großstaaten, die sich aus den divergierendsten Bevölkerungselementen zusammensetzen, ist die Behauptung einer geistigen Gemeinschaft unmöglich. Aber auch sie sind Staaten und ihr Volk ein Staatsvolk; und auch das im Kriege unterworfenen Volk wird rechtlich ununterscheidbarer Bestandteil des Staatsvolkes des Siegers, ungeachtet des schärfsten geistigen Gegensatzes, der zwischen beiden besteht. Zum Staatsvolke werden durch einen rein juristischen Akt die heterogensten Elemente vereinigt. Der Begriff des Staatsvolkes setzt ja schon den Rechtsbegriff eines einheitlichen Staates voraus.

Es ist übrigens bezeichnend, daß GERBER den einheitlichen Staatswillen, in dem ja das Wesen der einheitlichen Staatspersönlichkeit besteht, nicht näher untersucht. Jedenfalls findet er seinen Staatswillen nicht — wie es etwa zu erwarten gewesen wäre — in dem Gesamtwillen der geistigen Gemeinschaft, die der Staat seiner Ansicht nach darstellt. GERBER begnügt sich vielmehr, über den Staatswillen im unmittelbaren Anschlusse an das oben Zitierte folgendes zu sagen: „Der Staat als Persönlichkeit hat eine eigentümliche Willensmacht. Sie ist das Recht, zu herrschen, d. h. das Recht zur Ausführung der im Staatszwecke liegenden Aufgaben, einen das ganze Volk verbindenden Willen zu äußern.“ Der Staatswille ist demnach das Recht, einen Willen zu äußern. Das heißt aber auf jede Analyse des Staatswillensbegriffes verzichten!

Wille einer anderen Einheit als jener, die sich der Theorie als Staatsperson darstellt. Denn als Staatsperson wird das durch die Staatsgrenzen und einen gemeinsam verfolgten Zweck vereinte Staatsvolk erkannt; als Staatswille fungiert aber nicht ein Gesamtwille des Staatsvolkes, sondern der einen gemeinsamen Zweck verfolgende Wille der Staatsorgane. Das ist eine offenbare Inkonsequenz. Die Personeneinheit, die als Träger dieses Staatswillens zu gelten hat, kann nur der Inbegriff der Staatsorgane sein. Tatsächlich scheint die anorganische Theorie auch diesen Standpunkt zu vertreten, wenn sie betont, daß ein Staat ohne Staatsorgane nicht denkbar sei — während auch ein anarchischer Verband Zweckeinheit sein und daher die von derselben Theorie für die einheitliche Persönlichkeit geforderten Voraussetzungen erfüllen kann, da sich Gesamtbewußtsein, Gesamtwille und Gesamtzwecke unabhängig von jeder äußeren Organisation entwickeln — und wenn an anderer Stelle hervorgehoben wird, daß das Staatsorgan nur ein integrierender Bestandteil der Einheit sei, was ja nichts anderes bedeutet, als daß die Einheit aus den Organen besteht.

Der gedankliche Vorgang, der darin besteht, daß man den als Einheit erkannten Willen der Staatsorgane als einheitlichen Willen des ganzen Staatsvolkes gelten läßt, ist jedoch — solange man den Willen prinzipiell als psychische Tatsache betrachtet — eine unzulässige Fiktion.

Es wird an anderer Stelle zu zeigen sein, daß es zu unlösbaren Widersprüchen führt, die Person des Staates mit der der Staatsorgane zu identifizieren, daß die Pflichten und Rechte, deren Subjekt der Staat ist, wesentlich verschieden sind von den Pflichten und Rechten der Staatsorgane. Im folgenden sei nur auf die Unzulänglichkeit des Begriffes eines Staatswillens hingewiesen, der sich als der unter dem Zweckgesichtspunkte als Einheit erfaßte psychische Wille der physischen Staatsorgane darstellt.

Nach der üblichen Einteilung in Legislative und Exekutive muß man zwei Arten von Organen unterscheiden. Die sogenannten gesetzgebenden und die vollziehenden Organe, letztere in einem weiteren Sinne genommen, demzufolge sowohl die administrative, als auch die richterliche Tätigkeit zur Exekutive zu zählen ist. Betrachtet man das Gesetz als Ausdruck des Staatswillens — und dies ist eine von niemand bezweifelte Anschauung, eine durchaus allgemein akzeptierte Terminologie — dann fragt es sich, als welcher physischer Staatsorgane psychischer Wille der in den Gesetzen enthaltene Staatswille nach der herrschenden anorganischen Staatstheorie zu gelten hat.

Schon früher wurde gezeigt¹⁾, daß die sogenannten gesetzgebenden Staatsorgane keineswegs als die den Inhalt des Gesetzes psychisch Wollenden betrachtet werden können. Was diese „wollen“ ist bestenfalls, daß ein Gesetzesvorschlag, dessen Inhalt sie meistens gar nicht näher kennen und in dem für den Gesetzgebungsakt juristisch relevanten Augenblick der Abstimmung jedenfalls nicht in der Vorstellung haben, Gesetz werde. Als Wille der exekutiven Staatsorgane kann der im Gesetz enthaltene Staatswille nicht angesehen werden, denn dieser Staatswille — der erst nach dem psychischen Willensakte der gesetzgebenden Organe existent wird — besteht schon vor dem Willensakte des exekutiven Staatsorganes, ja, das Wesen dieses Organes besteht geradezu darin, daß es einen schon bestehenden Willen des Staates „ausführt“. Die Handlung einer physischen Person bestimmt sich lediglich dadurch als „Organhandlung“, daß sie in Ausführung eines Staatswillens geschieht. Jede Tätigkeit einer Person ist nur insoferne Staatshandlung — d. h. also mit Rücksicht auf die physische Person, Organhandlung — als sie die Ausführung eines Gesetzes, im weitesten Sinne des Wortes: Exekutive eines Staatswillens darstellt. Bevor die Behörde den Verbrecher der gesetzlichen Strafe zuführt, bevor der Richter urteilt, der Vollstreckungsbeamte den Delinquenten in die Zelle einschließt, muß ein Wille des Staates zu all diesen Handlungen, die ja Handlungen des Staates sind, als existent angenommen werden können, wenn diese Tätigkeiten nicht als Willkürhandlungen n u r der physisch handelnden Personen angesehen werden sollen. Dieser Staatswille ist eben im Gesetze zu finden. Im Gesetze — und nirgends anders — will der Staat unter bestimmten Umständen strafen und exequieren, Arme unterstützen und Straßen bauen, Verträge schließen und Krieg erklären. Sind diese Umstände eingetreten — mögen sie auch im mehr oder weniger freien Ermessen gewisser Personen gelegen sein — wird der bedingte Wille des Staates zu einem unbedingten, ohne daß von einem psychischen Willensakte eines physischen Organes noch die Rede sein muß. Das Organ hat den schon bestehenden Willen des Staates nur zu vollziehen, d. h. in Handlung umzusetzen²⁾.

Erkennt man im Gesetze den Willen des Staates und im Gesetzgebungsakte den Bildungsprozeß des Staatswillens, dann ist eine Auffassung unmöglich, die den Staatswillen schlechthin mit dem Willen aller Organe identifiziert und dementsprechend die Organtätigkeit allgemein als „Erzeugung“ des Staatswillens erklärt. Denn exekutive Organe

1) Vgl. oben S. 169 f.

2) Über das Verhältnis des „freien Ermessens“ der Organe zum Staatswillen vgl. das Nähere im 3. Buche dieser Untersuchungen.

können wohl keinen Staatswillen erzeugen, der schon im Gesetze durch den Gesetzgebungsakt erzeugt ist¹⁾).

Der Grundfehler sowohl der organischen, als der heute herrschenden anorganischen Staatstheorie ist das Streben, den Staatswillen als psychischen Vorgang — sei es nun als Tatsache der Individual- oder Sozialpsychologie — nachzuweisen. Darin stimmen auch beide Theorien überein, daß sie den Begriff eines „fingierten“ Willens, die Vorstellung einer „persona ficta“ entschieden verwerfen. Dabei ist die organische Staatstheorie insoferne im Vorteil, als sie an Stelle des fingierten Willens einen tatsächlichen Vorgang, den Gesamtwillen der Sozialpsychologie setzt; daß diese Tatsache kein Gegenstand juristischer Erkenntnis sein kann, wurde an anderer Stelle gezeigt. Aber das ist ja für die organische Staatstheorie überhaupt charakteristisch, daß sie die Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Betrachtung nicht allzu scharf zieht und einen prinzipiellen Gegensatz beider Gebiete nicht anerkennt, was im Zusammenhange der ganzen monistischen Weltanschauung, aus deren Gedankengängen die organische Staatstheorie sich ergibt, durchaus folgerichtig erscheint, wenn es auch von dem entgegengesetzten Standpunkte einer auf dualistischer Weltanschauung begründeten juristischen Staatstheorie bekämpft werden muß. Die anorganische Staatstheorie jedoch, die sich dieses Gegensatzes voll bewußt ist, kann widerspruchslos kaum zu einem selbstständigen Staatswillensbegriffe gelangen, wenn sie — an der psychischen Qualifikation dieses Begriffes festhaltend — die Fiktion von vornherein verwirft. JELLINEK hat an Stelle der Fiktion die „Abstraktion“ zu setzen geglaubt, allein er ist, wie ja schon von verschiedenen Seiten gezeigt wurde, dieser Fiktion nicht ganz entgangen. Nimmt man die Behauptung JELLINEKS wörtlich, daß sein Begriff des Staatswillens keine Fiktion, sondern eine Abstraktion ist, so muß man zu einem durchaus unbefriedigenden Resultate gelangen. Den Gegensatz von Fiktion und Abstraktion charakterisiert JELLINEK folgendermaßen: „Der Abstraktion liegen reale Vorgänge in der Welt des äußeren und inneren Geschehens zu Grunde, die Fiktion hingegen setzt an Stelle des natürlichen einen ersonnenen Tatbestand und setzt ihm den ersteren gleich. Die Abstraktion ruht auf dem Geschehenen, die Fiktion auf dem Erfundenen²⁾“. Fragt man nun, welches die realen Vorgänge sind, auf denen der Begriff des Staatswillens beruht, so antwortet die anorganische Staatstheorie: menschliche Willensakte. Durch Abstraktion, das ist durch das gedankliche Hinweglassen gewisser Eigenschaften, kann man jedoch — will man

1) Vgl. dazu die Ausführungen des 17. Kap.

2) System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. S. 17.

überhaupt die Grenzen des psychologischen Willensbegriffes nicht verlassen — nur zu dem Begriffe eines mehr oder weniger spezialisierten menschlichen Willens gelangen. Der auf diesem Wege zu erlangende Begriff eines Staatswillens wäre stets nur der Wille eines physischen Menschen und niemals der Wille einer juristischen Person. Auch JELLINEK gelangt tatsächlich nicht auf dem Wege der Abstraktion zu seinem einheitlichen Staatswillen. Er sieht sehr wohl ein, daß für die Betrachtung des Seienden menschliche Willensakte stets nur Willen der jeweils wollenden Menschen und niemals Willen anderer Subjekte sein können. Er sagt ausdrücklich, daß es in der physisch natürlichen Welt nur die Willensakte der Individuen sind, die da vor sich gehen; aber durch Abstraktion seiender Eigenschaften läßt von diesen Willensakten der Welt des Seins nur seiende Qualitäten zurück, d. h. nur Eigenschaften, die tatsächlichen Vorgängen, konkreten Dingen der Außenwelt zukommen. Die Eigenschaft, die für JELLINEK gewisse menschliche Willensakte haben, daß sie nämlich als Wille des Staates gelten, ist nicht für die Betrachtung des Seienden erkennbar, nicht durch Abstraktion gewonnen — wie könnte denn durch Abstraktion, d. i. durch Weglassen, eine neue Eigenschaft seiender Dinge gefunden werden — sie ist vielmehr im Wege einer normativen, d. i. ethisch-juristischen Betrachtung „erkannt“. Das sagt auch JELLINEK, wenn er ausführt¹⁾: „Alle auf den Zweck der Einheit bezogenen Willensakte der Mitglieder der Einheit haben daher einen doppelten Charakter, gemäß der doppelten Erkenntnis, welcher die Einheit unterliegt. In der physisch natürlichen Welt sind es nur die Willensakte der Individuen, die da vor sich gehen, in der ethisch-juristischen Welt nur die Willensakte der Gemeinschaft“. Allein der geistige Prozeß, der sich bei dieser ethisch-juristischen Betrachtung vollzieht, ist keine Abstraktion, kein Weglassen, sondern gerade das Gegenteil: ein Hinzudenken einer Eigenschaft, d. h. die Annahme einer Qualität, die für die auf das Seiende gerichtete, sei es nun aus Seiendem abstrahierende oder das Seiende differenzierende Betrachtung nicht erkannt werden kann. Die als Eigenschaft konkreter, der Welt des Seins angehöriger und nur einer explikativen Erkenntnis zugänglicher psychischer Willensakte aufgefaßte Qualität, Staatswille zu sein, ist selbst keine Tatsache der psychischen oder physischen Welt des Seins, sondern eine Konstruktion der auf das Sollen gerichteten ethisch-juristischen Betrachtung.

Wenn die Abstraktion, wie JELLINEK ausführt²⁾, im Gegensatze

1) a. a. O. S. 30.

2) Mit JELLINEK übereinstimmend REHM, Allgemeine Staatslehre (Handbuch des öffentlichen Rechts. Einleitungsband). Freiburg 1899. S. 156: „Der Staat

zur Fiktion lediglich auf dem Geschehenen, also dem Sein beruht, dann ist nicht einzusehen, wie sie zu einem anderen Begriffe als einem der explikativen Disziplinen führen kann, und, wenn die Abstraktion lediglich von psychischen Tatsachen ausgeht, wie man auf dem Wege derselben zu einem andern als einem rein psychologischen, etwa, wie JELLINEK andeutet, zu einem spezifisch ethisch-juristischen Begriffe gelangen kann. Gerade bei JELLINEK, der in so vorbildlicher Weise den Gegensatz zwischen psychologisch-soziologischer und ethisch-juristischer Methode gelehrt hat, muß ein solches Resultat Wunder nehmen. Und es läßt sich nicht leugnen, daß auch der JELLINEKsche Staatswillensbegriff, wenn er etwas anderes bedeuten soll als Wille einzelner physischer Personen, nach JELLINEKS eigener Definition, eine Fiktion ist, wenn auch vielleicht eine kraft irgendeiner Denknöwendigkeit vollzogene Fiktion. Denn daß der Wille einzelner physischer Personen nicht etwa nur kraft Rechtsgebotes, sondern kraft der in der ethisch-juristischen Betrachtung gelegenen Denknöwendigkeit als Wille einer einheitlichen juristischen Person — des Staates — zu gelten hat, kann daran nichts ändern, daß die Eigenschaft, Staatswille zu sein, keine Tatsache der physisch natürlichen Welt — in der nach JELLINEKS eigener Auffassung nur die Willensakte der Individuen vorliegen — sondern eine „ersonnene“, d. h. im Sinne der JELLINEKschen Definition eine Fiktion ist¹⁾.

ist von unserem Standpunkte aus keine Fiktion, sondern eine Abstraktion. Die Fiktion ruht auf Erfundenem, die Abstraktion auf Geschehenem. Hinter der Fiktion steht nichts real Existierendes, die Abstraktion sieht nur real Existierendes anders an, als es der Wirklichkeit entspricht. Die Abstraktion deutet einen natürlichen Tatbestand um, die Fiktion erfindet einen in der Natur nicht begründeten Tatbestand.“ Was REHM der JELLINEKschen Unterscheidung hinzufügt, ist allerdings nicht ganz richtig. Man kann nicht sagen, daß die Abstraktion etwas real Existierendes anders sieht, als es der Wirklichkeit entspricht, indem sie es umdeutet! Die Abstraktion sieht stets nur Wirkliches und nur so wie es der Wirklichkeit entspricht, sie sieht nur nicht die ganze Wirklichkeit, betrachtet nur einen Teil derselben, indem sie von gewissen Eigenschaften eines konkreten Dinges absieht und nur die übrigen Eigenschaften, die es mit andern gemeinsam hat, heraushebt, wie ja auch die sinnliche Betrachtung bloß einzelne Qualitäten eines Dinges ins Auge fassen kann. Das ist jedoch durchaus keine Umdeutung. Eine solche liegt allerdings vor, wenn man den psychischen Willensakt gewisser Menschen als den des Staates gelten läßt, ein Resultat, das aber durch keine wie immer geartete Abstraktion zu erreichen ist!

1) RICHARD SCHMIDT, Allgemeine Staatslehre. I. S. 220. führt aus, daß es ziemlich gleichgültig sei, ob man die ideelle Zusammenfassung der Vielheit zur Einheit, mit Hilfe deren man zum Begriffe der Staatsperson aufsteigt, „nur als eine von der Rechtswissenschaft für ihre Zwecke vorgenommene ansah, die Persönlichkeit des Staates als eine solche, die durch Fiktion der psychisch-natürlichen Einzelpersonlichkeit gleichgestellt wird, wie die ältere Lehre — oder ob man, wie

Die Scheu vor der Fiktion, als einem nicht auf tatsächlichem Geschehen beruhenden geistigen Gebilde, muß eigentlich in einer Disziplin nicht ganz selbstverständlich erscheinen, deren Aufgabe es gar nicht ist, das tatsächliche Geschehen geistig zu erfassen. Ganz unbegreiflich aber ist eine Polemik gegen die Fiktion, die mit Argumenten operiert, wie solchen, daß die *persona ficta* ein saft- und kraftloses Gespenst, ein Phantom sei, das kein eigenes Leben, keine Wirkung habe! ¹⁾

Als ob das nicht von allen Begriffen überhaupt gesagt werden könnte, da Leben, Kraft und Wirkung nur konkreten tatsächlichen Vorgängen innewohnt. Einen Rechtsbegriff kann auch der Vorwurf nicht treffen, daß er derartige Tatsachen nicht beinhaltet, denn die Welt der Rechtswissenschaft ist gar nicht die der Ursachen und Wirkungen, der Kräfte, des Lebens, mit einem Worte: des Seins. Die Nichtberücksichtigung des Kausalnexus — der Mangel des ursächlichen Momentes: das ist ja der Kernpunkt der gegen die Fiktion gerichteten Polemik — kann eine Disziplin nicht treffen, deren Aufgabe nicht die Erklärung, deren Charakter kein explikativer, sondern ein normativer ist.

Trotzdem ist die Gegnerschaft gegen die Fiktion eine berechtigte; freilich aus anderen als den üblich vorgebrachten Gründen. Nicht weil die Fiktion ein bloß „Ersonnenes“, nicht aus realen Vorgängen Abstrahiertes ist, sondern nur weil und nur insoferne sie trotzdem ein Seiendes zu beinhalten ausgibt, muß jede Fiktion verworfen werden. Die Fiktion liegt nicht im Wesen eines Begriffes, der aus andern als realen Tatsachen abgezogen ist, sondern in dem falschen Urteile, daß dieser Begriff eine reale Tatsache beinhalte, daß etwas zur Welt des Seins gehöre, was tatsächlich nicht ist. Das Verwerfliche an diesem geistigen Vorgange ist eben der logische Widerspruch, der darin enthalten ist, daß etwas, was in Wirklichkeit nicht ist, als wirklich ausgegeben wird, ist der methodische Fehler, daß in einem Begriff, der nicht aus der Welt des Seins abstrahiert wurde, ein Seiendes gesucht wird. Eine solche Fiktion ist mit Recht einem Gespenst zu vergleichen, dessen Existenz in der Welt des Seins jemand behauptet, obgleich es

neuere (JELLINEK), um den künstlichen Begriff der „juristischen“ oder „fingierten“ Person zu vermeiden, vielmehr die natürliche, selbstverständliche Herkunft jener gedanklichen Einheit betonte, die sich Recht und Rechtswissenschaft für ihre Zwecke zwar aneignen, die sie aber im Sprachgebrauche fertig vorfinden.“ SCHMIDT schließt sich der Ansicht von PREUSS an, der (a. a. O. S. 154) behauptet, daß mit dem JELLINEKschen Satze: Die juristische Person ist keine Schöpfung der juristischen Konstruktion, sondern eine Bildung des zweckbewußten menschlichen Handelns und Denkens (Gesetz und Verordnung S. 192f) die Fiktion nur in anderen Worten ausgedrückt werde.

1) Vgl. z. B. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 467.

nur ein Gebilde seiner Furcht, des Wunsches eines Nicht-Sein-Sollens ist.

Allein man muß sich hüten, Fiktion in diesem Sinne mit aller Konstruktion zu identifizieren. Der Gedankenprozeß der ethisch-juristischen Betrachtung, der nicht auf die Welt des Seins gerichtet ist, sondern der des Sollens angehört, muß zu Begriffen führen, die nicht aus tatsächlich Geschehenem abstrahiert sind. Auch die juristische Konstruktion — der konstruierte Begriff — ist eine Abstraktion. Allein diese Abstraktion vollzieht sich nicht auf Grund von wahrgenommenen physischen oder psychischen Tatsachen der Außenwelt, z. B. Tatsachen des praktischen sozialen Lebens in der Gemeinschaft, sondern die als juristische Konstruktion bezeichnete Abstraktion erfolgt aus ganz bestimmten der normativen Betrachtung entspringenden Denkvorgängen innerhalb des Abstrahierenden selbst. So ist der Begriff der Zurechnung z. B. keine Abstraktion von Tatsachen, die außerhalb des Zurechnenden oder in dessen unmittelbarem Empfindungs- oder Willensleben gegeben sind, sondern dieser Begriff entsteht durch die abstrahierende Zusammenfassung einzelner spezifischer Gedankenvorgänge (Urteile) des Abstrahierenden selbst, durch die er gewisse wahrgenommene Tatbestände der Außenwelt mit bestimmten Personen verknüpft. Ein anderes sind die Abstraktionen, die aus den wahrgenommenen tatsächlichen Geschehnissen des sozialen Lebens, aus den Willensakten und Handlungen der zur Gesellschaft gehörigen Menschen gezogen werden, wie solche die Begriffe des Gesamtwillens oder des Individualwillens etc. darstellen.

Wird ein „konstruierter“ Begriff im Bewußtsein seiner Bedeutung gebraucht, wird mit einer ethisch-juristischen Konstruktion nicht die Existenz eines Seienden behauptet, macht man sich keiner Fiktion schuldig. Eine Fiktion freilich ist es, wenn Privat- und Strafrechtsjuristen den Willen im ethisch-juristischen Sinne stets als psychische Tatsache nachzuweisen versuchen; und in diesem Sinne sind die bisherigen Untersuchungen der vorliegenden Arbeit nur ein Kampf gegen Fiktionen, gegen Gespenster. Der Willensbegriff der Juristen muß solange ein fingiertes Gespenst scheinen, als man ihn — der nur eine Konstruktion ist — eine realpsychische Tatsache des sozialen Lebens beinhalten läßt. Genau so wie aus einer Halluzination ein Gespenst wird, wenn man sie in der Außenwelt existierend behauptet, wird die Konstruktion zur Fiktion, wenn man in ihr konkrete Tatsachen, Geschehnisse des gesellschaftlichen Zusammenlebens sucht.

Der Anschauung, daß die Willensverhältnisse, mit denen die Jurisprudenz es zu tun hat, abstrakte seien, und daß gerade in diesen Abstraktionen das Wesen der juristischen Methode zu erblicken sei,

die ihr Seitenstück in der Mathematik finde¹⁾, kann nicht beigeplichtet werden. Denn mit abstrakten Willensvorgängen operiert auch die Psychologie, wie jede Disziplin, die mit Begriffen arbeitet, da jeder Begriff, mag er nun ein Rechtsbegriff oder ein Begriff anderer Disziplin sein, ein Abstraktum ist, d. h. im Wege einer Abstraktion entsteht²⁾. Es ist selbstverständlich, daß der Wille, die Empfindungen und sonstigen Seelenvorgänge nur in abstracto Gegenstand der psychologischen Theorie sein können; und es bedeutet durchaus keine Differenzierung, sondern eine Gleichstellung der Jurisprudenz mit der Psychologie, wenn man den Willen der Jurisprudenz als einen aus den real-psychischen Willensakten abstrahierten Begriff bezeichnet. Da der Willensbegriff der Psychologie zweifellos auch nur eine Abstraktion auf Grund der ihrem Inhalte nach verschiedenen konkreten Willensakte ist, bleibt unverständlich, warum — wenn der juristische Willensbegriff die gleiche Abstraktion ist — „vom empirisch-psychologischen Standpunkte aus einfach unerklärlich“ ist, wie die Jurisprudenz ihren spezifischen Willensbegriff verwendet, wenn sie, wie JELLINEK³⁾ ausführt, den Willensakt fortexistieren läßt, nachdem er längst sein physisches Ende gefunden hat, z. B. im Testamente selbst über das Leben des Individuums hinaus den aus der Welt der objektiven Tatsachen entschwundenen Willen als fortwirkend betrachtet, aus den Willen mehrerer im Majoritätsbeschlusse einen einheitlichen Willen bildet, die von Natur aus gleichen Willensäußerungen der Individuen mit verschiedener Macht ausstattet, einen Willen durch einen anderen aufhebt etc. etc.

Wenn der Wille des Juristen wirklich eine Abstraktion auf Grund der tatsächlichen psychischen Willensakte ist, warum kann man vom psychologischen Willensbegriffe, der gewiß nichts anderes ist, nicht das Gleiche aussagen, wie vom juristischen? Ist mit der „empirischen“ Betrachtung der Psychologie etwa die Abstraktion unvereinbar? Ja, gibt es denn ohne Abstraktion überhaupt eine Theorie? Der Grund dafür, daß man vom psychologischen Willen durchaus nicht aussagen kann, was man vom juristischen aussagen muß, liegt darin, daß der Wille im juristischen Sinne etwas ganz anderes ist, als der Wille der Psychologie. Die Identität der Worte bedeutet durchaus keine Identität der Objekte. Der Wille der Jurisprudenz beinhaltet keinen

1) JELLINEK, System der subj. öff. Rechte. 2. Aufl. S. 17.

2) Treffend bemerkt ROSIN, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung in: Annalen des deutschen Reiches. 1883. S. 267: „Ein Begriff, mag derselbe ein Rechtsbegriff oder ein Begriff anderer Art sein, ist eine abstrakte Zusammenfassung einer Reihe konkreter Erscheinungen nach einem ihnen allen gemeinsamen Merkmale.“

3) a. a. O. S. 31 f.

real-psychischen Akt in der Welt der objektiven Tatsachen, was der Fall sein müßte, wenn dieser Begriff im Wege einer Abstraktion auf Grund qualitativ verschiedener psychischer Willensakte gebildet wäre, sondern er ist eine Konstruktion, d. h. die Abstraktion dieses Begriffes vollzieht sich auf Grund von bestimmten Gedankenprozessen und zwar Urteilen innerhalb der subjektiven Welt des Abstrahierenden selbst.

Nun erst ist der Weg freigelegt, der zur richtigen Erkenntnis des Staatswillens führt.

Wenn gewisse Handlungen bestimmter physischer Personen für die juristische Betrachtung nicht als Handlungen dieser Personen, sondern als einer anderen, von ihnen verschiedener gelten, so liegt hier ein besonderer Fall der Zurechnung vor. Der in der Tätigkeit dieser Personen gelegene Tatbestand wird nicht diesen Personen selbst, er wird einer anderen zugerechnet. Der Zurechnungspunkt fällt aber nicht etwa in einen anderen Menschen. Die Zurechnung geht gleichsam durch die physisch Handelnden und deren psychischen Willensakt hindurch und macht nicht in einer anderen physischen Person Halt, wie dies z. B. der Fall ist bei der Haftung für den Schaden, der durch Kinder oder Angestellte begangen und dem Vater resp. dem Dienstherrn zugerechnet wird. Vielmehr vereinigen sich alle Zurechnungslinien in einem gemeinsamen, außerhalb jedes physischen Subjektes gedachten Punkte. Die Individuen, bei denen eine derartige Zurechnung stattfindet, sind die Staatsorgane und der gemeinsame Treffpunkt aller Zurechnungslinien, die von den als Organhandlungen qualifizierten Tatbeständen ausgehen, ist der Staatswille.

Fragt man sich, welches der Grundsatz ist, nach dem diese Art der Zurechnung stattfindet, welche Tatbestände einer solchen Zurechnung unterzogen werden, m. a. W. welche Handlungen Staatshandlungen sind, so ist die Antwort darauf im Rechtssatze gegeben: Im Gesetze — und das ist der Inbegriff der Rechtssätze — ist ausdrücklich festgelegt, wie der Staat und unter welchen Umständen er — durch seine Organe — tätig sein will. Wenn in den Gesetzen bestimmt wird, daß jemand, der stiehlt, durch das Gericht des Tatortes mit Arrest bestraft wird, daß jemand, der ein empfangenes Darlehen nicht zurückzahlt, auf die Klage des Gläubigers durch das kompetente Gericht exequiert wird, daß ein Armer unter bestimmten Umständen von der zuständigen politischen Behörde eine Geldunterstützung erhält, so sind in der betreffenden Strafe, Exekution, Armenunterstützung jene Tatbestände fixiert, die nicht den physisch handelnden Personen — den Organen — sondern dem Staate zugerechnet werden. Wenn man sagt, daß das Gesetz den Willen des Staates enthält, so bedeutet das nichts anderes,

als daß es die Tatbestände feststellt, die als Handlungen des Staates zu gelten haben, die der Staat „will“, d. h. die dem Staate und nicht den physisch Handelnden — die um dieses Umstandes willen „Organe“ sind — zugerechnet werden. Es bedeutet nichts anderes, als daß im Gesetze die Regel zu finden ist, nach der die Zurechnung zum Staate stattfindet.

Es ist für die Konstruktion von größter Bedeutung, daß die Zurechnung zum Staate durch das Staatsorgan und dessen psychischen Willen hindurch stattfindet, daß der psychische Willensakt des eine Staatshandlung setzenden Staatsorganes nur Durchgangs- und nicht Endpunkt rechtlicher Zurechnung ist. Denn für die juristische Betrachtung erscheint dieser psychische Willensakt des Staatsorganes als völlig irrelevant. Darin ist ein Hauptfehler der anorganischen Konstruktion zu erblicken, daß sie als Staatswille gerade jenen für die juristische Betrachtung zu eliminierenden psychischen Organwillen erfaßt und nun diese nur für die psychologische Erkenntnis vorhandene realpsychische Tatsache mit einer wiederum nur für die ethisch-juristische Betrachtung existenten Qualität verquickt, um auf diese Weise einen Begriff zu schaffen, der als Typus jenes methodischen Synkretismus gelten muß, den JELLINEK so treffend gegeißelt hat ¹⁾. Der Begriff des Staatswillens hat mit keiner psychologischen Willenssache etwas zu tun. Er ist ausschließlich als Produkt der juristischen Konstruktion zu betrachten, und zwar einer zum Zwecke der Zurechnung vollzogenen Konstruktion ²⁾.

1) System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. S. 18.

2) Die vollkommene Unzulänglichkeit des psychologischen Willensbegriffes konnte natürlich der juristischen Theorie nicht verborgen bleiben. Insbesondere bei der Lehre von der juristischen Person, die zur Annahme eines außer-menschlichen Willens zwingt, mußte die Diskrepanz zwischen dem, was die juristische Terminologie als Wille zu bezeichnen gedrängt ist, und dem, was von der Psychologie unter diesem Worte allein verstanden werden darf, zu Tage treten. Auf welche künstliche und gequälte Weise man auf der einen Seite, den Forderungen der Psychologie Rechnung tragend, nur einen innermenschlichen Willen gelten ließ und doch wiederum auf der anderen Seite, von den unabweislichen Bedürfnissen der eigenen Disziplin getrieben, den „Willen“ der juristischen Person zu retten bestrebt war, indem man ihn aus den Willensakten irgendwelcher Menschen zu „destillieren“ oder „abstrahieren“ versuchte, wurde ja bereits gezeigt. Als ein Symptom für die in der neueren juristischen Theorie zu beobachtenden Bemühungen, sich der Umklammerung des psychologischen Willensbegriffes zu entwinden und als Bestätigung für die Zielgerechtigkeit des von diesen Untersuchungen eingeschlagenen Weges, dessen Richtung wohl schon geahnt, aber noch nicht konsequent verfolgt wurde, sei noch erwähnt, daß manche Theoretiker sogar ausdrücklich zwischen einem „physischen“ und einem „juristischen“ Willen unterscheiden zu müssen glaubten. Allein was unter diesem „juristischen Willen“ zum Unterschied vom „physischen“ Willen zu verstehen sei, darauf gaben diese Theo-

Damit ist aber erkannt, daß der Begriff des Staatswillens durchaus gleicher Natur ist mit demjenigen, was diese Untersuchungen als Wille der übrigen Rechtssubjekte im juristischen Sinne überhaupt fest-

retiker keine Antwort. Die Erkenntnis von der methodologisch völlig verschiedenen Struktur beider Begriffe fehlt gänzlich, ja, soweit die hier allgemein herrschende Unklarheit ein Bild von dem Verhältnis beider Arten von Willen möglich macht ist die fragliche Unterscheidung so zu verstehen, daß der „juristische“ Wille ein besonderer Fall des „physischen“ Willens ist, jedenfalls auch ein „physischer“ Wille sein kann, daß unter juristischem Willen ein rechtlich relevanter „physischer“ Wille zu gelten hat. Am weitesten scheint in dieser Richtung LUKAS, Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des deutschen Reiches. Graz 1901. gegangen zu sein. Dieser Autor sagt a. a. O. S. 13: „Die Antwort auf die Frage (ob es außer den Menschen noch andere ‚Willenssubjekte‘ gibt) fällt in verschiedener Weise aus, je nachdem man den physischen oder den juristischen, d. h. rechtlich relevanten Willen im Auge hat.“ Da LUKAS den „juristischen“ Willen als „rechtlich relevanten“ Willen bezeichnet, scheint es, daß er auch den juristischen Willen für einen physischen, allerdings rechtlich qualifizierten „Willen“ hält, zumal die Annahme, daß er unter dem juristischen Willen etwas vom physischen (soll wohl heißen „psychischen“) Willen Wesensverschiedenes begreift, dadurch ausgeschlossen wird, daß er mit keinem Worte auf diese angesichts der Gleichnamigkeit gewiß nicht selbstverständliche Differenz hinweist. Was sich eigentlich LUKAS unter seinem juristischen Willen denkt, wird allerdings durch die im Anschluß an die bisher zitierten Worte folgenden Ausführungen nicht klarer: „Gewiß! Physische Willenszentren können nur Menschen sein. Nur der Mensch kann physisch wollen. Ganz anders dagegen verhält sich die Sache, wenn wir nach dem Zentrum des juristischen Willens fragen — und dieser juristische Wille allein ist es doch, welcher uns bei rechtlichen Untersuchungen beschäftigen darf! Jedes juristische Willenszentrum ist das Produkt gesetzgeberischer Willkür. Die Rechtsordnung schafft ein juristisches Willenszentrum d. h. setzt fest, daß eine bestimmte Gruppe von rechtlichen Handlungen, sogenannten Handlungen des betreffenden juristischen Willenssubjektes, von einem einheitlichen Mittelpunkt aus nach dem Gesetze freier Selbstbestimmung ihren Impuls empfangen.“ Es ist überaus interessant, zu beobachten, wie nahe LUKAS an eine richtige Erfassung des Problems gedrängt wird und wie er doch — weil er sich von dem psychologischen Willensbegriffe nicht emanzipiert und mangels methodologischer Untersuchungen über das Wesen derselben nicht emanzipieren kann — das Ziel verfehlt und in Unklarheit und sogar in Widersprüchen verstrickt bleibt. Völlig zutreffend hat LUKAS erkannt, daß es die Rechtsordnung ist, die dasjenige schafft, was der Jurist „Wille“ nennt; aber wie sich LUKAS — unter dem Banne des psychischen Willensbegriffes, der üblicher Weise als Handlungsimpuls und als freie Selbstbestimmung vorgestellt wird — dieses Erzeugen des „juristischen“ Willens durch die Rechtsordnung denkt, ist unhaltbar! Es ist zunächst eine *petitio principii*, wenn er von „sogenannten Handlungen der juristischen Person“ spricht, die durch die Bestimmung der Rechtsordnung angeblich ihren Impuls von einem einheitlichen Mittelpunkt empfangen, denn nur soferne gewisse Handlungen auf Grund der Rechtsordnung zu einem bestimmten Punkte zuzurechnen sind, können sie als von dort gewollt d. h. aber als Handlungen dieser Person gelten. Ganz und

gestellt haben: Endpunkt der rechtlichen Zurechnung. Und jetzt erst hat der Satz einen klaren und widerspruchslosen Sinn erhalten, daß die Persönlichkeit des Staates in derselben Bedeutung nur eine

gar verfehlt ist aber, wenn LUKAS das von der Rechtsordnung angeblich geschaffene Willenszentrum — ganz entsprechend der üblichen Vorstellung vom psychischen Willen — eine kausal wirkende Kraft, eine Impulsquelle für Handlungen sein läßt, die er — um die Analogie zum physischen Willen nur ja ganz aufrecht zu erhalten — nach dem „Gesetz der freien Selbstbestimmung“ wirken läßt! Eine solche Impulsquelle menschlicher Handlungen ist jedoch nicht außerhalb des Menschen denkbar — wie LUKAS allerdings vermeint — denn eine solche Impulsquelle, also eine nur kausal wirkende, notwendig der Welt des Seins angehörige Tatsache kann die Rechtsordnung gar nicht schaffen, ebensowenig, wie sie den psychischen Willen schaffen kann. Solche Tatsachen findet die Rechtsordnung vor und kann sie höchstens mit Rechtsfolgen verknüpfen, juristisch qualifizieren. — LUKAS fährt dann fort: „Die Rechtsordnung macht nicht nur das physische Willenszentrum, den Menschen, zu einem solchen juristischen Willenszentrum“ (der „juristische“ Wille des Menschen ist also doch sein „physischer“, den die Rechtsordnung nicht schafft, sondern nur besonders qualifiziert!) „sondern setzt auch außerhalb des Menschen juristische Willenszentren nach freiem Belieben ins Leben“, (was sie jedoch mit Rücksicht auf die dem „juristischen Willenszentrum“ von LUKAS zugeschriebenen Eigenschaften nicht kann), „wobei allerdings nicht vergessen werden darf, daß ein außerhalb des Menschen gelegenes Willenszentrum immer nur durch die Tätigkeit solcher juristischer Willenszentren in Funktion gesetzt werden kann, welche zugleich physische Willenszentren sind, also mit anderen Worten durch die Tätigkeit von menschlichen Willenszentren.“ Dieser Schlußsatz ist deshalb besonders charakteristisch, weil er den typischen Konnex herstellt, den alle Theoretiker der anorganischen Staatsauffassung, die den Willen der Staatsperson prinzipiell nicht als etwas von der so bezeichneten psychischen Tatsache Verschiedenes erkennen, eben deshalb zwischen dem mysteriösen Staatswillen und irgendwelchen menschlichen Willensakten annehmen müssen. LUKAS „destilliert“ und „abstrahiert“ den Staatswillen nicht aus menschlichen Willensakten, aber er läßt dafür das staatliche Willenszentrum nur durch menschliche Willensakte „in Funktion setzen“. Wie allerdings dieses „juristische Willenszentrum“, das — weil außermenschlich — weder eine psychische noch eine physische Tatsache sein kann, dennoch „funktionieren“ d. h. doch kausale Wirkung ausüben, Impulse zu menschlichen Handlungen geben soll, das muß Geheimnis bleiben. Es bleibt auch dann noch rätselhaft, wenn LUKAS das Verhältnis zu den menschlichen Willenszentren, die notwendigerweise intervenieren müssen, damit das juristische Willenszentrum in Funktion gesetzt werde, folgendermaßen darstellt: „Es findet eine parallele Willenstätigkeit des menschlichen Willenszentrums (resp. des Kollegiums von menschlichen Willenszentren) und des Willenszentrums der juristischen Person statt.“ (a. a. O. S. 17.) Denn nun setzt er sich in Widerspruch zu seiner früheren Behauptung, daß das juristische Willenszentrum durch die menschlichen Willenszentren „in Funktion gesetzt“ werde, was zur Annahme zwingt, daß die Tätigkeit des ersteren durch die der letzteren verursacht werde, was wieder unvereinbar damit ist, daß beide parallel laufen.

Trotz aller dieser Unklarheiten und Widersprüche ist LUKAS dennoch mit richtigem juristischen Instinkte dem Wesen der Sache näher gekommen als viele

„juristische“ sei, wie die Persönlichkeit aller übrigen Rechtssubjekte. Denn da man den „Willen“ als Substrat der Rechtspersönlichkeit erkannte, konnte — insolange man die Persönlichkeit der physischen Rechtssubjekte auf deren psychischen Willen gründete — von einer Wesensgleichheit derselben mit der juristischen Staatspersönlichkeit nicht ernstlich die Rede sein, da dieser das Substrat eines eigenen psychischen Willens fehlte, was zu den gezwungensten Fiktionen Anlaß gab ¹⁾.

andere. Hätte er die Konsequenz gehabt, sich von dem psychologischen Willensbegriffe gänzlich loszusagen, dann hätte er sich auch nicht, wie er es leider tatsächlich getan hat, der Frage nach der methodologischen Struktur eines spezifischen, vom psychischen wesensverschiedenen „juristischen“ Willens, der — keine reale, physische oder psychische Tatsache — auch außerhalb der Menschen gedacht wird, entziehen können.

1) Insoferne muß den Ausführungen von PREUSS (Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften) zugestimmt werden, wenn er behauptet, daß die anorganische Staatstheorie der Fiktion nicht entbehren kann, da sie die Rechtspersönlichkeit mit dem menschlichen Individuum identifiziert oder — wie oben ausgeführt wurde — die Persönlichkeit auf dem psychischen Willensakte gründet. „Wer Person und Individuum identifiziert, der muß in der Personifikation eines Verbandes, welcher nun doch einmal kein Individuum ist, schließlich immer einen Kunstgriff der juristischen Technik d. h. eine Fiktion erblicken“ (S. 168). Allein der Grund zu dieser Fiktion liegt nicht, wie PREUSS annimmt, in dem zu engen Persönlichkeitsbegriffe der anorganischen Staatstheorie, darin, daß unter ihrem Persönlichkeitsbegriff nicht auch die Gemeinschaft fällt, und zur Fiktion wird ihr Persönlichkeitsbegriff nicht erst, wenn er auf den Staat, auf die juristische Person angewendet wird, — sondern dieser Begriff ist von allem Anfange an schon in seiner Geltung für die physischen Rechtssubjekte eine Fiktion und sein Fehler ist nicht, daß er zu eng ist, sondern daß er als ethisch-juristische Konstruktion objektive Seins-elemente — den real-psychischen Akt des Wollens oder gar die menschlichen Körper — zu beinhalten vorgibt. Auch PREUSS gründet die Persönlichkeit des Staates auf dessen einheitlichen Willen. Er stimmt GERBER darin bei, „daß der spezifische Ausgangspunkt für die juristische Konstruktion das eigene Willensvermögen ist, welches dem als Organismus begriffenen Staatswesen innewohnt, die eigene Persönlichkeit des Staates“ (S. 152). Er führt (S. 155) aus, daß es für das Recht nur eine erhebliche Einheit gäbe, nämlich „die des Willens“. Was unter diesem Willen zu verstehen sei, vor allem, ob dieser Terminus die gleiche Bedeutung habe, wie in der Psychologie, untersucht PREUSS allerdings nicht näher. Jedenfalls zweifelt er nicht daran, daß dieser Wille bei der Rechtspersönlichkeit des Menschen ein psychischer Vorgang sei. Er sagt: „Ob diese Willenseinheit ihren Sitz in einem physischen Körper habe, ist für das Recht gleichgültig. Das physische Individuum ist nur die niederste und einfachste Person.“ Hier fällt also Rechtsperson und physischer Körper zusammen. Wie sich PREUSS den nicht in einem Menschen gelegenen Willen vorstellt, ist unverständlich; unverständlich auch, was er im Anschlusse an das eben Zitierte bemerkt: „Da es (das physische Individuum) zugleich physischer und Rechtsorganismus ist, bezeichnet es die Grenze zwischen Natur- und Rechtswissenschaft. Es ist aber in seiner Eigenschaft als Person nicht realer als die höheren und komplizierteren Rechtsorganismen.“

Denn der Begriff der Person ist ein rechtlicher, kein physischer.“ Trotzdem ist die physische Person auf Grund ihres psychischen Willens eine — wenn auch die einfachste — Person! Was wäre also der Begriff der Person, wenn er nicht als Prädikat zu einer physischen oder psychischen Tatsache als Subjekt fungieren kann? PREUSS akzeptiert hier in einer Anmerkung (S. 155 Nr. 55) die Ansicht des von ihm selbst so bekämpften JELLINEK: „Die Person ist kein Naturwesen, sondern eine Abstraktion.“ Aber auch der Begriff „Naturwesen“ ist eine Abstraktion! Auf der folgenden Seite stellt sich PREUSS auf den Standpunkt GIERKES, der dem Gemeinwesen nur deshalb Persönlichkeit zuschreibt, weil es Träger eines „einheitlichen und beständigen Gemeinwillens“ ist (vgl. auch oben S. 164 ff.). Im Willen erblickt PREUSS mit GIERKE wie beim Einzelwesen so beim Staate den Kern der Rechtssubjektivität und PREUSS begnügt sich, die Anschauung GIERKES zu reproduzieren, der als Willen sowohl beim Einzelwesen wie bei der Gemeinschaft in Übereinstimmung mit ZITELMANN'S „psychologischem“ Willensbegriffe, die „verursachende Kraft der äußeren Bewegung“, also einen wenn auch unrichtig erfaßten psychischen, so doch als solchen gedachten Akt bezeichnet und der betont, daß die Willensfähigkeit des Menschen wie des Staates — und also auch der Wille derselben — „vom Rechte nicht geschaffen, sondern vorgefunden“ wird (GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte. S. 608f). Der vom Rechte nicht geschaffene, sondern nur vorgefundene Wille kann doch wohl nur eine in der objektiven Welt des Seins existente physische oder psychische Tatsache sein! Wenn PREUSS diese Anschauungen GIERKES zu seinen eigenen macht, ist nicht einzusehen, warum er gerade den Ausspruch GIERKES (Genossenschaftstheorie S. 631 Nr. 2): „Die Person ist eine verkörperte psychische Einheit . . .“ — aus dem übrigens zweifellos hervorgeht, daß die Person nach GIERKE eine Naturtatsache ist — wegen des Wortes „verkörpert“ tadelt. Das Wort könne Anlaß zu Fiktionen geben, meint PREUSS (S. 155 Anm. 56). Aber Naturtatsache ist auch eine objektiv psychische, nicht bloß eine körperliche Tatsache und PREUSS selbst sagt a. a. O. S. 138, daß zum Begriffe des Staates notwendig die ihn bildenden Menschen gehören: „Ein Staat ohne Menschen ist eine unvollziehbare Vorstellung!“ Was gilt also? Eine prinzipielle Untersuchung des Begriffes des Staatswillens hätte vielleicht vor solchen Widersprüchen bewahrt.

II. Abteilung.

Die logische Form des Rechtssatzes.

VII. Kapitel.

Der Rechtssatz im engeren Sinne.

(Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz.)

Nachdem das Wesen des Staatswillens klargelegt wurde, kann die Untersuchung zur Feststellung seines Inhaltes fortschreiten. Da der Rechtssatz sich als ein Ausdruck des Staatswillens darstellt, wird die Beantwortung der Frage, wie der Rechtssatz zu lauten hat, davon abhängen, was als möglicher Inhalt des Staatswillens erkannt wird.

Betrachtet man den Willen im ethisch-juristischen Sinne als eine zum Zwecke der Zurechnung vorgenommene Konstruktion und erblickt man im Staatswillen insbesondere den gemeinsamen Zurechnungspunkt für die als Staatshandlungen qualifizierte Tätigkeit der Organe, dann ergibt sich von selbst, daß der Staat nichts anderes wollen kann, als seine eigenen Handlungen. „Gewollt“ im ethisch-juristischen Sinne ist nur das Zugerechnete, das zugerechnete Verhalten aber ist identisch mit dem „eigenen“. In Bezug auf eine Person stellt sich eine Handlung oder Unterlassung als „fremde“ dar, wenn sie nicht dieser Person; sondern einer anderen zugerechnet wird. Die „eigene“ Handlung oder Unterlassung einer Person ist nur eine andere Bezeichnung für die zugerechnete. Man muß sich insbesondere vor dem Irrtume bewahren, daß die Qualität der „eigenen“ Handlung oder Unterlassung durch den körperlich kausalen Zusammenhang mit einer Person gegeben ist. Bezüglich der Unterlassung wäre ja ein solcher Zusammenhang überhaupt nicht möglich, wie ja der ganze Begriff der Unterlassung für eine mechanisch-kausale Betrachtung bedeutungslos, ja, überhaupt nicht gegeben ist. Hat sich jemand zur Herbeiführung irgendeines strafbaren oder ethisch relevanten Erfolges eines andern Menschen als Werkzeug bedient, dann

ist die vorliegende strafbare oder ethisch irgendwie qualifizierte Handlung nicht die des Werkzeuges, mit dem sie kausal-mechanisch verbunden ist, sondern des anderen, dem sie zugerechnet wird. Dabei muß nicht etwa zwischen beiden stets die psychische Kausalität, einer intellektuellen Urheberchaft oder Anstiftung bestehen. Wer bloß passiv zuläßt, daß ein von ihm vorausgesehener Erfolg von einem anderen Nichtsahnenden herbeigeführt wird, muß als „Täter“ gelten, wenn er den vorhergesehenen Erfolg hätte verhindern sollen, ihm dieser also zugerechnet wird. Der ganze Begriff der „Handlung“ hat nur als der einer „eigenen“ Handlung einen Sinn.

Wie also überhaupt für die ethisch-juristische Betrachtung nur die eigene Handlung gewollt, weil nur die eigene Handlung zugerechnet wird, so kann auch als vom Staate „gewollt“ nur jener Tatbestand gelten, der als Tätigkeit des Staates, als Handlung oder Unterlassung des Staates zu betrachten ist. Und so kann auch im Rechtssatze der Staat nichts anderes wollen, als sein eigenes Verhalten.

Dieses scheinbar selbstverständliche Resultat steht jedoch in einem vollständigen Widerspruche zu der Anschauung, die heute fast ausnahmslos innerhalb der Jurisprudenz von dem Inhalte des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens vertreten wird. Was der Staat im Rechtssatze „will“, ist nach allgemein herrschender Ansicht nicht etwa sein eigenes Verhalten, sondern ein Verhalten der anderen Rechtssubjekte, und zwar deren der Rechtsordnung entsprechendes, d. h. rechtmäßiges Handeln oder Unterlassen. Der Staat „will“ — so ist die allgemein verbreitete Vorstellung — daß seine Untertanen nicht stehlen, betrügen, morden, daß sie empfangene Darlehen zurückgeben, den vereinbarten Kaufpreis zahlen, daß sie Steuer entrichten, Militärdienst leisten etc. etc.

Dieser auf das rechtmäßige Verhalten seiner Untertanen gerichtete Wille des Staates begründet nach herrschender Lehre die Rechtspflichten der Subjekte. Und es muß gleich hier mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß diesem Willen der das eigene Verhalten des Staates fordernde, neben den Untertanenpflichten Rechtspflichten des Staates begründende, also die staatliche Selbstverpflichtung darstellende Wille des Staates, zu strafen, zu exequieren und die gesamte Verwaltungstätigkeit zu entfalten, koordiniert wird.

Der lediglich auf fremdes Verhalten gerichtete Wille findet seinen Ausdruck im Befehle. Der Rechtssatz erscheint der herrschenden Lehre als Gebot oder Verbot; und diese Anschauung des objektiven Rechtes wird gemeinbin als Imperativtheorie charakterisiert.

Allein diese Anschauung ist eine unhaltbare. Vor allem ist die Grundlage derselben, das Wollen fremden Verhaltens für die ethisch-juristische Betrachtung ein nonsens. Nicht so für die psychologische. Wie irgend ein Vorgang, so kann auch das Verhalten eines andern Menschen als des Wollenden Gegenstand seines Willens, d. h. Inhalt der mit dem Triebe assoziierten Zweckvorstellung sein. Allein diesen psychologisch korrekten Willensbegriff hat die Jurisprudenz aus Gründen, die oben dargelegt wurden, nicht akzeptiert. Und gerade vom Standpunkte des in der Jurisprudenz gegenwärtig herrschenden kausalen Willensbegriffes ist ein Wollen fremden Verhaltens unmöglich. Auch wenn man den Willen im ethisch-juristischen Sinne, nicht als etwas vom gleichnamigen psychischen Akte wesentlich Verschiedenes, als bloße zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion erkennt, sondern den zwischen juristischem und psychologischem Standpunkte lawierenden Willensbegriff ZITELMANN'S und BINDING'S akzeptiert, demzufolge als Wille die Ursache der Körperbewegung zu gelten hat, ergibt sich von selbst, daß als gewollt nur die eigene Körperbewegung, d. i. die eigene Handlung im mechanisch-kausalen Sinne angesehen werden kann. Auch wenn man — wie ZITELMANN — den Willen auf die sog. erweiterte Handlungsreihe ausdehnt und als gewollt auch die kausalen Folgen der eigenen Körperbewegung gelten läßt, so kann doch die fremde Handlung niemals als gewollt gelten, denn die fremde Handlung bedarf selbst als Ursache eines Willens, der Wille des Handelnden und nicht des ursprünglich Wollenden ist. Dieser Wille kann aber nie und nimmer innerhalb der von ZITELMANN so genannten erweiterten Handlungsreihe stehen, deren Glieder untereinander mit kausaler Notwendigkeit verknüpft sind, denn der Wille muß für die ethisch-juristische Betrachtung unter allen Umständen frei sein. Er muß, um im Sinne des kausalen Willensbegriffes zu sprechen, erste Ursache der Körperbewegung und deren Folgen sein und kann niemals als Mittelglied, stets nur als Ausgangspunkt einer Kausalreihe gedacht werden. Daß diese Vorstellung mit dem ganzen Kausalitätsgesetze unvereinbar ist, das für alles, also auch für jede Ursache, eine Ursache fordert, und eine letzte oder erste Ursache nicht kennt, bleibe hier unerörtert. Für einen kausalen Willensbegriff — seine Unhaltbarkeit und sein innerer Widerspruch wurden schon früher nachgewiesen — muß sich eine derartige Vorstellung im Bereiche der ethisch-juristischen Betrachtung aus dem Grunde bilden, weil das Postulat der Willensfreiheit das Um und Auf, die prinzipalste Voraussetzung aller ethisch-juristischen Spekulation ist. Wäre der Wille unfrei, d. h. die notwendige Folge einer Ursache, dann wäre nicht zu begreifen, was er neben der

Körperbewegung für die ethisch-juristische Betrachtung für besondere Bedeutung haben könnte! Er wäre dann ein ganz nebensächliches Mittelglied zwischen der Körperbewegung und dem Endgliede einer zu dieser Muskelkontraktion führenden Kausalreihe. Gerade für die ethisch-juristische Betrachtung wäre ein solcher gebundener Wille etwas völlig Überflüssiges, und sie könnte sich durchaus mit der Körperbewegung begnügen. Für die Ethik und Jurisprudenz hat der Wille nur als „freier“ Wille Sinn und Bedeutung, ganz ebenso, wie er für die Psychologie nur als gebunden in Betracht kommen kann. Ja, man kann sich des Eindruckes kaum entziehen, daß mit der in der Psychologie unvermeidlichen Annahme eines kausal bestimmten Wollens in dieser Disziplin einem selbständigen Willensbegriffe jede denkökonomische Bedeutung entzogen ist, daß der Determinismus im Grunde nur eine versteckte Negation des psychischen Willens ist, so daß die im vorigen Kapitel erwähnte neuere Richtung der Psychologie, die diesen Begriff bewußt eliminiert, tatsächlich nur die Konsequenzen zieht, die sich aus der streng kausalen Betrachtung des Determinismus ergeben.

Die für die ethisch-juristische Betrachtung unumgängliche Freiheit des Willens hat auch ZITELMANN — der Schöpfer des kausalen Willensbegriffes — nicht gelehrt. Seine ganze Theorie beruht geradezu auf der Annahme, daß der Wille frei, d. h. im Sinne ZITELMANN'S, daß er letzte Ursache der eigenen Handlung sei. ZITELMANN spricht ausdrücklich von dem „Gesetze der Kausalität, nach dem wir die Ursachen unserer Handlungen sind¹⁾“ und von „unseren Handlungen selbst, für die wir das Vorrecht einer psychischen Geburt in Anspruch nehmen²⁾“. Er erklärt sich ausdrücklich als Vertreter des Indeterminismus, gibt allerdings zu, der Jurist sei nicht berufen, das Problem der Willensfreiheit zu lösen. „Er muß auf unerschütterlich festem Boden stehen, und dieser Boden ist und kann nur sein, die innerliche Gewißheit der unbefangenen Auffassung. Für diese war der Wille seit jeher frei und wird es bis in alle Ewigkeit sein³⁾“. Wo das für die Psychologie unausweichbare Gesetz der Kausalität bleibt, diese Frage wird allerdings offen gelassen.

Wird aber der Wille als frei, als letzte oder erste Ursache der Körperbewegung erkannt, dann kann das auf dem freien Willen beruhende Tun eines andern niemals so wie andere Tatsachen als Erfolg der eigenen Körperbewegung und daher als mittelbar gewollt angesehen werden. Eine solche Handlung hätte zwei letzte Ursachen, was schon ein Widerspruch in sich selbst wäre. Trotzdem hat

1) a. a. O. S. 115.

2) a. a. O. S. 115.

3) a. a. O. S. 53.

ZITELMANN es unterlassen, in seiner Theorie vom „Willen zum Erfolge“ bei der Begriffsentwicklung der sog. erweiterten Handlungsreihe den grundlegenden Unterschied aufzuzeigen, der zwischen dem fremden Willen sowie der durch diesen herbeigeführten fremden Handlung — im Sinne des kausalen Willensbegriffes gesprochen — und andern Vorgängen als Erfolg, d. i. als möglichen Inhalt des mittelbaren Willens, besteht.

Solange man sich der Erkenntnis verschließt, daß der „freie“ Wille der Ethik und Jurisprudenz nicht die gleichbenannte psychische Tatsache ist, muß man bei der Betrachtung des Willens zum Erfolge zwei voneinander prinzipiell verschiedene Tatbestände auseinhalten. Es ist etwas ganz anderes, wenn man „will“, daß etwa ein Apfel vom Baume falle und man zu diesem Zwecke mit einem Steine nach dem Apfel wirft, so daß der gewollte Erfolg eintritt, oder wenn man „will“, daß einem ein anderer einen Apfel reiche und in dieser Absicht den Befehl ausspricht: „Gib mir den Apfel“ (Imperativ). Im ersten Falle löst die körperliche Bewegung des Steinschleuderns eine Reihe von Vorgängen aus, die mit einander kausal verknüpft gedacht werden können und der endgiltige Erfolg erscheint tatsächlich durch den Willen verursacht, also im Sinne eines kausalen Willensbegriffes (mittelbar) gewollt. Wesentlich anders liegt der zweite Fall. Auf die im Aussprechen gewisser Worte bestehende körperliche Bewegung des Befehlens und die durch sie herbeigeführte Gehörsempfindung des Angesprochenen erfolgt — nicht notwendig — eine Tatsache, die mit dem letzten Gliede der von dem Befehle ausgehenden kausalen Reihe nicht wieder kausal verbunden ist: der „freie“ Wille des Anderen. Alles was — immer noch im Sinne des kausalen Willensbegriffes gesprochen — weiter aus diesem Willen erfolgt, ist eine neue Kausalreihe mit einem eigenen Anfangspunkte.

Die ins Auge springende Konsequenz jener Theoretiker, die zwischen dem Willen der Ethik und Jurisprudenz und dem der Psychologie nicht unterscheiden, vielmehr in der Annahme einer Identität beider einen gemeinsamen kausalen Willensbegriff konstruieren, ist die Tatsache, daß fremder Wille und fremde Handlung nicht gewollt, weil nicht durch den eigenen Willen verursacht sein kann. Daß nur durch den fremden Willen verursachte fremde Verhalten kann höchstens „gewünscht“ werden, wenn man im Sinne der Vertreter des kausalen Willensbegriffes als Gegenstand des Wunsches ansieht, was durch die eigene Tätigkeit kausal nicht herbeigeführt werden kann, also außerhalb der eigenen Macht steht.

Daß dieser ganze mit der Annahme eines kausalen Willensbegriffes verbundene Gedankengang ein irriger ist, daß die psy-

chische Tatsache des Willens notwendig kausal determiniert sein muß und daher ganz ebenso wie andere psychische Tatsachen kausal herbeigeführt werden kann, also auch durch Befehl hervorgerufen wird, braucht auf Grund der Ausführungen in der 1. Abteilung des 2. Buches nicht besonders hervorgehoben zu werden. Zu der eigentümlichen Konsequenz eines „freien“ psychischen Aktes gelangt man eben nur, wenn man die psychologische mit der ethisch-juristischen Betrachtung verquickt, wie es die sogenannte psychologische Richtung in der Jurisprudenz tut. Wenn deren Resultat hier als Argument angeführt wird, geschieht es nur, um zu zeigen, daß auch von dem hier nicht akzeptierten Standpunkte dieser Richtung unmöglich ist, was allerdings die meisten Vertreter derselben behaupten: das Wollen fremden Verhaltens als Inhalt des Rechtssatzes.

Ist es im allgemeinen widerspruchsvoll, auf Grund der herrschenden Ansicht von einem Wollen fremden Verhaltens zu sprechen, so ist es ganz besonders unmöglich, dem Staate ein solches Wollen zu imputieren. Denn der Wille zum Erfolg setzt nach ZITELMANN'S eigener Begriffsbestimmung auch das Bewußtsein des Erfolges voraus. Damit ein durch die Körperbewegung verursachter Erfolg als gewollt gelte, muß er als Mittel der Bedürfnisbefriedigung vorgestellt sein. Erkennt man somit dem Staate nicht nur einen Willen zur eigenen Handlung sondern auch einen mittelbaren Willen zum Erfolge zu dann muß man logischerweise neben dem Staatswillen auch ein Staatsbewußtsein, eine Vorstellungsfähigkeit des Staates annehmen, eine Konsequenz, zu der man sich wohl ernstlich nicht herbeilassen dürfte. Daß die soziologischen Tatsachen eines Gemeinbewußtseins, oder einer Gesamtvorstellung, mit denen ja die organische Staatsdoktrin operiert, mit einer der juristischen Person des Staates zuzuerkennenden Qualität nichts zu tun hat, wurde im vorigen Kapitel dargetan. Die juristische Person des Staates hat nichts als Willen, ja dieser Wille ist mit der Staatsperson identisch. Darum ist es auch schlechterdings unmöglich, diese Staatsperson etwas „wünschen“ zu lassen und etwa auf diese Weise das rechtmäßige Verhalten der Subjekte als von ihr in einem gewissen erweiterten Sinne „gewollt“ zu betrachten. Aus dem gleichen Grunde ist es durchaus unzulässig, die juristische Person des Staates als Subjekt einer Absicht oder eine Zwecksetzung fungieren zu lassen, denn Absicht und Zwecksetzung sind ohne die psychischen Vorgänge des Vorstellens und Empfindens unmöglich, deren die juristische Person des Staates wohl auch nach Ansicht jener nicht fähig ist, die im Willen des Staates einen psychischen Akt erblicken, dabei allerdings außer Acht

lassen, daß dieser Prozeß mit den beiden anderen Seelenvorgängen untrennbar verbunden ist.

Nicht so sehr wegen ihres geistigen Gehaltes, sondern weil sie zu den wenigen prinzipiellen Erörterungen des Begriffes der Staatswillens und seines möglichen Inhaltes gehören, seien hier die Ausführungen erwähnt, die BRUNO SCHMIDT in seiner Aufsatzsammlung: *Der Staat*¹⁾ dem in Rede stehenden Probleme widmet. SCHMIDT fragt zunächst nach dem Sinne und der Berechtigung des Terminus: Wille des Staates. Um zu zeigen, daß er „die vollständig sinn- und sachgemäße Bezeichnung für einen real vorliegenden Tatbestand darstellt“ — SCHMIDT schließt sich also der organischen Staatsauffassung an — stellt er zunächst fest, was man darunter im gewöhnlichen Leben „also ohne Rücksicht auf die verschiedenen Theorien der wissenschaftlichen Psychologie“ zu verstehen hat, deren Bedeutung für die Jurisprudenz er für eine verhältnismäßig geringe hält²⁾. Diese Ablehnung der Psychologie ist überaus bezeichnend für den richtigen Instinkt des Juristen, der mit dem psychologischen Willensbegriffe nichts anzufangen weiß. Freilich ist in einer solchen Abkehr, die zum Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens flüchtet, eine Halbheit und Selbsttäuschung zu erblicken. Denn entweder ist der Wille des Juristen das psychische Phänomen der Psychologie — dann kann für ihn nur diese maßgebend sein —; andernfalls aber erwächst dem Juristen die Pflicht, das Wesen dieser als Willen bezeichneten Tatsache selbständig und ohne Rücksicht auf die gleichnamige psychische zu ergründen. Der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens dürfte hiezu wohl kaum der rechte Weg sein, denn dieser klammert sich stets an das Seiende, der Empfindungswelt unmittelbar gegebene und muß der überaus komplizierten Begriffsbildung der normativen Disziplinen gegenüber notwendig versagen. SCHMIDT kommt denn auch bei seiner Begriffsuntersuchung nicht weiter als zu einer analogen Anwendung des psychischen Individual-Willensbegriffes auf den sozialen Organismus. Er will zwar unter „Wille“ zunächst nicht eine rein psychische Funktion verstehen, die nur an eine Psyche, also nur im Menschen als Einzelwesen gedacht werden kann; er will zeigen, daß sich beim Staate das eigentliche Willensstadium selbst als besonderer, von jedem Individualwillen verschiedener Tatbestand nachweisen läßt³⁾; er hält den Willen für einen „inneren Vorgang in einem Organismus“, wobei er Organismus nicht im streng naturwissenschaftlichen, sondern in einem von vorn herein

1) Staats- und Völkerrechtliche Abhandlungen. Herausgeg. von JELLINEK u. MEYER. 1896.

2) Und zwar mit OPPENHEIM in der Kritischen Vierteljahrs-

schrift 3. Folge Bd. 1 S. 898.

3) Vgl. a. a. O. S. 25, 43.

auf das soziale Gebiet erweiterten Sinne nimmt. Zwar unterläßt er es, die Natur dieses „inneren“ Vorganges weiter zu charakterisieren. Auf den ersten Blick könnte man vermuten, es müsse ein körperlicher Vorgang sein, da er doch eine individual-psychische Funktion von vornherein ausschließt und auch eine sozial-psychische Funktion sich nur aus individualpsychischen zusammensetzt; allein, sobald er die Elemente auseinandersetzt, die er für das Vorhandensein eines Willens im Organismus für wesentlich hält, zeigt sich der rein psychologische Charakter seines Willens aufs deutlichste. Als solche Elemente stellt er nämlich auf: a) die Vorstellung eines Zweckes; b) die Vorstellung eines Mittels (u. zw. eigene Handlung) zur Herbeiführung des Zweckes. c) Einen auf Grund dieser Vorstellung in dem Organismus herbeigeführten Zustand, der die entsprechenden Organe zum geeigneten Handeln zu veranlassen imstande ist. SCHMIDT hat also von dem psychischen Akt des Wollens, weil er nur auf das Einzelwesen der Menschen beschränkt ist, abgesehen, um an dessen Stelle zwei andere Elemente heranzuziehen, die zweifellos ebenso sehr an die Psyche gebunden sind: nämlich das Vorstellen und die Motivation d. i. die Veranlassung zum Handeln. Wie diese Akte außerhalb einer Individualpsyche zu denken sind, bleibt ein Rätsel. Im übrigen abzeptiert SCHMIDT trotz aller Umwege und Umschreibungen den kausalen Willensbegriff ZITELMANN'S, wenn er schließlich sagt: „Im engeren und eigentlichen Sinne geht demnach der Wille immer auf einen körperlichen Akt des Wollenden selbst; in einem weiteren Umfange wird jedoch auch der Zweck, für welchen diese eigentliche Handlung nur Mittel ist, d. h. alles dasjenige als gewollt bezeichnet, was man durch letztern kausal herbeiführen kann oder doch zu können meint¹⁾. Diesen als Willen charakterisierten Tatbestand sucht nun SCHMIDT im Staatsorganismus als Ganzem — und nicht etwa in Einzelmenschen — folgendermaßen nachzuweisen²⁾. Daß jeder Staat Organismus ist, setzt er voraus. „Innerhalb desselben ist aber in gewissen Organen die Vorstellung eines wünschenswerten Erfolges, d. i. hier das wirkliche Handeln der Untertanen nach dem geplanten Gesetz erzeugt worden. Weiter war in eben denselben auch das Bewußtsein vorhanden, daß dieser Erfolg durch eine bestimmte Handlung eines anderen Organs (Publikation des Gesetzes durch den Kaiser³⁾) verwirklicht werden könne. Daraufhin ist nun von ihnen bewußt eine Lage herbeigeführt worden, aus der für dieses letztere der Anreiz, die Veranlassung zu

1) a. a. O. S. 25. 2) a. a. O. S. 26.

3) Als Typus dient ihm das deutsche Reich.

einem entsprechenden aktiven Eingreifen in die Außenwelt resultiert und erwächst“.

Deutlich zeigt sich in dieser Argumentation, daß SCHMIDTS angeblich selbständiger und vom Individualwillen verschiedener Staatswille im Wege einer Analogie zu dem Individualwillensakte entstanden ist. Diese Analogie weist aber gerade im wesentlichsten Punkte eine grobe Differenz auf! Den ersten Bestandteil des individualpsychischen Willensaktes, die Vorstellung des zur Befriedigung führenden Mittels, findet SCHMIDT beim staatlichen Organismus in den gewissen Vorstellungen bestimmter Organe. Diese Organe sind offenbar die gesetzgebenden Faktoren. Es sei nun dahin gestellt, ob solche Vorstellungen tatsächlich wesentliche Bestandteile des Gesetzgebungsprozesses sein können, jedenfalls ist diese in Vorstellungen nicht in äußerem Verhalten bestehende „Organtätigkeit“ sehr merkwürdig. Sind diese Vorstellungen aber wirklich Funktion von Staatsorganen, dann müssen sie konsequent als Tätigkeit des Staates erkannt werden. Man müßte also ebenso wie von einem Staatswillen, von einer „Staatsvorstellung“ sprechen; dabei wären diese Staatsvorstellungen etwas anderes als die sozialpsychische Tatsache eines Gemeinbewußtseins, denn SCHMIDT beschränkt diese Vorstellungen auf die sog. legislativen Organe. Allein es fällt SCHMIDT selbst nicht ein, den Staat als Subjekt dieser Vorstellungen gelten zu lassen. Sondern er unterscheidet ausdrücklich¹⁾ zwischen diesen dem Staatswillen vorausgehenden Bewußtseinsvorgängen, bezüglich deren der Staat auf physische Menschen angewiesen sei, und dem außerhalb der Individualpsyche gelegenen faktischen Zustand des Staatswillens. Damit zerstört er aber seine eigene Analogie, denn er mutet einem zu, für möglich zu halten, daß die Vorstellung des geeigneten Mittels zur Bedürfnisbefriedigung — welchen psychischen Akt er als wesentlich für den Willen erachtet — in einem anderen Subjekte sich vollziehe als der von dieser Vorstellung untrennbare Willensakt. Nur auf die vollkommenste Verwirrung aller, auch der primitivsten methodischen Prinzipien, die gänzliche Grenzverwischung zwischen psychologischer und juristischer Betrachtungsweise ist es zurückzuführen, daß ein derartiges wissenschaftliches Kauderwelsch möglich und in der Literatur durchaus nicht selten ist.

Den besonderen nicht in einem individualpsychischen Akte gelegenen Willen des Staates sieht nun SCHMIDT in dem durch die Tätigkeit der ein Gesetz schaffenden legislativen Faktoren herbeigeführten Zustand, durch welchen das Publikationsorgan zur Publi-

1) a. a. O. S. 43.

kation dieses Gesetzes veranlaßt wird. Diese Einwirkung auf das Publikationsorgan denkt sich SCHMIDT in Analogie zu jenem Akte, der sich innerhalb eines menschlichen Individuums vollzieht, das einen auf fremdes Verhalten gerichteten Willen zu äußern beabsichtigt und nun die Sprachwerkzeuge in Bewegung setzt, da es die gesprochenen Worte des Befehles als Mittel zur Herbeiführung des gewollten Erfolges vorstellt. Wer in einem Befehle fremdes Verhalten will, will auch den Befehl aussprechen. Allein diese Analogie ist ebenfalls unzutreffend; denn der staatliche Willen zur Publikation und die entsprechende Pflicht der Staatsorgane, einen sanktionierten Beschluß des Parlamentes zu publizieren, beruht nicht auf eben diesem Gesetze, das ja erst durch die Publikation von einem bloßen Beschlusse zu einem Gesetze wird, erst nach der Publikation — die ein formal wesentlicher Bestandteil des Gesetzes ist — verbindliche Kraft hat, sondern auf jener Rechtsnorm, welche die Publikation der Gesetze vorschreibt, als Willen des Staates erklärt, und weiter auf jenen Rechtsätzen, welche die Publikation von Gesetzen zur Pflicht bestimmter Organe machen. Der in allen andern Rechtssätzen ausgedrückte Wille des Staates ist nicht auf Publikation, sondern auf ein anderes Verhalten des Staates gerichtet. SCHMIDT läßt allerdings — der herrschenden Meinung folgend — den Staat das Verhalten der Untertanen als Zweck (und die eigene Tätigkeit des Publizierens als Mittel) „wollen“, und ist daher genötigt die Analogie zu dem auf das Verhalten eines andern gerichteten Imperativ des menschlichen Individuums wohl oder übel durchzuführen. Dabei kann sich aber SCHMIDT nicht ganz verhehlen, daß sein im Grunde genommen kausaler Willensbegriff ein Wollen fremden Verhaltens mit Rücksicht auf die Freiheit des dem fremden Verhalten unmittelbar zu Grunde liegenden Willens nicht gut möglich macht. Gewollt ist ja nach seiner eigenen Definition nur was durch einen eigenen körperlichen Akt kausal herbeigeführt ist, oder doch herbeiführbar gedacht wird. Hier soll nicht der innere Widerspruch näher untersucht werden, der dadurch geschaffen wird, daß SCHMIDT in seiner Definition des Willens neben das objektive Kriterium des kausalen Herbeigeführtseins das subjektive der Vorstellung eines möglichen Herbeiführens stellt. Ist gewollt, was als herbeiführbar vorgestellt ist, ohne Rücksicht darauf, daß es wirklich herbeigeführt wird — bezieht sich der Wille auf eine Vorstellung und nicht auf ein faktisches Ereignis der Außenwelt, so ist damit unvereinbar, als gewollt zu betrachten, was tatsächlich herbeigeführt wurde ¹⁾. Auch diese Definition SCHMIDTS zeigt dessen

1) Vgl. oben S. 117 ff.

völlige, geradezu naive Methodenlosigkeit! Hier sei nur näher ins Auge gefaßt, wie SCHMIDT das Wollen fremden Verhaltens bei seinem kausalen Willensbegriffe mit der Willensfreiheit — an der er festhält — in Einklang zu bringen glaubt. Er beginnt zunächst mit dem nachdrücklichen Hinweise¹⁾ darauf, „daß jedes Wollen in erster Linie stets auf ein eigenes Sich-Verhalten geht, in weiterem Sinne auf das, wozu man hiedurch den Anstoß geben zu können meint. Daraus folgt, daß zwar jeder Mensch sofort und ohne weiteres alles das zu wollen vermag, was durch Naturkausalität herbeigeführt werden kann, nicht dagegen für gewöhnlich das, was durch Handeln eines anderen Menschen erzielt werden soll, denn hier tritt ja die eigene freie Willensfähigkeit des letztern hemmend dazwischen. Soll daher trotzdem in dieser Weise „gewollt“ werden können, so müssen besondere Umstände vorhanden sein, die den „Wollenden“ zu der Annahme berechtigen, daß jener andere seine an sich freie Entschlußwahl nur in seinem Sinne treffen werde“. Nun scheint es von vornherein fraglich, ob es überhaupt Umstände geben kann, die einen, der an die Freiheit des Willens — im landläufigen Sinne — glaubt, zur Annahme berechtigen, den Willen und dadurch das entsprechende Verhalten eines andern im Wege der Naturkausalität herbeiführen zu können. (Die originellste Konsequenz der SCHMIDT'schen Willensdefinition ist, nebenbei bemerkt, die, daß wohl ein Determinist — nicht aber ein Indeterminist fremdes Wollen und Handeln wollen kann, da nur der erstere Wollen und Handeln für kausal gebunden hält und daher nur er das Verhalten eines andern kausal herbeiführen zu können glaubt!) Die Annahme, daß es solche Umstände überhaupt gibt, wäre nichts anderes als die Aufgabe des vorangestellten Prinzips der Willensfreiheit! Was sind es nun aber für „besondere“ Umstände, die nach SCHMIDT's Ansicht die Möglichkeit geben, den „freien“ Willen eines andern kausal herbeizuführen? Die Antwort SCHMIDT's lautet: „Eine solche Erweiterung des gewöhnlichen Umfanges der natürlichen²⁾ Willens und Handlungsfähigkeit tritt nun aber vor allem dort ein, wo der Wollende Organ ist“. Die Organqualität soll es also sein, die einem Menschen das Recht gibt, die Willensfreiheit, an die alle andern glauben müssen zu, negieren? Die Sinnlosigkeit einer solchen Auffassung darzulegen enthebt einen SCHMIDT selbst, da er im nächsten Satze, der sich als Erklärung des ersten ausgibt, tatsächlich diesen vollkommen umstößt; er lautet: „Hier ist er (der Wollende als Organ) in der Tat den ihm untergebenen Organpersonen

1) a. a. O. S. 43 ff.

2) SCHMIDT hebt in der Anmerkung mit Nachdruck hervor, daß hier in keiner Weise an die juristische Willens- und Handlungsfähigkeit zu denken sei.

gegenüber zu der obigen Annahme berechtigt, kann den dazwischen liegenden freien Willen der letzten als ganz eliminiert ansehen“. Nicht also als Organ kann man fremdes Handeln wollen, sondern das Handeln von Organpersonen kann von anderen gewollt sein! Das ist eine vollkommen andere Behauptung als die des ersten Satzes! Und dieser Behauptung kann zweifellos ein Sinn abge- wonnen werden. Der Wille des Organs kann darum als eliminiert betrachtet werden, weil seine Organhandlung nicht als eigene, sondern als die des Staates gilt, d. h. nicht dem Organe, sondern dem Staate zugerechnet wird. Als „Wollend“ kann aber der Organperson gegenüber nicht eine andere Organperson gedacht werden — müßte man doch bei dieser den gleichen Eliminierungsprozeß vornehmen — sondern nur die Staatsperson! Freilich kommt in diesem Sinne der Wille in seiner spezifisch juristischen, nicht psychologischen Bedeutung in Anwendung; SCHMIDT akzeptiert wohl diesen „Eliminierungsprozeß“, ist sich jedoch des Wesens desselben nicht bewußt, das in der besondern Art der Zurechnung besteht, die hier nicht beim körperlich handelnden Individuum halt macht, sondern durch dasselbe hindurch geht¹⁾. Den „Willen“ eliminieren heißt nichts anderes, als den „Zurechnungspunkt“ nicht in das Individuum selbst, sondern außerhalb desselben setzen. Die realpsychische Tatsache des Wollens läßt sich nicht „eliminieren“. So zeigt sich auch hier wieder ein typisches Beispiel für die unheilvolle Verquickung juristischer und psychologischer Begriffe! — Die Tatsache, daß Organhandlungen von einem fremden Willen gewollt werden können, ist, selbst wenn sie SCHMIDT bewiesen hätte, keine Rechtfertigung dafür, daß er den Staat das Verhalten aller Untertanen wollen läßt! Da hilft sich nun SCHMIDT einfach dadurch, daß er in einer Anmerkung²⁾ einfach den Satz, daß ein Organ untergebenen Organpersonen gegenüber deren Verhalten „wollen“ könne, folgendermaßen ergänzt: „Ja mehr noch sogar in Bezug auf sämtliche Glieder des Organismus überhaupt (könne ein Organ fremdes Verhalten wollen), insofern nämlich auch diese die innerhalb seiner (des Organs) Kompetenz erlassenen Anordnungen stets respektieren und für ihre eigenen Willenshandlungen bestimmend sein lassen“. Mit dieser Ergänzung hat nun SCHMIDT die zu ergänzende Behauptung ebenso umgeworfen, wie er mit der letzteren jene aufgegeben hat, der sie zur Erklärung dienen sollte. Man braucht SCHMIDT nur beim Worte, d. h. bei seinen eigenen Worten zu nehmen, um die völlige Haltlosigkeit seiner letzten Behauptung aufzuzeigen. Wenn wirklich das rechtmäßige Verhalten

1) Vgl. oben S. 184.

2) Anmerkung 2. S. 44.

der Untertanen vom Staate — dessen Willens- und Handlungsfähigkeit SCHMIDT mit der der Organe identifiziert¹⁾ — ebenso gewollt werden kann wie das als Staatshandlung geltende Verhalten der Organe — wenn wirklich der Wille der Untertanen dem Staate gegenüber als „eliminiert“ betrachtet werden soll — wo liegt dann der Unterschied zwischen Untertanen und Staatsorganen? Dann sind alle rechtmäßigen Handlungen und Unterlassungen der Untertanen Staatsfunktionen, denn sie sind in gleicher Weise Inhalt eines Staatswillens, dann sind alle Untertanen soweit sie die Gesetze befolgen, Staatsorgane, denn ihr eigener Wille, auf dem ihre Handlungen und Unterlassungen beruhen (im Sinne des kausalen Willensbegriffes SCHMIDTS gesprochen), wird ebenso „eliminiert“ wie derjenige der Organpersonen, das hieße nichts anderes, als daß ihre Handlungen und Unterlassungen dem Staate zugerechnet werden, als Handlungen und Unterlassungen der Staatsperson gelten müßten! —

Diese Ausführungen SCHMIDTS wurden einer eingehenderen Kritik nicht etwa um des billigen Erfolges willen unterzogen, ihre offenkundigen Widersprüche aufzuzeigen, sondern weil sie mehr als in einer Hinsicht typisch sind für die Art der wissenschaftlichen Argumentation, die in einem großen Teil der heutigen Literatur üblich ist. Einmal charakterisieren sie die vollkommene Methodenlosigkeit bei der Behandlung juristischer Probleme, insbesondere den überaus begriffsverwirrenden Mangel einer scharfen Grenze zwischen juristischer und psychologischer, normativer und explikativer Betrachtung. Dann sind sie aber auch — selbst in den hier nur skizzierten, später noch näher zu beleuchtenden Beziehungen zum Begriffe des Staatsorgans — innig verwachsen mit den Anschauungen jener Lehre, die Eingang dieses Kapitels als Imperativtheorie charakterisiert wurde und deren Untersuchung im folgenden fortgesetzt wird. —

Der Ausgangspunkt der Imperativtheorie, die als Inhalt des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens das rechtmäßige Verhalten der Untertanen annimmt, ist das Zweckmoment. Das Ziel, das mit der staatlichen Rechtsordnung verfolgt wird, nämlich der Zustand der Ordnung, das dem Gesetze entsprechende Handeln und Unterlassen der Rechtssubjekte, wird maßgebend für die Formulierung jener Normen, deren Inbegriff die Rechtsordnung ausmacht. Daß das Zweckmoment bei der Bildung von Rechtsbegriffen aus methodischen Gründen überhaupt keine Verwendung finden darf, ist an anderer

1) a. a. O. S. 44. „Da nun Gesamtorganismus und Einzelorgan sich zu einander verhalten wie das Ganze zum Teil, alles, was das letztere tut begrifflich zugleich als Tat des ersten erscheint, so darf auch die dem Einzelorgan spezifisch eignende Willensfähigkeit als eine solche des Staates selbst bezeichnet werden.“

Stelle gezeigt worden. Hier soll nun ausgeführt werden, daß selbst bei Akzeptierung des teleologischen Standpunktes, ja gerade mit Rücksicht auf das Zweckmoment eine imperativische Formulierung des Rechtssatzes, bei der als Inhalt des Staatswillens nicht das eigene Verhalten des Staates, sondern das entsprechende Handeln und Unterlassen der anderen Rechtssubjekte erscheint, unmöglich ist.

Der Zweck, menschliche Individuen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, kann nur im Wege der Motivation erreicht werden, d. h. dadurch, daß man in den Individuen Ursachen des entsprechenden Verhaltens, Willens *motives*, hervorruft. Das gesamte Verhalten des Menschen, wie jedes Lebewesens, entspricht nun ausschließlich und ausnahmslos dem Prinzip der Selbsterhaltung oder dem Egoismus im weitesten Sinne; der Mensch will nur sich zuliebe, d. h. Vorteile erreichen, oder Nachteile vermeiden, Lust vermehren, Unlust vermindern. Bei der psychologischen Analyse des Willensaktes hat sich gezeigt, daß der Ausgangspunkt jedes Wollens ein Zustand des Unbefriedigtseins ist, dessen Aufhebung das einzige Endziel jenes mit der Vorstellung des entsprechenden Mittels assoziierten Triebes ist, der — ein Spezialfall des Selbsterhaltungstriebes — eben als Wille bezeichnet wird. Alles Verhalten eines Menschen hat daher nur den einen Zweck der Selbstbefriedigung. Soll demnach jemand zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt, ein Wille zu diesem Verhalten in ihm hervorgerufen werden, kann dies nur dadurch geschehen, daß in dem Menschen die Vorstellung geweckt wird, daß das geforderte Verhalten ein Mittel der Bedürfnisbefriedigung, d. h. ein Mittel, Vorteil zu erwerben oder Nachteil zu vermeiden, darstellt.

Der nackte an den Menschen gerichtete Imperativ, der nichts anderes ist als der unmittelbare Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens, kann an sich unmöglich den oben charakterisierten Motivationsprozeß herbeiführen. Der Fall liegt folgendermaßen: Der Wille des einen Subjektes ist auf das Tun oder Unterlassen eines anderen Subjektes gerichtet, das selbst einen Willen hat, der mit dem des Wollenden (Befehlenden) nicht identisch ist. Es stehen sich also zwei Willen gegenüber, deren Übereinstimmung herbeigeführt werden soll. Zwei getrennte, selbständige Willenssubjekte vorausgesetzt, ist eine unmittelbare Beeinflussung des einen Willens durch den andern undenkbar. Der bloße Wille des einen Subjektes — seine Erklärung vorausgesetzt — kann unmöglich einen analogen Willen des andern bewirken. Denn die Erklärung des Willens seitens des Befehlenden führt nicht direkt zum Willen des anderen. Sie ist an dessen Intellekt gerichtet, wo sie lediglich die Vorstellung des fremden Willens hervorruft. Diese Vorstellung jedoch, das bloße Bewußtsein, daß ein a n -

der er etwas will, ist durchaus nicht geeignet, motivierend auf den eigenen Willen zu wirken. Soll der eigene Wille mit dem fremden in Übereinstimmung gebracht werden, dann muß zu der Vorstellung des fremden Willens die Vorstellung eines eigenen Interesses hinzutreten, dessen Befriedigung mit der Befolgung des Befehles oder Wunsches verbunden ist; in demjenigen, der zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden soll, muß die Vorstellung erweckt oder doch als gegeben vorausgesetzt werden, daß das gewünschte Verhalten für den Handelnden resp. Unterlassenden selbst ein Mittel sei, Vorteil zu erwerben oder Nachteil zu vermeiden.

Der nackte Imperativ als solcher, der nichts zum Inhalte hat als den auf das Verhalten der Untertanen gerichteten Willen des Staates, ist also durchaus ungeeignet, den Zweck der Rechtsordnung, die zum rechtmäßigen Verhalten der Rechtssubjekte führende Motivation, zu erfüllen.

Die imperativische Form, welche die herrschende Lehre den Rechtsnormen zuerkennt, ist von den Normen der Moral übernommen, die einen analogen Zweck wie jene verfolgen, (nämlich ein bestimmtes Verhalten der Individuen) und die als Imperative allgemein und mit Recht anerkannt sind. Allein für die Rechtssätze behaupten, was für die Normen der Moral gültig ist, kann nur geschehen, wenn man den grundlegenden Unterschied übersieht, der gerade in diesem Punkte zwischen beiden Arten von Normen besteht.

Das Wesen des Imperativs, der nichts als der unmittelbare sprachliche Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Wollens ist, haben wir darin erkannt, daß er als solcher keine Garantie dafür enthält, daß das fremde Verhalten tatsächlich herbeigeführt, eine Übereinstimmung mit dem Willen des Angesprochenen erzielt wird. Er kann daher nur dort zweckgemäß angewendet werden, wo eine solche Garantie aus irgend einem Grunde überflüssig ist. Das ist jedoch nur dann der Fall, wenn bloß scheinbar die Willensübereinstimmung zweier verschiedener selbständiger Subjekte herzustellen ist, wenn in Wirklichkeit nur ein einziges Willenssubjekt vorhanden ist, dessen Wille zwiespältig oder in sich selbst uneins ist, wenn es sich bloß um den Kampf zweier Willensrichtungen im selben Subjekte handelt, die Motivation also nicht von außen, von einem anderen Subjekte, sondern vom Individuum selbst, von dessen eigenem Innern ausgeht.

Dies ist nun durchaus bei den Normen der Moral der Fall, weil und insoweit diese autonomen Charakter aufweist. Die Autorität der Moral ist keine außerhalb des Individuums stehende, wie schon im ersten Buche zur Charakterisierung der Differenz zwischen Rechts-

und Sittengesetzen hervorgehoben wurde. Der in den Moral-Normen enthaltene Wille geht nicht von einem anderen Subjekte aus als jenem, an das er gerichtet ist. Er steht dem Individualwillen nicht selbständig gegenüber, sondern ist nur ein Teil desselben, ist die der natürlichen, angeborenen sittlichen Disposition des Menschen entspringende Willensrichtung. Welches das letzte Fundament dieser autonomen Moral ist, deren immanenten Charakter das „Ich soll“ des Sittengesetzes als ein „Ich will“ des moralischen Individuums erkennen läßt, das gegen andere Willensrichtungen zur Tat drängt, kann hier unerörtert bleiben. Worauf es hier lediglich ankommt, ist die Tatsache, daß die Vorstellung eines Sittengesetzes das Bewußtsein eines eigenen, nicht eines fremden Willens ist. Es ist somit schon von vornherein und unmittelbar gegeben, was bei der Vorstellung des heteronomen Imperatives erst durch die Vermittlung einer zur Motivation führenden Vorstellung, welche die Befolgung des fremden Willens als eigenes Interesse erscheinen läßt, erzeugt werden soll: der Wille zum normentsprechenden Verhalten. Das heteronome Gebot wirkt nur mittelbar auf den menschlichen Willen, das autonome Gebot der Moral jedoch unmittelbar, da es von allem Anfange an nur der Ausdruck eines eigenen Willens ist. Darum, und nur darum ist der Imperativ die entsprechende Form des Sittengesetzes. Denn der Imperativ ist nichts anderes, als der unmittelbare sprachliche Ausdruck eines Willens. Die für die Vorstellung einer autonomen Moralgesetzgebung notwendige gedankliche Spaltung des Ich läßt das „Ich will“ als ein „Ich soll“ erscheinen, der eigene Wille wird wie an ein fremdes so an das eigene (zweite) Ich gerichtet; aus dem „ich will moralisch handeln“, wird ein „ich will, daß ich moralisch handle“. Dies ist aber in Urteilsform der Inhalt des Imperativs: handle moralisch. Dieser Imperativ der Moral ist nun durchaus geeignet, die bezweckte Motivation zu erzeugen, den Willen und das entsprechende Handeln herbeizuführen, denn er setzt ja diesen Willen schon voraus. Es bedarf hier keiner weiteren Garantie wie bei den Geboten einer heteronomen Autorität, die sich nicht unmittelbar an den Willen des Individuums, sondern nur mittelbar an dessen Intellekt wenden, die, wenn sie den Willen beeinflussen sollen, sich eines besonderen Mittels bedienen müssen, welches das geforderte Verhalten als im Interesse des Individuums erscheinen läßt, damit dieses durch seine eigene Erwägung veranlaßt werde, selbsttätig seinen Willen zu richten.

So zutreffend also die Form des Imperatives für die Normen der autonomen Moral ist, so ungenügend erscheint sie für den heteronomen Rechtssatz. Gerade mit Rücksicht auf den verfolgten Zweck, ein bestimmtes Verhalten der Rechtssubjekte herbeizuführen, darf sich

die Rechts-Norm nicht begnügen, dieses Verhalten im Namen des Staates zu fordern; für die teleologische Betrachtung, deren Standpunkt hier nicht akzeptiert, sondern nur zur Widerlegung jener Anschauungen eingenommen wird, die von diesem Standpunkte aus vertreten werden, stellt sich der psychisch gedachte Staatswille des Rechtssatzes — in Wirklichkeit ist es nur der von den einzelnen Menschen mit dem Rechtssatze verfolgte Zweck — als ein selbständiger, von dem Willen der Rechtssubjekte verschiedener dar. Die Autorität des Staates ist eine heteronome, außerhalb der menschlichen Individuen stehende. Hier bedarf es also einer Garantie dafür, daß der Wille der Rechtssubjekte mit dem als „Wille des Staates“ fälschlich bezeichneten Zweck der Rechtsordnung in Übereinstimmung gebracht werde. Es muß daher dem einzelnen nicht nur das bezweckte, unrichtig als „vom Staate gewollte“ Verhalten, sondern auch das Interesse ins Bewußtsein gebracht werden, seinen eigenen Willen mit dem durch den Rechtssatz verfolgten Zweck in Übereinstimmung zu bringen. Ein solches Interesse wird dem Einzelnen durch die Vorstellung eines mit dem entsprechenden Verhalten verbundenen Vorteiles oder zu vermeidenden Nachteiles ins Bewußtseins gebracht. Diese Garantie muß im Rechtssatze zum Ausdruck kommen, soll er überhaupt seinen Zweck erfüllen können. Von den beiden möglichen Garantien des in Aussicht gestellten Vorteiles oder zu vermeidenden Nachteiles bedient sich der Staat im Rechtssatze tatsächlich nur des letzteren. Es ist die Sanktion, die wiederum entweder als Strafe oder als Exekution auftritt. In dieser lediglich mittelbaren Willensbeeinflussung liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Wirkungsweise des heteronomen, sanktionierten Rechtssatzes und der unmittelbaren Motivation des autonomen, sanktionslosen Sittengesetzes.

Die Sanktion, die der Rechtssatz gerade mit Rücksicht auf seinen Zweck, die Rechtssubjekte (abgesehen vom Staate selbst) zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, enthalten muß, und die erfahrungsgemäß in Strafe oder Exekution besteht, bezeichnet eine Tätigkeit des Staates. Dieses eigene Verhalten des Staates ist es, das der Staat im Rechtssatze, der das entsprechende Verhalten der Untertanen¹⁾ herbeizuführen bezweckt, „will“ und nicht dieses dem Staate fremde Verhalten der übrigen Subjekte, das als Zweck des Rechtssatzes diesem nur indirekt zu entnehmen ist. Dieses Verhalten stellt sich als das Negativ jenes Tatbestandes dar, an den im Rechtssatze Strafe oder Exekution geknüpft ist.

1) Das Wort „Untertanen“ ist hier lediglich als sehr praktische Sammelbezeichnung für alle Rechtssubjekte mit Ausnahme des Staates gebraucht.

Daß das eigene Verhalten des Staates, das in dem die Untertanen verpflichtenden Rechtssatze zum Ausdrucke kommt, gerade einen **Nachteil** für die Verpflichteten, dieser Rechtssatz also eine **Drohung** bedeutet, kann nur eine teleologische Betrachtung ergeben. Nun wird man möglicherweise in Zweifel ziehen, ob die beiden Gruppen von Unrechtsfolgen, die hier als Inhalt des Staatswillens erkannt wurden, Strafe und Exekution, einander wirklich unter dem Gesichtspunkte des Nachteiles gleichzustellen sind. Auf solchen Einwand, der freilich leicht zu widerlegen wäre, braucht jedoch hief deshalb nicht näher eingegangen zu werden, weil der teleologische Standpunkt, von dem aus allein diese Frage Relevanz erhält, für die Konstruktion des Rechtssatzes hier nicht akzeptiert ist, und im Vorangehenden nur aus taktischen Gründen, um die von ihm aus gewonnenen Resultate der herrschenden Lehre zu widerlegen, provisorisch eingenommen wurde. Für die formal-juristische Betrachtung kommt es garnicht darauf an, ob Strafe und Exekution ein „Nachteil“ für die Verpflichteten sind (nur wenn sie ihren Zweck erfüllen sollen, müssen sie es sein); das gemeinsame Kriterium, das Strafe und Exekution einander koordiniert, und worauf es hier allein ankommt, ist der Umstand, daß beide ein eigenes Verhalten des Staates darstellen.

Wenn die Rechtspflichten der Untertanen durch die Rechtsordnung statuiert werden, wenn die Rechtsordnung den Willen des Staates zum Ausdruck bringt und der Wille des Staates nur auf ein eigenes Verhalten, nicht das Verhalten der Untertanen gerichtet sein kann, dann muß der Rechtssatz, durch den die Rechtspflichten der Untertanen geschaffen werden, den Willen des Staates zu einem eigenen Verhalten ausdrücken, dann muß das Verhalten der Untertanen im Rechtssatze eine andere Rolle spielen, als ihm — nach der Imperativtheorie — zugewiesen wird: es kann keinesfalls Inhalt des Staatswillens sein. Zieht man zunächst rein empirisch in Betracht, daß von den verschiedenen Handlungen oder m. a. W. auf Grund der Rechtsordnung dem Staate zuzurechnenden Handlungen gerade nur Strafe und Exekution mit den Rechtspflichten der Untertanen in Konnex gebracht werden kann, indem bei Verletzung dieser Pflichten die bezeichneten Staatshandlungen als Unrechtsfolgen in Aktion treten, und hält man sich gegenwärtig, was in Bezug auf den möglichen Inhalt des Staatswillens erkannt wurde, dann zeigt sich, daß der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz allen bisher aufgestellten Forderungen entspricht, wenn er einen Willen des Staates zu strafen oder zu exequieren (also zu einem eigenen Verhalten) enthält und diesen Willen des Staates durch ein Verhalten der Untertanen

bedingt, dessen kontradiktorischer Gegensatz den Inhalt der durch den Rechtssatz statuierten Untertanenpflicht bildet. Nicht als Inhalt, sondern als Bedingung eines Staatswillens, und nicht positiv, sondern unter einem negativen Vorzeichen gleichsam muß das pflichtmäßige Verhalten der Untertanen im Rechtssatze erscheinen. Die Rechtspflicht der Diebstahlsunterlassung z. B. wird durch den Rechtssatz statuiert, der an den Diebstahl des Untertanen den Strafwillen des Staates knüpft; und die Rechtspflicht der Darlehensrückerstattung gründet sich auf den Rechtssatz, der im Falle unterbliebener Rückerstattung des empfangenen Darlehens seitens des Schuldners, über Klage des Gläubigers die Exekution seitens des Staates in Aussicht stellt. Das auf Grund der Rechtsordnung richtige Urteil, daß der Staat unter den Bedingungen eines bestimmten Verhaltens einer Person an ihr Strafe oder Exekution üben wolle, zwingt zu dem Urteile, daß für diese Person die Rechtspflicht zu einem Verhalten gilt, das im kontradiktorischen Gegensatze zu den Bedingungen des staatlichen Willens¹⁾ steht. Der aus der Rechtsordnung konstatabare bedingte Wille des Staates zur Strafe oder Exekution m. a. W. der Rechtssatz, ist der Erkenntnisgrund für die Rechtspflicht der Untertanen.

Wurde früher rein formal aus dem ethisch-juristischen Begriffe des Willens bewiesen, daß ein Wollen fremden Verhaltens undenkbar ist, also auch der Staat nur sein eigenes Tun und Unterlassen, nicht

1) Diese Formulierung scheint nicht allgemein genug zu sein, denn der Wille des Staates zu einer Unrechtsfolge kann auch an andere Bedingungen geknüpft werden als an das Verhalten jener Person, der Strafe oder Exekution angedroht ist. Der „Gesetzgeber ist bei der Fixierung der Tatbestände, an die er die der Staatsperson zuzurechnenden, von Staatorganen zu realisierenden „Nachteile“ knüpft, völlig frei. Er kann irgend ein äußeres Ereignis, auf das dem Pflichtsubjekte keinerlei Ingerenz zusteht, z. B. zum Anlasse einer Strafe machen. Wenn etwa bei primitiven Völkern wegen lang andauernder Dürre die Priester einer bestimmten Gottheit mit dem Tode bedroht sind, oder um ein weniger barbarisches Beispiel zu wählen, wenn das römische Recht für den Fall als ein Freier durch einen vom Dache eines Hauses fallenden Ziegel getötet wird, den Eigentümer des Hauses mit Geldstrafe belegt. Eine Beziehung zwischen dem Unrechtsstatbestand und dem Pflichtsubjekte kann aber formal immer durch den Begriff der Unterlassung hergestellt, und, sofern man Unterlassung neben Handlung unter dem Oberbegriffe des „Verhaltens“ zusammenfaßt, jeder beliebige Tatbestand, der vom Pflichtsubjekte selbst nicht kausal herbeigeführt wurde, in dem Sinne gedeutet werden, daß derselbe von dem Pflichtsubjekte zu verhindern unterlassen wurde. Eine andere Frage ist, ob es zweckmäßig oder gerecht ist, jemanden wegen Unterlassung der Verhinderung eines Erfolges zur Verantwortung zu ziehen, den zu verhindern, schwer oder gar nicht möglich war. Vgl. dazu die Ausführungen des 3. Kapitels S. 73.

das seiner Untertanen „wollen“ kann, so ist jetzt auch vom materiell-teleologischen Standpunkte aus, welcher der Imperativtheorie eigen ist, gezeigt worden, daß der Inhalt des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens das eigene Verhalten des Staates ist. Damit ist die Imperativtheorie mit ihren eigenen Voraussetzungen widerlegt. Da sie als Rechtssatz die imperativische Forderung rechtmäßigen Verhaltens seitens der Untertanen formuliert, besteht ihr Hauptfehler darin, daß sie den „Zweck der Rechtsordnung“ mit dem „Willen des Staates“ identifiziert.

Nun ist wohl nicht zu bezweifeln, daß der Zweck stets der Inhalt des psychologischen Willens, und was jemandes Wille, stets auch sein Zweck ist. Allein der Wille des Staates ist eben etwas vollkommen anderes als der so bezeichnete psychische Akt, und so zeigt sich, daß die auch sonst in der Jurisprudenz so verderbliche Identifizierung von Zweck und Wille auf die mangelnde Erkenntnis des wahren Wesens des ethisch-juristischen Willens und insbesondere des Staatswillens zurückzuführen ist. Der Gegensatz zwischen Zweck und Wille ist als der zwischen einem materiellen und einem formalen Prinzipie in der Jurisprudenz zwar allgemein anerkannt¹⁾. Allein dieser Gegensatz hat nur dann den vermeintlichen Sinn, wenn unter Wille nicht der so bezeichnete psychische Akt verstanden werden darf; denn nur dann repräsentiert der Wille ein vom substantiellen Zwecke, dem man auch das Interesse zuordnet, verschiedenes formales Moment, da die Zusammengehörigkeit des psychischen Willens mit dem Zwecke und Interesse evident ist.

Wenn die Imperativtheorie den Staat im Rechtssatze „wollen“ läßt, was als Zweck der Rechtsordnung erkannt wird, so läßt sie die juristischen Person des Staates als Subjekt eines Zweckes erscheinen, was ebenso unmöglich ist, wie dem Staat die psychische Funktion des Wollens zuzuschreiben. Sich Zwecke setzen und psychisch wollen ist das Gleiche. Die Erkenntnis, daß der Staat nicht Subjekt eines Zweckes sein, kann ist jedoch durchaus nicht gleichbedeutend damit, daß der Staat überhaupt zwecklos sei, daß der Ausdruck seines Willens, die Rechtsordnung, keinen Zweck habe. Gewiß haben Staat und Rechtsordnung einen Zweck (z. B. den Zustand der Ordnung und des Friedens herbeizuführen und aufrecht zu erhalten), allein der Staat kommt im Verhältnis zu diesem Zwecke nicht als Subjekt, sondern als Objekt, d. h. als Mittel in Betracht. Staat und Rechtsordnung sind die Mittel, mit denen der bezeichnete Zweck verfolgt wird; zweckverfolgende Subjekte aber sind die Einzel-

1) Vgl. die Theorien vom subjektiven Rechte in der 2. Abt. des 3. Buches dieser Untersuchungen.

menschen in ihrer sozialen (nicht staatlichen) Gemeinschaft: die Gesellschaft. Die Tatsache, daß Staat und Rechtsordnung für den Juristen als „Mittel“ in Betracht kommen, ist nur ein Ausdruck für den formalen Charakter der Jurisprudenz¹⁾. Der Begriff des „Mittels“ gehört zur Kategorie der Form im Gegensatze zu dem des Zweckes, der als materielles Moment dem Inhalte zugerechnet wird. Und daß nicht der Staat, sondern die Gesellschaft als Zwecksubjekt zu gelten hat, entspricht durchaus jener allgemein anerkannten Kategorisierung, nach der diese beiden Begriffe unter den Gegensatz von Form und Inhalt gebracht werden, jener Anschauung, derzufolge der Staat als eine Organisationsform der Gesellschaft erscheint.

Mit Rücksicht auf den Zweck, dem Staat und Rechtsordnung dienen (den sie aber nicht als Subjekte „verfolgen“), hat die auf den Rechtsbegriff des Rechtssatzes gerichtete Fragestellung der formalen Jurisprudenz nicht zu lauten: Was wird bezweckt (oder von der Gesellschaft gewollt), sondern: Wie wird bezweckt, mit welchen Mitteln wird ein Zweck verfolgt, der — sozialer Natur — außerhalb des Rechtes liegt. Nur auf diese Frage nach dem Wie des sozialen Zweckes oder des „Willens der Gesellschaft“, d. h. danach, wie die Gesellschaft das will, was ihr Zweck ist, erhält man zu Antwort, was der Staat will²⁾.

Dieses Ergebnis entspricht durchaus der Tatsache, daß Form und Inhalt, „Wie“ und „Was“ nicht absolute, sondern — wie etwa Links und Rechts — nur relative Gegensätze sind.

Was das eine Mal — für die soziologische Betrachtung — als Form, als das „Wie“ erscheint, ebendasselbe ist das andre Mal — für die juristische Betrachtung — der Inhalt, das „Was“. Die beiden Fragen: „Was will der Staat?“ und „Wie will die Gesellschaft?“ (d. h.: durch welche Mittel verfolgt sie ihren Zweck) haben die gleiche Antwort, nämlich: Strafe und Exekution. Dieses Verhalten des Staates ist innerhalb der Rechtswelt ein substantielles Moment, von einem das Verhältnis zu den sozialen Tatsachen berücksichtigenden Standpunkte aus ein formales. In diesem relativen Sinne, d. h. im Verhältnisse zu der Soziologie ist die Jurisprudenz eine formale Disziplin. Und das immer wieder außer acht gelassene oder mißverständene methodische Postulat, bei der Bildung von Rechtsbegriffen das Zweckmoment zu eliminieren, hat nicht etwa die von gegnerischer Seite öfters imputierte Bedeutung, daß die den Rechtsbegriffen zu Grunde liegenden Tatsachen zwecklos sind, sondern lediglich die, daß die auf Rechtsbegriffe zielende Fragestellung niemals das Was, den

1) Vgl. dazu auch die Ausführungen des 3. Kap. S. 87 u. 92.

2) Vgl. die Ausführungen des 3. Kap. S. 84 ff.

Inhalt, den Zweck der dem Sein angehörigen sozialen Tatsachen betreffen darf, sondern stets nur das „Wie“, die Form derselben zu erfassen hat.

Gegen diese grundlegende Voraussetzung verstößt nun gerade der Rechtssatzbegriff der Imperativtheorie, die, wie oben dargelegt, als Inhalt des Rechtssatzes den sozialen Zweck gelten läßt, der mit dem Rechtssatze verfolgt wird.

Als ein Charakteristikum der Imperativtheorie ist zu betrachten, daß die Vertreter derselben die Begriffe „Norm“ und „Imperativ“ identifizieren. Statt vieler sei nur auf BIERLING verwiesen, der in seiner „Juristischen Prinzipienlehre“¹⁾ die gründlichste und umfassendste Untersuchung des Rechtsnormbegriffes in neuester Zeit gegeben hat. Dieser Autor gebraucht die Worte Norm und Imperativ geradezu als gleichbedeutend; als den der Norm oder dem Rechtsimperativ entsprechenden charakteristischen Ausdruck bezeichnet er den Satz: „Du sollst (Ihr sollt) das und das tun oder unterlassen!“²⁾ Diese Auffassung ist jedoch in doppelter Hinsicht fehlerhaft und bedarf hier um so nachdrücklicherer Widerlegung, als sie die allgemein herrschende ist.

Es ist zunächst durchaus unzulässig, die Begriffe Norm und Imperativ zu identifizieren. Diesfalls kann auf die bezüglichen Ausführungen des 1. Kapitels dieser Untersuchungen verwiesen werden³⁾. Der Imperativ ist nur eine der möglichen Formen, in denen die Norm auftreten kann. Der Imperativ ist eine Sprachform und zwar eine ganz bestimmte, von der Grammatik fixierte Form des Zeitwortes. Das psychologische Charakteristikum des Imperativs — zum Unterschiede vom Urteile — besteht darin, daß der Imperativ der unmittelbare Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens ist, während das Urteil eine Funktion des Intellekts darstellt. Der Imperativ ist durch ein einziges Wort ausdrückbar; er erscheint in der deutschen wie in den meisten anderen Sprachen in einer spezifischen Form: „Handle“, „Unterlasse“ oder in der Form des nackten Infinitivs (Fuhrmanns-Imperativ) „Aufstehen!“, „Dableiben!“ etc. Gerade dieser Infinitiv ist überaus bezeichnend für die der psychologischen Natur des Imperativs eigenartige Unmittelbarkeit des Willensausdruckes. Dieser Unmittelbarkeit wegen ist der Imperativ den Interjektionen zu vergleichen wie „Ah“ und „Oh“, die ebenfalls als unmittelbarer d. h. nicht durch den reflektierenden Intellekt vermittelter Ausdruck eines Gefühls zu betrachten sind. Nur durch die Sprachlichkeit des Ausdrucks ist der grammatische Imperativ von

1) I. Band Freiburg i. B. u. Leipzig 1894.

2) a. a. O. S. 27.

3) Vgl. oben S. 70 ff.

gewissen stummen Zeichen, Geberden verschieden, mit denen ein Befehl erteilt werden kann. Vom logischen und psychologischen Standpunkte aus betrachtet ist in solchen befehlenden Geberden etwas dem grammatischen Imperative durchaus Analoges zu erblicken: ein unmittelbarer Willensausdruck. Ein formal gänzlich anders gearteter Tatbestand liegt jedoch vor, wenn der auf das fremde Verhalten gerichtete Wille mit den Worten ausgedrückt wird: „Ich will, daß du dich so oder so verhältst.“ Hier hat man es mit einem Urteile über den eigenen Willen zu tun. Dieses Urteil ist keine unmittelbare Manifestation des Willens, sondern ein Ausdruck des reflektierenden Intellectes. Mit Rücksicht auf den Gegenstand der Reflexion — den eigenen Willen — setzt ein solches Urteil im Gegensatze zum Imperativ die Spaltung des reflektierenden Ich in Subjekt und Objekt voraus. Das Ich als Verstand urteilt über das Ich als Wille. Im gleichen Sinne ist der Satz: Du sollst . . . ein Urteil und nichts als ein Urteil, in welchem über das Subjekt „Du“ das Prädikat „sollen“ ausgesagt wird. So gewiß nun der Satz „Du sollst . . .“ vom logisch-formalen Standpunkte nichts anderes als ein Urteil und niemals ein Imperativ sein kann, so gewiß kann ein solches Urteil in gleicher Weise ein Sollen statuieren wie ein Imperativ; und darum kann auch ein solches Urteil unter Umständen als Norm fungieren. An anderer Stelle¹⁾ schon ist hervorgehoben worden, daß es ganz gleichgültig ist, ob man die normsetzende Autorität sprechen läßt: Liebe Deinen Nächsten wie Dich selbst, oder: Du sollst Deinen Nächsten lieben wie Dich selbst, wenn auch formal der Unterschied besteht, daß der Imperativ der ersten Fassung den Verpflichtungsakt durch die Autorität direkt veranschaulicht, während das Urteil der zweiten Fassung den vollzogenen Verpflichtungsakt bereits voraussetzt und nur mehr eine bereits bestehende Pflicht — d. i. ein Sollen — konstatiert.

Man wird nun vielleicht einwenden, daß BIERLING und die herrschende Theorie das Wort „Imperativ“ eben in einem weiteren als dem streng logisch-grammatischen Sinne gebrauchen und unter Imperativ jeden Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens verstehen, wenn sie den Rechtssatz als Imperativ bezeichnen und trotzdem lauten lassen: Du sollst . . . Allein ganz abgesehen von dieser grammatikalischen Ungenauigkeit, bleibt der Kardinalfehler der Imperativtheoretiker eben darin bestehen, daß sie zum Inhalte des Rechtssatzes den sozialen Zweck der Rechtsordnung machen, daß sie überhaupt bei der begrifflichen Erfassung des Rechtssatzes sich vom materiellen Zweckmoment bestimmen lassen. Das Wesen der Rechts-

1) Vgl. oben S. 71.

norm in der Bezweckung oder Veranlassung des Verhaltens der Rechtssubjekte zu erblicken, ist doppelt falsch: Erstens weil die Norm als solche diesen Zweck mit zahlreichen Nicht-Normen gemeinsam hat, und zweitens weil das Wesen der Rechtsnorm im besonderen gerade in ihrer speziellen Form zu erblicken ist, durch die sie sich von anderen Normen unterscheidet, die herrschende Anschauung aber ihr die gleiche Form wie allen übrigen Normen zuweist: eben den Imperativ¹⁾.

VIII. Kapitel.

Der Rechtssatz im engeren Sinne.

(Fortsetzung.)

Das hypothetische Urteil über einen bedingten Willen des Staates — die hier als richtig akzeptierte Formulierung des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes — und nur von diesem, nicht auch von dem die Staatsperson verpflichtenden ist bisher die Rede — diese Formulierung, derzufolge das Schema des Rechtssatzes lautet: Unter bestimmten Umständen (d. i. bei einem bestimmten Verhalten der Menschen) will der Staat gewisse Handlungen bzw. Unrechtsfolgen setzen (d. i. strafen oder exequieren), charakterisiert sich durch die Aufnahme der Nachteilsdrohung in den Wortlaut der Rechtsnorm. Man hat mit Rücksicht darauf, daß die angedrohten Nachteile als „Zwangsmittel“ bezeichnet werden, die hier vertretene Anschauung gewöhnlich „Zwangstheorie“ genannt und ihr Wesen darin erblickt, daß sie den „Zwang“ als dem Rechte eigentümlich erachte. Die Widerlegung dieser These bildet gerade den Stützpunkt der Imperativtheoretiker, die bei Formulierung des Rechtssatzes das sogenannte Zwangsmoment geradezu ausschließen in der ausgesprochenen Absicht, sich dadurch in einen Gegensatz zur „Zwangstheorie“ zu setzen.

Nun ist keineswegs zu leugnen, daß die Argumente, die gegen die Lehre von der „Erzwingbarkeit“ als wesentlichem Merkmale des objektiven Rechtes vorgebracht wurden, zum großen Teile stichhaltig sind. Allein der Grund hierfür liegt in der mißverstandenen Bedeutung, die den sogenannten Zwangsmomenten, der Strafe und Exekution, seitens der Gegner wie der Verteidiger der Zwangstheorie beigelegt wird. Nur weil die Frage, ob der Zwang zum Wesen der Rechtsnorm gehöre, vielfach durch falsche Problemstellung verwirrt wurde, ist die mit richtigem juristischen Instinkte von den ältesten Zeiten bis auf den heutigen Tag nicht nur von Theoretikern, sondern ins-

1) Vgl. dazu oben S. 70.

besondere von unbefangenen Praktikern immer wieder vertretene Anschauung seit geraumer Zeit so sehr in Mißkredit geraten, daß es fast für unwissenschaftlich gilt, sich zu ihr zu bekennen.

Schon BIERLING hat treffend auf die Vieldeutigkeit des Ausdruckes „Zwang“ hingewiesen¹⁾. Faßt man Zwang im Sinne der römisch-rechtlichen *vis absoluta*, und erblickt man in der tatsächlichen Realisierung der „Zwangsmittel“, Strafe und Exekution, den Zwangsakt, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Befolgung einer Rechtsnorm durch die spezifischen Mittel der Rechtsordnung überhaupt nicht erzwungen werden kann. Denn Strafe wie Exekution treten als wahre Unrechtsfolgen erst ein, wenn die Rechtsnorm bereits übertreten wurde, ja das vollzogene Unrecht ist geradezu die Voraussetzung ihrer Realisierung. Daß durch die Strafe ein Unrecht nicht ungeschehen gemacht werden kann, ist selbstverständlich. Aber auch im Falle des Zivil-Unrechtes bringt die daran geknüpfte Exekution keine Befolgung des Rechtssatzes, keine Erfüllung der Pflicht mit sich, wie es auf den ersten Blick in manchen Fällen scheinen mag. Erstattet der Schuldner das empfangene Darlehen nicht zurück und nimmt ihm der Staat auf Klage des Gläubigers die Schuldsumme mit Gewalt ab, so erfolgt die Befriedigung des Klägers gewiß nicht durch eine Pflichterfüllung und Rechtssatz-Beobachtung des Beklagten, sondern eben durch eine Tätigkeit des Staates. Die Verletzung des Rechtssatzes, d. h. das geschehene Unrecht ist irreparabel und die erst nach dem Unrecht eintretende Funktion des Staates kann höchstens die Interessenverletzung eines Rechtssubjektes wieder gut machen. Das Unrecht kann nur vermieden, der Rechtssatz nur befolgt werden durch das eigene Verhalten des verpflichteten Rechtssubjektes. Speziell im Falle der Exekution erfolgt die Befriedigung des Berechtigten nicht durch den Verpflichteten, sondern durch den Staat, denn nur diesem kann die Exekutionshandlung zugerechnet werden. Die beim Zivilunrecht eintretende Exekution ist im Verhältnis zu dem verpflichtenden Rechtssatze, gegen den verstoßen wurde, nur ein Erfüllungssurrogat²⁾. Treffend sagt auch BIERLING³⁾:

1) a. a. O. S. 49. Vgl. auch desselben Autors: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. I. Teil. 1877. S. 139 ff.

2) BIERLING führt a. a. O. S. 51 aus, „daß gerade diejenigen Einrichtungen, an welche alle Zwangstheorien vorzugsweise denken, nämlich Hilfsvollstreckung und Strafe am allerwenigsten als Zwangsmittel zur Befolgung der Rechtsnormen angesehen werden können. Erstere ist in Wahrheit auch im günstigsten Falle immer nur ein Surrogat der nicht zu erzielenden Befolgung; letztere ist nicht einmal dies, sondern bloß eine Reaktion des Rechtes oder der Rechtsgemeinschaft lediglich zu dem Zwecke, die fortdauernde Geltung der übertretenen Rechtsnorm als solche dem Übertreter gegenüber zu bewahren, vor allem ihm selbst fühlbar zu machen.“

3) a. a. O. S. 50.

„Wenn jemand durch Anwendung sog. absoluten oder physischen Zwanges, d. h. einfach durch fremde Kraft in eine gewisse äußere Lage gebracht wird, so ist das schließliche äußere „Verhalten“ des Gezwungenen in Wahrheit auch dann keine Normbefolgung oder Erfüllung, wenn dasselbe objektiv einer an ihn gerichteten Norm entspricht.“ (Ganz natürlich, weil das „Verhalten“ nicht dem Gezwungenen, sondern dem Zwingenden zuzurechnen ist!) Nun dürfte der Zwang, welcher zum Wesen des objektiven Rechtes gehörig erachtet wird, wohl nur von sehr unklaren Köpfen als physischer Zwang gedacht werden. Man hat vielmehr bei der sog. Zwangstheorie, insbesondere seit FEUERBACH, hauptsächlich den psychischen Zwang im Auge. Doch ist auch die These, daß zum Wesen des Rechtssatzes die Ausübung eines psychischen Zwanges erforderlich sei, unhaltbar. Denn es gibt zahlreiche Fälle, in denen die Rechtsnormen den erwarteten psychischen Zwang durchaus nicht ausüben, ohne dabei ihres spezifischen Charakters verlustig zu geben. In allen Fällen des Unrechtes ist dies so. Ja der Rechtssatz tritt sogar überhaupt nur dann in seine spezifisch-formale Funktion, wenn er keine motivierende Wirkung auf das Subjekt geübt hat, das ist eben im Falle des Unrechtes, das ja die Voraussetzung für den im Rechtssatze ausgedrückten Willen des Staates zur Unrechtsfolge ist. Der Fehler der vorangestellten These besteht darin, daß sie den sozialen Zweck, der mit dem Rechtssatze verfolgt wird, nämlich die Herbeiführung der Motivation zum rechtmäßigen Verhalten, als wesentliches Element des formalen Rechtssatzbegriffes aufstellt. So gewiß es der mit dem Rechtssatze verfolgte Zweck ist, einen psychischen Zwang auszuüben, so gewiß ist die tatsächliche Ausübung dieses Zwanges für den formalen Rechtssatzbegriff gleichgültig. Für den Juristen liegt die wesentliche Funktion des Rechtssatzes in der Reaktion gegen das Unrecht. Für den Juristen ist der Wille des Staates: die Strafe und Exekution der Zweck des Rechtssatzes, der erst dann hervortritt, wenn der soziale Zweck versagt. Nochmals sei an die oben charakterisierte Relativität des Gegensatzes zwischen Form und Inhalt, Mittel und Zweck erinnert, die hier deutlich zu Tage tritt: Was vom soziologischen Standpunkte nur Mittel und Form ist, der staatliche Strafzweck, ist vom juristischen Standpunkte Zweck und Inhalt. Und wenn man am Rechtssatze einen doppelten Zweck unterscheidet: den unter dem Namen der Generalprävention geläufigen psychischen Zwang und die als Spezialprävention bezeichnete Reaktion gegen das vollzogene Unrecht, so muß man unter allen Umständen daran festhalten, daß von diesen beiden Zwecken, die sich im Einzelfalle ausschließen, nur der letztere für die juristische Betrachtung relevant ist, weil nur dieser den Inhalt des Staatswillens bildet, bildlich

gesprochen, den dem Rechtssatze immanenten Zweck bedeutet. Nur durch die scharfe Unterscheidung zwischen der sozialen und rechtlichen, soziologischen und juristischen Natur dieses Doppelzweckes und zwischen den beiden verschiedenen Subjekten der Zweckverfolgung, Gesellschaft und Staat, löst sich der Widerspruch, daß der Rechtssatz erst wenn er seinen (sozialen) Zweck nicht erfüllt, seinen (Rechts-) Zweck erfüllen kann.

Die tatsächliche Ausübung eines psychischen Zwanges als wesentliches Merkmal der Rechtsnorm steht in einem direkten Widerspruch zu der Annahme eines freien Willens, sofern man — wie üblich — unter Willen die gleichnamige psychische Tatsache versteht. BIERLING ist es, der sich auch dieses Argumentes gegen die Theorie des psychologischen Zwanges bedient¹⁾. Er weist darauf hin, daß es doch nicht angehe, auf der einen Seite die Existenz von Normen für das menschliche Handeln in Anspruch zu nehmen und damit zugleich notwendigerweise die Freiheit der Menschen vorauszusetzen, diese Normen zu befolgen oder nicht zu befolgen, auf der anderen Seite aber für diese Normen die allgemeine Möglichkeit zu behaupten, die Befolgung zu erzwingen. Allein dieser Einwand ist, wie bereits angedeutet, nur dann zutreffend, wenn man, wie BIERLING selbst, als Voraussetzung der Ethik und Jurisprudenz den mit aller Logik und Psychologie unvereinbaren Grundsatz annehmen zu müssen glaubt, daß der psychische Wille frei sei. Das Vorhandensein der Möglichkeit, daß eine die Unrechtsfolgen in Aussicht stellende Norm einen psychischen Zwang ausübt, kann natürlich nicht geleugnet werden. Im Gegenteil! Der soziale Zweck der Rechtsordnung, der sehr häufig auch erfüllt werden dürfte, ist geradezu kein anderer. Und die von der Norm ausgehende Motivation, dieser tatsächliche, der Welt des Seins und daher nur kausal zu begreifende Vorgang, ist zweifellos als „Zwang“ aufzufassen, da er das Verhältnis einer Ursache zu einer notwendigen Wirkung darstellt. Es ist ein vergebliches Bemühen, wenn BIERLING zu beweisen versucht, daß die von der Norm ausgehende Motivation keinen „Zwang“ bedeute. Er sagt:²⁾ „Dagegen kann allerdings ein bloßer sog. psychischer Zwang dazu dienen, jemand zur Befolgung einer gewissen Norm zu bestimmen, zu bewegen oder besser gesagt zu veranlassen. Nur ist hier die wirkliche Befolgung keine reine (!) und notwendige (!) Wirkung der gebrauchten Zwangsmittel (der Bedrohung, des Zuredens usw.), sondern sie hängt in letzter Instanz doch noch von einer eigenen Willensentscheidung ab: ‚coactus tamen voluit.‘“ Deutlicher kann der innere Widerspruch, der in dem Begriffe des

1) a. a. O. S. 50.

2) a. a. O. S. 50.

„freien“ psychischen Willens gelegen ist, gar nicht zu Tage treten, als hier, wo zuerst zugegeben wird, daß ein menschliches Verhalten und daher der entsprechende Wille „veranlaßt“, d. h. doch nichts anderes als verursacht werden kann, und im selben Satze dieses Verhalten doch wiederum nicht als kausale Folge, oder wie der Verlegenheitsausdruck lautet, als „reine und notwendige Wirkung“ (als ob es eine unreine und nicht notwendige „Wirkung“ gäbe!) zugegeben wird. Erkennt man das wahre Wesen des „freien Willens“, der, wie BIERLING mit Recht annimmt, die Voraussetzung des Normbegriffes ist und der sich mit der kausalen Determination des psychischen Willens vollkommen verträgt, dann fällt die ganze Argumentation weg. Allein die von BIERLING bekämpfte Theorie, daß zum Wesen der Rechtsnorm ein tatsächlicher psychischer Zwang gehöre, bleibt trotzdem falsch, allerdings aus einem anderen Grunde. Dieser wurde bereits im ersten Buche dargestellt, und zwar anläßlich der Kritik jener Anschauung, die zum Wesen des Rechtssatzes seine tatsächliche Befolgung rechnet. Denn dies ist nur eine andere Formulierung für die These der psychologischen Zwangstheorie. An der erwähnten Stelle wurde der methodische Fehler aufgezeigt, der in der Aufnahme eines Seins-elementes — des in der Befolgung gelegenen tatsächlichen Geschehens — in einem normativen, d. i. der Welt des Sollens angehörenden Begriff gelegen ist. Darin ist die Schwäche der psychologischen Zwangstheorie zu erblicken, daß sie dem in einem reinen Sollen bestehenden Wesen des Rechtssatzes einen tatsächlichen, der Welt des Seins entnommenen Vorgang der kausalen Verursachung — die Ausübung des psychischen Zwanges — als zugehörig erachtet.

Die Theorie des psychologischen Zwanges erklärt das rechtmäßige Verhalten der Subjekte, indem sie es als notwendige Wirkung einer Ursache darstellt. Damit verzichtet sie auf juristischen Charakter und stellt sich auf den Boden der explikativen Soziologie, die wir als Seins-Disziplin stets von der normativen Jurisprudenz geschieden haben, und deren Gegenstand soziale Zwecke sein mögen, die außerhalb der formalen Jurisprudenz liegen.

Die Bedeutung, welche das Zwangsmoment für das objektive Recht hat, erhellt somit nicht durch die Entscheidung der Frage, ob die Befolgung von Rechtsnormen durch physische Gewalt zu erzwingen ist oder Rechtsnormen einen psychischen Zwang ausüben müssen. Die für die Jurisprudenz einzig relevante Problemstellung kann nur lauten, ob der den Staatswillen darstellende Rechtssatz — soweit er das Handeln und Unterlassen der Untertanen normiert — das mit Strafe und Exekution bezeichnete Verhalten des Staates als an gewisse Voraussetzungen geknüpft beinhalten muß. Nachdem

bewiesen wurde, daß der im Rechtssatze ausgesprochene Wille des Staates formal nur auf sein eigenes Verhalten gerichtet sein kann, und auch materiell gezeigt wurde, daß dieses im Rechtssatze vom Staate gewollte Verhalten so beschaffen sein muß, daß es in der Vorstellung der Untertanen ein Motiv zu dem mit dem Rechtssatze bezweckten rechtmäßigen Verhalten der Untertanen zu bilden vermag, bleibt nur noch in Frage, ob Strafe und Exekution tatsächlich der einzig mögliche Inhalt des im Rechtssatze ausgesprochenen, eben qualifizierten Staatswillens sein kann. Androhung von Strafe und Exekution ist eine Garantie für die Befolgung des Rechtssatzes. Es erübrigt somit zu untersuchen, ob dies die einzige rechtlich in Betracht kommende Erfüllungsgarantie ist.

In der Natur der Sache ist es nicht gelegen, daß der Staat nur durch Strafe und Exekution, das ist also durch Nachteilsdrohung seine Untertanen verpflichtet. Der Rechtssatz würde seinen formalen Charakter, Ausdruck eines Staatswillens zu sein, behalten und auch dem mit ihm verfolgten sozialen Zweck der Motivation zum entsprechenden Verhalten Genüge tun, wenn das im Rechtssatze beinhaltete vom Staate gewollte eigene Verhalten für die Untertanen einen Vorteil, eine Belohnung in Aussicht stellte. Die mosaische Gesetzgebung, der das Gesetz als Wille Gottes erscheint, bedient sich dieses Mittels, wenn sie Jehova dem Menschen unter der Voraussetzung eines gewissen Verhaltens langes Leben, Glückseligkeit nach dem Tode etc. verleihen läßt. Es wäre durchaus denkbar, daß auch die weltliche Gesetzgebung zu demselben Zwecke, zu dem sie Strafe und Exekution androht, nämlich um ein bestimmtes Verhalten der Menschen zu veranlassen, Vorteile in Aussicht stellt. Eine stagnierende Population z. B. könnte sehr gut der Anlaß sein, den Staat im Gesetze jenen Personen eine Geldprämie gewähren zu lassen, deren Ehe eine bestimmte Kinderzahl aufweist. Das Versprechen eines solchen Vorteiles würde vom sozialpsychologischen Standpunkte aus keine andere Funktion ausüben, als die Androhung eines Nachteiles, nämlich die mögliche Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten, da in der Vorstellung der Menschen das Vermeiden eines Nachteils ganz ebenso wie der Erwerb eines Vorteiles — die Vermehrung von Lust ebenso wie die Verminderung der Unlust — auf den Willen motivierend wirkt. Allein die modernen Gesetzgebungen bedienen sich dieses Mittels erfahrungsgemäß nur selten. Dies mag seinen Grund darin haben, daß die Vorstellung eines zu gewinnenden Vorteiles im Prinzip zwar die gleiche Motivationsmöglichkeit hat wie die Vorstellung eines zu vermeidenden Nachteiles, daß die erstere jedoch zweifellos quantitativ eine geringere Wirkung ausübt, indem man

leichter einen Nachteil zu vermeiden als einen Vorteil zu erwerben strebt. Ganz besonders sind die positiven Vorteile, die der Staat praktisch zu gewähren in der Lage wäre, kaum so wirksame als die Nachteile, die er zufügen kann, und die ja tatsächlich bis zur vollkommenen Vernichtung der Persönlichkeit — z. B. bei der Todesstrafe — führen können. Noch eines ist zu berücksichtigen! Es ist kaum anzunehmen, daß nach dem üblichen Sprachgebrauche und der allgemeinen Vorstellung von der Rechtspflicht ein Verhalten der Menschen, das im Gesetze lediglich als Voraussetzung für einen Willen des Staates zur Gewährung eines Vorteiles fungierte, als Inhalt einer Rechtspflicht betrachtet werden könnte. Wenn der Staat jedem, der mehr als zwei eheliche Kinder erzeugt, eine jährliche Rente einräumen oder ein Mindesteinkommen garantieren will, so ist damit noch niemand verpflichtet, mehr als zwei eheliche Kinder zu erzeugen, während dasjenige Verhalten, das durch Androhung eines Nachtheiles herbeizuführen bezweckt wird, zweifellos als Inhalt einer Rechtspflicht fungiert. Der Satz, der die Existenz eines derartigen Staatswillens aussagt, wäre jedenfalls ein Rechtssatz, da er den Willen des Staates zu einem eigenen Verhalten beinhaltet; allein dieser Rechtssatz bedeutete keine Verpflichtung der Untertanen, sondern lediglich des Staates selbst — wie noch deutlicher aus der Untersuchung der die Staatsperson verpflichtenden Rechtssätze erhellen wird.

Ein Spezialfall bedarf hier noch besonderer Erwähnung. Bei den Vorteilen, durch deren Verheißung ein bestimmtes Verhalten der Menschen herbeigeführt werden kann, wird möglicher Weise nicht nur an die in einem körperlichen Handeln der Staatsorgane bestehende Leistung faktischer Güter, wie Ausbezahlung einer Geldsumme u. ä., sondern auch an die bei Eintritt des bezweckten Verhaltens ipso iure erfolgende Entstehung subjektiver Rechte oder an die Erweiterung der Rechtsfähigkeit gedacht werden. Die Rechtsordnung kann — um das gewählte Beispiel beizubehalten — damit die Population vergrößert werde, die Bestimmung enthalten, daß der Vater von mehr als zwei Kindern ein gewisses weitergehendes Erbrecht genieße, als andere, daß er von gewissen Pflichten, die alle andern treffen, befreit sei u. ä., wie dies nicht nur das römische Recht, sondern auch moderne Rechte tun. Obgleich eine solche Vorschrift mit Rücksicht auf ihren sozialen Zweck wesentlich gleicher Natur ist, mit jenen Bestimmungen, die durch Androhung eines Nachtheiles ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen der Subjekte herbeiführen sollen, geht es dennoch nicht an, einen Satz, der eine derartige Bestimmung beinhaltet, als Rechtssatz gelten zu lassen. Der formale Grund liegt darin, daß er keinen Willen des Staates

enthält. Seinen Inhalt bildet lediglich ein Teil der Voraussetzungen, an die ein Wille des Staates geknüpft ist. Die Vorschrift z. B., daß nur der kinderreiche Ehegatte ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem andern Ehegatten habe, stellt nur einen Teil jener Bedingungen fest, an die ein Wille des Staates zur Exekution geknüpft ist. Der bezügliche Rechtssatz müßte unter Hinweglassung des hier Unwesentlichen lauten: Wenn ein Ehegatte mehr als zwei Kinder hat und ihm jemand die von dem verstorbenen Ehegatten hinterlassenen Güter vorenthält, will der Staat — auf die Zivilklage hin — Exekution gegen den Beklagten vornehmen. Der Ausdruck, daß der kinderreiche Ehegatte gegen den andern ein gesetzliches Intestaterbrecht habe, bedeutet nur eine Abbeviatur des eben formulierten Rechtssatzes; die Erbfähigkeit ist wohl ein Mittel zur Erreichung eines sozialen Zweckes, aber nicht Wille des Staates, dessen Inhalt nur ein eigenes Verhalten des Staates sein kann. Darum ist es unlogisch, die Erweiterung der Erbfähigkeit formal etwa der Exekution gleichzustellen. Daß ein Satz, der lediglich die Voraussetzungen eines Rechtserwerbes feststellt, keine Rechtsnorm ist, geht deutlich aus der Tatsache hervor, daß er überhaupt keine Rechtspflicht, weder eine des Staates noch eine solche eines anderen Subjektes schafft. Jeder Rechtssatz verpflichtet, wie noch die Untersuchung über das Verhältnis des Rechtssatzes zur Rechtspflicht und über das Wesen der Rechtspflicht näher zu zeigen hat; in welcher Beziehung das subjektive Recht zum Rechtssatze steht, ist einem späteren Kapitel vorbehalten, aus dem noch deutlicher hervorgehen wird, daß die Einräumung eines Rechtes durchaus anderer Natur ist als die Unrechtsfolge Strafe und Exekution.

Die Erkenntnis, daß der Wille des Staates, zu strafen oder zu exequieren, einen wesentlichen Bestandteil des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes bilden muß, darf durchaus nicht mit der Anschauung identifiziert werden, daß die Furcht vor diesen faktisch als Nachteile empfundenen Handlungen des Staates, das Bestreben, sie zu vermeiden, überhaupt das einzige Motiv für das rechtmäßige Verhalten der Subjekte sei. Wiederholt wurde im Laufe dieser Untersuchungen darauf hingewiesen, daß die psychischen Motive des Handelns ebenso wie das tatsächliche Verhalten selbst nicht in das Gesichtsfeld einer formal-juristischen Betrachtung fallen. Wenn überhaupt hier des Kausalnexus zwischen der Rechtsnorm und dem Verhalten der Subjekte Erwähnung getan und behauptet wurde, daß die Aufnahme einer „Nachteilsdrohung“ in den Rechtssatz auch deshalb notwendig sei, damit dieser überhaupt motivierend wirken könne, so geschah dies nicht von einem formal-juristischen, normativen, sondern

materiell-soziologischen, teleologischen Standpunkte aus, so wurde damit keineswegs anerkannt, daß dieser tatsächliche, dem Sein angehörige Vorgang ein Essentiale der Rechtsnorm sei. Diese Argumentation erfolgte nur zu dem Zwecke — und um Mißverständnisse zu vermeiden, sei dies nochmals betont — damit auch von dem für die juristische Konstruktion als unrichtig erkannten gegnerischen Standpunkte einer teleologischen Betrachtung aus die Anschauung der Imperativtheorie widerlegt werde, die in der Regel nur von diesem Standpunkte aus vertreten wird.

Wie irrelevant für das Recht, das von den Gerichten angewendet werden muß, die Motive sind, die zu einem rechtmäßigen Verhalten der Subjekte führen, müßte schon die praktische Überlegung zeigen, daß diese Motive im Einzelfalle überhaupt unkontrollierbar sind und das Verhalten der Menschen, solange es rechtmäßig ist, gar nicht in den Interessenbereich der Jurisprudenz fällt, sondern überhaupt erst dann in die Rechtssphäre rückt, wenn es ein rechtswidriges ist. Faßt man aber die möglichen Motive ins Auge, dann kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß es die allerverschiedensten Beweggründe sein können, die den Menschen zu einem Verhalten veranlassen, das dem objektiven Rechte gemäß ist, d. h. den mit der Rechtsordnung verfolgten Zweck erfüllt. Wie schon im ersten Buche erwähnt, ist in zahlreichen Fällen, wenn es sich nämlich um ein Unterlassen handelt, das normiert ist, von einem Motive häufig überhaupt keine Spur, sofern zu dem rechtswidrigen Handeln kein Antrieb gegeben ist. Dieser Zustand ist geradezu als Regel zu betrachten was das Verhältnis zu dem meist nur ein Unterlassen normierenden Strafgesetze betrifft. Mangels jeglicher Motivation kann bei diesem rein negativen rechtmäßigen Verhalten auch nicht von einer motivierenden Funktion der Strafrechtssätze die Rede sein. Statuiert die Rechtsordnung aber ein Handeln, dann sind es sehr häufig ganz andere Motive als Furcht vor den Unrechtsfolgen des Staates, die zu dem rechtmäßigen Verhalten führen. Vor allem muß hier berücksichtigt werden, daß zahlreiche Rechtsnormen den gleichen Zweck verfolgen wie gewisse Vorschriften der Moral, der Religion und der Sitte. Das gleiche Verhalten entspricht objektiv sowohl einem Gebote der Moral als auch einer Vorschrift des Rechtes. Z. B. die Einhaltung eines gegebenen und angenommenen Versprechens, die Erfüllung eines Vertrages. Subjektiv kann jedoch nur jene Norm als befolgt erachtet werden, deren spezifische Garantien das Motiv des Handelns (resp. des Unterlassens, wenn ein Gegenmotiv zu überwinden war) gebildet haben. Wer eine anvertraute Sache zurückstellt, weil ihn sein moralisches Gewissen

dazu treibt oder weil er die göttliche Gerechtigkeit fürchtet — obgleich er sich vor den irdischen Gerichten sicher weiß, oder diese überhaupt nicht berücksichtigt — der handelt zwar objektiv dem Rechte sowie der Moral und auch der Religion entsprechend, subjektiv aber hat er nur das Gebot seiner autonomen Moral oder den Befehl Gottes befolgt. Der Rechtssatz wird subjektiv befolgt werden, wenn der Mensch aus Furcht vor Strafe und Exekution gehandelt hat. Schließlich kann das dem Rechte objektiv entsprechende Verhalten auch auf Motive zurückzuführen sein, die sich überhaupt nicht als Erfüllungsgarantien irgendeiner Normart darstellen. Wenn etwa jemand nur deshalb den schuldigen Kaufpreis zahlt, um weitere Kredite in Anspruch nehmen zu können, kurz aus einem der vielen Gründe handelt, die das soziale Leben durch die Möglichkeit, gesellschaftliche Vorteile zu gewinnen oder gesellschaftliche Nachteile zu vermeiden, schafft. Auch in allen diesen gewiß überaus zahlreichen Fällen ist es nicht der Rechtssatz, der motivierend durch seine spezifischen Garantien das ihm entsprechende Verhalten veranlaßt hat und der darum auch nicht als subjektiv befolgt gelten kann. Ließen sich überhaupt alle Fälle des rechtmäßigen Verhaltens ebenso wie die sich deutlich abhebenden Unrechtsfälle zusammenfassen, was übrigens schon deshalb logisch unmöglich ist, weil das rechtmäßige Verhalten, soweit es in einem Unterlassen besteht, nicht positiv sondern nur negativ bestimmt wird, wenn man — was unbedingt nötig ist — nicht nur jene Fälle ins Auge faßt, bei denen das Unterlassen einen besonderen Willensakt erfordert, so müßte sich wohl ergeben, daß die Rechtsordnung durchaus nicht in der Regel d. h. in der meisten Zahl der Fälle motivierend gewirkt habe. Und wenn auch zweifellos als sozialer Zweck der Rechtsordnung diese motivierende Funktion erkannt werden muß, so wird man sich doch keineswegs der Erkenntnis verschließen können, daß der gleiche Zweck von anderen sozialen Mächten erfolgreicher verfolgt wird, daß zahlreiche Rechtssätze überaus häufig nur darum nicht verletzt werden, weil andere Normen, die den gleichen Zweck verfolgen, kraft ihrer spezifischen Garantien befolgt werden.

Die hier vollzogene Unterscheidung zwischen dem subjektiven Befolgen einer Norm und dem objektiven einer Norm entsprechenden Verhalten ist darum von größter Bedeutung, weil sie geeignet ist, vor einem Trugschluß zu bewahren, der sich in der Lehre vom Rechtssatz ganz besonders in der Argumentation der Imperativtheoretiker gegen die sogenannte „Zwangstheorie“ geltend gemacht hat. Von der richtigen Erkenntnis ausgehend, daß das rechtmäßige Verhalten der Menschen nicht nur durch Furcht vor Strafe oder Exekution, sondern

auch aus zahlreichen anderen Gründen veranlaßt wird, die das soziale Zusammenleben erzeugt, schloß man, daß Strafe und Exekution — die sog. Zwangsmittel — nicht die einzigen Garantien rechtmäßigen Verhaltens seien; und da die Befolgung der Rechtsnormen nicht nur durch Strafe und Exekution, sondern auch durch andere soziale Mächte garantiert seien, müßten die Rechtsnormen nicht als „Zwangsnormen, sondern überhaupt als „garantierte Normen“ angesehen werden. An Stelle des zu engen Begriffes des Zwanges müsse der weitere der „Garantie“ gesetzt werden¹⁾. Als eines der wesentlichen Merkmale der Rechtsnorm wird die Tatsache aufgestellt, daß die Befolgung der Norm überhaupt durch äußere Mächte — nicht etwa bloß durch den Staat und dessen Straf- und Exekutionswillen — garantiert sei. Damit fällt die Notwendigkeit weg, die Androhung von Strafe oder Exekution als wesentlichen Bestandteil jedes Rechtssatzes zu erkennen. Die Rechtsnorm ist lediglich ein das rechtmäßige Verhalten der Untertanen fordernder Imperativ.

Der Fehler dieser Argumentation steckt zunächst darin, daß ein subjektiv durch moralische, religiöse oder sonstige außerrechtliche (d. h. nicht durch Strafe oder Exekutionsdrohung ausgelöste) Motive veranlaßtes Verhalten, das objektiv der Rechtsordnung entspricht, als eine Wirkung der letzteren fingiert, daß das objektive Entsprechen mit der subjektiven Befolgung einer Norm identifiziert wird. Moralische oder religiöse Motive garantieren eben niemals die Befolgung von Rechtsnormen, sondern stets nur die Befolgung von Normen der Moral oder der Religion. Die Imperativtheoretiker, die auf Grund ihrer verfehlten teleologisch-soziologischen Methode das Wesen der Norm in ihrer motivierenden Kraft sehen, also gerade das subjektive Befolgungsmoment hervorheben, können nicht einwenden, daß es beim Rechte nur auf das äußere Verhalten ankomme, daß also die objektive Übereinstimmung mit der Rechtsordnung als „Befolgung“ des Rechtssatzes gelten müsse, die eben auch durch moralische und religiöse Motive, soweit sie nur zu einem analogen Verhalten führen, garantiert sei. Denn nach der Anschauung der Imperativtheorie gilt eine Norm nur dann, „wenn sie die Fähigkeit hat, motivierend zu wirken, den Willen zu bestimmen“²⁾. Die Norm aber, die der Mensch, dessen Verhalten durch religiöse oder moralische Motive veranlaßt wird, „befolgt“, die also — im Sinne des den Imperativtheoretikern spezifischen Geltungsbegriffes (der das Seinselement der tatsächlichen Befolgung enthält) — „gilt“, ist eine Norm der Religion oder der Moral, denn nur diese hat motivierend auf ihn ge-

1) Vgl. insbesondere JELLINEK, Allgemeine Staatslehre. 2. A. S. 328.

2) JELLINEK a. a. O. S. 325!

wirkt und nicht ein Rechtssatz, der zufällig einen gleichen Zweck verfolgt wie jene, d. h. gerade dasjenige Verhalten normiert, welches der moralisch oder religiös Handelnde an den Tag gelegt hat. Sieht man das Wesen der Norm in dem subjektiven Momente ihrer motivierenden Kraft, dann muß ein bestimmtes äußeres Verhalten jener Norm zugeschrieben werden, d. h. als Befolgung der Norm jener Autorität gelten, von der die Erfüllungsgarantien ausgehen, die in der Vorstellung des Individuums als Motiv gewirkt haben. Im Sinne dieser Anschauung könnte nur die Furcht vor Strafe oder Exekution zu einem Verhalten führen, das als Befolgung von Rechtssätzen, das sind eben die vom Staate ausgehenden Normen, angesehen wird, da nur Strafe oder Exekution staatliche Garantien des Rechtssatzes sind¹⁾.

Der größte Fehler der hier charakterisierten Lehre, daß Rechtsnormen nicht Zwangsnormen, sondern überhaupt garantierte Normen seien, ist nicht so sehr der innere Widerspruch zu ihrer eigenen Voraussetzung, die Annahme außerstaatlicher, das ist außerrechtlicher Erfüllungsgarantien für Rechtsnormen, als vielmehr die Voraussetzung selbst, derzufolge zum Wesen der Rechtsnorm überhaupt die Tatsache des Garantiertseins, das ist des Vorhandenseins von Motiven zur Be-

1) Als wesentliche Merkmale der Rechtsnormen stellt JELLINEK a. a. O. S. 325 folgende drei Eigenschaften auf: „1. Es sind Normen für das äußere Verhalten der Menschen zueinander.

2. Es sind Normen, die von einer anerkannten äußeren Autorität ausgehen.

3. Es sind Normen, deren Verbindlichkeit durch äußere Mächte garantiert ist.“ Da nach JELLINEKS eigener Ansicht eine Norm nur insofern gilt, als sie die Fähigkeit hat motivierend zu wirken, unter dem „garantiert sein“ einer Norm aber nichts anderes verstanden werden kann, als gerade die Tatsache, das Motive zu ihrer Befolgung vorhanden sind, die Möglichkeit einer Motivation gegeben ist, kann eine Norm nur von jener Autorität ausgehen, die ihre Verbindlichkeit, d. i. im Sinne JELLINEKS ihre Geltung garantiert. Der Normsetzende Faktor ist ja doch nur darum und nur insofern Autorität, als er die Fähigkeit hat, seine Befehle durchzusetzen, d. h. eben motivierend zu wirken, die Befolgung seiner Normen zu garantieren. Es können somit die sub 3. angeführten „äußeren Mächte“, welche die Verbindlichkeit der Rechtsnorm garantieren, keine anderen sein als die sub 2. angeführte „anerkannte äußere Autorität“, von der die Rechtsnorm ausgeht. Das 2. u. 3. Merkmal JELLINEKS restringiert sich somit auf ein einziges, nämlich daß die Rechtsnormen von einer anerkannten heteronomen Autorität ausgehen. Aber auch das 1. Merkmal verdient keine besondere Hervorhebung, da es schon im 2. enthalten ist. Denn eine äußere Autorität kann überhaupt nur ein äußeres Verhalten normieren, so wie ein inneres Verhalten nur von einer inneren Autorität gefordert werden kann. Erkennt man in der äußeren, anerkannten Autorität, von der die Rechtsnormen ausgehen den Staat, dann bedeuten alle drei Merkmale JELLINEKS nur das eine: daß die Rechtsnorm Wille des Staates ist.

folgung und damit das tatsächliche — und zwar regelmäßige — Befolgtwerden gefordert wird. Die Natur dieses methodischen Fehlers, der in der Nichtbeachtung des gerade in der Jurisprudenz (nicht so in der Ethik der autonomen Moral!) unüberbrückbaren Gegensatzes von Sein und Sollen, in der Verquickung des explikativen mit dem normativen Standpunkte besteht und der, einmal begangen, proteusartig in allen auf solcher falschen Basis aufgebauten Konstruktionen zum Vorschein kommt, wurde im Laufe dieser Untersuchungen wiederholt aufgezeigt. Die individual- und sozialpsychischen Tatsachen, als welche Motivation oder Garantierung des Rechtssatzes erscheinen, sind für die Jurisprudenz — das kann nicht ausdrücklich genug betont werden — irrelevant; es sind Probleme der Soziologie. Auch Strafe und Exekution kommen für den Juristen nicht als Motive für rechtmäßiges Verhalten, als Erfüllungsgarantien in Betracht, sondern formal als Wille des Staates und materiell — wenn man von einem Zweck im Rechte im Gegensatze zu dem sozialen Zwecke des Rechtes, der außerhalb desselben fällt, sprechen will — als Reaktion gegen das Unrecht.

Unter den Garantien der Rechtsnorm, die neben Straf- und Exekutionsdrohung von den Imperativtheoretikern gegen die „Zwangstheorie“ geltend gemacht werden, spielt eine besondere Rolle die Achtung vor der Autorität des Staates. Man argumentiert in der Regel folgendermaßen: Der Staat habe es nicht unbedingt nötig, seinen Befehlen eine Nachteilsdrohung anzufügen, denn das bloße Bewußtsein, daß ein Befehl vom Staate ausgehe, genüge in vielen Fällen, um dessen Befolgung zu garantieren. Nach dem bisher Gesagten kann die Natur dieser Garantie nicht zweifelhaft sein. Wer sich einem im Gesetze enthaltenen nichtsanktionierten Imperative gemäß verhält, weil er sich sagt, man solle tun, was das Gesetz des Staates verlangt, der gehorcht tatsächlich nicht der staatlichen, sondern einer anderen Autorität. Welche Autorität dies ist, hängt von den Motiven ab, die ihn die Norm: Handle den Gesetzen des Staates gemäß, anerkennen lassen. Führt man diese Maxime auf den angeborenen, nicht weiter ableitbaren sozialen Altruismus zurück, hat man es mit der Norm einer autonomen Moral zu tun. Handelt er rechtmäßig, weil Gott ihm befiehlt, der Obrigkeit zu gehorchen, liegt eine Norm der Religion vor. Jedenfalls gehorcht er nur der Norm „Gebet dem Kaiser, was des Kaisers ist“ und nicht dem sanktionslosen Befehle in der Rechtsordnung. Die hier geltende Autorität ist nicht der Staat, sondern eine andere. Denn nicht vom Staate geht die Motivation aus. Ohne diese anderen Autoritäten wäre von einem Gehorchen keine Rede. Nicht die Achtung vor der Autorität des Staates, sondern vor der der Moral oder Religion

ist hier vorhanden. Es ist ein grober Trugschluß, wenn man behauptet, der Staat sei Autorität, darum sei sein Imperativ auch ohne Straf- und Exekutionsdrohung verbindlich. Denn nur in der Straf- und Exekutionsmacht liegt die dem Staate eigene, von allen anderen Mächten unabhängige Autorität. Strafe und Exekution sind im Verhältnis zu den Untertanen rechtliche Machtäüßerungen des Staates; nur um ihretwillen ist der Staat Autorität. Soll der Rechtssatz den Willen der staatlichen Autorität zum Ausdruck bringen, muß er den Straf- und Exekutionswillen enthalten. Dadurch allein wird dem autoritären Charakter der Instanz, von welcher der Rechtssatz ausgeht, in juristischer Form Ausdruck gegeben.

Die Achtung vor der Autorität des Staates als Rechtsgarantie entspringt durchaus dem Vorstellungskreise der Imperativtheorie, der die Staatsperson als machtvolle Autorität erscheint, die den Untertanen in Geboten und Verboten das rechtmäßige Verhalten anbefiehlt. Von dem spezifischen Standpunkte der Imperativtheorie aus betrachtet, ist das Verhältnis zwischen dem Staate und den übrigen Subjekten ein Über- und Unterordnungsverhältnis, gegründet auf der faktischen Übermacht des Staates, dessen physischer und psychischer Gewalt — der Staatsgewalt. Der Staat ist der Beherrscher seiner Untertanen, das Subjekt eines Subjektionsverhältnisses, dessen Objekte die übrigen Rechtssubjekte sind.

Nun kann es gewiß keinem Zweifel unterliegen, daß für eine materielle Betrachtung jeder die Untertanen verpflichtende Rechtssatz als Befehl, als Gebot oder Verbot erscheint. Denn er ist die Äußerung einer Autorität und, seinem Zwecke nach, ein mit psychischen Zwangsmitteln ausgerüsteter Appell an fremde Willen, die Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten. Für eine solche Betrachtung ist die Form ganz gleichgültig; ob nackter Imperativ: „Handle so, unterlasse dies“, oder hypothetisches Urteil: „Wenn du dich so verhältst, will ich dir diesen Nachteil zufügen“ — der Zweck ist der gleiche, und mit Rücksicht auf diesen Zweck ist sowohl der Imperativ wie das hypothetische Urteil ein Befehl, ein Gebot oder Verbot. Es hieße, den sozialen Zweck des Staates in der Rechtsordnung leugnen, wollte man den Rechtssätzen den materiellen Charakter von Befehlen überhaupt in Abrede stellen. Allein wie der soziale Zweck der Rechtsordnung: die Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten, dieser sozialpsychische, der Welt des Seins angehörige tatsächliche Vorgang der Motivation, nicht in den Rahmen juristischer Erkenntnis fällt, kommt der Rechtssatz wohl für den Soziologen als Befehl, als Gebot oder Verbot, für den Juristen aber lediglich in der formalen Eigenschaft als Wille des Staates, der an gewisse Voraussetzungen

geknüpft ist, in Betracht. Materiell, das ist soziologisch betrachtet, mag der Rechtssatz ein Gebot oder Verbot enthalten, formal — und das heißt in dieser Relation juristisch — ist damit über ihn nichts ausgesagt.

Gebieten und Verbieten sind Tätigkeiten, die ein Über- und Unterordnungsverhältnis voraussetzen. Befehlen ist eine Herrschaftsfunktion, der Ausfluß eines faktischen Machtverhältnisses. Der Staat „herrscht“ nur insofern, als die Rechtsordnung tatsächlich eine generelle, wenn auch nicht ausnahmslos wirkende motivierende Macht ausübt, die Untertanen somit in der Regel die Gesetze des Staates befolgen und, wenn sie dies nicht tun, die Organe des Staates wiederum — unter dem faktischen Einflusse der besonderen, die Organe verpflichtenden Rechtssätze — die Nachteile realisieren, welche der Staat in den Rechtssätzen im Unrechtsfalle verhängen will. Die Herrschaft des Staates ist nichts anderes als dieser tatsächliche Zustand konstanter Motivation. Allein für den Juristen kommt diese zur Welt des Seins gehörige sozialpsychische Tatsache der Staatsgewalt nicht in Betracht. Und wie der Rechtssatz nicht als Befehl, so erscheint der Staat dem Juristen nicht als Autorität, deren Wesen in der Fähigkeit faktischer Motivation liegt. Der Staat ist für den Juristen lediglich Person, das heißt Subjekt von Rechten und Pflichten. Das ist die Voraussetzung aller juristischen Konstruktion. Damit ist aber unvereinbar, das Verhältnis des Staates zu den übrigen Subjekten als ein Herrschaftsverhältnis, als eine Befehlsrelation gelten zu lassen. Denn als Subjekt von Rechten und Pflichten ist er den übrigen Subjekten notwendig gleichgeordnet, nicht übergeordnet¹⁾. Es ist ein offener Widerspruch den Staat vom Standpunkte derselben (und zwar juristischen) Betrachtung zugleich als Person und als Herrschaftssubjekt auszugeben, da er in dem ersten Falle den übrigen Subjekten gegenüber verpflichtet und berechtigt, also unter Abstraktion des rein faktischen Machtverhältnisses kordiniert wird, in dem anderen Falle aber geradezu ohne Bedachtnahme auf eine rechtliche Relation und bei alleiniger Berücksichtigung des faktischen Machtverhältnisses den Untertanen — im ursprünglichen Sinne des Wortes — übergeordnet wird, die im ersten Falle als Rechtssubjekte dem Rechtssubjekte: Staat wie jedem andern gegenüber stehen, im zweiten Falle aber nur als Objekte einer Herrschaft gelten können, deren Subjekt allein der Staat wäre. Jede Über- und Unterordnung, jedes Herrschaft- Macht- oder Gewaltverhältnis ist rein faktischer Natur und mit den Mitteln juristischer Formalistik nicht ausdrückbar. Alle diese Beziehungen sind rechtliche Imponderabilien, denn das Recht kennt keine andere

1) Vgl. dazu auch die Ausführungen des 3. Buches.

Relation als die von Verpflichteten und Berechtigten. Die im öffentlichen Rechte auch von modernen Theoretikern betonte, sogenannte „Gehorsamspflicht“ ist formal das gleiche wie irgendeine andere Pflicht zu einem bestimmten Verhalten. Der Rechtssatz, der die Individuen verpflichtet, den Anordnungen der Behörden Folge zu leisten, indem er auf den Ungehorsam Strafe setzt, unterscheidet sich juristisch durch nichts von dem Rechtssatze, der bei Nichtrückgabe eines empfangenen Darlehens Exekution in Aussicht stellt.

Der Staat steht mit all der Macht und Gewalt, die ihm zugeschrieben wird, den Rechtssubjekten rechtlich nicht anders gegenüber, als der wirtschaftlich noch so überlegene Unternehmer dem letzten Arbeiter gegenübersteht; beides sind juristisch nicht Machtfaktoren, sondern Personen, Subjekte von gegenseitigen Rechten und Pflichten. Und die privatrechtliche Pflicht des Arbeiters, im Rahmen des Dienstvertrages den Anordnung des Unternehmers Folge zu leisten, ist juristisch das gleiche wie obenerwähnte „Gehorsamspflicht“ der Untertanen gegenüber der Staatsperson. Innerhalb des formalen Rechtes können die materiellen Momente der wirtschaftlichen, moralischen, physischen oder psychischen Überlegenheit des einen Subjektes über das andere nicht zum Ausdruck kommen. Zwei Subjekte in eine rechtliche Relation bringen, heißt geradezu, sie einander als Personen gleichsetzen, von allen Macht- und sonstigen faktischen Unterschieden abstrahieren¹⁾.

Will man das Verhältnis des Staates einerseits zu dem Subjekte, das sich rechtmäßig verhält, andererseits zu jenem, das rechtswidrig verfährt und an dem der staatliche Straf- und Exekutionswille realisiert wird, rechtlich erfassen, dann darf man den Staat nicht als Gebieter und das Subjekt nicht als Gehorcher betrachten, sondern muß nichts als die Rechtspflichten sehen, die in beiden Fällen vorliegen. Das rechtmäßig handelnde Subjekt erfüllt seine Rechtspflicht, bei deren Nichterfüllung die Voraussetzungen entstehen, an die der staatliche Wille zu einem eigenen Verhalten — und das ist, wie später noch näher zu zeigen sein wird, die Pflicht des Staates, zu strafen oder zu exequieren — geknüpft ist. Nur als Erfüllung staatlicher Pflicht kann der Jurist das Strafen und Exequieren begreifen.

Für den Juristen kommt das menschliche Verhalten nur unter dem Gesichtspunkte in Betracht, ob es eine Voraussetzung bildet, an die der staatliche Wille, zu strafen oder zu exequieren, geknüpft ist oder nicht. Lediglich in dieser formalen Relation steht für ihn Recht und Unrecht und nicht als Gehorsam oder Ungehorsam gegenüber einem Befehl, als Erfüllung oder Vereitlung eines Zweckes.

1) Vgl. dazu auch die Ausführungen des 3. Buches.

Der Rechtssatz aber ist für den Juristen nur die Feststellung jener Voraussetzungen, an die ein Wille des Staates geknüpft wird, und nicht das zweckverfolgende Gebot einer Macht.

Darum ist es unzutreffend, den Rechtssatz in die logische Form des Imperativs zu kleiden. Denn im Imperativ kommt gerade jene Relation zum Ausdruck, die für das Recht bedeutungslos bleiben muß: die Über- und Unterordnung. „Tue dies“, „Unterlasse jenes“ spricht die Macht, die sich durchsetzt. Der Rechtssatz, der nur die Bedingungen festsetzt, an die sich ein Wille des Staates knüpft, erscheint als hypothetisches Urteil: „Wenn du dich so verhältst, will der Staat so handeln.“ Nur diese Form läßt das Macht- und Herrschaftsverhältnis unausgedrückt, das zweifellos vorhanden, aber für den Juristen unwesentlich ist. Indem diese Form ohne Rücksicht auf die faktische Macht, die ein solcher Satz kraft seines Inhaltes auszuüben fähig ist und, seinem Zwecke nach, auch ausüben soll, sowohl das rechtmäßige, als auch das rechtswidrige Verhalten der Subjekte in gleicher Weise als möglich hinstellt und die Wahl dem Subjekte äußerlich freigibt, erscheint das Verhalten des Staates dem des Subjektes formell gleichgestellt; der Staat steht dem Untertanen etwa so gegenüber, wie bei einem Tauschhandel die Parteien einander gegenüberstehen: „Gibst du dies, so gebe ich das“. Der von den Imperativtheoretikern immer wieder gegen diese Formulierung des Rechtssatzes vorgebrachte Einwand, daß der Staat seinen Untertanen nicht freistelle, ob sie Recht oder Unrecht setzen wollen, daß die Rechtsordnung, ihrem Wesen nach, eindeutig das rechtmäßige Verhalten und nur dieses gebiete und das Unrechtmäßige verbiete, ist unzutreffend. Denn es wird von niemandem geleugnet werden, daß die Rechtsordnung, ihrem sozialen Zwecke nach, nur das rechtmäßige Verhalten der Subjekte herbeiführen soll und in diesem Sinne nur dieses Verhalten „geboten“, das rechtswidrige „verboten“ ist. Allein dieser soziale Zweck ist juristisch irrelevant und der methodische Fehler der Imperativtheorie besteht darin, daß sie den sozialen Zweck, also ein rein materielles Moment, als Wesen der Rechtsordnung betrachtet. Im übrigen sei hervorgehoben, daß der Rechtssatz, der etwa lautet: „Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn mit Arrest bestrafen“, den Untertanen das Stehlen faktisch, d. h. materiell — nicht formell — nicht in höherem Maße „freistellt“ als der Satz: „Stehlet nicht“ oder: „Ihr sollt nicht stehlen“. Im Gegenteil! Mit der ersten Formulierung wird dem Menschen möglicherweise sogar ein starkes Motiv zur Unterlassung des Stehlens gegeben, während der bloße Imperativ oder das Urteil: „Du sollst“ an sich — wie ja bereits früher erwähnt —

den Zweck der Motivation zu erfüllen unfähig ist, d. h. den Willen unbeeinflusst läßt, das Stehlen also wirklich „freistellt“¹⁾.

Wenn BINDING, ein Vertreter der Imperativtheorie, meint, durch einen bedingten Strafwillen würde das Verbrechen gar nicht verboten²⁾, „sondern seinen künftigen Urhebern der wohlmeinende Rat erteilt, es aus Rücksicht auf den Staat oder ihre eigene Bequemlichkeit zu unterlassen“, so hat er nicht erkannt, daß Gebieten und Verbieten Zweck-Begriffe sind, daß in der bedingten Androhung einer Strafe ebenso gut ein Befehl, ein Gebot oder Verbot stecken kann wie in einem Imperativ, der das durch die Strafdrohung bezweckte straffreie Verhalten fordert. Gewiß, die Inaussichtstellung einer Strafe unter bestimmten Umständen kann als guter Rat aufgefaßt werden; aber auch in der von BINDING für den Rechtssatz akzeptierten Form des Imperatives: Tue dies und lasse jenes — oder dem Satze: Du sollst . . . kann ein wohlmeinender Rat erteilt werden, da auch dieser — wie ein Gebot oder Verbot — nichts anderes bezweckt als einen anderen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Der Unterschied zwischen Rat und Befehl ist lediglich der, daß der letztere mit stärkeren Garantien versehen ist, eine größere motivierende Kraft ausübt. Und gerade mit Rücksicht darauf ist die bedingte Strafdrohung weniger ein bloßer Rat und mehr ein Befehl als der nackte Imperativ!

Auch die Autorität KANTS kann hier gegen BINDING ins Feld geführt werden. Der Imperativ, der den Menschen das rechtmäßige Handeln anbefiehlt, kann nach der Terminologie KANTS nur ein hypothetischer sein, da er als kategorischer nicht gedacht werden darf, als welcher nur das Sittengesetz zu gelten hat, das allein „den Begriff einer unbedingten und zwar objektiven und mithin allgemeingültigen Notwendigkeit“³⁾ bei sich trägt. Von den beiden Gruppen, die KANT innerhalb der hypothetischen Imperative unterscheidet, ist es die zweite,

1) Typisch für die Argumentation der Imperativ-Theoretiker: SELIGMANN, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag I. Der Begriff des Gesetzes. Berlin u. Leipzig. 1886. S. 8 führt er aus, der Gesetzgeber, der eine Norm kundgibt, wolle nicht bloß eine Erklärung abgeben und „nun jedermann freistellen, bei der Verwirklichung der Norm tätig zu sein oder nicht, sondern er verlangt, daß diejenigen, welche sein Ausspruch angeht, seinen Willen achten, er will sie verpflichten, demselben Folge zu leisten. Da er nun zu denjenigen, welche die Norm befolgen sollen, im Verhältnis von Herrscher zu Beherrschten steht, so ist es naturgemäß, daß er die Verpflichtung der letzteren durch einen Imperativ erzeugt.“ Hier zeigt sich deutlich, daß der materielle Zweck der Rechtsordnung — das ist die Absicht des „Gesetzgebers“ — mit dem formellen Willen des Staates verwechselt und als Wesen des Rechtssatzes ausgegeben wird.

2) a. a. O. S. 39.

3) KANT, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, (RECLAM) S. 50.

die der sogenannten pragmatischen Imperative, zu welcher der das rechtmäßige Verhalten anordnende Imperativ zu zählen ist. Während die erste Gruppe von den „Imperativen der Geschicklichkeit“ gebildet wird, jenen Vorschriften, die zur Erreichung irgendeines praktischen, technischen Zweckes erfolgen, wie die Verhaltensvorschriften aller Künste, Handwerke und Wissenschaften, ist der Zweck der pragmatischen Imperative die Glückseligkeit; es sind Vorschriften, die zur Erhaltung und Förderung der Wohlfahrt dienen. Da „man die Geschicklichkeit in der Wahl der Mittel zu seinem eigenen größten Wohl seine Klugheit im engsten Verstande nennen“ kann¹⁾, bezeichnet KANT die pragmatischen Imperative als Imperative der „Klugheit“. Die Bedingung, unter der sie gelten, ist das Streben der Menschen nach Glückseligkeit. Die Voraussetzung, unter welcher der das rechtmäßige Verhalten des Menschen fordernde Imperativ ergeht, ist die Absicht der Menschen, Nachteile und zwar die rechtlichen Nachteile, Strafe und Exekution, zu vermeiden. Von den Imperativen der Klugheit nun sagt KANT: „daß sie genau zu reden gar nicht gebieten, d. i. Handlungen objektiv als praktisch-notwendig darstellen können, daß sie eher für An ratungen (consilia) als Gebote (praecepta der Vernunft zu halten sind, . . .“²⁾

In seiner Polemik gegen die Anschauung, daß das Verbrechen lediglich durch einen bedingten Strafwillen verboten werde zitiert BINDING auch eine Äußerung HEINZES³⁾: „Die bereitwillige Erduldung der Strafe nähme die Eigenschaft einer Gegenleistung, durch welche der Verbrecher eine Art Recht auf die Verübung des Verbrechens sich erkaufe, das verbrecherische Handeln mit der Absicht, die Strafe über sich ergehen zu lassen, den Charakter eines Rechtsgeschäftes an, (wieviel kostet eine Ohrfeige?)“. Allein von einem Rechte oder — wie es ausweichend heißt — von einer Art Recht auf Verübung des Unrechts kann keine Rede mehr sein, wenn das hypothetische Urteil des Rechtssatzes an das bezügliche Verhalten den als Unrechtsfolge fungierenden Strafwillen des Staates knüpft und damit dieses Verhalten als Unrecht qualifiziert! Rechtsgeschäft ist ein solches Verhalten darum nicht, weil gerade der den bedingten Strafwillen ausdrückende Rechtssatz — und nicht der nackte Imperativ — auf das betreffende Verhalten die Strafe folgen läßt, Rechtsgeschäfte aber nach der üblichen Definition nur jene juristischen Handlungen sind, an die nicht die Unrechtsfolgen Strafe oder Exekution geknüpft — d. h., welche nicht verboten sind. Auch ist es

1) KANT a. a. O. S. 49.

2) KANT a. a. O. S. 52.

3) Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, in: Der Gerichtssaal XIII. Jahrg. 1861. S. 420.

unrichtig, zu behaupten, daß die hier vertretene Formulierung des Rechtssatzes ein subjektives Recht des Verbrechens auf Strafe¹⁾ involviere. Denn wenn auch die Pflicht des Staates zu strafen mit dem Rechtssatze ausgedrückt wird, der den Willen des Staates, unter bestimmten Umständen zu strafen, beinhaltet, so ist damit durchaus nicht notwendig ein Recht irgendeines Subjektes — geschweige denn gerade des Verbrechens — gegeben. Insbesondere muß dies der Fall sein, wenn man — selbst eine notwendige Korrelation von Recht und Pflicht zugestanden — das subjektive Recht als rechtlich geschütztes Interesse auffaßt. Denn ein Interesse des Verbrechens an der Strafe dürfte selbst die an Fiktionen gewiß nicht arme Interessentheorie anzunehmen sich weigern.

Vielleicht ist es zur Rechtfertigung der hier akzeptierten Formulierung des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes als eines hypothetischen Urteiles über den an gewisse Umstände gebundenen Willen des Staates zur Unrechtsfolge nicht überflüssig, neben den formalen Gründen auch ein materielles Argument anzuführen. Es ist nicht nur logisch unmöglich, den Staat im Rechtssatze etwas wollen zu lassen, was, der Natur des Staatswillens nach, nicht dessen Inhalt sein kann — nämlich das Verhalten fremder Subjekte — es wäre auch vom praktischpolitischen Standpunkte aus der staatlichen Autorität sehr abträglich, wenn von ihr Befehle in imperativischer Form ausgingen, deren Befolgung sie nicht unbedingt durchsetzen kann. Es ist unpolitisch, den Staat seinen Rechtszweck in einer Form verfolgen zu lassen, welche die Möglichkeit einer Vereitelung des Zweckes gar nicht berücksichtigt. Das tut aber der Imperativ, der nichts enthält als die Forderung rechtmäßigen Handelns. Eine primitive Regel der Herrscherklugheit fordert, nichts zu gebieten, was über die faktische Macht hinausgeht. Darum darf der Staat nicht, wie die Stimme des Gewissens, wie Gott zu seinem auserwählten Volke: in kategorischen Imperativen sprechen, die einen Ungehorsam nicht als möglich voraussetzen, sondern er muß sich beschränken, an den Tatbestand, den er zu verhindern beabsichtigt — aber nicht unter allen Umständen verhindern kann — einen Nachteil zu knüpfen, er muß mit dem Ungehorsam rechnen, weil seine Mittel nicht stark genug sind, ihn unmöglich zu machen. Jedes faktische Unrecht ist eine Vereitelung der Rechtsabsicht, ein Versagen des sozialen Zweckes der Rechtsordnung. Der Satz, der — eine Formulierung des Zweckes der Rechtsordnung — nichts als ein Imperativ des rechtmäßigen Verhaltens ist, wird in seiner — in der Befolgung,

1) Das Recht auf Strafe konstruiert FICHTE, *Naturrecht*. III. S. 261.

d. i. der Erfüllung des Zweckes bestehenden — Seins-Geltung durch jedes Unrecht, das ihm gegenüber als Zweckvereitelung erscheint, beeinträchtigt. Seine Soll-Geltung freilich bleibt dadurch unberührt. Allein die lediglich den Zweck der Rechtsordnung erfassende Formulierung der Imperativtheorie bringt die Gefahr mit sich, nur die in der Zweckerfüllung gelegene Seins-Geltung der Rechtsnorm zu berücksichtigen und daher den Rechtssatz durch jedes Unrecht als „verletzt“ anzusehen¹⁾. Diese auch für die imperativische Formulierung des Rechtssatzes unrichtige, aber hier sehr nahe liegende Vorstellung einer durch die faktische Verübung vor Unrecht dauernd „verletzten“ Rechtsordnung wird äußerlich vermieden, wenn man die Rechtssätze als hypothetische Urteile faßt, die an das Unrecht den Staatswillen zur Unrechtsfolge knüpfen. Da diese Formulierung den Zweck des Rechtssatzes nicht ausgedrückt enthält, ist hier keine Veranlassung, das Unrecht als Zweckvereitelung, als Vernichtung der Seins-Geltung oder gar als Verletzung der Rechtsnorm zu betrachten. Denn das Unrecht ist diesem Rechtssatze gegenüber die Voraussetzung, an welche gerade die besondere Geltung des Rechtssatzes, die Existenz des beinhalteten Staatswillens geknüpft ist. In dieser Form ist die Unverletzbarkeit der Rechtsordnung formell gesichert, bleibt die Majestät des Gesetzes unter allen Umständen gewahrt und läuft nicht Gefahr, durch irgend eines Untertanen Belieben in Frage gestellt zu scheinen. Mag immerhin in einzelnen Fällen der soziale Zweck der Rechtsordnung, die Absicht des Gesetzgebers vereitelt werden, der Wille des Staates, der Rechtssatz bleibt unberührt, seine Integrität steht immer außer Frage. In dieser ausnahmslosen formellen Unverletzbarkeit und nicht in der nur generellen, nicht ausnahmslos wirkenden motivierenden Kraft liegt die juristische Hoheit der Rechtsordnung; und darin gleichen ihre Normen auch äußerlich²⁾ den Naturgesetzen, deren imponierende Größe nicht in einer ursächlichen Wirkung — nur laienhafte Unlogik schreibt ihnen solche zu — sondern in ihrer notwendigen Ausnahmslosigkeit gelegen ist.

Diese durch kein Unrecht erreichbare Rechtsordnung mag man sich über den Rechtssubjekten — daher auch über dem Staate gleich allen übrigen — denken. Doch ist dies nur eine bildliche Vorstellung, der kein konkretes Über- und Unterordnungs-

1) Vgl. dazu unten S. 273 ff.

2) Auf die Ausnahmslosigkeit der spezifischen (Soll-) Geltung aller Norm, die der Ausnahmslosigkeit der (Seins-) Geltung der Naturgesetze parallel läuft, wurde bereits im 1. Buche hingewiesen. Hier kam es darauf an, zu zeigen, wie die der Rechtsnorm entsprechende logische Form des hypothetischen Urteils die Unverletzlichkeit dieser Norm auch äußerlich zum Ausdruck bringt.

verhältnis entspricht. Daß es der Wille des Staates ist, der in der Rechtsordnung zum Ausdrucke kommt, indem die Rechtssätze Urteile über dessen bedingte Existenz sind, darf nicht zu einer Identifizierung der Person des Staates oder deren Willen mit dem unpersönlichen Inbegriff von Urteilen führen, als was sich die Rechtsordnung darstellt. Eine solche Identifizierung steckt aber in der Vorstellung des Staates als des über den Subjekten thronenden Befehlshabers, als Subjektes der rechtlichen Imperative, als Trägers der Rechtsordnung, eine Vorstellung, die mit Rücksicht darauf, daß man den Staat als Persönlichkeit erfassen wollte, zu der Unterscheidung zwischen dem Staate als Rechtsordnung und dem Staate als Subjekt von Pflichten und Rechten zwang. Nun ist der Staat Person (und daher den übrigen Personen gleichgestellt) nur seines Willens wegen, nur als Willenssubjekt ist er Rechts- und Pflichtensubjekt, wie alle übrigen Rechtssubjekte. In der Rechtsordnung aber erscheint nichts anderes als der Wille des Staates, das ist der Staat als Person, der den übrigen Rechtssubjekten rechtlich gleichgestellt ist. Darum ist es ein Widerspruch, den Staat in der Rechtsordnung den übrigen Subjekten — und gar sich selbst! — überzuordnen. Dieser Widerspruch aber ist zu vermeiden, wenn man es unterläßt, die Rechtsordnung, überflüssigerweise zu personifizieren, d. h. sie mit der Staatsperson zu identifizieren.

So zeigt sich, daß der Staat — im Gegensatze zu der herrschenden Vorstellung der Imperativtheorie — auch in der Rechtsordnung, oder wie man sich ungenau ausdrückt: als Rechtsordnung, (das wäre also in seiner verpflichtenden Funktion) zu den Rechtssubjekten in keinem Herrschaftsverhältnis der Über- und Unterordnung steht.

Gerade die Rechtsordnung ist es, die das Verhältnis der Gleichordnung zwischen Staat und den übrigen Subjekten zum Ausdrucke bringt. Der die Untertanen verpflichtende — was, wie sich später noch zeigen wird, nichts anderes heißt, als der Strafe und Exekution wollende — Staat ist nur das Subjekt der rechtlichen Straf- und Exekutionspflicht und als solcher formell dem Rechtssubjekte gleichgesetzt, das mit diesem Straf- und Exekutionswillen des Staates zu einem Verhalten verpflichtet wird, dessen Nichtbeobachtung die Voraussetzung für die Existenz dieses Straf- und Exekutionswillens, der Straf- und Exekutionspflicht des Staates ist. Der strafende und exequierende Staat ist nur der seine Rechtspflicht erfüllende Staat und steht „unter“ der Rechtsordnung jedem Subjekte gleich, das seine Pflicht erfüllt. Diese juristisch einzig korrekte Erfassung des Verhältnisses der Staatsperson zu den übrigen Rechtssubjekten findet ihren logischen Ausdruck nur in jener Formu-

lierung des Rechtssatzes, bei der ein Verhalten der Rechtssubjekte als Voraussetzung für ein Verhalten des Staates erscheint: in dem hypothetischen Urteile, das an das rechtswidrige Verhalten der Subjekte den Willen des Staates zur Strafe und Exekution knüpft. —

Die Imperativtheorie, die Strafe und Exekution aus dem die Untertanen verpflichtenden Rechtssatze eliminiert, kann unmöglich diese Faktoren ganz aus der Rechtsordnung drängen. Denn wo anders sollten diese Unrechtsfolgen statuiert werden, wenn nicht gerade hier? Wird die Rechtsordnung restlos in Imperative aufgelöst, muß auch Strafe und Exekution als Inhalt eines solchen Imperativs erscheinen und zwar eines hypothetischen, dessen Bedingung das rechtswidrige Verhalten der Untertanen darstellt. Jeder Imperativ muß seiner Natur nach an jemanden gerichtet sein. Die Straf- und Exekutionsimperative richten sich an die Straf- und Exekutionsorgane des Staates, die Gerichte.

Neben diesen an die Staatsorgane gerichteten Imperativen stehen nun die an die Untertanen gerichteten, das rechtmäßige Verhalten fordernden. Diese letzteren sind genau genommen vollkommen überflüssig, denn sie sagen dem Untertanen nichts anderes, als die ersteren, welche die Organe die Untertanen unter gewissen Umständen zu strafen oder zu exequieren anweisen, zusammen mit der vernünftigen Überlegung zu sagen haben, daß Strafe und Exekution als Nachteile lieber zu vermeiden sind. Ohne Vermittlung dieser vernünftigen Überlegung sind auch die an den Untertanen direkt gerichteten, das nachteilvermeidende Verhalten fordernden Imperative sinnlos. Tatsächlich lassen einzelne Imperativtheoretiker die Rechtsordnung nur aus Imperativen bestehen, die an die Staatsorgane gerichtet sind. Eine Kritik dieser Konstruktion wird bei der Untersuchung der Lehre von der Adresse der Rechtsnorm zu geben sein.

Die Tatsache, daß die faktische Funktion des Strafens und Exequierens — die ja als Tätigkeit des Staates erkannt werden muß — in gleicher Weise den Inhalt eines Imperativs — also einer Rechtsnorm — bildet, wie das rechtmäßige Verhalten der Untertanen, hat zur Folge, daß das rechtmäßige Verhalten der Untertanen und das faktische Strafen und Exequieren der Staatsorgane der Rechtsordnung gegenüber die gleiche juristische Qualifikation besitzt: beides ist ein Befolgen staatlichen Befehles.

Der Schuldner, der das empfangene Darlehen zurückzahlt, und das Staatsorgan, das Strafe verhängt, sind rechtlich von einander nicht zu unterscheiden: Beide gehorchen einem Rechtsimperativ. Es fehlt jedes Kriterium, die Handlung des letzteren als Staatsfunktion von der des ersteren zu unterscheiden, denn der Staat „will“ der Imperativ-

theorie zufolge ebenso das rechtmäßige Verhalten der Untertanen wie die Tätigkeit seiner Organe. Die spezifische Stellung der Staatsorgane, deren Tätigkeit nicht ihnen, sondern dem Staate zugerechnet wird, ist rechtlich — das heißt auf Grund des Rechtssatzes der Imperativtheorie — nicht zu begreifen. Wie immer man die Tätigkeit des Staatsorgans begrifflich fassen will, ob als Ausführung oder Realisierung oder als Bildung des Staatswillens — löst man die ganze Rechtsordnung in Imperative auf, läßt man den Staat sein eigenes Verhalten ebenso wie das aller übrigen Subjekte „wollen“, dann ist das rechtmäßige Verhalten aller Rechtssubjekte Organtätigkeit — alle Untertanen Staatsorgane, m. a. W. der Begriff des Staatsorganes und damit der des Staates selbst ist aufgehoben. Diese Begriffsverwirrung kann nur vermieden werden, wenn im Rechtssatze selbst zum Ausdrucke kommt, daß Strafe und Exekution — die Tätigkeit des Staatsorgans — und nur diese, nicht auch das rechtmäßige Verhalten der Untertanen Handlung des Staates ist, d. h. daß nur dieses Verhalten vom Staate „gewollt“, ihm zugerechnet ist, wenn der Rechtssatz selbst die Zurechnung zum Staate enthält.

Indem die Imperativtheorie kein Kriterium für eine rechtliche Differenzierung zwischen Staatsorgan und Untertan auf Grund des Rechtssatzes liefert, muß sie auf die für das Recht überaus wichtige Unterscheidung zwischen der spezifischen ¹⁾ „Anwendung“ und der „Befolgung“ eines Rechtssatzes verzichten. Gerade durch diese doppelte Beziehung, in der ein Rechtssatz zu den Individuen stehen kann, charakterisiert sich das Recht gegenüber den Normen der Moral oder der Sitte. Denn eine von der Befolgung verschiedene Anwendung ist für die letzteren Normen insoferne nicht vorhanden, als sie jenes besonderen, äußeren Apparates, jener eigenartigen Organisation entbehren, die das Wesen des objektiven Rechtes ausmacht: des Staates mit seinen Organen. Die spezifisch staatliche Natur des Rechtes gegenüber dem rein gesellschaftlichen Charakter der Moral und Sitte zeigt sich in der Tatsache, daß von einer Existenz besonderer Rechtsnormen neben den Normen der Moral und Sitte erst dann die Rede sein kann, wenn es zur Organisation von Gerichten, also zur primitivsten Form staatlicher Organisation gekommen ist. Erst in diesem Augenblicke hört die Norm, die Mord und Diebstahl hintanhaltend will, auf, eine bloße Vorschrift der Moral, ein Gebot des Gewissens, oder eine Regel der Sitte, das ist ein allgemein üblicher Gebrauch äußeren Verhaltens zu sein. Denn jetzt ist neben Gewissen und Gewohnheit eine neue und besondere Autorität entstanden, von der die Leben und Sachgüter schützende Norm ausgeht. Jetzt sind

1) Vgl. dazu oben S. 35 ff.

es nicht mehr die subjektiv-autonomen Faktoren des Gewissens und der Gewöhnung der unorganisiert neben einander lebenden Individuen, die ein das Zusammenleben ermöglichendes Verhalten normieren, jetzt ist es die besondere, zu diesem Zwecke erfolgende Organisation der Gemeinschaftsgenossen selbst, die zum Staate gewordene Gesellschaft, die durch objektiv-heteronome Normen die Güter der Genossen schützt. Dies alles geschieht jedoch nur dadurch, daß diese Normen nicht bloß von den Genossen befolgt, sondern von der Organisation angewendet und durchgesetzt werden, indem das normwidrig sich verhaltende, die Güter der Genossen verletzende Individuum von der Gemeinschaft mit einer Unrechtsfolge belegt, gestraft oder exequiert wird. Jetzt erst sind diese Normen, die, inhaltlich — d. i. ihrem Zwecke nach — mit denen der Moral oder Sitte übereinstimmend, das gleiche Verhalten wie diese fordern mögen, Rechtsnormen geworden, wenn die Gutmachung des verübten Schadens, die Vergeltung der zugefügten Übelthat nicht mehr Privatangelegenheit zwischen dem Verletzer und dem Verletzten ist, sondern von der zu diesem Zwecke organisierten Gemeinschaft übernommen wird. Faßt man nun die die Untertanen verpflichtenden Normen ins Auge, dann muß man den Grundsatz: kein Recht ohne Gericht, bedingungslos anerkennen. Das Gericht als Symbol der äußeren Organisation ist für das Recht so wesentlich, daß man von allen Normen, unter deren Herrschaft eine Gemeinschaft steht und die die Mitglieder dieser Gemeinschaft befolgen, nur jene als Rechtsnormen erkennen kann, die von den Gerichten resp. in einem komplizierteren Staatswesen auch von den anderen Staatsorganen angewendet werden.

Die Anwendung durch das Gericht besteht in der Verhängung von Nachteilen, ursprünglich wohl nur Strafe, später auch Exekution. Soll die Rechtsnorm angewendet werden können — und nur darum ist sie Rechtsnorm, weil sie vom Gerichte angewendet werden kann, weil sie Gerichtsnorm ist — muß sie formell Strafe und Exekution beinhalten. Ungeachtet sie den gleichen Zweck verfolgen mag wie eine Norm der Moral oder Sitte, ist ihre logische, ihr besonderes Wesen ausdrückende ideale Sprachform nicht mehr der Imperativ, sondern das hypothetische Urteil, das an ein bestimmtes Verhalten der Gemeinschaftsgenossen die durch das Gericht — das ist das den Willen des Staates realisierende Organ — zu verhängenden Nachteile knüpft ¹⁾.

1) Um allfälligen Mißverständnissen vorzubeugen, sei bemerkt, daß der hier ins Auge gefaßte allmähliche Übergang zu staatlicher Organisation und der damit parallel laufende Prozeß der Ausscheidung von Rechtsnormen aus gesellschaftlichen Regeln tatsächlichen Verhaltens mit dem Übergang gewohnheitsmäßiger Rechtsbildung zu bewußter Satzung nichts zu tun hat! Die Rechtserzeugung,

Die Frage, ob der Rechtssatz als Imperativ oder als hypothetisches Urteil aufzufassen sei, ist die Frage nach der idealen Sprachform des Rechtssatzes oder auch nach dem Wesen des objektiven Rechtes. Der praktische Wortlaut, dessen sich die konkreten Rechtsordnungen bedienen, ist für die Entscheidung des Problems irrelevant. Der Rechtssatz muß aus dem Inhalt der Gesetze herauskonstruiert werden und die Bestandteile, die zu seiner Konstruktion nötig sind, finden sich häufig nicht einmal in demselben Gesetze, sondern müssen aus mehreren zusammengestellt werden.

So sind die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches regelmäßig nur als die Feststellung der Tatbestände anzusehen, an die in der Exekutionsordnung die entsprechenden Unrechtsfolgen geknüpft werden. Wenn in Strafgesetzbüchern die ideale Form des Rechtssatzes deutlicher und häufiger zum Ausdruck kommt, indem der Wortlaut des Gesetzes hier selbst schon an den Unrechtstatbestand die jeweilige Strafe unmittelbar knüpft, so hat diese verschiedene Gesetzestechnik ihren Grund darin, daß alle zivilen Unrechtstatbestände eine einzige und gemeinsame Unrechtsfolge haben: die Exekution. Es wäre höchst überflüssig, dieselbe jedem einzelnen Tatbestande eines zivilen Unrechtes ausdrücklich anzufügen, da sie sich schon von selbst versteht. Sie ist der gemeinsame Faktor alles Zivilunrechtes und kann — wie etwa der gemeinsame Faktor mehrerer Summanden in der Mathematik — herausgehoben werden. Es ist daher durchaus praktisch — und nur praktischen, nicht theoretischen Zwecken dienen die Gesetzbücher — dieses gemeinsame Element aller Zivilrechtssätze, das den verschiedensten Tatbeständen anhängt, und die nähere Durchführung desselben gesondert von der Darstellung dieser Tatbestände — dem bürgerlichen Gesetzbuche, dem Handelsgesetzbuche und allen

deren rein soziale und nicht staatliche Natur später aufzuzeigen sein wird, mag immerhin im Wege der Gewohnheit sich vollziehen, Rechtssatz ist darum doch nicht eine Regel oder eine Forderung des gewohnheitsmäßigen Verhaltens; wo läge denn dann der Unterschied zu den Normen der Moral und Sitte, die doch auch gewohnheitsmäßig befolgt werden! Rechtssatz ist auch bei gewohnheitsmäßiger Rechtsbildung nur das von den Gerichten angewendete Recht und die Gewohnheit hat diesem gegenüber nur die Bedeutung, daß sie dem Gerichte die Tatbestände liefert, an die es die Unrechtsfolgen knüpft. Nur weil das Gericht an einen Tatbestand, der sich als Verletzung des Hergebrachten, als Ausnahme des Regelmäßigen darstellt, eine Unrechtsfolge verhängt, ist die verletzte Gewohnheit eine Rechtsgewohnheit. Darum ist aber der Rechtssatz nicht die Regel, welche die Gewohnheit, das übliche, rechtmäßige Verhalten ausdrückt, sondern jener Satz, der die Nichteinhaltung der Regel als mit einer Unrechtsfolge bedroht darstellt. Die Gewohnheit ist nur für den Inhalt des Rechtssatzes — nicht aber für seine Form maßgebend. Vgl. dazu die Ausführungen S. 101 ff.

andern Kodifikationen des sogenannten materiellen Zivilrechtes — in einem selbständigen Gesetzbuche, der Exekutionsordnung, darzustellen ¹⁾).

1) Der Rechtssatz muß als letzte Einheit der aus Rechtssätzen zusammengesetzten Rechtsordnung alle jene Elemente enthalten, die für das objektive Recht als solches wesentlich sind, so wie die kleinste Stoffeinheit eines Elementes oder einer Verbindung von Elementen alle Eigenschaften des Ganzen zeigen muß, dessen Namen sie noch tragen darf. Mit anderen Worten: Damit ein Satz Rechtssatz genannt werden kann, muß er alle Funktionen aufweisen, die für die Rechtsordnung charakteristisch sind. Das Wesen der Rechtsordnung besteht in ihrer Verpflichtung. Rechtssatz kann nur ein verpflichtender Satz sein. Es wäre ein arger Irrtum, wollte man den Rechtssatz, der erst aus den konkreten Gesetzen herauskonstruiert werden muß, mit einem der Sätze im grammatischen Sinne identifizieren, aus denen die konkreten Gesetze aufgebaut werden. Es ist selbstverständlich, daß aus rein ästhetisch-stilistischen und auch aus anderen gesetztechnischen Gründen die eine Rechtspflicht statuierende ideale Norm mit allen ihren wesentlichen Bestandteilen tatsächlich auch im konkreten Gesetze nicht in einem einzigen Satze stilisiert wird, sondern hier in zahlreiche Sätze verschiedenster Struktur aufgelöst, ja sogar häufig auf zwei oder mehrere Gesetze verteilt erscheint. Sache der juristischen Konstruktion ist es, die ideale Norm aus diesen Teilen zusammenzusetzen. Ganz besonders sei hier darauf aufmerksam gemacht, daß gewisse Bedingungen, an die sich der für jede Rechtspflicht wesentliche Wille des Staates zu einer Unrechtsfolge knüpft, für eine ganze Gruppe von Rechtspflichten die gleichen sind, z. B. für die zivilen Rechtspflichten, und daher aus ökonomischen Gründen nicht wiederholt, sondern ein für alle Male in einem selbständigen Satze formuliert werden. So z. B. ein bestimmtes Alter als Grenze der Verpflichtungsfähigkeit. Jeder eine zivile Rechtspflicht statuierende Rechtssatz hat in seiner idealen Formulierung innerhalb des ziemlich umfangreichen, den Willen des Staates zur Unrechtsfolge bedingenden Tatbestandes als eine dieser Bedingungen auch das entsprechende Alter des Verpflichteten. Es wäre nun ganz und gar verfehlt, z. B. einen dieses Alter festsetzenden Satz, der an sich keinerlei Verpflichtung statuirt, so wie er in einem bestimmten Gesetze formuliert ist, einen Rechtssatz zu nennen. Er ist ebenso nur ein Bestandteil eines Rechtssatzes, wie etwa diejenigen Sätze einer Wahlordnung, welche die Voraussetzungen der aktiven Wahlfähigkeit festsetzen.

Dies ist, was im wesentlichen gegen die neuesten Darlegungen BEKKERS, den Begriff des Rechtssatzes betreffend, a. a. O. S. 65 ff. vorgebracht werden muß. BEKKER steht auf dem bereits im Texte kritisch gewürdigten Standpunkte der Imperativtheoretiker, die annehmen, daß rechtliches Sollen nur durch Imperative — d. h. einen auf das pflichtmäßige Verhalten der Untertanen gerichteten Willen der Autorität begründet wird. „Den ein Sollen begründenden Willensakt pflegen wir Befehl, Gebot oder Verbot zu heißen.“ Er verwirft aber seltsamerweise die Ansicht, daß die Rechtsordnung „nur aus Imperativen, Geboten und Verboten“ besteht und begründet seine Behauptung folgendermaßen: „Letztes Ziel des Willens (der rechtsordnenden Autorität) freilich ist die Beschaffung eines Sollens, aber der Weg dahin kann ein langer sein und auf diesem Wege können viele vom Sollen wesentlich verschiedene Dinge liegen. Da diese Dinge Form und Bedeutung durch das Recht erhalten, müssen wir auch sie als Rechtsstücke annehmen und die maß-

Das Strafrecht unterscheidet sich gerade dadurch vom Zivilrecht, daß die Unrechtsfolgen desselben nach Art und Ausmaß überaus zahlreich sind und sich nach der Verschiedenheit des Unrechtstat-

gebenden Bestimmungen als Rechtssätze. Es gibt viele Rechtssätze, die kein Sollen verordnen und mit einem solchen als Folge nur in fernem Zusammenhange stehen.“ Dazu nur die Bemerkung, daß diese „Dinge“ eben nur „Rechtsstücke“ sind, der Rechtssatz aber als kleinste Rechtseinheit ein Rechts Ganzes ausmacht, die „maßgebenden“ Bestimmungen BEKKERS — wo sollte übrigens das Kriterium für die Abgrenzung dieser maßgebenden Bestimmungen sein? Schließlich ist jeder grammatische Satz eines Gesetzes oder auch jedes Wort „maßgebend“ — also keine Rechtssätze sind. Nach BEKKERS Terminologie gibt es Rechtssätze, die ein Sollen statuieren, und Rechtssätze, die keine solche Funktion ausüben, aber dennoch mit einem Sollen in einem, wenn auch nur fernem Zusammenhange stehen. In welchem Verhältnisse die letzteren „Rechtssätze“ zu jenen stehen, zu deren Sollen sie in entfernte Relation zu bringen sind, erhellt auf den ersten Blick, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die angeblich selbst kein Sollen statuierenden „Rechtssätze“ nur wegen dieses, wenn auch noch so entfernten Sollens einen Rechtscharakter haben, ohne diesen Zusammenhang rechtlich irrelevanten Gesetzesinhalts bildeten; und wenn man sich weiter vergegenwärtigt, daß die nach BEKKER ein Sollen statuierenden Rechtssätze offenbar unvollständig sind, da ja das durch sie statuierte Sollen in irgendeiner Weise auch von jenen anderen Rechtssätzen bestimmt wird, zu denen es in irgendeinem, wenn auch noch so weitem Zusammenhange steht. Offenbar wird das konkrete Sollen durch beide Arten von „Rechtssätzen“, die sich gegenseitig ergänzen, statuiert und ist erst aus allen zu dem konkreten Sollen gehörigen Sätzen der vollständige Rechtssatz zu bilden. Zu den Absonderlichkeiten der BEKKERSchen Terminologie gehört der Gebrauch, den er von dem Begriffe „Imperativ“ macht. Man sollte meinen, dies sei eine Sprachform, deren Charakteristikum darin liegt, daß sie den unmittelbaren Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens ist. Zu entscheiden, ob ein Imperativ vorliegt oder nicht, ist demnach ausschließlich Sache der Grammatik. Auf die unzulässige Identifizierung von Norm und Imperativ wurde in den Texten schon hingewiesen. Bei BEKKER nun findet sich die Bezeichnung „Imperativ“ wiederum in einer anderen, höchst willkürlichen Verwendung. Er unterscheidet zunächst zwischen Imperativen und Befehlen. Das wäre nur an sich gut möglich, indem „Imperativ“ eine in einer bestimmten Sprachform ausgedrückte, auf fremdes Verhalten gerichtete Willensäußerung ist, während als „Befehl“ jede auf Veranlassung fremden Verhaltens gerichtete Willensäußerung gelten kann, z. B. eine Geste, oder auch ein nicht imperativisch gesprochener oder geschriebener Satz. Demnach wäre „Befehl“ der weitere, Imperativ der engere Begriff. Jeder Imperativ ein Befehl, nicht aber umgekehrt. Bei BEKKER ist aber das Verhältnis zwischen beiden Begriffen ein ganz anderes. Für ihn ist Imperativ der weitere und Befehl der engere Begriff. Er unterscheidet Imperative, die ein Sollen statuieren, und solche, die kein Sollen statuieren. Die ersteren nennt er Befehle, für letztere schlägt er das Wort „Erlasse“ vor. BEKKER sagt a. a. O. S. 69: „Jeder Rechtssatz, gleichviel aus welcher Quelle er kommt, enthält einen Imperativ von durchschlagender Kraft, mit welcher er ein Stück des abstrakten Rechtes feststellt. Besteht sein Inhalt darin, an den Eintritt gewisser Tatsachen ein Sollen bestimmter Personen zu knüpfen, so heißen wir ihn Befehl; und unterscheiden nach dem bezweckten positiven oder negativen

bestandes differenzieren. Strafe ist nur ein Sammelbegriff für die verschiedensten Nachteile, die der Staat dem Übeltäter zufügt, wie Geld-, Freiheits- und Lebensstrafe usw., leichten und schweren Kerker, Verbannung, Todesstrafe durch Erhängen, Erschießen, Ertränken usw. Jedes Delikt hat seine besondere Strafe und darum muß diese jedem Deliktstatbestande unmittelbar angefügt sein. Die Natur des Strafrechtes fordert **Spezielsanktionen**, auf dem Gebiete des Zivilrechtes besteht eine **Generalsanktion**. Nur im Zusammenhange mit diesen Sanktionen werden die Bestimmungen der Straf- und Zivilgesetze Bestandteile der Rechtsordnung, nur die Beziehung zu einer der bezeichneten Sanktionen macht eine Bestimmung dieser Kodifikationen zum Bestandteile eines Rechtssatzes, das ist einer die Untertanen verpflichtenden Norm. Wenn nun eine Theorie die gesamte Rechtsordnung ohne Rücksicht auf diese Sanktionen in eine Reihe von Imperativen auflösen will, denen sie den Charakter verpflichtender Rechtsnormen

Erfolge Gebot oder Verbot. Andere rechtliche Imperative aber, welche zunächst noch die Herstellung keines Sollens bezwecken, mögen bis auf weiteres Erlasse genannt werden.“ Die **BEKKERSche** Terminologie stellt sich also als eine Modifikation des Norm und Imperativ identifizierenden Sprachgebrauches dar, indem ihr die ein Soll statuierende Tatsache — und das ist richtiger Auffassung nach die Norm — zwar stets als Imperativ erscheint, nicht jeder Imperativ aber als eine Norm — „Befehl“ nach **BEKKER** — gelten gelassen wird. Ja, aber was sollen, was können diese kein „Sollen“ statuierenden „Imperative“ **BEKKERS** sein? Das grammatische Kriterium hat **BEKKER** fallen lassen, denn er nimmt jeden Rechtssatz als Imperativ und führt als solchen z. B. an: „Die Großjährigkeit wird mit dem 20. Lebensjahre erreicht.“ Oder: „Alle Fossilien sind Eigentum des Staates“ Das sollen nach **BEKKER** „Imperative“ sein. Aber auch auf das Normkriterium, das die herrschende Imperativtheorie insofern aufstellt, als sie als Imperativ den ein Sollen statuierenden Satz bezeichnet, hat **BEKKER** verzichtet. Er kennt Imperative, die weder die grammatische Form von solchen haben, noch ein Sollen statuieren. Welches ist aber das Charakteristikum für diese? Darauf gibt **BEKKER** keine Antwort. Der gründliche Leser, der sich darüber aus den **BEKKERSchen** Untersuchungen Aufschluß holen will, stößt überdies noch auf den folgenden unlöslichen Widerspruch: **BEKKER** läßt die Rechtsordnung aus Rechtssätzen bestehen. Auch die kein Sollen statuierenden Sätze nennt er Rechtssätze, weil sie „maßgebende Bestimmungen“ für „Rechtstücke“ enthalten, die zwar kein Sollen sind, aber „Form und Bedeutung durch das Recht erhalten.“ An die Spitze seiner Ausführung stellt er in bewußtem Gegensatze die These: „Unser Recht besteht keineswegs nur aus Imperativen, Geboten und Verboten.“ (a. a. O. S. 65). Aber 4 Seiten später erklärt er: „Jeder Rechtssatz . . . enthält einen Imperativ.“ (a. a. O. S. 69) Das Resultat: Die Rechtsordnung besteht nicht nur aus Imperativen, Geboten und Verboten, denn es gibt Rechtssätze, die kein Sollen statuieren. Aber: Alle Rechtssätze — und die Rechtsordnung setzt sich nur aus Rechtssätzen zusammen — sind Imperative; nur gibt es Imperative, die kein Sollen statuieren und daher keine Gebote oder Verbote (Befehle) sind: die sog. Erlasse. Also besteht die Rechtsordnung doch nur aus Imperativen?

zuschreibt, so muß man die Frage aufwerfen, welches Kriterium diese Theorie zugrunde legt, um die verschiedenen Sätze der konkreten Gesetzbücher, deren Wortlaut ein überaus ungleichmäßiger ist, in Imperative umzuwandeln? Mit Rücksicht darauf, daß die Gesetze nicht nur Pflichten statuieren, sondern nach üblicher Vorstellung auch subjektive Rechte einräumen und sehr häufig einen unverbindlichen, rechtlich ganz irrelevanten Inhalt haben — der Begriff des formellen Gesetzes umfaßt ja alles durch Worte Ausdrückbare — ist die Frage, wann ein konkreter Satz irgendeines Gesetzes im formellen Sinne materiell eine Verpflichtung bedeute, somit eine verbindliche Rechtsnorm, im Sinne der Imperativtheorie also ein idealer Imperativ sei, unausweichlich; und die Antwort darauf muß irgendein materielles Kriterium anführen, da der formelle Wortlaut der Gesetze irrelevant ist. Einige Beispiele mögen das Gesagte erläutern:

Sehr häufig bedienen sich die Gesetze der Worte „müssen“ und „sollen“, ohne daß das im Gesetze als gemußt oder gesollt bezeichnete Verhalten den Inhalt einer Pflicht bilden würde. § 579 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches lautet: „Einen letzten Willen, welchen der Erblasser von einer anderen Person niederschreiben ließ, muß er eigenhändig unterfertigen. Er muß ferner vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein sollen, den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen. Endlich sollen auch die Zeugen sich entweder inwendig oder von außen immer aber auf die Urkunde selbst und nicht etwa auf einen Umschlag als Zeugen des letzten Willens unterschreiben. Den Inhalt des Testamentes hat der Zeuge zu wissen nicht nötig.“ Obgleich dieser Paragraph wörtlich sagt, daß der Erblasser das von einem anderen geschriebene Testament unterschreiben „muß“ und daß mindestens zwei Zeugen zugleich anwesend sein „sollen“, kann weder von einer Rechtspflicht des Erblassers, zu unterschreiben, noch von einer Rechtspflicht des Zeugen, anwesend zu sein, die Rede sein. Ebenso wenig bedeutet dieser Paragraph die Statuierung einer Rechtspflicht der Zeugen, sich auf der Urkunde zu unterschreiben, obgleich dieses Verhalten als „gesollt“ bezeichnet ist; auch wird keine Rechtspflicht negiert durch die Bestimmung, daß die Kenntnis des Testamentsinhaltes für die Zeugen nicht nötig sei, da die gegenteilige Vorschrift, nämlich daß die Kenntnis „nötig“ sei, keine Rechtspflicht statuierte. Alle diese Bestimmungen stellen nur die Voraussetzungen eines gültigen Testaments fest. Kein Mensch verletzt eine Rechtspflicht, begeht ein Unrecht, wenn er diese Voraussetzungen nicht erfüllt; er schafft nur kein gültiges Testament. Dagegen wird niemand zweifeln, daß mit dem Wortlaute des § 395: „Werden vergrabene, eingemauerte oder sonst

verborgene Sachen eines unbekanntem Eigentümers entdeckt, so muß die Anzeige, so wie bei dem Funde überhaupt, gemacht werden“, eine Rechtspflicht des Finders zur Anzeige statuiert wurde, obgleich der vom Gesetze gewählte Wortlaut sich von dem im § 579 nicht unterscheidet. Warum ist also das im § 395 als „gemußt“ bezeichnete Verhalten Pflicht, das im § 579 ebenso bezeichnete nicht? Warum kann die Imperativtheorie die Bestimmung des § 395 in die Form kleiden: Erstattet die Anzeige von dem Funde verborgener Gegenstände, und warum ist die Imperativform für § 579 unbrauchbar?

Das Gesetz schafft auch Rechtspflichten, ohne in seinem Wortlaut nur im geringsten einen imperativischen Charakter aufzuweisen, ohne sich der Worte „müssen“ oder „sollen“, u. ä. zu bedienen. Art. 10 des österreichischen Staatsgrundgesetzes vom 21. XII. 1867, Nr. 145 RGB., über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt, statuiert die Publikationspflicht der zur Kundmachung der Gesetze berufenen Staatsorgane mit folgenden Worten: „Die Kundmachung der Gesetze erfolgt im Namen des Kaisers mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“ Die Rechtsverpflichtung der Verwaltungsbehörden, unter gewissen Umständen einen Wahlkommissär aufzustellen, erfolgt im § 17 der österreichischen Reichsratswahlordnung vom 26. I. 1907, Nr. 17 RGB. mit den Worten: „Der Wahlkommissär wird für die Landeshauptstädte von der politischen Landesbehörde, für die außerhalb der Landeshauptstadt vorzunehmenden Wahlen aber von jener Bezirkshauptmannschaft bestimmt, in deren Bezirk der Wahlort gelegen ist oder die von der politischen Landesbehörde mit der Bestimmung des Wahlkommissärs beauftragt wird.“

In beiden Fällen begnügt sich das Gesetz, das pflichtmäßige, rechtlich gesollte Verhalten einfach zu schildern, ohne es formell als Gebot oder Verbot erscheinen zu lassen. Was läßt uns trotzdem dieses Verhalten als Inhalt einer Rechtspflicht erscheinen, warum kann die Imperativtheorie gerade diese Paragrafen in imperativische Form einkleiden? Das einzig mögliche Kriterium liegt in der Beziehung zu einer Sanktion. Als Inhalt einer Rechtspflicht kann ein Handeln oder Unterlassen der Menschen nur dann erkannt werden, wenn das kontradiktorisch-gegensätzliche Verhalten mit einer Unrechtsfolge bedroht ist, wenn in irgendeinem Teile der Gesetzgebung Strafe oder Exekution auf dieses Verhalten gesetzt ist. Die Imperativtheorie, die ihrem Wesen nach auf dieses Kriterium verzichtet, ist absolut nicht imstande, dafür einen Grund anzugeben, warum sie die eine Bestimmung eines Gesetzes als Imperativ, d. h. als verpflichtenden Rechtssatz, die andere dagegen nicht als solchen gelten lassen will. Sie ist absolut

unfähig zu erklären, warum gewisse Sätze der Rechtsordnung nur berechtigen und nicht verpflichten, warum zahlreiche Bestandteile in den Gesetzen nur den Sinn frommer Wünsche oder irrelevanter Motivenangabe haben; der Imperativtheorie fehlt jedes objektive Kriterium für die Unterscheidung des rechtlich verbindlichen von dem rechtlich unverbindlichen Gesetzesinhalt und damit — wie noch später näher auszuführen sein wird — eine faktische Unterscheidung zwischen Gesetz im formellen und materiellen Sinne.

Die Tatsache, daß der Sprachgebrauch des Gesetzes keinen Anhaltspunkt für die Konstruktion der Imperative gibt, konnte natürlich auch den Imperativtheoretikern nicht verborgen bleiben. Allein der Frage, welches dann das verpflichtende Kriterium der Rechtsordnung sei, ging man entweder überhaupt aus dem Wege und setzte die Entscheidung darüber, welche der verschiedenartigen, in den Gesetzen bezeichneten Verhaltensweisen Inhalt von Pflichten, also Gegenstand von Imperativen seien und welche nicht, als selbstverständlich voraus oder man begnügte sich mit einer Scheinlösung des Problems. SELIGMANN, der schon früher als typischer Vertreter der Imperativtheorie angeführt wurde, bemerkt¹⁾, es gäbe Gesetze, die, trotzdem sie das Wörtchen „soll“ enthalten, dennoch keine materiell verpflichtende Kraft, sondern „nur eine rein formelle Beschaffenheit haben“ und zwar aus dem Grunde, „weil sie der imperativischen Natur entbehren.“ Es seien dies die sogenannten instruktionellen Bestimmungen. SELIGMANN zitiert den § 230 Abs. 3 ZPO. „In der Klagschrift soll ferner der Wert des nicht in Geld bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden...“. Trotzdem habe das Reichsgericht entschieden, daß die Nichteinhaltung dieser Ordnungsvorschrift nicht als Verletzung einer Rechtsnorm erscheine. — Allein was veranlaßt SELIGMANN anzunehmen, daß diese Bestimmungen des Gesetzes „der imperativischen Natur entbehren“? Offenbar ist es nur der juristische Instinkt, der ihm sagt, daß sie keine Rechtspflichten begründen. Und dies tun sie nur darum nicht, weil das Zuwiderhandeln gegen diese Vorschriften den Gerichten keinen Tatbestand liefert, an den sie eine Unrechtsfolge knüpfen können. Wenn SELIGMANN meint, daß solcher Gesetzesinhalt darum keine verbindliche Kraft habe, weil er der imperativischen Natur entbehre, so ist dies nur eine Scheinbegründung, denn „imperativische Natur“ und „verbindliche Kraft“ ist für den Imperativtheoretiker dasselbe. Und wie würde sich SELIGMANN und mit ihm die ganze Imperativtheorie

1) a. a. O. S. 40.

zu irgendwelchen rechtlich ganz irrelevanten Wünschen verhalten, denen die legislativen Faktoren beliebt haben, Gesetzesform zu verleihen, wie etwa einer Gratulation an den Monarchen, die den Wunsch enthält, der Herrscher möge noch lange leben, — wo die Gesetzesform keinen anderen Zweck hat, als die besondere Feierlichkeit des Aktes zu dokumentieren? Wodurch unterscheidet sich dieser Wunsch der Gesetzgeber von dem verbindlichen Willen des Staates? Etwa dadurch, daß er keine imperativische Natur hat? Ja, aber das gerade ist zu zeigen, warum er keine imperativische Natur hat! Wenn BIERLING¹⁾ behauptet: „Wo auch der einzelne Rechtssatz nicht schon seiner unmittelbaren Gestaltung nach, wie im jüdischen und älteren römischen, in den nordischen und altdeutschen Rechten, als Imperativ auftritt, da wird es dennoch niemals an einer Eingangs- oder Schlußformel mangeln, durch welche dem fraglichen Inhalte der imperativische Charakter aufgeprägt wird.“ Es ist zu erwidern, daß eine derartige Formel, wie z. B. die der österreichischen Gesetze: „Mit Zustimmung etc. finde ich anzuordnen wie folgt:“ für die materielle Verbindlichkeit — das ist aber der imperativische Charakter — des Inhaltes völlig gleichgültig ist, da sie einem durchaus unverbindlichen Gesetzesinhalte in gleicher Weise voranstehen muß und nur ein Charakteristikum des Gesetzes im formellen Sinne, nicht jenes im materiellen Sinne ist, dem allein der imperativische Charakter zukommt. Verbindlichen Charakter hätten die Gesetze auf Grund ihres spezifischen Inhaltes auch dann, wenn für ihre Form nach der Verfassung keine solche Publikationsklausel vorgeschrieben wäre. Wenn BIERLING dann fortfährt: „Fehlt aber wirklich solche Formel völlig oder läßt sich der darunter gehörige Inhalt nur teilweise mit ihrem Sinne vereinigen, so ist dies stets ein Beweis dafür, daß entweder gar kein Gesetz oder eine derartige Mischung von Satzung, Lehre, Erzählung vorliegt, daß eine sachliche Scheidung nur nach Gesichtspunkten erfolgen kann, die man bereits anderswoher gewonnen hat,“ so muß entgegnet werden, daß es eben darauf ankommt, das Kriterium festzustellen, wann und warum ein Gesetzesinhalt mit dem imperativischen Sinne der Eingangsformel nicht vereinigt werden kann, und daß der Gesichtspunkt, nach dem das materielle Gesetz von einer bloß in Gesetzesform gehüllten Erzählung oder Lehre zu scheiden ist, stets und unter allen Umständen anderswoher als von der Eingangsformel zu nehmen ist, nie formaler, sondern stets nur materieller Natur sein kann, d. h. aus dem Inhalt selbst hervorgeht: Das im Gesetze, sei es nun imperativisch oder nicht imperativisch, bezeichnete Verhalten

1) Kritik der juristischen Grundbegriffe II. 1893 S. 16.

der Subjekte ist nur dann Gegenstand einer Rechtspflicht und der bezügliche Gesetzesinhalt materiell-verbindlicher Natur, wenn die Beziehung zu einem Wollen und Handeln des Staates zu einer Unrechtsfolge, einer Sanktion gegeben ist.

IX. Kapitel.

Der Rechtssatz im weiteren Sinne.

(Der den Staat verpflichtende Rechtssatz.)

Die bisherigen Ausführungen haben nur den die Untertanen verpflichtenden Rechtssatz berücksichtigt. Jene Theorie nun, welche den Rechtssatz ausnahmslos und in allen Fällen als Ausdruck eines staatlichen Willens, unter gewissen Bedingungen zu strafen oder zu exequieren, oder, wie man sich ungenau ausdrückt, einen Zwang auszuüben, erkennen will, derzufolge jede Rechtspflicht für ein Rechtssubjekt nur in Bezug auf jenes Verhalten besteht, bei dessen Nichteintritt die im Rechtssatze ausgesprochene Unrechtsfolge verwirkt wird, — diese gemeinhin als „Zwangstheorie“ bezeichnete Anschauung muß sich in ihrer engen Formulierung tatsächlich als unzulänglich erweisen, sobald sich die Rechtswissenschaft das Postulat stellt, auch den Staat als ein der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt von Pflichten und Rechten, d. h. als Person zu erfassen, und man die Staatsperson den übrigen Personen rechtlich koordiniert. Denn für den Staat kann die Unrechtsfolge der Strafe oder Exekution als Kriterium der Rechtspflicht nicht in Betracht kommen, da ein Zwang des Staates gegen sich selbst, in welcher Form immer, sei es als physischer oder psychischer Zwang, undenkbar ist. Dies setze einen zwiespältigen Willen voraus, indem der Staat auf der einen Seite — als Subjekt des Rechtszwanges, das ist als Träger des Straf- und Exekutionswillens — etwas beabsichtige, was er als Subjekt der unerfüllt gelassenen Pflicht nicht wollte. Der Wille des Staates, der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt, stünde in einem Widerspruche zu dem tatsächlichen Verhalten des Staates als Pflichtsubjekt. Dies wäre aber gleichbedeutend mit einer Spaltung des Staatswillens, auf dessen Einheit gerade die Persönlichkeit des Staates, somit seine Pflicht- und Rechtssubjektivität beruht.

Auch von einem anderen Gesichtspunkte aus erscheint es notwendig, dem Rechtssatze, der nicht nur physische Personen, sondern auch den Staat verpflichtet, eine andere und zwar weitere Fassung

als die der nackten Zwangstheorie zu geben. Das Staatssubjekt unterscheidet sich der Rechtsordnung gegenüber von den übrigen Subjekten dadurch, daß die letzteren rechtswidrig handeln können, während dies beim Staate völlig ausgeschlossen ist. Denn man kann unmöglich annehmen, daß der Staat, dessen Wille das Recht ist, in irgendeinem Falle gegen das Recht, das ist gegen seinen eigenen Willen handeln könne. Die Staatsorgane, durch die allein die juristische Person des Staates handelt, repräsentieren den Staat nur insoferne, als sie dessen Willen realisieren, als ihr psychischer Wille mit dem des Staates in der Rechtsordnung ausgesprochenen übereinstimmt. Im Staatsorgane, das gegen oder ohne den Willen des Staates vorgeht, handelt nicht mehr der Staat. Nicht dem Staate kann zugerechnet werden, was der Staat nicht gewollt hat. Darum kann es niemals die Staatsperson sein, die im konkreten Falle ihre Rechtspflicht verletzt, sondern stets nur das physische Staatsorgan, das in Verletzung seiner Amtspflicht, den Willen des Staates zu realisieren, diesen unausgeführt läßt oder gegen ihn handelt. Der Staat kann nicht unrecht handeln, denn er kann nur das Recht wollen. Der Wille des Staates in der Rechtsordnung und der Wille des Staates in der Verwaltung (im weitesten Sinne, nach welchem der wollende Staat in der Rechtsordnung, der handelnde in der Verwaltung in die Erscheinung tritt) können möglicherweise formell getrennt, niemals aber inhaltlich verschieden oder gar einander entgegengesetzt gedacht werden; auch eine solche Annahme müßte die Grundlage der einheitlichen Staatspersönlichkeit: den einheitlichen Staatswillen zerstören. Die Tatsache, daß Akte von Staatsorganen, die mit dem Willen des Staates kontrastieren, dennoch aber die rechtliche Wirkung von Staatsakten haben, in der Praxis unvermeidlich sind, kann niemals die Ansicht rechtfertigen, daß der Grundsatz, der Staat könne nicht unrecht handeln, nur eine ideale Regel sei, die eben Ausnahmen habe. Denn jeder Akt, der äußerlich den Anspruch darauf macht, als Staatsakt zu gelten, tut dies niemals, ohne sich auf die Übereinstimmung mit dem Willen des Staates in der Rechtsordnung zu stützen. Stellt sich nun nachträglich heraus, daß diese Übereinstimmung nur eine scheinbare war, tritt die Differenz zwischen dem Akte des Staatsorgans und dem Willen des Staates zu Tage, dann sind zwei Fälle zu unterscheiden: Entweder der Akt des Staatsorgans kann rechtlich vernichtet und durch einen korrekten, den wahren Willen des Staates realisierenden ersetzt werden, dann ist durch den zweiten Akt deutlich deklariert, daß der erste rechtlich kein Staatsakt war. Eine solche Korrektur muß immer als möglich angesehen werden, wenn die Rechtsordnung nicht ausdrücklich eine solche Vernichtung des fehlerhaften Organaktes unmöglich macht. Ist dies letztere

aber der Fall, etwa dadurch, daß die Entscheidung einer Behörde als inappellabel erklärt ist, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Staat durch die Stellung, die er diesem Organe auf Grund der Rechtsordnung einräumt, dessen Akte unter gewissen Umständen als seine eigenen will, auch wenn diese Akte sonst, d. h. abgesehen von diesen besonderen Umständen, z. B. Erschöpfung des Instanzenzuges, mit einem anderen in der Rechtsordnung ausgesprochenen Willen des Staates kontrastieren. Diese besonderen Umstände gleichen formell etwa den Strafausschließungsgründen, bei deren Vorhandensein der Staat an einem Tatbestand, an den er sonst Strafe knüpfen will, von der Strafe absieht¹⁾.

Nicht nach den dargelegten Gesichtspunkten sind fehlerhafte Akte der sogenannten gesetzgebenden Organe zu beurteilen. Sind die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen bei Schaffung eines Gesetzes nicht erfüllt worden, dann ist kein Wille des Staates entstanden, das, was sich als Gesetz ausgibt, kein Gesetz. Fehlt es aber an einem richterlichen Prüfungsrechte, so daß alles, was als Gesetz publiziert wird, ohne Rücksicht auf andere Voraussetzungen als Gesetz angewendet werden muß, dann bedeutet jede Außerachtlassung der für das Zustandekommen eines Gesetzes bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einen rechtlich nicht konstruierbaren Verfassungsbruch. Die „Beschließung und Sanktion eines verfassungsändernden Gesetzes ohne Einhaltung der verfassungsmäßigen Formen“ ist „in jenen Staaten, welche ein richterliches Prüfungsrecht der Gesetze nicht anerkennen“²⁾, ebenso rechtlich unfaßbar wie eine Revolution oder ein faktischer Stillstand der Staatsmaschine. Man kann ein solches Faktum nicht als „Unrecht des Staates“, dem Unrecht der übrigen Rechtssubjekte gleichstellen, denn dieses letztere ist rechtlich qualifizierbar und als „Unrecht“ dadurch rechtlich qualifiziert, daß es die Voraussetzung für eine Rechtsfunktion des Staates bildet, während der eben charakterisierte Fall eines fehlerhaften Gesetzgebungsaktes überhaupt zur Rechtsordnung beziehungslos, außerhalb aller rechtlichen Beurteilung steht.

1) Nicht rinzipiell verschieden von der Erschöpfung des Instanzenzuges gegen einen ursprünglich rechtswidrigen Organakt ist der Fall, „wenn gegen eine kompetenzwidrige Verfügung der Unterbehörde die Oberbehörde nur auf Antrag der verletzten Partei tätig werden darf, dieser aber unterbleibt.“ (JELLINEK, System der subj. öff. Rechte, 2. A. S. 242). Hier hat die Entscheidung der Unterbehörde, gegen die nicht appelliert wurde, die gleiche Stellung wie die Entscheidung der letzten Instanz, gegen die nicht mehr appelliert werden kann. Auch den Akt dieses Organs will der Staat unter bestimmten Umständen (darunter: mangelnder Rekurs der Partei) wie er den der letzten Instanz unter gewissen Umständen will.

2) JELLINEK a. a. O. S. 241, 242.

So zeigt sich, daß rechtlich irreparable rechtswidrige Akte der exekutiven Staatsorgane nur scheinbar rechtswidrig sind, da ihre auf der Rechtsordnung beruhende Irreparabilität nur ein Ausdruck dafür ist, daß der Staat in der Rechtsordnung diese Akte unter gewissen Umständen will, diese Akte also nicht gegen den Willen des Staates verstoßen, daher auch nicht als „Unrecht“ bezeichnet werden können, Akte der Legislative aber bei fehlendem richterlichen Gesetzesprüfungsrechte überhaupt rechtlich unqualifizierbar — also auch nicht als „Unrecht“ zu charakterisieren sind¹⁾.

Wenn JELLINEK den Fall, daß ein Staatsorgan seine Kompetenz verletzt, d. h. rechtswidrig handelt, ohne daß weiter rechtliche Garantien gegeben sind, diesen fehlerhaften Akt gutzumachen, in der Weise charakterisiert, daß auch ein solcher kompetenzüberschreitender Organwille den Staatswillen erzeuge, so ist — wenn man die Organtätigkeit überhaupt als Erzeugung des Staatswillens auffassen will — gegen diese Konstruktion nichts einzuwenden (soweit sie sich auf die exekutiven Organe beschränkt. Die Ausdehnung auf die legislativen wurde bereits oben abgelehnt). Allein darin kann JELLINEK nicht beiepflichtet werden, daß dieser nach JELLINEKS eigener Konstruktion Staatswillen darstellende Akt als „Unrecht des Staates“ gedacht werden müsse. Denn wenn diese Organfunktion als Ausdruck des Staatswillens angenommen, dem Staate also zugerechnet werden soll, dann muß die Konstruktion Mittel und Wege gefunden haben, diesen durch die Organtätigkeit „erzeugten“ Willen des Staates in keinem Widerspruch zu dem in der Rechtsordnung ausgesprochenen, d. h. also nicht als „Unrecht“ erscheinen zu lassen. Dann muß die Konstruktion zeigen können, daß auch in der Rechtsordnung der Staat unter gewissen Umständen so handeln wollte, wie das Organ gehandelt hat (daß der Staat gleichsam von vornherein und in bianco als seinen Willen erklärt hat, was das Organ unter gewissen Umständen verfügen werde, so daß die Funktion des Organs formal, nicht materiell als Ausführung und nicht als Erzeugung des Blankett-Staatswillens erscheint); dann muß die Konstruktion beweisen, daß der Wille des Staates in der Exekutive nicht verschieden ist von dem in der Rechtsordnung ausgesprochenen. Denn eine Konstruktion der Staatsperson, die an irgend einem Punkte zu einem zwiespältigen, sich innerlich widersprechenden Willen des Staates gelangt, muß sich selbst ad absurdum führen, da sie ihre eigene Grundlage, den einheitlichen Staatswillen zerstört.

1) Die nähere Untersuchung des Problems des staatlichen Unrechtes, das hier nur in seinen unmittelbaren Beziehungen zum Rechtssatze berücksichtigt wurde, ist im Kapitel über die Rechtsstellung der Staatsorgane zu finden.

Die Frage, ob der Staat unrecht handeln könne oder nicht, ist ausschließlich ein Problem der juristischen Konstruktion. Das Postulat, staatliches Unrecht zu vermeiden, ist lediglich an die juristische Konstruktion, nicht etwa an die Gesetzgebung oder die Verwaltung gerichtet. Es ist ein Postulat, das die juristische Konstruktion erfüllen muß, wenn sie an der einheitlichen Persönlichkeit des Staates festhalten will, eine theoretische Forderung, die sie auf dem vorgezeichneten Wege auch erfüllen kann. Völlig verkehrt wäre die Ansicht, daß nur für den Idealstaat der Grundsatz, daß der Staat nicht unrecht tun könne, uneingeschränkte Geltung habe, daß jedoch die Praxis der konkreten Staaten dieses Prinzip nicht ausnahmslos erfüllen könnte. Denn nicht die Praxis, sondern die Theorie des Staates hat dem Satze des englischen Staatsrechtes: *The king can do no wrong* zu entsprechen, und diesem Satz ist nicht die Bedeutung beizulegen, daß Gesetzgebung und Verwaltung bemüht sein sollen, staatliches Unrecht zu vermeiden¹⁾, sondern die, daß die Jurisprudenz in keinem Akte ein Unrecht des Staates erkennen darf. Ein Unrecht des Staates muß unter allen Umständen ein Widerspruch in sich selbst sein.

Diese Erkenntnis muß zu der Konsequenz führen, daß der Rechtssatz gegenüber dem Staatssubjekte eine andere formale Funktion ausübt als gegenüber den übrigen Pflicht- und Rechtssubjekten. Denn die letzteren kommen für die Rechtsordnung — um ein treffendes Wort *BINDINGS* zu gebrauchen — nur als „mögliche Rechtsverletzer“ in Betracht. Die Rechtsordnung als Inbegriff der Rechtssätze bedeutet — vom formal-juristischen und nicht etwa vom sozial-ethischen Standpunkte aus — im Verhältnisse zu diesen Subjekten eine Reaktion gegen das Unrecht. Dem Staate gegenüber kann der Rechtssatz niemals diese Bedeutung haben.

In diesem Punkte zeigt sich der Grundunterschied zwischen der

1) JELLINEK sagt a. a. O. S. 242 wörtlich folgendes: „De lege ferenda entsteht aus solchen Fällen (wo die Garantien der Einhaltung der Kompetenz versagen und auch das kompetenzüberschreitende Organ den Staatswillen und damit staatliches Unrecht erzeugt) stets die Forderung an den Staat, die Garantien für die strikte Einhaltung der betreffenden Kompetenzen zu vermehren. Denn dem vollendeten Bilde des Staates entspricht es, daß der kompetenzüberschreitende Organwille nicht mehr als Staatswille anzusehen sei. In dem Idealbilde des Staates müßte der Satz des englischen Staatsrechtes: *The king can do no wrong* zu der unfehlbaren Wahrheit sich ausdehnen, daß der Staat nicht unrecht tun könne.“ Allein das „Idealbild des Staates“ schafft nicht der Staat, sondern die Wissenschaft, die mit den Mitteln juristischer Konstruktion wohl erreichen kann, was dem Staate mit allen Mitteln der Gesetzgebung nicht möglich wäre: die absolute Unmöglichkeit des staatlichen Unrechts!

Stellung, welche der Staatsperson und jener, welche den anderen Rechts-subjekten auf Grund der Rechtsordnung zukommt, die spezifische Differenz zwischen Staatspflicht und Pflicht anderer Personen (ein Gegensatz, der — wie noch später zu zeigen sein wird — einer möglichen Trennung von Privat- und öffentlichem Rechte zugrunde zu legen ist). Während nämlich der in der verpflichtenden Rechtsordnung erklärte Wille den verpflichteten Untertanen gegenüber ein fremder, der Wille einer anderen Person, nämlich des Staates ist, findet die durch die Rechtsordnung ebenso wie die übrigen Subjekte verpflichtete Staatsperson in dieser Rechtsordnung ihren eigenen Willen. Damit entfällt aber für das Pflichtsubjekt Staat jener für die übrigen Subjekte so charakteristische Gegensatz zwischen der objektiven Norm — dem Sollen — und dem subjektiven Wollen. Während beim menschlichen Individuum das rechtliche Sollen und das subjektive Wollen stets divergieren kann, ist beim Staate, der Pflichtsubjekt und Subjekt des — im Rechtssatz ausgesprochenen — verpflichtenden Willens zugleich ist, Wollen und Sollen inhaltlich stets identisch: Des Staates Wollen ist sein Sollen, seine Pflicht ist sein Wille¹⁾.

Daraus ergibt sich, daß jeder Satz, der einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten beinhaltet, ein Rechtssatz ist, zumindest dem Staatssubjekte gegenüber. Denn er statuiert das Wollen und daher die Rechtspflicht des Staates zu diesem Verhalten. Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Existenz eines solchen Staatswillens behaupten, das heißt also einen Rechtssatz aufstellen zu können, die Unterscheidung des Staatswillens in der Rechtsordnung und in der Verwaltung, die Beziehungen des Rechtssatzes zu Gesetz und Verordnung ist den Untersuchungen des 3. Buches vorbehalten.

Hier kommt vor allem die Beziehung des den Staat verpflichtenden Rechtssatzes zu dem die übrigen Subjekte verpflichtenden in Betracht.

Die Erkenntnis von der verschiedenen Bedeutung, die der Rechtssatz, das ist die eine Rechtspflicht statuierende Norm gegenüber dem Staatssubjekte einerseits und den übrigen Subjekten andererseits hat, darf nicht zu der scheinbar naheliegenden Konsequenz führen, beiden Arten von Rechtssätzen eine völlig verschiedene Formulierung zu geben; dies wäre ein Verstoß gegen den einheitlichen Rechtssatz- und Rechtspflichtbegriff: Und der einheitliche Rechtssatz- und Rechtspflichtbegriff ist gerade der Inhalt des an die Rechtswissenschaft gestellten Postulates, den Staat als Person, d. h. ebenso wie alle übrigen Rechts-

1) Das Nähere bei der Entwicklung des Begriffes der Rechtspflicht im 3. Buche.

und Pflichtsubjekte, also als ein diesen koordiniertes Subjekt zu erfassen. Es wäre unzulässig, neben den den Staat verpflichtenden Rechtssätzen selbständige und anders formulierte Rechtssätze zu konstruieren, durch die Rechtspflichten der Untertanen statuiert werden. Das Verhältnis beider Arten von Rechtssätzen darf nicht das zweier sich ausschließender oder sich schneidender Kreise sein, es muß vielmehr der eine Begriff vom anderen enthalten werden.

Der Rechtssatz der sogenannten Zwangstheorie, der nichts beinhaltet als den Willen des Staates, unter bestimmten Umständen zu strafen oder zu exequieren, d. h. eine Unrechtsfolge zu verhängen, hat sich dadurch als unzulänglich erwiesen, daß er die zahlreichen und verschiedenartigen Pflichten des modernen Staates nicht erfassen konnte. Allein darin muß dieser Formulierung des Rechtssatzes zugestimmt werden, daß sie den Willen des Staates zu eigenem Handeln — strafen und exequieren — und nicht — wie die Rechtsnorm der Imperativtheorie — die durch den Rechtssatz zu verwirklichende Absicht der Gesetzgeber, den sozialen Zweck der Rechtsordnung: das rechtmäßige Verhalten der Untertanen in imperativischer Form ausdrückt. Soweit die Verpflichtung der Untertanen in Betracht kommt, muß der Rechtssatz tatsächlich als hypothetisches Urteil über die an gewisse Voraussetzungen gebundene Existenz eines Staatswillens, zu strafen oder zu exequieren, erscheinen. Schließt man sich nun dieser Formulierung des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes an, dann ergibt sich zwanglos das Verhältnis zu dem die Staatsperson verpflichtenden Rechtssatz: Jeder einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten statuierende Satz ist Rechtssatz im weiteren Sinne; er normiert die Pflicht des Staates zu diesem Verhalten, z. B. die Pflicht des Staates, Eisenbahnen zu bauen, Arme zu unterstützen, Witwen, Waisen und Invaliden zu versorgen, Stimmzettel in Empfang zu nehmen und zu zählen, Wahlergebnisse zu verkünden etc. etc. Jene Rechtssätze nun, die den Willen des Staates, zu strafen oder zu exequieren, kurz eine Unrechtsfolge zu verhängen, beinhalten, statuieren nicht nur eine Pflicht des Staates, zu strafen und zu exequieren, sondern auch eine Rechtspflicht der übrigen Subjekte, die Rechtspflicht derselben zu jenem Verhalten, das zu dem als Voraussetzung der Unrechtsfolge im Rechtssatz bezeichneten in einem kontradiktorischen Gegensatz steht und bei dessen Erfolg die Unrechtsfolge nicht einzutreten hat. Diese Normen sind Rechtssätze im engeren Sinne, sie statuieren auch Rechtspflichten der Untertanen, aber auch — und in erster Linie — Pflichten des Staates, insofern sie einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten beinhalten. Jeder Rechtssatz statuiert somit eine Pflicht des Staates, gewisse Rechtssätze auch Pflichten der übrigen Subjekte.

Die Rechtssätze im weiteren Sinne, die den Willen des Staates zu einem eigenen Verhalten beinhalten und deren Inbegriff die Rechtsordnung ausmacht, stellen die für die Tätigkeit des konstitutionellen Staates erforderliche gesetzliche Basis dar. Wenn man in der Rechtsordnung den wollenden, in der Verwaltung den handelnden Staat erkennt, dann sind die Rechtssätze im weiteren Sinne die durch die Verwaltungstätigkeit zu realisierenden Willensäußerungen des Staates und können mit Rücksicht darauf auch als Verwaltungssätze bezeichnet werden. Nicht nur die Sätze der Rechtsordnung, die des Staates Willen, Eisenbahnen und Straßen zu bauen, die polizeiliche Sicherheit und Ordnung aufrecht zu erhalten etc., beinhalten, sondern auch die Rechtspflichten der Untertanen statuierenden, Strafe und Exekution normierenden Rechtssätze (im engeren Sinne) haben mit Beziehung auf die durch die Staatsorgane zu realisierende, vollziehende, exekutive Tätigkeit des Strafens und Exequierens die staatliche Verwaltung zum Inhalte und stellen sich in diesem Sinne als Verwaltungssätze dar¹⁾.

1) Eine der hier ausgeführten Grundanschauung verwandte Auffassung ist in der bisherigen Literatur nur von einem einzigen Autor mit Nachdruck vertreten worden, dessen Schrift allerdings so gut wie gar keine Beachtung gefunden hat. Es ist JOSEF SCHEINS „Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz,“ Berlin 1889, auf welches Buch der Verfasser durch ein Zitat bei MERKEL, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechtes II. 2. (Elemente der allg. Rechtslehre) aufmerksam wurde. Die These, die SCHEIN in der genannten Arbeit aufstellt und zu beweisen sucht lautet: „Recht ist der Inbegriff der Regeln staatlichen Handelns.“ (a. a. O. S. 85). Um dieses richtigen und fruchtbaren Grundgedankens willen verdient das Werk SCHEINS einer Vergessenheit entrissen zu werden, die freilich mit Rücksicht auf den übrigen Inhalt des Buches nicht als unverschuldet bezeichnet werden kann; denn abgesehen davon, daß die Arbeit in einem vollkommen unzulänglichen Stile geschrieben ist und eine Reihe schwerkompromittierender Verstöße gegen die Orthographie enthält — der Autor spricht z. B. konstant von „Theleologie“ z. B. auf S. 25, wo sich das Wort dreimal in dieser Schreibweise findet, die ernstlich daran zweifeln läßt, ob der Autor sich des Sinnes und der Herkunft des Wortes bewußt war — entbehrt die an die Spitze der Arbeit gestellte, intuitiv erkannte, richtige These jeder wissenschaftlichen Begründung und Durchführung. Den Mangel an Literaturkenntnis würde man noch hinnehmen, wenn sich nicht eine starke Unkenntnis der Probleme fühlbar machte. Der Autor beschränkt sich eigentlich darauf, seinen Grundgedanken durch immer neue Vergleiche und Analogien plausibel zu machen, die mitunter bis zur Geschmacklosigkeit naiv sind. So, wenn er das Verfahren der herrschenden Jurisprudenz bei der Entwicklung der im Rechtssatze enthaltenen Begriffe persifliert, indem er eine sorgsame Hausfrau Regeln für das Verhalten ihrer Dienstboten feststellen läßt und das „Aufräumen“ in einem System begrifflich entwickelt! (S. 164 ff.). Der schwerste Mangel der Arbeit aber ist darin zu erblicken, daß SCHEIN, der alles Recht als Regel für das Handeln des Staates erklärt und so den Staat bewußt in das Zentrum des Rechtssystems stellt, der nicht scharf genug gegen die Vernachlässigung des Staates bei der

Die hier dargelegte Konstruktion, derzufolge jeder Rechtssatz Pflichten des Staates statuiert und die Pflichten der übrigen Subjekte nur sekundär begriffen werden, indem die Verpflichtung dieser Subjekte nicht als wesentliches Moment jedes Rechtssatzes, sondern nur als Eigenschaft bestimmter Rechtssätze erkannt wird, wobei diese besondere Eigenschaft aus dem spezifischen Inhalte des im Rechtssatze ausgedrückten staatlichen Willens hervorgeht — diese Konstruktion bringt die Überzeugung von der staatlichen Natur alles Rechtes zum Ausdruck, die gleichbedeutend ist mit der Anschauung von der allrechtlichen Natur des Staates¹⁾, sie ist nur eine Konsequenz des Grundsatzes, daß alles Recht Wille des Staates ist.

Die einer solchen Konstruktion zugrunde liegende Anschauung des Rechtes ist eine objektive. Darum wird die hier akzeptierte Formulierung des Rechtssatzes den stärksten Bedenken von seiten der Zivilisten begegnen, denn die heute herrschende Konstruktion des Privatrechtes, ja, dessen ganze Unterscheidung vom öffentlichen

Konstruktion des Rechtes polemisieren zu können meint (vgl. z. B. a. a. O. S. 15 ff.), ja, überhaupt alles Recht nur Staatsrecht sein läßt und dem Privatrechte alle Existenzberechtigung abspricht (vgl. a. a. O. S. 77), — den Begriff der Staatsperson, ohne den seine ganze Theorie keine Basis hat, gar nicht zu kennen scheint. Was er über den Staat überhaupt zu sagen hat — es sind nur ein paar Zeilen, die er diesem Probleme widmet — ist so oberflächlich und laienhaft, daß es den Eindruck macht, der Autor habe von all den tiefdringenden Untersuchungen, die seit der Mitte des 19. Jahrhunderts dem Staatsbegriffe gewidmet wurden, keine Ahnung. Nur als Symptom für den ganzen Geist des Buches sei SCHEINS Staatsdefinition hier wiedergegeben: a. a. O. S. 6.: „Wir verstehen also unter Staat im allgemeinen denjenigen Teil des Volkes, der im Lande (!) die öffentliche Gewalt ausübt und besitzt. Die Regeln, nach denen dieser Teil des Volkes sich zu verhalten pflegt, bilden unserer Behauptung nach das Recht. Das Wort (!) Staat ist zwar höchst unvollkommen, denn es bezeichnet bald diesen regierenden Teil des Volkes, bald das ganze Volk samt dem Lande, in dem es wohnt, da wir aber kein passenderes Wort fanden, mußten wir uns an den Ausdruck „Staat“ halten und fügten nur der Vorsicht halber diese Erklärung hinzu“. Diese „Erklärung“ enthebt einen jeder ernstern Polemik. Trotz alledem ist die Arbeit SCHEINS nicht ganz wertlos und verdient gekannt zu werden. Denn so dilettantisch auch ihre positiven Ausführungen sind, so enthält sie doch neben einem zweifellos richtigen Grundgedanken manche treffende kritische Bemerkung und muß immerhin als ein interessanter Beitrag zur Kritik der herrschenden juristischen Konstruktionen anerkannt werden.

1) Die staatliche Natur des Rechtes und die rechtliche Natur des Staates bedeuten materiell nichts verschiedenes; es sind nur die beiden Seiten einer Medaille; den Kernpunkt oder Inhalt bildet die substantielle, nicht formale Identität von Recht und Staat. Die Vorstellung von dem Verhältnisse zwischen beiden Tatsachen ist eine der unbeweisbaren subjektiven Voraussetzungen aller Rechts- und Staatsphilosophie.

Rechte beruht auf einer subjektiven Rechtsanschauung¹⁾, auf einer Einteilung nicht der Rechtssätze, sondern der subjektiven Rechte. Allein, ein subjektives Recht konnte der hier vorgeschlagenen Formulierung des Rechtssatzes bisher nicht entnommen werden. Das Verhältnis des Rechtssatzes zum subjektiven Rechte überhaupt, die Stellung des Privatrechtes und dessen Abgrenzung vom öffentlichen Rechte muß den folgenden Untersuchungen vorbehalten werden.

Nicht nur der Rechtssatz im engeren Sinne, der den Willen des Staates, unter gewissen Bedingungen zu strafen oder zu exequieren, statuiert, ist ein hypothetisches Urteil, sondern auch der Rechtssatz im weiteren Sinne, da in der Rechtsordnung jeder Staatswille nur als bedingter erscheinen kann. Die Statuierung eines voraussetzungslosen, unbedingten Willens zu einem künftigen Verhalten ist schlechterdings unmöglich, soweit dieser ein positives Verhalten betrifft. Der Staat kann nicht unbedingt und voraussetzungslos, d. h. ohne nähere Umstände zu bestimmen, Straßen bauen, Arme unterstützen, kurz, irgendwie handeln wollen. Ein solcher Wille wäre unvernünftig und böte den Organen keinen Anhaltspunkt dafür, wann und unter welchen Umständen sie den Staatswillen zu einem bestimmten Handeln zu realisieren hätten. Stets und unter allen Umständen eine bestimmte Handlung wollen, ist unmöglich, da jede Handlung nur unter bestimmten Umständen möglich ist. Ein solcher Wille wäre faktisch gar kein Wille. Anders freilich ist ein negatives Verhalten zu beurteilen! Ein Unterlassen ist voraussetzungslos wohl möglich. Man kann unter allen Umständen etwas unterlassen. Unterlassen-„wollen“ (im psychischen Sinne), das ja eine positive psychische Aktion ist, ist allerdings auch nur unter gewissen Bedingungen möglich, (nämlich bei Auftauchen des gegenteiligen Triebes, zu dessen Unterdrückung das Unterlassen-wollen führt. Fehlt es an dieser Bedingung, liegt gar kein Wollen vor!²⁾ Wenn aber auch ein bestimmtes Unterlassen als ein bedingungsloses zugerechnet (also juristisch gewollt) werden kann, so ist doch des

1) Das hat richtig erkannt SCHEIN a. a. O. S. 8: „Die einzelnen betrachten das Recht, insbesondere das Privatrecht, bloß von dem Standpunkte ihrer eigenen Interessen und denken stets nur daran, was es für sie ist, nicht daran, was es für den Staat ist und dieser individualistischen Betrachtungsweise haben sich auch die Juristen angeschlossen und dieselbe systematisch durchgeführt. Aus dieser Betrachtungsweise entspringen aber, wie wir uns im Laufe unserer weiteren Untersuchungen überzeugen werden, die meisten theoretischen Irrtümer, vor allem, worauf wir hier Gewicht legen, die Verkennung des Privatrechtes. Man dachte gar nie daran, was das Privatrecht für den Staat ist, und sah darum nicht ein, daß es seine Tätigkeit regelt.“

2) Vgl. oben S. 106 ff.

Staates Wille nie selbständig auf ein Unterlassen gerichtet. Denn der Wille des Staates ist lediglich für ein Tätigwerden der Staatsorgane maßgebend, für ein Handeln, da ein Unterlassen der Staatsorgane nur auf einem Nichtwollen des Staates beruht. Wo in den Gesetzen von einem Unterlassen des Staates die Rede ist — z. B. bei den sogenannten Freiheitsrechten — liegen keine selbständigen Rechtssätze vor, sondern entweder nähere Präzisierungen (und zwar Ausnahmsbestimmungen) anderweitig statuerter allgemeiner Tatbestände, an die sich der Wille des Staates zu einem bestimmten Handeln knüpft, so daß also gewisse Fälle, die unter diesen allgemeinen Tatbestand fallen würden, ausgenommen werden; oder es sind rechtlich irrelevante Erklärungen der gesetzgebenden Personen. Es ist überflüssig und rechtlich irrelevant, in der Rechtsordnung zu sagen, der Staat wolle die Glaubensfreiheit der Untertanen wahren, da es doch eines ausdrücklichen Willens des Staates zu einem die Glaubensfreiheit beschränkenden Handeln bedürfte, um irgendein Organ zu einer solchen Tätigkeit zu ermächtigen. Die nähere Struktur dieser Freiheitsrechte ist an anderer Stelle zu erörtern. Hier genügt es, darauf hinzuweisen, daß der Wille des Staates stets auf ein positives Verhalten gerichtet, in der Rechtsordnung notwendig bedingt sein muß. Erst durch den Eintritt der Bedingungen sind die Voraussetzungen geschaffen, den in der Rechtsordnung ausgesprochenen Willen des Staates zur Tat zu machen, zu realisieren, durch den Eintritt dieser Bedingungen ist die Voraussetzung für jene Tätigkeit gegeben, die als Verwaltung bezeichnet wird. Durch diese Bedingtheit unterscheidet sich der Wille des Staates in der Rechtsordnung von dem Staatswillen, der in der Verwaltung, d. h. in allen Akten der Exekutive in Erscheinung tritt. Auch die nähere Durchführung dieses Gedankens wird in einem späteren Kapitel erfolgen.

Die ausnahmslose Bedingtheit des Staatswillens in der Rechtsordnung hat zur Folge, daß der Rechtssatz als hypothetisches Urteil erkannt werden muß. Als Urteil darum, weil der Wille des Staates auf eigenes Verhalten und nicht fremdes gerichtet ist und nur der auf fremdes Verhalten gerichtete Wille durch einen Imperativ zum Ausdruck gebracht wird. Durch die Formulierung des Rechtssatzes als hypothetisches Urteil wurde in bewußter Weise gegen die sogenannte Imperativtheorie Stellung genommen, die den Staat im Rechtssatze nicht sein eigenes Handeln, sondern das rechtmäßige Verhalten der Untertanen „wollen“ läßt.

Mit der hier dargelegten Theorie darf jedoch nicht die Lehre ZITELMANN'S verwechselt werden, der nur scheinbar zu demselben Resultat

tate gelangt, wenn er behauptet, der Rechtssatz sei ein hypothetisches Urteil und kein Imperativ ¹⁾. Eine kurze Wiedergabe seiner bezüglichen Ausführungen wird die prinzipielle Differenz zu der hier vertretenen Anschauung dartun. Jedes objektive Recht — meint ZITELMANN — sei ursprünglich ein Komplex von „Normen“. Unter „Norm“ versteht ZITELMANN dasselbe wie „Imperativ“ und begeht schon in diesem Punkte den gleichen Fehler wie die Imperativtheoretiker ²⁾. Diese logische Form sei jedoch eine Anfangsstufe. In seiner entwickelten Form sei der Rechtssatz ebenso wie das ihm analoge Naturgesetz hypothetisches Urteil, welches an gewisse Voraussetzungen gewisse Rechtsfolgen knüpft, wobei der die Rechtsfolge statuierende Nachsatz laute: . . . so bist du verpflichtet ³⁾. „Jeder einzelne Rechtssatz behauptet eine Kausalverbindung zwischen gewissen Tatsachen und einem Sollen im Sinne eines Verpflichtetseins einer Person . . . jeder Rechtssatz lautet: Wenn . . . so sollst du.“ Dabei lehnt ZITELMANN insbesondere die Anschauung ab, der Rechtssatz sei Imperativ. Unter Berufung auf SIGWART führt er gegen diese Formulierung ins Feld, der wahre Imperativ enthalte „ein individuelles und unübertragbares Moment“ ⁴⁾, er sei kein Urteil und gehöre deshalb gar nicht in die Logik; darum könne ein Imperativ auch nie Glied eines hypothetischen Urteils sein, weil in einem solchen eine Beziehung zwischen zwei Urteilen ausgesagt sei. „Rechtsnormen können ihrem Wesen nach niemals Imperative sein, schon deshalb nicht, weil sie allgemein gelten wollen“. „Töte nicht, ist ein Imperativ; du sollst nicht töten, ist ein Urteil, du ist Subjekt, sollst usw. ist Kopula und Prädikat, und dieses Urteil ist eine Aussage über eine bereits vorliegende Beziehung“. Man könne sich von dem behaupteten Unterschiede durch eine einfache Probe überzeugen: „Man kann einem andern sagen: Du sollst nicht, und würde sehr mißverstanden sein, wenn interpretiert würde: Ich will, daß du nicht . . . Im Gegenteil, ich will vielleicht gerade, daß der andere die Handlung begehe und teile ihm nur mit, daß er sie zu unterlassen verpflichtet sei. Jede Rechtsnorm läßt sich denn in der Form ausdrücken: du bist verpflichtet, wohingegen der wahre Imperativ niemals durch diese Wendung vertreten werden kann. Jede Rechtsnorm ist demnach ein Urteil und nur das eigentümliche hat dieses Urteil, daß die Synthese der Begriffe in ihm bloß deshalb gültig ist, weil der Gesetzgeber es will: Der Gesetzgeber hat die Macht, durch seinen Willen dem Subjekte (du) ein Prädikat (verpflichtet sein) beizulegen, das dem Subjekte vorher nicht zukam;

1) Irrtum und Rechtsgeschäft S. 201 ff.

2) Vgl. oben S. 210 ff. 3) a. a. O. S. 223. 4) SIGWART, Logik I. S. 17.

in dem Aussprechen der Norm¹⁾ vollzieht mithin der Gesetzgeber zu gleicher Zeit die Verknüpfung der Tatsachen in Wirklichkeit, welche er zugleich im Urteil als verknüpft ausspricht“. Was das Verhältnis anlangt, das zwischen den im Rechtssatze fixierten Tatbeständen und der an diese Tatbestände im Rechtssatze geknüpften Rechtsfolge — das ist nach ZITELMANN'S Konstruktion die Pflicht resp. das korrespondierende Recht — besteht, so sei dies zwar nicht die natürliche Kausalität selbst, sondern eine vom Menschen ganz nach Analogie der natürlichen geschaffene „juristische Kausalität“²⁾. „Zwischen dem Eintreten gewisser äußerer Tatsachen und einer Änderung in den bisherigen subjektiven Rechtsverhältnissen (beziehungsweise vom Standpunkte der einzelnen Normen aus, dem Entstehen eines „du sollst“, eines Verpflichtetseins einer, mehrerer oder aller Personen) besteht eine notwendige Verbindung durch den Willen des Gesetzgebers. Diese Verbindung deckt sich mit keinem der sonstigen Gestaltungen des Satzes vom Grunde, sie ist weder Motivation noch logische Notwendigkeit, noch natürliche Kausalität usw., sondern sie ist eine vollständig eigene, von Menschen geschaffene Art der Notwendigkeit“³⁾.

Zur Kritik der ZITELMANN'Schen Lehre sei folgendes bemerkt. Was zunächst die Behauptung betrifft, die „Norm“, richtiger der Imperativ sei die ursprüngliche, das hypothetische Urteil die spätere, entwickelte Form des Rechtssatzes, so muß dagegen entschieden festgestellt werden, daß die Natur des Rechtes und somit seine logische Form zu allen Zeiten die gleiche sein muß. Solange nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind, die das Wesen des objektiven Rechtes ausmachen, kann von einem Rechte keine Rede sein. Sind aber alle diese Elemente gegeben, dann ist nicht einzusehen, warum der Rechtssatz, der diese wesentlichen Elemente enthält, früher eine andere Form haben soll als später. Nach der hier vertretenen Ansicht gehört zum Wesen des objektiven Rechtes das Gericht. Es mag in gerichtlosen Gemeinschaften Sitten und Gebräuche geben, es mögen auch

1) Hier gebraucht ZITELMANN „Norm“ wiederum nicht identisch mit Imperativ. Die Unklarheit über die Natur dieses Begriffes zeigt sich eben in seinem schwankenden Gebrauche.

2) a. a. O. S. 221. Treffend bemerkt dazu BRÜTT, a. a. O. S. 41: „Wenn man, wie ZITELMANN, der Ansicht ist, daß der Gesetzgeber zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ein Kausalverhältnis herstellt, so wird der Begriff der Kausalität in einem ganz uneigentlichen Sinne gebraucht; . . . diese metaphorische Anwendung des Kausalbegriffes unterbleibt aber besser, denn sie verführt leicht zu Folgerungen, die unhaltbar sind. Vielmehr kann man auf das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolge nur den Begriff des Erkenntnisgrundes anwenden.“

3) a. a. O. S. 224/5.

moralische Imperative in den einzelnen wirken, von einem Rechte kann erst die Rede sein, wenn Gerichte, sei es auch in primitivster Form bestehen; denn das Übel das ein Subjekt dem andern wegen eines gegen das Herkommen verstößenden Nachtheiles zufügt, ist und bleibt Tat eines einzelnen gegen einen einzelnen, ist faktische Machtäußerung und kein Rechtsvorgang, weil nicht Tat der Gesamtheit, das ist auf dem Willen der Gesamtheit beruhende, der Gesamtheit zuzurechnende Tat. Erst eine bestimmte Organisation der Menschen kann die Nachteilszufügung anlässlich der schädlichen Verletzung des Herkommens vom einzelnen (Geschädigten) abnehmen und auf die Gesamtheit, die jetzt zum Staate geworden ist, übertragen. Jetzt erst ist die Zurechnung zum Staate möglich, jetzt erst sind Rechtssätze vorhanden, deren logische Form an früherer Stelle auch aus diesen Voraussetzungen abgeleitet wurde¹⁾. Darum muß der Rechtssatz stets und zu allen Zeiten ein hypothetisches Urteil — freilich nicht im Sinne ZITELMANN'S sein, so wie er immer und ewig ein Imperativ sein müßte, wenn dies jemals seine adäquate Form gewesen wäre.

Nun ist ZITELMANN vollkommen beizupflichten, daß die Form „du sollst“ kein Imperativ, sondern ein Urteil ist. Allein auch die Form: Ich will, daß du . . . ist kein Imperativ, wie ZITELMANN anzunehmen scheint, sondern ein Urteil und zwar des Subjektes über sich selbst, über einen eigenen seelischen Vorgang, ebenso wie das Urteil: Ich fühle Schmerz, ich habe Durst etc. Durch die Worte: Ich will, daß du . . . wird mit Aussprechen eines Urtheiles derselbe Zweck verfolgt wie mit Aussprechen des Imperativs: Tue oder unterlasse dies oder jenes! Auch ZITELMANN übersieht die rein formale Natur des Begriffes Imperativ²⁾. Wenn ZITELMANN gegen die Imperativtheorie vorbringt, der Rechtssatz könne kein Imperativ sein, denn er wolle allgemein gelten, der Imperativ habe aber „ein individuelles unübertragbares Moment“, so muß allerdings bemerkt werden, daß diese spezifische Eigenschaft des Imperativs wohl kein

1) Vgl. oben S. 235, 236.

2) Vgl. auch die Ausführungen BIERLING'S, Juristische Prinzipienlehre I. S. 27 ff. Wie ist es mit den Regeln der Logik und Grammatik zu vereinbaren, wenn BIERLING sagt, daß der Satz „Du sollst das und das tun“ ein Urteil im logischen Sinne sein könne, aber nicht immer sein müsse, und zwar dann niemals ein Urteil im logischen Sinne vorliege, wenn dieser Satz im „imperativischen Sinne“ gebraucht werde! Die formal-logische Natur eines Satzes ist doch vollkommen unabhängig von dem Zwecke, zu welchem er ausgesprochen wird! Und nur der Zweck ist es, den BIERLING im Auge hat, wenn er von einem imperativischen Sinne spricht. Ein Satz, der Subjekt und Prädikat hat, ist seiner logischen Natur nach stets ein Urteil!

Hindernis wäre, eine Norm in diese Form zu kleiden¹⁾. Denn auch in imperativischer Form kann eine Norm allgemeine „Geltung“ beanspruchen, d. h. eine Mehrheit von Personen verpflichten. Der Imperativ kann an eine Allgemeinheit gerichtet sein: Ihr alle: handelt so oder so! Das individuelle Moment des Imperativs besteht nach SIGWARTS eigenen Worten darin, daß „der Angeredete nicht in demselben Sinne den Willensakt des Befehlenden wiederholt, wie er, indem er eine Aussage glaubt, den Gedanken des Redenden in sich aufnimmt“²⁾. Das geäußerte Urteil: Luft ist leichter als Wasser, macht — wie jedes Urteil — auf objektive Wahrheit Anspruch; es wiederholt sich im Geiste eines jeden, der es gehört oder gelesen oder sonst wie aufgenommen hat; es „gilt“ in dieser Form nicht nur für den, der es äußert, sondern überhaupt für jedes vernünftige Wesen. Allein wesentlich verschieden von dieser allgemeinen „Geltung“ des auf Wahrheit Anspruch machenden Urteiles ist die Geltung einer Norm. Die Geltung der Norm besteht nicht in ihrer Wahrheit, die Norm will als solche nicht geglaubt werden wie das Naturgesetz; unter ihrer ‚Geltung‘ kann man nur die Tatsache verstehen, daß die Norm ein Sollen statuiert, die Fähigkeit hat, Subjekte zu verpflichten, oder — von einem teleologischen Standpunkte aus — daß die Norm tatsächlich befolgt wird, ihren Zweck, motivierend zu wirken, erfüllt³⁾. In diesem Sinne „gilt“ die Norm, ob sie nun in Form eines Urteiles oder eines Imperatives auftritt. Hüllt sich die Norm in die Form eines Urteils, dann macht dieses Urteil wie jedes andere allgemeinen Anspruch auf Wahrheit und wiederholt sich in demjenigen, der es vernimmt, ebenso wie jedes Urteil. Der Satz: Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn mit Arrest bestrafen, ist als Urteil ebenso wahr und allgemein d. h. für alle Vernünftigen gültig wie der Satz: Der Staat ist groß und mächtig, oder: Das Pferd ist ein Säugetier. Allein, diese logische Allgemeingültigkeit des Urteiles ist für ein mit diesem Urteile statuiertes Sollen, für die Geltung der mit dem Urteile gesetzten Norm gleichgültig.

Die Form des grammatischen Imperativs entbehrt daher nur der spezifischen Allgemeingültigkeit der Urteile. Die spezifische, auch für eine Vielheit von Subjekten zu behauptende Geltung

1) Vgl. die Ausführungen BIERLINGS a. a. O. S. 27 ff., die diesen ZITELMANNschen Einwand gegen die Imperativtheorie widerlegen wollen. Freilich nur zum Teile mit stichhaltigen Argumenten.

2) SIGWART, Logik I. S. 17, Anmerkung.

3) Welch letztere Relation der Norm hier als ihre „Wirkung“ zu bezeichnen vorgeschlagen wurde, zum Unterschied von ihrer normativen „Geltung“.

einer Norm kann einem Imperativ, sofern er ein Sollen statuiert, nicht abgesprochen werden. Das sogenannte individuelle, unübertragbare Moment des „Imperativs“ ist nichts anderes, als der für den normativen Charakter irrelevante Mangel des Anspruches auf Wahrheit, das Fehlen der logischen, für das Urteil charakteristischen Allgemeingültigkeit. Und so kann man sich wohl kaum eine ärgere Verken- nung des Wesens der Rechtsnorm vorstellen, als jene, die den Mangel der für den normativen Charakter irrelevanten Allgemein- gültigkeit eines Urteils gegen eine Formulierung des Rechtssatzes einwendet, bei welcher der normative Charakter deutlicher als bei irgend einer Form zum Ausdruck käme, nämlich beim Imperativ. Wenn der Rechtssatz trotzdem nicht die Form des Imperativs annehmen kann, so findet dies seinen Grund nicht darin, daß dem Imperativ die logische Allgemeingültigkeit fehlt, denn die normative Geltung ist davon vollständig unabhängig, sondern in anderen, früher darge- legten Momenten. Und die Möglichkeit, eine Norm anders als impe- rativisch zu formulieren, beruht darauf, daß das Sollen in verschie- denen Formen statuiert werden kann¹⁾.

Eine besondere Eigenart des hypothetischen Urteiles, das ZITEL- MANN als Rechtssatz bezeichnet, und dessen Nachsatz — wie erinner- lich — lautet: Du sollst, du bist verpflichtet . . . besteht darin, daß dieses Urteil, das dem sprechend gedachten „Gesetzgeber“ in den Mund gelegt wird, eine Beziehung als gegeben, eine Verpflichtung als bereits vorhanden darstellt, die, wie ZITELMANN selbst betont, erst durch das Aussprechen des Rechtssatzes geschaffen werden soll. Nun, ganz abgesehen davon, daß die Vorstellung des „sprechenden“ oder urteilenden Gesetzgebers keine einwandfreie ist, ja, der ganze Begriff des Gesetzgebers lieber zu vermeiden wäre, da darunter doch nur die Staatsperson verstanden sein kann; die lediglich als

1) Auch BIERLING hat nicht den Grund erkannt, weshalb eigentlich der Einwand, das individuelle und unübertragbare Moment des Imperatives mache diese Form für den Rechtssatz ungeeignet, hinfällig ist: BIERLING sagt a. a. O. S. 28: „Andererseits kann darüber kein Streit sein, daß alle Rechtssätze nur Gel- tung haben für einen irgendwie beschränkten Kreis individuell oder generell bestimmter Subjekte; es ist ihnen also gerade dasjenige eigen, was nach dem Obigen den Imperativen, dagegen nicht den Urteilen im Sinne der Logik eignet“ (die nämlich unbeschränkte Geltung für alle vernunftbegabten Wesen haben). Nach BIERLING ist der Unterschied also nur darin gelegen, daß Urteile unbeschränkt, Imperative dagegen beschränkt Geltung hätten, während doch nicht die Quantität sondern die Qualität der „Geltung“ eine verschiedene ist; BIER- LING unterscheidet eben nicht zwischen „Geltung“ einer Norm und Geltung eines Urteils; er identifiziert Imperativ und Norm und schreibt dem Imperativ eine spezi- fische „Geltung“ zu, die zum Wesen der Norm gehört, deren mögliche Ausdrucks- form nur — wenn auch die reinste unter allen möglichen — der Imperativ ist.

wollend gedacht werden darf — geht es formell nicht an, in einem Urteile etwas schon als bestehend zu behaupten, was durch das Urteil erst hergestellt werden soll. Dies ist ganz besonders der Fall, wenn das Verhältnis von Rechtssatz und Pflicht, wie bei ZITELMANN, in der Weise konstruiert ist, daß die letztere als notwendige Folge des ersteren gedacht wird. Zwar in praxi kann sich der ZITELMANNsche „Gesetzgeber“ jedes beliebigen Ausdrucks bedienen; eine Pflicht kann durch alle möglichen Sätze geschaffen werden. Allein, die Theorie, die ja nicht die Norm zu schaffen, die Pflichten zu statuieren, sondern die logische Form der Norm aufzuzeigen hat, soll und kann wohl eine solche *petitio principii* vermeiden. Doch spielt dieser Einwand eine formell untergeordnete Rolle gegenüber folgendem: ZITELMANN bedient sich bei seiner Konstruktion des Rechtssatzes in ausgiebiger Weise des „Willens des Gesetzgebers“. Er sagt ausdrücklich, daß es dieser Wille ist, der die besondere quasikausale Beziehung zwischen gewissen äußeren Tatbeständen und dem Verpflichtetsein der Untertanen herstellt. Dieser Wille des Gesetzgebers ist es, der nach ZITELMANNS Anschauung die Untertanen verpflichtet. Trotzdem enthält der Rechtssatz in der ZITELMANNschen Formulierung keine Spur von diesem für die Verpflichtung so wesentlichen „Willen des Gesetzgebers“. ZITELMANN beschränkt sich darauf, den Rechtssatz konstatieren zu lassen, daß das Subjekt unter gewissen Umständen verpflichtet sei, sich in bestimmter Weise zu verhalten, d. h. sich so verhalten solle. Allein, ZITELMANN hätte in seinem Rechtssatze den Willen des Gesetzgebers ohne weiteres zum Ausdruck bringen können, ohne seine Theorie irgendwie einzuschränken. Da er ja den Gesetzgeber den Rechtssatz aussprechen läßt und der Wille des Gesetzgebers die Untertanen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, kann der Rechtssatz ebensogut lauten: Unter bestimmten Bedingungen bist du verpflichtet . . . wie: Unter bestimmten Bedingungen will ich (Gesetzgeber), daß du (Untertan) dich so oder so verhältst, verpflichte ich dich zu diesem bestimmten Verhalten. So lautete der Rechtssatz vom Standpunkte des Gesetzgebers aus, dem er ja von ZITELMANN in den Mund gelegt wird. Die mögliche Verschiedenheit der Bedeutung des „du sollst“ von der eines „ich will, daß du . . .“, auf die ZITELMANN hinweist, kann gerade in diesem Falle nicht von Belang werden, da es ja dieselbe Person ist, die das „du sollst“ ausspricht und zugleich durch ihren Willen die Verpflichtung schafft. Des Gesetzgebers „du sollst“ ist identisch mit seinem: Ich will, daß du . . .

Damit tritt aber deutlich die innere Übereinstimmung der ZITELMANNschen Formulierung des Rechtssatzes mit der der Imperativ-

theorie hervor, deren Wesen darin zu erblicken ist, daß der Rechtssatz einen auf das rechtmäßige Verhalten der Untertanen gerichteten Willen des Staates — und niemand anders ist ja der „Gesetzgeber“ — beinhaltet. Daß auf Grund des von ZITELMANN selbst geschaffenen Willensbegriffes ein derartiges Wollen fremden Verhaltens nicht möglich ist, wurde bereits früher gezeigt. Die Gegnerschaft ZITELMANNS gegen die Theorie, der Rechtssatz sei ein Imperativ, beschränkt sich daher nur auf ein Moment untergeordneter Bedeutung. Seine praktische Formulierung des Rechtssatzes ist durchaus die gleiche wie die der Imperativtheoretiker, die ja ebenfalls den Rechtssatz lauten lassen: Du sollst . . .¹⁾; was ihn von den Vertretern der sogenannten Imperativtheorie unterscheidet, das ist lediglich die Beurteilung dieser Formel, in welcher er mit Recht ein grammatisches Urteil und keinen Imperativ erkennt. Auch daß das ZITELMANNsche „Du sollst“ hypothetisch gefaßt ist, macht keinen Unterschied von der sogenannten Imperativtheorie. Der grammatische Imperativ wie auch das Urteil: Du sollst, können ohne weiteres eine Bedingung vertragen. Allein, nicht alle subjektiven Pflichten der Untertanen sind bedingt! Und darin liegt ein Hauptargument gegen ZITELMANN, der den Rechtssatz die subjektive Pflicht der Untertanen enthalten läßt und ihm ganz allgemein, in allen Fällen hypothetische Natur zuerkennt. Denn, eine Reihe von Rechtspflichten lassen sich durchaus nicht an gewisse Bedingungen konstruieren. Es sind dies die Unterlassungspflichten, die vornehmlich den Inhalt des Strafrechtes bilden. Es hängt mit der bereits oben angedeuteten rein negativen Natur der Unterlassung zusammen, daß diese — im Gegensatz zur positiven Handlung — voraussetzungslos gedacht werden kann. Zu einem Nicht-Morden, Nicht-Stehlen, Nicht-Ehrverletzen etc. ist der Untertan unter allen Umständen und bedingungslos verpflichtet, diese Rechtspflicht ist eine permanente, sie entsteht nicht etwa unter bestimmten Voraussetzungen und endet nicht bei Wegfall derselben, wie diejenigen Rechtspflichten, die ein positives Handeln zum Inhalte haben. So ist die Verpflichtung, ein Darlehen zu restituieren, an die Voraussetzung gebunden, daß man ein Darlehen empfangen hat, und diese Rechtspflicht erlischt, wenn das Darlehen restituiert ist. Und um ein Beispiel des Strafrechtes zu wählen: Die Rechtspflicht, eine anvertraute Sache zurückzugeben, entsteht erst in dem Augenblick, da eine Sache anvertraut wurde, und erlischt, sobald die Sache zurückgegeben ist. Es wäre ein Irrtum, diese durch einen Strafrechtssatz statuierte Pflicht für eine Unterlassungspflicht anzusehen, da sich ihr Inhalt als Unterlassung

1) Vgl. z. B. BIERLING a. a. O. S. 27 ff.

von Veruntreuung darstellen läßt! Weil schon in dem Begriffe der Veruntreuung das negative Element steckt, gibt die Hinzufügung des Begriffes der Unterlassung eine doppelte Verneinung und somit eine Bejahung. Diese Rechtspflicht beinhaltet ein positives Handeln: das Zurückgeben der anvertrauten Sache, und darum ist diese Pflicht eine bedingte, da kein positives Handeln — wohl aber ein Unterlassen — als dauernder Zustand gefordert werden kann. Mit dieser Bedingtheit oder Unbedingtheit der subjektiven Rechtspflicht der Untertanen darf nicht verwechselt werden die Bedingtheit des objektiven Rechtssatzes. Dieser ist, wie bereits dargelegt, unter allen Umständen bedingt — allerdings nur darum, weil sein Nachsatz den staatlichen Willen zur Unrechtsfolge und nicht, wie bei ZITELMANN, die subjektive Rechtspflicht der Untertanen, deren rechtmäßiges Verhalten, enthält. Darum ist der Rechtssatz auch in jenen Fällen hypothetisch, in denen die korrespondierende Rechtspflicht der Untertanen unbedingt ist. Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn mit Arrest bestrafen, lautet der Rechtssatz; Nichtstehlen ist der Inhalt der unbedingten Rechtspflicht.

Wo die subjektive Rechtspflicht bedingt ist, dort ist der Rechtssatz doppelt bedingt. Die subjektive Rechtspflicht: eine anvertraute Sache zu restituieren, wird mit dem Rechtssatze statuiert: Wenn jemandem eine Sache anvertraut wird, und wenn er diese Sache nicht zurückgibt, will der Staat ihn mit Arrest bestrafen. Für ZITELMANN, der seinen Rechtssatz vom subjektiven Standpunkte der statuierten Rechtspflicht konstruiert, ist diese wichtige Differenz zwischen der Bedingtheit des Rechtssatzes und der Bedingtheit der subjektiven Rechtspflicht nicht erkennbar. Überdies hat ZITELMANN bei seiner Konstruktion des Rechtssatzes offenbar nur die ein positives Handeln statuierenden Rechtspflichten im Auge, die im Zivilrechte typisch sind; denn sein Rechtssatz könnte nicht mehr hypothetisch konstruiert sein, wenn er eine im Strafrechte übliche Unterlassungspflicht statuieren sollte. An welche Bedingungen sollte wohl ein: Ihr sollt nicht stehlen, geknüpft sein? Damit bleibt aber ZITELMANN das Wesen der Unterlassung und der wichtige Unterschied zwischen der Struktur der Handlungs- und jener der Unterlassungspflicht verborgen.

Noch in einem anderen Sinne als bei ZITELMANN ist der Rechtssatz als hypothetisches Urteil neuestens konstruiert worden. In seinem Buche über „Die Rechtswidrigkeit“¹⁾ erklärt HOLD VON FERNECK das Recht im objektiven Sinne als einen Komplex von hypothetischen Urteilen²⁾. Es ist zunächst außerordentlich bezeichnend, daß

1) Jena 1903. 2) a. a. O. S. 203.

dieser Autor es mit seiner Lehre für vereinbar hält, daß das Recht zugleich ein Komplex von Imperativen sei¹⁾. Wie man sich logisch und grammatisch damit abfinden soll, daß ein Imperativ ein Urteil sei, bleibt auch hier rätselhaft. Allerdings faßt HOLD VON FERNECK den Begriff „Imperativ“ nicht in seiner korrekten formellen Bedeutung sondern substantiell im Sinne von Gebot und Verbot, Befehl, Willensveranlassung. Er ist auch in jeder Weise den Imperativtheoretikern beizuzählen, da er den Rechtssatz stets nur als staatlichen Befehl des rechtmäßigen Verhaltens der Untertanen auffaßt. Wenn er behauptet, die Rechtsnormen seien hypothetische Urteile, so hat dies folgenden Sinn: „Mit der Lehre ist nichts anderes gesagt, als daß es auf die Sachlage ankommt, ob der Imperativ, den das Recht oft scheinbar unbedingt aufstellt, ergeht oder nicht ergeht. Die Norm etwa: Du sollst nicht töten, ergeht nur, wenn eine bestimmte Situation vorliegt. Ist ein anderer Tatbestand gegeben, so kann von ihr nicht die Rede sein und zwar überall dort nicht, wo das Recht entweder einen Anlaß zu normieren überhaupt nicht findet, weil die Disposition zu töten nicht vorliegt, und dort nicht, wo das Recht die Tötung zuläßt oder gar zur Pflicht macht. Man kann kurz sagen: Alles Recht ist Situationsrecht“²⁾. Alles Recht sei Interessenschutz. „Ein Interesse ist aber nur dann eines Schutzes bedürftig, wenn es . . . in Gefahr steht verletzt zu werden . . .“ Als Interessenkollision stellt sich die Situation des näheren dar und es ergibt sich der Satz: „Alles Recht ist Kollisionsrecht“. In dem hypothetischen Urteile also, das nach HOLD VON FERNECK den Rechtssatz darstellt, enthält der bedingende Vordersatz als Hypothese den Kollisionsfall und der Nachsatz den Befehl des rechtmäßigen Verhaltens, z. B.: Wenn dein Interesse im Gegensatz zu dem eines anderen die Tötung des letzteren fordert, so töte dennoch nicht! Diese Konstruktion ist jedoch zu verwerfen, denn der Vordersatz enthält nur eine Scheinbedingung und ist daher vollkommen überflüssig! Die Voraussetzung eines eigenen Interesses ist selbstverständlich, weil ohne ein solches überhaupt keine Handlung — also auch die gebotene oder verbotene Handlung nicht — denkbar ist, ja, der Begriff der Handlung enthält schon von vornherein das eigene Interesse, das dann von HOLD in ganz unzulässiger Weise als Bedingung nochmals ausdrücklich vorangesetzt wird. Der HOLDsche Rechtssatz hätte etwa die gleiche logische Qualität wie der folgende: Sprich niemals; wenn du schweigst. Soll es aber die Bedrohung des fremden Interesses sein, die den Kollisionsfall und damit die Bedingung

1) Vgl. insbesondere a. a. O. S. 158.

2) a. a. O. S. 203.

des Rechtsbefehles bildet, so muß auch hierin nur eine Scheinbedingung erblickt werden. Denn nach HOLD VON FERNECKS eigener Behauptung kommt es hiebei nicht etwa auf ein konkretes Individualinteresse an; die Verletzung eines solchen muß nicht gegeben sein, damit die Tötung eine norm- und pflichtwidrige Handlung sei oder überhaupt eine Rechtswidrigkeit vorliege. Es genügt nach HOLD VON FERNECK ein „Durchschnittsinteresse“. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß der Gesetzgeber im allgemeinen, d. h. bei den meisten Menschen, in der Regel der Fälle ein Interesse an den Gütern annimmt, deren Verletzung er durch Unrechtsfolgen ahndet, das bedeutet aber wieder nichts anderes als eine *praesumptio juris et de jure*, daß jede einer Rechtsnorm zuwiderlaufende Handlung ein (präsumiertes Durchschnitts-)Interesse verletzt, daß, beispielsweise, jede Tötung eines Menschen gegen das Interesse des Getöteten erfolgt, gleichgültig, ob ein konkretes Individualinteresse verletzt wurde oder nicht (was z. B. bei einer Tötung auf Wunsch des Getöteten der Fall ist). Somit ist auch die Bedrohung eines fremden Interesses als Bedingung der Rechtsnorm die gleiche Scheinbedingung wie die der Existenz des eigenen Interesses oder der Kollision beider, denn die Annahme des bedrohten fremden Interesses liegt immer und unter allen Umständen vor, wenn überhaupt ein Rechtssatz besteht; der Satz: Töte nicht, wenn fremdes Interesse dadurch verletzt wird, ist nur scheinbar bedingt, denn wenn die Rechtsordnung das Töten verbietet, so ist damit allein schon die Existenz eines korrespondierenden Interesses des zu Tötenden unwiderleglich angenommen. Auch hier wird überflüssiger- und unzulässigerweise nochmals als *conditio* hervorgehoben, was schon im Begriffe des angeblich dadurch bedingten Tötungsverbotens von vornherein gelegen ist. Auch hier zeigt sich das logische Unding eines: Wenn du schweigst — so sprich nicht.

Als Konsequenz dieser Theorie des Kollisionsrechtes vertritt HOLD VON FERNECK die Anschauung, daß die Existenz des objektiven Rechtes an den Augenblick der Interessenkollision gebunden sei. Erst im Augenblicke, da dem eigenen Interesse ein fremdes drohend gegenübertrete, ergehe die verpflichtende Rechtsnorm, und sobald das drohende Interesse weiche, falle die Rechtsnorm wiederum weg. In dem Momente nur, wo Interessen drohend einander gegenübertreten, taucht das Recht als objektive Macht, als Norm blitzartig auf, um sofort wieder, wenn dieser Konflikt gelöst ist, zu verschwinden¹⁾. Diese „blitzartige“ Existenz des objektiven Rechtes muß jeden seltsam be-

1) a. a. O. S. 206 f.

rühren, der gewohnt ist, das Recht im objektiven Sinne, die Rechtsordnung als ein Dauerndes, ja Ewiges zu betrachten, als ein Sollen, das unabhängig von allen Wechselfällen und Veränderungen des Lebens besteht. Die Auffassung HOLDs erklärt sich nur, wenn man weiß, daß HOLD das Recht als objektive Macht in einem rein psychologischen Sinne, als einen realpsychischen, der Welt des Seins angehörigen Vorgang, nämlich als den Prozeß der Motivation in dem nur widerstrebend dem Rechtsbefehle Gehorchenden, als den kausalen Vorgang des psychischen Zwanges erblickt. Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet, stellt sich das objektive Recht als eine Summe einzelner, in Zeit und Raum sich abspielender, also örtlich und zeitlich begrenzter psychischer Prozesse und nicht als eine konstante Relation dar. Freilich ist dieser Standpunkt in den vorangegangenen Untersuchungen als der der Soziologie und Völkerpsychologie — und nicht der des Juristen nachgewiesen worden. Allein, HOLD VON FERNECK scheint einen Unterschied in der Methode und Betrachtungsweise der normativen und explikativen Disziplinen überhaupt nicht zu kennen oder anzuerkennen. Er sagt „... Das ganze Recht selbst ist nichts als ein faktisches Geschehen, da es nur ein Ausschnitt aus dem Leben der Menschen ist. Hat ja doch die Rechtswissenschaft überhaupt nichts anderes zu tun, als gewisse Komplexe von Veränderungen in der empirischen Welt gedanklich zusammenzufassen und die Zusammenhänge derselben gesetzmäßig nachzuweisen“¹⁾. Damit ist jeder Unterschied zwischen Sein und Sollen weggeleugnet und die Rechtswissenschaft als eine empirische Deskription tatsächlicher Vorgänge und ihres inneren kausalen Zusammenhanges den Naturwissenschaften vollständig gleichgestellt! Und an einer anderen Stelle:²⁾ „Man könnte von einer Rechtswissenschaft gar nicht sprechen, wenn die Jurisprudenz mit Begriffen operierte, die eines realen Substrates ermangeln. Wissenschaft ist ja die Erklärung des Seienden...“ Als ob es überhaupt keine normativen Disziplinen im Gegensatz zu den explikativen gäbe, deren Prinzip allein die Erklärung des tatsächlichen Geschehens ist! Angesichts einer derartigen vollständigen und prinzipiellen Verschiedenheit in der Methode ist an dieser Stelle eine Polemik nicht am Platze. Die bisherigen Untersuchungen haben bereits zur Genüge die Argumente gegen den HOLDschen Standpunkt dargelegt. Hier genügt es, die eigene Ansicht zu präzisieren und eventuelle Widersprüche innerhalb der gegnerischen Schlußfolgerungen aufzuzeigen.

Sieht man das Wesen des objektiven Rechtes nicht in realpsychi-

1) a. a. O. S. 174.

2) a. a. O. S. 371.

schen Vorgängen, sondern in dem Inbegriffe idealer Normen, dann entsteht der Rechtssatz — oder wie sonst man die Einbeit der Rechtsordnung nennen mag — oder m. a. W. dann kann das Urteil über die Existenz eines bedingten Staatswillens gefällt werden, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, an welche die Entstehung eines Staatswillens gesetzlich geknüpft ist. Das Gesetz und mit ihm der Rechtssatz besteht von dem Augenblicke an, da das Gesetz in Rechtskraft tritt, und existiert ununterbrochen fort, bis das Gesetz in gesetzlichen Formen aufgehoben wird. Mit dieser Tatsache der formalrechtlichen Existenz der Rechtsnorm, die juristisch notwendig als ein perpetuum gedacht werden muß, steht in unauflöselichem Widerspruche, das objektive Recht — und es ist nicht etwa das subjektive Recht, das HOLD VON FERNECK im Auge hat — erst im Falle der Interessenkollision entstehen und im Falle der Kollisionslösung wieder verschwinden zu lassen. Es ist schlechterdings unbegreiflich, wie man gewisse im Innern der Subjekte vorsichgehende psychische Prozesse, also offenbar rein subjektive Vorgänge, mit dem Recht als objektiver Macht¹⁾ identifizieren kann. Allein, ganz abgesehen davon und von der Unzulässigkeit des prinzipiellen Standpunktes, ist die groteske Lehre von der „blitzartigen“ Existenz des objektiven Rechtes auf Grund der von HOLD selbst angenommenen Voraussetzungen unhaltbar! Denn wann sollte der Augenblick der Interessenkollision faktisch gegeben sein? Wie bereits bemerkt, ist das Interesse, zu dessen Schutz Rechtsnorm und Pflicht bestehen, nach HOLD kein konkretes, sondern ein „Durchschnittsinteresse“²⁾. „Nicht konkrete, sondern abstrakte, nicht individuelle, sondern generelle Interessen schützt das Recht“. Wann soll nun eine Kollision von Durchschnittsinteressen zu konstatieren sein? Zweifellos können — wenn man ernstlich nur die Welt des Seienden im Auge hat — lediglich konkrete individuelle Interessen kollidieren. Eine Kollision von Durchschnittsinteressen ist ebenso nur eine Präsumption oder Fiktion (im schlechtesten Sinne) wie die Annahme eines Durchschnittsinteresses. Der „Gesetzgeber“ nimmt gewisse Interessen als durchschnittlich gegeben an, d. h. nichts anderes, als daß diese Interessen immer und unter allen Umständen als vorhanden angenommen werden müssen — juristisch richtig ausgedrückt, daß der tatsächliche Mangel eines solchen Interesses im konkreten Falle rechtlich gleichgültig bleibt. Der Gesetzgeber schützt diese Durchschnittsinteressen, indem

1) Was HOLD mit „Recht als subjektive Macht“ bezeichnet, wird später noch zu zeigen sein und die ganze Unterscheidung zwischen dem Recht als objektiver und dem Recht als subjektiver Macht, ja, die Vorstellung vom Recht als „Macht“ überhaupt widerlegt werden. 2) a. a. O. S. 125.

er auf ein gewisses Verhalten der Menschen, das diese Durchschnittsinteressen zu verletzen geeignet ist, nachteilige Folgen verhängt. Wann entsteht also die Kollision? Das eine — nämlich zu schützende Interesse — muß als Durchschnittsinteresse bereits als längst bestehend angenommen werden. Das andere Interesse, nämlich das an dem durch die Rechtsordnung verbotenen Verhalten, muß konsequenterweise auch als Durchschnittsinteresse angenommen werden, mit dem der Gesetzgeber ebenso zu rechnen hat wie mit dem zu schützenden, da er sonst keine Unrechtsfolgen über dasselbe zu verhängen brauchte. Der „Gesetzgeber“ und der auf seinem Standpunkt stehende Jurist muß also sowohl das zu schützende als auch das diesem feindliche Interesse als durchschnittlich gegeben — d. h. als permanent vorhanden annehmen; und das Verhältnis zwischen beiden Interessengruppen darf sich vom Standpunkte dieser Betrachtung aus nicht als eine momentane Kollision — solche wäre ja nur bei konkreten, individuellen Interessen denkbar, von denen aber diese generelle Betrachtungsweise HOLDS zu abstrahieren hat — sondern als ein dauernder Zustand der Interessengegensätzlichkeit darstellen. Wenn der „Gesetzgeber“ an die Nichtrückerstattung eines Darlehens die Unrechtsfolge der Exekution knüpfen zu müssen glaubt, so tut er es, weil er annimmt, daß der Schuldner als solcher, (nicht etwa jeder einzelne Schuldner in jedem einzelnen Falle) ohne diese Nachteilsdrohung das Darlehen nicht wiedererstaten werde, weil der „Gesetzgeber“ zwischen dem Schuldner (als Typus) und dem Gläubiger (als Typus) einen Interessengegensatz annimmt; einen Durchschnittsinteressengegensatz, der — weil er genereller und nicht individueller Natur ist — nicht an einen bestimmten Zeitpunkt oder an einen bestimmten Raumpunkt gebunden, m. a. W. nicht in einem individuellen konkreten Fall zu denken ist und daher nicht als blitzartige Kollision dargestellt werden kann.

* * *

Die das positive Resultat der bisherigen Untersuchungen bildende Konstruktion der Rechtssätze als hypothetische Urteile über einen Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten führt zu der Annahme, daß jeder Rechtssatz die Staatsperson verpflichtet, gewisse Rechtssätze auch Pflichten der übrigen Subjekte — der Untertanen — statuieren. Damit liefert die hier akzeptierte Konstruktion ein selbständiges, rein formales Einteilungsprinzip für die Systematik des objektiven Rechtes.

Daß die heute übliche, noch der in praktisch-kasuistischer Hin-

sicht sehr scharfsinnigen, in theoretisch-konstruktiver Richtung dagegen sehr mangelhaften und unentwickelten römischen Jurisprudenz entnommene Einteilung der Rechtssätze in *ius privatum* und *ius publicum* eine unzulängliche ist, braucht kaum besonders hervorgehoben zu werden. Wiederholt hat man darauf hingewiesen, daß das dieser Unterscheidung zugrunde liegende Kriterium schon deshalb unbrauchbar ist, weil alles objektive Recht dem öffentlichen Interesse der Gesamtheit dient und — stellt man sich auf den Standpunkt des „Gesetzgebers“ — nur zu diesem Zwecke erlassen wird. Stellt man sich aber auf den Standpunkt des rechtsunterworfenen Einzelsubjektes, dann ist im Grunde bei keinem Rechtssatze von vornherein die Möglichkeit ausgeschlossen, ihn im Privatinteresse einzelner funktionieren zu sehen, so daß die Einteilung in öffentliches und Privatrecht, die unsere heutige Rechtswissenschaft beherrscht, nicht so sehr eine des objektiven Rechtes, als vielmehr eine Unterscheidung der möglichen Betrachtungsweisen der Rechtssätze ist.

Der Standpunkt, den diese Untersuchungen dem herrschenden Einteilungsprinzip gegenüber einnehmen, ist mit der Erkenntnis gegeben, daß das grundlegende Unterscheidungsmerkmal in dem für die formal-rechtliche Konstruktion völlig unzulässigen materiellen Zweckmomente besteht.

Die rein formale Systematik des objektiven Rechtes, die sich aus der richtig erkannten Konstruktion des Rechtssatzes ergibt, teilt die Rechtssätze nach ihrer spezifisch formal-rechtlichen Funktion der Verpflichtung in solche, welche die Staatsperson und in solche, welche auch die übrigen Subjekte verpflichten. Will man die den Staat verpflichtenden Normen Staatsrecht nennen, dann kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß alles Recht Staatsrecht ist, daß Staatsrecht der weitere Begriff ist, der alle übrigen möglichen Arten von Rechtssätzen in sich einschließt. Nur wenn man dem Begriffe Staats-Recht diese Bedeutung gibt, kommt das spezifische Verhältnis von Staat und Recht richtig zum Ausdruck.

Die Gruppe von Rechtssätzen, welche einen Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge (Strafe oder Exekution) beinhalten und die neben der Staatsperson vermöge ihrer besonderen Anwendungsfähigkeit auf die Untertanen auch die letzteren verpflichten, umfaßt denjenigen Komplex des objektiven Rechtes, welchen die herrschende Systematik als Straf- und Privatrecht bezeichnet und dem Staatsrecht im üblichen Sinne gegenüberstellt, obgleich die hier in Betracht kommenden Rechtssätze ganz ebenso staatliche Funktionen normieren wie die des Verfassungs- oder Verwaltungsrechtes im üblichen Sinne. Die Rechtspflichten des Staates, zu strafen oder zu exequieren, sind for-

mal-juristisch keine andern als die, Arme zu unterstützen, Eisenbahnen zu bauen, Beamte zu bezahlen, Unterricht zu erteilen, für die Gesundheit der Untertanen zu sorgen, Krieg zu führen etc. etc., und können, ja, müssen ganz ebenso wie diese letzteren unter dem Gesichtswinkel des Verwaltungs- oder Verfassungsrechtes betrachtet werden.

Bei diesen nur die Grundzüge einer Einteilung der Rechtssätze andeutenden Bemerkungen muß es einstweilen sein Bewenden haben. Erst die folgenden Untersuchungen, insbesondere soferne sie die subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes: die Rechtspflicht und das subjektive Recht betreffen, werden weiteres Material für eine formale Rechtssystematik liefern.

X. Kapitel.

Die Normentheorie Bindings und Thons.

Die bisher entwickelten Untersuchungen können nicht weitergeführt werden, ohne daß zu einer Lehre Stellung genommen wird, die sich als Spielart der hier bekämpften Imperativtheorie darstellt und die besonders in der Strafrechtsdisziplin größere Bedeutung gewonnen hat. Es ist BINDINGS sogenannte „Normentheorie“¹⁾.

Eine Darstellung der berühmten und vielumstrittenen Lehre ist wohl nicht mehr nötig. Ihren Inhalt darf man heute als bekannt voraussetzen. Auch soll nicht eine allseitige Untersuchung und Kritik dieser vornehmlich für das strafrechtliche Gebiet Geltung fordernden Konstruktion des objektiven Rechtes geliefert, sondern lediglich das Verhältnis der hier als richtig erkannten Formulierung des Rechtssatzes zu der BINDINGS festgestellt und deren allgemeines Prinzip gewürdigt werden.

Der Kern der BINDINGSchen Lehre ist bekanntlich die Unterscheidung zwischen dem Strafrechtssatze und der von ihm im Gegensatz zu diesem so genannten „Norm.“ Der Strafrechtssatz hat nach BINDING durchaus dieselbe Form, die nach der hier vertretenen Auffassung dem Rechtssatze überhaupt wesentlich ist; er ist ein hypothetisches Urteil über den an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Willen des Staates, und zwar — da BINDING nur das Strafrecht im Auge hat — den Willen des Staates (und damit zugleich die Rechts-

1) Systematisch dargestellt in: Die Normen und ihre Übertretung. I. 2. Auflage 1890. II. 1872.

pflicht des Staates) zu strafen. Neben diesem Strafrechtssatze glaubt jedoch BINDING noch einen zweiten Rechtssatz annehmen zu müssen. Es ist der das rechtmäßige Verhalten der Untertanen fordernde „Imperativ“ oder das „Ihr sollt . . .“ und diesen Rechtsatz tauft er „Norm.“

Den Ausgangspunkt der BINDINGSchen Konstruktion — und zwar nicht nur äußerlich in der Form seiner Darstellung, sondern auch innerlich als Anstoß und treibendes Moment für die ganze Entwicklung seiner Theorie — bildet die Erkenntnis, daß der Satz, den der Verbrecher „übertritt“, „verletzt“, dem er zuwiderhandelt, nicht derselbe sein könne, durch welchen an ein bestimmtes Verhalten der Untertanen eine bestimmte Strafe geknüpft oder die Tat des Verbrechers beurteilt wird. Denn dieser Satz setze nur die Bedingungen fest, unter denen die Strafe zu verhängen sei. Der Eintritt, die Erfüllung dieser Bedingungen könne niemals ein „Verletzen“ dieses Satzes sein; darum müsse das Gesetz oder der Rechtssatz, der „verletzt“ wird, anders lauten. Er kann nach BINDING nur die von ihm als Befehl des rechtmäßigen Verhaltens konstruierte „Norm“, das: „Ihr sollt“, sein. Dieser Norm spricht BINDING durchaus selbständige Existenz neben dem Strafrechtssatze zu und, da diese Norm, die er ausdrücklich als „Rechtssatz“ aufgefaßt wissen will, in den modernen Strafgesetzen nicht mehr ausdrücklich neben dem Strafrechtssatze erscheint, scheut er sich nicht, die Norm als „einen Satz des ungesetzten Rechtes“ zu erklären¹⁾ und diesem ungesetzten Rechte die gleiche Stellung wie dem gesetzten einzuräumen.

Es ist von größter Bedeutung, daß die ganze Theorie BINDINGS sich auf dem Sprachgebrauche aufbaut, demzufolge der Verbrecher das Recht oder das Gesetz „verletzt“, „übertritt“, „bricht“ usw. Dieser Sprachgebrauch ist es, den BINDING um jeden Preis retten will; um diesem Sprachgebrauche eine juristische Basis zu geben, führt er mit staunenswertem Geist und unendlicher Sorgfalt sein ganzes grandioses System auf.²⁾

Nun ist es in keiner Disziplin gefährlicher, sich nach dem vulgären Sprachgebrauche zu richten, als gerade bei der Jurisprudenz:

1) a. a. O. I. S. 6.

2) Wenn BINDING a. a. O. I. S. 4 Anm. 4 sich gegen den Vorwurf salviert, seine Behauptung: Nicht der Strafrechtssatz selbst werde verletzt, sondern ein ihm zugrunde liegender Befehl, richte sich lediglich gegen einen falschen Ausdruck und nicht gegen einen falschen Gedanken, so muß wohl konstatiert werden, daß kein Jurist jemals den Satz wörtlich verstanden hat: Der Verbrecher verletzt den Strafrechtssatz. Nie hat jemand daran gezweifelt, daß der objektive Rechtsatz auch nach dem Delikte unverletzt fortbestehe! BINDING aber hat einem mißverständlich wörtlich genommenen Sprachgebrauche ein ganzes System zur Rechtfertigung gebaut!

Nirgends entfernt sich der Sprachgebrauch mehr von dem Wesen der Erscheinung, als gerade hier, wo es nicht Objekte der Sinnenwelt, sondern äußerst subtile, selbst für den Fachmann schwer zu durchschauende Relationen sind, die begrifflich erfaßt werden wollen. Nirgends ist der Sprachgebrauch des täglichen Lebens für eine wissenschaftliche Terminologie weniger brauchbar als gerade in der Rechtswissenschaft, denn der vulgäre Sprachgebrauch wird sich immer an das Konkrete, Sinnliche klammern. Er wird von der Rechtserscheinung instinktiv stets nur das Materielle ins Auge fassen, während hier gerade das Formale nur in Betracht kommt. Er wird überhaupt nicht oder doch niemals ganz von dem Inhalte abstrahieren können und damit stets dem obersten methodischen Prinzip der Rechtswissenschaft zuwiderlaufen.

Es ist für die ganze Theorie BINDINGS überaus bezeichnend, daß er das objektive Recht, welches durch die Tat des Verbrechers verletzt wird, mit dem „Frieden“¹⁾ identifiziert, das Unrecht als Friedensbruch auffaßt. Recht im objektiven Sinne kann nämlich in einem doppelten Sinne genommen werden: einmal als Zustand der Ordnung, als das rechtmäßige Verhalten der Subjekte, kurz als Frieden; oder aber als dasjenige, was diesen Zustand erst herbeiführen soll, d. h. bezweckt; die Ordnung im Sinne von Ordnen, das Frieden schaffende und erhaltende Moment, die Rechtsordnung, nicht als vollendeter Zustand — als Zweck — sondern als Mittel. Von einem das tatsächlich Seiende betrachtenden Standpunkte — wie es der der Soziologie oder der Sozialpsychologie ist — stellt sich das Recht als Ordnung im ersteren Sinne, d. h. als Frieden dar. Die explikativen Disziplinen werden das Recht von dieser Seite (des erfüllten oder zu erfüllenden Zweckes) sehen. Der Betrachtung durch die normative Disziplin — und das ist einzig und allein die der Rechtswissenschaft — kann sich das Recht nur von der zweiten Seite, als Ordnung-Schaffendes, Ordnetes — nicht als schon Geordnetes — als Mittel zur Herstellung des Friedens zeigen. Nicht das materielle Moment des Zweckes — das wurde schon wiederholt im Laufe dieser Untersuchungen betont — sondern das formale des Mittels ist es, das von der totalen Erscheinung in die Erkenntnissphäre des Juristen gehört.

Damit ist auch das Unrecht — gleichgültig, ob ziviles oder kriminelles — für den Juristen nicht die „ausnahmsweise Verletzung des Rechtes“, der Bruch des Friedens. Das Recht des Juristen ist, wie bereits dargelegt, überhaupt nicht verletzbar — nur der tat-

1) a. a. O. I. S. 3.

sächliche Zustand des Friedens kann dies sein und dieser tatsächliche Zustand ist es, der — wörtlich genommen — verletzt, gebrochen, d. h. für die Dauer des Deliktes aufgehoben, „unterbrochen“ wird.

Wenn BINDING von der Voraussetzung ausgeht, daß es tatsächlich die für den Juristen in Betracht kommende Ordnung, also die Rechtsordnung ist, die durch das Unrecht „verletzt“, zerstört wird, so setzt er sich von vornherein mit einem Hauptpostulate der juristischen Methode in Widerspruch; ja, seine ganze Normentheorie läuft darauf hinaus — das werden die folgenden Zeilen noch zu zeigen haben — das der Rechtskonstruktion wesensfremde Zweckmoment als rechtlich relevant erscheinen zu lassen. Der Grund, weshalb BINDING neben dem Strafe drohenden Rechtssatze noch eine das rechtmäßige Verhalten der Subjekte befehlende „Norm“ annehmen zu müssen glaubt, liegt darin, daß „der Verbrecher nur den Satz übertreten kann, der ihm die Richtschnur seines Verhaltens vorschreibt“¹⁾, daß also nur die „Norm“, nicht aber der Strafrechtssatz „verletzt“ werden kann. Allein, auch dieser Sprachgebrauch ist wörtlich unzutreffend. Denn die BINDINGSche „Norm“ ist ebensowenig oder ebensogut zu verletzen wie der BINDINGSche Strafrechtssatz und wenn die BINDINGSche „Norm“ zu dem Zwecke konstruiert wurde, um ein Substrat für die „Verletzung“ durch das Delikt zu bilden, so ist diese Konstruktion mißlungen! Denn was bedeutet wohl: einen Satz, eine Norm „verletzen“ oder „übertreten“? Beides sind bildliche Ausdrücke; der erstere vergleicht den betreffenden Satz, die Norm, mit einem Körper, der zweite mit einer Grenzlinie. Wörtlich genommen, wird der Satz: „Ihr sollt nicht stehlen“ durch einen Diebstahl ebensowenig verletzt — d. h. es wird ihm ebensowenig ein Schaden zugefügt wie dem Satz: „Wenn ihr stehlt, will der Staat euch strafen.“ Auch wenn noch so oft gestohlen wird, bleibt der Satz: „Ihr sollt nicht stehlen“ ebenso wie der: „Wer stiehlt, wird bestraft“ fortbestehen. Beide Sätze werden durch das faktische Unrecht, das tatsächliche Sein in ihrem objektiven Bestande, d. i. ihrem Sollen nicht berührt. Eine Norm „verletzen“, sie „übertreten“, hat keinen anderen Sinn als den eines gegen den Zweck der Norm gerichteten Verhaltens. Ein Tun oder Unterlassen verletzt oder übertritt eine „Norm“, wenn es sich als das Gegenteil desjenigen darstellt, das durch die Norm herbeigeführt werden soll, das ihren Zweck erfüllt. Im wörtlichen Sinne „verletzt“, „zerstört“, „gebrochen“ wird niemals die Norm, sondern, wie bereits bemerkt, stets nur der tatsächliche Zustand des Friedens, die faktische Ordnung. Das übersieht BINDING,

1) a. a. O. S. 7.

weil er den Grundunterschied zwischen der Seins-Natur des Unrechtes und der Sollens-Natur der Norm und ihre gegenseitige Unabhängigkeit nicht erkennt¹⁾; und wenn er meint, daß seine „Norm“, das ist der Befehl des rechtmäßigen Verhaltens, eher „verletzt“ werden könne als der Rechtssatz, so läßt er sich dabei durch die Tatsache täuschen, daß seine Norm den Zweck deutlicher ausdrückt, gegen den das Unrecht verstößt; denselben Zweck hat aber auch sein Strafrechtssatz, nur ist er hier nicht ausdrücklich formuliert²⁾. Das Verbrechen läuft jedoch ebenso gegen den Zweck des Strafrechtssatzes wie den der BINDINGSchen „Norm“ und verletzt darum beide im gleichen Sinne oder läßt beide im gleichen Sinne — die normative (Sollens-) Geltung ins Auge gefaßt — unverletzt.

In diesem Verkennen des Zweckmomentes ist überhaupt das Wesen der sogenannten „Normentheorie“ zu erblicken; nur aus dieser Tatsache ist die seltsame, gegen alles wissenschaftliche Herkommen verstoßende Terminologie BINDINGS zu erklären, derzufolge nicht alle, sondern nur ein bestimmter Teil der Rechtssätze und zwar nur solche, die überdies dem ungesetzten Rechte angehören, „Normen“ sind. Nun ist der Begriff der Norm gewiß kein der Rechtswissenschaft spezifischer und bei seiner Fixierung hat sich der Jurist an den allgemeinen wissenschaftlichen Sprachgebrauch zu halten. Es ist geradezu eine gewaltsame Umkehrung des Verhältnisses, wenn BINDING die „Norm“ eine Unterabteilung des Rechtssatzes sein läßt, während doch zweifellos der Rechtssatz als eine besondere Art von Norm, d. h. die Norm als der weitere, allgemeinere Begriff anzusehen ist. Wo blieben sonst die „Normen“ der Moral, der Sitte, der Logik und Ästhetik?

Die Theorie BINDINGS beruht auf der vollständigen Trennung zweier Sätze: dem Strafe drohenden Rechtssatz und der das straffreie Verhalten fordernden „Norm“, die BINDING ebenfalls als Rechtssatz und zwar als völlig selbständigen Rechtssatz bezeichnet; und diese Selbständigkeit geht so weit, daß er neben den die Strafrechtssätze enthaltenden Gesetzen noch eine zweite, die „Normen“ enthaltende, ungesetzte Rechtsordnung anerkennt und damit der modernen Rechtsanschauung eine schlechterdings unerfüllbare Zumutung stellt. Tatsächlich liegt aber hier gar keine Zweiheit, sondern eine Einheit vor. Der Strafe drohende Rechtssatz ist, soferne er ein Sollen, eine Pflicht statuiert, eine Norm und hat den Zweck, das mit Strafe bedrohte Verhalten zu verhindern, das gegenteilige — rechtmäßige — zu erzielen. Der Irrtum BINDINGS besteht darin, daß er sich die

1) Vgl. oben S. 13 ff.

2) Vgl. oben S. 232.

„Norm“ nur in der grammatischen Form eines Soll-Satzes denken kann. Allein, die Norm kann, wie schon wiederholt betont, in den verschiedensten Formen auftreten und durch die verschiedensten Mittel ihren Zweck: die Menschen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, verfolgen. Rechtssatz und Rechtsnorm ist daher dasselbe. Der Satz: „Du sollst nicht stehlen“ ist nicht mehr oder weniger eine Norm als der Satz: „Wer stiehlt, wird bestraft“, insofern er nämlich die Fähigkeit hat, zu verpflichten, rechtliches Sollen zu statuieren¹⁾. Worauf es in der Jurisprudenz ankommt, ist, die für die Normen des Rechtes spezifische Form festzustellen. Die formale Betrachtung ist Gegenstand der Rechtswissenschaft und nicht die Untersuchung des — sozialen — Zweckes. Die BINDINGsche „Norm“ ist aber gerade nichts anderes als die imperativische oder in einem Soll-Satze erfolgte Formulierung des durch die Rechtsordnung zu realisierenden Zweckes, sie ist nur die selbständige Formulierung des Zweckes des Rechtssatzes.

In seiner Formulierung der „Norm“ stimmt BINDING mit den sogenannten Imperativtheoretikern überein. Die Gründe, die gegen eine derartige Konstruktion des Rechtssatzes sprechen, wurden bereits auseinandergesetzt, brauchen daher hier nicht besonders wiederholt zu werden. Was aber BINDING von den übrigen Imperativtheoretikern unterscheidet, ist die Tatsache, daß er seine Norm neben dem Strafrechtssatze bestehen läßt. Er weist seiner Norm eine durchaus selbständige, von der des Strafrechtssatzes verschiedene Funktion an, nämlich die der Verpflichtung der Untertanen, während er im Strafrechtssatze lediglich eine Verpflichtung des Staates erblickt. Inwiefern die Tatsache, daß BINDING zwei verschiedene Typen von Rechtsätzen zuläßt, mit dem Postulate eines einheitlichen Rechtspflichtbegriffes unvereinbar ist, mag hier einstweilen unerörtert bleiben; nur zur allgemeinen Orientierung sei bemerkt, daß BINDING, wie alle Imperativtheoretiker, von der stillschweigend vorausgesetzten und nirgends bewiesenen Annahme ausgeht, daß eine Verpflichtung der Untertanen nur durch Imperativ oder Sollsatz erfolgen könne. Auch dieser Vorstellung liegt die unrichtige Identifizierung von Norm und Imperativ zugrunde. Verpflichtend ist jede Norm — das liegt in ihrem Begriffe — und sie ist es ohne Rücksicht auf die Form, in der sie erscheint. Es ist durchaus nicht einzusehen, warum der Satz: Ihr sollt nicht stehlen — der streng genommen nur eine bestehende Verpflichtung konstatiert — mehr oder weniger verpflichtende

1) Beide Sätze können ja auch in einem anderen als normativen Sinne gebraucht werden; dann ist der Sollsatz trotz seiner Form keine Norm. Vgl. oben S. 211.

Bedeutung haben soll als der Satz: Wenn ihr stehlet, wird der Staat euch strafen. Die verpflichtende Natur eines Satzes ist nur ein anderer Ausdruck für seinen normativen Charakter, dieser liegt aber keineswegs in seiner grammatikalischen Form.

Bei den Ausführungen BINDINGS, die den mittelbaren Nachweis der Normen aus den Strafgesetzen zu erbringen haben, zeigt sich deutlich die Schwäche seines Verfahrens. BINDING fragt nämlich, wie kann überhaupt der auf dem Strafgesetze beruhende Befehl lauten, durch welchen den Untertanen eine Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten auferlegt wird? BINDING hält drei Möglichkeiten für gegeben und stellt drei Muster von „Imperativen“ zur Wahl: „Entweder der Befehl lautet: ‚Ihr sollt nicht töten!‘ oder: ‚Ihr sollt nicht töten bei Strafe‘ oder ‚Ihr sollt die Strafe auf Euch nehmen, wenn Ihr getötet habt!‘“ Wenn nun BINDING zu dem Resultate kommt, daß nur die erste Form die richtige sei, so muß man wohl die Frage aufwerfen: Was berechtigt ihn gerade einen solchen Rechtsbefehl anzunehmen und keinen anderen, da doch weder der eine noch ein anderer regelmäßig in den Strafgesetzen enthalten ist? Doch BINDING bleibt die präzise Antwort auf diese Frage schuldig. Wenn er zunächst zu zeigen versucht, daß der Rechtsbefehl — die „Norm“ — der „Imperativ“, wie BINDING sagt, sich nicht auf den zweiten Teil des Strafgesetzes gründen, also nicht lauten könne: Ihr sollt Strafe auf Euch nehmen, wenn Ihr die Voraussetzungen der Strafverhängung erfüllt habt, so ist ihm insofern beizupflichten, als eine solche Rechtspflicht der Untertanen nicht besteht. Allein, warum sie nicht besteht oder — um im BINDINGSchen Sinne zu sprechen — warum eine dieses Verhalten befehlende Norm nicht angenommen werden kann — diese Begründung hat BINDING vollkommen verfehlt. Seine Motivierung beschränkt sich nämlich auf folgendes: „Wir sind gewohnt, das Verbrechen als verboten zu betrachten; wäre jener Befehl der richtige, so läge ein solches Verbot des künftigen verbrecherischen Handelns gar nicht, sondern nur eine Berücksichtigung der begangenen Tat vor. Der Verbrecher, der die Strafe auf sich nähme, hätte seine Rechtspflicht erfüllt. Diese würde sich näher dahin gestalten, alles tun zu müssen, um die Bestrafung herbeizuführen: sich also selbst anzuzeigen, gegen sich selbst auszusagen, sich freiwillig zum Verfahren und zum Strafvollzuge zu stellen, andererseits alles zu unterlassen, um sich der verdienten Strafe zu entziehen: lauter Pflichten, von denen unser positives Recht nichts weiß“¹⁾. Ja, aber warum sind wir gewohnt, das Verbrechen

1) a. a. O. I. S. 37/38.

als verboten zu betrachten? Warum weiß unser positives Recht nichts von allen diesen Pflichten? Weil das Verhalten, das wir als Verbrechen bezeichnen, mit Strafe bedroht ist, und nur diese Relation ein Verhalten zum „Verbrechen“ macht; und eine Straferduldungspflicht existiert nicht, weil das gegenteilige Verhalten nirgends mit Strafe bedroht ist! Verzichtet man, wie BINDING, auf dieses Kriterium der Rechtspflicht, dann ist absolut kein Grund vorhanden, warum man nicht einen die Straferduldung fordernden Rechtsbefehl und eine bezügliche Rechtspflicht annehmen sollte! Dann kann man nicht das geringste Argument dafür anführen, daß das „Verbrechen“ verboten ist! BINDING tut dies auch gar nicht, sondern begnügt sich mit der bloßen Behauptung.

Die zweite Möglichkeit, die BINDING untersucht, ist die, daß sich der „Imperativ“ auf den ersten Teil des Strafgesetzes gründet, jedoch unter Zuziehung des zweiten: Ihr sollt nicht bei Strafe! BINDING unterscheidet hier wieder zwei mögliche Fälle. Entweder ist das Verbot bedingt, Ihr sollt nicht — wenn Ihr nicht gestraft werden wollt. Diese Formulierung weist BINDING damit zurück, daß durch ein solches Gebot das Verbrechen nicht verboten, sondern der Untertan vor die Wahl gestellt wird, ob er Unrecht unterlassen oder aber solches mit Strafrisiko begehen wolle. Dem künftigen Urheber des Verbrechens wäre nur ein wohlmeinender Rat erteilt. Dieses Argument wird hinfällig durch die Erkenntnis, daß durch keinen wie immer gearteten Befehl jemandem die Möglichkeit der Wahl schlechterdings genommen werden kann. Im übrigen sei auf die bezüglichen Ausführungen des 8. Kapitles hingewiesen ¹⁾. Auch hier bleibt BINDING den positiven Beweis schuldig, warum die „Norm“ des Rechtes nicht diese Form annehmen könne. Der zweite Fall ist der, daß das Gebot als ein unbedingtes auftritt (Ihr sollt dieses nicht tun oder jenes tun), jedoch ein Hinweis auf die Rechtsfolgen als wesentlich erscheint. BINDING wirft hier die Frage auf: „Ist es nun wahr, daß das Verbot, um für diejenigen Personen, die es binden möchte, verbindliche Kraft zu erlangen, sie auf die von Rechts wegen an die verbotene Handlung geknüpften Folgen hinweisen muß ²⁾?“ Nun ist es gewiß nicht zu bezweifeln, daß der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz diese Form des Befehles nicht hat — weil er nur eine einzige Form haben kann und die wurde in den vorangehenden Untersuchungen nachgewiesen. Allein von den Gründen, die BINDING anführt, ist keiner stichhaltig. Er meint zunächst, daß, wenn eine Hinweisung auf die Unrechtsfolge dem verbindlichen Imperative

1) S. 220 ff.

2) a. a. O. I. S. 39/40.

wesentlich wäre, damit entschieden sein würde, daß eine Schuld ohne Bewußtsein der charakteristischen Rechtsfolgen der Handlung undenkbar sei, daß ferner kriminelle und zivile Schuld sich wesentlich unterschieden und daß der kriminelle Dolus das Merkmal des Bewußtseins der Strafe oder doch der Strafbarkeit der Handlung enthalten müßte; dem sei jedoch nicht so. Dieses Argument ist falsch, denn es unterstellt die von vornherein unrichtige Anschauung BINDINGS, daß jemand rechtlich nur durch jenen Rechtssatz verpflichtet werde, den er als solchen erkannt oder gar anerkannt habe¹⁾ — die Kenntnis oder Anerkennung des Rechtssatzes ist, wie später noch näher zu zeigen sein wird, für die Verpflichtung irrelevant. Ein objektiver Rechtssatz verpflichtet subjektiv, wenn er auf ein Subjekt angewendet werden kann. Die Untersuchung des Pflichtbegriffes wird beweisen, daß „Pflicht“ nicht — wie BINDING in Übereinstimmung mit der herrschenden Anschauung annimmt — ein von dem objektiven Rechtssatze verschiedener subjektiver psychischer Zustand der Menschen, etwa der einer Willensgebundenheit, sondern der Rechtssatz selbst in seiner subjektiven Relation zum Rechtssubjekte ist.

Wenn BINDING ferner sagt, daß der Staat ohne diesen Hinweis auf die Unrechtsfolge nur dann die Befolgung der Gebote von den Untertanen nicht verlangen könnte, wenn die Androhung der Unrechtsfolgen „das einzig taugliche Gorgonenhaupt abgäbe, um die Menschen vom verbrecherischen Handeln zurückzuhalten“, die regelmäßige Hoffnung des Verbrechers, nicht entdeckt zu werden, strafe aber diese Behauptung Lügen — so ist auch dieser Einwand unrichtig! Denn wer die Androhung der Unrechtsfolge als dem verpflichtenden Rechtssatze wesentlich hält, muß durchaus nicht der gewiß irrigen Ansicht sein, die Angst vor Strafe sei das einzige Motiv rechtmäßigen Verhaltens! Im Gegenteil! Man müßte es bloß für eines der vielen Motive — und zwar das durch die Rechtsordnung geschaffene halten, wenn man überhaupt die Motive rechtmäßigen Verhaltens in den Kreis juristischer Betrachtung ziehen zu dürfen glaubte. Wären diese besonderen durch die Rechtsordnung geschaffenen Motive ganz überflüssig, weil die übrigen genügten, die Menschen im allgemeinen zu einem rechtmäßigen Verhalten zu veranlassen, dann ließe sich nicht begreifen, wozu überhaupt eine Rechtsordnung vorhanden ist, dann wären aber besondere, wenn auch sanktionslose Befehle der Rechtsordnung unnötig, da ja die Motive des geforderten Verhaltens und damit dieses selbst ohne solche Befehle vorhanden wäre. Wozu also befehlen, was ohne

1) Vgl. a. a. O. I. S. 43/44.

dies geschehen muß? Aber die juristische Betrachtung hat nicht zu fragen, was den Untertanen befohlen, was durch die Rechtsorganisation bezweckt wird, nicht welche Handlungen und Unterlassungen der Menschen durch das Recht verhindert oder, wie BINDING sagt, „verboten“ werden sollen — nichts anderes ist aber gerade der Sinn der BINDINGSchen, nach dem Inhalt der „Norm“ gerichteten Fragestellung — sondern wie dieser Zweck verfolgt wird. Das ist es ja was BINDING verkennt: den rein formalen Sinn des der Jurisprudenz gestellten Problems, wenn innerhalb dieser Disziplin nach dem Wesen der Rechtsnorm die Frage ist. Und wenn BINDING meint, es sei ein „seltsamer Anblick“, daß ein Verbot nicht „durch den autoritären Willen des Gesetzgebers“, der ein Verhalten untersagt, sondern durch die möglicherweise dem Handelnden erwachsenden Nachteile Rechtsverbindlichkeit erlange, so ist, abgesehen von allem anderen, zu erwidern, daß der autoritäre Wille des Staates, den der Rechtssatz auch nach BINDING zu enthalten hat, den Inhalt gar nicht haben kann, den BINDING ihm gibt, daß niemals das rechtmäßige Verhalten fremder Subjekte, sondern stets nur das eigene Verhalten vom Staate „gewollt“ sein kann; und daß, den für die juristische Konstruktion unbrauchbaren sozialen Zweck — das ist wohl die Absicht der Gesetzgeber — mit dem Willen des Staates zu verwechseln, ein schwerer methodischer Fehler ist.

Da von den drei möglichen Formen des Imperativs die beiden bisher untersuchten nicht in Betracht kommen könnten, so sei — meint BINDING — eben nur die dritte Form die richtige, bei der sich der Imperativ lediglich auf den ersten Teil des Strafgesetzes gründet: „Ihr sollt nicht, oder Ihr sollt“¹⁾. Dieser Schluß kann natürlich nur unter der Voraussetzung richtig sein, daß die den Untertanen verpflichtende Rechtsnorm ein vom Strafrechtssatze verschiedener „Imperativ“ sein muß. Diese Voraussetzung ist aber unrichtig. Ihre selbstverständliche und nicht näher bewiesene Annahme seitens BINDINGS beruht auf dem vollkommenen Verkennen des rein formalen Charakters einer in den Grenzen der Jurisprudenz auf das Wesen des verpflichtenden Rechtssatzes gerichteten Fragestellung.

Mit Rücksicht auf die für selbstverständlich gehaltene Voraussetzung, daß die Norm ein „Imperativ“ sein muß, gibt BINDING, nachdem er zwei von den drei möglichen Formen des Imperativs verworfen hat, für die Berechtigung der dritten keine positive Begründung

1) a. a. O. I. S. 42.

mehr. Und doch muß konstatiert werden, daß diese dritte Form ebensowenig gerechtfertigt ist wie die beiden anderen. Im Grunde hat BINDING nichts anderes gemacht — und das Resultat seiner ganzen komplizierten Beweisführung für die Existenz der „Norm“ läuft faktisch darauf hinaus — als daß er die gleich zu Beginn seiner Argumentation auch ausdrücklich ausgesprochene Annahme: „Wir sind gewohnt, das Verbrechen für verboten zu halten“ (richtiger: als Zweck der Rechtsordnung die Verhinderung des Unrechts anzusehen —) und das Postulat, daß die Norm dieses Verbot (diesen Zweck der Rechtsordnung) auszudrücken habe, in einem Sollsatze formuliert hat, der ein bestimmtes Verhalten als geboten oder verboten — somit als Rechtspflicht der Subjekte konstatiert. Warum nun gerade jenes Verhalten als verboten zu gelten hat, das im Strafrechtssatze mit Strafe bedroht ist — ja, welches Kriterium überhaupt dafür besteht, damit ein Verhalten als rechtlich verboten oder geboten als Inhalt einer „Norm“ angesehen werden könne, hat BINDING — da er die Unrechtsfolge als solches Kriterium ausdrücklich zurückweist — nicht gezeigt. Er operiert mit dem Begriffe des Verbrechens, des Unrechtes als mit einem von vornherein gegebenen. Ja, er vertritt sogar ausdrücklich die Ansicht, daß das Unrecht dem Rechte im objektiven Sinne logisch vorangehen müsse, während doch in Wahrheit ein Verhalten nur dadurch zum Unrechte wird — als Unrecht zu erkennen ist, daß es die Voraussetzung für einen Willen des Staates zu einem bestimmten, dem Täter nachteiligen Verhalten: der Unrechtsfolge, Strafe oder Exekution, ist.

BINDING bemüht sich somit nicht, sein Resultat positiv zu begründen, vielmehr beschränkt er sich darauf, gewisse Zweifel an dessen Richtigkeit zurückzuweisen; er glaubt nur zeigen zu müssen, daß seine „Normen“, trotzdem sie drohungslose Sätze seien, dennoch verbindliche Kraft haben könnten. Und dazu genüge, daß sich das Subjekt der Quelle ¹⁾ bewußt sei, von der die Satzung ausgehe. Die Hinfälligkeit dieses Argumentes der Imperativtheorie wurde bereits früher dargetan. Hier sei nur darauf aufmerksam gemacht, daß die Kenntnis der Norm für die Rechtspflicht irrelevant ist. Allein ganz abgesehen davon, woher sollte denn dem einzelnen die Kunde kommen, daß ein gewisses Verhalten von Staats und Rechts wegen verboten ist, wenn nicht dadurch, daß es vom Staate mit Strafe bedroht ist? Ein selbst in Gesetzesform ausgesprochener Wunsch, die Untertanen mögen oder sollen sich so oder so verhalten, ist etwas rechtlich irrelevantes, denn er ist nicht Inhalt eines Staatswillens,

1) a. a. O. I. S. 44.

sondern eine gute Absicht der Gesetzgeber, die für jedermann so unverbindlich ist wie theoretische Ausführungen im Gesetze oder sonstiger unverbindlicher Gesetzesinhalt.

Geradezu Naturrecht im schlechtesten Sinne ist aber die folgende Argumentation BINDINGS: „Zu demselben Ergebnisse (— daß gewisse Handlungen oder Unterlassungen rechtlich verboten seien, daß also bezügliche „Normen“ bestünden —) führt auch der Weg praktischer Erfahrung. Sie drängt jedem Denkfähigen die Erkenntnis auf, wie zahlreiche Handlungen mit den Interessen des Rechtslebens unvereinbar sind; er wird daraus regelmäßig den Schluß ziehen, ebenso wie jemand anderer könne er selbst zu deren Vornahme befugt sein, sie seien demgemäß verboten; denn er wird vom Staate als geschehen voraussetzen, was er vom Staate glaubt verlangen zu müssen. Ganz ohne Rücksicht auf die Rechtsfolgen der Handlung erschließt hier deren eigene Natur die Einsicht in ein Rechtsgebot ¹⁾“. Wenn BINDING wirklich glaubt, daß aus der Natur der Sache selbst hervorgehe, ob ein Verhalten rechtlich verboten sei oder nicht, wenn er die soziale Schädlichkeit eines Verhaltens mit dessen juristischer Qualifikation, Unrecht zu sein, identifiziert, dann freilich besteht die „Norm“ unabhängig von dem Strafe drohenden Rechtssatze. Doch dann kann kein Theoretiker des positiven Rechtes zweifeln, welcher Natur die BINDINGSchen Normen sind; dann wird der Vorwurf, gegen den BINDING seine Normen in Schutz nimmt, nur allzu treffend erscheinen: daß sich diese „Gebote von Sittengesetzen gar nicht unterscheiden ²⁾“. Vollends verfehlt ist die Analogie zu den Befehlen des amtlichen Vorgesetzten ³⁾, die BINDING heranzieht, um die Rechtsverbindlichkeit seiner drohungslosen Normen darzutun. Gewiß wird es niemandem einfallen, den Befehlen des amtlichen Vorgesetzten oder des militärischen Befehlshabers erst dann verbindliche Kraft beizulegen, wenn der Befehlende eine Drohung beifügt für den Fall des Ungehorsams. Allein, dieser Befehl des Vorgesetzten ist nicht verbindlich, weil er von der befugten Autorität ausgeht, er ist überhaupt nicht in demselben Sinne verbindlich wie ein Rechtssatz; durch den Befehl des amtlichen Vorgesetzten, durch diesen Verwaltungsakt wird keine Pflicht geschaffen, sondern eine bereits durch einen Rechtssatz statuierte Pflicht — nämlich die auf der Rechtsordnung beruhende Gehorsamspflicht geltend gemacht. Der an den untergebenen Beamten oder Soldaten gerichtete Imperativ, die an die Untertanen vom Staatsorgane gerichtete Aufforderung realisiert nur eine jener Bedingungen, an welche die Rechtspflicht der Angeredeten,

1) a. a. O. I. S. 44.

2) a. a. O. I. S. 43.

3) a. a. O. I. S. 44.

zu gehorchen, geknüpft ist. Eine verpflichtende Kraft wohnt diesen Befehlen in keiner Weise inne. — Darum ist die Analogie zwischen Amtsbefehl und Rechtssatz von Grund aus verfehlt und berechtigt zu keinem Rückschlusse von dem einen auf das andere. —

Faßt man die Art und Weise ins Auge, wie BINDING den mittelbaren Nachweis seiner „Normen“ aus den Strafgesetzen führt, den Nachweis, für die These: „Dieses Gebot (die Norm) finden wir im wesentlichen durch Umwandlung des ersten Teiles unserer Strafrechtssätze in einen Befehl: nicht zu handeln wie es daselbst bezeichnet, oder zu handeln wie es dort gefordert ist“, so könnte man der Ansicht sein, BINDING habe selbst seine Norm für nichts anderes ausgeben wollen, als für den selbständigen Ausdruck eines im Strafrechtssatze enthaltenen Gedankens, etwa dafür, als was hier seine „Norm“ erkannt wurde, nämlich als selbständige Formulierung des mit dem Strafrechtssatze verfolgten Zweckes. BINDING schreibt aber seiner „Norm“ durchaus nicht eine solche vom Strafrechtssatze abhängige Existenz zu. Er läßt die Norm nicht etwa begrifflich im Strafrechtssatze enthalten sein, sondern sagt ausdrücklich: „Die Norm geht begrifflich dem Strafgesetze voraus, denn dieses bedroht eine Normübertretung mit einer Straffolge oder erklärt sie für straffrei“. Ja, er bemüht sich, durch eine Reihe von Argumenten die vollständige formelle und materielle Selbständigkeit der „Norm“ vom Strafrechtssatze darzutun. Daß in allen Fällen, in denen BINDING diese Selbständigkeit der „Norm“ vom Strafrechtssatze annehmen zu müssen glaubt, lediglich der selbständig betrachtete soziale — für die Jurisprudenz irrelevante — Zweck vorliegt, der mit dem Strafrechtssatze verfolgt wird, mögen die folgenden Zeilen dartun.

Die Selbständigkeit der „Norm“ gegenüber dem Strafgesetze, d. i. dem Strafrechtssatze sucht BINDING zunächst dadurch zu erweisen, daß er auf die Verschiedenheit der Zwecke hinweist¹⁾, die beide verfolgen. Er sagt, die Norm habe den Zweck der Prävention, den Zweck, die Subjekte zu einem rechtmäßigen Verhalten zu veranlassen; die Norm sei es, die eine Pflicht der Individuen zu einem bestimmten Verhalten statuieren, die dem Staate ein Gehorsamsrecht gegen alle Subjekte auf jenes rechtmäßige Verhalten gäbe. Nicht so der Strafrechtssatz: Dieser sei nur akzessorischer Natur; sein Zweck sei nicht Prävention. Welches aber der dem Strafrechtssatze besondere Zweck sei, gibt BINDING an dieser Stelle nicht an, doch ist anzunehmen, daß er der Ansicht ist, die Strafe, die Reaktion gegen das erfolgte Unrecht sei der spezifische Zweck des Strafrechtssatzes. Das

1) a. a. O. I. S. 82.

Strafgesetz gibt — meint BINDING — dem Staate kein Gehorsamsrecht gegen alle, sondern lediglich ein Zwangs- und Strafrecht ausschließlich wider den Schuldigen. Das Strafgesetz begründe keine Rechtspflichten der Untertanen, etwas zu tun oder zu unterlassen.

Demgegenüber ist vor allem zu bemerken, daß eine Mehrheit von Zwecken nicht notwendig mehrere verschiedene Objekte voraussetzt. Es ist durchaus möglich, daß ein und dasselbe mehreren verschiedenen Zwecken bestimmt ist. Ein künstlicher Kanal dient der Schifffahrt wie der Bewässerung und es ist darum gewiß nicht nötig, zwischen dem zum Zwecke der Schifffahrt und dem zum Zwecke der Bewässerung errichteten Kanal begrifflich zu unterscheiden. Und so ist es durchaus möglich, dem Strafgesetze BINDINGS — das sich ja nur als ein Spezialfall des Rechtssatzes in der hier akzeptierten Formulierung darstellt — den doppelten Zweck einer Prävention des künftigen Unrechts und einer Reaktion gegen das bereits erfolgte zuzuschreiben. Ja, der Präventionszweck kann überhaupt — das wurde bereits dargelegt — im Wege der Rechtsordnung nur durch die Nachteilsdrohung des als hypothetisches Urteil konstruierten Rechtssatzes und nicht durch die als nackter Imperativ oder Sollsatz formulierte „Norm“ erfüllt werden. Denn nur die Nachteilsdrohung kann von Staats und Rechts wegen jene motivierende Wirkung ausüben, die als Prävention bezeichnet wird. Der ein bestimmtes Verhalten fordernde Imperativ kann, als solcher in das Bewußtsein des Subjektes gedrungen, an sich eine motivierende Wirkung nicht ausüben, denn er kann den nur im eigenen Interesse tätig werdenden Willen des Menschen bloß dann in Bewegung setzen, wenn er in Verbindung mit einem Motiv — d. i. der Vorstellung zu vermeidenden Nachteils oder zu erwerbenden Vorteils — auftritt oder ein solches Motiv als gegeben voraussetzt. Geht dieses Motiv jedoch nicht von demjenigen aus, der den Imperativ ausspricht, dann ist dieser nicht normsetzende Autorität, sondern er macht eine von einer anderen Autorität statuierte Norm und mit dieser Norm geschaffene Pflicht geltend¹⁾. Wenn BINDING sich darauf beruft, der Staat könne sich begnügen, ein bestimmtes Verhalten ohne Strafandrohung zu befehlen, weil die Menschen in den meisten Fällen aus anderen Motiven als aus Furcht vor Strafe rechtmäßig handeln, so ist diese letztere Tatsache zweifellos richtig; allein, die „Normen“, die diese Menschen dabei befolgen, sind keine Rechtsnormen, nicht Normen des Staates, sondern religiöser, sittlicher oder irgendwelcher anderer Natur. Und es liegt geradezu eine Selbsttäuschung vor, wenn

1) Vgl. die näheren Ausführungen oben S. 220 ff.

BINDING die Möglichkeit sanktionsloser „Normen“ aus der Autorität des Staates erklären will, da doch die Befolgung dieser sanktionslosen „Normen“ auf die Autorität anderer Mächte zurückgeführt werden muß. Denn Autorität ist — wie früher nachgewiesen — die Fähigkeit, andere zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, die Gewalt der Motivation und ein Verhalten muß als Befolgung der Norm jener Autorität angesehen werden, von der die Motive ausgegangen sind¹⁾. Der vom Staate ausgehende bloße Befehl: Handle so oder so — wäre er als Ausdruck eines staatlichen Wollens in dieser Form überhaupt möglich — bliebe stets nur ein frommer Wunsch der Gesetzgeber, der an sich keinerlei präventive Kraft hätte. Die spezifische Autorität des Staates, von dem der Befehl ausgehen soll, beruht ausschließlich auf der Vorstellung der Strafe oder sonstigen Zwangsgewalt, die jedem autoritativen Befehle zur Seite steht. Einem Befehl, der sich nicht auf solche Motive stützt, fehlt jeder autoritäre Charakter, ja, ein solcher Befehl kann gar nicht als vom Staate ausgehend betrachtet werden.

Es ist somit außer Zweifel, daß der Zweck der Prävention nur dem Strafrechtssatze, nicht aber der BINDINGSchen „Norm“ zugesprochen werden kann. Dieser Zweck ist aber sozialer Natur und für die formal juristische Betrachtung irrelevant. Diesem sozialen Zwecke der Prävention gegenüber kann die dem Rechtssatze spezifische Reaktion gegen das erfolgte Unrecht nicht auch unter die Kategorie des „Zweckes“ geordnet werden; vielmehr fällt sie unter die Kategorie des „Mittels“ oder der „Form“ und in diesem Sinne, d. h. im Verhältnisse zur soziologischen Betrachtung ist die Jurisprudenz eine formale Disziplin. Erkennt man als den Zweck des Rechtssatzes, das Unrecht zu verhindern, dann kann der im Rechtssatze angedrohte Nachteil nur als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes angesehen werden. Und nur, wenn man von diesem Endzwecke abstrahiert, kann man die Nachteilsverhängung als „Zweck“, etwa als „Zweck im Rechte“ im Gegensatze zum „Zwecke des Rechtes“ gelten lassen. Auf diese Relativität des Gegensatzes von Zweck und Mittel wurde bereits hingewiesen. Hier sei noch hinzugefügt, daß das der Gesetzgebung zugrunde liegende Bedürfnis in erster Linie die Verhinderung des Unrechtes ist und daß Strafe und Exekution vom Standpunkte der Gesetzgeber letztlich nur als Mittel der Prävention — nicht als Zweck — in Betracht kommen. Allein, dieser teleologische Standpunkt der Gesetzgeber — deren Absicht identisch ist mit dem sozialen Zwecke des Gesetzes — ist nicht der einer formalen

1) Vgl. oben S. 220 ff.

Jurisprudenz, die in der Betrachtung des Rechtes den Standpunkt des Richters zu teilen hat. So wie dieser hat die juristische Formaltheorie nur den Willen des Staates zu ergründen, d. h. festzustellen, wie der Staat unter gewissen Umständen handeln will. Die Absicht des Gesetzgebers kommt für beide als solche, d. h. unmittelbar überhaupt nicht, mittelbar aber nur insoferne in Betracht, als sie durch den geäußerten Willen des Gesetzgebers realisiert wird. Die BINDINGSche „Norm“, die sich als bloße Formulierung der gesetzgeberischen Absicht, des sozialen Zweckes der Rechtsordnung erweist und die zugleich als der den Staatswillen beinhaltende Rechtssatz gelten will, beruht wie die Rechtssatzformulierung aller Imperativtheoretiker auf der verwirrenden und methodisch zu verwerfenden Nichtunterscheidung zwischen dem Willen des Staates und der Absicht der Gesetzgeber.

Verwirft man die Grundlage der BINDINGSchen Normentheorie, die Trennung von „Norm“ und Strafrechtssatz, dann ergibt sich als Konsequenz die Ablehnung aller von BINDING auf dieser Zweiteilung aufgebauten Konstruktionen. Dann ist unrichtig, daß der einen rechtlichen Nachteil androhende Strafrechtssatz keine Rechtspflichten der Untertanen statuieren, vielmehr ist eben dieser Rechtssatz die dem Rechte spezifische Form, die Subjekte zu verpflichten. Und indem der Rechtssatz die Untertanen zu einem bestimmten Verhalten rechtlich verpflichtet, schafft er — will man das Interesse an einem als Pflicht statuierten Verhalten ein „Recht“ nennen — ein „Gehorsams“-Recht des Staates gegen alle so Verpflichteten. Die BINDINGSche Unterscheidung zwischen „Gehorsamspflichten“ und „Rechtspflichten“¹⁾ ist unhaltbar. Jede Rechtspflicht ist Pflicht zu einem bestimmten Verhalten. In jedem rechtspflichtmäßigen Verhalten liegt der „Gehorsam“. Das allgemeine Verhältnis des Gehorsams zwischen Staat und Untertanen besteht lediglich in dem tatsächlichen Herrschafts- und Unterordnungsverhältnisse, das durch die motivierende Kraft der staatlichen Autorität geschaffen wird. Denn „Gehorsam“ erzeugt, wer einen fremden Willen zur Unterordnung unter den eigenen veranlaßt. Dieses tatsächliche Machtverhältnis entzieht sich aber jeder juristischen Konstruktion, ist eine außerrechtliche Relation. Als besondere „Gehorsamspflicht“ der Untertanen kann nur jene Rechtspflicht bezeichnet werden, derzufolge man verbunden ist, Befehlen der Staatsorgane Folge zu leisten. Allein, diese Pflicht unterscheidet sich in ihrer Struktur durch nichts von irgendeiner anderen Rechtspflicht und ist wie jede andere durch einen Rechtssatz statuiert, der an das gegenteilige Verhalten eine Unrechtsfolge knüpft. Daß zu

1) Vgl. a. a. O. I. S. 99/100.

den Voraussetzungen, an welche die Unrechtsfolgen gebunden sind, ein „Befehl“ der Staatsorgane gehört und daß sich das rechtswidrige Verhalten als Ungehorsam gegen diesen Befehl darstellt, macht diese Pflicht zur „Gehorsamspflicht.“ Pflicht ist sie, weil das gegenteilige Verhalten im Rechtssatze mit Unrechtsfolgen bedroht ist. Und dieses Verhalten ist „Unrecht“, nicht weil es gegen den obrigkeitlichen Befehl verstößt, sondern insoferne es Voraussetzung für eine Unrechtsfolge ist.

Wenn BINDING, um die Selbständigkeit der „Norm“ zu dokumentieren, immer wieder darauf hinweist, es gäbe *leges imperfectae*¹⁾, also reine nicht mit Nachteilsdrohung versehene Verhaltensgebote, die Bestandteile von Gesetzen sind, so ist zu erwidern, daß solche *leges imperfectae* als unverbindliche Wünsche der Gesetzgeber, nicht aber als Wille des Staates betrachtet werden können und daher zu dem rechtlich irrelevanten Gesetzesinhalte zählen — wenn sie nicht als formell selbständige Statuierung von Voraussetzungen zu erkennen sind, an die an anderer Stelle die Unrechtsfolgen geknüpft werden.

Der Behauptung BINDINGS, daß die Norm häufig mehr verbiete, als durch das Strafgesetz bedroht ist, kann nur die Behauptung entgegengestellt werden, daß solches Plus als rechtlich unverboden gelten müsse. Und wenn Binding behauptet, die Schuld stehe allein zur „Norm“ nicht aber zum Strafgesetze in Beziehung, so sei bemerkt, daß die Schuld zum ersten Teile des Strafrechtssatzes, durch welchen der strafbare Tatbestand festgestellt wird, sehr wohl in Beziehung gesetzt werden kann und auch gesetzt werden muß. Ist es ja gerade dieser erste Teil, aus dem BINDING seine Norm formuliert wissen will²⁾.

Die Behauptung, daß es Normen gäbe, denen das Strafgesetz erst später nachfolge, kann nur bedeuten, daß es in den Gesetzen sanktionslose Verhaltensmaßregeln gibt, an deren Stelle erst nachträglich Rechtssätze mit Nachteilsdrohung treten. Wenn BINDING aber meint, es gäbe auch Normen, die den Strafrechtssätzen nachfolgen, so muß ihm entgegengehalten werden, daß er selbst die Norm als logische Voraussetzung des Rechtssatzes bezeichnet³⁾, die durch die Umformung des ersten Teiles eines Strafrechtssatzes gefunden wird. Was logische Voraussetzung ist, kann nicht nachfolgen! Überhaupt ist es sehr bedenklich, die „Norm“ einmal im Sinne einer bloß logischen Formulierung des im Strafgesetze enthaltenen Imperativs aufzufassen und sie das andere Mal wieder als selbständigen, vom Strafgesetze ganz unabhängigen Verhaltensbefehl der Rechtsordnung hinzustellen, der

1) a. a. O. S. 83.

2) Über die Stellung des Schuldmomentes im Rechtssatze vgl. oben S. 133 ff.

3) vgl. a. a. O. I. S. 45.

den bezüglichen Strafrechtssätzen vorangehen oder auch nachfolgen kann. Zweifellos hat BINDING den Begriff der Norm in diesen beiden von einander völlig verschiedenen Bedeutungen, ohne zu unterscheiden, gebraucht ¹⁾).

Zwei Fälle gibt es, in denen die von BINDING behauptete Selbständigkeit der Norm gegenüber dem Strafgesetze Berechtigung zu haben scheint. Aber auch in diesen Fällen wird es sich zeigen, daß die Annahme einer selbständigen „Norm“ neben dem Strafgesetze überflüssig und daher unrichtig ist. Der Rechtssatz ist der Ausdruck eines Willens des Staates, unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise zu handeln, beim Rechtssatze im engeren Sinne: eine Unrechtsfolge zu verhängen. Es ist nun durchaus möglich, daß das Gesetz die Umstände, unter denen die Unrechtsfolge einzutreten hat, nicht selbst näher bestimmt, sondern die Bestimmung anderen als den gesetzgebenden Faktoren überläßt. Der Rechtssatz lautet in diesen Fällen dann derart, daß der Staat unter jenen Umständen z. B. strafen wolle, die ein bestimmt bezeichnetes Subjekt näher fixieren werde. Es ist ein sogenannter Blankettrechtssatz. Die Subjekte, denen die Fixierung der näheren Umstände übertragen wird, können nun sehr verschiedene sein, ihre Bestimmung steht durchaus im Belieben des Gesetzgebers. Es kann eine Verwaltungsbehörde des eigenen Staates, es kann, etwa im Falle eines Bundesstaates, die Gesetzgebung eines Gliedstaates, es kann aber auch die Gesetzgebung oder Verwaltung eines fremden Staates sein. Das Gesetz kann z. B. Strafe androhen in jenen Fällen, die irgendeine Verwaltungsbehörde, ein Ministerium oder auch nur eine Gemeinde näher bestimmt. Das Reichsgesetz kann eine Geldstrafe von 10—100 auf alle Waldfrevel setzen, die durch Landesgesetz bestimmt sind. Ja, das Gesetz kann beispielsweise mit gewissen Zollstrafen ein Verhalten bedrohen, das durch das Zollgesetz eines Grenzstaates verboten — das heißt nichts anderes als: näher bestimmt — wird. In allen diesen Fällen nimmt BINDING an, daß die „Norm“ von einem anderen Subjekte ausgehe als die Strafdrohung ²⁾).

Ein zweiter Fall liegt vor, wenn das Gesetz die Bestimmung der Unrechtsfolge ganz oder teilweise einem anderen Subjekte überträgt, z. B. bestimmt, daß das schnelle Fahren in Ortschaften mit jener Strafe zu ahnden ist, die durch die kompetente Verwaltungsbehörde erster oder zweiter oder noch höherer Instanz bestimmt wird, u. ä. Hier geht nach BINDING die „Norm“ von der Gesetzgebung, die Strafdrohung von der Verwaltung aus. Aus dieser Möglichkeit nun, daß „Norm“ und Strafdrohung von zwei ganz verschiedenen Autoritäten

1) Vgl. a. a. O. I. S. 45 u. S. 83.

2) Vgl. a. a. O. I. S. 83 ff. u. S. 158 ff.

ausgehen können, schließt BINDING auf die notwendige Selbständigkeit der Norm gegenüber dem Strafe androhenden Strafrechtssatze.

Nun unterliegt es gewiß keinem Zweifel, daß nicht nur das rechtswidrige Verhalten der Untertanen und der nähere Inhalt des daran geknüpften staatlichen Strafwillens von zwei verschiedenen Seiten näher fixiert werden kann, sondern es ist sogar durchaus denkbar daß beides von der Bestimmung anderer als der gesetzgebenden Faktoren abhängig gemacht wird; z. B. wenn es in einem Gesetze hieße: Die Bestrafung von Übertretungen der von den Gemeinden auf dem Gebiete der Straßenpolizei zu erlassenden Vorschriften hat nach jenen Bestimmungen zu erfolgen, die jeweils von der Gemeinde erlassen werden. Und diese Erscheinung ist durchaus nicht auf das Strafrecht beschränkt. Allein die Selbständigkeit der „Norm“ gegenüber der Strafdrohung ist in diesen Fällen — für die BINDINGS Argumentation kommen vornehmlich nur jene beiden in Betracht, bei denen Norm und Strafrechtssatz von zwei verschiedenen Autoritäten auszugehen scheinen — tatsächlich nur eine scheinbare. Denn die von der Strafandrohung selbständige Bestimmung ist kein für sich bestehender rechtsverbindlicher Befehl rechtmäßigen Verhaltens, keine „Norm“, sondern lediglich die nähere Festsetzung jener Umstände, unter denen ein staatlicher Strafzweck existent werden soll. Wenn das Gesetz sagt, der Staat wolle in allen jenen Fällen eine bestimmte Strafe verhängen, welche eine Verwaltungsbehörde bestimmen werde, dann verpflichtet die Untertanen nicht etwa die von der betreffenden Behörde ausgehende Verordnung, mit welcher ein bestimmtes Verhalten der Untertanen gefordert wird, sondern der im Gesetze ausgedrückte Wille des Staates, zu strafen. Die Verordnung, die auf Grund eines solchen Blankettgesetzes etwa das Schnellfahren verbietet, wäre an und für sich gänzlich bedeutungslos; ein Akt der Verwaltung, der niemals Rechtspflichten statuiert. Nur der im Gesetze ausgesprochene Wille des Staates ist es, der solche Wirkung hat; nur in Verbindung mit diesem, als nähere Bestimmung seiner Voraussetzungen hat die fragliche Verordnung Bedeutung. Es liegt hier das gleiche Verhältnis vor wie bei der allgemeinen Gehorsamspflicht der Untertanen gegenüber den Anordnungen der Staatsorgane. Wenn das Gesetz jeden mit Strafe droht, der einem Befehle des Polizei-Organes nicht gehorcht, ist es das Gesetz, das die Gehorsamspflicht des Untertanen statuiert — und ohne eine solche gesetzliche Bestimmung kann im konstitutionellen Staate von einer allgemeinen Gehorsamspflicht nicht die Rede sein; der Befehl des Polizeiorganes schafft keine Rechtspflicht, sondern ist lediglich als Verwaltungsakt zu betrachten, durch den eine bereits

gesetzlich statuierte Rechtspflicht geltend gemacht wird. Die oben angeführte Verordnung der Verwaltungsbehörde hat rechtlich keine andere Stellung als der zuletzt charakterisierte Polizeibefehl. Darum ist es unzulässig, die Tätigkeit jener Faktoren, denen bloß die nähere Bestimmung der Voraussetzungen überlassen ist, an die sich der staatliche Wille bindet, als „Norm“ zu bezeichnen. Nur das Gesetz d. h. der darin ausgedrückte Wille des Staates „normiert“, statuiert Rechtspflichten; und darum muß in allen diesen Fällen die „Norm“ als von ebendemselben Gesetze ausgehend betrachtet werden, das die bedingte Strafdrohung — den Rechtssatz ausspricht.

Überläßt das Gesetz die nähere Bestimmung der Unrechtsfolge, also z. B. der Strafe, einem anderen als dem gesetzgebenden Faktor und gibt es dabei selbst die näheren Voraussetzungen, unter denen die Strafe eintreten soll, dann gehen auch in diesem Falle „Norm“ und Strafrechtssatz von derselben Autorität aus. Denn als Subjekt des Strafwillens ist auch hier ausschließlich und allein der Staat als Träger der Rechtsordnung anzusehen. Wenn auch die nähere Festsetzung des Inhaltes des staatlichen Strafwillens etwa einer Verwaltungsbehörde delegiert ist, so muß doch stets daran festgehalten werden — und nur darauf kommt es bei dieser Zurechnung an — : Daß der Staat unter bestimmten Umständen überhaupt strafen will, ist im Gesetz, in der Rechtsordnung ausgesprochen (kann ja nur hier zum Ausdrucke gelangen). Das „Wie“, Art und Ausmaß der Strafe mag immerhin der Festsetzung durch die Verwaltung überlassen sein! Ja, dies muß bis zu einem gewissen Grade immer der Fall sein, auch wenn die Strafe noch so genau im Gesetze selbst fixiert ist. Es liegt kein prinzipieller, nur ein quantitativer Unterschied zwischen dem hier behandelten und jenem Falle vor, wo das Gesetz dem Ermessen des Richters einen Spielraum in Bezug auf das Strafausmaß oder auf die Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe überläßt. Gewiß wird niemandem beifallen, dem Richter, weil er mit seinem Ermessen Art und Ausmaß der Strafe bestimmt, die Statuierung des Strafrechtssatzes, dem Gesetze aber, das die Fixierung des strafbaren Verhaltens beinhaltet, die „Norm“ zuzuschreiben. Doch läge dies in der Konsequenz der BINDINGSchen Trennung. Und so zeigt sich denn bei näherer Untersuchung, daß auch im zweiten von BINDING für die Selbständigkeit der „Norm“ vom Strafrechtssatze vorgebrachten Falle Strafgesetz und „Norm“ von der gleichen Autorität ausgehen, daß Norm und Strafgesetz eins sind ¹⁾.

1) Es wäre ein überflüssiges Breitschlagen des hier ausgeführten Grundgedankens, des näheren darzulegen, daß im Falle eines Blankettgesetzes das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verwaltung innerhalb desselben Staates das

Auf dem Boden dieser Anschauung, die eine Identität von Norm und Strafrechtssatz erkennt, muß man auch die von BINDING behauptete Möglichkeit leugnen, daß Norm und Strafgesetz „zu verschiedenen Zeiten entstehen und in Kraft treten können, daß beider Geltungsgebiet sich oft nicht deckt, daß beider Wandlung oder Aufhebung auf sehr verschiedenen Wegen, bald dem der Gesetzgebung, bald dem der Verordnung, bald durch das Reich, bald durch den Gliedstaat, bald durch Behörde, wohl auch durch den auswärtig Staat geschehen kann“¹⁾. Denn was BINDING selbständige „Norm“ scheint, ist die an sich nicht mit Verbindlichkeit ausgestattete nähere Bestimmung der Umstände, an die sich die Existenz des staatlichen Strafwillens knüpft.

Was insbesondere die von BINDING hervorgehobene Tatsache betrifft, Norm und Strafgesetz können ein verschiedenes Geltungsgebiet haben, wenn z. B. das Gesetz Strafe in jenen Fällen androht, die durch lokale Verwaltungsbehörden, deren Kompetenz örtlich begrenzt ist, bestimmt werden — so ist folgendes zu bemerken: In einem solchen Falle könnte es scheinen, daß nur ein Strafgesetz, nur ein Strafrechtssatz für den ganzen Staat gelte, während mehrere, von einander möglicherweise verschiedene Normen für einzelne Gebiete innerhalb des Staates in Kraft sind, dann nämlich, wenn etwa die einzelnen gesetzlich delegierten Lokalbehörden für ihren Bezirk verschiedene Fälle auf Grund des gemeinsamen Gesetzes als strafbar bezeichnen. Was in dem einen Bezirke durch Verordnung der kompetenten Behörde unter die Strafe des Gesetzes gestellt wird, kann in dem andern straflos gelassen bleiben. Allein hier muß angenommen werden, daß der im Gesetze ausgesprochene Rechtssatz nur für jene Gebiete gilt, in denen bestimmte Verordnungen seine Voraussetzungen fixiert haben; und die Möglichkeit lokal begrenzter Geltung eines Gesetzes wird gewiß nicht — auch von BINDING nicht — geleugnet. Sind die Voraussetzungen in den einzelnen Provinzen durch die betreffenden Verordnungen verschieden fixiert, liegen eben mehrere, von einander verschiedene Rechtssätze vor, wie ja überhaupt ebensoviele Rechtssätze anzunehmen sind, als Tatbestände statuiert werden, an die sich eine Unrechtsfolge knüpft. Die Blankettformel: „Unter gewissen anderweitig zu bestimmenden Umständen will der Staat eine bestimmte Strafe verhängen“, enthält eine unbestimmte Menge von Rechtssätzen, deren Anzahl sich

gleiche ist wie zwischen Gesetzgebung des einen Staates und der eines anderen (Gliedstaates oder fremden Staates). Strafrechtssatz und „Norm“ gehen stets von jenem Gesetze aus, welches das Blankett enthält.

1) a. a. O. I. S. 85.

nach der Zahl der Tatbestände richtet, die auf jene vom Gesetze für zulässig erklärte Weise statuiert werden.

Wird der Tatbestand durch Verordnung geändert, ändert sich inhaltlich auch der Rechtssatz. Ist etwa überhaupt kein Tatbestand statuiert, sind z. B. jene Verordnungen oder Landesgesetze, durch welche die einzelnen Fälle bestimmt werden sollen, in denen die im Gesetze oder Reichsgesetze ausgesprochene Strafe einzutreten hat, noch nicht erlassen, dann ist der Rechtssatz zwar formaliter vorhanden, hat aber noch keinen Inhalt. Dieser Inhalt ist durch die eigenartige Fassung des Gesetzes zu einem variablen gemacht, während die Form, die Hülle, der Rahmen, das Blankett ein konstantes bleibt. Gerade diese Form ist aber für die juristische Konstruktion von wesentlicher Bedeutung.

Als ein weiteres Argument für die Selbständigkeit der Norm dem Strafgesetze gegenüber führt BINDING an¹⁾: „Aber auch selbst wenn Norm und Strafgesetz genau dieselbe Erscheinungsform aufweisen, vielleicht beide in demselben Reichs- oder Landesgesetze erlassen sind, ist durchaus möglich, daß die Norm von einem bestimmten Tage an gesetzlich aufgehoben wird, das Strafgesetz für die noch ungeahndeten Übertretungen derselben in Kraft bleibt, oder daß umgekehrt die Norm — von nun an *lex imperfecta* — das aufgehobene Strafgesetz überdauert, oder daß neben die alte Norm ein neues Strafgesetz tritt“. Für den ersten Fall der Wandlung und Aufhebung der Norm bei unverändertem Strafgesetze führt BINDING das von ihm treffend so benannte „Blankettstrafgesetz“²⁾ ins Feld. Hier scheint ihm der Fall gegeben zu sein, daß das Strafgesetz fortbesteht, während die Norm sich ändern kann. Daß nur ein Wandel des Inhaltes des Strafgesetzes bei Identität der Form vorliegt, wurde bereits gezeigt.

Einen zweiten Fall sieht BINDING darin, daß ein Strafgesetz auch nach dem Ende der Norm in Kraft bleiben könne³⁾. „Die Aufhebung eines Ausfuhrverbotes, einer Wegsperrung mit einem bestimmten Tage bedeutet durchaus nicht das Strafloswerden der vor diesem Tage schon begangenen, noch ungeahndeten Übertretungen jener Norm. Neue Verhältnisse haben ihre Abschaffung veranlaßt: Die alte *sanctio legis* bleibt in Kraft, um die Autorität der alten Verbote an ihren Verächtern zu bewähren“. Auch hier ist die von BINDING gezogene Konsequenz: Annahme einer selbständigen „Norm“ neben dem Strafgesetze, keine notwendige. Denn „aufgehoben“ wird nicht nur das Ausfuhrverbot, die „Norm“, sondern auch

1) a. a. O. I. S. 85.

2) a. a. O. I. S. 185.

3) a. a. O. I. S. 187.

das Strafgesetzbuch, ja, nur durch die Aufhebung des Strafrechtssatzes, nur mit diesem kann die BINDINGSche „Norm“ aufgehoben werden. Wenn auch ein aufgehobenes Strafgesetz zur Anwendung kommen kann, nämlich auf jene Tatbestände, die unter seiner Herrschaft entstanden — aber noch nicht geahndet worden sind, so hat dies nicht die Bedeutung, daß das Strafgesetz noch fortbesteht. Denn ‚Aufhebung eines Gesetzes‘ bedeutet, daß der Staat von nun an den Willen, unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise zu handeln, nicht mehr hat. Ist aber vor diesem Augenblicke einer jener Umstände eingetreten, an welche die Existenz des staatlichen Willens geknüpft war, so ist dieser Wille für diesen Fall zu einem unbedingten geworden und bleibt als solcher durch die Aufhebung des Gesetzes, das nur den bedingten Willen des Staates beinhaltet, unberührt — vorausgesetzt, daß die Aufhebung nicht ausdrücklich auf die Fälle des bereits unbedingt gewordenen Staatswillens ausgedehnt, das heißt mit Rückwirkung versehen wurde. Der bedingte, an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Wille des Staates — und das ist der Rechtssatz, das Gesetz — kann aufgehoben sein und dennoch muß der vor der Aufhebung durch Eintritt der Voraussetzungen unbedingt gewordene Wille auch nach der Aufhebung realisiert werden. Der juristische Sprachgebrauch hat niemals gezögert, das Gesetz, das durch ein anderes vollständig ersetzt wurde, auch dann als ein „aufgehobenes“ zu bezeichnen, wenn es noch auf die unter seiner Herrschaft entstandenen Tatbestände angewendet wurde. Ja, nähme man den BINDINGSchen Gebrauch des Terminus „Gesetzes-Aufhebung“ ernst, könnte ein Gesetz, würde es nicht durch ein solches mit rückwirkender Kraft abgelöst, niemals oder doch erst dann als aufgehoben betrachtet werden, wenn alle unter seiner Herrschaft entstandenen Unrechtstatbestände verjährt, also eine Anwendung nicht mehr möglich wäre. Der Widerspruch, der darin zu liegen scheint, daß ein aufgehobener Rechtssatz angewendet wird, ist nur ein scheinbarer. Denn die Aufhebung des Rechtssatzes — und der in ihm gelegenen Norm — bezieht sich mangels ausdrücklicher Statuierung einer Rückwirkung nur auf die künftigen, nach der Aufhebung erfolgenden Tatbestände. Der für die Zukunft aufgehobene Rechtssatz ist für die unter seiner Herrschaft bereits eingetretenen Unrechtsfälle, auf die er angewendet wird, nicht aufgehoben. Man kann nicht geltend machen, daß das Strafgesetz, das wohl für die Zukunft aufgehoben ist, für die Vergangenheit zwar noch Geltung haben, aber in keiner Weise mehr als Norm betrachtet werden könne, weil die spezifisch normative Geltung nur in die Zukunft gerichtet sei; denn dagegen ist —

abgesehen davon, daß das gesollte Geschehen keineswegs mit dem zukünftigen Geschehen identifiziert werden oder nur als ein Spezialfall des letztern gelten darf¹⁾ — zu bemerken, daß das aufgehobene Strafgesetz ja doch nur auf jene Fälle angewendet wird, für die es auch als Norm in Betracht gekommen ist. Wird ein Gesetz aber ausdrücklich mit Rückwirkung erlassen, dann ist es wohl möglich, daß es auf Fälle angewendet wird, die vor seiner Entstehung eingetreten sind und für die es daher als Norm nicht in Betracht gekommen sein kann. Diese Möglichkeit ist nur darauf zurückzuführen, daß die Menschen bei Fixierung der Rechtssätze völlig willkürlich vorgehen können, daß im positiven Rechte durch ein konkretes Gesetz Strafe an Tatbestände geknüpft werden kann, die vor Erlassung des Gesetzes perfekt wurden und damals mit einer anderen oder gar keiner Strafe bedroht waren. Daß durch solche Willkürlichkeit auch eine Rechtspflicht mit rückwirkender Kraft geschaffen wird, kann nicht verwunderlicher sein als die Tatsache, daß ein Rechtssatz oder eine Rechtsnorm mit rückwirkender Kraft erlassen wird. Wenn man mit Strafe bedrohen kann, was vor der Drohung begangen wurde, wenn man also „verbieten“ kann, was schon vor dem Verbot geschehen ist, so kann man auch zu etwas verpflichten, dessen Gegenteil bereits eingetreten ist. Das alles ist formal möglich; ob es zweckmäßig ist, ist eine andere Frage, und diese muß verneint werden, wenn man den präventiven (sozialen) Zweck der Rechtsordnung im Auge hat; dann ist es nicht nur nicht zweckmäßig, sondern überhaupt nicht zweckmäßig. Denn motivierend kann der Rechtssatz tatsächlich nur in die Zukunft und nicht in die Vergangenheit wirken. Und nur soferne man die Rechtsnorm nach ihrem sozialen Zweck bestimmt, ist eine Rückwirkung derselben undenkbar; und nur soferne man irrtümlich als Verpflichtung durch die Rechtsnorm deren Zweck-erfüllung, nämlich die durch Motivation bewirkte Willensbindung im Pflichtsubjekte ausgibt, ist eine rückwirkende Verpflichtung unmöglich. Gerade die für das Rechtsgebiet bestehende Tatsache der Rückwirkung von Rechtssätzen oder Rechtsnormen zeigt aber deutlich, daß die Begriffe Rechtssatz oder Rechtspflicht nichts mit dem sozialen Zwecke der Rechtsordnung zu tun haben.

Daß, im Falle die Aufhebung eines Gesetzes durch ein anderes mit rückwirkender Kraft erfolgt, von einer selbständigen Erlöschung der Norm gegenüber dem noch fortbestehenden Strafgesetze nicht die Rede sein kann, gibt auch BINDING zu. Aber in der Be-

1) Vgl. oben S. 14 f.

urteilung, wann eine solche Rückwirkung anzunehmen ist, muß BINDING entschieden widersprochen werden. Wird nämlich „die Norm“, meint BINDING, „aufgehoben, weil der Gesetzgeber mißbilligt, daß sie früher bestanden hat, so liegt darin eine Mißbilligung auch der strafrechtserzeugenden Kraft ihrer Übertretung, und ihre Pönalsanktion wird auch dann als mitbeseitigt zu gelten haben, falls das neue Gesetz dies nicht ausdrücklich bemerken sollte“.

Damit verwirft BINDING die herrschende Ansicht, daß die Rückwirkung eines Gesetzes nur unter ausdrücklicher Statuierung erfolgt, und läßt die Annahme einer solchen auch aus der Absicht des Gesetzgebers schließen. Allein, dagegen muß bemerkt werden, daß für die Absicht des Gesetzgebers nur höchst unsichere Kriterien vorliegen. Woraus soll man eigentlich den Schluß ziehen, daß der „Gesetzgeber“ auch die frühere Geltung der Norm „mißbillige“? Wird ein Gesetz aufgehoben, so bedeutet das juristisch nichts anderes, als daß sich der Wille des Staates geändert hat. Aus welchen Gründen die zur Erzeugung des Staatswillens berufenen Personen — nur das sind die Gesetzgeber — abgestimmt, was sie dabei gedacht oder gefühlt, gebilligt oder mißbilligt haben — und nichts anderes ist die „Absicht des Gesetzgebers“ — bleibt für die juristische Erkenntnis vollkommen irrelevant.

Was für den Juristen in Betracht kommt, ist der fertige Wille des Staates — das Gesetz, und nicht die Wünsche und Gedanken der Gesetzgeber. Die Vorstellung des „Gesetzgebers“ — dies wohl am meisten mißbrauchte und mißverstandene unter allen Schlagwörtern der Juristen — sollte in der Rechtswissenschaft keinen Raum haben. Im übrigen kann man es dem Wortlaute eines Gesetzes in der Regel nicht ansehen, ob der „Gesetzgeber“ das alte aufgehobene Gesetz in seiner früheren Geltung „mißbilligt“; und selbst wenn ein ungeschickter Redakteur einen solchen Passus in den Wortlaut des Gesetzes aufgenommen hätte, ist ein derartiger Mißbilligungsausdruck an sich ebenso unverbindlich, wie alles, was nicht den Willen des Staates zu eigenem Handeln ausdrückt.

Die Frage, ob ein neues Strafgesetz auch auf die unter der Herrschaft des alten Gesetzes begangenen, noch nicht geahndeten Delikte anzuwenden ist, diese reine Interpretationsfrage, ist lediglich darnach zu entscheiden, ob der im Gesetze ausgedrückte staatliche Strafwille sich nur an künftige Tatbestände knüpft, oder auch auf vergangene sich bezieht. Der Natur der Sache nach ist anzunehmen, daß das Gesetz, das als ein Beschluß, künftig zu handeln, gedacht werden kann, den staatlichen Handlungswillen an Tatbestände knüpft, die ebenfalls nach der „Beschlußfassung“, d. i. der Gesetzes-

werdung entstehen. Soll dies nicht der Fall sein — und es muß nicht unter allen Umständen so sein — bedarf es wohl ausdrücklicher Bestimmung im Wortlaute des Gesetzes.

Schließlich geht BINDING daran, die Selbständigkeit der nicht dem geschriebenen Rechte angehörenden „Norm“ zu erweisen, indem er darzulegen bemüht ist, daß auch die Norm, die nicht ausdrücklich als solche im Gesetze ausgesprochen ist, deren Dasein lediglich aus der Sanktion ihrer Übertretung im Strafrechtssatze zu schließen ist, durchaus nicht das ganze Schicksal des Strafgesetzes teile, das sie uns erschließt¹⁾. Eine Änderung des Strafgesetzes wider die Tötung gehe nicht in der Weise vor sich, daß mit dem Augenblicke der Aufhebung des alten und der Einführung des neuen Strafgesetzes das Verbot der Tötung erlösche, um im selben Augenblicke wieder aufzuleben. Vielmehr bestehe die „Norm“ unangetastet weiter auch während des Augenblickes, da das alte Strafgesetz erlischt und das neue entsteht. Da die BINDINGSche Norm in dem hier gebrauchten Sinne nichts ist als der selbständig formulierte Zweck des Strafrechtssatzes und es durchaus möglich ist, daß derselbe Zweck durch zwei verschiedene Gesetze verfolgt wird, so bedeutet die Tatsache, auf die BINDING mit seinem Beispiele hinweist nichts anderes als die Identität und Kontinuität des Zweckes bei Veränderung der Mittel zu seiner Verfolgung. Sieht man richtigerweise im Strafrechtssatze selbst die Norm, dann hindert nichts anzunehmen, daß die alte Rechtsnorm im Augenblicke der Aufhebung des alten Gesetzes erlischt und im selben Augenblicke die inhaltlich gleiche Norm in dem formell verschiedenen, neuen Gesetze entsteht. Die Kontinuität des Zustandes, daß die Tötung mit Strafe bedroht ist, wird darum nicht gestört, weil das Intervall zwischen dem alten und dem neuen Gesetze als ein unendlich kleines gedacht ist. Wenn es angeht, die Strafdrohung gegen die Tötung „auch nur eine unmerkliche Zeit“ als aufgehoben zu betrachten, so ist nicht einzusehen, warum gerade die „Norm“ das imperativische Verbot der Tötung diesen unmerklichen Zeitraum nicht intermittieren kann, da doch die Vorstellung, daß der Staat während eines unendlich kleinen Augenblickes die Tötung nicht bestrafen wolle, nicht unerträglicher sein kann als jene, daß die Tötung während des gleichen Zeitraumes nicht verboten sei.

Auch für die Selbständigkeit der ungeschriebenen „Norm“ führt BINDING die bereits oben untersuchten Argumente von dem angeblichen Überdauern der Norm durch das Strafgesetz und dem Überdauern des Strafgesetzes durch die Norm an. Für die Behauptung,

1) a. a. O. I. S. 85/86.

daß die Aufhebung eines Strafgesetzes, dessen Norm nicht anderweitig formuliert ist, auch erfolgen könne, ohne daß der Fortbestand der Norm im geringsten Zweifel sei, führt BINDING als Beispiel an, daß die Aufhebung der Strafandrohung wider die Hinterziehung der Zwangsvollstreckung diese Handlungsweise gewiß nicht zu einer unverbottenen machen würde¹⁾. Dieser nicht näher bewiesenen Behauptung gegenüber genügte es, die Behauptung des Gegenteils vorzubringen. Doch sei hiezu noch folgendes bemerkt. Wäre jedes die Exekution vereitelnde oder erschwerende Verhalten ohne Unrechtsfolge gelassen, dann bestände ebensowenig eine Rechtspflicht zur Unterlassung solcher Handlungen, wie es keine Rechtspflicht gibt, die verwirkte Strafe auf sich nehmen. Dann wäre die Exekutionsvereitelung ebensowenig rechtlich „verboten“, wie es etwa die Flucht vor der Strafe oder irgendein Verhalten ist, das bezweckt, sich der verwirkten Strafe zu entziehen. Das Bemühen, eine Rechtspflicht zur Erduldung der Unrechtsfolgen zu konstruieren, wenn das Nicht-Dulden, die Entziehung ohne selbständige Unrechtsfolge gelassen ist, gleicht dem Versuche Münchhausens, sich an dem eigenen Zopfe aus dem Sumpfe zu ziehen. Denn das einzige Kriterium dafür, daß ein bestimmtes Verhalten rechtlich „verboten“, Gegenstand einer Unterlassungspflicht ist, liegt lediglich darin, daß dieses Verhalten mit einer Unrechtsfolge bedroht ist. Es ist gewiß möglich, daß die Rechtsordnung die Bestimmung enthält, wer sich einer Unrechtsfolge entzieht, verwirke eine andere Unrechtsfolge dazu. Das Delikt der mit Strafe bedrohten Exekutionsvereitelung stellt zweifellos eine solche Bestimmung dar. Wenn die Strafflucht, das ist die Vereitelung jener Unrechtsfolge, welche als Strafe bezeichnet wird, im allgemeinen nicht mit einer neuerlichen Unrechtsfolge bedroht ist, so hat dies wohl praktische Gründe, da die Strafflucht nur mit Strafe bedroht sein könnte und solche Strafdrohungen konsequenterweise ad infinitum gehen müßten.

Wenn BINDING auf die Wandelbarkeit der Strafgesetze gegenüber dem unveränderten Bestande der „Normen“ hinweist und darauf aufmerksam macht, daß die Normen so alt sind wie die Völker selbst, während die Strafgesetze fortwährend wechseln²⁾, so kann die zugrundeliegende Tatsache keineswegs nur durch die selbständige Existenz von Normen neben den Strafgesetzen erklärt werden. Was vorliegt, ist nichts anderes als die Tatsache, daß es im großen und ganzen die gleichen Zwecke sind, die mit den verschiedenen Strafgesetzen verfolgt werden; es ist die schon erwähnte Stabilität der

1) a. a. O. I. S. 88.

2) a. a. O. I. S. 167.

gesellschaftlichen Zwecke gegenüber der Variabilität der staatlichen Mittel zu Erreichung der ersteren.

Ganz ebenso liegt es bei dem von BINDING für die Selbständigkeit der „Norm“ ins Feld geführten Argument, daß eine Norm einer Mehrheit von Strafgesetzen entsprechen könne und umgekehrt mehrere Normen durch ein Strafgesetz geschützt werden. Was den ersten Fall betrifft, so ist es hier nur der gleiche Zweck, der durch mehrere Rechtssätze verfolgt wird. Doch muß betont werden, daß BINDING bei der Konstruktion der einen Norm, der mehrere Rechtssätze entsprechen, willkürlich verfährt. Er nimmt¹⁾ eine Norm gegen Tötung und eine Norm gegen Körperverletzung an, kennt dagegen eine Mehrheit von Rechtssätzen wider: Mord, Totschlag, fahrlässige Tötung, Tötung durch einen Soldaten im Felde etc. oder: fahrlässige und vorsätzliche Körperverletzung, Verletzung der Person des Landesherrn, Verletzung seitens eines Beamten, schwere, leichte Verletzung etc. Aber es ist kein zwingender Grund vorhanden, nicht auch ebensoviele Normen anzunehmen und eine Norm gegen schwere wie eine solche gegen leichte Körperverletzung, eine Norm gegen Mord und eine solche gegen Totschlag etc. zu formulieren, denn alle diese Strafrechtssätze enthalten verschiedene Tatbestände und alle diese Tatbestände sind „verboten“. Mit demselben Rechte, mit welchem BINDING alle Delikte mit Tötungserfolg und alle mit bloßem Verletzungserfolg je einer Norm zugrunde legt, hätte er die Norm auch noch allgemeiner, etwa: „neminem laede“ lauten lassen können — und damit gewiß den obersten Zweck aller oder doch der meisten Strafrechtssätze formuliert, wie er mit den von ihm gewählten „Normen“ den Zweck mehrerer willkürlich begrenzter Gruppen von Strafrechtssätzen formuliert hat. BINDING konstruiert die Norm auf Basis des Gattungsdeliktcs. Dieser Begriff ist aber schon an und für sich willkürlich begrenzt und kann beliebig erweitert oder verengt werden. Jedes Gattungsdelikt stellt sich als Spezialdelikt einer höheren Gattung dar. So sind Tötungsdelikte und Körperverletzungsdelikte unter dem gemeinsamen Begriffe von Delikten gegen den Körper zusammenzufassen, stellen sich Tötungsdelikte als durch den Erfolg qualifizierte Verletzungsdelikte heraus und lassen sich schließlich alle Delikte unter einem gemeinsamen Oberbegriffe zusammenfassen, dem etwa die oben zitierte Norm: „neminem laede“ entspräche. Wenn die „Norm“ nach BINDING lauten kann: Du sollst nicht töten, kann sie auch lauten: Du sollst nicht morden, du sollst nicht totschiagen, da sich jedes von einem Strafrechtssatz bezweckte Ver-

1) a. a. O. I. S. 190 ff.

halten formulieren läßt in einem: Du sollst. So müßte tatsächlich konsequenterweise jedem Strafrechtssatze eine „Norm“ entsprechen können und das Gattungsdelikt durch eine Gattungsnorm, das Spezialdelikt durch eine Spezialnorm verboten sein.

Was den zweiten von BINDING angeführten Fall: Mehrere Normen — ein Strafgesetz betrifft, so unterscheidet hier BINDING bekanntlich „Mischtatbestände“ und „zusammengesetzte Verbrechen“. Die ersteren liegen vor, wenn mehrere voneinander verschiedene Tatbestände in einem gemeinsamen Satze mit Strafe bedroht sind. Daß hier nur eine Zusammenziehung mehrerer Strafrechtssätze vorliegt, gibt BINDING selbst zu ¹⁾. Die als „zusammengesetzte Verbrechen“ bezeichneten, mit einer einzigen Unrechtsfolge verknüpften Tatbestände entstehen nach BINDING entweder so, daß mehrere, schon in anderen Strafrechtssätzen selbständig mit Strafe bedrohte Tatbestände zusammenkommen und nur dieser so kombinierte Tatbestand in einem eigenen Rechtssatze mit besonderer Strafe bedroht wird; dann liegt aber in der Verübung eines solchen Tatbestandes nicht — wie BINDING meint — die Verletzung einer Mehrheit von „Normen“, nämlich aller jener, die durch Umbildung des ersten Teiles derjenigen Strafrechtssätze entstehen, welche die einzelnen Teile des ganzen Tatbestandes mit Strafe bedrohen; denn der strafbare Gesamttatbestand kann nicht als mechanische Summe einzelner, für sich allein strafbarer Tatbestände angesehen werden, sondern ist gegenüber diesen einzelnen Tatbeständen ein novum, ein durchaus selbständiges und neues Delikt und nicht die bloße Summe von Delikten. Dem neuen, selbständigen Strafrechtssatze kann man sich durchaus eine selbständige Norm entsprechen denken, wenn man die Regel BINDINGS anwendet, nach der die „Norm“ aus dem ersten Teile des Strafrechtssatzes zu bilden ist. Man kann nicht sagen, daß bei einem „zusammengesetzten Verbrechen“ mehrere Normen verletzt werden, aber nur ein Strafgesetz zur Anwendung kommt; denn jede der einzelnen Normen verbietet für sich allein nicht die ganze Tat, die nur in ihrer Gesamtheit zu betrachten ist und in dieser Gesamtheit durch denjenigen Rechtssatz „verboten“ wird, der den Gesamttatbestand mit einer Strafe bedroht. — Ein „zusammengesetztes Verbrechen“ kann aber nach BINDING auch so entstehen, daß mehrere an sich verbotene, aber straflose (das heißt durch keinen Strafrechtssatz mit Strafe bedrohte) Tatbestände, in einem Tatbestande auf bestimmte Weise vereinigt, durch einen

1) a. a. O. I. S. 205 ff.

Rechtssatz mit Strafe bedroht werden. Dagegen ist — abgesehen von dem bereits zum ersten Falle des zusammengesetzten Verbrechens Gesagten — noch zu bemerken, daß eine „rechtswidrige“ oder „verbotene“ Handlung oder Unterlassung, die nicht mit Strafe oder einer anderen Unrechtsfolge in einem Rechtssatze bedroht wird, undenkbar ist, da alle Rechtswidrigkeit nur durch das Kriterium der Unrechtsfolge gegeben ist. Damit wird allerdings die von BINDING akzeptierte und bereits früher widerlegte Voraussetzung der sanktionslosen „Norm“ in Frage gestellt. Mit ihr fällt auch dieser Fall einer Mehrheit von Normen bei Einheit des Strafgesetzes.

Damit sind die wesentlichsten Argumente, die BINDING für die Existenz einer selbständigen, neben dem Strafrechtssatze bestehenden „Norm“ anführt, widerlegt.

Die Ergebnisse der Normentheorie, die BINDING nur für das Gebiet des Strafrechtes gelten lassen will, sucht THON für das Zivilrecht zu verwerten¹⁾. Doch sind seine Resultate von BINDING heftig bestritten worden. THON erklärt das gesamte Recht als einen Komplex von Imperativen und seine Theorie ist nur der konsequenteste Ausdruck und die vollkommenste systematische Durchführung der Anschauung, daß der Rechtssatz ein an die Untertanen oder an die Staatsorgane gerichteter Befehl rechtmäßigen Verhaltens ist. Diese Anschauung, die mehr oder weniger modifiziert als heute herrschende Grundanschauung bezeichnet werden muß, wurde bereits eingehend geprüft und bedarf daher keiner weiteren Widerlegung. Aus THONS Lehre sollen daher hier nur einige spezifische Punkte hervorgehoben und auf ihr Verhältnis zu der als richtig erkannten Formulierung des Rechtssatzes untersucht werden.

Es ist überaus bezeichnend, daß THON an die Spitze seiner Untersuchungen²⁾ den HEGELschen Satz stellt, daß das Recht der allgemeine Wille sei. Aber obgleich er das Wesen des objektiven Rechtes als „Wille“ erkennt, unterläßt er es doch, die Natur dieses Willens zu untersuchen; dadurch bringt er sich von vornherein um die Möglichkeit, einzusehen, daß dieser „Wille“ den Inhalt nicht haben kann, den er ihm gibt. Er fragt auch gar nicht näher, wer das Subjekt dieses Willens sein könne, lehnt nur ohne stichhaltige Motivierung die Anschauung ab, daß es allein der Staat sei³⁾; beschränkt sich allerdings bei seinen Untersuchungen nur auf das Recht der staatlichen Gemeinschaft — also den Willen des Staates. Allein, er scheint es selbstverständlich zu finden, daß er mit dem „Willen“ des „Staates“ die „Wünsche“ der gesetzgebenden Faktoren identifiziert,

1) THON, Rechtsnorm und subjektives Recht 1878. vgl. Vorwort S. VII.

2) a. a. O. S. 1.

3) Vgl. a. a. O. S. X. u. S. 1.

wenn er wiederholt als Inhalt des Rechtssatzes bezeichnet, was die Rechtsordnung „wünscht“¹⁾, wobei er „Rechtsordnung“ ausdrücklich „im Sinne von den das Recht erzeugenden Faktoren“²⁾ gebraucht — eine Identifizierung, auf deren methodische Verwerflichkeit im Laufe dieser Untersuchungen schon wiederholt hingewiesen wurde.

Nach THONS Lehre stehen die Imperative, aus denen sich die Rechtsordnung zusammensetzt, nicht unverbunden nebeneinander. Vielmehr sollen die Imperative insoferne miteinander verknüpft sein, „als die Nichtbefolgung der einen für andere häufig die Voraussetzung des Befohlenen bildet“³⁾. So ist der an die Staatsorgane gerichtete Imperativ, der sie strafen oder exequieren heißt, an die Voraussetzung gebunden, daß ein an die Untertanen gerichteter Imperativ rechtmäßigen Verhaltens verletzt, ein tatsächliches Unrecht begangen wird. Es muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß dieser Zusammenhang der Imperative nur ein scheinbarer ist, denn tatsächlich sind die Imperative als solche auf die angegebene Weise gar nicht verbunden. Der „Imperativ“: Du sollst nicht morden, und der Imperativ: Du (Richter) sollst den Mörder bestrafen, sind miteinander nicht verknüpft; dies wäre nur der Fall, wenn ein Imperativ die Voraussetzung des anderen wäre; faktisch aber ist es seine Verletzung, das ist ein tatsächlicher Vorgang: das Unrecht. Dieses allein ist mit gewissen Imperativen THONS verknüpft, und was THON die Verbindung der Imperative nennt, ist in Wahrheit deren Getrennt-Sein.

Dies muß deshalb hervorgehoben werden, weil in der angeblichen gegenseitigen Verknüpfung der Imperative die besondere Eigenart der THONSchen Imperativtheorie zu erblicken ist. Und diese Besonderheit ist es auch, die in THONS Fassung des Begriffes der Rechtsfolge zum Ausdruck kommt.

THON stellt nämlich mit Entschiedenheit in Abrede, daß die Strafe oder die Exekution — also ein Handeln des Staates — als Rechtsfolge zu betrachten sei. Vielmehr behauptet er, daß als Rechtsfolge des Unrechtes — der Normübertretung — nur ein Imperativ, ein Rechtssatz anzusehen sei. Nicht mit Unrecht weist THON darauf hin, daß z. B. die Strafe ein tatsächlicher Vorgang ist, der auch an einem Unschuldigen vollstreckt werden kann, während der Schuldige sich ihr zu entziehen vermag. Rechtsfolge des Mordes sei nur, daß der Mörder hingerichtet werden soll, nicht daß er hingerichtet wird⁴⁾. Und darin muß THON beiegepflichtet werden, daß der tatsächliche Vorgang des Strafens oder Exequierens, der ja — aus

1) a. a. O. S. 11.

2) a. a. O. S. 2.

3) a. a. O. S. 8.

4) a. a. O. S. 8 Anmerkung 22.

verschiedenen Gründen — ausbleiben kann, nicht die mit dem Unrecht begrifflich stets verknüpfte Folge sein darf. Was mit dem Unrechte stets verbunden sein muß, wofür der Unrechtstatbestand notwendigerweise nur eine Voraussetzung ist, das ist nach der hier vertretenen Anschauung nur der Wille des Staates zu strafen oder zu exequieren, nicht das bezügliche faktische Handeln des Staates, das man ja niemals als den durch Staatsorgane realisierten Staatswillen selbst zu betrachten hat; und dieser staatliche Straf- und Exekutionswille ist identisch mit der Rechtspflicht des Staates, zu strafen oder zu exequieren. So sehr nun THON darin beizupflichten ist, daß die Unrechtsfolge kein tatsächlicher Vorgang ist, so entschieden muß zurückgewiesen werden, was THON positiv als Unrechtsfolge konstruiert. Zunächst sei darauf hingewiesen, daß es logisch unmöglich ist, den ganzen Rechtssatz selbst — und das ist ja die Norm oder der Imperativ THONS — als Folge eines Tatbestandes gelten zu lassen, der einen Teil des Rechtssatzes selbst bildet. Die an das Staatsorgan gerichtete Strafnorm THONS muß notwendig hypothetisch lauten und zwar: „Wenn jemand mordet, so bestrafe (du Straforgan) ihn mit Hinrichtung.“ Nicht dieser ganze Rechtssatz kann Folge des rechtswidrigen Tatbestandes sein, denn das Verhältnis zwischen Unrecht und Unrechtsfolge vollzieht sich ja innerhalb dieses Satzes; die spezifische Verknüpfung zwischen beiden wird durch den Rechtssatz hergestellt. Der Rechtssatz — auch wie er in der THONSchen Formulierung zu lauten hat — die Norm besteht schon vor der Verübung des Deliktes und zwar auch jene Norm, die nach THON das Delikt zu strafen befiehlt. Es ist darum unrichtig, wenn THON behauptet, daß diese Norm erst durch die Verletzung einer anderen „lebendig wird“¹⁾. Was mit dem Eintritt des strafbedrohten Tatbestandes geschieht, ist lediglich, daß der in dem Rechtssatze ausgesprochene bedingte Straf- oder Exekutionswille des Staates für den konkreten Fall zu einem unbedingten wird, daß jetzt neben dem im Rechtssatze ausgesprochenen bedingten Willen des Staates — der weiter fortbesteht — der unbedingte Wille, eine individuell bestimmte Person — den konkreten Täter — zu bestrafen, entsteht, daß eine konkrete Strafpflicht des Staates in Bezug auf ein bestimmtes Subjekt existent wird. Dieser unbedingte Wille des Staates, diese konkrete Straf- oder Exekutionspflicht des Staates kann allein als Rechtsfolge betrachtet werden und nicht der Rechtssatz oder die THONSche Norm, der an die Staatsorgane gerichtete bedingte Befehl, im Falle des Unrechts zu strafen.

Der logische Fehler, der darin gelegen ist, daß THON den Rechtssatz als solchen, die allgemeine Rechtsnorm, als Unrechtsfolge kon-

1) a. a. O. S. 7.

struiert — und so etwas zur Folge macht, was im Grunde Voraussetzung ist — erklärt sich daraus, daß er, wie übrigens alle Imperativtheoretiker, den Rechtssatz nicht objektiv erfaßt, sondern lediglich ihn nach seiner subjektiven Seite — der Rechtspflicht — betrachtet und daher die an das vollzogene Unrecht unmittelbar sich anschließende Entstehung der subjektiven Strafpflicht des Staates mit dem „Lebendigwerden“ der Strafnorm identifiziert.

Einen noch stärkeren Einwand gegen die THONSche Fassung des Begriffes der Rechtsfolge bietet die Tatsache, daß THON als Rechtsfolge nicht etwa eine Pflicht des Staates, sondern eine Rechtspflicht von Staatsorganen — ja, sogar Rechtspflichten anderer Personen gelten läßt.

Daß THON die Verhängung der Unrechtsfolge nicht als Pflicht des Staates erkennt — obgleich er Rechtspflichten des Staates nicht für ausgeschlossen hält ¹⁾ — hat seinen Grund darin, daß er auf Basis der Imperativtheorie zu einer befriedigenden Konstruktion der Staatsperson und ihrer Rechtspflichten nicht kommen kann; denn da die ganze Rechtsordnung in Befehle rechtmäßigen Verhaltens aufgelöst wird, die sich naturgemäß nur an die Menschen richten, die handeln oder unterlassen — kommen als Pflichtsubjekte vor allem die physisch Handelnden in Betracht. Für den Staat, der selbst nur wollen und nur durch Menschen, seine Organe, handeln kann, ist daher als ideale Person, d. h. als Zurechnungs-subjekt, kein Raum. Einer aus Imperativen bestehenden Rechtsordnung stehen nur die physischen Organe gegenüber und deren Rechtspflichten allein sind es, die konsequenterweise auf Grund der Imperativtheorie konstruiert werden können. Darum ist es erklärlich, daß THON die Strafpflicht nicht als eine Rechtspflicht der Staatsperson, sondern lediglich als „eine öffentliche Verpflichtung der einzelnen mit staatlichen Funktionen betrauten Personen dem Staate gegenüber“ ²⁾ gelten läßt. Nur im Wege einer Inkonsequenz ist es THON möglich, überhaupt zu dem Begriffe staatlicher Pflichten zu kommen. Pflichten des Staates — und nicht bloß der Staatsorgane — nimmt er nämlich dann an, wenn jenen Personen, in deren Interesse im Gesetz unter gewissen Umständen ein bestimmtes Verhalten des Staates — und also auch der Staatsorgane — in Aussicht gestellt ist, durch die Rechtsordnung Mittel dagegen gegeben sind, daß die Behörden, welche zur Realisierung des Staatswillens berufen sind, ihre Pflicht nicht erfüllen. Jetzt sei ein subjektives Recht der einzelnen Interessenten gegeben und aus diesem Grunde glaubt

1) Vgl. a. a. O. S. 140 ff.

2) a. a. O. S. 142.

THON eine Rechtspflicht des Staates annehmen zu müssen. Ganz abgesehen davon, daß hier in vollständiger Verkennung des Verhältnisses zwischen Recht und Pflicht die letztere aus dem ersteren abgeleitet wird, läßt sich absolut nicht einsehen, warum dieses subjektive Recht auf ein Verhalten des Staates und nicht auch — wie im anderen Falle — auf ein Verhalten der Staatsorgane gerichtet sein soll, da ja die den Interessenten verliehenen Rechtsmittel den Zweck haben, die Staatsorgane zu einem rechtmäßigen Verhalten zu zwingen. Die pflichtenbegründenden Normen sind auch in diesem Falle nur an die Staatsorgane gerichtet, ja, es ist schlechterdings gar nicht zu begreifen, wie der Staat an sich selbst Befehle richten könnte!

Die Imperativtheorie veranlaßt THON, nicht nur Rechtspflichten von Staatsorganen, sondern auch Rechtspflichten von Untertanen als Unrechtsfolgen gelten zu lassen. Ja, als die wichtigste (nicht die einzige) Folge des Zivilunrechtes erklärt er die Entschädigungspflicht ¹⁾. Diese Konstruktion, welche als allgemein herrschende betrachtet werden kann, muß jedoch mit aller Entschiedenheit abgelehnt werden.

Es ist zunächst überaus unbefriedigend, wenn als Rechtsfolge der Verletzung einer Pflicht durch ein Subjekt eine Pflicht desselben Subjektes angenommen wird. Wer die primäre Pflicht verletzt wird wohl immer auch die sekundäre verletzen, wer jemandem durch Nichterfüllung einer zivilen Pflicht einen Schaden zufügt, wird wohl — ebenso wie er diese Pflicht verletzte — sich nicht veranlaßt fühlen, die Pflicht, den Schaden zu ersetzen, zu erfüllen; von dem Begriff der Unrechtsfolge muß man fordern, daß er die letzte Folge des Unrechtes beinhalte. Die Schadensersatzpflicht ist aber gewiß nicht die letzte Folge des Unrechtes, denn auch diese Schadensersatzpflicht kann verletzt werden und praktisch wird wohl stets eine Verletzung beider Pflichten vorliegen. Ist nun eine Verletzung der Schadensersatzpflicht gegeben, dann muß wohl gefragt werden, was die Unrechtsfolge dieser Pflichtverletzung sei? Darauf müssen aber alle jene die Antwort schuldig bleiben, welche die Schadensersatzpflicht selbst als Unrechtsfolge konstruieren. Und doch wäre diese Schadensersatzpflicht ihrer juristischen Natur nach die gleiche wie die primäre, für deren Verletzung sie als Unrechtsfolge statuiert ist. Würde man als Unrechtsfolge der Schadensersatzpflicht etwa die Exekution erkennen, dann wäre nicht abzuweisen, daß diese Exekution wohl mittelbar auch als letzte Unrechtsfolge der primären Rechtspflicht angesehen werden müßte, deren Verletzung zur unmittelbaren Unrechtsfolge die Schadensersatzpflicht hat; dabei müßte auch in die Augen springen, daß zwei juristisch in gleicher Weise kon-

1) Vgl. a. a. O. S. 56.

struierte Rechtspflichten mit so wesensverschiedenen Unrechtsfolgen ausgestattet sind, indem die Verletzung der einen Pflicht wieder eine Rechtspflicht (und zwar desselben Subjektes), die der anderen eine Exekution, also ein Verhalten resp. eine Pflicht des Staates zur Folge hätte, das durchaus in Analogie zu jener Folge steht, die auf das kriminelle Unrecht gesetzt ist: der Strafe resp. Strafpflicht des Staates. Nur ein Teil der zivilen Unrechtstatbestände wäre so mit einer der kriminellen Unrechtskonsequenz analogen Folge verknüpft, von einem einheitlichen Unrechtsbegriffe und daher auch von einem einheitlichen Rechtspflichtbegriffe könnte keine Rede sein.

Zu diesem dem Prinzipie einer einheitlichen Systematik und Begriffsökonomie entspringenden Argumente gesellt sich noch ein viel gewichtigerer Einwand. Die ganze Scheidung zwischen einer primären zivilen Leistungspflicht und einer sekundären, als Unrechtsfolge zu betrachtenden, für den Fall der Verletzung dieser ersten Pflicht existenten Entschädigungspflicht — ist undurchführbar. Denn die Verletzung der angeblichen primären Pflicht ist gar nicht möglich bei Erfüllung der angeblich sekundären Entschädigungspflicht, so daß stets, wenn diese letztere erfüllt wird, überhaupt von einer Pflichtverletzung nicht die Rede sein kann, und nur, wenn sie verletzt wird, überhaupt eine Pflichtverletzung vorliegt.

Wenn z. B. der Depositar den hinterlegten Gegenstand durch grobe Unachtsamkeit zu Grunde gehen läßt und sofort den dadurch erwachsenen Schaden ersetzt, liegt eine Pflichtverletzung überhaupt nicht vor. Der Deponent ist vollkommen klaglos gestellt, ebenso wie wenn die Sache selbst zurückerstattet worden wäre. Hätte der Depositar den zu prästierenden Schaden nicht gut gemacht, also im Sinne der üblichen Konstruktion auch seine Schadensersatzpflicht verletzt, dann — und nur dann läge eine Pflichtverletzung vor, deren Folge durch Klage des Deponenten geltend gemacht werden könnte, und die Unrechtsfolge wäre: Exekution. In allen Fällen, wo die herrschende Ansicht eine primäre Leistung und eine sekundäre Schadensersatzpflicht annehmen zu müssen glaubt, liegt in Wahrheit nur eine Rechtspflicht vor, die aber auf zweifache Weise zu erfüllen ist: entweder durch Leistung oder durch Schadensersatz. Und der Rechtssatz, der diese Pflicht statuiert, lautet in seinem ersten Teile: Wenn jemand das zu Depositum Gegebene culpa lata nicht zurückgibt und keinen Schadenersatz leistet, will der Staat ihn exequieren. Ebenso will der Staat exequieren, wenn jemand die versprochene Arbeit nicht leistet und keinen Schadenersatz stellt, u. a. m.

Damit ist selbstverständlich durchaus nicht gesagt, daß der Zivilrechtssatz unter allen Umständen so lauten müsse. Dort, wo die Exekution auf den Gegenstand der Vereinbarung geht, wo Erfüllungszwang besteht, ist dies gewiß nicht der Fall. Die nähere Untersuchung dieser Verhältnisse gehört in die allgemeinen Lehren des Privatrechtes und reicht über die Grenzen dieser Arbeit. Worauf es hier ankommt, ist lediglich zu zeigen, daß der Wille des Staates zur Exekution unter allen Umständen der Inhalt des die zivilen Rechtspflichten statuierenden Rechtssatzes sein muß, daß also nicht eine Schadensersatzpflicht des pflichtverletzenden Untertanen, sondern die rechtliche Exekutionspflicht des Staates die zivile Unrechtsfolge darstellt¹⁾.

Dies zeigt sich deutlich, wenn man auch die übrigen Unrechtsfolgen betrachtet, die THON neben der Entschädigungspflicht konstruiert. Auf Grund der Anschauung, daß Rechtsfolge stets nur eine ‚Norm‘ sei, teilt THON die Rechtsfolgen ein in Imperative zum Zwecke der Bestrafung und Imperative zum Zwecke der Ausgleichung. Es ist für den ganzen, hier schon wiederholt betonten teleologischen Charakter der Imperativtheorie bezeichnend, daß das Zweckmoment die Grundlage des Begriffes der Rechtsfolge bildet. Der Rechtssatz, welcher als Unrechtsfolge zu gelten hat, soll sich von den übrigen Sätzen durch seinen besonderen Zweck unterscheiden. Dem gegenüber braucht hier nur mehr auf die methodische Unzulässigkeit dieser teleologischen Konstruktion hingewiesen und hervorgehoben werden, daß der Begriff der Unrechtsfolge wie jeder Rechtsbegriff ein formaler sein muß.

1) Es ist notwendig, zwischen der Schadensersatzpflicht des Untertanen und dem Exekutionswillen des Staates scharf zu unterscheiden. Die Exekution durch den Staat mag ja, ihrem Zwecke nach, auf Entschädigung gerichtet sein, allein, für ihren Charakter als Unrechtsfolge ist dieser Zweck ganz irrelevant. Der Unrechtsfolge ist wesentlich, daß sie sich als Wille des Staates zu einem eigenen Verhalten darstellt — und hierin liegt das Gemeinsame von Strafe und Exekution, die sich von den übrigen Handlungen des Staates dadurch unterscheiden, daß sie einen Nachteil über Personen verhängen, durch deren Verhalten die Voraussetzungen erfüllt werden, an die der Wille des Staates zu der Unrechtsfolge geknüpft ist. Wenn BINDING ausführt, daß Strafe und Verbindlichkeit zum Schadensersatz sich generisch unterscheiden (a. a. O. I. S. 270 ff.), so ist ihm beizupflichten. Gewiß kann die Schadensersatzpflicht nicht als eine der Strafe analoge Unrechtsfolge erkannt werden. Allein, was BINDING vollkommen übersieht, ist die formale Wesensverwandtheit von Strafe und Exekution. Er konfundiert die Verpflichtung zum Schadensersatz (die nur der Untertan hat) mit dem Willen des Staates zur Exekution (die möglicherweise Entschädigungszwecke hat — was jedoch für ihre Natur als Unrechtsfolge gleichgültig ist). Und wenn BINDING die Ungleichheit von Strafe und Schadensersatz beweist, so läßt er die Gleichheit von Strafe und Exekution unwiderlegt.

Die THONSche Auffassung der Straffolge wurde bereits untersucht. Innerhalb der Normen zum Zwecke der Ausgleichung unterscheidet THON wieder Imperative zum Zwecke der Erfüllung, der Entschädigung und der Sicherung, von denen die Unrechtsfolge der Entschädigung ebenfalls beleuchtet wurde. Was die Imperative zum Zwecke der Erfüllung anbelangt, so nimmt THON solche in jenen Fällen an, wo die Erfüllung der verletzten Pflicht auch nach dem erfolgten Unrechte noch möglich bleibt. Ist der ursprüngliche Imperativ nicht befolgt worden und liegt der Rechtsordnung ernstlich an dieser Befolgung, so wird sie beim Scheitern des ersten Versuches ihre Absicht nicht aufgeben, sondern neue Imperative erlassen ¹⁾ „zu dem Zwecke, daß das Gebotene sich dennoch vollziehe, sei es nun durch den Verpflichteten selbst, sei es auch ohne oder selbst gegen dessen Willen“ ²⁾. Den Komplex dieser Imperative bezeichnet THON als Erfüllungszwang. „Mittels desselben soll der Zustand herbeigeführt werden, zu dessen Erzielung das nicht befolgte erste Gebot sich als unzureichendes Mittel erwies“. Daß in allen diesen Fällen die Exekution resp. der staatliche Wille zu derselben als wahre und eigentliche Unrechtsfolge zu erkennen ist, zeigt sich bei näherer Betrachtung sofort. Wenn die Erfüllung ohne oder gegen den Willen des Verpflichteten — also durch die Staatsorgane — erfolgt, ist von vornherein Exekution als Unrechtsfolge gegeben. Das entspricht dem Begriffe derselben. Daß aber nach Verletzung der ursprünglichen Pflicht — also Verletzung der ersten (primären) Norm — eine neuerliche Norm an den Verpflichteten ergeht, ist schlechterdings unmöglich, denn es hätte doch keinen Sinn, an den Verpflichteten, der dem ersten Befehle nicht gehorcht, einen zweiten zu richten, der ja nur den gleichen Inhalt haben könnte wie der erste: nämlich Erfüllung des ersten Befehles! Hat er den ersten nicht befolgt, wird er auch den zweiten nicht befolgen, ja, die Verletzung des ersten müßte streng genommen stets auch die des zweiten sein. Allein, THON versteht unter diesen Erfüllungszwangs-Normen, welche die Erfüllung des ersten Gebotes durch den Verpflichteten selbst herbeiführen sollen, etwas ganz anderes. Die als Rechtsfolgen erkannten Normen sollen nämlich die Impulse zur Befolgung der verletzten ersten Norm verstärken, sie sollen den Pflichtigen zur Befolgung dieses Gebotes drängen³⁾; und als Beispiele führt THON die Anordnung von Ordnungsstrafen zwecks Vornahme einer geschuldeten Handlung im Handelsgesetz-

1) „Oder andere zurückziehen“, doch ist dieser spezielle Fall für die THONSche Konstruktion nicht von wesentlicher Bedeutung und kann daher hier unberücksichtigt bleiben.

2) a. a. O. S. 41/22.

3) a. a. O. S. 42.

buche und der Zivilprozeßordnung¹⁾. Nach der THONschen Konstruktion müßte man demnach zwei Imperative annehmen: einen an den Untertanen gerichteten auf Vornahme der gebotenen Handlung, und einen an die Gerichtsorgane gerichteten auf Verhängung der Ordnungsstrafe für den Fall der Unterlassung der Handlung. Es liegt das gleiche Bild vor wie bei dem kriminellen Unrechte, nur daß hier lediglich „Ordnungs“strafe an das Unrecht geknüpft ist. Allein, wie bereits bei Besprechung der THONschen Straffolge dargelegt wurde, kann nicht die ganze Norm, der Rechtssatz in seiner Totalität als Folge bezeichnet werden, sondern lediglich die Strafe, resp. der staatliche Strafwille. Daß diese Strafe keine kriminelle sondern eine zivile ist, bleibt für die formale Natur der Unrechtsfolge irrelevant.

Unter der dritten Gruppe — den Normen für Sicherung gegen künftiges Unrecht — faßt THON Bestandteile der Rechtsordnung zusammen, die wohl, ihrem Zwecke nach, eine Einheit bilden mögen, aber in formal-juristischer Beziehung sich als selbständige Rechtssätze oder als unselbständige Teile von solchen — niemals aber als Unrechtsfolgen präsentieren können. So der durch die Rechtsordnung statuierte Verlust eines Rechtes zur Verhütung seines Mißbrauches (z. B. der väterlichen Gewalt). Derartige Vorschriften sind nur nähere Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen Pflichten oder Rechte der Subjekte entstehen oder in letzter Linie ein Wille des Staates zu eigenem Handeln existent wird.

Der Fall, daß den Normübertreter neue Verbote treffen, welche ihm die Gelegenheit nehmen sollen, der übertretenen Norm neuerdings zuwiderzuhandeln, wenn z. B. Personen, die wegen eines bestimmten Vergehens bestraft wurden, gewisse Gewerbe nicht betreiben dürfen, bedeutet entweder die Existenz eines selbständigen Rechtssatzes, der an den Betrieb des Gewerbes durch bestimmte Personen den Willen des Staates, zu strafen oder zu exequieren knüpft; das Nicht-betreiben-dürfen des Gewerbes ist nur im materiellen Sinne „Folge“ eines Deliktes. Oder es liegt lediglich die Bestimmung einer der Voraussetzungen vor, unter denen der Staat einen Gewerbeschein ausstellen will, und eine solche Bestimmung ist formell nicht anders zu betrachten als die Vorschrift der Volljährigkeit für die Ausübung des Gewerbebetriebes u. ä.

Wird das alte (zivilrechtliche) Verbot durch Strafantrohung wider seine Übertretung verschärft, so liegt im ersten Fall ein Zivilrechtssatz vor, im zweiten ein Strafrechtssatz, dessen Voraussetzung eine andere ist als die des ersten, weil sie ein wiederholtes rechtswidriges Ver-

1) a. a. O. S. 42 Anm. 98.

halten beinhaltet. Nur als faktische Konsequenz der Verletzung des ersten Rechtssatzes kann diese zweite Norm angesehen werden, die eine Wiederholung des gegen die erste Norm verstoßenden Verhaltens mit Strafe bedroht, — nicht als Unrechtsfolge dieses ersten Verhaltens. Ganz analog liegt der Fall, wenn dem Normübertreter Verpflichtungen positiven Inhaltes auferlegt werden, nach deren Erfüllung es für ihn mit größerem Nachteil verbunden wäre, der früher verletzten Norm abermals entgegenzubandeln. Werden aber bestimmte staatliche Organe verpflichtet, unmittelbar einzugreifen und gewisse Gegenstände zu vernichten oder zu beseitigen, deren Fortbestand eine neue Normwidrigkeit besorgen lassen würde — so ist eben ein Rechtssatz anzunehmen, durch den der Staat bei einem bestimmten Verhalten der Untertanen bestimmte nachteilige Handlungen vornehmen will, die — wenn sie nicht als Strafe zu qualifizieren sind — sich als Exekution darstellen; so, wenn nach dem Beispiele THONS¹⁾ das Urhebergesetz die vorrätigen Nachdruckexemplare und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung ausschließlich bestimmten Vorrichtungen der Einziehung durch den Staat unterwirft.

Der THONSche Begriff der Rechtsfolge — und das zeigt sich besonders in den Fällen der sogenannten „Sicherung gegen künftiges Unrecht“ — ist ein rein materieller; der Zweck ist sein wesentlicher Kern. Diesem materiellen Rechtsfolge-Begriffe ist hier ein streng formaler entgegengestellt worden. Auf Grund der früher akzeptierten Konstruktion des Rechtssatzes ist die Unrechtsfolge als Wille des Staates erkannt worden und zwar als Wille des Staates zu einem eigenen Verhalten, das materiell die Verbhängung eines Nachteils über den Untertanen darstellt, der durch sein Verhalten den Tatbestand setzt, an den der staatliche Wille zur Unrechtsfolge geknüpft ist. Diese Unrechtsfolge ist entweder Strafe oder Exekution. Der auf diese Unrechtsfolge gerichtete bedingte Wille des Staates ist der Inhalt des Rechtssatzes im engeren Sinne, durch den neben der Rechtspflicht des Staates zur Strafe oder Exekution die subjektiven Rechtspflichten der Untertanen zu jenem Verhalten statuiert werden, durch welches die Unrechtsfolge vermieden wird.

1) a. a. O. S. 68 Anm. 172.

III. Buch.

Die subjektiven Erscheinungs-
formen des Rechtssatzes.

I. Abteilung.

Die Rechtspflicht.

A. Der Begriff der Pflicht.

XI. Kapitel.

Moralpflicht und Rechtspflicht.

Das Wesen des Rechtssatzes den Rechtssubjekten gegenüber besteht darin, daß er die letzteren verpflichtet. Die verschiedenen Rechtspflichten der Untertanen, der Staatsorgane oder des Staates sind durch die Rechtsordnung — das ist die Summe der Rechtssätze — geschaffen; die Unterscheidung von Rechtssatz und Rechtspflicht ergibt sich durch den Unterschied einer objektiven und subjektiven Betrachtung: Was sich dieser als Rechtspflicht zeigt, erscheint jener als Rechtssatz.

Nun ist es wohl allgemein üblich, sich neben der objektiven Betrachtung des Rechtes einer subjektiven zu bedienen, und das Resultat dieser doppelten Betrachtung ist nach herrschender Anschauung die Unterscheidung zwischen einem Rechte im objektiven Sinne, der Rechtsordnung als dem Inbegriffe aller Rechtsnormen, und dem Rechte im subjektiven Sinne. Unter diesem Rechte im subjektiven Sinne versteht man lediglich die subjektiven Rechte, worunter man die rechtlich geschützten Interessen oder das Wollen-dürfen, also stets nur die dem Rechtssubjekte durch die Rechtsordnung eingeräumte Befugnis begreift. Allein, die subjektive Betrachtung des Rechtes zeigt neben den subjektiven Rechten auch subjektive Pflichten; durch die Rechtssätze werden nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten statuiert; neben dem subjektiven Rechte des Darlehensgläubigers steht die subjektive Rechtspflicht des Darlehensschuldners und das Wahlrecht der Staatsbürger ist im Verhältnis zur objektiven Rechtsordnung ebenso subjektiver Natur wie etwa die Steuerpflicht der Untertanen.

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es nun, das besondere Verhältnis festzustellen, in dem das subjektive Recht und die subjektive

Pflicht zu dem objektiven Rechtssatze stehen, das subjektive Recht und die subjektive Pflicht aus dem objektiven Rechtssatze abzuleiten. Nur bezüglich des subjektiven Rechtes hat die herrschende Jurisprudenz diese Aufgabe erfüllt. Der Begriff des subjektiven Rechtes und dessen Verhältnis zum Rechtssatz wurde eingehenden Untersuchungen unterworfen. Der Begriff der subjektiven Rechtspflicht ist dagegen fast unerörtert geblieben. Es ist das Verdienst JELLINEKS, darauf hingewiesen zu haben, „daß eingehende Untersuchung des Pflichtbegriffes in der modernen juristischen Literatur gänzlich fehlt“¹⁾. Für den gegenwärtigen Stand des Problems ist bezeichnend, daß das Recht im subjektiven Sinne ganz selbstverständlich mit der Befugnis — dem „subjektiven Rechte“ — identifiziert wird, während die zweite subjektive Erscheinungsform des Rechtes: die Rechtspflicht, bei der Einteilung nach subjektivem und objektivem Gesichtspunkte völlig vernachlässigt bleibt. Und doch ist die Rechtspflicht die weitaus wichtigere, ja sogar die primäre, die ursprünglichere und eigentliche subjektive Erscheinungsform des Rechtes — muß die Rechtspflicht vor allem als „Recht im subjektiven Sinne“ erkannt werden. Die wesentliche Funktion des Rechtssatzes besteht darin, daß er eine Rechtspflicht statuiert. Kein Rechtssatz ohne Rechtspflicht. Nicht jeder Rechtssatz muß aber ein subjektives Recht einräumen. Jeder Rechtspflicht steht ein „subjektives Recht“ nur dann gegenüber, wenn man den Begriff des letzteren in der Weise faßt, daß man darunter das durch die bestehende Rechtspflicht eines anderen geschützte oder garantierte Interesse versteht. Aber gerade in diesem Falle zeigt sich die primäre Natur der Rechtspflicht gegenüber dem „subjektiven Rechte“, da letzteres hier nur durch die Statuierung der ersteren entsteht. Faßt man den Begriff des subjektiven Rechtes nicht in diesem Sinne eines Reflexes der Rechtspflicht, dann ist eine Rechtsordnung denkbar, die überhaupt keine subjektiven Rechte einräumt; — der sozialistische Zukunftsstaat mag in seiner anti-individualistischen Tendenz so weit gehen, daß er alle Subjekte verpflichtet und keines subjektiv berechtigt, — aber niemals und unter keinen Umständen wird eine Rechtsordnung ohne Rechtspflichten denkbar sein. Spätere Untersuchungen über das Verhältnis von Rechtspflicht und subjektivem Rechte werden diese Stellung der Rechtspflicht noch näher begründen²⁾.

1) System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Aufl. S. 196.

2) Der einzige Autor, der in neuerer Zeit diese Bedeutung des Pflichtbegriffes erkannt und mit Nachdruck hervorgehoben hat, ist HOLD VON FERNECK, der a. a. O. S. 94 sagt: „Der Pflichtbegriff ist der Mittelpunkt des Rechtssystems“

Um die Struktur des Rechtspflicht-Begriffes darzulegen, muß man sich vorerst klar machen, was auf dem Gebiete der Moral unter „Pflicht“ zu verstehen ist, so wie das Wesen der Rechtsnorm erst durch die Unterscheidung vom Sittengesetze seinen spezifischen Charakter gewinnt. Der innere Zusammenhang zwischen den Begriffen Norm und Pflicht — ihre Trennung ergibt sich lediglich durch die Verschiedenheit der objektiven und subjektiven Betrachtung — bringt es mit sich, daß im folgenden manches unter einem veränderten Gesichtspunkte wiederholt werden muß, was bereits im ersten Buche dargelegt wurde; denn im Gegensatze von Sittengesetz und Rechtsnorm spiegelt sich zum großen Teile der Widerstreit von Moralphlicht und Rechtspflicht.

Als Moralphlicht betrachtet man im allgemeinen die durch das Sittengesetz bewirkte innere Gebundenheit des Subjektes. KANT definiert die Pflicht als „die objektive Notwendigkeit einer Handlung aus Verbindlichkeit“¹⁾. Er sagt: „Der Pflichtbegriff ist an sich schon der Begriff einer Nötigung (Zwang) der freien Willkür durchs Gesetz“²⁾. Seine bekannteste Definition bezeichnet die Pflicht als Notwendigkeit einer Handlung aus Achtung fürs Gesetz. Die Verpflichtung geht nach KANT vom Subjekte selbst aus, ebenso wie das Sittengesetz, der kategorische Imperativ, der praktischen Vernunft des Subjektes entspringt. — Nach Definition³⁾ anderer Autoren ist Pflicht „das Verhältnis einer von der Vernunft als schlechthin notwendig anerkannten Handlung zu einem Willen, dem dieselbe nicht vermöge der natürlichen Beschaffenheit des handelnden Subjektes notwendig ist“⁴⁾ oder „die Vorstellung des Sittlichnormalen in ihrem Entgegenstreben gegen ein Sittlich-Abweichendes, in objektiver Beziehung aufgefaßt“⁵⁾, „Sittlichkeitsnötigung“⁶⁾, „Vorstellung eines Sein-sollenden als Motiv“⁷⁾. Die Pflicht wird bald als Bewußtsein eines Sollens betrachtet⁸⁾, bald als Pflichtgefühl erkannt. „Das Gefühl verpflichtet zu sein“, sagt SIMMEL⁹⁾, „entsteht zweifellos zu allererst aus dem Zwange, den ein einzelner oder eine Gesamtheit auf das Individuum ausübt.“

1) Grundlegung zur Methaphysik der Sitten. 2. Abschnitt. W. W. VII. 20.

2) Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre. S. 2.

3) Vgl. die bezügliche Zusammenstellung in: EISLER, Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 2. Aufl. 1904. 2. Bd. S. 90 ff.

4) KRUG, Handbuch der Philosophie. 3. Aufl. 1828 II. S. 279.

5) BENEKE, Grundlinien der Sittenlehre. 1837 I. S. 424.

6) Philosophie als Begriffswissenschaft. 1877—1880 I. S. 319 ff.

7) STANGE, Einleitung in die Ethik. 1901 II. S. 25. 34.

8) LIPPS, Ethische Grundfragen. 1899 S. 129.

9) Einleitung in die Moralwissenschaften. 1892 I. S. 173.

Charakteristisch für den Pflichtbegriff der Moral ist, daß er einen inneren Status des Subjektes beinhaltet; das Verpflichtetsein bedeutet einen real-psychischen Zustand des Menschen; es ist der Zwang, der auf seinen Willen geübt wird, dadurch daß der sittliche Imperativ in seinem Bewußtsein oder seinem Gefühle wirksam wird. Vom Standpunkte einer autonomen Moral stellt sich der Verpflichtungsakt etwa in folgender Weise dar. Faßt man das Sittengesetz in einem objektiven Sinne, indem man zunächst davon absieht, daß die Norm nur die Objektivierung eines subjektiven Triebes zu sittlichem Verhalten bedeutet, dann bedarf es vor allem eines Bewußtwerdens der Norm. Nur das erkannte Gesetz kann moralisch verpflichten, wenn die Moralpflicht eine innere Gebundenheit des Willens bedeuten soll. Doch dieses Bewußtsein einer Norm genügt noch nicht, um jenen Zwang auf den Willen auszuüben, der die als Pflicht charakterisierte Gebundenheit bedeutet. Das Sittengesetz tritt als nackter Imperativ in das Bewußtsein des Menschen; die Vorstellung eines gebotenen Verhaltens ist für sich allein nicht geeignet, motivierend auf den Willen zu wirken, eine „Sittlichkeitsnötigung“ herbeizuführen. Darum muß eine derartige Analyse des Verpflichtungsaktes, die von der objektivierten Norm ausgeht, neben der Erkenntnis des Sittengesetzes noch einen zweiten psychischen Akt in dem zu verpflichtenden Individuum aufzeigen, durch welchen dieses die erkannte Norm zu seiner eigenen macht, sich der Norm unterwirft. Das ist die Anerkennung der Norm. Tatsächlich ist dieser Akt bei allen Moralphilosophen, wenn auch unter den verschiedensten Bezeichnungen, entweder direkt als „Anerkennung“ oder als Billigung, Achtung, Unterwerfung u. ä. zu finden. Dabei muß nochmals betont werden, daß diese Trennung von Erkennen und Anerkennen der Norm nur für eine Betrachtung nötig ist, die von der Norm in einem objektiven Sinne ausgeht, also die Norm erst nach dem Objektivierungsprozesse erfaßt, durch den der subjektiv sittliche Trieb des Individuums nach außen projiziert wird, um als Sittengesetz wieder zurückzukehren. Wendet sich das Sittengesetz als Ausdruck eines fremden Willens — der außerhalb des Individuums gedachten Autorität — das ist des objektivierten Ich — an das Subjekt, dann bedarf es noch der vermittelnden „Annerkennung“, um die Übereinstimmung beider Willen zu erzielen.

In diesem Akte der Anerkennung ist das wesentliche Moment der sittlichen Verpflichtung zu erblicken. KIRCHMANN¹⁾, der unter den älteren Autoren sich am eingehendsten mit dem Problem der

1) Die Grundbegriffe des Rechtes und der Moral. 1869.

Verpflichtung befaßt, bezeichnet diesen Vorgang als „Achtung“ und versteht darunter geradezu, „was man im Leben 'sittliches Gefühl', zum Teil auch Gewissen nennt“¹⁾. In diesem realpsychischen Zustand, der das subjektive, für das Sittliche charakteristische „Sollen“ bedeutet und zugleich ein „Sein“ ist, zeigt sich die für das Moralgebiet bereits früher erkannte²⁾ materielle Identität von Sein und Sollen. Das „Achtungsgefühl“ ist nach KIRCHMANN ein im Innern des Menschen selbst zu beobachtender, selbständiger Beweggrund des Handelns. „Damit ist das erste seiende Fundament für das Sittliche gewonnen. Es ist das besondere Gefühl, das neben den Lustgefühlen in der Seele besteht und was den Willen wie diese bestimmt. Näher betrachtet, zeigt sich, daß es sich der Vorstellung eines Gebotes anfügt. Die bloße Vorstellung eines Gebotes genügt nicht, den Willen zu bestimmen; so bestimmt das Gebot eines Kindes den Willen eines Erwachsenen nicht. Erst indem jenes besondere Gefühl sich mit dem Gebote verbindet, erhält dieses seine Wirksamkeit auf den Willen“³⁾. KIRCHMANN erklärt somit die Pflicht — das subjektive Soll — für einen realpsychischen Zustand und analysiert diesen Zustand als eine Verbindung des Achtungsgefühls mit einer Gebotsvorstellung. Und soweit seine Ausführungen das Gebiet der Moral betreffen, ist ihnen beizupflichten. Bei der Frage, warum sich dieses Achtungsgefühl nur mit gewissen Gebotsvorstellungen verbinde, während andere eine verpflichtende Wirkung nicht haben, widerspricht KIRCHMANN zunächst der Ansicht der idealistischen Systeme, insbesondere KANTS, welche den Grund in die Vernunft legen. Auch KANT hätte schließlich die Achtung als Vermittlerin heranziehen müssen, um eine Einwirkung der Vernunft auf den Willen zu erklären. „Wenn die Vernunft allein dieses Soll und seine Macht auf den Willen erzeugen könnte, so würden die Lehren der Klugheit sich ebenfalls in dieses Soll umwandeln und das Böse wäre unmöglich.“

KIRCHMANN, der das Sittengesetz in einem objektiven Sinne begreift, muß auch mit besonderem Nachdrucke hervorheben, daß nur das wahrgenommene Gebot verpflichtende Wirkung hat. Ein Sittengesetz, das nicht als solches erkannt ist, kann unmöglich verpflichtende Kraft haben. Betrachtet man die Norm in ihrer Objektivierung und nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt des moralischen Triebes, der sittlichen Willensrichtung, dann ist diese Auffassung unvermeidlich. Die objektivierte Norm ist Wille einer außerhalb des Ichs stehenden Autorität und das Problem des Verpflichtungsaktes: Wie wird aus der objektiven Norm die subjektive Pflicht, der Wille der Auto-

1) a. a. O. S. 48.

2) Vgl. oben S. 19 ff.

3) a. a. O. S. 48.

rität zum Willen des Ich, löst sich durch jenen bereits im ersten Buche angedeuteten Prozeß, durch den das nach außen projizierte Ich: die Autorität, wieder in das Ich zurückgeleitet — die Willen beider zu einem verschmolzen werden. Gerade die Ausführungen KIRCHMANNs, der ja von einem ganz heteronomen Gesetzesbegriff ausgeht, weil er das Sittengesetz mit dem Rechtsgesetz in Parallele stellt, sind hierfür ein treffendes Beispiel. Im Vorgange der Achtung vollzieht nämlich KIRCHMANN — fast möchte man sagen unbeabsichtigt — diese Verbindung von Ich und Autorität, Pflicht und objektiver Norm. Er sagt 1): „Die Beobachtung lehrt, daß dieses Gefühl der Achtung selbst über das Sittliche hinaus reicht. Das Staunen, die Bewunderung, die Ehrfurcht, die Andacht, die Anbetung, die Heiligung, das Aufgehen in die Herrlichkeit und Majestät eines erhabenen Wesens sind einzelne Besonderungen dieses Achtungsgefühles.“ Schon bei Naturvorgängen träten solche Gefühle ein. „Das Staunen, welches die Wahrnehmung solcher Gefühle weckt, ist keine Lust, kein Schmerz, sondern ein Vergehen des Ichs in die Hoheit und Erhabenheit der hier waltenden Naturmächte . . .“

Dieser Achtungszustand gegenüber dem Erhabenen der bloßen Naturkraft enthalte noch keine unmittelbare Wirksamkeit auf den Willen, weil das Naturerhabene selbst kein Wollen enthalte. „Allein wenn jene unermeßliche Kraft und Macht, welche das Staunen und Vergehen des Ichs bewirkt, sich mit einem lebenden Wesen verbindet, was einen Willen hat und diesen seinen Willen durch Gebote verkündet . . . und indem das Ich in die Hoheit des Gebietenden aufgeht, wird dessen Wille sein eigener.“ Die „Autorität“, als deren Wille das Gesetz erscheint, ist für KIRCHMANN 2) „eine Macht und Kraft, im Vergleich mit welcher die Kraft des einzelnen Menschen verschwindet. Jene Macht muß deshalb dem Menschen unermeßlich erscheinen; er muß fühlen, daß jeder Widerstand von seiner Seite hier unmöglich ist — ja, der Gedanke daran darf nicht in seine Seele treten . . . eine unermeßliche Macht hebt alle Berechnung und Klugheit, alle Wirksamkeit der Beweggründe der Lust in dem Ich auf; die Achtung ist der Zustand des Ich, welcher aus der Anschauung der unermeßlichen, erhabenen Kraft entstanden, den eigenen Willen unmittelbar dem erhabenen Willen unterwirft und so dem Gebote desselben die Wirksamkeit auf das Handeln des Ichs gewährt. Jene erhabene Macht wird damit zur Autorität für den Menschen.“ Die Achtung stellt KIRCHMANN also als „reine Naturwirkung der übergroßen physischen Macht auf den betreffenden Menschen“ dar; und erst durch die

1) a. a. O. S. 50/51.

2) a. a. O. S. 52.

ursächliche Verbindung des Wollens der erhabenen Macht mit der Achtung vor dieser Macht im Menschen verwandelt sich für letzteren jenes natürliche Wollen in ein sittliches Sollen für ihn ¹⁾: die Pflicht.

Es kann niemandem entgehen, daß im KIRCHMANNschen Begriffe der Autorität bereits antizipiert wird, was deren „Naturwirkung“ erst sein soll: die Unterwerfung des Subjektswillens. Die Vorstellung dieser „übermächtigen“ Autorität ist nur das Bewußtwerden der vollzogenen Wirkung; die Macht der Autorität ist nichts anderes als die „Achtung“ vor ihr. Äußerlich geht KIRCHMANN von zwei getrennten Subjekten aus: dem Ich und der Autorität, und unterscheidet zwischen Norm und Pflicht, indem er die eine als Wirkung der anderen erklärt. Schließlich endet er aber bei der Identität beider. Und damit wird das Verhältnis von Norm und Pflicht von Autoritäts- und Subjektswille aus einem scheinbaren Kausalverhältnis zur Identität. Die Identität von Autorität und Ich betont KIRCHMANN aufs nachdrücklichste. Er zögert nicht, deren völlige Einheit zu proklamieren ²⁾: „Indem der sittlich Handelnde sich eins fühlt mit der gebietenden Autorität, verschwindet das Gefühl des Druckes der eigenen Erniedrigung mit welchem zunächst die Achtung beginnt. Das Gebot der Autorität ist durch seine Vollziehung kein fremdes mehr. Der sittlich Handelnde ist auch in seinem Wollen eins mit dem Willen jener.“ Diese endgültige Identität von Ich und Autorität muß man berücksichtigen, wenn KIRCHMANN lehrt, daß nicht das Gesetz an sich, sondern nur die wahrgenommene Norm im Zusammenhange mit der normsetzenden Autorität selbst die Verpflichtung hervorrufe. „Es ist daher der wahrgenommene Gebieter selbst der Grund der Wirksamkeit seines Gebotes; nicht das Gesetz, sondern der Gesetzgeber wirkt die Achtung, welche als Beweggrund seine Gebote befolgen macht; nicht das Allgemeine seiner Gebote, sondern die Macht und Höheit seiner Person ist das Wirksame.“ Mit Rücksicht auf die Identität von Autorität und Ich geht die Verpflichtung auch bei KIRCHMANN letzten Endes vom Ich selbst aus und ist im Grunde genommen Selbstverpflichtung.

Der Verpflichtungsakt auf dem Gebiete der Moral stellt sich somit als ein Prozeß der Motivation, der Willensbeeinflussung dar. Seine Analyse ergibt, daß „Pflicht“ ein realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit ist, der dadurch herbeigeführt wird, daß das Ich die erkannte Norm — das Sittengesetz in seiner objektivierten Form betrachtet — anerkennt. Die Pflicht ist Selbstbindung des Willens

1) a. a. O. S. 53.

2) a. a. O. S. 73.

an eine Norm und erscheint in dieser Betrachtung als der kausale Erfolg des objektiven Sittengesetzes. Sucht man jedoch die Norm bei ihrem Ausgangspunkte auf, sieht man also vom Objektivierungsprozesse ab, dann ist das Verhältnis von Norm und Pflicht das der Identität. Die gleiche reale Tatsache liegt beiden zugrunde: der sittliche Trieb, die moralische Willensrichtung. Eine Verschiedenheit der Bezeichnung hat nur insoferne Bedeutung, als mit dem Terminus „Norm“ die Allgemeingültigkeit des als Gebot ins Bewußtsein tretenden Triebes zum Ausdrucke kommt, während im Begriffe „Pflicht“ das Soll in seiner Geltung auf das Ich beschränkt bleibt.

Nunmehr kann der Begriff der Rechtspflicht näher betrachtet werden. Fragt man zunächst, zu welchen Resultaten die heutige Jurisprudenz in dieser Hinsicht gelangt ist, so kann man aus den spärlichen Erörterungen, die dem fraglichen Probleme bisher gewidmet wurden, etwa die folgenden Grundsätze resümieren: Der Begriff der Pflicht wird als ein dem Moral- und Rechtsgebiete gemeinsamer betrachtet. Man konstruiert den Verpflichtungsakt des Rechtes durchaus nach Analogie des Vorganges, den die psychologische Betrachtungsweise der Ethik beim Zustandekommen der sittlichen Pflicht aufzeigt und läßt demgemäß die Rechtspflicht als einen realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit gelten. So hat KIRCHMANN die oben wiedergegebene Analyse des Verpflichtungsaktes gemeinsam für das Gebiet des Rechtes und der Moral entwickelt und die Natur der Rechtspflicht mit der der Moralpflicht für gleichartig erkannt.

Unter den Neueren hat JELLINEK die Übereinstimmung des Rechtspflichtbegriffes mit dem Begriffe der sittlichen Pflicht betont und seine ganze Konstruktion der staatlichen Rechtspflichten geradezu auf dem Begriffe der moralischen Selbstverpflichtung aufgebaut. Auch JELLINEK verknüpft — wie die meisten Theoretiker — den Begriff der subjektiven Rechtspflicht mit der Vorstellung einer „Gebundenheit“ des Willens¹⁾; er sagt ausdrücklich: „Der Staatswille kann den Willen des einzelnen binden . . .“²⁾ und denkt dabei an den Verpflichtungsakt. Ja, er identifiziert den Verpflichtungsakt der Moral mit dem des Rechtes, indem er nachzuweisen bemüht ist, daß jede Verpflichtung, nicht nur die moralische, Selbstverpflichtung ist. „Wenn wir von der Rechtslehre in die Ethik blicken, so begegnet uns die Vorstellung von der Unterwerfung des Willens unter sein eigenes Gebot als der Grund und Eckstein der modernen Ethik. Die moderne Ethik ist aufgebaut auf dem Grundsätze der Autonomie³⁾.“ „Der Akt der Verpflichtung ist ein Akt der Motivation, er besteht darin, daß an

1) Vgl.: Die rechtliche Natur der Staatenverträge. 1880. S. 6 ff.

2) a. a. O. S. 19.

3) a. a. O. S. 14.

einen Willen die Anforderung gestellt wird, ein bestimmtes Motiv als das absolut stärkste anzusehen. Von wem diese Anforderung ausgeht, ob sie einer fremden Intelligenz oder dem Vorstellungsleben des Handelnden selbst entspringt, ist für den Akt der Verpflichtung gleichgültig. Ja, man kann noch weiter gehen und sogar behaupten, daß gewissermaßen jede Verpflichtung Selbstverpflichtung ist, insofern die fremde Vorstellung, welche mich verpflichten soll, erst meine eigene Vorstellung sein muß, ehe sie als Motiv auf den Willen einwirken kann¹⁾. Ebenfalls nach streng psychologischer Methode hat HOLD VON FERNECK den Begriff der Rechtspflicht zu erfassen gesucht und ist dabei zu dessen formeller Identität mit der Moralpflicht gelangt. Auch für HOLD ist die Rechtspflicht ein real-psychischer Zustand und der Akt der Verpflichtung ein Seelenvorgang im Innern des Menschen. Auf Grund seiner streng deterministischen Voraussetzungen kommt er zu dem Resultate, daß Pflicht der psychische Zwang ist, der hervorgerufen wird durch die motivierende Macht der Rechtsordnung²⁾. Den Verpflichtungsakts denkt sich HOLD VON FERNECK in folgender Weise: „Ergeht die Kundgebung des Befehlenden: Ich will, so antwortet der Widerstrebende: Ich will nicht. Die Antwort erfolgt gemäß der Sachlage der Motive. Der Befehlende will nun aber, daß nach seinem Geheiß gehandelt werde. Befiehlt er nun: Du sollst, so entgegnet der Widerstrebende: Ich kann nicht, meine widerstrebenden Motive sind stärker . . . Wünscht also der Befehlende, daß der Widerstrebende anders will, als er eben jetzt will, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als daß er die Sachlage der Motive ändert und zwar in der Richtung, daß der gewünschte Willensakt zustande kommt . . . Wird nun die Änderung (der Motive im Widerstrebenden) in richtiger Weise vorgenommen, so wird eine doppelte Wirkung erzielt. Fürs erste: Dem Verpflichteten ist es jetzt erst möglich, dem Befehle zu entsprechen. Zum zweiten: Dem Verpflichteten ist es nunmehr eine Notwendigkeit, dem Befehle zu gehorchen, d. h. er kann jetzt nicht nur seine Pflicht erfüllen, sondern — und das ist der Kernpunkt — er muß sie erfüllen . . . Indem der Widerstrebende seine Pflicht erfüllt, folgt er lediglich dem Zwange.“ Dieser Zwang werde durch die Nachteilsdrohung der Rechtsordnung herbeigeführt. „Pflicht ist also sozialpsychischer Zwang durch Drohung.“ Die Übereinstimmung des rechtlichen mit dem moralischen Pflichtbegriffe erklärt HOLD VON FERNECK ausdrücklich: „Der Satz, Pflicht ist Zwang, gilt nicht nur für das Recht . . . (sondern auch) für alle von den ethischen Mächten auferlegten Pflichten.“ Und in richtiger

1) a. a. O. S. 15.

2) a. a. O. S. 73 ff.

Konsequenz seines deterministisch psychologischen Standpunktes sagt er, daß demgemäß alle Gebote dieser Mächte aus der Formel „Du sollst“ in die Formel „Du mußt“, aus der Formel „Du sollst nicht“ in die Formel „Du kannst nicht“ umzuwandeln sind.

Erkennt man die Rechtspflicht ihrer inneren Struktur nach mit der Moralpflicht für gleichartig, dann könnte ein Unterschied zwischen beiden nur in der Autorität liegen, von der die Verpflichtung ausgeht. Allein, auch dieser Unterschied muß dann alle Bedeutung verlieren, wenn man, jede Verpflichtung als Selbstverpflichtung betrachtend, diese Autorität letztlich nur im Ich erblickt. Darum sagt JELLINEK nicht mit Unrecht, daß es gleichgültig sei, von wem der verpflichtende Befehl ausgehe¹⁾. Damit ist aber konsequenterweise jeder Anspruch verloren, von besonderen Rechtspflichten zu sprechen. Es gibt nur Pflichten schlechthin und zwar solche, die sich der Mensch freiwillig auferlegt; und dieser formelle Pflichtbegriff gehört nur jener Disziplin an, die sich ex professo mit der Pflichtenlehre zu beschäftigen hat: der Ethik. Das Recht hat mit Pflichten nicht anders zu tun als etwa mit Gütern oder Interessen: Es schafft keine Pflichten, wie es keine Güter oder Interessen schafft, sondern es findet solche bereits vor und hat sie lediglich zu schützen. Tatsächlich ist dieser Gedanke — der nur das folgerichtige Resultat jener Anschauung ist, der das Wesen der Rechtspflicht mit dem der Moralpflicht für gleichartig gilt — in der Literatur ausdrücklich ausgesprochen worden. Er ist der ganzen Vorstellungsweise der naturrechtlichen Schule verwandt, die ja auch das subjektive Recht zur Rechtsordnung in ein ähnliches Verhältnis brachte. Den prägnantesten Ausdruck erhält dieser Gedanke in dem Ausspruche FEUERBACHS: „Naturrecht ist die Wissenschaft der Rechte, Moral ist die Wissenschaft der Pflichten . . .“²⁾. Aber auch nach offizieller Überwindung dieser Richtung der Jurisprudenz findet sich die Lehre, daß die Verpflichtung nicht Sache des Rechtes sei, so beispielsweise unter den älteren Theoretikern bei HEINZE³⁾.

Die Lehre HEINZES mag an dieser Stelle nicht nur deshalb näher berücksichtigt werden, weil ihre Behandlung des Pflichtbegriffes typischen Charakter hat, sondern auch deshalb, weil sie bereits vollkommen ausgebildet jene Theorie des Rechtssatzes enthält, die in der Gestalt der BINDINGSCHEN Normenlehre für die neueste Jurisprudenz von Bedeutung geworden ist.

1) Vgl. das Zitat oben S. 319.

2) Zitiert nach KIRCHMANN, Grundbegriffe etc.

3) Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, in: „Der Gerichtssaal“ XIII. Jahrg. 1861. S. 397 ff.

Der spezifische Schuld begriff, von dem HEINZE ausgeht und demzufolge „jede wirkliche kriminelle Schuld und folgeweise Strafe durch die Vorstellung der Pflichtverletzung bedingt“¹⁾ ist, veranlaßt HEINZE, den Begriff der Pflicht näher zu untersuchen. „Pflicht“ ist ihm das subjektive Resultat einer „Norm“, die streng zu scheiden ist vom staatlichen Strafgesetz — und nur auf das Strafrechtsgebiet beschränkt HEINZE seine Untersuchungen — einer Norm, die unabhängig vom Gesetze existiert und sich aus dem sozialen Zusammenleben der Menschen sowie aus der Natur der Dinge von selbst ergibt, die endlich jedem Menschen evident ist, der in dem Kulturkreise lebt, für den die Norm gilt. Diese Norm und nicht das Gesetz statuiert die Pflicht und nur diese Norm, nicht das Gesetz wird vom Verbrecher verletzt. Das Gesetz des Staates ist lediglich der Schutz gegen die Übertretung gewisser wichtiger Normen. Die Pflicht, insbesondere auch die Rechtspflicht ist das jedem Vernünftigen angeborene oder anezogene Bewußtsein oder Gefühl der Norm. Wo solches Pflichtgefühl oder Pflichtbewußtsein tatsächlich fehlt, besteht keine Pflicht; daher ist auch keine Pflichtverletzung möglich und, da mangels Pflichtverletzung keine Schuld vorliegt, somit auch jede Strafbarkeit ausgeschlossen.

Das Wesentliche dieser — im Grunde naturrechtlichen — Anschauung ist die Identität des moralischen und rechtlichen Pflichtbegriffes, der als psychischer Zustand des Bewußtseins oder Gefühles zu definieren ist. Was aber der HEINZESchen Lehre ihr besonderes Gepräge gibt, das ist die Anerkennung gewisser aus der Natur der Dinge und dem menschlichen Zusammenleben hervorgehender, den vernünftigen Menschen unmittelbar evidenter „Normen“ und die sekundäre Stellung des Staatsgesetzes der natürlichen Ordnung gegenüber. Diesen Charakter der Rechtssätze betont HEINZE überaus nachdrücklich. Er sagt²⁾: „Das materielle Strafrecht selbst ist sekundärer Natur“, „... es sind die rechtlichen und sittlichen Grundlagen unseres Kulturlebens im ganzen, die wir von den Satzungen des Strafrechtes umschant sehen“. Und „auch im einzelnen charakterisiert sich jede konkrete Strafsatzung als eine der Nichtbeachtung eines anderen und zwar früheren Gebotes geltende Drohung“. „Auch wenn neue Rechtssätze unter Androhung von Strafen gegen den Zuwiderhandelnden geschaffen werden, bleibt das Verhältnis dasselbe. Es ist logisch gar nicht anders denkbar, daß das Ge- oder Verbot der Strafdrohung vorausgeht, daß die Verbindlichkeit der Untertanen zu Handlungen oder Unterlassungen gegeben ist, bevor

1) a. a. O. S. 448.

2) a. a. O. S. 426 ff.

für den Fall des Ungehorsams Strafen in Aussicht gestellt werden. Wenn das neue Gesetz lediglich in einer Strafdrohung besteht, so wird in der Regel der Rechtssatz, dessen Geltung es sichern will, bereits vorher bestanden haben“. Man sieht hier in nuce die für die BINDINGSche Normentheorie charakteristische Scheidung von Norm und Strafrechtssatz. Wenn HEINZE — übrigens ebenso wie BINDING — die aus der Natur der Dinge entspringende Norm, die unabhängig vom Rechtsgesetze existiert, dennoch einen „Rechtssatz“ nennt, so kann dies keinen anderen Sinn haben, als daß es ein vom Rechte geschützter Satz ist, und es ist strenggenommen unzulässig, einen solchen Satz — so wie HEINZE es tut — schon vor der Erlassung des schützenden Strafrechtssatzes einen Rechtssatz zu nennen, da er sich in diesem Stadium von den übrigen Normen der Moral, der Sitte oder anderer sozialer Mächte nicht unterscheidet.

Die Pflicht, deren Verletzung sich der Täter bewußt sein muß, um schuldig zu werden, charakterisiert HEINZE des näheren folgendermaßen. „Die negative Seite im Begriffe der Pflicht ist die gänzliche Ungleichartigkeit mit dem persönlichen Bedürfnis und Interesse. Die positive; von unserer Muttersprache sehr sinnig durch die Verwandtschaft mit dem Worte „flechten“ angedeutet¹⁾, läßt den Verpflichteten, d. i. den einzelnen Menschen als Glied eines größeren Organismus, Familie, Gemeinde, Stamm, Stand, Volk, Staat, Menschheit erscheinen, dessen Sein und Wirken an Bedeutung über die individuelle Sphäre hinausragt, der die Gesetze seines Lebens, seiner Dauer und Wirksamkeit in sich trägt oder aus sich entwickelt und durch diese Gesetze einen sittlichen Zwang gegen die einzelnen Glieder ausübt“. Von symptomatischer Bedeutung ist, daß es nach HEINZE dieselben „Gesetze“ sind, nach denen sich die natürliche Existenz, die körperliche und geistige Entwicklung der sozialen Gemeinschaft naturnotwendig gestaltet — also Naturgesetze im eigentlichsten Sinne des Wortes — von denen zugleich der sittliche Zwang auf die Glieder — also die normative Funktion der Verpflichtung — ausgeht, daß eine Unterscheidung zwischen Naturgesetzen und Normen bei HEINZE nicht besteht.

Von diesem Standpunkte aus erklärt nun HEINZE die Pflicht

1) Gleich hier sei bemerkt, daß die Etymologie des Wortes „Pflicht“ nicht auf „flechten“, sondern zweifellos auf „pflegen“, „Gepflogenheit“ zurückführt. Und selbst wenn die von HEINZE vermutete Verwandtschaft zwischen flechten und Pflicht bestünde, hätte sie nicht den Sinn, den HEINZE ihr zu geben versucht, nämlich eines Verflochten-seins mit dem sozialen Verbands, sondern des Verflochten-, Verbunden-seins in Bezug auf ein bestimmtes Verhalten.

als „das Bewußtsein der Zugehörigkeit zu einem derartigen Organismus und der Unterwürfigkeit unter seine Gesetze, vermittelt durch die dunklere oder deutlichere Erkenntnis, daß seine Zwecke denen des individuellen Seins übergeordnet sind.“ Dieser Pflichtbegriff ist zunächst rein formaler Natur. Das Bewußtsein der Zugehörigkeit zum Verbands sagt noch nicht, was im konkreten Falle zu tun oder zu lassen sei. HEINZE behauptet, es gäbe tatsächlich ein solches Pflichtbewußtsein ohne bestimmten Inhalt. „Wir sind uns dabei des Gehorsams bewußt, den wir den Gesetzen der über uns stehenden Organismen schulden, ohne jedoch in der Gegenwart eine bestimmte Anforderung und Äußerung dieses Gehorsams vorzustellen“. Mit einem konkreten Inhalte werde das Pflichtbewußtsein erst erfüllt „durch die Gegenstände selbst, die uns entgegentreten oder von uns vorgestellt werden“. Der Inhalt der einzelnen Pflicht geht also aus der Natur der Sache hervor. Allerwärts her — so führt HEINZE aus — höre der Verpflichtete „leise die Stimme der Pflicht flüstern. In der Natur der Dinge selbst, die wir sinnlich empfinden oder denken, scheint uns die Pflicht zu liegen, die wir ihnen schulden dieser Ruf . . . pflegt doppelt laut und vernehmlich aus denjenigen Gegenständen der Außenwelt zu ertönen, zu denen wir in ein näheres Verhältnis treten, besonders aus denen, deren Integrität wir im Begriffe sind zu verletzen“. Da dies für die sittliche Pflicht ebenso wie für die Rechtspflicht gilt, so muß man mit HEINZE annehmen — was ja schon die Naturrechtler getan hatten — daß alle Gegenstände, alle natürlichen Verhältnisse schon die Rechtsvorschriften in sich tragen, die an sie geknüpft werden können. Es ist nur eine Variation dieses Gedankens vom Objektiven ins Subjektive, wenn HEINZE behauptet, daß jeder Vernünftige von Natur aus nicht nur ein allgemeines Pflichtbewußtsein habe, sondern sich auch gegebenen Falles der konkreten Pflichten bewußt ist, ohne dabei das Rechtsgesetz kennen zu müssen. „Inmitten eines Kulturlebens kann niemand aufwachsen, ohne die Vorstellung der Pflicht und vieler einzelner Verpflichtungen unzerstörbar in sich aufzunehmen“¹⁾. Es scheine, daß wir das Bewußtsein der Schranken, die uns umgeben, ebenso stetig mit uns herumtragen, wie das Maß unserer körperlichen Kräfte und Fähigkeiten in seiner Begrenzung überall gegenwärtig ist. Hervorgehoben sei hier, daß HEINZE über die Tatsache, daß Unkenntnis des staatlichen Rechtssatzes die Pflichtverletzung nicht ausschließt, nicht, wie üblich, durch die Präsump­tion der allgemeinen Gesetzeskenntnis hinwegzukommen versucht; da er nicht

1) a. a. O. S. 434.

das staatliche Gesetz, sondern nur die Normen anderer sozialer Mächte für pflichtbegründend anerkennt, greift er zur Fiktion einer allgemeinen Kenntnis und Anerkennung dieser durch das Kulturleben sich ergebenden Normen.

Die Anschauung, daß die Rechtspflicht nicht vom staatlichen Gesetze ausgehe, ist unter anderen auch von SCHLOSSMANN in seinem bekannten Werke „Der Vertrag“¹⁾ ausgesprochen worden. SCHLOSSMANN betrachtet den Rechtssatz als Imperativ. „Jede Rechtsnorm enthält einen Imperativ“²⁾. Man sollte meinen, daß damit der Imperativ in einem materiellen Sinne von Befehl verstanden sei. Aber SCHLOSSMANN wirft die Frage, die zur Quelle der rechtlichen Verpflichtung führen soll, mit den Worten auf: „Wie erkennt nun der Jurist, ob ein ihm irgendwo begegnender Satz von imperativischer Form ein Rechtssatz ist?“³⁾ Die Ansicht, daß Gesetz und Gewohnheit die Rechtspflichten statuieren, sei irrig: „Darin täuscht man sich, daß man Gesetz und Gewohnheit als Quellen des objektiven Rechtes ausgibt, und wenn man behauptet, das, was aus jenen Quellen herkommt, d. h. vom Staate befohlen werde und was als Entscheidungsnorm auch ohne Gesetz mit der Überzeugung, es solle so sein, lange Zeit angewendet worden ist — solle und müsse vom Richter angewendet werden, so läßt sich mit gleichem Rechte das gerade Gegenteil behaupten und beweisen“⁴⁾. Indem nun SCHLOSSMANN die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes aufwirft, gelangt er zu jener höchsten Kompetenz, von der aus die Verpflichtung auch im Rechte ausgehen müsse. Er sagt: „Wie wir in Betreff der einzelnen Sätze, für welche Rechtskraft behauptet wird, zu prüfen haben, ob der in ihnen enthaltene Imperativ von einer Macht herrührt, die befehlen und verbieten darf, so ist auch bezüglich der allgemeinen Sätze: das Gesetz des Staates, die Stimme des Volksgeistes soll befolgt werden — die Frage als berechtigt anzuerkennen, ob diese Imperative denn wirklich auf Befolgung rechtmäßigen Anspruch haben, m. a. W. wir dürfen fragen, ob Gründe für die Geltung von Gesetz und Gewohnheit vorhanden und von welcher Art und Tragweite diese Gründe sind.“ Die methodische Unzulässigkeit einer solchen Fragestellung für das Rechtsgebiet wird später bei der Erörterung des Problems vom Geltungsgrunde des Rechtssatzes näher nachgewiesen werden. Hier genügt es, festzustellen, daß diese Fragestellung auf die sittliche Rechtfertigung des positiven Rechtes gerichtet ist. Die Frage, ob die Gesetze des Staates einen „rechtmäßigen Anspruch“ auf

1) Leipzig 1876.

2) a. a. O. S. 12.

3) a. a. O. S. 173.

4) a. a. O. S. 175.

Befolgung haben, ob sie verpflichtet dürfen, kann — wie jede Frage nach dem Bestehen eines Sollens oder Dürfens — nur eine Frage nach der Existenz einer Norm sein und zwar in diesem Falle nach einer Norm, der die staatliche Gewalt in ihrer normierenden Tätigkeit selbst wieder untersteht. Daß diese Norm nicht das Rechtsgesetz sein wird, ist selbstverständlich; andernfalls läge eine *petitio principii* vor, denn ein Rechtsgrund der Rechtsordnung ist undenkbar, da ja die Rechtsordnung selbst der letzte Rechtsgrund ist¹⁾; also kann die Norm, derzufolge der Staat verpflichtet darf, nur die der Moral sein. Der Sinn der SCHLOSSMANNschen Fragestellung ist somit lediglich der: Darf der Staat vom Standpunkte der Moral aus befehlen und verpflichten, soll man den staatlichen Geboten vom Standpunkte der Moral aus gehorchen, ist man sittlich verpflichtet, den Gesetzen entsprechend sich zu verhalten?

Diese Fragestellung enthält schon an und für sich die Antwort darauf, welches die letzte verpflichtende Autorität sei. Durch sie wird die Entscheidung, von wo die rechtliche Verpflichtung ausgehe, tatsächlich präjudiziert. Denn SCHLOSSMANN geht von der stillschweigenden Voraussetzung aus, daß die Moral dem Rechte übergeordnet sei und daß letztlich nur jene verpflichten könne. Darum ist selbstverständlich, daß er schließlich zu dem Resultate kommt, nicht das Gesetz oder die Gewohnheit hätten verpflichtende Kraft, sondern andere Faktoren. Er argumentiert folgendermaßen: Zu dem Urteile, daß etwas geschehen soll — m. a. W. daß eine Pflicht besteht — gelangt man dann, wenn das betreffende Geschehen subjektiv gebilligt, das bezügliche Unterlassen mißbilligt wird. SCHLOSSMANN unterscheidet ganz im Sinne seiner ursprünglichen Fragestellung nicht zwischen einem sittlichen und einem rechtlichen Sollen. Er bringt damit nur subjektiv zum Ausdruck, was er in der Fragestellung bereits vorausgesetzt hat; d. h. er stellt die subjektive Autorität des moralischen Gefühles über die objektive Autorität des Staates. Da SCHLOSSMANN das Kriterium der inneren Billigung resp. Mißbilligung auch für das rechtliche „Sollen“ behauptet, spricht er dem Rechte nur insoferne verpflichtende Kraft zu, als es mit der Moral inhaltlich übereinstimmt, d. h. aber, er spricht nur der autonomen Moral verpflichtende Kraft zu. Seine „Pflicht“ charakterisiert sich durch den realpsychischen Zustand der „Befriedigung“ oder „Billigung“. Er gibt ausdrücklich zu, daß eine Rechtsnorm, die innerlich mißbilligt wird, nicht verpflichte: „. . . in der Mißbilligung bei gleichzeitiger Befolgung der (staatlichen Rechts-) Norm liegt das Urteil, daß man mit der Befolgung tue, was

1) Dieser Ansicht stimmt SCHLOSSMANN auch ausdrücklich zu. Vgl. a. a. O. S. 176 Anm. 1.

man nicht tun solle.“ Ganz ausdrücklich zieht SCHLOSSMANN seine Konsequenzen in folgenden Sätzen: „Sobald sich erweisen läßt, daß im Rechte das Unterlassen dessen, was angeblich geschehen soll, unsere Billigung, das Geschehen dessen, was angeblich nicht geschehen soll, unsere Mißbilligung erregt, und — was den nur abgeleiteten Imperativ betrifft — daß auch eine äußere Macht nicht regelmäßig zwingend oder strafend eingreift, so würde dies den Beweis einschließen, daß die angeblichen Imperative in Wahrheit nur unter bestimmten Voraussetzungen oder gar nicht existieren, m. a. W. daß die vorgebliche Rechtsquelle gar keine solche ist, oder daß ein ganz anderes Moment, welches nur häufig mit jener anderen Rechtsquelle koinzidiert, die wahre Quelle des Rechtes ist.“ Das Hauptargument SCHLOSSMANNs dafür, daß die Sätze des positiven Rechtes nicht die Quelle des „Soll“ — die wahre Pflichtquelle — sind (SCHLOSSMANN spricht zwar nur von „Rechtsquelle“, meint damit jedoch in erster Linie die Quelle der Verpflichtung), ist die Tatsache, daß häufig Rechtssätze von den Gerichten nicht angewendet werden und zwar mit der Überzeugung, daß der Richter dabei pflichtgemäß gehandelt habe, wenn z. B. mit dem veränderten Rechtsbewußtsein in Widerspruch stehende, aber formell nicht aufgehobene Rechtssätze außer Geltung kommen, kurz darin, „daß man Gesetze, welche allen formellen Erfordernissen genügen, eben ganz oder teilweise ignoriert und zwar mit der Überzeugung, daß es so sein solle und müsse.“ Daraus schließt nun SCHLOSSMANN weiter, daß das verpflichtende Moment nicht im staatlichen Rechtssatze selbst liegen könne, sondern daß in Wahrheit „dasjenige das wirkliche Recht“ sei. „was auch gegen die ausgesprochene (d. i. die im positiven Rechte gesetzte) Überzeugung sich im Laufe der Geschichte immer wieder Bahn bricht“ — und dies sei die „Gerechtigkeit“¹⁾, das „Rechtsgefühl“²⁾. Rein ethische Faktoren sind es somit, von denen die Pflicht, auch die Rechtspflicht ausgeht, ja, von einem selbständigen Begriffe der Rechtspflicht neben dem der sittlichen Pflicht kann im Grunde genommen keine Rede sein.

Schließlich sei noch — um das Bild des derzeitigen Standes der Lehre von der Rechtspflicht zu vervollständigen — auf die in neuester Zeit von M. E. MAYER³⁾ versuchte Konstruktion aufmerksam gemacht. Dieser Autor rechtfertigt die Verbindlichkeit des Gesetzes damit, daß er die Übereinstimmung der Rechtsnormen mit den „Kulturnormen“ behauptet, deren Verbindlichkeit das Individuum kenne und anerkenne⁴⁾. Unter Kulturnormen versteht er „die Ge-

1) a. a. O. S. 181.

2) a. a. O. S. 197 ff.

3) Rechtsnormen und Kulturnormen, in: Strafrechtliche Abhandlungen von BENNECKE und BELING. Breslau 1903.

4) a. a. O. S. 16.

samtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und Berufes an das Individuum herantreten.“ Die nähere Prüfung dieser Theorie ist für die folgenden Untersuchungen vorbehalten. Hier kommt sie nur als Voraussetzung für die Behauptung MAYERS in Betracht, daß die Untertanen nicht durch die Rechtsgesetze verpflichtet werden. Denn diese seien ihnen ja meistens gar nicht bekannt; und da MAYER von der üblichen Vorstellung beherrscht wird, daß die Pflicht ein subjektiv psychischer Zustand der Willensgebundenheit sei, ist ihm für die Verpflichtung nicht nur Kenntnis, sondern auch Anerkennung der verpflichtenden Norm erforderlich. Beides träfe für seine „Kulturnormen“ zu. Er zögert daher nicht, zu behaupten, daß die Rechtsätze die Untertanen nicht verpflichten. „Die Pflichten der Untertanen sind Produkte aus den Begebenheiten des Lebens (Handlungen, Ereignisse, Zustände) und den auf dieselben anwendbaren Kulturnormen, sie sind Rechtspflichten, weil und sofern sie nach geltendem Rechte auch vom Staate, speziell von den Gerichten als Pflichten behandelt werden. Rechtspflichten sind rechtlich erhebliche Pflichten“¹⁾. Und zur vollsten Deutlichkeit gelangt diese Anschauung in dem folgenden Beispiele MAYERS. „Wer davon, daß jemand einen Mord vorhat, zu einer Zeit, in der das Verbrechen noch verhütet werden kann, Kenntnis erlangt, ist verpflichtet, der bedrohten Person oder der Behörde rechtzeitig davon Anzeige zu erstatten. Der Bürger hat diese Pflicht, nicht weil irgendwo in den Gesetzen von ihr die Rede ist; weil es schädlich wäre, das Verbrechen nicht zu verhüten, deswegen besteht die Anzeigepflicht und sie ist eine Rechtspflicht, weil der Staat seine Organe angewiesen hat (im § 139 StGB), sofern der Mord begangen oder versucht worden ist, denjenigen zu bestrafen, der der Pflicht nicht nachgekommen ist. Diese Willenserklärung des Staates geht keinen Bürger etwas an . . .“ Also zeigt sich auch hier eine Theorie, derzufolge die für das Recht in Betracht kommende Pflicht nicht vom Staate im Rechtssatze, sondern von anderen sozialen Faktoren ausgeht, deren Inbegriff MAYER als „Kultur“ bezeichnet. Dabei muß auf die weitgehende Analogie hingewiesen werden, die dieser Gedankengang zu jenem HEINZES aufweist, dessen typischer Charakter bereits früher betont wurde.

Überblickt man das Gesamtbild, das die Lehre von der Rechtspflicht in der heutigen Jurisprudenz bietet, so fällt einem vor allem der ausgesprochen naturrechtliche Einschlag auf, den diese Partie

1) a. a. O. S. 51.

der allgemeinen Rechtslehre im Gegensatz zu den übrigen aufweist. Während nämlich die allgemeine Entwicklung der Rechtswissenschaft die deutliche Tendenz aufweist, die Anschauungen des Naturrechtes zu überwinden, ist beim Begriffe der Rechtspflicht ohne Zweifel eine gewisse Rückständigkeit zu bemerken. Denn gerade an dieser Stelle hat man es bisher unterlassen, jene scharfe und prinzipielle Trennung von Recht und Moral vorzunehmen, die für die Überwindung der naturrechtlichen Anschauung charakteristisch ist. Am augenfälligsten muß diese Tatsache bei jenen Theoretikern zu Tage treten, die eine Verpflichtung überhaupt nur von den Normen der Moral oder anderer sozialer Faktoren ausgehen lassen, die als Rechtspflicht nicht eine durch die Rechtsordnung geschaffene, sondern lediglich durch das Recht im objektiven Sinne geschützte sittliche oder sonstige soziale Pflicht erkennen. Daß diese ganze Anschauung mit dem innersten Wesen der modernen Erkenntnis des positiven Rechtes im Widerspruch steht, derzufolge Recht und daher vor allem Rechtspflicht nur ist, was nach positiver Satzung als solches statuiert wird, ohne irgendwelche Rücksicht auf Postulate der Moral, der Sitte, der Religion, der Kultur, ist auf den ersten Blick zu erkennen. Das ist ja das Verdienst der neueren Jurisprudenz, daß sie als einen ihrer obersten methodischen Grundsätze aufgestellt hat, die Rechtsbegriffe nur aus dem positiven Rechte abzuleiten, daß sie es ablehnt, auf ein überrechtliches Prinzip zu greifen, um feststellen zu können, was Recht und Pflicht sei. Diese Methode verlassen aber alle jene Theoretiker, die bei der Konstruktion ihrer Rechtsbegriffe die positive Rechtsordnung nicht als allerletzte Instanz anerkennen, die das subjektive Recht und die subjektive Rechtspflicht nicht letztlich aus dem Rechtssatze der positiven Rechtsordnung, sondern aus den Normen irgendeiner auch über dem Rechte stehenden Ordnung ableiten und somit rechtfertigen zu müssen glauben; damit gehen sie aber weit über das Ziel hinaus, das ihnen als Juristen gesetzt ist und überschreiten die für die Wissenschaft des positiven Rechtes unverrückbare Grenzlinie zwischen Recht und Gerechtigkeit. Ein Verzicht auf diese Unterscheidung muß als schwerer Rückfall in das Naturrecht, muß als unverzeihliche Inkonsequenz betrachtet werden, wenn die methodische Beschränkung auf das positive Recht gerade nur bei einem einzelnen Rechtsbegriffe aufgegeben wird.

Die Anerkennung der selbständigen Rechtspflicht neben der sittlichen Pflicht und unabhängig von dieser ist die notwendige Konsequenz der Annahme von selbständigen Rechtsnormen, die in ihrer spezifischen Existenz als unabhängig von den Normen der Moral gelten. Der innere Zusammenhang zwischen Norm und Pflicht im allgemeinen, Rechtsnorm und Rechtspflicht im besonderen, bringt es

mit sich, daß es nicht angeht, den Normen der Moral wohl subjektive sittliche Pflichten entsprechen zu lassen, den selbständigen Rechtsnormen dagegen keine selbständigen Rechtspflichten gegenüberzustellen. Wenn man entschlossen ist, das objektive Recht ohne Rücksicht auf die Moral zu betrachten, das Bestehen von Rechtsnormen nur nach dem Stande des konkreten positiven Rechtes zu beurteilen, dann ist es widersinnig, bei der Frage nach der Rechtspflicht — die ja nur eine subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes ist — an die Moral zu appellieren und nur von dieser die Verpflichtung ausgehen zu lassen. Der Begriff der selbständigen Rechtsnorm ist notwendig verbunden mit der Funktion rechtlicher Verpflichtung, da normieren und verpflichten eins sind. Die Leugnung selbständiger, durch das Recht und nicht durch die Moral geschaffener, resp. nur aus dem Rechtssatze, nicht aus einer sittlichen Norm abgeleiteter Rechtspflichten ist gleichbedeutend mit dem Verzicht auf eine selbständige, von der Moral unabhängige Stellung der Rechtsordnung und daher mit dem Aufgeben einer selbständigen Betrachtung des Rechtes, einer von der Ethik unabhängigen Jurisprudenz.

Die Anschauung, daß die Rechtspflicht nur die vom Rechte geschützte Pflicht der Moral, Sitte, Kultur etc. sei, muß notwendig zu der Konsequenz führen, überall dort keine Rechtspflicht anzunehmen, wo zwar durch einen Rechtssatz ein bestimmtes Verhalten der Rechtssubjekte mit Strafe oder Exekution, kurz mit einem Nachteile bedroht ist, das gegenteilige Verhalten dagegen nicht als Inhalt einer sittlichen Pflicht erscheint, d. h. von einer sittlichen Norm geboten, das mit der Unrechtsfolge verknüpfte Verhalten also nicht moralisch verboten ist. Nun kann dies sehr häufig der Fall sein, teils weil ein mit Rechtsnachteilen bedrohtes Verhalten oft sittlich völlig indifferent ist, teils weil sich die Rechtsordnung geradezu in einen Widerspruch zu den Geboten der Sittlichkeit setzen kann. Für eine Theorie des positiven Rechtes ist es schlechterdings unmöglich, in allen diesen Fällen keine Rechtspflichten anzunehmen. Die Verbindlichkeit des Mieters, die Mietsumme mangels vertragsmäßiger Bestimmungen pränumerando zu bezahlen, ist eine Rechtspflicht, ohne daß irgend eine andere als eine Rechtsnorm (und zwar diejenige, die eine derartige Nichtbezahlung mit Exekution bedroht) ersinnlich wäre, durch welche eine Pränumerandozahlung der Miete gefordert wird. Ist es etwa die Moral, die solches vorschreibt? Ist gerade diese Regelung des Mietverhältnisses in der Kultur begründet? Und wenn die Religion Kriegsdienste verbietet, ist darum die Wehrpflicht keine Rechtspflicht in jenen Staaten, welche die Entziehung vom Militärdienste mit Strafe bedrohen? Es ist daher nur selbstverständlich, daß alle

Theoretiker, welche die rechtliche Verpflichtung von einer anderen Stelle als dem Nachteil drohenden Rechtssatze ableiten, in einen inneren Widerspruch geraten müssen, wenn sie ihre Konstruktion mit dem positiven Rechte in Einklang bringen wollen. Schon bei der Untersuchung der BINDINGSchen Normentheorie, derzufolge die Rechtspflicht nicht durch den Strafrechtssatz des gesetzten Rechtes, sondern durch die unabhängig von diesem existierende, ihm logisch vorangehende „Norm“ statuiert wird, ist zu bemerken gewesen, daß dieses Verhältnis von Norm und Rechtssatz, das grundlegend ist für die in Rede stehende Auffassung der Rechtspflicht, in gewissen Fällen nicht aufrecht erhalten werden konnte. Auch HEINZE, der Vorgänger BINDINGS in der Normentheorie, muß zugeben, daß es Fälle gibt, in denen der Strafrechtssatz nicht schon eine bestehende, anderswoher statuierte Pflicht vorfindet, um sie zu schützen. HEINZE ist angesichts des positiven Rechtes genötigt, anzuerkennen, daß schon durch den bloßen Strafrechtssatz Pflichten statuiert werden können. Er sagt, der Staat könne in die Lage kommen, „seinen Angehörigen neue, bis dahin unbekannte Pflichten aufzuerlegen, deren Befolgung er durch Strafandrohung desto sicherer zu erzwingen trachtet. Pflichtgebote dieser Art bleiben, bis die neue Institution in Fleisch und Blut der bürgerlichen Gesellschaft übergegangen ist, etwas fremdartiges, sie treten dem Kontravenienten nicht als eine Norm entgegen, die in den Dingen selbst als Stück von deren eigenem Wesen läge, sondern im Gewande einer relativen Willkürlichkeit auf; ist also auch im allgemeinen die Kenntnis der Pflicht vorhanden, so fehlt doch gerade diejenige Eigentümlichkeit des Gebotes, welche dessen Vergegenwärtigung im Augenblicke der Verletzung verlangt. Die Pflicht ergibt sich hier gewissermaßen aus der Drohung. Die Strafsatzung verliert den dem Strafrechte im allgemeinen innewohnenden akzessorischen Charakter und wird materiell zur Hauptsache“. Da solche Pflichten, wie trotz aller Verklausulierung zugegeben wird, Rechtspflichten sind und zwar noch, bevor sie in Fleisch und Blut der bürgerlichen Gesellschaft übergehen, muß HEINZE dem Strafrechtssatze als solchem „gewissermaßen“ die Fähigkeit, zu verpflichten, zuerkennen. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum diese Eigenschaft nicht jedem Strafrechtssatze, also auch einem solchen zukommen soll, der in seinem normativen Inhalt mit bereits bestehenden Moralnormen, ethischen Pflichten, übereinstimmt, da doch die Struktur eines solchen Rechtssatzes keine andere ist als die desjenigen, dem HEINZE eine selbständige verpflichtende Funktion ausdrücklich zuspricht. Ist einmal überhaupt die Möglichkeit zugegeben, daß ein Strafrechtssatz ohne Rück-

sicht auf Moral- oder sonstige Kulturnormen eine Rechtspflicht statuieren kann, dann muß in den Fällen, in denen solche Normen neben dem entsprechenden Strafrechtssatze bestehen, die Konstruktion konsequenterweise zur Annahme von zwei inhaltlich übereinstimmenden Pflichten: der durch den Rechtssatz statuierten Rechtspflicht und er durch die Moral, Sitte oder einen andern sozialen Faktor statuierte sittliche oder Kulturpflicht, gelangen. Ist der sekundäre Charakter des Strafrechtssatzes für gewisse und zwar zweifellos zahlreiche Fälle, wie bei HEINZE, aufgegeben, dann ist es widerspruchsvoll, ihn für andere Fälle aufrecht zu erhalten, in denen sich an der spezifischen Struktur des Strafrechtssatzes nichts geändert hat¹⁾.

Die Anschauung, daß die Rechtspflicht nicht vom Staatsgesetze ausgeht, sondern von der Moral oder anderen sozialen Faktoren statuiert wird, hat zur Voraussetzung, daß die Normen dieser Autoritäten objektiv feststellbar und für alle Rechtssubjekte gültig sind. Es mag einstweilen dahingestellt bleiben, ob diese Voraussetzungen tatsächlich gegeben sind, jedenfalls muß schon hier darauf hingewiesen werden, daß die Existenz einer Rechtspflicht, die sich lediglich als eine durch die staatliche Gesetzgebung geschützte Moralphlicht oder Kulturpflicht darstellt, in allen jenen Fällen strittig werden müßte, in denen wohl eine

1) Die sekundäre Stellung des Strafrechtssatzes auch für jene Fälle, in denen die Rechtspflicht erst durch ihn aufgestellt wird, sucht HEINZE an einer anderen Stelle aufrecht zu erhalten. Wegen der großen Ähnlichkeit dieser Argumentation mit der BINDINGSchen sei sie hier wiedergegeben: Handelt es sich aber in Wirklichkeit um eine ganz neue Norm, so überläßt die Gesetzgebung den Staatsangehörigen, aus der ergangenen Strafanordnung die Regeln, nach denen ihr Verhalten eingerichtet sein soll, zu entnehmen. Erst wenn diese Regeln verletzt werden — also immerhin nur *secundo loco* — greifen die gedrohten Strafen Platz.“ Es ist augenfällig, daß HEINZE hier die sekundäre Natur des Strafrechtssatzes in einem ganz andren Sinne versteht als für gewöhnlich. Während er nämlich sonst die Norm rechtmäßigen Verhaltens dem Strafrechtssatze logisch und zeitlich vorangehen läßt, die sekundäre Stellung des letzteren sich also auf seine Entstehung und seine Geltung bezieht, wird im vorliegenden Falle die Anwendung des Strafrechtssatzes als *secundo loco* stehend charakterisiert, indem erst die aus dem Strafrechtssatze abzuleitende, also logisch ihm nachfolgende Regel rechtmäßigen Verhaltens verletzt werden müsse, damit die Strafe verhängt werden könne, da nur diese Regel, nicht der Strafrechtssatz verletzbar sei. Daß diese Trennung von Strafrechtssatz und Norm rechtmäßigen Verhaltens nur eine Unterscheidung von Form und Inhalt (Zweck) der Rechtsnorm ist, wurde schon bei Besprechung der BINDINGSchen Normentheorie dargetan und auch gezeigt, daß formell weder der Imperativ des rechtmäßigen Verhaltens noch das hypothetische Urteil des Strafrechtssatzes „verletzt“ werden kann, da mit „verletzen“ nur das gegen den ausgesprochenen Zweck gerichtete Verhalten zu verstehen ist, ein solches aber sowohl bezüglich des hypothetischen Urteils als des Imperativs erfolgen kann.

zweifelloos objektiv feststellbare gesetzliche Bestimmung vorhanden, die Frage jedoch, ob ein entsprechendes Gebot der Moral, Sitte, Kultur gegeben sei, unentschieden wäre. Daß dieser Fall nicht selten sein dürfte, liegt bei dem subjektiven Charakter der fraglichen verpflichtenden Faktoren auf der Hand und müßte dem Richter, dem die Entscheidung über eine Rechtspflichtverletzung obliegt und der sich letztlich stets an die Moral wenden müßte, mangels jedes festen Kriteriums auf diesem Gebiete das Amt höchst unsicher, wenn nicht unmöglich machen. Allein, die Frage, ob im konkreten Falle eine Rechtspflicht besteht, muß im Interesse der Rechtssicherheit unter allen Umständen nach unverrückbaren Gesichtspunkten, unabhängig von den subjektiven, der individuellen Welt- und Lebensanschauung der einzelnen unterworfenen Anschauungen über das, was die Moral, Sitte oder Kultur fordert, nach dem Gesetze und nur nach diesem zu entscheiden sein. Und darum wird keinem Richter und keinem anderen Organe, das Recht anzuwenden hat, jemals beifallen, nach der Theorie jener vorzugehen, welche die Existenz einer Rechtspflicht von den Postulaten der Moral, Sitte oder Kultur abhängig machen. Vielmehr wird jedes Organ, das den Willen des Staates zu realisieren hat — und darin besteht, die Funktion der Rechtsanwendung — nichts anderes prüfen, als ob der Tatbestand gegeben ist, an den im Gesetze der Wille des Staates zu strafen oder zu exequieren geknüpft wird, und es muß in allen diesen Fällen, unbekümmert um alle anderen normierenden Autoritäten, die Verletzung einer Rechtspflicht konstatieren, wenn auch sein eigenes sittliches Gewissen oder Kulturbewußtsein — oder das des zu beurteilenden Subjektes — das zu qualifizierende Verhalten nicht im Widerspruche, ja, vielleicht sogar im Einklange mit den Forderungen jener Faktoren weiß, die nach Anschauung mancher Juristen als die eigentlichen und einzigen Pflichtbegründer zu gelten haben.

Einige Autoren — SCHLOSSMANN wurde hier als Beispiel für sie angeführt — glauben diese irrige Ansicht darum vertreten zu müssen, weil es Fälle gibt, in denen die Beobachtung des Rechtslebens zeigt, daß der formell existente, in den Gesetzen ausgesprochene Wille des Staates, unter bestimmten Voraussetzungen zu strafen oder zu exequieren, trotz Eintritts seiner Bedingungen dennoch nicht realisiert wird, ohne daß darin eine Pflichtverletzung der kompetenten Staatsorgane erblickt würde, bloß weil sittliche Mächte wie die Gerechtigkeit u. ä. dies rechtfertigten, kurz, daß das objektive Recht durch soziale Kräfte ohne formelle Gesetzesänderung unwirksam wird, ja, daß diese Kräfte sogar im Stande sind, im Wege der Gewohnheit an Stelle des formell niemals weggeräumten ein neues Recht zu setzen. Es ist dies der zur Genüge bekannte und nicht anzuzwei-

felnde Prozeß der Derogierung des Gesetzesrechtes durch die Gewohnheit, und es ist hiebei gleichgültig, ob die *consuetudo*, die gegen das Gesetz durchdringt, auf den Forderungen einer mit diesem Gesetze in Widerspruch stehenden höheren Gerechtigkeit und Sittlichkeit beruht oder von den praktischen — sittlich indifferenten — Bedürfnissen des täglichen Lebens diktiert wird, denen eine veraltete Gesetzgebung nicht mehr entspricht. Es ist im Grunde der gleiche Vorgang, wenn grausame Bestimmungen der C. C. C., ohne formell abgeändert zu werden, dennoch faktisch nicht mehr angewendet und so außer Kraft gesetzt wurden, weil sich das verfeinerte Gerechtigkeitsgefühl, die fortgeschrittene Sittlichkeit gegen sie aufbäumte und zu anderem Verhalten verpflichtete, als jenen, welches das starre Gesetz straflos ließ — oder wenn irgendeine dem modernen Verkehr lästige, sittlich durchaus gleichgültige Vorschrift allmählich nicht mehr gehandhabt wird und so verschwindet, ohne formell aufgehoben zu werden, bloß weil sie zu den modernen, geänderten Verhältnissen nicht paßt. Jene Theoretiker welche die Derogierung des Gesetzes durch die Gewohnheit zum Anlasse nehmen, um die alleinverpflichtende Kraft außer- oder überstaatlicher Autoritäten zu akzeptieren, mögen gerade bei Fällen der zweiten Art nicht leicht die Sittlichkeit oder die Kultur oder sonst einen autoritären Faktor ausfindig machen, dem die Aufhebung der alten Rechtspflicht zuzurechnen wäre, und die nicht selten zu derogierenden Gewohnheiten führenden Bedürfnisse des praktischen Lebens werden häufig nur sehr schwer oder gar nicht als Inhalt einer verpflichtenden Norm erkannt werden können.

Im übrigen — und darauf ist das Hauptgewicht zu legen — charakterisiert sich die gegenständliche Argumentierung am besten durch ihren Ausgangspunkt: die Beobachtung des tatsächlichen Rechtslebens, des Seins. Und in diesem methodischen Fehler liegt der Grund ihrer Unhaltbarkeit. Denn so wenig, wie es zulässig ist, die Frage nach dem, was Rechtsnorm ist, prinzipiell dadurch zu beantworten, daß man dartut, was tatsächlich regelmäßig geschieht, darf die Frage nach dem, was Rechtspflicht ist, resp. wann eine Rechtspflichtverletzung vorliegt, davon abhängig gemacht werden, daß eine Unrechtsfolge von den Staatsorganen faktisch auf ein bestimmtes Verhalten hin realisiert wird oder nicht. Denn Rechtssatz ist nicht jener, der wirklich d. h. in der Welt des Seins angewendet, und Rechtspflicht nicht, was tatsächlich befolgt wird, sondern beides stets nur, was angewendet, resp. befolgt werden soll. Die Nichtanwendung eines formell bestehenden Rechtssatzes ist formell rechtswidrig, ebenso wie das Verhalten, das von einem Rechtssatze mit Unrechtsfolge bedroht wird, formell pflichtwidrig ist, auch wenn die Nichtanwendung

des Rechtssatzes mit der sittlichen Überzeugung harmoniert und das rechtswidrige Verhalten faktisch nicht geahndet wird.

Wie ein Rechtssatz, der dauernd nicht angewendet wird, aufhört Norm zu sein, wie eine langjährige Pflichtverletzung allmählig anfängt ihren Charakter zu verlieren, wie ein Sollen durch ein Sein zerstört oder aus einem Sein ein Sollen wird, das ist eine — wie hier schon so oft betont wurde — für die juristische Konstruktion nicht erfassbare Tatsache, ist juristisch ein Mysterium. Darum ist es aber auch verfehlt, gerade diese Tatsache zum Ausgangspunkte irgendwelcher juristischer Konstruktion zu machen. Das Faktum der Entstehung und Zerstörung des Rechtes fällt außerhalb der Ebene der juristischen Erkenntnis, ist eine ihrer Voraussetzungen.

Die Derogierung von Gesetzesrecht und die Entstehung neuen Rechtes durch Gewohnheit ist gegenüber der Regelmäßigkeit, mit der das Gesetzesrecht tatsächlich angewendet wird, und der Seltenheit des Falles neuen Gewohnheitsrechtes als Ausnahme zu betrachten. Wer darauf hinweist, daß es Fälle gebe, in denen die Forderungen der Gerechtigkeit gegen das Gesetz oder ohne Gesetz durchdringen, dem muß entgegengehalten werden, daß es weit mehr Fälle gibt, in denen das Gesetz gegen die Gerechtigkeit, gegen alle sittlichen Mächte und noch zahlreichere, in denen es ohne jede Gerechtigkeit — weil im Verhältnis zu den sittlichen Mächten indifferent — gilt und angewendet wird. Gerade jenen Theoretikern, die eine Beobachtung des tatsächlichen Geschehens ihren Rechtsbegriffen zu Grunde legen und die also — da Ausnahmslosigkeit solchen Regeln des Geschehens, die als Rechtsregeln gelten können, nicht zukommen kann — nur die Regelmäßigkeit, die Mehrzahl der Fälle und nicht die Ausnahmen zu berücksichtigen haben, müßte die Tatsache der Zerstörung oder Entstehung des formellen Rechtes im Wege der Gewohnheit — als Ausnahme von der Regel — für die juristische Konstruktion irrelevant bleiben.

Es ist überaus bezeichnend, daß die Anschauung, derzufolge die Rechtspflicht nicht von der Rechtsordnung statuiert, sondern von anderen Faktoren geschaffen, durch das Recht nur geschützt wird, Rechtspflichten also — nach dem oben¹⁾ zitierten Worte M. E. MAYERS — nur rechtlich erhebliche Pflichten sind, eine Anschauung, die im innigsten Zusammenhange steht mit der Theorie von der sekundären Natur des nachteil drohenden Rechtssatzes im Verhältnis zu den das rechtmäßige Verhalten fordernden Normen, sei es der Moral, sei es anderer sozialer Faktoren, — daß dieser ganze Vor-

1) S. 327.

stellungskomplex mit allen seinen Konsequenzen sich vornehmlich bei Theoretikern des Strafrechtes findet. Die hier als Hauptvertreter der charakterisierten Theorie Angeführten: HEINZE, BINDING und MAYER sind von Haus aus Kriminalisten; und dies macht manches erklärlich. Auf dem Gebiete des Strafrechtes mag es tatsächlich den Schein einer Berechtigung haben, die sekundäre Natur der Rechtspflicht gegenüber der Moralpflicht zu behaupten, die Rechtspflicht als die durch Strafdrohungen geschützte, von der Moralnorm statuierte Pflicht zu betrachten und auf die Konstruktion einer selbständigen Rechtspflicht zu verzichten. Denn das Verhalten, das die Strafrechtssätze mit Nachteil bedrohen, ist regelmäßig — wenn auch nicht ausnahmslos — auch von den Normen einer altruistischen Moral verboten, die jede Verletzung des Nebenmenschen verpönt. Das rein äußerliche Zusammenfallen von Moralnormen und Rechtsätzen mag hier zu einer Identifizierung von Moralpflichten und Rechtspflichten geführt haben; die Tatsache, daß sich auf diesem Gebiete des Rechtes nur selten der Fall finden dürfte, daß eine Verletzung des Rechtssatzes nicht auch zugleich ein Zuwiderhandeln gegen die sittliche Norm involviert, mag die Rechtspflicht stets als Moralpflicht erscheinen lassen. Der dagegen gewiß nicht seltene Fall einer von keiner rechtlichen Nachteilsdrohung begleiteten Moralpflicht führt dann zu der bekannten Konstruktion, derzufolge die Moralpflicht der weitere Begriff ist, der den der Rechtspflicht in sich begreift, wobei die *differentia specifica* zwischen beiden durch das Hinzutreten der vom Gesetze verhängten Unrechtsfolge bei der Rechtspflicht gebildet wird.

Allein, schon das Heranziehen des Zivilrechtes muß einen Theoretiker des positiven Rechtes zwingen, jenen inneren Zusammenhang zwischen Rechts- und Moralpflicht aufzugeben, der auf dem Gebiete des Strafrechtes insoferne zu bestehen scheint, als dort jede Rechtspflicht sich inhaltlich als identisch mit einer Moralpflicht darstellt.

Nun mag ja auch auf dem Gebiete des Zivilrechtes der Fall gegeben sein, daß die Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten mit einer sittlichen Pflicht gleichen Inhaltes koinzidiert. Und man wird eine solche Übereinstimmung häufig dann konstatieren können, wenn die bezügliche Rechtspflicht durch das Gesetz an die Vereinbarung der Parteien geknüpft ist. Die allgemeine Moral-Norm, daß Verträge einzuhalten sind, wird auch die Erfüllung der vertragsmäßigen, durch die Rechtsordnung statuierten Rechtspflichten fordern und so könnte auch hier die Konstruktion der Rechtspflicht als einer durch die Rechtsordnung geschützten — nicht durch sie statuierten — Pflicht nicht ausgeschlossen scheinen. Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion, die

vollkommene Disparität von Rechts- und Moralpflicht, die Notwendigkeit einer formellen Unterscheidung zwischen beiden muß sich jedoch sofort erweisen, wenn man alle zivilen Rechtspflichten in Betracht zieht, die das Gesetz unabhängig von dem Willen der Parteien statuiert. Daß in solchen Fällen vollgültige Rechtspflichten vorliegen, kann nicht bezweifelt werden, ebensowenig steht aber auch in Frage, daß das pflichtmäßige Verhalten von keiner sittlichen Autorität geboten sein muß. Ist aber im Prinzip zuzugeben, daß der Exekution drohende Rechtssatz als solcher, ohne Rücksicht auf irgendeine andere Norm eine Rechtspflicht statuieren kann, dann ist nicht einzusehen, warum die verpflichtende Funktion einem derartigen Satze in jenen Fällen versagt bleiben soll, in denen das mit der Unrechtsfolge verknüpfte Verhalten zufällig auch von einer sittlichen Autorität gefordert wird, warum in diesen Fällen die normierende Funktion der Verpflichtung nur von dieser und nicht von dem Rechtssatze ausgehen darf.

In der Darstellung des gegenwärtigen Standes der Lehre von der Rechtspflicht wurde an erster Stelle eine Gruppe von Theoretikern erwähnt, die zwar die Rechtspflicht nicht schlechthin als besonders qualifizierte Moralpflicht gelten, die Statuierung der Rechtspflicht nicht von einer außerrechtlichen Autorität, sondern von der Rechtsordnung ausgehen lassen, die aber insofern zwischen Rechts- und Moralpflicht nicht unterscheiden, als sie die innere Struktur der Rechtspflicht für die gleiche halten wie die der Moralpflicht, indem sie jene ebenso wie diese als einen Zustand realpsychischer Gebundenheit bezeichnen. Daß diese Auffassung, derzufolge auch die Rechtspflicht als Resultat einer Selbstverpflichtung erscheint, konsequenterweise zum Verzicht auf einen von der Moralpflicht selbständigen Rechtspflichtbegriff und somit zu dem Standpunkte jener Theoretiker führen muß, welche die Rechtspflicht nur als rechtlich geschützte Moralpflicht betrachten, wurde bereits oben angedeutet. Hier ist nun mehr die gemeinsame Basis beider Gruppen zu untersuchen: die Auffassung der Rechtspflicht als realpsychischen Zustandes innerer Willensgebundenheit. Die Rechtspflicht erscheint hier als das Endresultat einer Motivation, die ausgeht von der Rechtsordnung. Der Verpflichtungsakt ist hier ein Prozeß psychischen Zwanges, dessen Vorgang sich die Juristen in gleicher Weise denken wie auf dem Gebiete der Moral. Bei KIRCHMANN¹⁾ und neuestens insbesondere bei HOLD von FERNECK²⁾ findet sich eine Analyse dieses Verpflichtungsaktes.

Allein diese Anschauung ist eine unhaltbare, denn in Konsequenz derselben kann überall dort von keiner Rechtspflicht die Rede sein,

1) Vgl. oben S. 315 ff.

2) Vgl. oben S. 319 ff.

wo es an einem solchen Motivationsakte und daher an dem entsprechenden Zustande innerer Willensgebundenheit fehlt, während das unabweisliche Bedürfnis der Rechtswissenschaft auch in solchen Fällen, ja gerade in solchen Fällen die Existenz einer Rechtspflicht fordert und, dem zu Recht bestehenden Sprachgebrauche nach, auch annimmt.

Untersucht man die Rechtsordnung auf ihre motivierende Wirkung hin — die von der hier bekämpften Theorie mit der verpflichtenden Funktion identifiziert wird — so hat man zwischen zwei Gruppen von Subjekten zu unterscheiden: solchen, die ihre Rechtspflichten erfüllen, d. h. so handeln, daß die in der Rechtsordnung auf ein bestimmtes Verhalten gesetzten Unrechtsfolgen auf sie keine Anwendung finden, und solchen, die ihre Rechtspflichten verletzen, d. h. Handlungen oder Unterlassungen setzen, auf welche die Rechtsordnung Unrechtsfolgen in Aussicht stellt.

Was nun die erste Gruppe betrifft, so sei zunächst das rechtmäßige Verhalten dieser Personen in Bezug auf die Unterlassungspflichten geprüft, wie solche z. B. besonders durch das Strafgesetz auferlegt werden. Da muß denn mit Entschiedenheit darauf hingewiesen werden, daß von einem psychischen Zwange, Delikte zu unterlassen, normalerweise, d. h. in der Mehrzahl der Fälle, soweit davon überhaupt die Rede sein kann, keine Spur zu finden ist. Die Pflichterfüllung ist hier nicht so wie bei den Handlungspflichten ein einmaliger Akt, der sich positiv von dem Verhalten des Subjektes abhebt, sondern ein permanenter Zustand, der sich lediglich negativ — durch das Fehlen einer pflichtverletzenden Handlung — charakterisiert. In diesem bei jedem Menschen als regelmäßig anzunehmenden Zustand das Resultat eines dauernden psychischen Zwanges durch die Rechtsordnung zu erblicken, ist unsinnig. Denn die meisten Menschen unterlassen Mord, Diebstahl etc. nicht etwa unter dem Zwange, den die Vorstellung der Unrechtsfolge auf sie ausübt, sondern weil der Trieb zu diesen Delikten in ihnen gar nicht entsteht. Selbst bei verbrecherischen Naturen wird man wohl deliktische Tendenzen nicht als konstant oder der Zeit nach vorherrschend, sondern nur als ausnahmsweise, wenn auch nicht selten auftretend annehmen müssen. Ob nun das Fehlen von deliktischen Trieben, das bei dem einen mehr, bei dem anderen weniger vollständig zu konstatieren sein wird, ein Resultat der Erziehung, des Milieus, der angeborenen altruistischen Disposition u. ä. ist, bleibt hier ohne Bedeutung; es genügt zu konstatieren, daß der in Bezug auf Unterlassungspflichten bestehende Zustand der Pflichterfüllung, der nur mangelnde Pflichtverletzung ist, zum allergrößten Teile nicht

auf einem psychischen Zwang der Rechtsordnung beruht, sondern lediglich auf dem Mangel der zum rechtswidrigen Verhalten führenden Triebe. In allen diesen Fällen bestehen aber Rechtspflichten zur Unterlassung und werden erfüllt, wenn auch nicht die geringste Neigung zu ihrer Verletzung gegeben ist. Subjekt der Rechtspflicht, Mord und Diebstahl zu unterlassen, ist auch derjenige, der keine derartige Handlung auch nur im entferntesten erwägt.

Nur wo der vorhandene Trieb zu einem bestimmten Tun von einem Gegentriebe unterdrückt wird, kann von einem psychischen Akte gesprochen werden, durch den die Unterlassung erzwungen wird; nur in diesem Falle kann ein Kausalzusammenhang von zwingender Ursache und notwendiger Wirkung in Betracht kommen.

Allein, in jenen Fällen, in denen ein derartiger Trieb zu deliktischer Tat faktisch entsteht, muß die Unterdrückung desselben und das damit zusammenhängende pflichtmäßige Verhalten durchaus nicht gerade auf einem Zwange beruhen, der von der Rechtsordnung ausgeht. Bei vielen Menschen werden moralische oder religiöse Motive jenen psychischen Zwang ausüben, der zu einem der Rechtsordnung gemäßen Verhalten führt. Ja, gerade solche Motive werden viel eher geeignet sein, das praktische Verhalten der meisten Menschen zu beeinflussen, da Religion und Moral, die Rücksicht auf die gesellschaftliche Wertschätzung und ähnliche sozialpsychische Momente dem Durchschnittsmenschen viel evidentere sind, als das ihm meist mehr oder weniger unbekanntes Recht. Die Furcht vor der in der Rechtsordnung angedrohten Strafe ist sicherlich nur einer der möglichen Gründe rechtmäßigen Verhaltens, dessen tatsächliche Verbreitung vollständig unkontrollierbar ist. Dies als den einzigen Grund — oder überhaupt einen einheitlichen Grund für die Erfüllung der Rechtspflichten anzunehmen, ist schlechterdings unzulässig, wo es aber doch geschieht, eine grobe, nicht scharf genug zu verdamme Fiktion in des Wortes schlechtesten Bedeutung; denn die bei Charakterisierung dieses Mittels juristischer Begriffsbildung aufgezeigten methodischen Fehler¹⁾ kommen hier aufs deutlichste zum Ausdruck: In der unter dem Kausalgesetz zu betrachtenden Welt des Seins wird etwas als existent angenommen, was notorisch in diesem Sinne nicht besteht. Ganz abgesehen sei hier von der Tatsache, daß eine Fiktion, die das rechtmäßige Verhalten der Subjekte lediglich auf die Furcht vor den Nachteilen der Rechtsordnung (Strafe und Exekution) zurückführt, die Macht der nackten Rechtsordnung zweifellos überschätzt, wenn sie darauf verzichtet, mit einem Faktor

1) Vgl. oben S. 180 ff.

zu rechnen, ohne den überhaupt keine gesellschaftliche Bildung möglich wäre: die angeborene altruistische Disposition des Menschen, sein sozialer Trieb, der ihn den Nebenmenschen fördern und nicht verletzen läßt, der ihn zum ζῶον πολιτικόν macht und der mehr als die Rechtsordnung das friedliche Zusammenleben garantiert.

Der hier geschilderten Fiktion aber machen sich alle Theoretiker schuldig, die als Rechtspflicht den Zustand innerer Gebundenheit bezeichnen, der durch psychischen Zwang seitens der Rechtsordnung ausgeübt wird.

Was nun die zweite Art von Rechtspflicht betrifft, jene zu einem positiven Tun, als deren Typus etwa die Leistungspflichten des Zivilrechtes gelten mögen, so muß dem Gesetze der Kausalität zufolge — und dieses ist hier bei der Betrachtung eines tatsächlichen Verhaltens von Belang — wie für jedes Tun, so auch für das rechtspflichtgemäße eine Ursache und zwar eine psychische Ursache gesucht werden. Aber auch hier kann sich die Beobachtung des Tatsächlichen nicht der Erkenntnis entziehen, daß es nicht ausschließlich oder nur regelmäßig die Rechtsordnung ist, deren Nachteilsdrohungen jenen psychischen Zwang hervorrufen, der zur Pflichterfüllung führt. Seinen zivilrechtlichen Verpflichtungen kommt man sehr häufig nach, ohne überhaupt an das Gesetz zu denken, ja, ohne es zu kennen. Wer seine Schulden bezahlt, tut dies nicht immer, wahrscheinlich sogar nur sehr selten aus Furcht vor Exekution, sondern meist aus Furcht vor gesellschaftlicher Mißachtung, dem Bedürfnisse weiteren Kredites, aus Ehrgefühl, Ehrlichkeit. Man erfüllt so viele Verpflichtungen, die nicht rechtlicher Natur sind, die lediglich auf der Sitte, dem gesellschaftlichen Anstande beruhen; die Motive, die hier wirken, haben auch bei der Erfüllung von Rechtspflichten ihre Geltung.

Die Annahme einer motivierenden Kraft der Rechtsordnung setzt die Kenntnis der Rechtssätze voraus. Die allgemeine Rechtskenntnis ist als Fiktion längst erkannt und dieselbe Fiktion steckt in der Anschauung, derzufolge die mit dem Rechtssatze verbundene subjektive Rechtspflicht in dem Zustande innerer Willensgebundenheit zu erblicken ist, den die Vorstellung des Rechtssatzes zwingend hervorruft.

Faßt man die motivierende Funktion der Rechtsordnung im Verhältnis zu dem tatsächlichen rechtmäßigen Verhalten der Menschen ins Auge — es ist dies eine spezifisch soziologische und nicht juristische Betrachtungsweise — dann muß man konstatieren, daß der Präventionszweck der Rechtsordnung, der nur von diesem Standpunkte aus in Betracht kommt, nicht von so wesentlicher Bedeutung

sein kann, als manche Juristen behaupten, die in Verkennung des rein sozialen Charakters dieses Zweckmomentes dasselbe sogar zum juristisch primären machen. Angesichts des Umstandes, daß der Zweck der Prävention nicht allein von der Rechtsordnung, ja, sogar in viel umfassenderer und wirksamerer Weise von anderen Faktoren verfolgt und erfüllt wird, muß das Wesen der Rechtsordnung nicht so sehr in dieser nur für die soziologische Betrachtung relevanten Funktion, als in der Reaktion gegen das erfolgte Unrecht erblickt werden.

Gerade die Tatsache des Unrechtes aber, die erfolgte Pflichtverletzung muß den heute herrschenden Pflichtbegriff ad absurdum führen. Denn in allen Fällen rechtswidrigen Verhaltens kann offenbar von einer motivierenden Kraft der Rechtsordnung, von einem durch sie ausgeübten psychischen Zwange keine Rede sein! Hier ist für die übliche Fiktion von vornherein kein Raum. Aber auch in diesen Fällen, ja gerade in diesen Fällen ist der Jurist genötigt, die Existenz von Rechtspflichten anzunehmen. Und obgleich ein Mensch, der einen Unrechtstatbestand setzt, durch sein Verhalten dokumentiert, daß jener durch die Vorstellung des Rechtssatzes herbeizuführende Zustand innerer Gebundenheit bei ihm fehlt, so kann dennoch nicht zweifelhaft sein, daß die Person rechtlich verpflichtet war, das rechtswidrige Verhalten zu unterlassen. Weil eine Rechtspflichtverletzung vorliegt, kann die Existenz einer Rechtspflicht nicht in Frage sein und wird auch vom Richter nicht in Frage gestellt. Wie der Begriff einer objektiven Rechtsnorm, deren Wesen in ihrer motivierenden Kraft erblickt wird, den Juristen gerade in dem für ihn wesentlichsten Fall des Unrechts im Stiche läßt, so muß ein Begriff der subjektiven Rechtspflicht, die als realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit betrachtet wird, gerade dann versagen, wenn er seinen formaljuristischen Zweck erfüllen soll: bei der Pflichtverletzung!

Die nicht abzuweisende Konsequenz der Lehre, daß der Akt der Rechtsverpflichtung Motivation (JELLINEK), daß die Rechtspflicht „sozialpsychischer Zwang durch Drohung“ sei (HOLD von FERNECK), ist somit darin gelegen, daß in allen Fällen, in denen ein solcher Zwang durch die Rechtsordnung nicht vorliegt, weil entweder mangels eines Motivs zum rechtswidrigen Verhalten, überhaupt zum Zwang kein Anlaß gegeben ist oder der Zwang von einer anderen Seite als der Rechtsordnung ausgeht, vor allem aber in den Fällen des erfolgten Unrechts, wo die motivierende Kraft der Rechtsordnung versagt, keine Rechtspflicht angenommen werden dürfte. Die Existenz einer Rechtspflicht müßte sich also auf den überaus seltenen Fall des rechtmäßigen Verhaltens aus Furcht vor dem in der Rechtsordnung angedrohten Nachteile beschränken.

Diese Konsequenz ist den Vertretern der hier bekämpften Lehre nicht verborgen geblieben. Und es wurde auch versucht, ihre Bedeutung abzuschwächen. Insbesondere kommen hier die Darlegungen HOLDS von FERNECK in Betracht, der überhaupt als einer der konsequentesten Vertreter der psychologisch-deterministischen Methode innerhalb der Jurisprudenz von Bedeutung ist.

Der Grundfehler dieser Methode wurde wiederholt schon hervorgehoben: Sie bedeutet eine Betrachtung des Seins, ihr Ziel ist letztlich eine Erklärung tatsächlichen Geschehens, sie macht die Rechtswissenschaft zu einer explikativen Disziplin, während diese ihrer Natur nach eine normative ist, nicht das Sein, sondern das Sollen zum Gegenstande hat und niemals auf Erklärung des tatsächlichen Geschehens gerichtet sein darf. Die ganze Theorie des psychologischen Zwanges, die seit FEUERBACH in den verschiedensten Gestalten auftritt, ist eine rein soziologische. Sie beantwortet Fragen, die niemals der Jurisprudenz gestellt werden dürfen, sie erklärt das tatsächliche Verhalten der Menschen, indem sie — in ihrer Anwendung auf den Pflichtbegriff z. B. — die Motive des rechtmäßigen Handelns und Unterlassens, der Pflichterfüllung darlegt. Die Motive des rechtmäßigen Verhaltens sind aber für die juristische Betrachtung irrelevant. Daß sie dabei zur monströsesten Fiktion werden muß, ist hier wiederholt gezeigt worden, denn sie behauptet ein Sein und muß für ein Sollen auslangen, das mit dem Sein sehr häufig differiert, ja, im Grunde genommen, von ihm ganz unabhängig ist!

Wie sehr gerade HOLD von FERNECK die methodisch wichtigste Unterscheidung zwischen Sein und Sollen, explikativer und normativer Disziplin außer acht gelassen, wurde an anderer Stelle durch einige Zitate dargetan. Seine Konstruktion der Rechtspflicht und insbesondere der Versuch, den Widerspruch zu lösen, daß sein Pflichtbegriff im Falle mangelnden Zwanges, insbesondere im Falle der Pflichtverletzung unanwendbar bleibt, sind nur durch seinen methodischen Synkretismus zu erklären, der ihn die richtige Grenze zwischen einer materiellen Soziologie und der formalen Jurisprudenz verlieren läßt.

Nun behauptet wohl auch HOLD von FERNECK, daß der Jurist die Rechtserscheinung nach ihrer formalen Seite hin zu erfassen habe, daß nur formale Konstruktion Aufgabe der Jurisprudenz sei. Allein er irrt in der Grenzziehung zwischen Form und Inhalt. Dieser Gegensatz ist ja, wie bereits früher bemerkt, kein absoluter, sondern nur ein relativer, und was von dem einen Standpunkte als Inhalt erscheint, mag sich vom anderen als Form darstellen. Inhalt und Form sind zwei Kategorien, unter die alle Gegensätze gebracht werden können, und die Einreihung des einen Elementes unter das Prinzip der Form, des anderen unter das Prinzip des Inhaltes bedeutet im

Grunde nichts anderes als die Konstatierung eines vollständigen Gegensatzes zwischen beiden Elementen. Wenn nun hier behauptet wird, daß HOLD von FERNECK die Grenze zwischen Form und Inhalt in Bezug auf die Rechtserscheinung falsch gezogen habe, so ist damit gemeint, daß er prinzipiell gegensätzliche Elemente — und eine Differenz in der Annahme einer Gegensätzlichkeit kann letzten Endes auf der Verschiedenheit der Weltanschauung beruhen — einer Kategorie zugewiesen hat.

Dies aber ist der Fall, wenn HOLD von FERNECK seine gesamte Theorie auf dem Grundsatz aufbaut, daß für die formale Konstruktion das Recht als objektive Macht in Betracht kommt: Darunter versteht er einen realen, sozialpsychischen Faktor, nämlich das Recht als motivierende, psychischen Zwang ausübende, in der Regel, wenn auch nicht ausnahmslos rechtmäßiges Verhalten der Subjekte bewirkende Gewalt, also ein dem Sein Angehöriges, kein bloß Sollendes. Den Gegensatz zum Recht als objektiver Macht konstruiert HOLD von FERNECK im „Recht als subjektive Macht“. Während das erstere nur zu Tage tritt im rechtmäßigen Handeln des Widerstrebenden, der durch die motivierende Kraft der Rechtsordnung bezwungen werden muß, erscheint das Recht in der zweiten Bedeutung als „Rechtsgefühl“, „Rechtsbewußtsein“ im freiwillig rechtmäßig Handelnden ¹⁾.

Allein, schon diese Unterscheidung zwischen freiwilliger und widerstrebender Pflichterfüllung ist unbrauchbar! „Freiwillig“ handelt jeder, auch der Widerstrebende; oder — nach deterministischer Auffassung — keiner, insoferne seine Handlung stets auf ein Motiv — also notwendig — wenn auch immer auf ein eigenes Motiv zurückgeht. Der von HOLD angenommene Gegensatz zwischen „freiwillig“ und „widerstrebend“ besteht nicht. Der Unterschied liegt höchstens im Mangel eines Gegenmotives beim Nichtwiderstrebenden. Aber dieser Mangel eines Gegenmotives muß durchaus nicht immer gegeben sein, wenn jemand nicht aus Furcht vor den in der Rechtsordnung angedrohten Nachteilen rechtmäßig handelt. Die Rücksicht auf andere Nachteile ist ebenso „zwingend“, und auch die angeborene altruistische Disposition, das „Rechtsgefühl“ kann feindliche Triebe zu überwinden haben! So daß auch dort, wo das Recht als subjektive Macht auftritt, ein „Widerstreben“ und damit das von HOLD für das Recht als objektive Macht aufgestellte Kriterium gegeben sein mag.

Erweist sich somit das HOLDSche „Recht als objektive“ und als „subjektive Macht“ von vornherein nicht als Gegensatz, so ist in diesem

1) a. a. O. S. 12 ff.

Verhältnisse noch viel weniger die gegensätzliche Relation von Form und Inhalt zu erblicken. Vielmehr liegt hier nur eine Unterscheidung innerhalb des substantiellen Prinzipes selbst vor. An der Totalerscheinung, die in der Form des Rechtes erfaßt werden soll, ist alles Reale, in der Welt des Seins Wirkende, kurz, der psychische Vorgang — gleichgültig, ob als objektive oder subjektive Macht — ein rein inhaltliches Moment. Das Verhältnis zwischen dem HOLDschen Recht als objektiver und dem Recht als subjektiver Macht ist — weil beides hier einen psychischen Vorgang beinhaltet — nicht der wesentliche, d. h. unter die Kategorien Form und Inhalt fallende Gegensatz an der mit der Form des Rechtes bekleideten Sozialerscheinung. Das Recht als objektive, wie das Recht als subjektive Macht sind ausschließlich Gegenstand der Sozialpsychologie oder Soziologie und wenn HOLD mit bewußtem Nachdrucke immer wieder den psychischen Charakter des Rechtes betont, das Recht ausschließlich als eine Summe von Seelenvorgängen, als psychische Macht betrachtet, dann ist schlechterdings nicht zu begreifen, wie die Rechtswissenschaft als eine von der Soziologie und Psychologie verschiedene Disziplin Bestand haben kann und warum nicht die Lösung juristischer Probleme lieber Psychologen vom Fache überlassen werden soll.

Legt man der juristischen Konstruktion die Betrachtung des tatsächlichen Geschehens zu Grunde, nimmt man also den für die Methode der explikativen Soziologie spezifischen Standpunkt ein, dann muß man zu der für den Juristen völlig unbrauchbaren Auffassung gelangen, derzufolge das Unrecht als eine Ausnahme von der Regel, als eine Anomalie, als etwas Pathologisches erscheint. Daß auch HOLD von FERNECK diese Anschauung vertritt, ist nur eine Konsequenz seiner methodischen Grundlagen. Und sein Pflichtbegriff wird nur verständlich, wenn man seine Auffassung vom Wesen der Pflichtwidrigkeit berücksichtigt, die er als zu vernachlässigende Ausnahme von der Regel der Pflichterfüllung ansieht. Die absolute Unzulässigkeit eines derartigen Standpunktes für die juristische Methode wurde bereits früher¹⁾ eingehend dargetan. Die Konsequenzen dieses methodischen Grundfehlers für die Lehre vom Pflichtbegriffe liegen auf der Hand. Indem HOLD der Jurisprudenz die Aufgabe gestellt glaubt, das der Welt des Seins angehörige faktische Geschehen, das tatsächliche Rechtsleben zu erklären, muß es ihm vor allem darum zu tun sein, einen Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsordnung und dem Verhalten der Menschen aufzuzeigen.

1) Vgl. oben S. 27 ff. u. 51 ff.

Dieses Verhalten kann natürlich nur das rechtmäßige sein, denn nur dieses ist es ja, das im Wege der Motivation, des psychischen Zwanges durch die Rechtsordnung in der Vorstellung der Menschen bewirkt wird. Solcher Wirkung gegenüber kann das Unrecht nur als „Ausnahme“ fungieren. Da HOLD das Wesen des Rechtes in seinem Präventions-Zwecke erblickt, kann er überhaupt nur ein Verhältnis zwischen der Rechtsordnung und dem rechtmäßigen Verhalten der Menschen herstellen, das überdies ein fingiertes bleiben muß; denn er stempelt die bloß mögliche kausale Relation zwischen Rechtsordnung und rechtmäßigem Verhalten zu einer allgemein-notwendigen und das ohne jede empirische Basis, die bei Behauptung eines psychologischen, d. i. naturwissenschaftlichen Zusammenhanges unentbehrlich ist.

In der nur zur Erklärung des rechtmäßigen Verhaltens fingierten Formel des psychologischen Zwanges durch die Rechtsordnung kann die Rechts- oder Pflichtwidrigkeit keinen Platz haben, sie muß im Grunde zur Rechtsordnung ewig verhältnislos bleiben, mit anderen Worten: als „Ausnahme“ gelten.

Dieser explikativ soziologische, für die Jurisprudenz völlig unzulässige Standpunkt ist es, von dem aus HOLD von FERNECK den Versuch machen kann, die Tatsache zu rechtfertigen, daß sein Pflichtbegriff in allen Fällen der Pflichtverletzung keine Anwendung findet. Denn er fordert von seinem Pflichtbegriffe von vornherein nur, daß er das regelmäßige, im Einklang mit der Rechtsnorm stehende Verhalten erkläre, das als Pflichterfüllung anzusehen ist.

Die Pflichtverletzung glaubt er bei der Konstruktion seines Pflichtbegriffes außer acht lassen zu dürfen, da sie nur eine Ausnahme von der Regel der Pflichterfüllung darstellt. Er verweist auf die „generelle“ Natur der Rechtsmacht, die sich nur regelmäßig, nicht ausnahmslos durchzusetzen vermag.

Darin liegt sein methodischer Grundfehler! Ihm ist die Rechtspflicht eine Erscheinung der Massenpsyche; er identifiziert Pflicht mit pflichtmäßigem Verhalten, er untersucht die sozialpsychischen Wirkungen der Rechtsordnung und begnügt sich, regelmäßige Wirkungen derselben auf die Masse der Menschen in einer durch nichts gerechtfertigten Fiktion festzustellen. Allein, ganz abgesehen davon, daß sein Resultat wegen der dabei unterlaufenen Fiktion: Die Rechtsordnung setze sich regelmäßig durch, weil das rechtmäßige Verhalten, die Pflichterfüllung stets auf ihre motivierende Kraft zurückzuführen sei, gerade von dem Standpunkte aus unhaltbar ist, den er selbst gewählt hat: dem psychologisch-soziologischen — ist vor allem die ganze Problemstellung für den Juristen irrele-

vant. Nicht: Warum die Masse der Menschen rechtmäßig handelt — eine Frage, die nur durch eine Fiktion einheitlich beantwortet werden kann — sondern lediglich: Wie sie gemäß der Rechtsordnung handeln sollen, steht für den Juristen in Frage. Die tatsächlichen Seelenvorgänge, welche durch die Rechtsordnung hervorgerufen werden, sind nicht Gegenstand einer normativen Disziplin, und die Aufzeigung ihres kausalen Zusammenhanges, ihre Erklärung ist nicht Sache der Jurisprudenz.

Der Begriff der Rechtspflicht, richtiger der Verpflichtungsakt ist nicht genereller Natur, d. h. er beinhaltet nicht einen regelmäßigen Kausalzusammenhang. Er ist durchaus individueller Natur; und das in mehrfachem Sinne. Denn nicht die Masse ist Subjekt der Rechtspflicht, sondern die Einzelperson. Das Recht kommt für den Juristen nicht in der generellen sozialpsychischen Massenwirkung, nicht in dem regelmäßigen rechtmäßigen Verhalten der meisten, sondern gerade in der Reaktion gegen das Unrecht, in seinem formalen Verhältnisse zum einzelnen Falle der Rechtswidrigkeit in Betracht, wie dies im Rechtssatze im engeren Sinne, dem Willen des Staates, unter gewissen Bedingungen, nämlich im Falle des Unrechtes, über eine bestimmte Person einen „Nachteil“ zu verhängen, zum Ausdruck kommt. Die Frage nach der Rechtspflicht ist für den Juristen gerade dann aktuell, wenn das Unrecht verübt, die Pflicht verletzt ist. Gerade für diesen Fall muß daher der Rechtspflichtbegriff Geltung haben.

Die vollständige Verkennung des normativen Charakters der Jurisprudenz kommt bei HOLD von FERNECK deutlich in der Tatsache zum Ausdruck, daß er die Rechtspflicht ausdrücklich aus der Kategorie des Sollens ausgeschieden haben will und sie unter die kausale, den explikativen Disziplinen eigentliche Form des „Müssens“ einreihet. Bedenkt man, daß die Rechtspflicht durch die Rechtsnorm statuiert wird, und läßt man diese tatsächlich ein „Müssen“ beinhalten, dann wird sich die Grenze verwischen, die gegenüber dem Naturgesetze zu ziehen ist; denn „Müssen“ ist die Formel für einen kausalen, also notwendigen Zusammenhang, und der Ausdruck hierfür das Naturgesetz. Das „Sollen“ ist das Spezifikum der Norm und diese Unterscheidung das Um und Auf aller juristischen Methode. In ihrer Konsequenz muß eine derartige Anschauung zur Identifizierung von Naturgesetzen und Rechtsgesetzen führen oder die Rechtspflicht als Resultat von Naturgesetzen erscheinen lassen. Und tatsächlich findet sich dieser Gedanke in der Literatur — so unglaublich es auch klingen mag. Er ist von HEINZE ausgesprochen, der ja auch in anderer Hinsicht den psychologischen

Pflichtbegriff konsequent durchgeführt hat, und zwar an der bereits früher zitierten Stelle, wo er von den dem sozialen Verbande inwohnenden Lebensgesetzen — also zweifellosen Naturgesetzen — sagt, daß sie es seien, die jenen sittlichen Zwang ausüben, der als Rechtspflicht zu gelten habe. Ein ärgeres Verkennen des Wesens von Norm und Naturgesetz ist wohl kaum denkbar. Die Anschauung, daß durch Naturgesetze Pflichten und gar Rechtspflichten geschaffen werden, bedarf wohl keiner näheren Widerlegung. Im übrigen kann hier auf die Ausführungen des ersten Buches hingewiesen werden.

XII. Kapitel.

Die Anerkennungstheorie.

Die heute herrschende Lehre von der Rechtspflicht als einem realpsychischen Zustande innerer Willensgebundenheit, hervorgerufen durch die motivierende Kraft der Rechtsordnung, hat den Begriff der sittlichen Pflicht unverändert auf das Rechtsgebiet übertragen. Dabei wurde jedoch die große Verschiedenheit nicht berücksichtigt, die zwischen den verpflichtenden Normen des Rechtes und denen der Moral besteht. Während nämlich alle Moral ihrer innern Natur nach autonom ist — und nur für eine autonome Moral kann die Pflicht als ein realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit ausnahmslos aufrecht erhalten werden — ist alles Recht notwendig heteronom. Nur solange man den Grundsatz der Autonomie konsequent festhält und lediglich den eigenen Willen als verpflichtenden Gesetzgeber gelten läßt, kann man auch die Pflicht stets als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit erkennen. Und die Pflicht ist hier nichts anderes als diese Norm selbst, der bewußtgewordene sittliche Trieb, die moralische Willensrichtung.

Schon die Annahme einer heteronomen Moral, einer Summe von Normen, die unabhängig von dem Willen des einzelnen ihn auch gegen seinen Willen verpflichten, macht die Anerkennung einer Pflicht notwendig, die keine innere Willensgebundenheit des Subjektes ist. Inwieweit eine solche heteronome Auffassung der Moral zulässig ist, sei hier unerörtert. Die rein heteronome Natur des Rechtes steht jedenfalls außer Zweifel und kommt gerade darin zum Ausdruck, daß die Rechtssätze auch den verpflichten, der sie nicht befolgen will, ja auch den, der sie gar nicht kennt. Deutlich kommt dieser Unterschied zwischen dem heteronomen Recht und der autonomen Moral im Sprachgebrauche zum Ausdruck, demzufolge als

„unmoralisch“, als „sittenlos“ jener bezeichnet wird, dessen Gewissen keine sittlichen Imperative enthält, der sich außerhalb der Moralordnung gestellt hat, der keine sittlichen Pflichten anerkennt und daher nicht Subjekt solcher Pflichten ist, während der die Rechtsordnung negierende Anarchist niemals als „rechtlos“, das heißt frei von Rechtspflichten, außerhalb der Rechtsordnung stehend gilt. Weil das autonome Sittengesetz eine rein subjektive Existenz führt, weil die Moralnorn nichts anderes ist als die Stimme des Gewissens, die bewußte sittliche Willensrichtung, ist ohne diesen Zustand innerer Willensgebundenheit ein Verpflichtungsakt gar nicht denkbar. Die verpflichtende Rechtsnorm dagegen führt im Gesetze eine durchaus objektive, vom Innern der zu verpflichtenden Subjekte unabhängige Existenz. Der Verpflichtungsakt ist ein objektiver und nach objektiven Kriterien ist zu beurteilen, ob eine Rechtspflicht vorliegt oder nicht. Nur auf die sklavische Analogie zur Moralpflicht ist zurückzuführen, daß ernstlich auch von der Rechtspflicht behauptet wurde, was KANT als wesentliches Merkmal der sittlichen Pflicht aufstellt, daß ihre Erfüllung gegen die Neigung, gegen das natürliche Interesse des Subjektes erfolgen müsse! Wie KANT der Handlung aus Neigung die Handlung aus Pflicht entgegenstellt, das pflichtgemäße Verhalten also nur als Resultat eines Kampfes, einer Selbstüberwindung gelten läßt, so hat HEINZE auch als Charakteristikum der Rechtspflicht „die gänzliche Ungleichartigkeit mit dem persönlichen Bedürfnis und Interesse“¹⁾ behauptet. Und nicht anders ist die Lehre HOLDS zu beurteilen, daß Rechtspflicht nur der Zwang im Widerstrebenden sei; ja, HOLD beruft sich hiebei ausdrücklich auf die KANTSche Auffassung von der Pflicht. Bedarf es wirklich besonderer Konstatierung, daß es zahlreiche Rechtspflichten gibt, deren Erfüllung durchaus dem Interesse, der Neigung und den Bedürfnissen des Subjektes entspricht? Von vielen nur eine: Die politische Wahlpflicht! Kann nicht jede konkrete Rechtspflicht auch im Interesse des Verpflichteten stehen und soll sie tatsächlich aufhören Rechtspflicht zu sein, wenn sie nicht mehr seiner Neigung widerspricht? In Wahrheit bedeutet solche Anschauung die Negierung einer selbständigen, von der sittlichen Pflicht unabhängigen Rechtspflicht.

Die kritiklose Übertragung des Moralpflichtbegriffes auf das Rechtsgebiet hat auch zu einer allgemein verbreiteten irrigen Ansicht über das Verhältnis zwischen Rechtsnorm und Rechtspflicht geführt; man ist nämlich gewohnt, beide als durch einen Kausalnexus verbunden anzusehen und betrachtet den Rechtssatz als Ursache.

1) Vgl. oben S. 322.

die Rechtspflicht als dessen Wirkung. Nun zeigt sich zwar die autonome Moralnorm als identisch mit der bezüglichen sittlichen Pflicht. Es ist hier nicht möglich, Norm und Pflicht als zwei selbständige Tatsachen voneinander zu unterscheiden. Vielmehr beinhalten beide Bezeichnungen dasselbe, nur daß der Sprachgebrauch mit „Pflicht“ die Beziehung auf das einzelne Subjekt, mit „Norm“ das Postulat der allgemeinen Geltung zum Ausdrucke bringt. Doch sind Norm und Pflicht nur verschiedene Namen für den durch eine sittliche Willensrichtung charakterisierten Zustand innerer Gebundenheit. Bei der Rechtsnorm, die eine objektive Existenz führt, war die Identität mit der korrespondierenden Rechtspflicht — wenn man diese nach Analogie der Moral als Zustand innerer Willensgebundenheit auffaßte — nicht durchführbar. Die objektive Norm und die subjektive Pflicht waren etwas total Verschiedenes; wollte man überhaupt eine Relation zwischen beiden erblicken, konnte es nur die von Ursache und Wirkung sein. Daß solches lediglich im Wege einer Fiktion herzustellen ist, wurde bereits gezeigt. Hat man jedoch den Fehler erkannt, der in der Auffassung der Rechtspflicht als eines realpsychischen Zustandes liegt, dann ist für eine richtige Erkenntnis des Verhältnisses zwischen Rechtssatz und Rechtspflicht und damit zugleich des Wesens der letzteren der Weg gebahnt. Von der Tatsache ausgehend, daß jeder Rechtssatz seinem Wesen nach eine Rechtspflicht statuiert und daß diese Eigenschaft ihm immer und ausnahmslos anhaften muß, ist Pflicht und Norm wie auf dem Gebiete der Moral, so auch auf dem des Rechtes als Einheit anzusehen. Damit ist insbesondere die Anschauung jener zurückgewiesen, welche die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand und kausale Wirkung des Rechtssatzes nur regelmäßig, nicht ausnahmslos mit dem letzteren verbunden sein lassen. Von einer subjektiven Rechtspflicht kann neben dem objektiven Rechtssatze nur insoferne die Rede sein, als damit dessen Subjektivierungsfähigkeit, d. h. seine Anwendbarkeit auf ein konkretes Subjekt zum Ausdrucke kommt. Dadurch wird der objektive, für alle geltende Rechtssatz zur subjektiven Rechtspflicht eines einzelnen: daß er auf diesen einzelnen angewendet werden, daß über den einzelnen, wenn er die im Rechtssatze ausgesprochenen Bedingungen setzt, jener Nachteil verhängt werden kann und soll, den der Rechtssatz als Willen des Staates beinhaltet. In dieser Anwendbarkeit auf ein konkretes Subjekt, in dieser Fähigkeit zur Subjektivierung ist die Lösung des Problems gegeben: aus dem objektiven Rechtssatze die subjektive Rechtspflicht ab-

zuleiten, genauer: den Rechtssatz als Rechtspflicht zu begreifen.

Nunmehr erhellt auch der innere Zusammenhang, der zwischen der Verpflichtungsfähigkeit und der logischen Form des Rechtssatzes besteht. Der Rechtssatz muß eine Anwendungsklausel enthalten! Und schon darum ist der nackte, das rechtmäßige Verhalten fordernde Imperativ eine durchaus ungeeignete Formel, denn ein: „Tötet nicht, zahlet eure Schulden“ usw. enthält wohl eine subjektive Befolgungsmöglichkeit, bietet aber keine spezifische Anwendungsmöglichkeit und läßt somit das Problem ungelöst, wie aus der objektiven Rechtsnorm die subjektive Rechtspflicht werden kann. Diese Forderung erfüllt in befriedigender Weise allein jene Formel, derzufolge der Rechtssatz als hypothetisches Urteil erscheint, das den Willen des Staates enthält, über denjenigen, der einen bestimmten Tatbestand setzt, einen Nachteil zu verhängen.

Schon in einem vorangehenden Kapitel wurde gezeigt, daß die Lehre, der Rechtssatz sei Imperativ, darauf zurückzuführen ist, daß man die Form des Sittengesetzes ohne weiteres für die Rechtsnorm akzeptierte. Dieser Vorgang steht in innigem Zusammenhange mit der Identifizierung von Rechtspflicht und Moralpflicht und findet seinen Ausdruck in dem Grundsatz der Imperativtheorie: Ohne Imperativ keine Pflicht. Daß dieser Grundsatz für das Gebiet der Moral nicht unrichtig sein kann, ist zweifellos. Die Moralnorm findet im Imperativ ihre adäquate logische Ausdrucksform. Die Gründe hierfür wurden bereits des näheren dargetan. Tatsächlich ist es der sittliche Imperativ der Moral, der allein und an sich mit jenem Zustande der Willensgebundenheit auftritt, der auch als Pflicht bezeichnet wird. Doch dies ist nur deshalb der Fall, weil der Imperativ der Moralnorm ein autonomer, d. h. schon an und für sich nur der Ausdruck jener Willensrichtung ist, die man als Pflicht fälschlich für seine Wirkung hält. Nur darum ist auf dem Gebiete der Moral der Imperativ eine entsprechende Ausdrucksform für den Verpflichtungsakt, weil er hier von eben dem Subjekt ausgeht, an das er gerichtet ist. Ein heteronomer Imperativ jedoch, wie es die Rechtsnorm sein müßte, wäre der Imperativ tatsächlich ihre Sprachform, kann niemals imstande sein, für sich allein jenen Zustand innerer Willensgebundenheit herbeizuführen, der von der herrschenden Lehre und insbesondere den Imperativtheoretikern als Rechtspflicht bezeichnet wird. Denn selbst wenn man unter Außerachtlassung aller methodischen Bedenken schon ein allgemeines Bewußtsein von der Rechtsnorm präsumiert (richtiger fingiert), ohne welches ja eine Motivation — also im Sinne der herrschenden Lehre der Verpflichtungsakt —

seitens des Rechtsimperatives nicht möglich ist, ist noch immer kein zureichender Grund dafür gegeben, daß der vorgestellte „Wille“ des Staates, der nichts anderes enthält als den nackten Befehl des rechtmäßigen Verhaltens, zum eigenen Willen des Adressaten, daß eine Unterordnung unter den „Willen“ des Staates herbeiführt werden muß. Daß insbesondere auch die Berufung auf die spezifische Provenienz des Rechtsimperativs: die Autorität des Staates, keinen hinreichenden Grund schafft, wurde bereits dargelegt, indem gezeigt wurde, daß eine solche Antwort eine *petitio principii* bedeutet, da der Begriff der Autorität das voraussetzt, was durch ihn begründet werden soll: die motivierende Wirkung, und daß somit die Frage nach dem Grunde der motivierenden Wirkung der Rechtsnorm (die den Staatswillen enthält) identisch ist mit der Frage nach dem Wesen der Staatsautorität.

Betrachtet man als die logische Form der Rechtsnorm den Imperativ, dann ist es unvermeidlich, zur Herbeiführung jenes Resultates, das man als Verpflichtung kennzeichnet, nämlich der inneren Willensgebundenheit des Subjektes, zur tatsächlichen Realisierung einer Motivation seitens der Rechtsnorm noch einen anderen Akt anzunehmen, durch welchen der im Imperativ enthaltene „Wille“ des Staates zum Willen des Subjektes wird, einen Akt, durch den sich das Subjekt dem Rechtssatze unterwirft. Dieser Akt ist die Anerkennung der Rechtsnorm als solcher und die Verwendung dieses Begriffes bei der Konstruktion der Rechtspflicht, des rechtlichen Verpflichtungsaktes ist — eben im Zusammenhange mit der Imperativtheorie — in der heutigen Jurisprudenz eine allgemeine. Die Imperativtheorie findet ihre notwendige Ergänzung in der Anerkennungstheorie.

In der „Anerkennung“ muß — faßt man die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit auf und betrachtet man den Rechtssatz als Imperativ — das Hauptmoment der Rechtsverpflichtung erblickt werden, da ohne dieselbe der — selbst vorgestellte — Imperativ nicht als verpflichtende Norm gelten kann. „Die Anerkennung des allgemeinen Willens“, sagt JELLINEK¹⁾, „durch die Gemeinschaft ist sein letzter formaler Grund; und diese Anerkennung kann nur darin bestehen, daß man sich durch denselben verpflichtet hält.“ Da diese Anerkennung, wie immer man sie sich auch denken mag, vom Subjekte selbst ausgeht, ist der Verpflichtungsakt, der mit ihrer Vermittlung konstruiert wird, als Selbstverpflichtung zu betrachten. Damit ist aber für das Recht die vollkommenste Analogie

1) Die rechtliche Natur der Staatenverträge. S. 13.

zur Moral hergestellt, auf deren Gebiet, wie bereits früher dargetan, bei dem Verpflichtungsprozeß überall dort ein Anerkennungsakt zu konstatieren war, wo die Moralnorm objektiviert erfaßt wurde¹⁾.

Die Anerkennungstheorie nimmt in der heutigen Rechtswissenschaft eine völlig unangefochtene Stellung ein. Es gibt kaum einen Theoretiker, der sich ihrer zum Zwecke juristischer Konstruktion nicht bei der einen oder anderen Gelegenheit bedienen würde. Von keinem wurde ihre juristische Berechtigung je in Frage gestellt, nur daß man mitunter als Bezeichnung für den spezifischen Akt des Subjektes an Stelle des Terminus „Anerkennung“ den der „Achtung“, „Billigung“, „Unterwerfung“ u. ä. wählte. Doch bleibt es für das Wesen der fraglichen Theorie bedeutungslos, ob sie als Anerkennungs-, als Achtungs-, Billigungs- oder Unterwerfungstheorie auftritt.

Alle diese ihrer inneren Natur nach wesensgleichen Theorien, die hier schlechtweg unter dem Schlagworte der gangbarsten, der Anerkennungstheorie, abgehandelt werden sollen, bedeuten im Rahmen der Rechtswissenschaft einen der größten methodischen Irrtümer dieser an Irrungen nicht armen Disziplin.

Der Anlaß, die Anerkennungstheorie zur Anwendung zu bringen, ist — wie schon aus der bisherigen Darstellung hervorgeht — in der Konstruktion der Rechtspflicht gegeben. Allerdings ist es zumeist nicht das Problem in dieser juristischen Prägnanz und Begrenztheit, zu dessen Lösung die erwähnte Theorie herangezogen wird, und die strenge Beschränkung auf Feststellung dessen, was die Rechtspflicht ist, hätte möglicherweise manche Verirrung erspart. Die Frage, bei deren Beantwortung der „Anerkennungsakt“ heute eine scheinbar unvermeidliche Rolle spielt, ist regelmäßig auf den Grunde der verpflichtenden Kraft des Gesetzes oder den Geltungsgrund des Rechtes gerichtet²⁾.

Um nun die Bedeutung zu würdigen, die der sogenannten Anerkennung zukommt, muß zunächst festgestellt werden, welchen Sinn die eben konstatierte Fragestellung haben kann. Gemäß der schon früher erwähnten Doppelbedeutung des Terminus „Geltung“, zeigt auch das gegenständliche Problem einen Januskopf. Die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtssatzes oder dem Grunde der verpflichtenden Kraft der Rechtsordnung — die gleichbedeutend ist mit der Frage nach dem Wesen des Rechtes überhaupt — kann in einem zweifachen Sinne gestellt werden. Man kann damit fragen: Warum werden die Sätze des positiven Rechtes von den Subjekten der Rechtsgemeinschaft tatsächlich befolgt resp. angewendet? Oder man kann fragen: Warum sollen die Rechtssätze befolgt, resp. angewendet werden?

1) Vgl. oben S. 314.

2) So. z. B. bei BIERLING und SCHLOSSMANN.

Was die erste Fragestellung anlangt, so ist dieselbe, wie sofort zu erkennen, keine juristische. Denn sie richtet sich auf das Motiv des rechtmäßigen Verhaltens, hat kausale Erklärung zum Zwecke, ist somit psychologischer resp. soziologischer Natur. Nur wer den rein normativen Charakter der Jurisprudenz verkennt, kann von der Beantwortung einer solchen Frage ein juristisch relevantes Resultat erwarten. Denn die „Geltung“ einer Rechtsnorm besteht nicht in ihrem tatsächlichen Befolgt- und Angewandtwerden; und nur wer die Rechtsnorm als Regel faktischen Geschehens erfaßt, mag das Bedürfnis nach einem derartigen „Grunde“ haben.

Die Geltung der Rechtsnorm — und darin ist gerade ihr normativer Charakter gelegen — besteht darin, daß sie befolgt, resp. angewendet werden soll. Und insofern kann die eingangs erwähnte Fragestellung auch den Sinn haben: Warum soll der Rechtssatz befolgt und angewendet werden?

Allein, diese Fragestellung scheint zunächst, widersinnig zu sein. Denn im Begriffe der Rechtsnorm liegt von vornherein, daß sie befolgt, resp. angewendet werden soll. Die Vorstellung des Rechtssatzes als „Norm“ enthält schon diese Qualifizierung des Befolgt- und Angewendetwerden-sollens; so daß die Fragestellung etwa bedeutete: Warum soll ein Satz, der befolgt werden soll, befolgt werden?

Zu solchem Resultat kann man jedoch nur dann gelangen, wenn man den Normcharakter des Rechtssatzes voraussetzt, die Rechtsnorm keiner anderen höheren Norm unterstellt. Nimmt man aber den normativen Charakter des Rechtssatzes nicht als eine selbständige, unabhängige, nicht weiter ableitbare Qualität an, dann kann die Frage, warum ein Rechtssatz befolgt werden soll, die Bedeutung annehmen, daß nach der allgemeineren, höheren, dem Rechtssatze übergeordneten Norm gefragt wird, derzufolge das rechtssatzmäßige Verhalten geboten, gesollt erscheint. Eine solche Fragestellung muß von der Annahme einer über der Rechtsordnung stehenden, normativen Ordnung ausgehen: etwa der Moral oder Religion, und hat den Zweck, die ethische oder religiöse Rechtfertigung der Rechtsordnung zu bewerkstelligen. So widersinnig die Frage nach einem Rechtsgrunde der Rechtsordnung sein muß, so berechtigt ist eine solche nach dem sittlichen Grunde derselben. Und der Moralphilosoph mag eine solche Frage immerhin stellen; er ist bei ihrer Beantwortung nur an die Normen seiner Moral gebunden; es steht ihm völlig frei, von seinem Standpunkte aus die Frage, ob konkrete Rechtssätze befolgt werden sollen oder nicht, ob sie sittlich gerechtfertigt sind, mit Rücksicht auf ihre materielle Übereinstimmung mit den Sittengesetzen zu bejahen oder zu verneinen.

Anders der Jurist. Ihm ist unverrückbare und außer aller Diskussion stehende Voraussetzung, was der Moralphilosoph erst kritisch zu entscheiden hat: die normative Natur des Rechtssatzes. Die Erkenntnis, daß ein Rechtssatz einem Sittengesetze widerstreitet, kann für den Juristen an der Tatsache nichts ändern, daß er auch diesen Satz als Norm anerkennt, d. h. sein Befolgt- und Angewendet-werden-sollen nicht bezweifelt. Ein gegenteiliges Verhalten hieße für den Juristen, den Zweig selbst absägen, auf dem er sitzt. Das Zurückgreifen auf eine höhere Moraordnung bedeutete das Aufgeben einer selbständigen Rechtsordnung, den Verzicht auf eine unabhängige Rechtswissenschaft und deren spurloses Aufgehen in der Ethik. Nach dem materiellen Geltungsgrunde der Rechtsordnung darf der Jurist nicht fragen. Nur formal kann die Frage sein, die der Jurist zu stellen befugt ist; nicht der Grund, das Warum, sondern nur das „Wie“ ist es, das der Jurist festzustellen hat. Seine Frage lautet: Welches sind die Sätze, die als Rechtssätze von den Organen des Staates angewendet, von den Untertanen befolgt werden sollen? Woran sind diese Sätze zu erkennen? Welches ist ihre logische Form?

So zeigt sich, daß die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes in jeder der beiden möglichen Bedeutungen juristisch irrelevant ist. Denn sie ist entweder auf das Motiv rechtmäßigen Verhaltens gerichtet und als solche ein psychologisches, der Soziologie angehöriges Problem, oder sie bezweckt moralische Rechtfertigung und findet als solche nur in der Ethik Platz.

Dennoch wird diese Frage immer wieder von Juristen gestellt und immer wieder glaubt man die Rechtswissenschaft dazu berufen, diese Frage zu beantworten. Es ist selbstverständlich, daß die Jurisprudenz aus eigenen Mitteln diese Frage nicht beantworten kann, da ihr einerseits die naturwissenschaftliche Methode fehlt, zu erklären, warum etwas tatsächlich geschieht, und sie andererseits nicht imstande ist, sich gleichsam auf ihre eigenen Schultern zu stellen, um von einem höheren als ihrem eigenen Standpunkte aus ihre Normen zu beurteilen. Das Resultat, zu welchem die methodische Ungeheuerlichkeit führt, eine psychologische und eine ethische Frage im Rahmen der formalen Jurisprudenz zu beantworten, ist, wie wir in analogen Fällen schon so oft konstatieren konnten: eine Fiktion; und diese Fiktion ist die Anerkennung.

Ebenso doppelstimmig wie die Fragestellung nach dem Geltungsgrunde des Rechtes kann die Antwort darauf sein, welche die Theorie gibt, daß der Grund der Geltung, der verpflichtenden Kraft des Rechtssatzes in der Anerkennung desselben seitens der Rechtssubjekte

gelegen sei. Diese Theorie kann nämlich ein psychisches Motiv für das rechtmäßige Verhalten, das tatsächliche Befolgen der Rechtssätze aufzeigen wollen; sie kann aber auch den Zweck verfolgen, eine ethische Rechtfertigung der Rechtssätze zu liefern. Doch findet sich bei den Vertretern der Anerkennungstheorie keine scharfe Trennung des psychologischen und ethischen Momentes, was bei der üblichen Methodenlosigkeit nicht zu verwundern ist. Regelmäßig soll die Fiktion der Anerkennung sowohl der Erklärung als der Rechtfertigung dienen, ohne daß sich die Theoretiker der grundverschiedenen Bedeutung beider Operationen bewußt wären. Das hängt vor allem mit der herrschenden Vorstellung von der Pflicht zusammen, die man sich als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit denkt. Da soll dann die „Anerkennung“ einerseits zwischen der Vorstellung der Rechtsnorm, die an sich keine motivierende Kraft hat, und dem Willen des zu verpflichtenden Subjektes vermitteln und so die kausale Verknüpfung zwischen der Rechtsordnung und dem als „Rechtspflicht“ geltenden Zustande der Willensgebundenheit herstellen, d. h. aber nichts anderes als den normgemäßen Willen und somit das rechtmäßige Verhalten erklärend auf die Rechtsordnung zurückführen. Andererseits geht man allgemein von der Vorstellung aus, daß nur die anerkannte Norm verbindlich sein könne, indem man der Selbstbindung des Willens, dem Prinzip der Autonomie als solchem eine letzte, nicht mehr ableitbare normative Funktion zuschreibt, deren moralische Natur offenkundig ist.

Zur Illustration des Gesagten seien hier die bereits zitierten Ausführungen JELLINEKS¹⁾ über den Begriff der Rechtspflicht und seine Auffassung der Anerkennungstheorie herangezogen. Die geschilderte Verbindung des psychologischen und ethischen Momentes tritt hier deutlich zu Tage, wo der Akt der Rechtsverpflichtung als Motivation aufgefaßt und in ausdrücklich hervorgehobener Analogie zur Autonomie der Moral alle Verpflichtung nur als Selbstverpflichtung betrachtet wird. Der Akt der Anerkennung, „die das Recht zum Rechte macht“, die „der letzte formale Grund“ der Rechtsordnung ist, gibt hier einerseits dem rechtlichen Verpflichtungsakt die ethisch allein verbindliche Form der Selbstverpflichtung und bildet andererseits ein notwendiges psychisches Mittelglied in dem Kausalnexus zwischen der vorgestellten Rechtsnorm und der als Rechtspflicht betrachteten Willensbindung.

Auch die bereits in anderem Zusammenhange zitierten Ausführungen SCHLOSSMANN'S²⁾ haben dargetan, daß die von ihm auf-

1) Vgl. oben S. 318 ff.

2) Vgl. oben S. 324 ff.

geworfene Frage nach dem „Geltungsgrunde der Quellen des positiven Rechtes“ vornehmlich auf eine ethische Rechtfertigung hinausläuft, wenn er sie ausdrücklich in der Form aufstellt, ob die in den positiven Rechtsquellen (Gesetz und Gewohnheit) enthaltenen Imperative auf Befolgung rechtmäßigen Anspruch haben, ob sie von einer Macht herrühren, die befehlen und verbieten darf. Das subjektive Gefühl der Billigung oder Mißbilligung, von dem SCHLOSSMANN die Entscheidung dieser Frage abhängig macht, ist nicht wesentlich verschieden von der „Anerkennung“. Und wenn er schließlich als eigentliche Quelle der Rechtspflicht das „Rechtsgefühl“ hinstellt, so ist das ethische und psychische Moment der Selbstverpflichtung wie bei der Anerkennungstheorie gegeben, nur daß der psychische Vorgang hier durch das Gefühl der Billigung vermittelt wird.

Wie sehr die „Achtungsgefühle“ KIRCHMANNS ihrem Wesen nach mit der „Anerkennung“ übereinstimmen, zeigen die früher angeführten Stellen¹⁾ auf den ersten Blick. Da diese „Achtung“ vor allem den Zweck hat, zwischen dem Ich und der von KIRCHMANN ursprünglich heteronom gedachten Autorität eine Identität herzustellen, sollen sie ebenso wie die „Anerkennung“ den rechtlichen Verpflichtungsakt als eine Selbstverpflichtung erscheinen lassen und somit ethisch rechtfertigen, dabei aber auch den psychischen Zustand der Willensgebundenheit erklären.

Als der hervorragendste Vertreter der Anerkennungstheorie, nicht etwa, weil er sie geschaffen, sondern weil er sie dogmatisch am gründlichsten entwickelt hat, ist BIERLING anzusehen²⁾. Auch hier ist „der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes“ das Problem, zu dessen Lösung die fragliche Theorie herangezogen wird.

BIERLING erklärt, daß die Formel: Recht ist Staatswille, Gotteswille, Volksüberzeugung keine genügende Antwort auf die Frage nach dem Grunde der verpflichtenden Kraft des Gesetzes sein könne, daß vielmehr noch ein Faktor hinzukommen müsse. Faßt man, wie BIERLING, die Rechtspflicht als Willensgebundenheit auf, dann ist tatsächlich mit der Formel: Staatswille, noch durchaus nicht die Entstehung dieses psychischen Zustandes erklärt. Damit ist aber schon die juristisch irrelevante Problemstellung BIERLINGS erwiesen. Er sagt ausdrücklich — als Gegenargument gegen die Ansicht, daß der Begriff der Macht genüge, um die verpflichtende Funktion der Rechtsordnung zu konstruieren — daß dieser Begriff nicht zureiche, „um die Tatsache des Rechts- und Pflichtgefühles zu erklären“³⁾.

1) Vgl. oben S. 315 ff.

2) Vgl. vor allem dessen Schrift: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I. ferner: Juristische Prinzipienlehre. I.

3) Kritik S. 65.

Das ist aber eine rein psychologische, auf Erklärung eines psychischen Geschehens gerichtete Fragestellung, wie solche in der normativen Jurisprudenz keinen Platz finden kann.

Diese von Grund aus verfehlte Fragestellung führt dann auch zu einem Resultate, das in seiner methodischen Unhaltbarkeit umso betrübender wirkt, als es von einem Autor herrührt, der auf dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre zu den bedeutendsten Erscheinungen der neueren Zeit gezählt werden muß. Was ist nämlich unter der Anerkennung zu verstehen, die zum objektiven Rechte hinzutreten muß, damit dieses seine verpflichtende Kraft erhalte?

Zunächst sei festgestellt, was der allgemeine Sprachgebrauch unter dem Worte „Anerkennen“ versteht. Ein Doppeltes: Es kann damit im ursprünglichen Sinne des Stammwortes „erkennen“ eine Tätigkeit des Intellekts bezeichnet werden, durch welche dem von einem anderen gefällten Urteil als einem richtigen beigepflichtet wird. So wird die „Anerkennung“ insbesondere im Sprachgebrauche des Rechtslebens als Erklärung aufgefaßt, daß die von einem anderen, dem Prozeßgegner, z. B., aufgestellte Rechtsbehauptung richtig sei. In diesem Sinne ist die Anerkennung ein Urteil über die Wahrheit eines anderen Urteiles.

Doch kann unter Anerkennung auch eine Tätigkeit des Willens, ein Willensakt verstanden werden. Dies ist dann der Fall, wenn sie sich auf einen an das Subjekt ergangenen Befehl, auf einen an seinen Willen gerichteten Appell bezieht. Sie bedeutet dann die Unterordnung des eigenen Willens unter einen fremden, sie ist der Beschluß, so zu handeln, wie das anerkannte Gebot es vorschreibt.

Dabei muß hervorgehoben werden, daß das „Anerkennen“ in jeder der beiden Bedeutungen stets ein Kennen dessen voraussetzt oder einschließt, das anerkannt werden soll. Es scheint mit Rücksicht auf manche Ausschreitungen der juristischen Anerkennungstheorie nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, daß es unmöglich ist, etwas anzuerkennen, ohne es zu kennen.

Sieht man nun näher zu, was die Vertreter der juristischen Anerkennungstheorie unter dem fraglichen Terminus verstanden wissen wollen, wird man sich vergeblich bemühen, eine positive, präzise Definition zu finden. Vielmehr erhält man — und das fällt auch insbesondere bei BIERLING auf — meist nur Aufklärungen darüber, was alles unter Anerkennung nicht zu verstehen sei. Diese Negativität des Resultates erklärt sich leicht daher, daß irgendein positiver psychischer Akt, der eine Anerkennung der Rechtsordnung bedeutet, bei jedem zu verpflichtenden Subjekte umso schwerer nachzuweisen sein dürfte, je bestimmter dieser Akt qualifiziert ist, je deutlicher er sich als

ein individueller, konkreter Vorgang des Willens oder Intellektes darstellt. Die fiktive Natur dieses ganzen Prozesses zeigt sich schon in der Vagheit und Verschwommenheit des Bildes, das die Theoretiker von ihm geben. Als typisches Beispiel sei hier die Darstellung BIERLINGS angeführt. Er läßt wohl an einer Stelle¹⁾ den Leser vermuten, daß unter Anerkennung eines Subjektes ein Willensakt und zwar „ein nicht auf den einzelnen Fall beschränktes Indienststellen des Willens seitens des Willensinhabers unter den Willen des Dritten“ zu verstehen sei. Allein, das resümierende Endresultat, das BIERLING zieht, läßt diese Vermutung wieder als irrig erscheinen. Er sagt: „Ich habe mich ausdrücklich dagegen verwahrt, daß bei dem Worte Anerkennung immer an ein ‚bewußtes Wollen‘ oder eine ‚Überzeugung‘ zu denken sei. Auch die unfreiwillige Anerkennung ist noch Anerkennung und zwar umfaßt dieselbe nicht nur die abgenötigte, erzwungene, sondern auch die unbewußte, unwillkürliche Anerkennung“²⁾. Daß derartige Einschränkungen noch irgendeinen psychischen Vorgang seitens des anerkennenden Subjektes übrig lassen, muß stark bezweifelt werden. Denn die Anerkennung ist keine Tätigkeit des Willens — ausdrücklich wird eine ungewollte Anerkennung für zulässig erklärt —; auch eine Äußerung des Intellektes braucht sie nicht zu sein. Wie man sich aber diesen unbewußten und ungewollten Akt der Anerkennung dann noch zu denken hat, bleibt unerfindlich. Aber auch dagegen erklärt sich BIERLING — und JELLINEK hat sich ihm hierin angeschlossen — daß unter Anerkennung ein einmaliger vorübergehender Akt zu verstehen sei. Vielmehr will er dieselbe als ein „dauerndes, habituelles Verhalten in Beziehung auf die betreffenden Rechtsgrundsätze“³⁾ aufgefaßt wissen. Wie der psychische Zustand, der diesem habituellen Verhalten zu Grunde liegen muß, des näheren zu qualifizieren ist, aus welchen psychischen Einzelakten er sich zusammensetzt, das kann man von allen denen, die mit dem Schlagworte Anerkennung operieren, nicht erfahren.

Ob nun die Anerkennung als vorübergehender Einzelakt oder als dauernder, habituellem Zustand zu denken ist — jedenfalls muß sie als reale, psychische Tatsache gelten, die im Seelenleben der zu verpflichtenden Subjekte ihren Platz hat. Daß die Existenz einer derartigen, der Welt des Seins angehörenden Tatsache bei den die Rechtsgemeinschaft bildenden Menschen ebenso wie etwa das Vorkommen bestimmter körperlicher Eigenschaften bei gewissen Menschengruppen nur auf Grund empirischer Untersuchung behauptet werden kann ist selbstverständlich. Welches ist aber der Weg, den die Juristen

1) a. a. O. S. 51.

2) a. a. O. S. 81/82.

3) a. a. O. S. 82.

zum Beweise der von ihnen behaupteten „Anerkennung“ einschlagen? Es ist wiederum das Schulbeispiel einer Fiktion, das die übliche Methode in diesem Falle liefert.

Diese Fiktion wird deutlich zu Tage treten, wenn man an die Anerkennungstheorie eine Reihe von präzisen juristischen Fragen richtet, die über die näheren Umstände dieses tatsächlichen Vorganges Aufschluß fordern und zwar: Von wem geht die Anerkennung aus? Von allen Rechtssubjekten ohne Unterschied des Alters, Geschlechtes der Willensfähigkeit? Ist die Anerkennung aller oder nur eines Teiles erforderlich? Wenn Majorität, welcher Art ist diese Majorität und wie kann sie konstatiert werden? Wie ist das Verhalten des Rechtsverletzers zu qualifizieren? Erfolgt das Unrecht mit oder ohne Anerkennung des verletzten Rechtssatzes? Worauf ist die Anerkennung gerichtet? Auf jeden einzelnen Rechtssatz, auf die Rechtsordnung als Ganzes oder auf andere Normen als die des positiven Rechtes? Wie verhält sich die Anerkennung zur Rechtskenntnis?

Was zunächst den Inhalt der Anerkennung betrifft, so erklärt BIERLING — dessen Darstellung der Anerkennungstheorie in vieler Hinsicht als typisch gelten kann — daß dieselbe nicht auf jeden einzelnen Rechtssatz gerichtet sein müsse. Es genüge vielmehr die Anerkennung der allgemeinen Norm, daß Staatsgesetze binden sollen. „Ist nur der eine Satz anerkannt, daß Anordnungen gewisser Personen im Staate die Volksgenossen binden sollen, so sind eben damit alle nachfolgenden Anordnungen dieser Art solange mit anerkannt, als jener eine Satz anerkannt ist. Umgekehrt muß derjenige, der irgendeine einzige dieser Anordnungen als Recht in Anspruch nimmt, regelmäßig also auch den Grund anerkennen, aus welchem er sie allein in Anspruch nehmen kann“¹⁾. Nun ist schon hier einzuwenden, daß, wenn überhaupt eine Anerkennung seitens des Subjizierten für nötig erachtet wird, um den Gesetzen verbindliche Kraft zuzuerkennen, eine Anerkennung des vorbezeichneten Inhaltes kaum ihren Zweck einer sittlichen Rechtfertigung erfüllen und auch faktisch niemals erfolgen dürfte. Denn diese Bianco-Anerkennung aller Staatsgesetze ist materiell tatsächlich keine Anerkennung mehr, hat nur eine rein formelle Bedeutung. Die bedingungslose, von vornherein erfolgende Zustimmung zu allen wie immer gearteten Normen des Staates bedeutet tatsächlich einen Verzicht auf jede Anerkennung. Die Notwendigkeit einer Anerkennung der Rechtsnorm seitens der zu Verpflichtenden kann doch nur den Sinn haben, daß sich Rechtsnormen gegen den Willen, die Überzeugung, das Rechtsgefühl etc. der Subjizierten nicht durchzusetzen ver-

1) Vgl. a. a. O. S. 135/136.

mögen. Wie darf dann aber durch die Anerkennung dem Staate eine Blankettermächtigung gegeben werden, alle Normen, also auch solche verbindlich zu erlassen, die gegen den Willen, die Überzeugung, das Rechtsgefühl etc. derjenigen sind, ohne deren Anerkennung diese Normen unverbindlich bleiben?

Eine solche Anerkennung, wie sie BIERLING aus dem Grunde angenommen hat, weil er selbst die Unmöglichkeit einsah, das Prinzip der Anerkennung konsequent durchzuführen und die Anerkennung für jeden Rechtssatz zu fordern, ist ein innerer Widerspruch zum aufgestellten Prinzip. Und noch eine andere Schwierigkeit verbirgt sich in der BIERLINGSchen Formel. Die Anerkennung geht angeblich dahin, daß bestimmte Personen, Staatsorgane, rechtsverbindliche Normen erlassen dürfen. Diese Personen sind durch die Verfassung bestimmt. Wie verhält es sich nun bei gewaltsamen Verfassungsänderungen? Wenn in einer Republik die Anerkennung beispielsweise ausschließlich der gesetzgebenden Funktion des Parlamentes galt und durch Staatsstreich eine absolut monarchische Verfassung etabliert wird? Ändern die bezüglichen Subjekte dann ihre Anerkennung entsprechend den veränderten Machtverhältnissen ab? Wer fragt aber hier wohl nach der Anerkennung durch die Masse der Verpflichteten!

Was die Behauptung betrifft, daß jeder, der die durch die Rechtsätze eingeräumten Rechte in Anspruch nimmt, auch die verpflichtende Kraft dieser Normen anerkennen müsse, so ist das „muß“ einfach unbegründet. Ein Tor wäre, wer die praktische Möglichkeit, seine Interessen durchzusetzen, nicht auf jede sich bietende Weise gebrauchte, also auch durch eine Rechtsordnung, die er in Bezug auf seine Person oder auch alle anderen für höchst unverbindlich hält. Er mag dabei immerhin über die Narren lachen, die sich selbst für gebunden erachten und freiwillig leisten, was die unverbindlichen Normen fordern; und kommt es zur Exekution, so braucht er die Zwangsgewalt des Staates nicht zu verschmähen, wenn sie nur in seinem eigenen Interesse tätig ist.

Ebenso unhaltbar ist, wie BIERLING den Widerspruch zu lösen versucht, in den die Anerkennungstheorie gegenüber dem Unrechtäter gerät, der mit seinem Verhalten deutlich zeigt, daß er durch die Rechtsnormen nicht gebunden ist, sich also doch noch viel weniger als durch sie für gebunden erachten kann, d. h. also die Rechtsnormen nicht anerkennt und dennoch als verpflichtet angesehen werden muß und zwar ganz besonders durch jene Rechtsnorm, die er verletzt hat, weil ja gerade diese auf ihn zur Anwendung kommt. BIERLING erklärt ganz einfach, „daß in der ungeheuren Mehrheit der Fälle, in denen die oberflächliche Betrachtung ein Aufhören der Anerkennung

erblickt, nur ein Zuwiderhandeln, Zuwiderbehaupten usw. gegen gleichzeitig dennoch anerkannte Normen stattfindet¹⁾.

Es ist schlechterdings unbegreiflich, wodurch man noch schärfer, noch unzweideutiger das Nichtanerkennen der Norm zum Ausdruck bringen kann, als gerade dadurch, daß man sie übertritt. Meint sich etwa BIERLING dadurch salviert, daß er die Anerkennung nicht auf den konkreten Rechtssatz, sondern auf die allgemeine Norm, daß Gesetze verbindlich sein sollen, bezieht? So daß wohl diese allgemeine Norm unverletzt bleibt, während einzelne konkrete Rechtssätze übertreten werden können? Gegen solche Wortspielerei, der jeder Begriff fehlt, kann nur konstatiert werden, daß gerade die Tatsache des Unrechtes beweist, wie sinnlos es ist, eine Anerkennung anzunehmen, die für alle künftige Zeit verbindlich bleiben soll und von der man sich, obgleich man sie nur mit dem eignen Willen geleistet, doch niemals mehr befreien kann. Was ich heute anerkenne, dem kann ich morgen meine Anerkennung wieder entziehen. Dann fehlt eben meine Anerkennung, das ist keinesfalls zu bezweifeln. Ob diese Tatsache an meiner Verpflichtung etwas ändert, ist eine andere Frage; und wenn diese Frage zu verneinen ist, hat dies keine andere Bedeutung als die, daß meine Anerkennung für meine Verpflichtung irrelevant ist.

Den Höhepunkt der Fiktion erreicht aber die BIERLINGSche Anerkennungstheorie, wenn sie die Antwort auf die Frage zu geben hat, wann und wie denn diese, der Welt des Seins angehörige Tatsache der Anerkennung seitens der einzelnen Rechtssubjekte erfolge. BIERLING sagt nämlich, man müsse eine solche Anerkennung bei jedem einzelnen Hausvater annehmen, wenn man diesem nicht imputieren wolle, daß er mit einem Kriege gegen alle einverstanden sei; und das hält BIERLING für ausgeschlossen! „Wir behaupten daher kaum zu viel, wenn wir es für geradezu unmöglich erklären, in den Bereich eines Staates zu treten, ohne die in ihm geltenden Normen anzuerkennen, sofern der Eintretende nicht einen Krieg gegen alle will. Damit ist aber auch das Bedenken betreffs der Frauen und Kinder bereits im Grunde erledigt: die wirkliche Tatsache ihrer Anerkennung wird ähnlich wie bei den Männern unschwer nachzuweisen sein, zumal wenn man bedenkt, daß die Anerkennung des Familienhauptes, solange dieses selbst seine Rechtsstellung im eigenen Hause zu bewahren weiß, zugleich die Anerkennung aller Familiengenossen in sich begreift, die überhaupt als anererkennungsfähig gelten können“²⁾.

Es sei von vornherein darauf verzichtet, auf die vielen kleinen

1) Vgl. a. a. O. S. 135.

2) Vgl. a. a. O. S. 136.

Blößen zu zeigen, die sich diese Theorie gibt, insbesondere mag man sich auch ersparen, die ein wenig komische rechtsphilosophische Rolle zu kritisieren, zu deren Durchführung der längst verstorbene pater familias des römischen Rechtes wieder ins Leben gerufen wird. Es genügt, die Wurzel des Übels bloßzulegen, daß die ganze Theorie durchsetzt. Und diese steckt darin, daß die Existenz der von BIERLING selbst als „wirklich“ bezeichneten, d. h. der Welt des Seins angehörigen Tatsache, des realpsychischen Aktes oder Zustandes der Anerkennung im Wege einer juristischen Präsumption behauptet wird. Denn das Dogma, man müsse eine Anerkennung seitens der Rechtssubjekte annehmen, weil man annehmen müsse, daß diese nicht den Kampf aller gegen alle wollen, hat den spezifischen Charakter einer praesumptio juris et de jure.

Daß in Wirklichkeit die einzelnen Menschen tatsächlich irgend einen psychischen Vorgang aufzuweisen haben, der als Anerkennung der Rechtsnormen gelten kann, ist höchst unwahrscheinlich. Man wird in den Staat und seine Rechtsordnung hineingeboren und die allermeisten werden sich wohl über die Frage, ob der Staat rechtsverbindliche Anordnungen erlassen dürfe, kaum viel Gedanken machen. In welchem Augenblicke sollte übrigens diese Anerkennung erfolgen, oder zu wirken beginnen? Jeder Zeitpunkt muß vollkommen willkürlich gewählt sein, wie jede Abgrenzung der Personen, von denen die Anerkennung gefordert wird, aus der Luft gegriffen ist. Ob nun eine Anerkennung tatsächlich möglich ist oder nicht — ihre Existenz ist jedenfalls bisher nicht bewiesen worden. Auch die BIERLINGSche Theorie hat dies nicht getan, sondern dieselbe lediglich präsumiert. Dadurch ist aber die Anerkennung als Fiktion verurteilt. Denn mit den Mitteln der normativen Jurisprudenz wird eine dem Sein angehörige, reale Tatsache als existent behauptet, obgleich eine solche keineswegs besteht, zumindest nicht bewiesen ist. Der lediglich aus ethisch-juristischen Bedürfnissen vollzogenen Konstruktion, die nur in dem Bereiche des Sollens ihren Sitz hat — und nichts anderes ist die Anerkennung — wird fälschlich wirkliches Sein angedichtet. Darin liegt der methodische Widersinn der ganzen Theorie, die einer verfehlten, die normative Natur der Jurisprudenz mißverstehenden Problemstellung ihre Entstehung verdankt und die sich unterfängt, das Seltsame zu unternehmen: mit einer Konstruktion die Welt des Seins kausal zu erklären.

Der schwere Fehler der Fiktion ist aber dadurch zu vermeiden, daß man die Geltung der juristischen Präsumption auf ihre natürlichen Grenzen beschränkt, dieses Mittel juristischer Konstruktion nicht seines normativen Charakters entkleidet und mittels desselben nicht die

Lösung von Problemen vortäuscht, die der explikativen Methode vorbehalten bleiben müssen. Um derartigen methodischen Entgleisungen zu entgehen, braucht man sich nur den Sinn klar zu machen, den eine *praesumptio juris et de jure* gerade im Verhältnis zu der Wirklichkeit jener Tatsachen hat, die präsumiert werden. Die Präsumption bestimmter Tatsachen bedeutet vom Standpunkte einer auf das Sein gerichteten Betrachtung, daß die Frage, ob die bezüglichen Tatsachen im konkreten, der juristischen Beurteilung unterliegenden Falle existent sind oder nicht, für die juristische Konstruktion bedeutungslos ist; daß die Jurisprudenz aus irgendwelchen Gründen keinen Unterschied macht, ob bestimmte Tatsachen wirklich gegeben sind oder nicht, daß sie trotz des möglichen, nicht näher zu untersuchenden Mangels bestimmter Tatsachen ganz ebenso vorgeht, als ob diese Tatsachen vorhanden wären. Das Schulbeispiel des römischen Rechtes: die *fictio corneliana* zeigt dies zur Genüge. Der in Kriegsgefangenschaft verstorbene Römer wird ebenso beerbt, als ob er als Freier und zwar im Augenblicke der Gefangennehmung gestorben wäre. Die Frage, ob er wirklich frei war oder nicht, bleibt für die Entscheidung der Erbfrage irrelevant. Ja, die Präsumption setzt sich geradezu in einen Widerspruch zur Wirklichkeit. Zur Fiktion im hier gebrauchten Sinne würde diese juristische Konstruktion in Wahrheit erst dann, wenn jemandem beifiele, zu behaupten, der in Gefangenschaft verstorbene Römer, der vom Rechte so wie ein *liber civis Romanus* behandelt wird, sei tatsächlich als Freier gestorben, wenn man also mit einer juristischen Konstruktion wirkliche, der Welt des Seins angehörige Tatsachen oder Vorgänge behaupten wollte. Ganz analog liegt es bei der Lebenspräsumption, dem Institut der Verschollenheit und Todeserklärung. Ist jemand eine gewisse Zeit hindurch verschollen, dann wird er vom Rechte ebenso behandelt, als ob er verstorben wäre. Die Frage, ob er wirklich tot ist oder nicht, bleibt — weil meist gar nicht feststellbar — für die juristische Konstruktion irrelevant. Die Präsumierung des Todes hat vom Standpunkte der Seinsbetrachtung keinen anderen Sinn als eben den, daß der wirkliche Vorgang des Lebens oder Sterbens bis auf weiteres ignoriert wird. Eine unzulässige Fiktion aber wäre es, auf Grund der juristischen Präsumption den wirklichen Tod zu behaupten. Wenn die Präsumption keine unwiderlegliche ist, so ändert das an ihrem hier charakterisierten Verhältnis zur Wirklichkeit nichts. Dies hat nur die Bedeutung, daß die Präsumption keine dauernde ist und unter gewissen Umständen fallen gelassen wird. Solange man sie aber aufrecht erhält, bleibt auch ihr spezifisches Verhältnis zum Sein bestehen.

Die Tatsache, daß die Lehre von der Anerkennung auf einer juristischen Präsumption und nicht auf einer sozialpsychologischen Beobachtung des wirklichen Lebens beruht, läßt die eigentliche Bedeutung ersehen, die der Anerkennung vom Standpunkte einer auf das wirkliche Sein gerichteten Betrachtung zukommt. Weil präsumiert, kommt die Anerkennung als faktischer Vorgang gar nicht in Betracht. Für die juristische Konstruktion ist es gleichgültig, ob die präsumierte Anerkennung tatsächlich stattgefunden hat oder nicht. Das Subjekt wird aber immer und unter allen Umständen so behandelt, als ob es die Rechtsnorm anerkannt hätte. Die Juristen, die sich bemühen, in allen Fällen oder doch in der Mehrzahl derselben diese aus ethisch-juristischen Gründen vollzogene Konstruktion der Anerkennung als reale Tatsache nachzuweisen, fallen in den gleichen methodischen Fehler, wie er hier bei der Behandlung des Willensbegriffes nachgewiesen wurde¹⁾: in die Fiktion.

Die Annahme einer Anerkennung der Rechtsnormen durch die Rechtssubjekte zur Begründung der Rechtspflicht ist, soweit sie eine ethische Rechtfertigung bezweckt, juristisch überflüssig, soweit sie eine kausale Erklärung herbeiführen will, methodisch unmöglich.

Man hat die Fiktion von der Anerkennung meist nicht so weit getrieben, daß man den tatsächlichen Vorgang ausnahmslos bei allen Subjekten behauptete. Insbesondere die Tatsache des vollzogenen Unrechtes hat manche Theoretiker veranlaßt, die Anerkennung nur als einen regelmäßigen, bei der Mehrzahl der Rechtssubjekte angeblich zu konstatierenden Akt oder Zustand, als Grundlage der verpflichtenden Kraft der Rechtsordnung anzunehmen. Dabei spielt wieder die so verfehlte Vorstellung von der generellen Natur der Rechtsbegriffe eine üble Rolle. So sagt z. B. JELLINEK: „Wenn auch einzelne Widerstrebende durch die Macht der Gemeinschaft bezwungen werden können und ein Widerstand derselben unschädlich für das Recht ist, so ist ein Nichtanerkennen des Rechtes durch die Gesamtheit gleichbedeutend mit der Vernichtung desselben.“²⁾ Und HOLD von FERNECK: „Dazu, daß ein Komplex von Normen als ‚Recht‘ anzusehen ist, ist nicht erforderlich, daß die Normen von sämtlichen einzelnen Rechtsgenossen anerkannt werden. Als generelle Macht bedarf es lediglich der Anerkennung seitens der weitaus überwiegenden Zahl der Gebundenen“³⁾.

Nun kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Annahme einer Anerkennung seitens der Majorität — wie ließe sich übrigens eine solche konstatieren? — nicht auf empirischer Untersuchung beruht; vielmehr muß auch eine solche Annahme als Fiktion verworfen

1) Vgl. oben S. 177 ff.

2) Staatenverträge S. 18.

3) a. a. O. S. 188.

werden. Die von den Juristen erfundene Anerkennung findet überhaupt nicht statt und die Frage nach dem Bestehen einer Rechtspflicht ist von der Existenz eines solchen Vorganges ganz unabhängig. Die formelle Richtigkeit dieser Auffassung würde allein schon durch die Tatsache begründet, daß in allen jenen Fällen, in denen keine Gebundenheit durch den Rechtssatz und daher auch keine Anerkennung eines solchen besteht — nämlich in dem für die juristische Betrachtung maßgebenden Falle des Unrechtes — dennoch eine Rechtspflicht angenommen werden muß. Demgegenüber kämen die noch so zahlreichen Fälle der Pflichterfüllung — selbst wenn sie mit einer Anerkennung verbunden wären — nicht in Betracht.

Im übrigen führt gerade eine „generelle“ Betrachtung die Anerkennungstheorie, deren wichtigster Zweck die ethische Rechtfertigung ist, ad absurdum. Denn es müßte einen seltsam anmuten, wenn man die subjektive, individuelle Rechtspflicht eines einzelnen — und es gibt nur solche Rechtspflichten einzelner — auf die Anerkennung gründen wollte, die nicht von ihm selbst, sondern von der Majorität seiner Genossen, also von anderen ausgegangen ist. Dadurch mögen die Rechtspflichten aller Mitglieder der Mehrheit, nicht die der übrigen gerechtfertigt sein. Durch das juristische Majoritätsprinzip kann wohl als Wille der Gesamtheit gelten, was nur die Zustimmung der mehreren hat; solche Konstruktion hat jedoch nur formale Bedeutung. Ein materiell-sittliches Majoritätsprinzip gibt es nicht. Faßt man gar die Rechtspflicht als Zustand der Willensgebundenheit im einzelnen und soll die Anerkennung die Verbindung zwischen diesem Zustand und der objektiven Rechtsordnung herstellen, dann bedeutet die Verwendung des Majoritätsprinzipes die ärgste Fiktion. Die Anerkennung seitens der Majorität könnte immer nur eine Willensgebundenheit, also eine Rechtspflicht bei den Mitgliedern derselben, niemals bei den Mitgliedern der Minorität zur Folge haben. Hier von einer Anerkennung der Gemeinschaft zu sprechen und dabei die Gesamtheit der Rechtssubjekte, also auch die Minorität einbegreifen, als Anerkennung der Gesamtheit gelten lassen, was nur Anerkennung eines, wenn auch des größeren Teiles ist, bedeutet die schon an anderer Stelle zur Genüge charakterisierte Verwechslung von sozial-psychischer Gemeinschaft und juristischer Einheit.

Die Anerkennungstheorie — insbesondere in ihrer generellen Auffassung — dürfte, wie speziell die zitierten Ausführungen JELLINEKS zeigen, hervorgerufen sein durch die Berücksichtigung der Tatsache, daß ein Rechtssatz infolge dauernder Nichtbefolgung und Nichtanwendung außer Geltung kommt, durch die Tatsache einer Zerstörung des Sollens durch das nicht entsprechende Sein.

Wie wenig gerade diese „metajuristische“ Tatsache geeignet ist, eine Grundlage für die juristische Konstruktion zu bilden, wurde schon wiederholt dargetan. Aber auch abgesehen davon, ist der Schluß, den man aus dieser Tatsache ziehen zu müssen glaubt, kein notwendiger. Daraus, daß ein Rechtssatz, der nicht mehr befolgt und angewendet wird, aufhört Rechtssatz zu sein, folgt nicht, daß er, um Rechtssatz zu sein, weil er dazu befolgt und angewendet werden muß, auch anerkannt werden müsse. Denn die Motive, aus denen ein Rechtssatz nicht verletzt wird, können — wie gezeigt — die allerverschiedensten sein, und zahlreiche Rechtssätze werden befolgt, d. h. es wird ihnen gemäß gehandelt, ohne daß diese Rechtssätze als solche überhaupt gekannt, geschweige denn anerkannt sind.

Erblickt man die Anerkennung des Rechtssatzes in dem tatsächlichen rechtmäßigen Verhalten, dann ist darin für alle jene ein arger *circulus vitiosus* gelegen, die mit der Anerkennungstheorie die Verpflichtung „erklären“ wollen. Denn sie würden dann ernstlich die Ursache aus ihrer Wirkung abzuleiten versuchen, indem die Anerkennung, die ja in dem rechtmäßigen Verhalten erblickt wird, den Zustand innerer Willensgebundenheit erklären sollte, als dessen Folge sie selbst erscheint. Da die Theorie, welche die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit bezeichnet, letztlich auf eine Erklärung des rechtmäßigen Verhaltens hinausläuft, und dabei die Rechtspflicht auf der Anerkennung begründet, wird das seltsame Resultat gezeitigt, daß das pflichtmäßige Verhalten durch eben das pflichtmäßige Verhalten erklärt wird ¹⁾.

Daß die Anerkennungstheorie in dieser Auffassung für die Lehre vom positiven Recht schlechterdings unhaltbar ist, zeigt auch die

1) Auf einen ähnlichen Widerspruch macht SELIGMANN a. a. O. S. 129 aufmerksam. Er bespricht die Lehre BREMERS (Die authentische Interpretation, in: BECKERS u. MUTERS Jahrbuch des gem. deutschen Rechtes Bd. II 1858 S. 284 ff.), derzufolge der Begriff des Gesetzes nicht allein durch den Erlaß von Seiten bestimmter Organe erfüllt ist, sondern als ferneres Moment die Aufnahme jener hinzutreten muß, an welche das Gesetz sich richtet. Zur wirklichen Geltung genüge nicht, daß das Gesetz verfassungsmäßig erlassen und verkündet werde, zur Rechtsbildung sei weder der Ausspruch der Gesetzgebung ausreichend, noch eine bloß leidende Mitwirkung derjenigen, deren Verhältnisse geregelt werden sollen; es müsse vielmehr dem Ausspruche der Staatsgewalt auch die Überzeugung der Untertanen von der Verbindlichkeit der aufgestellten Normen entgegenkommen. Treffend bemerkt hierzu SELIGMANN: „Wie können die Untertanen von der Unverbrüchlichkeit überzeugt sein, wenn diese erst infolge der Überzeugung eintritt?“

Von der Lehre, daß zur Geltung der Rechtssätze deren Befolgung gehöre, spricht SELIGMANN als von einem „ungeheuerlichen Resultate, daß die erfolgreiche Aufhebung der Untertanen gegen das Gesetz keinen Rechtsbruch involviere“ a. a. O. S. 131.

Tatsache, daß ein neu erlassenes Gesetz nach dieser Theorie erst dann als positives Recht, als verbindlich angesehen werden könnte, wenn es durch dauerndes Befolgt- und Angewendetwerden, also durch das rechtmäßige Verhalten der Verpflichteten seine Anerkennung erhalten hätte. Daß allerdings selbst moderne Theoretiker um ihrer Anerkennungstheorie willen vor einer derartigen, den Gedanken des positiven Rechtes geradezu vernichtenden Konsequenz nicht ganz zurückgescheut sind, zeigt ein Satz HOLD VON FERNECKS¹⁾: „Mit dem Momente als das Recht in die Sphäre bewußter Satzung trat, hat es nicht aufgehört, Gewohnheitsrecht in dem Sinne zu sein, als es Recht nur ist, wenn es — wenn auch nicht unmittelbar im Augenblicke der Erlassung des Gesetzes — als bindend anerkannt wird. Und solche Anerkennung ist nur gegeben, wenn die Norm ihrem wesentlichsten Inhalte nach bereits gegolten hat, oder wenn ihre Erlassung in den daran beteiligten Kreisen als Bedürfnis empfunden wurde — eine Erscheinung, die zuletzt darin gründet, daß die Menschen das Seiende und nur das Seiende als das Sein Sollende betrachten“. Es ist nicht ganz klar, welchen Sinn die Parenthese: „wenn auch nicht unmittelbar im Momente der Erlassung des Gesetzes“ — hat; entweder soll damit von der Regel, daß Gesetze anerkannt werden müssen, um Recht zu sein, für den Augenblick der Gesetzerlassung eine Ausnahme gemacht werden, so daß das formell gültig erlassene Gesetz wohl verbindliches Recht auch ohne Anerkennung ist, jedoch diesen Charakter später mangels hinzutretender Anerkennung verliert. Dann ist aber von vornherein schon zugegeben, daß der Rechtssatz formell der Anerkennung nicht bedarf, daß der Satz: ohne Anerkennung kein verbindlicher Rechtssatz, falsch ist. Die Tatsache der Zerstörung der formell gültigen Rechtsnorm durch die dauernde Nichtbefolgung (Mangel der Anerkennung) kann daran nichts ändern, daß auch das noch nicht anerkannte Gesetz als verbindlich gelten muß. Und die Aufnahme der Anerkennung in den Begriff der Rechtsnorm hätte dann etwa denselben Sinn, als ob man zum Wesen irgendeines Dinges auch als Eigenschaft zählen würde, daß es nicht nachträglich vernichtet wird.

Oder aber die fragliche Parenthese bedeutet, daß das Gesetz im Augenblicke der Erlassung noch nicht Recht sei und erst später durch die Anerkennung solches werde. Die Richtigkeit dieser Theorie dürfte sich am besten bei den Gerichten erweisen, wo jeder Richter eine arge Pflichtverletzung beginge, wenn er ein formell rechtskräftiges Gesetz mangels einer Anerkennung anzuwenden sich weigern würde! Wer ernstlich behauptet, daß ein neues Gesetz,

1) a. a. O. S. 32.

dessen Erlassung in den beteiligten Kreisen nicht als Bedürfnis empfunden wird, mangels Anerkennung kein Recht sei, dem kann nur mit der Frage geantwortet werden, ob denn wirklich die „beteiligten Kreise“ so einheitliche Bedürfnisse haben und nicht, was der einen Klasse als Bedürfnis scheint, der andern als gegen ihr Bedürfnis gerichtet gilt? Und ob es nicht zahlreiche ungerechte, gegen die Bedürfnisse großer Bevölkerungsschichten erlassene Gesetze gibt, an deren verbindlichem Rechtscharakter ein Theoretiker des positiven Rechtes nicht zweifeln darf, wenn er nicht von dem Praktiker den Einwand hören will, daß seine Theorie für die Rechtsanwendung nicht taugte; und doch hat seine Theorie gerade dieser Rechtsanwendung zu dienen, d. h. muß eine Theorie *de lege lata* und weder eine Erklärung des tatsächlichen Lebens noch — wie es das Naturrecht war — eine Sammlung von ethischen Postulaten an die Gesetzgebung, eine Theorie *de lege ferenda* sein.

Nach der Lehre, welche zum Wesen des verpflichtenden Rechtes den Hinzutritt der in der tatsächlichen Befolgung gelegenen Anerkennung fordert, kann die Frage, ob ein konkreter Rechtssatz vorliegt, nur rückschauend auf das dauernde Verhalten der Rechtssubjekte in Bezug auf den Rechtssatz beantwortet werden. Es ist eine durchaus historische, die Welt des Seins erfassende Betrachtungsweise, deren Unbrauchbarkeit und methodische Unzulässigkeit für die dogmatische Jurisprudenz hier schon gezeigt wurde. Wenn HOLD VON FERNECK sagt: „Ist das Gesetz in formell gültiger Weise erlassen, dann gilt es ohne Rücksicht darauf, ob der einzelne ihm widerstrebt oder nicht, sofern es nur überhaupt wirkt und im allgemeinen als bindend anerkannt wird“¹⁾, so kann unter dieser neben der formellen Gültigkeit noch geforderten materiellen „Geltung“ oder „Wirkung“ nur die von HOLD stets als wesentlich betrachtete generelle — wenn auch nicht ausnahmslose — motivierende d. i. präventive Wirkung des Gesetzes verstanden werden. Dann muß man aber, um die Frage der Gültigkeit eines formell rechtskräftig erlassenen Gesetzes zu entscheiden, abwarten, ob es im Laufe der Zeit tatsächlich in der Regel motivierend gewirkt hat. Ganz abgesehen von der praktischen Unmöglichkeit einer solchen Feststellung, ist ein solches Resultat für jede ehrliche Theorie des positiven Rechtes unannehmbar. Diese historische Erkenntnismethode steht im innigsten Zusammenhange damit, daß HOLD das für das Moralgebiet bis zu einem gewissen Grade richtige Verhältnis von Sein und Sollen kritiklos auf das Rechtsgebiet übernimmt.

Wie bereits früher angedeutet, setzt die Fiktion der Anerkennung

1) a. a. O. S. 49.

eine andere Fiktion voraus, nämlich die der Kenntnis der Rechtsnormen. Auch diese in der Theorie allgemein verbreitete Fiktion einer allgemeinen Rechtskenntnis verdankt ihre Entstehung vornehmlich dem Bedürfnisse ethischer Rechtfertigung. Es erscheint unbillig, jemanden nach einer Norm zu verurteilen, die er gar nicht kennt, denn vom Standpunkte einer autonomen Moral kann gewiß niemand wegen Verletzung einer Norm zur Verantwortung gezogen werden, die überhaupt nicht in seinem Bewußtsein war. Insoferne nun die ältere Jurisprudenz zwischen dem Norm- und Pflichtbegriffe der Moral und dem des Rechtes nicht unterschied, glaubte sie dem Grundsätze der Moral, daß eine Norm- und Pflichtverletzung ohne Norm oder Pflichtbewußtsein nicht möglich sei, entsprechen und sich dem ethischen Postulate fügen zu sollen, daß ohne Normkenntnis keine rechtliche Zurechnung, d. h. also Rechtsatzanwendung stattfinden dürfe. So sagt z. B. KIRCHMANN¹⁾: „Zur Entstehung der Achtung und somit des Sittlichen gehört für den Untergebenen die Kenntnis des Gebotes an sich und die Kenntnis, daß dieses Gebot von einer Autorität ausgeht. Fehlt diese oder jene Kenntnis, so ist für das Recht eine ignorantia juris vorhanden, welche an sich die Zurechnung aufhebt . . .“ Diese Unterordnung unter sittliche Postulate mußte natürlich die Vertreter des positiven Rechtes in das ärgste Gedränge bringen. Denn die Gesetze schreiben eine Kenntnis der Rechtssätze als Voraussetzung für deren Anwendbarkeit in der Regel nicht vor. Schon deshalb, weil eine derartige Bestimmung in vielen Fällen praktisch die Bedeutung eines Freipasses zur Verübung des Unrechtes wäre. Denn die Behauptung der Rechtsunkenntnis dürfte kaum jemals eine widerlegbare sein. Auch müßte eine derartige Bestimmung konsequenterweise verbunden sein mit der Statuierung einer Rechtspflicht, die Gesetze kennen zu lernen, also nicht nur das Gesetzblatt, sondern im modernen Staate auch alle Verordnungsblätter zu lesen, kurzum das Recht zu kennen, einer Verpflichtung, die bei dem heutigen Stande der gesetzgebenden und verordnenden Tätigkeit kein Berufsjurist voll zu erfüllen imstande wäre. Wie half sich nun die Theorie aus dieser Zwangslage, in die sie sich selbst überflüssigerweise gebracht hatte? Durch eine Fiktion! Man präsumierte einfach jene Kenntnis, von deren tatsächlichem Vorhandensein man juristischerseits unmöglich die Rechtsanwendung abhängig machen konnte! D. h. die Theorie gab dem ihr nur durch methodische Irrtümer entstandenen Scheinproblem eine Scheinlösung. Da es keinem Richter der Welt

1) a. a. O. S. 71.

beifallen konnte, eine bestehende Wucherstrafe nicht zu verhängen, weil der Wucherer vorgab, nicht gewußt zu haben, daß sein Verhalten mit Strafe bedroht sei — und das ist in zahlreichen Fällen keine ungläubwürdige Behauptung — erklärte die Theorie, es sei jeder so zu behandeln, als ob er das Gesetz kennen würde, man müsse Kenntnis des Gesetzes unter allen Umständen annehmen. Eine solche allgemeine Präsumpion der Gesetzeskenntnis ist nun tatsächlich nichts anderes als die Eliminierung des ethischen Prinzips der Normkenntnis. Wie jede Präsumpion bedeutet auch diese nur, daß es für die rechtliche Beurteilung auf die Existenz der präsumierten Tatsache, also im vorliegenden Falle der Gesetzeskenntnis nicht ankomme. Allein, dessen waren sich manche Theoretiker nicht bewußt und vermeinten nachweisen zu müssen, daß die präsumierte Tatsache stets auch wirklich bestehe, d. h. sie machten die Präsumpion zur Fiktion. Nun war es wohl — ganz besonders für praktische Juristen — schlechterdings unmöglich, eine wirklich allgemeine Rechtskenntnis der Subjekte zu behaupten. Auch mußte die Tatsache berücksichtigt werden, daß der Stand der Gesetzgebung in jedem Staate ein anderer und das Betreten eines fremden Staatsgebietes zwar sofort mit dem Unterworfensein unter dessen Gesetze, jedoch unmöglich mit der intuitiven Erkenntnis derselben verbunden ist. Man beschränkte sich daher, gewissermaßen eine indirekte Rechtskenntnis zu behaupten, indem man es als selbstverständlich hinstellte, daß jeder Mensch doch im allgemeinen wissen müsse, was geboten und verboten sei. Nicht die Kenntnis der positiven Rechtssätze in ihrer besonderen Gestaltung sei notwendig, sondern nur dessen, was durch diese angeordnet werde. Und diese Kenntnis sei jedermann gewiß, da sie ihm durch die Gebote der angeborenen Moral wie der gewohnheitsmäßig geübten Sitte, durch die Vorschriften seines besonderen Berufes, durch das ganze gesellschaftliche Zusammenleben vermittelt würden. Diese Annahme geht Hand in Hand mit der bereits früher gewürdigten Anschauung von der sekundären Natur der Rechtssätze, derzufolge die letzteren nur als Garantie gewisser anderer Normen der Moral, Sitte und sonstiger sozialer Faktoren erscheinen.

Und diese Fassung der Fiktion einer allgemeinen Rechtskenntnis hat eine Rückwirkung auf die Anerkennungstheorie geübt, indem man als Gegenstand der Anerkennung nicht den konkreten Satz des positiven Rechtes, sondern jene primären Normen der Moral, Sitte und sonstiger sozialer Mächte annahm, die den Rechtssubjekten auch ohne Kenntnis des positiven Rechtes evident sein müßten.

Schon bei HEINZE wurde diese Fiktion der Kenntnis und Anerkennung von Normen, die sich aus der Natur der Dinge selbst er-

geben, als ein Behelf zur Konstruktion seines Pflichtbegriffes konstatiert¹⁾. Eine umfassende Durchführung hat diese Anschauung neuestens in der sogenannten Kulturnormentheorie M. E. MAYERS erfahren, dessen hier im Zusammenhange mit jenen Theoretikern Erwähnung getan wurde, die wie HEINZE die Rechtspflicht als die von der Rechtsordnung geschützte, nicht von dieser, sondern von anderen Autoritäten geschaffene Pflicht auffassen. Die Haltlosigkeit auch dieser Form der Anerkennungstheorie wird sich am besten an Hand der MAYERSchen Lehre erweisen lassen, die einer Reihe von Anschauungen, welche in der heutigen Jurisprudenz mehr oder minder vage kursieren, präzisen Ausdruck verliehen hat. Diese Lehre ist im wesentlichen die folgende:

„Die Rechtfertigung des Rechtes und in Sonderheit die Verbindlichkeit des Gesetzes beruht darauf, daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt“²⁾. Unter Kulturnormen versteht MAYER „die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und Berufes an das Individuum herantreten“³⁾. Da die Pflichten, deren Verletzung durch die Rechtsordnung geahndet werden, identisch seien mit jenen, die von der Kultur statuiert werden und die jeder Zurechnungsfähige kenne und anerkenne, so könne keiner sich beklagen, er werde nach Normen gerichtet, die ihm nicht mitgeteilt sind. „Vielmehr wird jeder nach Gesetzen beurteilt, deren Verbindlichkeit er anerkannt hat. Seine Anerkennung bezieht sich nur nicht auf die in Rechtsform gegossenen Normen, sondern auf die gleichlautenden, die er aus der Kultur kennen gelernt hat“.

Die Lehre MAYERS steht und fällt mit ihren Voraussetzungen, daß es überhaupt einheitliche Kulturnormen gibt, die von den Subjekten gekannt und anerkannt werden und daß die konkreten Rechtsnormen mit diesen Kulturnormen übereinstimmen.

Schon die erste Voraussetzung erweist sich als eine mit zahlreichen Tatsachen in Widerspruch stehende Fiktion. Denn alle jene, auf welche die Gesamtrechtsordnung nachsichtslos Anwendung findet, sind durchaus nicht im gleichen Maße mit den Normen der Kultur vertraut. Der Grad der Bildung, die Erziehung, das Milieu und vor allem auch die natürliche Veranlagung lassen den einen mehr, den anderen weniger teilhaftig werden. Und während die objektive Rechtsordnung alle ausnahmslos beherrscht, führen die Kulturnormen nur in sehr verschiedenem Ausmaße bei den einzelnen Individuen ihre

1) Vgl. oben S. 321 ff.

2) a. a. O. S. 16.

3) a. a. O. S. 17.

subjektive Existenz. Es gibt kaum ein Gebiet, das so tiefgehende Gegensätze aufweist als gerade das der Kultur. Selbst wenn man nur die Normen einer ethischen Kultur ins Auge faßt und von denen einer ästhetischen und aller übrigen geistigen Kulturen absieht, kann man sich nicht des Eindruckes allerschärfster Differenziertheit innerhalb desselben Rechtsgebietes verschließen. Man muß nicht gleich an ein Land wie Rußland denken, wo sich die Gegensätze besonders schroff gestalten. Für kein Land der Welt wird man wohl ernstlich behaupten wollen, daß der letzte Packträger und Feldarbeiter, der von aller geistigen Bildung unberührte Analphabet die Kulturnormen im gleichen Ausmaße kennt und anerkennt, wie etwa nur der durchschnittlich Geschulte. Und doch kommt auf beide, die der Segnung der Kultur in so ungleichem Maße teilhaftig werden, die Rechtsordnung in gleicher Weise und in ihrer Totalität in Betracht. Vor dem Gesetze, aber nicht vor der Kultur sind alle gleich. Und selbst wenn eine vollkommene Gleichheit der äußeren Verhältnisse allen Menschen im gleichen Maße ermöglichte, die Normen der Kultur kennen zu lernen, würde sich vielleicht noch schärfer als heute zeigen, daß es derartige einheitliche Kulturnormen gar nicht gibt. Kultur ist immer nur eine individuelle Funktion, ein höchst Persönliches und die Anschauungen über sie so verschieden wie die Weltanschauungen. Es gibt keine einheitliche objektive Kultur so wie es eine einheitliche objektive Rechtsordnung gibt. Und was dem einen als Forderung der Kultur erscheint, wird von dem andern verdammt. Weil die MAYERSche Kulturnorm nur ein Sammelbegriff für ethische, religiöse, ästhetische, wirtschaftliche und andere soziale Normen ist, muß sie sich in die Verschiedenheit der ethischen, religiösen, ästhetischen und sonstigen sozialen Anschauungen zersplittern. Beschränkt man sich aber auf die in der konkreten Rechtsordnung zum Ausdruck gelangten Kulturnormen, dann ist es erst recht ausgeschlossen, von einer allgemeinen Kenntnis und Anerkennung dieser durch alle oder nur die meisten Rechtssubjekte zu sprechen. Man muß durchaus nicht Marxist sein, um einzusehen, daß die in der jeweiligen Rechtsordnung zur Herrschaft gelangten Kulturnormen sich keinesfalls mit demjenigen vereinbaren lassen, was einer zahlreichen Klasse von Menschen als Kulturnorm erscheint. Die in der Rechtsordnung herrschende Kultur ist die Kultur der herrschenden Klasse und ihre Normen stehen im schärfsten Gegensatze zu denjenigen, die als Kulturnormen des Proletariats gelten müssen. Auf welchem Standpunkte immer man stehen mag, ob man in den Postulaten der einen oder der anderen sozialen Gruppe Kulturnormen erblicken will, dagegen darf man sich nicht verschließen, daß die in der geltenden Rechtsordnung

ausgedrückten Kulturnormen von einem großen Teile der Bevölkerung nicht nur nicht anerkannt, sondern geradezu aufs heftigste bekämpft werden! Und angesichts der Tatsache, daß die heutige Gesellschaft in zwei und noch mehr Lager gespalten ist, deren Welt- und Kulturanschauungen zum großen Teile divergieren, kann auch nicht von einer Durchschnittskultur und deren Normen gesprochen werden. Und schon darum ist falsch, was MAYER von seiner These, daß das Individuum die Kulturnormen kenne und anerkenne, behauptet: sie sei in der Regel richtig, das Prinzip bringe „in die Breite der Erscheinung Licht und Einheit“¹⁾, Ausnahmen könnten vernachlässigt werden.

Aber selbst wenn die vermeintliche Regel bestünde, wäre mit ihr für die Rechtswissenschaft nichts gewonnen. Denn diese nur die Regel der Fälle berücksichtigende, die Ausnahmen vernachlässigende Betrachtungsweise kann, wie schon früher gezeigt, für das Recht nicht in Anwendung kommen, dessen Methode eine individuelle, nicht generelle ist. Die Darstellung MAYERs zeigt selbst die Unzulänglichkeit dieser „generellen“ Konstruktionsmethode. Während er auf der einen Seite sagt, daß jeder nach Gesetzen gerichtet werde, deren Verbindlichkeit er anerkannt habe, und dabei von der sittlichen Vorstellung ausgeht, daß es für das Individuum unbillig sei, nach Normen gerichtet zu werden, die es selbst nicht anerkannt hat, muß er auf der anderen Seite²⁾ dieses Prinzip wieder aufgeben: „Wenn ein oder der andere sich lossagt von allgemein anerkannten Geboten, so weiß er doch, daß seine Privatmoral nicht anerkannt ist. Der Anarchist, der den Fürstenmord glorifiziert, weiß sehr wohl, daß er gegen die anerkannten Kulturnormen kämpft“. Gewiß, aber nicht gegen die von ihm, sondern von anderen anerkannten Kulturnormen! Der Standpunktwechsel, den MAYER vollzieht, ist zu klar, um nicht aufzufallen! Wenn die Anerkennung eine Rechtfertigung der verbindlichen Kraft des Gesetzes sein soll, kann sie dies nur im individuellen Sinne sein, denn die Rechtfertigung liegt dann in dem sittlichen Momente der Selbstverpflichtung, das der Anerkennung innewohnt. Als gerechtfertigt erscheint die Rechtsnorm, wenn man nicht nur konstatiert, daß sie ist, sondern auch, daß sie sein soll. Daß heißt aber nichts anderes, als daß sie einer höheren, der sittlichen Norm entspricht. Und diese sittliche Norm ist der autonome Imperativ des Subjektes an sich selbst, der in der Anerkennung gelegen ist, durch welche das Subjekt die Rechtsnorm zu seiner eigenen macht, sich selbst verpflichtet. Nur der eigenen und nicht der Anerkennung anderer kommt dieser rechtfertigende Charakter zu, da nur die eigene Anerkennung die objektive

1) a. a. O. S. 17.

2) a. a. O. S. 18.

Rechtspflicht zu einer subjektiven Selbstverpflichtung macht! Das Moment, durch welches MAYER die Anwendung des Gesetzes auf den Anarchisten zu rechtfertigen versucht, ist in Wahrheit nicht — wie er glauben machen möchte — die Anerkennung, sondern die Tatsache, daß der Anarchist die zur Anwendung kommende Kultur-norm von anderen anerkannt weiß; darin ist jedoch keine Rechtfertigung gelegen.

Das von MAYER gewählte Beispiel des Anarchisten für einen, der die herrschenden Kulturnormen nicht anerkennt, kann auch insofern zu Mißverständnissen Anlaß geben, als es den Anschein erweckt, daß die Zahl derer, welche die geltende Rechtsordnung nicht anerkennen, sich auf die Anarchisten beschränke und daher eine verschwindend kleine sei. Allein, wie steht es um die in Deutschland und Österreich nach Millionen zählenden Vertreter des Sozialismus, die entschieden die Aufhebung des Privateigentums glorifizieren, dessen Schutz und Erhaltung die vornehmste jener „allgemein anerkannten“ Kulturnormen ist, die in der herrschenden Rechtsordnung zum Ausdrucke gelangen? Selbst eine die Ausnahmen vernachlässigende, generelle Betrachtungsweise kann hier wohl nicht nur von dem einen oder anderen sprechen, der sich von anerkannten Geboten losreißt, hier ist es keine Privatmoral, die als unbedeutende Ausnahme unberücksichtigt bleiben darf, hier steht die eine Welt- und Kulturanschauung der anderen gegenüber!

Faßt man die Anerkennung ¹⁾ in einem generellen Sinne, begnügt man sich, zur Begründung der verpflichtenden Natur der Rechts-

1) Es ist nicht genau festzustellen, welchen psychischen Vorgang eigentlich MAYER als Anerkennung verstanden haben will. S. 18 sagt er: „Pflichten kennen und anerkennen heißt noch nicht, sie befolgen wollen, geschweige denn sie befolgen. In dem Bewußtsein der Pflichten, von dem wir sprechen, liegt nichts von den moralischen Akzenten, unter denen das Pflichtbewußtsein steht. Die Seele als Wille und die Seele als Vorstellung, das sind zwei Welten. Die Grundlehre der hellenischen Ethik, die Tugend und Wissen gleichsetzt, hat der kritische Verstand längst als eine glückselige Naivität unter die unwiderbringlichen Illusionen eingereicht.“ Dem letzteren mag ja beige stimmt werden. Allein, wenn die Anerkennung kein Wollen ist, kann sie nur ein Wissen d. h. Vorstellen sein; dann bleibt aber der Unterschied unerfindlich, der zwischen Kennen und Anerkennen besteht und den MAYER stets ausdrücklich hervorhebt. Gibt er doch selbst das Beispiel des Anarchisten, der die Rechtsnormen wohl kennt, aber nicht anerkennt! Eine Norm anerkennen, kann doch wohl nur heißen, sich ihr unterwerfen, sie zu seiner eigenen machen, d. h. sie seinem Willen zur Richtschnur geben. Meint man, die Anerkennung läge in dem Urteile, die Rechtsnorm solle bestehen, so muß betont werden, daß ein solches Urteil, welches nur die Übereinstimmung einer Rechtsnorm mit einer Moralnorn beinhaltet, jene sittliche Willensrichtung zum Ausdrucke bringt, die als autonome Moralnorn bewußt wird.

sätze eine regelmäßige Anerkennung der Mehrheit aller Rechtssubjekte zu behaupten, dann verliert — wie bereits früher bemerkt — die Anerkennung ihren rechtfertigenden Charakter und wird entsprechend der generellen, das Sein erfassenden Betrachtungsweise zur kausalen Erklärung. Sie macht nur mehr begreiflich, warum die meisten Menschen sich rechtmäßig verhalten. Darum kann die MAYERSEHE Anerkennungstheorie in ihrer schließlichen Gestaltung nicht als Rechtfertigung betrachtet werden, als welche sie allerdings gedacht ist.

Die Richtigkeit der zweiten Voraussetzung MAYERS, daß die Rechtsnormen mit den Kulturnormen übereinstimmen, ist schon durch die Tatsache widerlegt, daß von einem einheitlichen Kulturbegriffe keine Rede sein kann. Es ist unmöglich, von einer Übereinstimmung der Rechtsnormen mit Kulturnormen zu sprechen, wenn über den Inhalt der Kulturnormen die tiefgehendsten Meinungsverschiedenheiten bestehen. Eine derartige Übereinstimmung könnte höchstens von jener verhältnismäßig kleinen Gruppe behauptet werden, deren Kulturpostulate in der Rechtsordnung auf Grund der herrschenden Machtverhältnisse berücksichtigt wurden. Allein, auch in diesem beschränkten Umfange muß eine wesentliche Differenz zwischen Kulturnormen und Rechtssätzen stets bestehen. Denn einerseits sind gewisse Normen, insbesondere solche der Ethik, die in den Strafgesetzen garantiert werden, so überaus individueller Natur, daß selbst die Zugehörigkeit zu einer wirtschaftlichen oder politischen Gruppe keine Uniformität begründet, andererseits gibt es eine große Anzahl von Rechtssätzen, die selbst bei der weitesten Auffassung des Kulturbegriffes als kulturell indifferent bezeichnet werden müssen. Zahlreiche Bestimmungen des Zivil- und Verwaltungsrechtes bringen keine „Kulturnormen“ zum Ausdrucke, sondern sind nur die konkrete Regelung irgendeines Verhältnisses, das auch ebensogut auf manche andere Weise normiert werden könnte, ohne irgendwie mit einem Postulate der Kultur in Konflikt zu geraten. Man denke z. B. an die prozeßrechtlichen Normen, die ein bestimmtes Verfahren regeln, ohne daß nach irgendeiner Kulturanschauung gerade diese Regelung gefordert wäre. In solchen Fällen muß die MAYERSEHE Rechtfertigungsformel völlig versagen. Denn auch die kulturell indifferenten Rechtsnormen haben verpflichtende Natur und werden von den Staatsorganen angewendet, ohne daß ihnen von den Verpflichteten gekannte und anerkannte Kulturnormen zu Grunde liegen.

Eine Theorie, welche die verpflichtende Kraft des objektiven Rechtes auf dessen Übereinstimmung mit den subjektiven Normen einer Moral oder Kultur gründet, kann nicht — und schon die naturrechtliche Jurisprudenz ist hiefür ein Beispiel — bei einer Recht-

fertigung des positiven Rechtes stehen bleiben, sondern muß konsequenterweise zu einer Kritik und damit unter Umständen zu einer Negation des positiven Rechtes gelangen. Nichts anderes ist es, wenn z. B. MAYER durch die unleugbare Tatsache, daß Rechtssätze mit den Normen der Kultur, d. h. dessen, was nach der Ansicht des jeweiligen Beurteilers als Kultur erscheint, im Widerspruch stehen, veranlaßt wird, solche Rechtssätze als „schlechte Gesetze“ als „unrichtiges Recht“ zu bezeichnen. Daß eine solche Kritik für das positive Recht bedeutungslos sein muß, ist selbstverständlich, denn auch schlechte Gesetze haben verbindliche Kraft und sollen angewendet werden; zwischen „unrichtigem“ und „richtigem“ Rechte ist eine relevante, formal juristische Unterscheidung nicht zu finden.

Der naturrechtliche Grundzug in der heutigen Lehre von der Rechtspflicht, der sich in dem Fehlen der sonst streng geforderten Trennung von Recht und Moral, in der ausgesprochen ethisierenden Richtung dieser Partie der Rechtslehre manifestiert¹⁾, tritt ganz besonders charakteristisch und unzweideutig in den Fiktionen der Rechtskenntnis und Anerkennung zu Tage, die ja vornehmlich zur Konstruktion des üblichen Rechtspflichtbegriffes aufgestellt werden. Wer das innere Wesen der Anerkennungstheorie, den Anlaß, dem ihre Entstehung zuzuschreiben ist, das theoretische Bedürfnis, dessen Befriedigung sie dient, durchschaut, dem muß sich die unabweisliche Erkenntnis aufdrängen, daß die Theorie, welche die Verbindlichkeit der Staatsgesetze auf der Anerkennung durch die Rechtsgenossen gründet, nur eine Spielart der alten, naturrechtlichen Vertragstheorie ist. Unter dem Namen der Anerkennungstheorie hat der längst totdogeglaubte, von den Vertretern der modernen Rechtswissenschaft mit Recht so bekämpfte Gedanke des *contrat social* fortgelebt. Es ist die gleiche Problemstellung, die zur Fiktion des Gesellschaftsvertrages und zu der der Anerkennung geführt hat. Die Frage nach dem Grunde der Staatsautorität, der verpflichtenden Kraft der staatlichen Normen, das mißverständlich an die Rechtswissenschaft gestellte Postulat einer materiellen Rechtfertigung statt einer bloß formalen Konstruktion der staatlichen Rechtsordnung hat bei der naturrechtlichen Schule und bei den modernen Theoretikern des positiven Rechtes die gleichen Theorien veranlaßt; und der gleiche Grundgedanke ist

1) Unter ausdrücklicher Berufung auf das Naturrecht konstruiert z. B. HOLD von FERNECK seinen Rechtspflichtbegriff im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Begriffe der sittlichen Pflicht. Er sagt a. a. O. S. 37: „Bereits die Lehrer des Naturrechts haben das Recht nicht isoliert, sondern im Zusammenhange mit der Moral behandelt, indem sie den Rechtspflichten die Tugendpflichten zur Seite stellten und eine innere Konnexität der beiden Gebiete konstatierten.“

es, der in beiden nur dem Namen nach verschiedenen Theorien das gestellte Problem löst. Von der ethischen Voraussetzung ausgehend, daß das Individuum nur durch das eigene Willensgebot verbunden werden kann, glaubte die naturrechtliche Schule auf eine Mitwirkung des Individuums bei der Begründung der Staatsautorität (die sich in den verpflichtenden Rechtssätzen äußert) nicht verzichten zu können. Die Idee der natürlichen Freiheit des Menschen, die das Naturrecht beherrscht, muß notwendig zu dem Gedanken führen, daß alle Verpflichtung nur Selbstverpflichtung sein kann. Und wenn man z. B. die Gebote des absoluten Monarchen darum für das Individuum als verbindlich erklärt, weil zwischen beiden ein Vertrag stattgefunden habe, in welchem sich der Untertan dem Herrscher unterwirft, so geschah dies deshalb, weil man die fremde Norm nur durch den im Verträge zum Ausdruck gelangenden eigenen und freien Willensakt des Individuums für dieses verbindlich, die normsetzende Macht zur legalen Autorität werden ließ. Dies ist der eigentliche Sinn des naturrechtlichen Axioms, daß nur Verträge rechts- und pflichtbegründend seien. Das sittliche Prinzip der Selbstverpflichtung ist das der Vertragstheorie ebenso wie der Anerkennungslehre innewohnende rechtfertigende Moment.

Wenn auch die Vertreter der Anerkennungstheorie diesen Zusammenhang mit der Lehre vom *contrat social* möglichst zu verdunkeln trachten, indem sie dem Akte der Anerkennung alle jene Qualitäten zu nehmen bemüht sind, die ihn als Willensakt einem Vertragsschlusse ähnlich machten, wenn sie etwa in ausdrücklicher Opposition gegen die Vertragslehre¹⁾ die Anerkennung als habituellen Zustand erklären und in der Einschränkung des von ihnen gebrauchten Begriffes — nicht zum geringsten Teile aus Furcht vor dem Vorwurf der Vertragstheorie — so weit gehen, daß sich der Inhalt des Begriffes faktisch zu nichts reduziert, so müssen sie, wenn sie ihre Theorie nicht einfach aufgeben wollen, die Anerkennung als irgendeinen für die Verpflichtung des Individuums wesentlichen psychischen Akt oder Zustand desselben (auch ein Zustand stellt sich ja nur als eine Reihe von psychischen Akten dar) gelten lassen. Damit ist aber der Grundgedanke der Vertragstheorie gegeben: die Mitwirkung des Subjektes bei der Verpflichtung durch die staatliche Autorität. Und wenn man das Gesetz, die Rechtsnorm, als Wille des Staates auffaßt und die Anerkennung als die irgendwie erfolgte Zustimmung des Subjektes betrachten muß, dann ist der Tatbestand dessen gegeben, was die Jurisprudenz einen Vertrag nennt. Ob sich

1) Vgl. z. B. BIERLING a. a. O. S. 68 ff.

dabei die Zustimmung oder Anerkennung auf den konkreten Rechtsatz selbst oder auf eine gedachte Norm, die alle möglichen Rechtsätze in sich begreift, oder aber auf die mit den Rechtsnormen angeblich übereinstimmenden, in der Natur der Dinge gelegenen oder angeborenen Kulturnormen bezieht, ist im Grunde genommen gleichgültig. Denn in allen diesen Fällen ist es der Inhalt oder Zweck des normierenden Staatswillens — wenn auch nicht die spezifische Form — der nach der üblichen Lehre gekannt und anerkannt werden muß, da die inhaltliche Übereinstimmung von Kulturnormen und Rechtsnormen die selbstverständliche Voraussetzung dafür ist, daß die Anerkennung der ersteren als Rechtfertigung der letzteren gelten kann.

Wenn BIERLING¹⁾ gegen die Vertragstheorie des Naturrechtes vorbringt, sie gründe die verbindliche Kraft des Gesetzes auf ein Postulat, das im Widerspruch stehe mit dem positiven Rechte selbst, indem sie eine Allgemeinverbindlichkeit der Verträge voraussetze, die das positive Recht gar nicht kennt, so trifft er mit diesem Vorwurf ebensogut seine eigene Anerkennungstheorie. Denn das positive Recht kennt auch keine Allgemeinverbindlichkeit der „Anerkennung“; allein, der Vertrag der Naturrechtslehrer ist ebensowenig als Rechtsgrund der Verbindlichkeit der Staatsgesetze aufzufassen wie die Anerkennung; er ist für diese in erster Linie ein sittlicher Rechtfertigungsgrund. Auch ist der *contrat social* nicht etwa in einem historisch-realen, sondern in einem rein spekulativ-konstruktiven Sinne zu verstehen. Und wenn BIERLING es geradezu für unmöglich erklärt, „in den Bereich eines Staates zu treten, ohne die in ihm geltenden Normen anzuerkennen, sofern der Eintretende nicht einen Krieg gegen alle will“, so meint man, wörtlich einen der so verspotteten Naturrechtslehrer zu hören, mit deren spezifischen Hilfsvorstellungen von dem „staatslosen Zustande“, dem *bellum omnium contra omnes*, dem Eintritt in den Staat BIERLING hier selbst operiert²⁾.

1) a. a. O. S. 76.

2) Den Vertragscharakter einer auf dem Gebiete des Strafrechtes früher üblichen Spielart der Anerkennungstheorie, der sogenannten Unterwerfungstheorie, hat schon HEINZE richtig erkannt. A. a. O. S. 418/420: „Inwiefern ist die Strafbarkeit einer Handlung dadurch bedingt, daß der Handelnde die Strafbarkeit oder auch nur die Strafwürdigkeit seines Handelns kennt oder doch für möglich hält? Hauptsächlich zwei Gesichtspunkte werden bei Beantwortung dieser Frage geltend gemacht: die freiwillige Unterwerfung des Verbrechers unter die Strafgewalt des Staates und das Motiv für die Unterlassung der verbrecherischen Handlung, welches in der vor Augen schwebenden Strafe liegt.“ Gegen die Unterwerfungstheorie führt nun HEINZE sehr treffende Argumente ins Feld, die im Wesen darauf hinauslaufen, diese Unterwerfung als Fiktion aufzuzeigen, die praktisch unhaltbar

Daß die Anerkennungstheorie eine Konsequenz der Imperativtheorie ist, wurde bereits angedeutet¹⁾. Der vertragstheoretische Charakter einer Lehre, die den Rechtssatz als nackten Imperativ rechtmäßigen Verhaltens auffaßt, muß ganz besonders einleuchten, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Imperativ eine empfangsbedürftige Erklärung ist, daß er, ohne vernommen und angenommen zu werden, schlechterdings sinnlos ist. Damit ist der innere Zusammenhang von Imperativ-, Anerkennungs- und Vertragstheorie sowie der naturrechtliche Ursprung dieses Anschauungskomplexes erwiesen. Damit ist auch die innere Bedeutung der hier vertretenen formalen Auffassung des Rechtssatzes als eines hypothetischen Urteiles, das den bedingten Willen des Staates zu eigenem Verhalten beinhaltet, in eine neue Beleuchtung gerückt: Nur die Erkenntnis von der hier als richtig erklärten logischen Form des Rechtssatzes führt zu einer vollständigen Überwindung der naturrechtlichen Vertragstheorie, da mit dem Imperativ auch die Fiktion der Anerkennung vermieden wird.

XIII. Kapitel.

Die Adresse der Rechtsnorm.

Die außerordentliche Bedeutung, welche die Lehre vom Rechtssatz und seiner logischen Form für das ganze System der Rechtsanschauung hat, derentwillen man den Begriff des Rechtssatzes und den mit ihm korrespondierenden der Rechtspflicht als das Zentralproblem der konstruktiven Jurisprudenz bezeichnen muß, diese Bedeutung zeigt sich in der Tatsache, daß die konkrete Formulierung der fraglichen Lehre eine Reihe weiterer Theorien und Konstruktionen zur Folge haben muß, deren Richtigkeit mit der akzeptierten Grundformel steht und fällt. So wurde hier nur als Konsequenz der Imperativtheorie die in der heutigen Jurisprudenz so verbreitete Anerkennungstheorie aufgezeigt: Und so ist es auch die Imperativtheorie, die den Anlaß zu einem Probleme gegeben, das unter dem Schlagworte: „Die Adresse der Rechtsnormen“ zu mehreren Lösungsversuchen und Konstruktionen geführt hat, die sich zwar untereinander unterscheiden, deren sich aber — sei es der einen oder der anderen — jeder, aber auch nur jener bedienen muß, der die Formel akzeptiert, daß der Rechtssatz ein Imperativ sei.

ist. Diese ganze Auffassung, sagt HEINZE, „führt in ihren Konsequenzen zum contrat social . . .“ 1) Vgl. oben S. 350.

Die Frage: An wen richtet sich die Rechtsnorm? ist dann unvermeidlich, wenn man den Rechtssatz als einen Imperativ erklärt, der vernommen und angenommen werden muß. Die Beantwortung dieser Frage ist für die ganze auf Basis der Imperativtheorie zu vollziehende Konstruktion des Rechtspflichtbegriffes der Anerkennungstheorie von wesentlicher Bedeutung. Der „empfangsbedürftige“ Imperativ verlangt nach einer Person, die ihn vernimmt und annimmt; und ohne Feststellung eines solchen Subjekts bleibt diese ganze, ihrer inneren Natur nach subjektive Rechtsanschauung ein wertloses Fragment. Erst im Subjekt kommt der Imperativ zu seiner spezifischen „Geltung“; und diese erblickt die Imperativtheorie, deren den Zweck berücksichtigender, materiell-soziologischer Charakter hier ja wiederholt dargetan wurde, in der Willensgebundenheit und der daraus folgenden tatsächlichen Befolgung der Norm durch das Subjekt. Zum Wesen der Norm, die befolgt werden muß, um zu „gelten“, gehört ein Vollzieher. MERKEL, ein typischer Vertreter der Imperativtheorie, sagt: „Auch ist es zweifellos die Intention des Rechtes, diejenigen, deren Pflicht es normiert, direkt zur Erfüllung derselben zu bestimmen“. Und da er diesen Zweck des Rechtes zu seinem juristischen Wesen rechnet, fährt er fort: „Folglich ist es eine ihm wesentliche Form, sich an diese Personen zu wenden. Wer Befehle ergehen läßt, der spricht zu denjenigen, welche diese Befehle vollziehen sollen . . .“¹⁾. Der innige Zusammenhang der fraglichen Problemstellung mit der Imperativtheorie, das ist jener Anschauung, derzufolge die Rechtsnorm nur der nackte Befehl des rechtmäßigen Verhaltens ist, tritt bei allen Autoren deutlich zu Tage. So formuliert beispielsweise SELIGMANN²⁾ die Frage nach der Adresse mit den Worten: „An wen richtet sich der Befehl des Gesetzes“ und leitet ein so benanntes Kapitel mit den Worten ein: „Wie oben ausgeführt wurde, ist nur diejenige Willensäußerung ein Befehl, inhalts deren ein anderer als der Erklärende etwas tun, dulden oder unterlassen soll. Im materiellen Gesetze ist der Befehlende der Staat. Es fragt sich nun: An wen richten sich seine Imperative?“

Hat man die Imperativtheorie als irrig erkannt, dann erweist sich die ganze Problemstellung, die in der Frage nach der Adresse der Rechtsnormen gipfelt, als verfehlt. Das hypothetische Urteil, das den an gewisse Bedingungen geknüpften Willen des Staates zu einer eigenen Handlung beinhaltet, diese Regel des staatlichen Verhaltens bedarf keiner Adresse, an die sie gerichtet ist, weil sie nicht vernommen oder angenommen zu werden braucht. Auf dieser Grund-

1) a. a. O. S. 86.

2) a. a. O. S. 96.

lage kann die nach dem Subjekte gerichtete Frage nur lauten: Wer wird durch die Rechtssätze verpflichtet?

Die methodische Unzulässigkeit der Fragestellung, die zu den verschiedenen Theorien von der wahren Adresse der Rechtsnormen führt, muß jede derselben von vornherein unhaltbar machen. Doch mögen dieselben schon wegen ihrer großen Verbreitung in der herrschenden Jurisprudenz und auch deshalb hier eine nähere Untersuchung und Widerlegung erfahren, weil ihre Kritik Gelegenheit bietet, zu einigen wichtigen prinzipiellen Fragen der Konstruktion und Methode Stellung zu nehmen.

Als die wahren Adressaten der Rechtsnormen haben die verschiedenen Theoretiker entweder die Untertanen oder die Staatsorgane oder den Staat selbst, mitunter auch den einen und den anderen bezeichnet.

Die Auffassung, daß die Untertanen die Adressaten sind, an welche sich die Rechtsnormen richten, muß als die der Imperativtheorie entsprechendste bezeichnet werden. Da die Lehre, daß die Rechtsnorm ein das rechtmäßige Verhalten fordernder Imperativ sei, wie schon früher bemerkt, die Formulierung des im Rechtssatze gelegenen substantiellen Zweckmomentes bedeutet, kann die Frage nach dem Adressaten der Rechtsnorm nur den Sinn haben: Wer realisiert den Zweck der Rechtsnorm, nämlich das rechtmäßige Verhalten? Die Antwort darauf kann nur sein: Jene, deren Verhalten gefordert wird. Das sind in erster Linie die Untertanen. Wenn auch von den Staatsorganen in gewissen Rechtsnormen ein bestimmtes Verhalten — ihre Organtätigkeit — gefordert wird, also auch die Staatsorgane als Adressaten in Betracht kommen können, so ist — und darauf wurde ja schon als besonderen Mangel der Imperativtheorie hingewiesen¹⁾ — die Stellung der Staatsorgane gegenüber den ihre Organtätigkeit fordernden Imperativen auf Grund der konsequent durchgeführten Theorie keine andere als die der Untertanen gegenüber den anderen Rechtsnormen. Gerade die Imperativtheorie ist unfähig, zwischen der Rechtsstellung der Staatsorgane und der der Untertanen einen Unterschied zu finden. Beide befolgen Imperative. Und so kommen im Grunde auch die Staatsorgane gegenüber den Rechtsnormen nur als Untertanen in Betracht. Wer auf dem Boden der Imperativtheorie steht, der kann weder die Fiktion von der Kenntnis und Anerkennung der Rechtsnormen, noch auch die gleichfalls als Fiktion zu charakterisierende Auffassung von den Untertanen als den Adressaten der Rechtsnormen vermeiden. Dennoch

1) Vgl. oben S. 234 f.

wurde gerade das letztere versucht. In Anschluß an IHERING hat neustens M. E. MAYER sich bemüht, die Lehre, der Rechtssatz sei ein Imperativ an die Untertanen, als falsch nachzuweisen. Die von ihm vorgeschlagene Rektifizierung bezieht sich jedoch lediglich auf die Adresse. Daß der Rechtssatz ein Imperativ sei, und die Rechtsnorm auch für den Juristen als Befehl rechtmäßigen Verhaltens in Betracht komme, stellt er nicht in Frage. Nur richte sich dieser Imperativ nicht an die Untertanen. „Alle Gesetze wenden sich an die Verwalter der Gesetze; die Organe des Staates, die berufen sind die Gesetze zu handhaben, sind die einzigen Adressaten der Befehle, die das Gesetz gibt“¹⁾.

Das Argument, mit welchem die Anschauung, der Gesetzesbefehl richte sich an die Untertanen, als „Fiktion“ verworfen wird, findet MAYER in der Tatsache, daß das Volk die Rechtssätze nicht kenne und sowohl wegen der unübersehbaren Menge derselben als auch ihrer Redigierung wegen gar nicht kennen zu lernen die Möglichkeit habe²⁾. „Kein vernünftiger Mensch legt aber einem Befehl verbindliche Kraft bei, wenn es ihm bekannt ist, daß die Person, welcher der Befehl gilt, denselben nicht vernommen habe.“ „Der Staat behandelt wider besseres Wissen jeden Untertanen, als ob er das Reichsgesetzblatt gelesen und verstanden habe! Wer wollte ernstlich diese ungeheure Annahme als Grundlage unserer ganzen Rechtspflege verteidigen?“ Daß die Annahme einer allgemeinen Gesetzeskenntnis eine grobe Fiktion ist, kann kein Zweifel sein. Freilich ist auch die Theorie von allgemeiner Kenntnis und Anerkennung der mit den Rechtssätzen inhaltlich übereinstimmenden Kulturnormen, die MAYER an die Stelle der ersteren setzen zu müssen glaubt — wie bereits früher gezeigt — die gleiche Fiktion. In dem Satze: der Imperativ des Rechtssatzes richtet sich an die Untertanen, ist nicht so sehr die Adresse als die Voraussetzung eine falsche, nämlich die Auffassung des Rechtssatzes als Imperativ, als Befehl. MAYER ist auf dem halben Wege zur richtigen Erkenntnis stehen geblieben. Denn die Einsicht in die Verwerflichkeit der Fiktion einer allgemeinen Rechtskenntnis hätte zur Negierung der Imperativtheorie führen müssen.

Die richtigen, leider nicht konsequent durchgeführten Intentionen MAYERS zeigen sich auch in seiner Auffassung von der Gesetzespublikation. Die Fiktion, das Gesetz sei ein Befehl an die Untertanen, werde gestützt durch die Auffassung, derzufolge die Gesetzespublikation eine Bekanntmachung der Gesetze sei. Allein, diese Bedeutung komme der Publikation nicht zu, denn „bekannt gemacht“

1) a. a. O. S. 4.

2) a. a. O. S. 6 ff.

werden die Gesetze ja faktisch nicht. „In Wahrheit liegt auch das Wesen der Verkündung des Gesetzes nicht in der Bekanntmachung. Das geht schon daraus hervor, daß eine Bekanntmachung auf anderem als verfassungsmäßigem Wege, auch wenn sie die Kenntnis des Gesetzes auf das wirksamste verbreiten würde, als Verkündung staatsrechtlich ungültig wäre. Die Reichsgesetze können nur im Reichsgesetzblatte verkündigt werden. Jede andere Publikation ist staatsrechtlich null und nichtig. Die Verkündung ist nichts anderes als der letzte Akt der Gesetzgebung, durch welchen ein authentischer Abdruck des Gesetzes geschaffen und veröffentlicht wird; der Minister trägt die Verantwortlichkeit für die Authentizität, durch die Herstellung dieses Gesetzestextes soll nicht das Gesetz d. h. nicht sein Inhalt gemeinkundig gemacht werden, vielmehr soll authentisch erklärt werden, welcher Gesetzesinhalt echt ist ¹⁾.“

Dieser Auffassung ist der Hauptsache nach zuzustimmen. Nur folgende Einschränkung muß gemacht werden. Es ist gewiß unrichtig, in Abrede zu stellen, daß der Zweck der heute üblichen Publikation durch die Gesetzblätter darin gelegen ist, das Gesetz bekanntzumachen. Historisch ist diese mit dem Konstitutionalismus entstandene Publikationsart als bewußte Reaktion gegen die mangelnde Publizität der Rechtsnormen in der absoluten Monarchie zu erklären. Bloß um einen authentischen Gesetzestext zu schaffen, genügte eine vom Monarchen gefertigte, von den Ministern gegengezeichnete Urkunde. Die Vervielfältigung durch die Presse kann vernünftigerweise keinen anderen Zweck haben als den der Bekanntmachung und zwar: allen Interessenten die Möglichkeit zu geben, sich leicht die Kenntnis eines authentischen Gesetzestextes zu beschaffen. MAYER irrt also, wenn er vom Standpunkte des Zweckes — darin ist er freilich ein Schüler IHERINGS — das Wesen der Publikation erfassen will. Denn ob der Zweck der Bekanntmachung tatsächlich erfüllt wird, ja, welchen Zweck die Publikation überhaupt verfolgen mag, das ist für die juristische Qualifikation der Publikation gleichgültig. Das juristische Wesen der Publikation liegt nicht in dem substantiellen Momente ihres Zweckes, sondern in ihrer formalen Bedeutung als eine der wesentlichen Voraussetzungen für die Existenz eines Staatswillens, die Geltung eines Rechtssatzes. Darum ist das Endresultat MAYERS, daß die Publikation als „letzter Akt der Gesetzgebung“ in Betracht kommt, ebenso richtig, wie seine Begründung falsch ist. Es ist unrichtig zu behaupten, daß das Wesen der Publikation darum nicht in der Bekanntmachung liege, weil dieser Zweck durch die Publikation nicht erfüllt würde und nicht erfüllt werden könne. Denn

1) a. a. O. S. 11.

dies setzte voraus, daß das juristische Wesen der Publikation in ihrem Zwecke gelegen sei. Und das wäre von Grund aus falsch. MAYER hat mit sicherem juristischen Instinkte die formale Natur richtig erkannt, jedoch mit methodisch falschen Mitteln konstruiert.

Im übrigen sei noch hervorgehoben, daß es ungenau und irreführend ist, von der Publikation eines Gesetzes zu sprechen. Was publiziert wird, ist — im konstitutionellen Staate — der vom Monarchen sanktionierte Beschluß beider Häuser des Parlamentes, der erst durch die Publikation zum Gesetze wird. Gerade diese ungenaue Ausdrucksweise birgt die Gefahr in sich, die formale Bedeutung des Publikationsaktes zu verwischen, der für das Zustandekommen des „Gesetzes“ ebenso nötig ist und in dem Prozesse der Staatswillensbildung die gleiche Stellung einnimmt wie die Sanktion des Monarchen oder die Beschlüsse des Parlamentes.

Die Lehre, der Gesetzesbefehl richte sich an die Staatsorgane, stammt von IHERING. In seinem Werke: „Der Zweck im Recht“ sagt dieser ¹⁾: „Das Kriterium einer Rechtsnorm besteht nicht in ihrer externen Wirksamkeit nach Seiten des Volkes, sondern in ihrer internen nach Seiten der staatlichen Behörden. Jene Wirksamkeit bleibt hinter dieser weit zurück und wir werden daher, wenn wir den Begriff der Rechtsnorm juristisch korrekt wiedergeben, nicht irre greifen, indem wir dieselbe nach Seiten ihrer Form dahin definieren: Sie enthält einen abstrakten Imperativ an die Organe der Staatsgewalt. Und die externe Wirkung, das ist die Befolgung derselben von Seiten des Volkes, soweit dazu Anlaß geboten ist muß von diesem rein formal juristischen Standpunkte aus (nicht vom teleologischen) jener primären gegenüber lediglich als sekundär bezeichnet werden. Alle gesetzlichen Imperative ohne Ausnahme sind in erster Linie an die Behörden gerichtet. Das ganze Zivilgesetzbuch, das Strafgesetzbuch, alle Finanz-, Polizei-, Militär- usw. Gesetze und -Verordnungen sind lauter Regulative für die Handhabung der staatlichen Zwangsgewalt. Aber soweit letztere aktiv der Privatperson für ihre Interessen zur Verwendung gestellt ist (Privatklage) oder passiv auf Grund eines solchen Antrages oder ohne denselben gegen sie in Vollzug gesetzt werden kann, erstreckt sie ihre Wirksamkeit auch auf diese: sie berechtigen sie, verpflichten oder binden sie. Mit Rücksicht auf den Zweck derartiger mag man sagen, daß sie sich der Privatperson zukehren. Die obige Behauptung, daß sie ihrer Form nach lediglich an die Organe der Staatsgewalt ergehen, wird dadurch nicht alteriert.“ Diese Lehre IHERINGS hat MAYER vollinhaltlich übernommen und nur noch näher präzisiert. Er unterscheidet zwei externe Wirkungen des Rechtssatzes: Die „nor-

1) a. a. O. I S. 337/338.

mierende Funktion“ des Gesetzes, die sich in der Befolgung des Rechtssatzes seitens des Volkes äußert. Und die „garantierende Funktion“ des Rechtssatzes. „Die Garantie besteht darin, daß der Staat dem Bürger zusagt, er werde bestimmte Interessen und Pflichten als solche anerkennen und seine Macht zur Wahrung derselben zur Verfügung stellen. Der Rechtssatz ist also den Untertanen gegenüber so gut wie in seinem Verhältnis zu den Staatsorganen eine Willenserklärung des Staates; für den Untertanen ist diese Willenserklärung aber nicht Befehl, sondern ein Versprechen, nicht eine Verhaltensmaßregel, sondern ein Garantieschein. Und gerade, weil die Rechtsnorm für die Staatsorgane Norm ist (MAYER identifiziert „Norm“ mit Imperativ oder Befehl), ist sie Garantie für die Bürger. Der Staat befiehlt seinen Organen, bestimmte Interessen in bestimmter Weise zu schützen und somit die Erfüllung der den Interessen entsprechenden Pflichten zu betreiben; dieser Befehl an die Organe ist für den Interessenten eine Zusage. Die einheitliche Willenserklärung des Staates hat, weil sie sich nach zwei Seiten hin wendet, zwei Bedeutungen und weil sie einen Inhalt hat, zwei einander entsprechende Bedeutungen; sie befiehlt den Verwaltern des Gesetzes und gibt gerade deswegen den Untertanen ein Versprechen . . . ist für die Berechtigten eine Zusage . . . für den Verpflichteten . . . eine Drohung“. „Die garantierende Funktion der Rechtssätze nimmt für die juristische Betrachtung die erste Stelle ein, sie ist recht eigentlich der Gegenstand der Jurisprudenz.“¹⁾

Die IHERINGSche Konstruktion in der von MAYER ausgebildeten Form ist treffend, soweit sie das Verhältnis des Rechtssatzes zum Volke erfaßt. Ihre Bedeutung liegt in der unter Berufung auf die formale Natur der juristischen Betrachtung erfolgten entschiedenen Ablehnung des Gedankens, daß der Rechtssatz juristisch ein Imperativ an das Volk sei. IHERING, der ja das sogenannte „Zwangsmoment“, d. h. die Nachteils- d. i. Straf- und Exekutionsdrohung als wesentlich für das objektive Recht erkannte, blieb vor dem Irrtume bewahrt, den Rechtssatz als Befehl des rechtmäßigen Verhaltens — der nur an das Volk gerichtet sein konnte — aufzufassen. Zuzustimmen ist auch der positiven Formulierung MAYERS, derzufolge im Rechtssatze formell eine Willenserklärung des Staates zu erblicken ist, die materiell — was also für die juristische Betrachtung irrelevant ist — dem Verpflichteten gegenüber eine Drohung, dem Berechtigten²⁾ gegenüber eine Verheißung bedeutet.

So richtig die IHERING-MAYERSche Theorie das Verhältnis des

1) a. a. O. S. 49/51.

2) Das Verhältnis von Rechtssatz und subjektivem Rechte ist der 2. Abt. des 3. Buches dieser Untersuchungen vorbehalten.

Rechtssatzes zum Untertanen erfaßt hat, so von Grund aus verfehlt ist die Konstruktion des Verhältnisses zu den Staatsorganen. Mit Entschiedenheit muß die Auffassung verworfen werden, daß der Rechtssatz ein an die Staatsorgane gerichteter Imperativ sei. Denn die logische Form des Rechtssatzes ist nicht die des Imperatives, sondern, wie hier des näheren bewiesen wurde, die eines hypothetischen Urteiles. Nur weil IHERING an der konventionellen Anschauung von der imperativischen Form des Rechtssatzes festgehalten, weil er die Bedeutung unterschätzt hat, welche der logischen Form des Rechtssatzes zukommt, hat er seine von vornherein richtigen Anschauungen über das formale Verhältnis des Rechtssatzes zu den Rechtssubjekten nicht zu richtigen Konsequenzen führen können.

Hält man an der logischen Form des Imperatives für den Rechtssatz überhaupt fest, so kann der Inhalt eines solchen Imperatives nur ein dem Zwecke der Rechtsordnung entsprechendes Verhalten von Menschen sein, denn der Imperativ ist stets nur der Ausdruck eines auf ein fremdes Verhalten gerichteten Wunsches oder Willens, ist die unmittelbare und direkte Formulierung eines durch einen anderen zu realisierenden Zweckes. Daß der End-Zweck der Rechtsordnung vor allem das rechtmäßige Verhalten der Untertanen ist, kann nicht bezweifelt werden und darum ist der nächstliegende Inhalt des Gesetzesimperatives dieses Verhalten der Untertanen, was natürlich denselben Sinn hat, wie daß der Gesetzesimperativ an die Untertanen gerichtet ist. Wenn IHERING seinem Gesetzesimperativ nicht diesen Inhalt geben wollte, so geschah dies hauptsächlich aus folgendem Grunde: Er erkannte, daß durch den bloßen Imperativ des rechtmäßigen Verhaltens keine Rechtspflichten statuiert, die Untertanen nicht gebunden werden können, daß hiezu die Nachteilsdrohung der Strafe oder Exekution nötig sei. Darum nahm er in den Rechtssatz die an einen bestimmten Tatbestand bedingte Nachteilsdrohung auf, gab jedoch auch dieser Drohung die Form eines Imperatives an die Staatsorgane. Der Rechtssatz hätte demnach die Form: Ihr Staatsorgane sollt unter bestimmten Umständen strafen oder exequieren. Allein, damit hat IHERING nur scheinbar das Problem gelöst. Denn die an die Staatsorgane gerichteten Imperative weisen genau dieselben Mängel auf, die man den an die Untertanen gerichteten vorzuwerfen hat: Sie sind nackte Imperative, die ein von der Rechtsordnung bezwecktes Verhalten von Menschen ohne jede Nachteilsdrohung fordern. Wenn der Rechtssatz überhaupt Imperativ sein, wenn er bestimmten Menschen ein Verhalten vorschreiben kann, warum sollte er es dann nicht allen Menschen gegenüber können? Wenn der an Menschen gerichtete Befehl, zu strafen oder zu exequieren ein Rechtssatz ist, warum sollte

es nicht der Befehl irgendeines anderen Verhaltens sein? Darin liegt ein unlöslicher Widerspruch, denn den an die Staatsorgane gerichteten Befehl kann man als Rechtssatz wohl nur mit Rücksicht auf die Autorität des Befehlenden — nämlich des Staates — qualifizieren, eine Eigenschaft, die auch den an die Untertanen gerichteten Befehlen irgendeines Verhaltens nicht abgeht. Und dem Imperativ des Staates steht das Organ ebenso gegenüber wie der Untertan: Es kann ihn befolgen oder auch verletzen.

Nur wegen der letzteren Möglichkeit kann der Rechtssatz, der den Untertanen verpflichtet, kein bloßer Imperativ rechtmäßigen Verhaltens sein; ganz ebenso liegt es aber bei den Staatsorganen. Nur der die Staatsperson selbst verpflichtende Rechtssatz kann der Nachteilsdrohung entbehren, aber nur deshalb, weil — wie ja schon dargetan — der Staat überhaupt nicht unrecht handeln kann. Und auch hier ist der Imperativ nicht die entsprechende Form. Vom Standpunkte des Zweckes — und dieser Standpunkt ist mit Akzeptierung der imperativischen Form notwendig verbunden — ist das Strafen und Exequieren der Staatsorgane erst in zweiter Linie, nämlich für den Fall beabsichtigt, als das in erster Linie durch die Rechtsordnung bezweckte rechtmäßige Verhalten der Untertanen nicht erzielt wird; und darum muß die Konstruktion jener Imperativtheoretiker als konsequenter anerkannt werden, die neben den an die Untertanen gerichteten Gesetzesimperativen rechtmäßigen Verhaltens die an die Staatsorgane unter der Bedingung der Verletzung der ersteren gerichteten Straf- und Exekutionsimperative aufstellen. In diesem Sinne sind die Einwände MERKELS gegen IHERING — die Voraussetzung der Imperativtheorie außer Frage gelassen — nicht unzutreffend, wenn er sagt¹⁾: „Man hat angenommen, daß die Rechtsnormen ihrer juristischen Form nach lediglich an die Organe der Staatsgewalt ergingen. Hiernach würde die Norm, welche den Darlehnsempfänger verpflichtet, das Empfangene zurückzuerstatten, und würden überhaupt die primären Gebote, so wie sie sich an den einzelnen wenden, Rechtsnormen an sich nicht sein; nur die Anweisung an die Organe der Staatsgewalt, im Falle des Ungehorsams nötigen einzugreifen, würde die kennzeichnende Form der Rechtsvorschriften haben. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Sie macht das Sekundäre, das bloße Bekräftigungsmittel zur Hauptsache. Jene Anweisung an die Organe der Staatsgewalt soll nur wirksam werden, sofern die Verletzung einer Rechtsvorschrift bereits vorliegt, daher wir das primäre Gebot, um dessen Verletzung es sich handelt, wohl als eine solche Vorschrift gelten

1) a. a. O. S. 586.

lassen müssen. Pflichten und Befugnisse des Staatsangehörigen gehen direkt aus den primären Vorschriften hervor und sollen unmittelbar aus denselben entnommen werden können. Auch ist es zweifellos die Intention des Rechtes, diejenigen, deren Pflicht es normiert, direkt zur Erfüllung derselben zu bestimmen. Folglich ist es eine ihm wesentliche Form, sich an diese Personen zu wenden. Wer Befehle ergehen läßt, der spricht zu denjenigen, welche diese Befehle vollziehen sollen, und wer erlaubt, ermächtigt, gewährleistet, zu denjenigen, um deren Freiheit und Willensbetätigung es sich handelt. Dem Rechte gegenüber aber sind alle in dieser Lage, denn jedem liegt es ob, Befehle des Rechtes zu befolgen, und jeder hat teil an der Freiheit, welche das Recht gewährleistet. Daher existiert niemand, zu dem das Recht seiner Intention nach (sic!) nicht spräche.“

Gegen die Konstruktion des Rechtssatzes als eines Imperativs an die Staatsorgane erheben sich sofort alle jene Einwände, die gegen die Imperativtheorie im allgemeinen bestehen und hier des näheren dargelegt wurden¹⁾. Vor allem aber das eine: daß der den Staatswillen darstellende Rechtssatz jenen Inhalt gar nicht haben kann, der durch einen Imperativ zum Ausdruck kommt, nämlich das Verhalten eines anderen als des Befehlenden. Der Staat kann kraft der Natur seines spezifischen Willens, der kein realpsychischer Akt, sondern juristische Konstruktion ist, nur sein eigenes Verhalten wollen, niemals das anderer Personen, sei es seiner Untertanen oder seiner Staatsorgane. Wendet man hier ein, daß ja die Person des Staates von der seiner Organe nicht verschieden, der an die Organe gerichtete Imperativ also faktisch an den Staat selbst gerichtet sei, so kann hier vorläufig nur konstatiert werden, daß die Annahme der Identität von Staatsperson und Staatsorgan logisch unhaltbar und daher, wiespäter noch genauer bewiesen werden wird, zu verwerfen ist. Gerade die Auflösung der Rechtsordnung in eine Reihe von Imperativen, die alle an die Staatsorgane gerichtet sind, macht die Konstruktion einer einheitlichen Staatsperson völlig unmöglich. Denn auf Grund einer solchen Rechtsordnung müssen als einzige Pflicht- und Rechtssubjekte — d. h. eben als Personen — nur die Staatsorgane, nicht aber der Staat selbst erscheinen. Da alle Imperative an die Staatsorgane gerichtet sind, gibt es — im Sinne der Imperativtheorie — nur Pflichten der Staatsorgane, für Rechtspflichten des Staates ist kein Raum und daher zur Konstruktion einer Staatsperson weder ein Anlaß noch eine Möglichkeit. Die Staatsperson ist nach dieser Formulierung der Imperativtheorie restlos in eine Reihe von Organpersonen aufgelöst.

1) Vgl. oben S. 189 ff.

Dann müssen aber insbesondere auch jene Einwände gegen die IHERING-MAYERSche Adresse des Rechtssatzes vorgebracht werden, die MAYER selbst gegen die Annahme der Untertanen als Adressaten geltend gemacht hat. Wenn er ausführt, die Gesetzesimperative können nicht an das Volk gerichtet sein, denn das Volk kenne sie nicht, die Annahme einer allgemeinen Rechtskenntnis sei eine Fiktion, und wenn er zur Begründung der IHERINGschen Konstruktion sich auf den Grundsatz beruft: *jura novit curia*, so muß festgestellt werden, daß auch die Annahme, die Staatsorgane — es kommen ja nicht nur Gerichte in Frage — kennen das Gesetz, eine Fiktion ist, die sich nur um ein Haar unterscheidet von der einer allgemeinen Rechtskenntnis. Wie diese reduziert sie sich in Wirklichkeit — und was in Wirklichkeit ist, will ja der von MAYER herangezogene Grundsatz sagen — auf das Postulat: Die Staatsorgane sollen das Gesetz kennen. Ob sie es wirklich kennen, ist *quaestio facti*, die nur in jedem Einzelfalle zu entscheiden ist (und sehr häufig wohl wird negativ beantwortet werden müssen). Widrigenfalls wird die juristische Präsumption zur Fiktion. Die Rechtskenntnis der Staatsorgane ist aus keinem anderen Grunde postuliert als die Rechtskenntnis der Untertanen. Die einen sollen das Gesetz kennen, weil sie es anwenden, die anderen, weil sie es befolgen sollen. Daß die Annahme der Rechtskenntnis — des Vernehmens der Befehle — eine für die Imperativtheorie unentbehrliche Fiktion ist, wurde schon gezeigt und aus der Natur des Imperativs als einer empfangsbedürftigen Erklärung deduziert. Es ist daher ganz selbstverständlich, daß eine Theorie, welche den Gesetzesimperativ an die Staatsorgane gerichtet sein läßt, die gleiche Fiktion bei der Person dieser Adressaten vornimmt, die eine Konstruktion des Rechtssatzes als eines Imperativs an die Untertanen bei der Person der letzteren erfordert.

Und wenn MAYER argumentiert: Das Gesetz könne kein Imperativ an die Untertanen sein, denn die Publikation sei keine Bekanntmachung, dann richtet sich dieser Einwand auch gegen seine eigene Anschauung, denn er bedeutet nichts anderes, als daß die rechtlich relevante Empfangsbedürftigkeit der staatlichen Willenserklärung geaugnet wird. Läßt MAYER aber den Rechtssatz doch wieder als Imperativ an die Staatsorgane gelten, muß auch die Publikation als eine Bekanntmachung angesehen werden, eine Bekanntmachung nicht für die Untertanen, sondern für die Staatsorgane!

Daß sich der Gesetzesimperativ an den Richter wende, sucht MAYER auch dadurch darzutun, daß er¹⁾ darauf hinweist, daß der

1) a. a. O. S. 30/31

Richter bei Fehlurteilen als Übertreter der Gesetze erscheine, das Gesetz aber nur von demjenigen übertreten werden könne, der es zu befolgen habe und an den es daher gerichtet sei. Allein, das Gesetz, das der Richter verletzt, ist nicht dasjenige, das er gerade anzuwenden hat! MAYER unterscheidet hier nicht zwischen „Befolgen“ und „Anwenden“ eines Rechtssatzes. Wesentlich verschieden voneinander sind der Rechtssatz, den das Staatsorgan anwendet und jener, der ihm diese Anwendung zur Pflicht macht. Nur den letzteren kann das Organ in seiner Amtstätigkeit verletzen. Der Strafrichter z. B., der seinem Urteile nicht das Strafgesetzbuch zu Grunde legt, verletzt nicht den Rechtssatz betreffend Diebstahl, Mord etc., den er hätte anwenden sollen, nicht die Rechtspflicht, die ja der Angeklagte verletzt hat, sondern ausschließlich seine Amtspflicht und den dieselbe statuierenden Rechtssatz. Treffend sagt schon BINDING¹⁾ — mit Unrecht von MAYER angegriffen —: „Ein Richter, der ein gültiges Gesetz vorsätzlich seinem Urteile nicht zu Grunde legt, verletzt nicht das von ihm vernachlässigte Gesetz, bald das wider den Mord, bald das wider den Hochverrat, bald das wider den Betrug, bald das, welches die Pflichten des Käufers regelt, bald ein Verwaltungs-, bald ein Prozoßgesetz, sondern immer ein und dieselbe Pflicht: seinen Urteilen das geltende Recht zu Grunde zu legen. Diese Pflicht aber erwächst ihm unmittelbar weder aus dem nicht angewandten Strafgesetze, noch aus der vielleicht mißachteten Bestimmung des Handelsgesetzbuches, sondern aus dem Rechtsgeschäfte seiner Anstellung.“ Der letzteren Behauptung kann allerdings nicht beigeprägt werden, da eine Rechtspflicht niemals durch ein Rechtsgeschäft, sondern stets nur durch einen Rechtssatz statuiert werden kann. Das Rechtsgeschäft ist nur der Tatbestand, an den in einem Rechtssatze die Entstehung der Pflicht geknüpft wird. So werden die Amtspflichten des Richters auch nicht durch das „Rechtsgeschäft“ der Anstellung, sondern durch die Organisations- und Disziplinarvorschriften geschaffen. Darin muß ein Hauptmangel der IHERINGSchen Konstruktion erblickt werden, daß sie aus demselben Rechtssatze, der die Rechtspflicht des Untertanen zu einem bestimmten rechtmäßigen Verhalten statuiert, zugleich die Rechtspflicht des Staatsorganes zur Handhabung dieses Rechtssatzes ableitet. Wenn die Rechtspflicht der Untertanen aus dem Rechtssatze stammt, der Strafe oder Exekution anordnet, dann ist es unbedingt Forderung der Konsequenz, die Rechtspflicht zur Anwendung des Rechtssatzes, d. h. Strafe oder Exekution zu verhängen — Tätigkeiten, die sich ebenfalls als recht- und pflichtmäßiges Verhalten darstellen — von einem anderen als dem

1) Normen I. 2. Aufl. S. 15.

anzuwendenden, und zwar von einem analog gebauten Rechtssatze abzuleiten. Da sowohl das Verhalten des Organes als das des Untertanen in gleicher Weise Inhalt von Rechtspflichten ist, die Struktur der Rechtspflicht aber eine einheitliche sein muß, liegt ein Widerspruch vor, wenn nach der IHERINGSchen Konstruktion wohl die Rechtspflicht des Staatsorgane, nicht aber die des Untertanen auf einem an das verpflichtete Subjekt gerichteten Imperativ beruht. Da IHERING den Rechtssatz als Imperativ konstruiert, müßte er konsequenterweise, um überhaupt Rechtspflichten der Untertanen begründen zu können, auch an diese letzteren Imperative ergehen lassen. Da er jedoch alle Rechtsimperative an die Staatsorgane adressiert, müßte er eigentlich — bei der gegenseitigen Relation von Rechtssatz und Rechtspflicht — die Statuierung von Rechtspflichten der Untertanen durch das objektive Recht leugnen. Diese Konsequenz hat nun IHERING selbst freilich nicht gezogen. Er sagt ausdrücklich, daß die Rechtssätze — das sind seine an die Staatsorgane gerichteten Imperative — insoferne sie gegen die Untertanen in Vollzug gesetzt, d. h. auf sie angewendet werden können, dieselben verpflichten¹⁾, konstruiert somit die Rechtspflicht der Untertanen nach einem ganz anderen Prinzip als die Rechtspflicht der Staatsorgane. Während die letztere subjektiv mit dem an die Person des Verpflichteten gerichteten, von dieser vernommenen und wohl auch angenommenen Imperativ statuiert wird, besteht die erstere in der objektiven Anwendbarkeit des Rechtssatzes auf das Subjekt. Beide Prinzipien schließen einander aus und tatsächlich steht nichts im Wege, wie ja die hier vertretene Lehre zeigt, das richtige Prinzip, das IHERING nur für die Rechtspflicht der Untertanen verwendet hat, auch bei der Konstruktion der Organpflicht zu verwenden.

Nimmt man die Imperativtheorie mit ihrem Grundsatz: „ohne Imperativ keine Pflicht“ beim Wort, dann muß die Konstruktion aller Rechtssätze als Imperative an die Staatsorgane die Annahme von Rechtspflichten der Untertanen, die durch die Rechtsordnung statuiert sind, unmöglich machen. Und vor dieser Konsequenz ist auch MAYER in seiner Fortsetzung der IHERINGSchen Theorie nicht zurückgeschreckt. Schon früher wurde ja MAYER als zur Gruppe jener Theoretiker gehörig angeführt, welche die Rechtspflicht nicht aus dem Rechtssatze des objektiven Gesetzes, sondern aus den Normen der Moral, Sitte, der Kultur und sonstigen sozialen Faktoren herleiten, denen die Rechtspflicht keine durch das Recht geschaffene, sondern vom Rechte bloß geschützte Pflicht erscheint. Auf die Parallele dieses Pflichtbegriffes zu dem IHERINGSchen Begriff des subjektiven Rechtes als eines rechtlich geschützten Interesses, die Gleichstellung von Pflicht

1) Vgl. das oben S. 383 angeführte Zitat.

und „Interesse“ wurde bereits hingewiesen. Sie findet sich in dem bereits zitierten Satze MAYERS über die garantierende Funktion des Rechtssatzes bestätigt: „daß der Staat dem Bürger zusagt, er werde bestimmte Interessen und Pflichten als solche anerkennen . . .“ und kommt vollends zum Ausdruck in den schon in anderem Zusammenhange wiedergegebenen Worten: „Die Rechtssätze legen nur den Staatsorganen Pflichten auf, die Pflichten der Untertanen sind Produkte aus den Begebenheiten des Lebens (Handlungen, Ereignisse, Zustände) und der auf dieselben anwendbaren Kulturnormen, sie sind Rechtspflichten, weil und soferne sie nach geltendem Rechte vom Staate, speziell von den Gerichten des Staates als Pflichten behandelt werden. Rechtspflichten sind rechtlich erhebliche Pflichten“.

Zur Kritik dieser Anschauung kann dem bereits früher Gesagten nichts hinzugefügt werden.

In der Konstruktion der Rechtsordnung als einer Summe von ausschließlich an die Staatsorgane gerichteten Imperativen erblickt MAYER den entsprechenden Ausdruck für die Tatsache, daß die Staatsgewalt im modernen Staate durch rechtliche Schranken gebunden sei. Er sagt¹⁾: „Die Rechtsnormen sind ein Mittel, die Willkür der Staatsorgane und hiermit die Allgewalt des Staates zu beschränken.“ Aus diesem Zwecke der Rechtsnorm gehe hervor, daß sie ein Befehl an das Staatsorgan sein müsse. Allein, auch diese Auffassung ist eine unrichtige. Es geht nicht an, den Rechtssatz in erster Linie als eine Einschränkung der Staatsgewalt zu betrachten. Denn die Staatsgewalt reicht rechtlich nicht weiter als der Staatswille und dieser kommt im modernen Staate im Gesetze und nur im Gesetze zur Existenz. Insoferne schafft das Gesetz vor allem die Staatsgewalt, daß es sie beschränkt, ist eigentlich ein sekundäres Moment und kommt nur indirekt zur Geltung, denn das Gesetz beschränkt die Staatsgewalt nur in dem Sinne, daß es ihr tatsächlich keinen größeren Umfang gibt, als der im Rechtssatz ausgedrückte Staatswille eben hat. Nach konstitutioneller Theorie bedarf jede Handlung, jede Machtäußerung, soll sie als solche des Staates gelten, einer gesetzlichen Basis; ohne diese bleibt sie rechtlich irrelevante Willkür von Einzelpersonen. Gäbe es keine Rechtssätze, so gäbe es — rechtlich — überhaupt keinen Staat und keine Staatsgewalt. Die Vorstellung, daß durch die Gesetze die Staatsgewalt — die unabhängig von diesen besteht und ohne sie unbegrenzt wäre — nur beschränkt, nicht geschaffen werde, liegt dem absoluten Staate zu Grunde, dessen Macht der unbeschränkte Wille der physischen Person des Herrschers ist. Diese von vornherein unbegrenzte Staatsgewalt mag wohl eine Einschränkung erfahren, wenn

1) a. a. O. S. 34.

der Herrscher ein bestimmtes Gebiet durch Gesetze regelt und so seine — das ist des Staates — Gewalt durch die mit den Rechtssätzen statuierten Pflichten rechtlich bindet. Im konstitutionellen Staate dagegen kann die Exekutive mit dem Monarchen an der Spitze nicht überall dort unbehindert walten, wo keine gesetzlichen Schranken bestehen, denn sie kann ohne Gesetze rechtlich überhaupt nicht tätig werden und nur insoweit sich rechtlich äußern, als die Gesetze es vorschreiben. Jede Kompetenz der Staatsgewalt bedarf einer gesetzlichen Basis. Darum ist jedes neue Gesetz (im materiellen Sinne) eine Erweiterung, keine Beschränkung der Staatsgewalt. Inwieweit dieses konstitutionelle Prinzip in den einzelnen Staaten, die ja historisch zumeist aus absoluten Monarchien entstanden sind, tatsächlich verwirklicht ist, muß quaestio facti bleiben. Falsch ist jedenfalls, das reine Prinzip der absoluten Monarchie als allgemein gültig zu behaupten. Und darum ist es unrichtig, wenn MAYER sagt: „Es mag wohl sein, daß in dem einen oder andern Falle der Staat seine Interessen nachdrücklicher, kraftvoller, besser wahren könnte, wenn er sich nicht an seine Rechtsnormen gebunden hätte“¹⁾, denn der moderne d. i. konstitutionelle Staat kann rechtlich ohne Rechtsnormen seine Interessen überhaupt nicht wahren.

Die Lehre, daß sich die Gesetzesimperative nicht an die Untertanen richten, sondern an die Staatsorgane und nur diese verpflichten, findet bei MAYER ihre notwendige Ergänzung in der bereits früher dargestellten Kulturnormentheorie: Nicht die Rechtssätze, sondern die Normen der Kultur sind an das Individuum gerichtet, werden von diesem gekannt und anerkannt, verpflichten das Subjekt und rechtfertigen die Rechtsgesetze, sofern diese mit ihnen übereinstimmen. Nun wurde schon anläßlich der Kritik dieser Theorie auf die Tatsache hingewiesen, daß es eine große Zahl von Rechtssätzen gibt, die deshalb mit keiner Kulturnorm übereinstimmen können, weil sie kulturell indifferent sind. Wenn auch diese als Imperative aufgefaßt werden müssen, die nicht an die Untertanen gerichtet sind, dann kann von ihrer Verbindlichkeit überhaupt nicht die Rede sein. Wie verhält sich nun MAYER zu dieser Tatsache? Er kann natürlich nicht in Abrede stellen, daß zahlreiche Rechtsnormen inhaltlich zu keiner Kulturnorm in irgendeinem Verhältnisse stehen. Als solche sieht MAYER die Sätze des Verwaltungsstrafrechtes an: „Somit erkennen wir in den Rechtsnormen, deren Gebote und Verbote kulturell indifferent sind, die Normen des Verwaltungsstrafrechtes. Und das Verwaltungsdelikt ist dadurch charakterisiert, daß es bloß einer durch Strafdrohung sanktionierten Rechtsnorm, nicht aber einer Kultur-

1) a. a. O. S. 61.

norm widerspricht“¹⁾. Eine Rechtfertigung der Normen des Verwaltungsstrafrechtes erscheint somit vom Standpunkte der Kultur-
normentheorie aus unmöglich. Da findet MAYER folgenden Ausweg: Er erklärt die Normen des Verwaltungsstrafrechtes als Imperative an das Volk! „Die Normen des (materiellen) Verwaltungsstrafrechtes sind die einzigen Rechtsnormen, die nicht nur für die mit der Handhabung betrauten Organe, sondern auch für das Volk (für die Interessenten) Normen sind. Ihre verpflichtende Kraft beruht somit darauf, daß sie als abstrakte Befehle des Staates denjenigen, die die Norm angeht, wirksam bekanntgegeben werden. Die unmittelbare Erteilung des Befehles (also nicht etwa die Publikation) rechtfertigt das Verwaltungsstrafrecht“²⁾. Und in Konsequenz dieser Auffassung erklärt er: „Wenn man zugibt, daß das Verwaltungsstrafgesetz verbindlich ist, weil es ein Befehl an den Bürger ist, darf man den nicht bestrafen, der den Befehl nicht hat vernehmen können. Der Grundsatz: ignorantia legis nocet darf auf dem Gebiete des Verwaltungsstrafrechtes nicht gelten.“

Mit dieser Ausnahme hat MAYER seine Kultur-
normentheorie selbst aufgegeben!

Abgesehen davon, daß die Normen des Verwaltungsstrafrechtes nicht die einzig kulturell indifferenten Rechtssätze sind — wenn Rechtssätze auch ohne Übereinstimmung mit den Kultur-
normen verpflichten können, dann ist das ganze Kriterium der Übereinstimmung mit den Kultur-
normen, das sich ja ohnedies als arge Fiktion erwiesen hat, überflüssig! Es ist bei MAYER der gleiche Vorgang wie schon bei HEINZE zu konstatieren, dessen Konstruktion der MAYERS sehr ähnlich ist. Auch HEINZE begründet die Rechtspflicht auf den aus der Natur der Dinge fließenden Normen und muß doch dort, wo die Rechtsordnung ganz „neue“ Normen setzt, diesen Rechtssätzen als solchen verbindliche Kraft zusprechen! Es ist schlechterdings unbegründet, warum gerade die Sätze des Verwaltungsstrafrechtes sich an die Untertanen richten und nicht auch alle übrigen! Die Adresse ist doch ein formales Element und müßte, wenn sie juristisch überhaupt relevant sein soll, in der Formel des betreffenden Rechtssatzes zum Ausdruck kommen. Warum soll der Rechtssatz, durch welchen der Wille des Staates zum Ausdruck kommt, jeden, der stiehlt, durch seine Gerichte mit Arrest zu bestrafen, an Gerichte und jener, durch welchen der Wille des Staates zum Ausdruck kommt, jeden, der durch eine Ortschaft zu schnell fährt, durch die Verwaltungsbehörde mit Geldstrafe zu belegen, an die Untertanen gerichtet sein? Wenn man den letzteren als Imperativ an die Unter-

1) a. a. O. S. 115.

2) a. a. O. S. 122.

tanen, etwa: Fahret nicht zu schnell, formulieren zu müssen glaubt, muß man auch den ersteren in den Imperativ auflösen: Stehlet nicht. Daß auch eine Kulturnorm so lautet, kann gewiß kein Grund sein, diese Formulierung zu unterlassen! Die Bedeutung, die der MAYERSchen Konstruktion für eine Theorie des positiven Rechtes zukommt, zeigt sich deutlich in der Art und Weise, wie die Rechtspflicht aus der Norm des Verwaltungsstrafrechtes abgeleitet wird. Der betreffende Rechtssatz — sagt MAYER — müsse tatsächlich gekannt werden, um verbindlich zu sein. Nur dann bestehe eine Rechtspflicht zum entsprechenden Verhalten! Auffallend ist schon, daß auf eine Anerkennung des Rechtssatzes verzichtet wird, die doch bei der Kulturnorm ein wesentliches Requisite der Verpflichtung ist! Aber schon die Forderung der bloßen Kenntnis steht mit dem positiven Rechte im stärksten Widerspruch! Denn wo sie nicht ausdrücklich als Voraussetzung für die Anwendung des Rechtssatzes, als Merkmal des strafbaren Tatbestandes aufgestellt ist — und das dürfte aus den bereits erwähnten Gründen nur selten der Fall sein — ist die Kenntnis des Rechtssatzes eine für die juristische Beurteilung irrelevante Tatsache. Die Rechtspflicht, das mit Strafe bedrohte Verhalten zu unterlassen, besteht unbedingt auch ohne diese Kenntnis! Das positive Recht hat es durchaus in seiner Macht, die Kenntnis eines Rechtssatzes als Voraussetzung seiner Anwendbarkeit — und somit seiner verpflichtenden Funktion — festzusetzen oder nicht. Und hat es das getan, dann ist der Grund der verbindlichen Kraft des Rechtssatzes nicht die Kenntnis, denn diese ist nur ein Tatbestandsmerkmal wie jedes andere, sondern die formelle Gültigkeit des Gesetzes. Auch wäre die Aufnahme der Kenntnis des Rechtssatzes in den Unrechtstatbestand durchaus kein Anlaß, um die logische Form des Rechtssatzes als Imperativ an den Verpflichteten anzunehmen! Die Behauptung MAYERS, der Grundsatz *ignorantia legis nocet* „darf“ auf dem Gebiete des Strafrechtes nicht gelten, ist ein frommer Wunsch, ein ethisches Postulat, aber keinesfalls eine Konstruktion des positiven Rechtes! Und wenn MAYER seine Erklärung der verpflichtenden Kraft der Verwaltungsstrafrechtssätze eine Forderung *de lege ferenda* nennt¹⁾, so hat er eigentlich selbst das Urteil gesprochen, daß sie *de lege lata* wertlos ist. Aber auch ein künftiges Gesetz, dessen Redakteure den ethischen Standpunkt MAYERS teilten, könnte niemals bewirken, daß der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes die Kenntnis desselben wäre.

So erweist sich auch die Lehre, daß es die Staatsorgane seien, an welche die Rechtsnormen sich richten, als unhaltbar.

1) a. a. O. S. 123.

Die Staatsperson selbst als Adressat der Rechtsnorm ist eine Konstruktion, die in der Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates gebräuchlich ist. Die Untersuchung dieser für das Staatsrecht grundlegenden Theorie ist dem folgenden Kapitel vorbehalten. Mit der Ablehnung der imperativischen Form des Rechtssatzes ist man der Notwendigkeit enthoben, die Staatsperson stets als Adressat eines an sie gerichteten Imperatives zu betrachten, wenn man sie als Subjekt einer Rechtspflicht gelten lassen will. Erkennt man den Rechtssatz als hypothetisches Urteil, dann ist eine Frage nach seiner Adresse überhaupt nicht möglich. Darin gleicht das Rechtsgesetz — äußerlich — dem Naturgesetze, das an niemanden gerichtet ist und ohne Rücksicht darauf, ob es gekannt oder anerkannt wird, gilt. Der als hypothetisches Urteil konstruierte Rechtssatz läßt allein die Frage zu: Wer wird durch den Rechtssatz verpflichtet? Und diese Frage ist hier im Prinzip bereits beantwortet. Jeder Rechtssatz verpflichtet den Staat; gewisse Rechtssätze — nämlich die, welche den staatlichen Willen zu einer Unrechtsfolge beinhalten — auch die übrigen Rechtssubjekte, innerhalb welcher zu unterscheiden sind die Staatsorgane und die Untertanen.

Die Konstruktion der Staatspflicht, die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates, die Rechtspflichten der Staatsorgane im Zusammenhang mit der Lehre von der Organpersönlichkeit, die Natur der die Rechtspflichten der Staatsorgane statuierenden organisatorischen Rechtssätze, endlich das Verhältnis von Organpflicht und Untertanenpflicht ist Gegenstand der folgenden Untersuchungen.

B. Die Rechtspflichten des Staates.

XIV. Kapitel.

Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates.

Faßt man den Staat als Persönlichkeit auf, dann muß man ihn als Subjekt von Rechten und insbesondere von Pflichten nachweisen. Gründet man aber das öffentliche Recht auf dieser Basis, dann ist das Problem zur Lösung gestellt wie die Rechte und insbesondere die Pflichten des Staates neben denen der Untertanen zu konstruieren sind. Die außerordentlichen Schwierigkeiten, die sich der Lösung dieses Problems in der neueren Literatur entgegenzustellen scheinen, sind vornehmlich darauf zurückzuführen, daß die Theorie unter

dem Banne einer Unterscheidung steht, die das Staatssubjekt als von den übrigen Subjekten, den Untertanen, wesentlich verschieden erscheinen läßt, indem die letzteren als Menschen und „physische“ Personen gleichsam als natürliche, geborene Rechtssubjekte betrachtet werden, während man dem Staate als einer „juristischen“ Person nur eine künstliche Rechtssubjektivität zuzusprechen geneigt ist. Dazu kommt noch, daß man den Staat auch rechtlich als das den übrigen Subjekten übergeordnete „Herrschaftssubjekt“ erkennen zu müssen glaubt, das kraft seiner — in der motivierenden Wirkung auf die Untertanen sich äußernden — Autorität die letzteren verpflichtet. Dieses für die Verpflichtung der „physischen“ Untertans-Personen charakteristische Unterordnungsverhältnis zu der Autorität der motivierenden, d. h. verpflichtenden „juristischen“ Staatsperson kann für die letztere nur schwer oder gar nicht nachgewiesen werden; und damit ist die Konstruktion von Rechtspflichten einer Staatsperson zu einer höchst problematischen geworden. wenn das was bei der Staatsperson als Rechtspflicht zu gelten hat, auch nur das geringste mit jener Erscheinung gemeinsam haben soll, die den gleichen Namen bei den Untertanen, d. i. den übrigen Subjekten führt.

Daß die Unterscheidung von „physischen“ und „juristischen“ Personen keine Berechtigung hat, indem die Rechtssubjektivität niemals etwas mit dem „Menschen“ Gegebenes, Natürliches oder Angeborenes, sondern stets etwas Künstliches, ausschließlich durch die Rechtsordnung Statuiertes ist, und der Staat daher in keinem anderen Sinne „Person“ sein kann als irgendein physischer Mensch, ist ja in der Literatur nicht unausgesprochen geblieben; allein, die mangelnde Einsicht in die Natur des Willens oder desjenigen, was für die Jurisprudenz als Wille und als Substrat der Persönlichkeit in Betracht kommt, der Aberglaube, daß es sich hierbei um ein psychisches Phänomen handelt, hat die richtig geahnte Erkenntnis der Gleichheit von juristischer und physischer Person niemals zur theoretischen Durchführung kommen lassen. Die Untersuchungen des 2. Buches dieser Arbeit haben versucht, dieses Hindernis der juristischen Konstruktion des Staatsrechtes im allgemeinen und der Rechtspflicht des Staates im besonderen wegzuräumen.

Aber auch die zweite angedeutete Besonderheit des Staatssubjektes gegenüber den anderen Subjekten, seine Überordnung, seine autoritäre Herrschaftsqualität, die eine Konstruktion von Rechtspflichten desselben erschwert, ist hier als ein für die juristische Konstruktion nicht in Betracht kommendes Moment zurückgewiesen worden. Herrschafts- und Machtverhältnisse sind tatsächliche, der Welt des Seins angehörige, im Kausalverhältnisse der psychischen Motivation

stehende Beziehungen, aber niemals juristische Relationen, keine Rechtsverhältnisse. Will man den Staat als Rechtssubjekt erkennen, dann muß man diese Beziehungen zwar nicht leugnen, aber man muß von ihnen bei der Konstruktion der Staatsperson abstrahieren, man muß den Staat als den übrigen Subjekten koordiniert betrachten.

Diese allgemeinen, schon früher des näheren erörterten Voraussetzungen staatsrechtlicher Konstruktion müssen hier rekapituliert werden, bevor an die besonderen Bedingungen des Problems der Staatspflicht herantreten wird.

Bei der Lehre von den Rechtspflichten des Staates hat nicht so sehr die Annahme Streit und Widerspruch hervorgerufen, daß der Staat überhaupt rechtlich gebunden, d. h. Subjekt von Rechtspflichten sei, als vielmehr die Frage, wie er gebunden werde. Es ist insbesondere die Lehre, daß der Staat sich selbst verpflichte, daß die Rechtspflicht des Staates das Resultat eines Verpflichtungsaktes sei, der von dem Staate selbst ausgehe, in der Literatur stark angegriffen worden und zwar auch von Theoretikern, die in keiner Weise die Existenz staatlicher Rechtspflichten in Frage stellten. So sagt SEIDLER¹⁾: „Da es das Wesen des Rechtes ist zu binden, so kann der gleichzeitig mit dem Rechte und im Rechte entstehende und fortdauernd lebende Staat gar nicht anders als rechtlich gebunden gedacht werden“; und erklärt zugleich, man könne unmöglich, wie JELLINEK dies tut, in der rechtlichen Gebundenheit Selbstbindung des Staates erblicken.

Daher ist schon jetzt bei der Lehre von den Staatspflichten das größte Gewicht auf eine richtige Problemstellung zu legen. Und mit Nachdruck sei deshalb die Aufmerksamkeit darauf gelenkt, daß Eingang dieser dem Begriffe der Staatspflicht gewidmeten Untersuchung nicht gefragt wurde: Wie entsteht die Rechtspflicht des Staates, sondern: Wie ist die Rechtspflicht der Staatsperson zu konstruieren? Ihre Rechtfertigung wird diese Ablehnung einer dynamischen und die Akzeptierung einer statischen Methode an entsprechender Stelle erfahren.

Das Grundpostulat, das an die Konstruktion der Staatspflicht gestellt ist, geht dahin, daß sich die Rechtspflicht des Staatssubjektes nur als ein Spezialfall des allgemeinen Pflichtbegriffes darstelle. Das ist das Wesen des Gedankens eines Staatsrechtes, daß auch der Staat als Person erkannt werde und zwar als ebendieselbe Person wie die anderen Subjekte, daß auch der Staat Rechtspflichten habe und

1) Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905. S. 44.

zwar ebensolche Rechtspflichten wie die übrigen Subjekte. Eine Konstruktion, welche die Staatsperson als etwas wesentlich verschiedenes von den übrigen Personen, welche die Rechtspflicht des Staates als etwas durchaus anderes als die übrigen Rechtspflichten aufzeigt, die Staatsperson und Staatspflicht als etwas „sui generis“ gelten lassen muß, hat das ihr gestellte Problem nur dem Scheine nach gelöst und die Tatsache, daß sie den Staat nicht als wesensgleich mit den Rechtssubjekten, d. h. auch als Rechtssubjekt oder Person erfassen und beim Staate etwas den Rechtspflichten völlig analoges nachweisen kann, mit einer irreführenden Nomenklatur verdeckt, indem sie zwei völlig verschiedene Erscheinungen — nichts anderes beweist das Eingeständnis des „sui generis“ — mit dem gleichen Worte: Person und Rechtspflicht belegt.

Es ist daher für die Möglichkeit der Konstruktion von Staatspflichten von ausschlaggebender Bedeutung, wie man die Rechtspflicht der Untertanen auffaßt, von der ja die Konstruktion gewöhnlich ausgeht. Betrachtet man die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit — wie dies bei fast allen Theoretikern mehr oder weniger ausdrücklich geschieht — dann ist eine Rechtspflicht der Staatsperson schlechterdings undenkbar. Denn eine solche Rechtspflicht setzt eine Individualpsyche voraus und ist daher nur beim Einzelmenschen möglich. Und selbst, wenn man im Sinne der modernen Völkerpsychologie die Möglichkeit einer Gesamtpsyche und insbesondere eines Gesamtwillens zugibt, so könnte doch dieser niemals jene Gebundenheit aufweisen, welche das Wesen der nach Analogie der Individualpflicht zu konstruierenden Gesamtpflicht sein müßte. Denn wie schon früher¹⁾ nachgewiesen, kann der Gesamtwillen der Völkerpsychologie nie und nimmer dasjenige sein, was unter Staatswillen zu verstehen ist. Und ganz besonders im vorliegenden Falle, wo der Staatswille als Substrat der Staatspflicht in Betracht kommt, müßte eine Identifizierung von Staatswillen und Gesamtwillen zu einem geradezu grotesken Resultate führen. Denn jeder Rechtssatz verpflichtet auch den Staat, bindet seinen Willen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dieser Anschauung zufolge der Staat den Inhalt seiner Rechtssätze permanent will. In dieser Permanenz des staatlichen Wollens sieht z. B. JELLINEK²⁾ ein wesentliches Charakteristikum gegenüber den natürlichen Willens-

1) Vgl. oben S. 163 ff.

2) Die rechtliche Natur der Staatenverträge. S. 27: „Der natürliche Wille des Individuums ist als solcher durch die Vollendung eines Willensaktes nicht weiter gebunden Beim Staatswillen dauert das Wollen des einmal für den Willen als Inhalt Gesetzten so lange fort, bis ein zweiter Willensakt erfolgt, durch

akten der Menschen und eine Gewähr für die Dauer der staatlichen Selbstbeschränkung, Selbstverpflichtung. Nimmt man nun ernstlich den Staatswillen als einen Gesamtwillen im völkerpsychologischen Sinne, darf man nicht vergessen — was im Sinne der Völkerpsychologie als selbstverständlich besteht — daß der Gesamtwille nur ein Ausdruck für die Übereinstimmung vieler menschlicher Einzelwillen ist. Er kann somit, wenn überhaupt von diesem Verhältnis der Übereinstimmung vieler Einzelwillen wiederum als von einem „Willen“ die Rede ist und diesem „Willen“ irgendeine Eigenschaft zugesprochen wird — jedenfalls keine anderen Eigenschaften haben als die Einzelwillen, deren Übereinstimmung er bezeichnet. Dann muß man aber, um die Existenz eines Gesamtstaatswillens und somit der Gesamtstaatspflichten aufrecht erhalten zu können, konsequenterweise annehmen, daß diejenigen Menschen, welche die staatliche Gemeinschaft bilden, permanent die gesamte Rechtsordnung wollen.

Es wäre ein zu billiges Vergnügen, das Ungeheuerliche dieser Konsequenz breiter darzulegen. Wenn irgendein Argument, so ist sicherlich dieses geeignet, die schon im 2. Buche aufgestellte Behauptung zu bestätigen, daß die Identifizierung von Staatswillen und Gesamtwillen eine nicht scharf genug zu verdamme Fiktion ist.

Der Staatswille ist aber keine wie immer geartete individual- oder sozialpsychische Tatsache. Faßt man daher die Rechtspflicht als realpsychische Willensgebundenheit, gibt es keine Rechtspflicht des Staates — auch nicht im bildlichen Sinne — sondern nur Rechtspflichten von Einzelmenschen und keine Dialektik der Welt kann darüber hinwegtäuschen; ganz ebenso wie es keine Staatsperson geben kann, wenn man den Willen im psychologischen Sinne als Substrat der Persönlichkeit betrachtet¹⁾.

Mit Rücksicht darauf, daß in der gegenwärtigen Literatur die Rechtspflicht fast ausnahmslos in mehr oder weniger klarer Weise als realpsychischer Zustand aufgefaßt wird, was ja auch mit der Tatsache zusammenhängt, daß die wahre Natur des juristischen Willensbegriffes allgemein verkannt wird, ist die außerordentliche Verworrenheit und Unklarheit nicht zu verwundern, welche die Lehre von den Rechtspflichten des Staates aufweist. Alle Lösungsversuche müssen an der Tatsache scheitern, daß der Staat kein Mensch ist und keine nur für den menschlichen Willen möglichen Pflichten haben kann. Das gilt insbesondere auch von jener Theorie, welche

welchen der Fortdauer des früheren Willensaktes ein Ende gemacht wird. Der Staat hört nicht auf zu wollen, was er einmal als Inhalt seines Willens gesetzt hat.“

1) Vgl. oben S. 173.

die Rechtspflichten des Staates in der Weise konstruiert, daß sie dieselben als Resultat eines Selbstverpflichtungsaktes darstellt. JELLINEK, der hervorragendste Vertreter der Selbstverpflichtungslehre, erklärt, wie bereits oben¹⁾ dargelegt wurde, die Verpflichtung als einen Motivationsakt und faßt die Rechtspflicht als Gebundenheit des psychischen Willens auf. Wenn man objektiv die Darstellung prüft, die JELLINEK in der für seine Selbstverpflichtungslehre grundlegenden Arbeit²⁾ von dem Prozesse gibt, wie er sich nach seiner Ansicht bei jeder Verpflichtung abspielen muß, gleichgültig ob es sich um eine Rechts- oder Moralpflicht handelt — und JELLINEK hält ja den Pflichtbegriff für einen beiden Gebieten gemeinsamen³⁾ — dann muß es unbegreiflich bleiben, wie sich dieser Vorgang anders als in der Individualpsyche eines Einzelmenschen abspielen, wie es auf Grund eines solchen Vorganges zu anderen als Menschenpflichten kommen kann. Wie sollte wohl eine Verpflichtung des Staates vor sich gehen, wenn dieser Prozeß darin besteht, daß an den Willen des Subjektes die Anforderung gestellt wird, „ein bestimmtes Motiv als das absolut stärkste anzusehen“, wenn dieses Motiv als „Vorstellung“ bezeichnet wird. Wo gibt es aber neben dem Staatswillen Staatsvorstellungen bei JELLINEK, der doch Jurist genug ist, um der Staatsperson nur Willen und nichts als Willen zuzuerkennen, und die Vorstellung von der Realität der Staatsperson der organischen Staatslehre, die allein neben dem Gesamtwillen auch ein Gesamtgefühl und eine Gesamtvorstellung annimmt, mit Recht ablehnt? Nun sagt wohl auch JELLINEK, daß ein psychischer Wille nur in den Einzelmenschen vorhanden ist und nur in ihnen sich alle psychischen Vorgänge abspielen können. Aber wie aus dem im Innern der einzelnen Menschen sich abspielenden Verpflichtungsvorgängen, die doch nichts anderes sein können als Selbstverpflichtungen der Menschen, Pflichten des Staates werden können, wie eine im Innern der Menschen sich vollziehende Verpflichtung des Staates nun gar Selbstverpflichtung des Staates sein soll, diese Hauptfrage läßt JELLINEK ungelöst. Er beweist lediglich, daß Selbstverpflichtung möglich ist, aber nicht, daß die Rechtspflicht des Staates das Resultat einer solchen sei. Wenn wirklich, wie JELLINEK behauptet, Staatswille Menschenwille ist⁴⁾, wie kann dieser Staatswille andere Eigenschaften haben als der Menschenwille, nämlich jene oben schon erwähnte Dauer und Permanenz, die JELLINEK bei dem „natürlichen“ Willen des Menschen vermißt. Und wenn wirklich alle bestehenden Staatspflichten — und

1) Vgl. oben S. 318 ff. 2) Die rechtliche Natur der Staatenverträge. S. 14 ff.

3) Vgl. z. B. System der subj. öffent. Rechte. S. 196. 4) Vgl. oben S. 172.

nach JELLINEK statuiert jeder Rechtssatz eine solche — im Wege des von JELLINEK geschilderten Motivations- und Selbstverpflichtungsprozesses entstehen, wo sind die Menschen, die sich in ihrem Innern zu jenem Verhalten permanent verbinden, das durch die gesamte Rechtsordnung dauernd vom Staate gewollt, als Inhalt von Staatspflichten statuiert ist? Sind es alle dem Staate zugehörigen Menschen, deren Willen den Staatswillen bilden, wird man wohl niemandem ernstlich zumuten wollen, zu glauben, daß sich diese wirklich zu all dem verpflichtet fühlen, was als Pflicht des Staates zu gelten hat? Und ist es nur der Wille der menschlichen Staatsorgane, der den staatlichen Willen ausmacht — was als Ansicht JELLINEKS anzusehen ist¹⁾ — dann wird man wohl vergeblich fragen, welche Staatsorgane eigentlich mit ihrem psychischen Willen den Inhalt der vielen hundert und aberhundert Rechtssätze wollen, durch welche Staatspflichten statuiert werden. Denn jeder Rechtssatz bedeutet — auch nach JELLINEK — vom Augenblicke seiner Geltung, das ist vom Augenblicke, da das bezügliche Gesetz formell in Kraft tritt, bis zu dem Augenblicke, da es formell aufgehoben wird, ein dauerndes, ununterbrochenes Wollen des Staates, unter bestimmten Umständen zu strafen, zu exequieren, Eisenbahnen zu bauen, Stimmzettel entgegenzunehmen etc. Es ist geradezu ungeheuerlich anzunehmen, daß dieses dauernde, tausendfältige Wollen des Staates in der Rechtsordnung das psychische Wollen von Menschen sei, gleichsam aus psychischen Willensakten von Menschen zusammengesetzt werde. Dem Staatsorgane kommt doch der Rechtssatz erst ins Bewußtsein, wenn er ihn anzuwenden, d. h. das Wollen des Staates zu realisieren hat, und doch besteht der Rechtssatz und damit das Wollen des Staates vorher und nachher ununterbrochen weiter! Nur wenn erkannt ist, was der Willensbegriff für die Jurisprudenz bedeutet, sind wie mit einem Schlage all diese künstlichen Schwierigkeiten hinweggeräumt.

Die Konstruktion der staatlichen Selbstverpflichtung stützt JELLINEK in erster Linie auf die Analogie zur autonomen Moral. Doch ist diese Analogie aus mehr als einem Grunde wertlos, so plausibel sie auf den ersten Blick zu sein scheint. Der sich seinem eigenen Gebot unterwerfende Mensch scheint tatsächlich ein Ebenbild des Staates zu sein, den seine eigenen Gesetze verpflichten. Aber selbst wenn dieser Vergleich ein in den wesentlichsten Punkten zutreffender wäre, so könnte er nichts beweisen, wenn man behaupten will, daß die Rechtspflicht etwas anderes als eine sittliche

1) Vgl. Allgem. Staatslehre. 2. Aufl. S. 526.

Pflicht sei. Treffend bemerkt HOLD von FERNECK gegen die JELLINEKSche Analogie: „In der Tat kann die Entlehnung des Begriffes aus der autonomen Ethik nicht bescheinigen, daß eine Rechtspflicht entsteht. Wer sich ganz nach den Methoden der autonomen Ethik bindet, für den entsteht eben allemal eine autonom-moralische, nicht aber eine Rechtspflicht“¹⁾. Allein, der Vergleich der Staatspflicht mit der Pflicht der autonomen Moral ist gerade in den wesentlichsten Punkten unzutreffend. Denn das Subjekt moralischer Selbstverpflichtung ist immer nur der Einzelmensch, da die verpflichtende Moralnorm eine Individualpsyche und einen Individualwillen voraussetzt. Faßt man die Pflicht als Zustand der psychischen Willensgebundenheit auf — und damit identifiziert man schon die Rechtspflicht mit der Pflicht autonomer Moral — dann kann man zeigen, daß alle Pflichten der Menschen nur im Wege einer Selbstverpflichtung entstehen. Das und nicht mehr hat JELLINEK bewiesen; für Rechtspflichten des Staates ist damit gar nichts gewonnen, wenn er sagt: „Ja, man kann noch weitergehen und sogar behaupten, daß gewissermaßen jede Verpflichtung Selbstverpflichtung ist, insoferne die fremde Vorstellung, welche mich verpflichten soll, erst meine eigene Vorstellung sein muß, ehe sie als Motiv auf den Willen einwirken kann. Nur durch das Medium meines Intellektes kann eine andere Person meinen Willen bestimmen. Nur meine Vorstellungen können mich bestimmen und das Gesetz, das einer fremden Macht entstammt, kann Leben und Kraft erst dann gewinnen, wenn ich es selbst meinem Willen zur Richtschnur vorgeschrieben habe“²⁾. Und für die Rechtspflicht der Menschen — Person oder Rechtssubjekt ist nach dieser Anschauung mit „Mensch“ zu identifizieren — ist damit im Grunde nur bewiesen, was schon von vornherein von ihr angenommen worden war: daß sie ein realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit ist; nichts anderes sagt diese ganze Schilderung des Verpflichtungsaktes aus.

Wenn JELLINEK den Verpflichtungsakt als Motivationsprozeß bezeichnet, dann ist die Analogie zur autonomen Moralpflicht auch aus diesem Grunde unzutreffend. Denn gerade die Verpflichtung durch die autonome Moralnorm kann nicht als Motivation angesehen werden. Dieser Motivationsprozeß muß offenbar in einer Kausalreihe verlaufen, die mit der Norm als Ursache beginnt und mit dem als Pflicht bezeichneten realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit endet. Und bei einem derartigen Pflichtbegriffe mag

1) a. a. O. S. 192.

2) Staatenverträge S. 15.

für das heteronome Recht immerhin die Auffassung, gemäß welcher die Pflicht als kausale Folge der Norm zu gelten hat, am Platze sein; allein gerade vom Standpunkte einer autonomen Moral, innerhalb einer psychologisierenden Ethik, für welche die Norm eine innerpsychische Tatsache, die „Stimme des Gewissens“ u. ä. ist, kann jenes kausale Verhältnis zwischen Norm und Pflicht, das allein die Verpflichtung als Motivation erscheinen läßt, nicht gegeben sein. Gerade hier besteht zwischen Norm und Pflicht das Verhältnis der Identität, denn die Norm ist von allem Anfange schon jene Tatsache, welche — nur in einer besonderen Beziehung — als Pflicht in Betracht kommt: die sittliche Willensrichtung oder Willensgebundenheit, die kausal nicht weiter abgeleitet wird oder, was dasselbe bedeutet, der sittlichen Disposition des Individuums entspringt. Das Bewußtsein einer Norm ist zugleich schon das Bewußtsein einer Pflicht. Der Grundgedanke der moralischen Autonomie besteht gerade in der Abweisung einer von außen erfolgenden Bindung des menschlichen Willens und somit der Motivation; der von innen, d. h. „sich selbst bindende Wille“ ist nur eine Formulierung für den freien Willen, was die Unanwendbarkeit jeder Form des Satzes vom Grunde bedeutet. Ob die Annahme einer Willensfreiheit in diesem Sinne berechtigt ist oder nicht, ob die Behauptung, daß der Wille nicht durch von außen herantretende vernünftige Vorstellungen, sondern nur durch sich selbst gebunden werden könne, konsequent durchgedacht, zu einer Negierung der Moral überhaupt führe, wie dies JELLINEK meint¹⁾, bleibe dahingestellt. Hier muß nur betont werden, daß autonome Moral und Willensfreiheit innig zusammengehören — was freilich JELLINEK nicht einsieht — und daß eine deterministische Anschauung eine Selbstbindung des im allgemeinen Kausalzusammenhange stehenden Willens nicht zugeben kann²⁾.

1) a. a. O. S. 16.

2) Welches die Stellung dieser Untersuchungen zum Probleme des Willens überhaupt und insbesondere zu dem der Willensfreiheit ist, wurde im 2. Buche des näheren auseinandergesetzt. Vom Standpunkte des hier verworfenen psychologischen Willensbegriffes, der ja auch der JELLINEKS ist, muß allerdings die HOLDsche Polemik gegen JELLINEK als stichhaltig bezeichnet werden. HOLD muß als konsequenter Determinist — auch JELLINEK bezeichnet sich als solchen — jede Selbstbindung des Willens leugnen. Da HOLD gerade in der Auffassung des juristischen Willensbegriffes mit JELLINEK im Wesen übereinstimmt, gewinnt sein Nachweis, daß die JELLINEKSche Selbstbindungstheorie sich selbst widerspreche, an Bedeutung. Er sagt a. a. O. S. 188: „Wer der Möglichkeit der Selbstverpflichtung das Wort redet, muß den Begriff der Norm so fassen, daß sie etwas bloß von innen Kommendes ist, andernfalls sie ja doch — wenigstens zum Teile — Zwang wäre. Da JELLINEK dies jedoch nicht behauptet,

Der Widerspruch innerhalb der JELLINEKschen Konstruktion, derzufolge die Verpflichtung ein Motivationsakt und zugleich Selbstverpflichtung ist, kommt denn auch deutlich in den Worten zum Ausdruck: „Ein sich selbst Verpflichten ist möglich, niemals aber ein sich selbst Zwingen“¹⁾. Denn daß Motivation nichts anderes als psychischer Zwang sein kann, bedarf wohl kaum näherer Erörterung²⁾.

Gerade die Analogie zur Pflicht der autonomen Moral wäre geeignet gewesen, den Grundfehler der JELLINEKschen Selbstverpflichtungslehre, der zugleich der Grundfehler der herrschenden Lehre von der Rechtspflicht überhaupt ist, zu vermeiden. Es ist dies die Anschauung, daß das Verhältnis von Norm und Pflicht das von Ursache und Wirkung sei, während — wie bereits oben bemerkt — gerade die autonome Moral eine Identität von Norm und Pflicht aufweist. Nur muß man sich bei einer solchen Analogie vor Augen halten, daß die Norm des heteronomen Rechtes keine innerpsychische Tatsache sein kann wie bei der autonomen Moral und daß daher — ein analoges Verhältnis von Norm und Pflicht vorausgesetzt — auch die Rechtspflicht nicht als ein realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit angesehen werden darf wie die Moralphlicht. Was an der Selbstverpflichtungslehre falsch ist, das ist eben diese allgemeine Vorstellung von der Verpflichtung als einem der Welt des Seins und Werdens angehörigen tatsächlichen „Vorgang“, als einem Ablaufen von Ursache und Wirkung. Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates geht von der Frage aus: Wie „entsteht“ die Staatspflicht? Sie operiert mit einem „Werden“, muß daher notwendig auf die Welt des Seins und somit auf eine Erklärung des Geschehens gerichtet sein. Damit bedeutet sie einen argen Verstoß gegen die ausschliesslich normative Methode der Jurisprudenz, die sich — wie früher dargelegt

befindet er sich mit sich selbst im Widerspruche. JELLINEK sagt nur: ‚Norm ist niemals etwas bloß von außen Kommendes, sondern muß stets die auf einer Eigenschaft des Subjektes ruhende Fähigkeit besitzen, von diesem als berechtigt anerkannt zu werden‘ (Staatslehre 361). Wenn die Norm nicht etwas bloß von außen Kommendes ist, muß sie doch mindestens etwas auch von außen Kommendes sein. widrigenfalls sie ja etwas bloß von innen Kommendes wäre. Es kann also ein Befehl, ‚der ausschließlich vom Verpflichteten ausgeht, [auch nach JELLINEK, eine Norm sein und nicht eine Pflicht auferlegen. JELLINEK negiert also selbst die Selbstbindung.“

1) Staatenverträge S. 33.

2) Vgl. die treffenden Bemerkungen HOLDS a. a. O. S. 186. HOLD ist in der Durchführung der — hier allerdings vollständig abgelehnten — explikativ-psychologischen Methode und insbesondere des mit Auffassung des Willens als eines psychischen Aktes notwendig verbundenen Determinismus innerhalb der herrschenden Theorie, die heute ganz allgemein auf diesem prinzipiellen Standpunkte steht, der einzig Konsequente.

wurde¹⁾ — gerade durch die Möglichkeit und Notwendigkeit einer rein normativen Betrachtung von der Ethik einer autonomen Moral unterscheidet, bei welcher die Norm eine innerpsychische Tatsache ist, die dem Sein angehört, wodurch von vornherein eine scharfe Ausscheidung aller explikativen Gesichtspunkte, wenn nicht unmöglich, so doch nicht zweckmäßig ist. Nicht in der Annahme einer „Selbstverpflichtung“ liegt somit die Anfechtbarkeit der JELLINEKschen Theorie, sondern in der allgemeinen Anschauung, daß die Rechtspflicht — auch die des Staates — im Wege eines Kausalprozesses entsteht und daher etwas der Welt des Seins Angehöriges sein muß, was nichts anderes bedeutet, als daß diese Theorie eine „Erklärung“ gewisser, als Rechtspflicht bezeichneter psychischer Bewegungen sein will und somit keine juristische Konstruktion mehr ist. Es ist daher weniger paradox, als es auf den ersten Blick scheinen mag, wenn man behauptet, es gebe rechtlich zwar Pflichten aber keine „Verpflichtung“, wohl ein „verpflichtet sein“, nicht aber einen rechtlich relevanten Vorgang, der zu einem solchen Resultate führt. Hat man erkannt, daß die Rechtspflicht nicht eine von der Rechtsnorm verschiedene, selbständige Tatsache, sondern die Rechtsnorm selbst im Verhältnis der Subjektivierung ist, dann wird die Frage nach der „Entstehung“ der Rechtspflicht zur Frage nach der Entstehung der Rechtsnorm, das heißt des Rechtes überhaupt, eine Frage, die nicht mehr in die Grenzen der Rechtswissenschaft fällt.

Um das für die Konstruktion der Rechtspflicht grundlegende Verhältnis zum Rechtssatze, der als Urteil über einen Willen des Staates aufzufassen ist, ganz klar zu legen, bedarf es — insbesondere, wenn es sich um die Rechtspflicht des Staates handelt — einer Untersuchung über das Verhältnis von Staat und Rechtsordnung. Erst die Analyse dieser Beziehung kann das hier behandelte Problem der Konstruktion von Staatspflichten zu einer widerspruchsfreien Lösung führen.

Wenn die Verpflichtung als ein vom Staate resp. dessen Befehl ausgehender Kausal-Vorgang zu denken ist, dann muß notwendigerweise der Staat als Schöpfer des Rechtes vorgestellt werden. Diese Vorstellung des Staates als des Erzeugers oder der Quelle des Rechtes — wenn auch nicht als der einzigen und ausschliesslichen Quelle — ist in der heutigen Literatur eine überaus verbreitete. Ganz allgemein wird zumindest das Gesetzes-Recht als eine „Schöpfung“ des Staates betrachtet. So teilt JELLINEK „alles Recht im modernen Staate in staatlich geschaffenes und staatlich zugelassenes Recht“²⁾. So spricht ANSCHÜTZ ausdrücklich von der „Vorstellung des Staates als

1) Vgl. oben S. 33 ff.

2) Staatslehre 2. A. S. 356.

Schöpfer und Erhalter der Rechtsordnung“ und definiert das Gesetz als „die vom Staate ausgehende Anordnung eines Rechtssatzes, das Produkt der staatlichen Rechtssetzungsfunktion“¹⁾. Daß der Staat, wenn er der Schöpfer des Rechtes ist, historisch betrachtet, dem letzteren als Ursache der Wirkung zeitlich vorangehen müßte, ist nur die notwendige, freilich meist nicht ausgesprochene Konsequenz jener Anschauung, welche die Rechtserzeugung als Funktion des Staates betrachtet²⁾. Ein derartiges Verhältnis von Staat und Recht, demzufolge der erstere das prius, das letztere das posterius ist, muß jedoch mit Entschiedenheit abgelehnt werden, da ein Staat ohne Recht ebenso wenig denkbar ist wie ein Recht ohne Staat und die historische Forschung die Anfänge des Rechtes und der staatlichen Organisation nicht voneinander getrennt aufzeigen kann. Staat und Recht müssen zweifellos als zwei verschiedene Seiten derselben Tatsache betrachtet werden³⁾.

Die Ablehnung der Ansicht, die den Staat als Schöpfer des Rechtes bezeichnet, darf jedoch durchaus nicht mit der Lehre für unvereinbar gehalten werden, daß das Recht der Wille des Staates ist! Daß der Staat Träger des Rechtes ist, wird damit in keiner Weise in Frage gestellt. Zweifellos hat aber gerade die an und für sich richtige Anschauung vom Rechte als dem Willen des Staates zu dem irrigen Schlusse geführt, daß der Staat es sei, der das Recht schaffe, da man es für selbstverständlich hielt, daß der Staat seinen eigenen Willen erzeuge. Diese letztere Vorstellung ist nun von Grund aus verfehlt. Sie entspringt dem falschen Willensbegriffe, der in der heutigen Jurisprudenz der herrschende ist und auch auf diesem Gebiete, dem Probleme der Rechtserzeugung und Gesetzgebung, zu den krassesten Widersprüchen geführt hat; insbesondere die Analogie zwischen der Staatsperson und dem Menschen, der seinen eigenen Willen in seinem Innern selbst erzeugt, hat die Lehre von der Gesetzgebung, der sogenannten staatlichen Willensbildung, in unheilvoller Weise beeinflusst.

Es ist im Grunde dieselbe Erkenntnis, die vom Standpunkte historischer Betrachtung den Staat nicht als Schöpfer des Rechtes, nicht als eine dem Rechte vorangehende Erscheinung gelten lassen und die unter dem Gesichtspunkte dogmatischer Spekulation auch im

1) Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatze und formellen Gesetze, Inauguraldissertation, Leipzig 1891. S. 1.

2) Vgl. HOLD VON FERNECK a. a. O. S. 186.

3) Vgl. darüber JELLINEK, Staatslehre 359 ff., GIERKE im 30. Bd. der Tübinger Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft S. 179 ff., SEIDLER a. a. O. S. 44. R. SCHMIDT, Staatslehre I. S. 106.

Gegenwartsstaate bei jedem einzelnen Rechtssatze nicht die Staatsperson als „Erzeuger“ jenes Willens nachweisen will, der im Gesetze zum Ausdrucke kommt. Man vergegenwärtige sich vor allem, daß der Terminus „Erzeugung des Staatswillens“ nur ein eminent bildlicher sein kann. Von einem „Erzeugen“ darf wörtlich nur als von einem der Welt des Seins angehörigen Kausalprozesse die Rede sein, dessen Resultat eine reale, d. h. physische oder psychische Tatsache sein muß.

Wird nun wirklich etwas derartiges in jenem Prozesse „erzeugt“, den man als den der staatlichen Willensbildung bezeichnet? Gewiß nicht! Denn der Staatswille, das sogenannte Resultat dieses Prozesses ist keine reale, sei es materielle oder psychische Tatsache, die als Endprodukt eines Kausalvorganges gedacht werden kann. Die entgegengesetzte Anschauung wäre nur dann richtig, wenn der Staatswille wirklich jener reale Gesamtwille sein könnte, als welchen ihn die organische Staatstheorie irrtümlich ausgibt. Was unter dem Worte Staatswille tatsächlich verborgen ist, wurde versucht, im 2. Buche dieser Untersuchungen festzustellen. Eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion, der gemeinsame Zurechnungspunkt für gewisse Tatbestände kann überhaupt nicht im Wege eines Kausalprozesses entstehen, „erzeugt werden“, geschweige denn vom Staate selbst, der nichts anderes ist als dieser Zurechnungspunkt selbst. Für die juristische Betrachtung ist Person und Wille vollkommen identisch; die Person und insbesondere auch die „juristische“ Person des Staates hat nichts als Willen, wie ja allgemein zugegeben wird — mit Ausnahme der organischen Staatstheorie, die konsequenterweise auch Staatsgefühl und Staatsvorstellungen behaupten muß. Das heißt aber richtiger ausgedrückt: Die Person im Rechtssinne ist nur Wille. Es ist somit ein offenkundiger Trugschluß, von einer Erzeugung des Staatswillens durch die Staatsperson zu sprechen, da dies nichts anderes bedeutete, als daß die Staatsperson sich selbst „erzeugt“ oder, historisch betrachtet, sich selbst vorangeht.

Die gesamte Tätigkeit, die als Gesetzgebung bezeichnet wird, das Beschlußfassen des Ober- und Unterhauses, die Sanktion des Monarchen, die Publikation des sanktionierten Beschlusses steht zu dem, was man Willen des Staates nennen kann, nicht im Verhältnisse der Ursache zur Wirkung. Dieser gesamte Tatbestand ist lediglich die Voraussetzung, die Bedingung, an welche die Existenz eines Rechtssatzes, das ist einer Zurechnungsregel geknüpft ist, ist nur die Summe der Umstände, unter denen ein Urteil darüber, daß der Staat bei bestimmten Bedingungen etwas Bestimmtes will, genauer: daß unter bestimmten Bedingungen bestimmte Handlungen gewisser Personen (der Staatsorgane) nicht ihnen, sondern

dem „Staate“ zuzurechnen sind, wahr ist. Seinem logischen Charakter nach ist der Gesetzgebungstatbestand im Verhältnis zu dem Urteile, das einen Willen des Staates behauptet — zum Pflicht statuerenden Rechtssatze also —: Erkenntnisgrund. Der Tatbestand der Gesetzgebung verhält sich zum Staatswillen ebenso wie der Unrechts-tatbestand zur Unrechtsfolge: Ersterer ist nicht die Ursache des letzteren; der Mord nicht die Ursache der Todesstrafe, sondern nur eine Bedingung, an welche der Wille des Staates, zu strafen, geknüpft ist.

Nun könnte man ja vielleicht in einem gewissen übertragenen und ungenauen Sinne die Erfüllung des Gesetzgebungstatbestandes als „Erzeugung“ des Staatswillens bezeichnen und es wäre dann kein allzu großer Fehler, den Staat als „Erzeuger“ seines Willens zu betrachten, wenn es wirklich die Staatsperson wäre, die als Subjekt jener Gesetzgebungstätigkeit in Betracht kommen könnte, d. h. wenn der Staatsperson jene Akte zugerechnet werden könnten, aus denen sich die Gesetzgebung zusammensetzt. Dies ist aber durchaus nicht der Fall! Kein einziger der zur Gesetzgebung gehörigen Akte, noch auch der Prozeß in seiner Gesamtheit kann als Funktion des Staates gelten. Das drückt sich schon im Sprachgebrauche aus. Man kann unmöglich sagen, daß der Staat im Abgeordnetenhause abstimmt oder daß der Staat es ist, der einen Gesetzentwurf beschließt; sondern nur der Abgeordnete stimmt ab und das Parlament ist es, das eine Vorlage zum Beschlusse erhebt. Und noch viel weniger geht es an, zu behaupten, der Staat sanktioniere den Parlamentsbeschluß, sondern es ist ausschließlich und allein der Monarch, der für seine Person und nicht namens des Staates die Sanktion erteilt. Während es ohneweiters angeht zu sagen, der Staat bestraft den Übeltäter, der Staat baut Eisenbahnen, der Staat nimmt den Stimmzettel in Empfang und konstatiert das Wahlresultat! Alle die zur Gesetzgebung gehörigen Akte rechnet schon der naive Sprachgebrauch nur den einzelnen Menschen oder Korporationen zu, welche diese Akte vollziehen, und nicht dem Staate, wie er dies bei jenen Tatbeständen tut, für die als Organhandlungen nicht der physische Täter, sondern die juristische Staatsperson rechtlich als Subjekt gilt.

Und der Sprachgebrauch trifft hier zweifellos das Richtige! Wollte man tatsächlich dem Staate alle einzelnen Akte des Gesetzgebungsprozesses zurechnen, m. a. W. als vom Staate gewollt ansehen, müßte man zu dem Resultate kommen, daß der Staat zugleich Entgegengesetztes wollen könne! Denn er könnte im Unterhause für und im Oberhause gegen einen Gesetzesvorschlag beschließen, er könnte im Monarchen nicht sanktionieren wollen, was er im Parlament als künftiges Gesetz beschlossen, d. h. gewollt hat! Von

einem einheitlichen Staatswillen — dieser Grundvoraussetzung einer Staatspersönlichkeit — könnte keine Rede mehr sein! Die Zurechnung zum Staate hätte keinen Sinn, wäre geradezu unmöglich, weil es einen gemeinsamen einheitlichen Zurechnungspunkt gar nicht gäbe.

Erklärt man die Gesetzgebungsakte als Funktionen des Staates, dann müssen alle die zahlreichen Handlungen, welche von den zur Gesetzgebung berufenen Personen im Verlaufe jenes Prozesses vollzogen werden, der mit einem Gesetze abschließt, als Handlungen des Staates gelten. Als Handlung des Staates kann aber irgendein konkreter Tatbestand (der äußerlich sich als Handlung eines Menschen darstellt) rechtlich nur auf Grund einer bestehenden Zurechnungsregel, d. h. eines Rechtssatzes qualifiziert werden, durch welchen das Urteil ausgesprochen wird, daß ein Wille des Staates besteht, unter bestimmten Umständen diesen Tatbestand zu setzen, d. h. daß gewisse Handlungen bestimmter Personen unter festgesetzten Bedingungen als Handlungen des Staates zu gelten haben. An einer solchen Zurechnungsregel, an einem derartigen Rechtssatze fehlt es jedoch bei jenen Handlungen vollkommen, aus denen sich der Gesetzgebungsprozeß zusammensetzt. Denn ein solcher Rechtssatz müßte — wenn er schon in anderer Hinsicht nicht unmöglich wäre — den Willen des Staates beinhalten, Gesetze zu machen, das heißt aber nichts anderes als: zu wollen. Es läge die absurde Konstruktion eines „Willens zu wollen“ vor! Daß der Wille — im psychischen oder juristischen Sinne — nicht sich selbst zum Inhalte haben kann, bedarf nicht näherer Erörterung. Eine solche Konstruktion gliche dem berühmten Versuche, sich am eigenen Zopfe aus dem Sumpfe zu ziehen. Sie bedeutete eine ganz überflüssige Verdoppelung und keine Lösung des Problems, da die Erzeugung des fraglichen Rechtssatzes, um als Tätigkeit des Staates zu erscheinen, auf einen analogen Rechtssatz zurückgeführt werden müßte usw. ad infinitum!

Einer nicht an der Oberfläche haftenden Betrachtung, die nicht einfach jede mit dem Staatsleben irgendwie zusammenhängende Tätigkeit gleich als solche des Staates erklären zu müssen glaubt, wird die Erkenntnis nicht so fern zu liegen scheinen — ja, es muß sich bei einem gründlicheren Einblick in das Wesen von Staat und Recht geradezu als Selbstverständlichkeit erweisen, daß der ganze Vorgang, der bildlich als Erzeugung des Staatswillens in Betracht kommt, noch außer die Rechtssphäre fällt, da diese erst nach seiner Vollendung beginnt. Nur der perfekte Staatswille kann recht-

lich relevant sein¹⁾; solange nicht die Publikation erfolgt und die *vacatio legis* abgelaufen ist, ist rechtlich noch ein Nichts vorhanden. Alle bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens sich vollziehenden Akte sind mit Beziehung auf das im Werden begriffene Gesetz juristisch unqualifizierbar. Der Gesetzgebungsprozeß ist nicht eine Funktion des Staates oder des Rechtes, er ist eine Voraussetzung beider, die außerhalb ihrer Grenzen liegt. Man vergegenwärtige sich nur immer wieder, daß die Staatsperson rechtlich nichts anderes ist als Staatswille (wie das Recht nur ein Urteil über diesen Willen ist). Der Staat ist nur insoferne existent, als er „will“. Er ist nicht vor seinem Willen noch außerhalb desselben und alles, was noch nicht perfekter Wille ist, liegt jenseits seiner Grenze, die mit der Sphäre des Rechtes zusammenfällt. Wenn schon der ungenaue Vergleich des Gesetzgebungsprozesses mit einer „Erzeugung“ des Staatswillens festgehalten werden soll, dann kann in demselben Sinne der Gesetzgebungsakt als eine Wiedergeburt der Staatsperson selbst bezeichnet werden. Die Erzeugung des Rechtes — sei es die historisch erste, sei es die in der Gegenwart bei jeder Gesetzwerdung sich immer wiederholende — oder die Geburt der Staatsperson steht ebenso außerhalb des Rechtsbereiches und somit der juristischen Konstruktion, wie die Erzeugung und die immer wieder sich wiederholende Entstehung neuen Lebens aus Leblosem außerhalb die Sphäre explikativer Seinsbetrachtung, außerhalb die Naturwissenschaft fällt. Die Staatswillensbildung als Tätigkeit des Staates charakterisieren, heißt aber gerade sie rechtlich zu konstruieren versuchen.

Wenn die Gesetzgebung auch nicht als Tätigkeit des Staates qualifiziert werden kann, so muß sie doch zweifellos als soziale Funktion erkannt werden. Der eigenartige Gegensatz von Gesellschaft und Staat, welcher letzterer sich als besondere Organisationsform der Gesellschaft darstellt, tritt hier in eine spezielle Erscheinung. Es wäre verfehlt, wollte man sich dieses Verhältnis von Staat und Gesellschaft in der Weise denken, daß jede der beiden Gemeinschaften als völlig selbständige Organisationen einander schroff gegenüberstehen. Der Staat ist nur eine Form der Gesellschaft, die als das substantielle Element, als der Inhalt dieser Form zu denken ist. Doch ist die starre Hülle — Recht und Staat sind nur Erstarrungsprodukte im Flusse des sozialen Lebens — nicht allseitig geschlossen. Es muß einen Punkt geben, an dem der Strom sozialen Lebens

1) JELLINEK, Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887 S. 312: „Auch der Wille der juristischen Person gewinnt rechtliche Bedeutung erst dann, wenn er perfekt und geäußert ist.“ Allein auf derselben Seite ist zu lesen: „Damit gewinnt der Prozeß der (staatlichen) Willensbildung selbst juristische Bedeutung.“

immer wieder in den Staatskörper eindringt, eine Übergangsstelle, wo die amorphen Elemente der Gesellschaft in die festen Formen des Staates und Rechtes übergehen. Es ist dies die Stelle, wo Sitte und Moral, wo wirtschaftliche und religiöse Interessen zu Rechtssätzen, zum Inhalt des Staatswillens werden: im Gesetzgebungsakte. So ist der Prozeß der staatlichen Willensbildung gleichsam die Nabelschnur, die das Staatsgebilde dauernd an den Mutterleib der Gesellschaft bindet! Es ist das große Mysterium von Recht und Staat, das sich in dem Gesetzgebungsakte vollzieht, und darum mag es gerechtfertigt sein, daß nur in unzulänglichen Bildern das Wesen desselben veranschaulicht wird.

Selbst wenn man sich der richtigen Erkenntnis von der wahren Natur des juristischen Willensbegriffes verschließt und den Willen auch im Rechtssinne mit der so bezeichneten psychischen Tatsache identifiziert, kann man zu keinem anderen Resultate kommen, als daß die Willensbildung ein rechtlich irrelevanter Vorgang ist. Faßt man zunächst die sogenannte physische Person ins Auge, so muß man berücksichtigen, daß der „Mensch“ als biologische Einheit verschieden sein muß von der „Person“ als juristischer Einheit; denn die letztere — und daran kann auch diese Anschauung des Willens nichts ändern — hat nur eine einzige Qualität: Willen, während für die naturwissenschaftliche Betrachtung eine solche „Abstraktion“ gar nicht möglich ist (daß sie auch für die Jurisprudenz ein Unding ist, bleibt hier, wo der Gegner von seinem eigenen Standpunkte aus widerlegt werden soll, dahingestellt). Die Bildung des psychischen Willens ist nun zweifellos ein Vorgang, der ohne die übrigen psychischen und physischen Qualitäten des Menschen, Vorstellung und Gefühl, mechanische Nerventätigkeit usw. nicht gedacht werden kann! Die Erzeugung des Willens vollzieht sich im „Menschen“ der Biologie, nicht in der „Person“ der Jurisprudenz! Und der „Mensch“ ist juristisch nur Objekt, nicht Subjekt, d. h. er ist lediglich Gegenstand des rechtlichen Schutzes wie Tiere und leblose Objekte. Erst wenn der Wille das Stadium des Werdens verlassen, ja, erst wenn er bereits geäußert wurde, kann er juristisch relevant werden. Der ganze Bildungsprozeß ist ein rein psychologischer, rechtlich vollkommen gleichgültiger und Träger dieses Vorganges ist nicht die juristische „Person“, sondern der physisch-psychische Mensch. Überträgt man nun diese Ergebnisse auf die juristische Person des Staates — und nur im Wege einer solchen höchst zweifelhaften Analogie läßt sich bei einer derartigen juristischen Willentheorie Staatsperson und Staatswille konstruieren — dann kann man in dem Gesetzgebungsvorgange nur das Analogon zu dem psychophysischen

Willensbildungsprozesse im Innern des Menschen sehen. Wie dieser muß er rechtlich als irrelevant gelten, denn auch bei der juristischen Person kann nur der perfekte und geäußerte Wille von Bedeutung sein. Und auch hier kann es nicht die juristische „Person“, sondern nur ein dem physischen Menschen Analoges sein, innerhalb dessen sich der Willensbildungsprozeß abspielt. Tatsächlich sind es denn auch die zur Gesetzgebung berufenen Menschen, in denen und durch welche die Bildung des staatlichen Willens vorgestellt werden muß; und zwar alle diese im Gegensatz e zum Staate und nicht als dessen Repräsentanten gedacht; sie müssen als Organe der Gesellschaft betrachtet werden, die bei dieser Analogie im Verhältnis zum Staate die gleiche Stellung einnimmt wie der „Mensch“ zur „Person“. So ist auch vom Standpunkte der psychologischen Willenstheorie wie bei der physischen Person so auch bei der juristischen Person des Staates der Willensbildungsprozeß ein rechtlich irrelevanter; ist er dort ein rein psychischer, nur psychologisch erklärbarer, ist er hier ein sozialer, soziologisch qualifizierbarer — jedenfalls kein rechtlicher Vorgang. Und wie dort die Erzeugung des Willens sich nicht in der Person, sondern im Menschen vollzieht, so ist hier nicht der Staat, sondern die Gesellschaft Erzeuger des Staatswillens; der Staat kann auch nach dieser Willenstheorie nur als Träger des Staatswillens in Betracht kommen!

XV. Kapitel.

Der Gesetzgebungsprozess.

Die Lehre, daß die Erzeugung des Staatswillens nicht eine Funktion der Staatsperson selbst sei, bedarf noch einer gewissen Korrektur. Sie betrifft die Natur des Publikationsaktes. Bevor diese ins rechte Licht gesetzt wird, müssen einige kurze Bemerkungen vorausgeschickt werden, durch welche die Stellung vorliegender Untersuchungen zur Lehre von der Gesetzgebung im allgemeinen präzisiert wird.

Die im modernen, konstitutionellen Staate regelmäßig geforderten Voraussetzungen für ein gültiges Gesetz, einen perfekten Staatswillen sind ein übereinstimmender Beschluß beider Häuser des Parlamentes, die Sanktion des Monarchen, die Publikation des sanktionierten Parlamentsbeschlusses und unter Umständen auch der Ablauf einer gewissen *vacatio legis*. Da jede einzelne dieser Voraus-

setzungen erfüllt sein muß, damit von einem Gesetze die Rede sein könne, damit ein Rechtssatz bestehe, d. h. damit das Urteil über einen bedingten Staatswillen wahr sei, da das Fehlen jeder einzelnen dieser Voraussetzungen in gleicher Weise das Zustandekommen eines Gesetzes unmöglich macht, müssen von diesem rein formalen Standpunkte aus alle aufgezählten Voraussetzungen als in gleicher Weise wesentlich für die Bildung des Staatswillens erkannt werden. Es ist schlechterdings unmöglich, von dem einen oder dem anderen Erfordernis zu sagen, es sei das wesentlichste oder wichtigste, ebensowenig wie es möglich wäre — um einen Vergleich zu gebrauchen, und nur ein Vergleich, nicht eine Identität liegt hier vor — von mehreren gemeinsamen Ursachen einer Wirkung die eine oder andere als Hauptursache herauszuheben. Tatsächlich findet sich jedoch in der heutigen Literatur sehr häufig die Ansicht vertreten, daß gewissen Akten innerhalb des Gesetzgebungsprozesses eine besondere oder wesentliche Bedeutung vor den anderen zukomme. Insbesondere ist es die Sanktion des Monarchen, der man geneigt ist, eine hervorragende Stellung zuzuerkennen¹⁾. Diese Ansicht stützt sich unter anderem²⁾ auch auf den Wortlaut der Gesetzesformel, die in den konstitutionellen Staaten meist derart gestaltet ist, daß der ganze Gesetzesinhalt als Wille oder Befehl des Monarchen erscheint. So z. B. in Österreich: „Mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrates finde ich anzuordnen wie folgt: . . .“ Dieser Wortlaut hat auch Veranlassung gegeben, das Gesetz in den monarchisch konstitutionellen Staaten geradezu als den Willen des Monarchen aufzufassen, der nur durch die Zustimmung gewisser Faktoren beschränkt sei. So sagt JELLINEK³⁾: „In der auf dem monarchischen Prinzipie beruhenden konstitutionellen Monarchie in Deutschland und Österreich, sowie in dem überwiegend aus monarchischen Staaten gebildeten und daher auf gleicher Basis ruhenden Deutschen Reiche ist das Gesetz als perfekter Staatswille nur Wille des Souveräns: des Monarchen“. Diese Lehre kann vom formal juristischen Standpunkte nicht akzeptiert werden! Wenn der Staat — und auch der monarchisch konstitutionelle — eine juristische Person sein soll —

1) Vgl. LUKAS, Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des deutschen Reiches. Graz 1901, S. 46 ff.

2) Die verschiedenen Argumente, die für die Ansicht geltend gemacht werden können, daß dem Monarchen im Gesetzgebungsprozesse eine ausschlaggebende Stellung zukomme, das Parlament jedoch nur eine untergeordnete Rolle spiele, sind in der erwähnten Arbeit von LUKAS ausführlich dargestellt und mit scharfer Kritik widerlegt worden.

3) Gesetz und Verordnung, S. 314.

und JELLINEK vertritt ja diese Ansicht — dann kann der Wille dieser Person nicht mit dem eines einzigen ihrer zahlreichen Organe identifiziert werden! Welchen Sinn könnte es auch haben, die physische Person des Monarchen den Inhalt der ganzen Rechtsordnung, d. h. aller Gesetze (des Staatswillens) wollen zu lassen? Daß damit nicht der wirkliche psychische Wille des Monarchen gemeint sein kann, ist selbstverständlich; wie sollte dieser einen solchen ungeheuren Inhalt dauernd fassen können? Es kann also nur die juristische Konstruktion eines Zurechnungsprozesses vorliegen. Warum erfolgt nun diese Zurechnung gerade zu der physischen Person des Monarchen? Sie könnte ebensogut zu einem der beiden Häuser des Parlamentes erfolgen, wenn die Stellung beim Gesetzgebungsvorgange maßgebend sein soll. Denn der Beschluß eines dieser beiden Häuser ist nicht um ein Haar notwendiger als die Sanktion des Monarchen; und darum ist der Wortlaut des Gesetzestextes ein für die juristische Konstruktion bedeutungsloses historisches Requisite, das aus der Zeit des Absolutismus aus politischen Gründen zurückgeblieben ist¹⁾. Die gleiche Formel wäre auch in einer Verfassung denkbar, die dem Monarchen nur ein suspensives Veto oder überhaupt keinen aktiven Anteil an der Gesetzgebung, sondern nur die Pflicht der Promulgation und Publikation einräumt²⁾. Wenn die Rechtsordnung Wille des Monarchen ist, welche Notwendigkeit ist dann überhaupt gegeben, eine Staatsperson und einen Staatswillen zu konstruieren, wo doch die physische Person des Herrschers eine viel bequemere Einheit darstellt!

Diese hier verworfene Anschauung ist es auch, welche schon der LABANDSchen Theorie von der Unterscheidung zwischen Feststellung des Gesetzesinhaltes und Erteilung des Gesetzesbefehls zu Grunde liegt. Dieser zufolge soll der Inhalt des Gesetzes zwar im Wege einer Vereinbarung zwischen Monarch und Parlament zustandekommen, der Gesetzesbefehl jedoch ausschließlich vom Monarchen ausgehen. Auf die Tätigkeit des Monarchen muß im Gesetzgebungsprozesse eine hervorragende, ja, die einzig ausschlaggebende Bedeutung gelegt werden, wenn das Gesetz, der Staatswille, entsprechend der Gesetzgebungsformel als ein Befehl des Monarchen aufgefaßt werden soll, dem durch die übrigen Akte der Gesetzgebung nur ein konkreter Inhalt gegeben wird³⁾. In diesem Sinne

1) Vergl. dazu LUKAS a. a. O. S. 217.

2) In Österreich und den konstitutionellen Monarchien des deutschen Reiches ist eine solche Rechtspflicht des Monarchen allerdings nicht anzunehmen.

3) Die LABANDSche Konstruktion hat LUKAS a. a. O. S. 102ff. treffend widerlegt. Insbesondere weist LUKAS auch auf den Widerspruch hin, in den

interpretiert auch SELIGMANN¹⁾ die LABANDSche Lehre. Er meint, die Ausführungen LABANDS seien vielfach mißverstanden worden und zwar infolge eines nicht ganz genauen Ausdruckes. LABAND sage nämlich: Man verschließe sich jeder Möglichkeit einer wissenschaftlichen Erkenntnis der Lehre von der Gesetzgebung, wenn man das Wesen der Gesetzgebung in der „Schaffung eines Rechtssatzes“ erblicke. Gesetzgebung sei vielmehr lediglich die Ausstattung eines Rechtssatzes mit verbindlicher Kraft, ihr Kernpunkt sei daher allein in der Sanktion zu finden. Diese Behauptungen LABANDS haben nach der Ansicht SELIGMANNS aus dem Grunde eine Polemik hervorgerufen, weil das Wort Rechtssatz im streng juristischen Sinne ganz allgemein die Bedeutung einer verbindlichen Vorschrift hat, welche demnach bereits mit äußerer Autorität begabt ist und nicht noch einmal mit derselben ausgestattet werden kann. SELIGMANN schlägt nun an Stelle des Wortes „Rechtssatz“ den Terminus Rechtsregel vor. LABAND — und mit dieser Modifikation schließt sich SELIGMANN diesem an — habe nur sagen wollen, daß in der Gesetzgebung Rechtsregeln mit Verbindlichkeit ausgestattet werden. Die in der vom Parlament beschlossenen Gesetzesvorlage enthaltenen Sätze seien noch nicht Rechtssätze, sondern unverbindliche Rechtsregeln; durch die Sanktion erst werden sie mit Verbindlichkeit ausgestattet und dadurch zu Rechtssätzen. Darum sei auch ausschließlich in der Sanktion der Kernpunkt der Gesetzgebung zu erblicken²⁾.

Dagegen muß zunächst bemerkt werden, daß die Unterscheidung von Rechtsregel und Rechtssatz vom terminologischen Standpunkte aus keine sehr glückliche ist. Eine unverbindliche Rechtsregel ist eine *contradictio in adjecto*. Der Charakter der Verbindlichkeit ist durch den ersten Teil des Wortes: „Rechts“ und nicht durch den zweiten: „Satz“ oder „Regel“ ausgedrückt. Rechtssatz und Rechtsregel sind tatsächlich Synonyma und haben beide den Sinn der verbindlichen Norm. Der Gesetzentwurf, der nur vom Parlamente beschlossen ist, enthält weder Rechtsregeln noch Rechtssätze; sein Inhalt ist eine Summe von Sätzen im grammatischen Sinne, die rechtlich gar keine Qualifikation haben. Daß sie ihrem Inhalte nach Rechtssätze sein könnten, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt wären, hat für ihre juristische Beurteilung ebensoviel oder ebensowenig Bedeutung,

sich LABAND verstrickt, wenn er die Erteilung des Gesetzesbefehles in dem Akte der Sanktion erblickt und dennoch für die Gesetzgebung des deutschen Reiches die Sanktion dem Bundesrate, die Erteilung des Gesetzesbefehles dem Kaiser zuschreibt. Vgl. a. a. O. S. 194 ff.

1) a. a. O. S. 131 ff.

2) Vgl. a. a. O. S. 127 und 132.

wie für die künstlerische Qualifikation von Bedeutung ist, daß ein Marmorblock eine Statue werden könnte, wenn ihn ein Bildhauer bearbeitete, aber solange dies nicht geschieht, keine Statue, sondern ein Marmorblock ist.

Gewiß hat LABAND recht, wenn er betont, daß durch die Gesetzgebung nicht Rechtssätze „geschaffen“ werden. Rechtssätze sind Urteile über einen Staatswillen, d. h. Zurechnungsregeln und schon früher wurde mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß der Gesetzgebungsvorgang nur in einem sehr ungenauen Vergleiche als „Erzeugung“ des Staatswillens bezeichnet wird. Urteile sind logische Gebilde und die als Gesetzgebung bezeichneten sozialen Vorgänge können zweifellos nicht „Urteile erzeugen“. Das Verhältnis der Gesetzgebung zu den Rechtssatzurteilen wurde schon früher angedeutet: Die Gesetzgebung schafft die Voraussetzungen, unter denen das Urteil über einen bedingten Staatswillen wahr ist. Denn auf Wahrheit macht dieses Rechtssatzurteil wie jedes andere Anspruch. Wahr ist aber das den Rechtssatz darstellende hypothetische Urteil — oder was dasselbe ist: perfekt ist der bedingte Staatswille, der in dem Rechtssatze ausgesagt wird, erst dann, wenn alle für das Zustandekommen eines formellen Gesetzes erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Für die Wahrheit des Rechtssatzurteiles sind aber alle Voraussetzungen, ist jeder einzelne Akt der Gesetzgebung von gleicher Bedeutung! Insbesondere muß die LABAND-SELIGMANNSCHE Konstruktion zurückgewiesen werden, die das Wesen der Gesetzgebung in der Ausstattung einer Regel mit Verbindlichkeit erblickt und darum die Sanktion als den Kernpunkt hinstellt. Denn, wenn schon die Unterscheidung zwischen Feststellung des Gesetzesinhaltes d. i. der grammatischen Formulierung der Rechtssätze und der Erteilung des Gesetzesbefehles, d. i. der Ausstattung mit Verbindlichkeit, aufrecht erhalten werden soll, so muß betont werden, daß beide Akte von gleicher Bedeutung sind, da für die Gesetzgebung eines ohne das andere nicht sein kann. Zudem hat LUKAS treffend nachgewiesen, daß die Feststellung des Gesetzesinhaltes seitens des Parlamentes in dem Beschluß über die Gesetzesvorlage, seitens des Monarchen in der Sanktion dieses Beschlusses gelegen ist und daß beide Akte, in denen die Vereinbarung des Gesetzesinhaltes zwischen Parlament und Monarch zustandekommt, zugleich auch die Erteilung des Gesetzesbefehles sein müssen¹⁾.

Nur die historisch-politische und nicht die formaljuristische Betrachtung kann der Sanktion des Monarchen im

1) a. a. O. S. 172 ff.

Gesetzgebungsvorgänge eine wesentlichere Bedeutung als den übrigen Voraussetzungen der sogenannten Staatswillensbildung zuerkennen. Und wenn es das monarchische Prinzip ist, das in dieser Stellung der Sanktion sich geltend machen soll, dann muß betont werden, daß das monarchische Prinzip ein politisches, kein rechtliches ist und juristisch nicht formuliert werden kann, weil es in der Rechtsordnung nicht zum Ausdruck kommt; ebenso wie die Unterscheidung von konstitutioneller und parlamentarischer Monarchie eine politische ist, die sich rechtlich, d. h. in der Verfassung nicht zeigt oder doch nicht zeigen muß. Politisch mag die Stellung des Monarchen die des Parlamentes überragen, politisch mag die Sanktion des Monarchen der weitaus wichtigste Akt in der Gesetzgebung sein, historisch mag immerhin die Publikationsformel auf den ehemaligen Zustand im absoluten Regime hindeuten da alle Gesetze, der gesamte Wille des Staates nur als Wille des Monarchen gelten mußte, somit der Staat der Monarch war; formal-juristisch ist diese Klausel bedeutungslos, die Sanktion so erforderlich wie die Beschlüsse des Parlamentes. In diesem Vorwurfe einer unzulässigen Verquickung von formal-juristischer mit historisch-politischer Betrachtung gipfelt auch die scharfe Kritik, die LUKAS an der herrschenden Lehre über das Verhältnis zwischen Parlament und Monarch im Gesetzgebungsprozesse geübt hat¹⁾. Dieser Kritik ist durchaus zuzustimmen.

Auch HAENEL ist beizupflichten, wenn er²⁾ energisch betont, daß die Stellung des Parlamentes und die des Monarchen bei dem Prozesse der Staatswillensbildung eine vollkommen gleiche ist. Allein, seine Motivierung kann nicht akzeptiert werden. Denn daß die Verfassungstexte eine Übereinstimmung von Parlament und Krone fordern, sich gerade des Wortes „Übereinstimmung“ bedienen, ist — wie überhaupt der Wortlaut des Gesetzestextes bei einer Theorie der Gesetzgebung — gleichgültig. Und die Beurteilung des Verhältnisses zwischen Sanktion und Parlamentsbeschluß ist eine theoretische Ansicht des Gesetzesredakteurs. Übrigens bedient sich z. B. die österreichische Verfassung gar nicht des Wortes „Übereinstimmung“. § 13 des Gesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 141 RGB. lautet: „Zu jedem Gesetz ist die Übereinstimmung beider Häuser

1) a. a. O. S. 224: „Juristische Koordination von Parlament und Monarch und politische Überlegenheit des Monarchen sind Dinge, die miteinander sehr wohl verträglich sind. Das scheinen die Vertreter der herrschenden Lehre zu verkennen, und so kommt es, daß sie, um die politische Überlegenheit des Monarchen zu retten, es für nötig halten, auch in seine juristische Stellung gegenüber dem Parlamente ein Plus hineinzukonstruieren.“

2) Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Studien zum deutschen Staatsrecht, 1888, II. S. 149.

und die Sanktion des Kaisers erforderlich.“ Das Wort *Übereinstimmung* bezieht sich also nur auf das Verhältnis beider Parlamentsbeschlüsse. Die Introduktionsformel für Gesetze lautet aber: „Mit *Zustimmung* beider Häuser des Reichsrates finde ich anzuordnen wie folgt.“ Gerade die Berufung auf diesen Wortlaut¹⁾ hätte hier zur Folge, daß der Stellung des Monarchen und seiner Sanktion bei der Gesetzgebung die größere Bedeutung zugeschrieben würde. Allein, das Gesetz, das von einer „Zustimmung“ des Parlamentes spricht, könnte ebensogut von einer Zustimmung der Krone zu den Beschlüssen des Parlamentes sprechen, ohne im geringsten an dem Tatbestande etwas zu ändern, der am korrektesten, weil ganz farblos, d. h. ohne jede Beurteilung, in dem zitierten § 13 in der Weise ausgedrückt wird, daß zu einem Gesetze sowohl der gleichlautende Beschluß beider Häuser als auch die Sanktion des Monarchen notwendig ist. Daß sich für die formal-juristische Betrachtung des Gesetzgebungsprozesses die Funktionen des Monarchen und des Parlamentes als einander koordinierte, gleichbedeutende Komponenten darstellen müssen, geht schon daraus hervor, daß die juristische Konstruktion gar nicht die Maßstäbe hat, um die möglicherweise zwischen beiden Funktionen bestehenden Wert- oder Machtdifferenzen zu erfassen. Der richtige Instinkt für diese Grenze juristischer Methode erklärt daher auch die Opposition, die gegen die herrschende, von LABAND vertretene Lehre in der neueren Literatur einsetzt und der die LUKASSCHE Kritik den klarsten Ausdruck verleiht.

1) Nebenbei bemerkt sei, daß dieser zwar tatsächlich stets wiederkehrende Wortlaut der Einleitungsformel von der österreichischen Verfassung nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und nicht notwendig aus deren Bestimmungen hervorgeht. Der hier in Betracht kommende Art. 10 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 145 RGB., über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt lautet: „Die Kundmachung der Gesetze erfolgt im Namen des Kaisers mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“ Daraus muß keineswegs geschlossen werden, daß das Gesetz dem Wortlaute nach als Wille oder Befehl des Kaisers erscheinen soll. Ja, es muß sogar als fraglich erscheinen, ob die gegenwärtige Praxis tatsächlich verfassungsmäßig ist; denn nicht der Kaiser soll die Gesetze kundmachen, wie dies in der üblichen Publikationsformel geschieht, sondern die Gesetze sollen im „Namen des Kaisers“ kundgemacht werden. „Im Namen“ einer Person handelt aber zunächst nur eine andere, nicht diese selbst. Wie ein Akt aussehen muß, der „im Namen des Kaisers“ zu vollziehen ist, das zeigen z. B. die richterlichen Urteile die gemäß Art. 1 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 144 RGB., über die richterliche Gewalt, ebenfalls „im Namen des Kaisers“ verkündigt und ausgefertigt werden müssen. Diese erscheinen nicht als Befehl oder Wille des Kaisers, sondern stellen sich ihrem Wortlaute nach als vom Gerichte unter Voraussetzung der Worte: „Im Namen S. M. des Kaisers“ ausgesprochen dar.

So sehr nun deren negativem Resultate hier beigespflichtet werden muß, das in der Ablehnung einer dem Monarchen gegenüber dem Parlamente eingeräumten juristisch qualifizierbaren Vorzugsstellung besteht, so entschieden muß dagegen das positive Element in der Formulierung verworfen werden, mit der LUKAS den Gesetzgebungsprozeß juristisch zu charakterisieren versucht. Als Vertreter der Imperativtheorie hält LUKAS — und in diesem Punkte ist er auch mit der von ihm bekämpften herrschenden Lehre einig — den Gesetzgebungsakt für einen staatlichen Befehlsakt. Der in demselben zum Ausdruck gelangte staatliche Wille hat das rechtmäßige Verhalten der Untertanen zum Inhalte¹⁾. Damit ist der prinzipielle Gegensatz seines Standpunktes zu dem dieser Untersuchungen aufgezeigt, in denen der Nachweis erbracht wurde, daß der Wille des Staates, der in der Rechtsordnung erklärt ist und der im Gesetzgebungsprozesse „erzeugt“ wird, diesen Inhalt gar nicht haben, somit gar kein an die Untertanen gerichteter Befehl rechtmäßigen Verhaltens sein kann. Was aber die LUKASSchen Resultate vollends von den Ergebnissen dieser Untersuchungen trennt, ist die hier gewonnene Erkenntnis, daß der Gesetzgebungsakt — diese Summe aller für den Bestand eines Gesetzes notwendigen Voraussetzungen — nicht nur kein staatlicher Befehlsakt, sondern überhaupt kein staatlicher Akt, keine Funktion des Staates, kein der Staatsperson zuzurechnender Handlungskomplex, sondern ein Vorgang sozialer Natur ist, dessen rechtliche Konstruktion, als einer Voraussetzung des Rechtes, als einer Vorbedingung der Rechtsordnung, nicht möglich ist.

Der Ansicht, daß die Sanktion durch den Monarchen der wesentlichste Akt im Gesetzgebungsprozesse ist, entspricht durchaus die überaus allgemein verbreitete Vorstellung, daß der Staatswille schon mit erfolgter Sanktion perfekt und die nun folgende Publikation nur eine Verkündigung des bereits vollendeten Gesetzes sei²⁾. Schon früher wurde auf das Inkorrekte einer Terminologie hingewiesen, die von der „Publikation eines Gesetzes“ spricht, da doch die Publikation selbst noch zu jenem Tatbestande gehört, nach dessen Erfüllung erst von einem Gesetze gesprochen werden kann; was publiziert wird, ist kein Gesetz, sondern ein sanktionierter Parlamentsbeschluß, der durch die Publikation erst zum Gesetze wird. Das ist u. a. GIERKE entgegenzuhalten, wenn er in seiner Kritik

1) Vergl. a. a. O. S. 120.

2) Die Ansicht LUKAS', daß die Sanktion erst dann als vorhanden angesehen werden könne, wenn auch schon die Publikation erfolgt sei (a. a. O. S. 191), kann nicht akzeptiert werden.

LABANDS¹⁾ zwischen der Bildung des Staatswillens und dem gehörigen Ausspruch des gesetzgeberischen Willens unterscheidet. Eine solche Terminologie ist das Resultat einer Analogie zwischen der Bildung und Äusserung des psychischen menschlichen Willens und dem Gesetzgebungsvorgange als dem Prozesse staatlicher Willensbildung und Äusserung. Daß solche Analogie unzulässig ist, wurde schon früher gezeigt. Sie ist noch aus anderen Gründen unmöglich als gerade deshalb, weil der Staatswille erst durch seine Äusserung — wenn man die Publikation überhaupt so nennen dürfte — gebildet wird. Daß diese Analogie zwischen Menschenwillen und Staatswillen bei der Charakterisierung des Gesetzgebungsvorganges lieber zu vermeiden wäre, hat wohl schon HAENEL²⁾ ausgesprochen. Er sagt: „In jeder Willenshandlung, d. h. in jenem als Einheit gedachten Vorgange, der Veränderung als durch menschlichen Willen verursacht und der menschlichen Willen als in einer Veränderung wirksam darstellt, unterscheiden sich zwei besondere Momente: die inneren psychologischen Vorgänge, die in der Willensbildung oder Willenssetzung, in dem Entschlusse oder Beschlusse als der nicht weiter erklärbaren Erregungsursache psychischer oder psychophysischer Bewegungen oder Hemmungen bestehen, und die Handlung, das sind die durch den Beschluß als der vorhergehenden, rein geistigen Tatsache verursachten psychischen, psychophysischen oder mechanischen Veränderungen. Allein, die analogische Übertragung dieser individual-psychologischen Vorgänge und Unterscheidungen auf die Funktion des Staates ist unmöglich. Jeder Akt der Gesetzgebung ist im psychologischen Sinne bereits Handlung“. Allein HAENEL setzt folgendermaßen fort: „Allerdings, wenn in dem Gange der Gesetzgebung nur das erste Stadium ins Auge gefasst wird, welches mit der Sanktion des Gesetzes am auffälligsten abschließt, dann liegt in ihm das Analogon des Entschlusses oder Beschlusses klar zu Tage. Dieses Stadium gehört rein der inneren staatlichen Willensbildung an. Aber der Gesetzgebung ist das zweite Stadium: der sich nach aussen an alle, die es angeht richtende Befehl, kurz das Stadium der Promulgation und Publikation nicht minder wesentlich. Dieses zweite Stadium gehört durchaus dem Begriffe Handlung an. Der verkündete Gesetzesbefehl ist nichts anderes als die durch die Willenssetzung verursachte psychophysische Bewegung, welche eine bestimmte psychische Einwirkung auf diejenigen und ein dementsprechendes Verhalten derer, an die er ergeht,

1) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, besprochen von GIERKE in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. II. S. 229.

2) a. a. O. S. 187ff.

ins Werk setzt“. Wer den ersten und zweiten Teil dieser HAENELschen Ausführungen vergleicht, kann wohl kaum zu einem anderen Urteile kommen, als daß HAENEL die von ihm anfänglich feierlich verworfene Analogie zwischen Menschenwillen und Staatswillen schließlich bedingungslos durchführt. Nur daß er sich stets bewußt bleibt, daß es eine Analogie ist, die vorliegt, und daher in gewissen Punkten Differenzen bestehen müssen. *Omne simile claudicat!* Wäre die Übereinstimmung eine vollständige, hätte man es mit einer Identität, nicht mit einer Analogie zu tun. Aber auch eine „analogische Übertragung“ ist es gerade, die HAENEL ursprünglich als „unmöglich“ bezeichnet. Seltsamerweise ist es übrigens gar nicht die von HAENEL betonte Differenz zwischen der menschlichen und staatlichen Willensbildung, die eine Analogie erschwert oder unmöglich macht. Denn daß alle Einzelakte der Gesetzgebung als „Handlungen“ d. h. als Veränderungen der materiellen Außenwelt erscheinen, macht ihren Vergleich mit der psychischen Willensbildung beim Einzelmenschen nicht unmöglich; vollzieht sich doch auch diese unter mechanischen Bewegungen des Gehirns, zumindest in Begleitung von solchen Veränderungen in der materiellen Sphäre des Menschen. Was HAENEL den — schließlich ja doch akzeptierten — Vergleich so erschwert, ist die Tatsache, daß er diese Gesetzgebungshandlungen als Handlungen des Staates auffaßt. Das ist freilich unmöglich, den Willen des Staates durch Handlungen desselben erzeugen zu lassen, noch dazu, wenn man unter Staatswillen ein psychisches Faktum und zwar einen kausalen, die Handlung verursachenden Willen versteht! Das wäre etwa so verkehrt, wie wenn man die oben erwähnten mechanischen Gehirnvorgänge bei der psychischen Willensbildung „Handlungen“ (i. e. Willenshandlungen) des Menschen nennen wollte, und hieße faktisch die Ursache aus der Wirkung ableiten! Gerade der aus anderen Gründen unzulässige Vergleich mit dem menschlichen Willen der Psychologie hätte zur Erkenntnis führen müssen, daß die Gesetzgebung — zumindest bis zum Stadium der Publikation — nicht Handlung des Staates selbst sein kann, was HAENEL allerdings als selbstverständlich voraussetzt.

Trotzdem sich HAENEL gegen die analogische Anwendung der Vorgänge bei der menschlichen Willensbildung auf den Gesetzgebungsprozeß ausspricht, hat er dennoch gerade den größten Fehler nicht vermieden, der in dieser Analogisierung gelegen ist. Obgleich er ausdrücklich anerkennt, daß das Stadium der Promulgation und Publikation für die Gesetzgebung, d. i. also das Zustandekommen eines Staatswillens ebenso wesentlich ist wie das Stadium der parlamentarischen Beschlußfassung und die Sanktion seitens der Krone, so erklärt er

dennoch, fast möchte man sagen gegen besseres Wissen, die Promulgation und Publikation als eine Verkündigung des Gesetzesbefehles, als „eine durch die Willenssetzung verursachte psychophysische Bewegung“. Er betrachtet somit den staatlichen Willen mit der Sanktion für perfekt, schließt sich gerade in diesem Punkte der Analogie zum menschlichen Willen an, der auch unmittelbar vor seiner Äußerung als vollendet zu denken ist; ja, er stellt die Publikation in engster Parallele zu dieser Äußerung des menschlichen Willens geradezu als durch den perfekten Staatswillen „verursacht“ dar. Ganz unzweideutig kommt diese Vorstellung HAENELS in folgenden Worten zum Ausdruck¹⁾: „Damit der rechtsgültig entstandene Wille rechtliche Wirksamkeit auch über den Kreis der konstitutionellen Faktoren hinaus erlange, damit er die durch seinen Inhalt geforderte ‚Rechtsverbindlichkeit‘ in diesem engeren Sinne gewinne, müssen nach Maßgabe des positiven Rechtes zwei weitere formale Bedingungen erfüllt werden: die Promulgation und die Publikation.“ Die Auffassung, daß der Staatswille schon mit der Sanktion perfekt sei, daß aber zu seiner vollen Wirksamkeit doch noch Promulgation und Publikation gehören, zwingt zu der immerhin bedenklichen Annahme einer Art von halbwirksamem Staatswillen! Worin soll eigentlich das Wesen dieses rechtsgültig entstandenen aber noch nicht ganz rechtswirksamen, nicht rechtsverbindlichen Staatswillens bestehen? In dem „rechtswirksamen Beschlusse des Staates, daß ein bestimmtes Gesetz zu erlassen sei“, sagt HAENEL: Also ist der sanktionierte Parlamentsbeschluß doch „rechtswirksam“! Ganz abgesehen davon fordert diese Konstruktion, in dem Gesetzgebungsprozesse eigentlich zwei völlig verschiedene Staatswillen zu erblicken, und mutet einem ernstlich zu, den Inhalt des sanktionierten Parlamentsbeschlusses für einen anderen zu halten als den des publizierten Gesetzes! Es gibt also einen Willen des Staates, dessen Inhalt das Gesetz ausmacht, und einen Willen des Staates, daß dieses Gesetz erlassen werde, das heißt wohl, einen Staatswillen, der seinen eigenen Willen zum Inhalte hat! Genauer gesprochen: Es entstünde mit der Sanktion ein Wille des Staates, seinen Willen zu äußern! Die überflüssige Verdoppelung, die diese Konstruktion bedeutet, springt ins Auge! Und wenn Parlamentsbeschluß mit Sanktion nur einen formalen Willen zur Willensäußerung entstehen läßt, woher kommt dann der zu äußernde Wille mit seinem konkreten Inhalte? Der im künftigen Gesetze ausgedrückte Wille des Staates, z. B. unter bestimmten Umständen zu strafen, ist jedenfalls ein anderer als der,

1) a. a. O. S. 159.

diesen Willen auszusprechen, wie mein Wille, bei schönem Wetter morgen spazieren zu gehen, verschieden ist von dem Willen, die Worte zu sprechen: „Ich will morgen bei schönem Wetter spazieren gehen!“ Auch hier ist ein Punkt, wo die — von HAENEL stillschweigend durchgeführte — Analogie zwischen der Willensbildung beim Staate und beim Menschen vollständig versagt! Während beim Menschen diese beiden Willensakte wohl zu unterscheiden sind, zeigt der staatliche Willensbildungsprozeß bis zum Augenblicke der erfolgten Sanktion — das Bild einer Willens„erzeugung“ überhaupt als zulässig vorausgesetzt — jedenfalls nur einen Willensakt, dessen Inhalt, dem Wortlaute des sanktionierten Gesetzentwurfes entsprechend, kein anderer sein kann als der des künftigen Gesetzes! Darum ist es vollständig unbegreiflich, wie nach HAENEL als Inhalt des sanktionierten Parlamentsbeschlusses zu denken sein soll: „daß ein bestimmtes Gesetz zu erlassen sei“, wie durch den Abdruck im Reichsgesetzblatte aus dieser hohlen Formel konkrete Rechtssätze werden sollen, wie der sanktionierte Parlamentsbeschluß, der doch wörtlich mit dem publizierten Gesetze übereinstimmt und sich von diesem nur durch die Form (das Moment der Publikation) unterscheidet, inhaltlich etwas anderes sagen kann als das publizierte Gesetz! Dazu kommt noch, daß dieser Konstruktion zufolge in der Publikation der wesentliche Gesetzgebungsakt zu erblicken wäre! Denn mit der Sanktion ist nichts weiter gewonnen, als der Beschluß, daß das Gesetz — künftig — zu erlassen sei. Die Erlassung des eigentlichen Gesetzes könnte somit nur durch Publikation geschehen!

In den zitierten Ausführungen HAENELS findet sich — nur angedeutet — ein Gedanke, der in der heutigen Literatur stark vertreten ist. Es ist die Theorie, daß der sanktionierte Parlamentsbeschluß wohl die „konstitutionellen Faktoren“, nicht aber die Untertanen verpflichte; seine Rechtswirksamkeit beschränke sich auf das innere Verhältnis der gesetzgebenden Organe. Sehr deutlich spricht JELLINEK¹⁾ diesen Gedanken aus: „Es gibt in dem Leben des Gesetzes einen Zeitraum, wo es noch nicht die Untertanen verpflichtet, trotzdem es schon den Willen des Gesetzgebers gebunden hat, und zwar ist dieser Zeitpunkt zwischen der Sanktion und Publikation oder noch genauer dem Momente, von dem angefangen die Untertanen, an welche sich das Gesetz wendet, an dasselbe gebunden, sind. . . . In der Zeit . . . ist das Gesetz bereits Bestandteil der Rechtsordnung, aber nur insoferne, als es einseitig verpflichtende Norm ist, die ausschliesslich den Gesetzgeber bindet. Der Gesetzgeber kann

1) Staatenverbindungen S. 35.

vom Momente der Sanktion bis zu dem des Inkrafttretens des Gesetzes, trotzdem noch keiner der Untertanen daran gebunden ist, das Gesetz nicht anders aufheben als auf verfassungsmäßigem Wege, er ist also unzweifelhaft durch dasselbe bereits ebenso verbunden, als ob es schon für die Untertanen in Kraft getreten wäre.“ Dieser Anschauung kann nicht beigepflichtet werden. Wenn die Publikation tatsächlich eine wesentliche Voraussetzung für das Gesetz im formellen Sinne und somit für die Existenz eines Staatswillens ist, dann ist durchaus nicht einzusehen, warum diese Voraussetzung nur gegenüber den Untertanen und nicht auch den übrigen Rechtssubjekten, der Staatsperson, oder gewissen Staatsorganen gelten soll. Jedenfalls fehlt es an irgendeiner Bestimmung des positiven Rechtes, die eine derartige Konstruktion rechtfertigte. Zu einem Verpflichtetsein der Staatsperson oder irgendeines Staatsorganes bedarf es ebensowohl eines vollkommenen und perfekten Rechtssatzes und daher eines ebenso vollkommenen und perfekten Staatswillens wie zum Verpflichtetsein irgendeines Rechtssubjektes überhaupt. Die Zurechnungsregel, als welche der Rechtssatz erkannt wurde, dieses hypothetische Urteil über einen bedingten Staatswillen, kann in keinem Falle früher auf Wahrheit Anspruch machen, als bis alle Voraussetzungen erfüllt sind, an welche die Rechtsordnung die Existenz eines Gesetzes knüpft. Es ist insbesondere unmöglich, einen Staatswillen zu denken, der einseitig nur den Staat selber bände und für die Untertanen nicht vorhanden wäre. Denn besteht der Wille und somit die Pflicht des Staates, unter gewissen Umständen zu strafen oder zu exequieren (nur der Rechtssatz im engeren Sinne ist hier in Betracht gezogen), dann bestehen notwendigerweise auch die entsprechenden Rechtspflichten der Untertanen; denn diese Rechtspflichten sind gar nichts anderes als dieser Staatswille in seiner subjektiven Anwendbarkeit auf die Untertanen oder Staatsorgane. Besteht aber dieser Wille und daher eine Rechtspflicht für die Untertanen nicht, dann ist er überhaupt nicht vorhanden. Es ist derselbe Rechtssatz, der den Staat und die Untertanen oder Staatsorgane verpflichtet und derselbe Staatswille ist sein Inhalt. Und darum ist eine einseitige Bindung gar nicht denkbar. Nur die vollkommen unrichtige und schon oben widerlegte Auffassung von der Publikation als einer Bekanntmachung oder Verkündigung des Gesetzesbefehles an die Untertanen, die an die Theorie des *contrat social* gemahnende Vorstellung, daß der Untertan nicht gebunden ist, solange er nicht den Imperativ des Gesetzes vernommen oder gar anerkannt hat, konnte die Publikation in diese schiefe Stellung eines lediglich zur Verpflichtung der Untertanen notwendigen Aktes bringen.

Die Behauptung, daß der „Gesetzgeber“ an den sanktionierten, aber noch nicht publizierten Parlamentsbeschluß ebenso gebunden sei, als ob dieser als Gesetz für den Untertanen bereits in Kraft getreten wäre, begründet JELLINEK damit, daß ein derartiger sanktionierter, aber noch nicht publizierter Parlamentsbeschluß nur in verfassungsgemäßer Form, d. h. offenbar durch ein formelles, also auch publiziertes Gesetz aufgehoben werden könne. Allein, dies kann kein Beweis sein, denn eine derartige Behauptung entbehrt jeder positivrechtlichen Basis und bedürfte selbst erst eines Beweises, wie jene, zu deren Begründung sie angeführt wird und mit der sie — genau betrachtet — identisch ist. Denn die Annahme, daß auch der noch nicht publizierte, wenn nur schon sanktionierte Parlamentsbeschluß bereits Bestandteil der Rechtsordnung sei, heißt doch nichts anderes, als daß dieser Bestandteil alle formellen Eigenschaften habe wie die bereits publizierten Stücke, also auch nur auf die gleiche Weise außer Kraft gesetzt werden könne wie ein perfekter Rechtssatz. Aber das eine ist so unrichtig wie das andere. Ein nicht publizierter Parlamentsbeschluß ist, auch wenn er sanktioniert ist, formell kein Gesetz — vorausgesetzt, daß die positive Rechtsordnung die Publikation als wesentliche Prämisse für die Existenz eines formellen Gesetzes bezeichnet. Und was nicht Gesetz ist, bedarf keines formellen Gesetzes, um aufgehoben zu werden, schon weil es gar nicht aufgehoben werden kann, da es ein rechtliches Nichts ist. Es müßte übrigens ein seltsames Bild abgeben, wenn im Gesetzblatte die Aufhebung eines konstitutionellen Gesetzes¹⁾ publiziert würde, das selbst nirgends im Reichsgesetzblatte zu finden wäre. Ein solcher Vorgang ist nicht nur theoretisch sinnlos, er hätte auch praktisch gar keine Bedeutung. Denn welchen Zweck könnte das Postulat verfolgen, einen nicht publizierten, aber sanktionierten Parlamentsbeschluß in Gesetzesform aufzuheben? Nicht einmal den, das Interesse des Parlamentes an der Gesetzwerdung seiner Beschlüsse zu wahren! Denn was wäre die Folge, wenn das Parlament sich weigerte, den Aufhebungsbeschluß zu fassen? Damit wäre die mangelnde Publikation, die je nach geltendem Rechte ausschließlich der Exekutive, mit dem Monarchen an der Spitze, zukommt, weder ersetzt, noch um einen Schritt weiter gebracht!

Die von so vielen angesehenen Theoretikern angenommene relative Verbindlichkeit des sanktionierten Parlamentsbeschlusses muß vollends in nichts zerrinnen, wenn man fragt, wozu eigentlich dieser noch nicht ganz perfekte Staatswille den „Gesetzgeber“, die „konstitutio-

1) Die Aufhebung eines vorkonstitutionellen, also nicht notwendigerweise publizierten Gesetzes im Gesetzblatte ist immerhin möglich.

nellen Faktoren“ oder sonst irgendein mysteriöses Rechtssubjekt, das man nicht bei seinem rechten Namen: Staatsperson oder Staatsorgan, zu nennen wagt, verpflichtet. Die Antwort kann offenbar hierauf nicht lauten: zu jenem Verhalten des Staates oder der Staatsorgane, das den Inhalt der durch das Gesetz statuierten Rechtssätze ausmacht. Denn wenn der Staat schon jetzt, d. h. noch vor erfolgter Publikation unter den im sanktionierten Parlamentsbeschlusse angegebenen Bedingungen z. B. zu strafen oder zu exequieren verpflichtet wäre, dann wären ja — wie oben bemerkt — auch die Untertanen zu dem entsprechenden Verhalten verpflichtet, bei dessen Nichtbeobachtung sie gestraft oder exequiert würden. Wenn der Staat resp. seine Organe verpflichtet sind, das Gesetz, die Rechtssätze anzuwenden, sind die Untertanen (resp. auch die Organe) verpflichtet, es zu befolgen, da doch beide Arten von Rechtspflichten nur verschiedene Seiten desselben Rechtssatzes sind. Wenn JELLINEK¹⁾ im Anschluß an die LABANDSche Theorie sagt: „Durch die Sanktion verpflichtet sich nun zuvörderst der Gesetzgeber selbst. Durch diesen Akt erklärt er, daß ein bestimmter Rechtsgedanke Inhalt seines Willens sein soll, es ist wesentlich die Selbstbindung des gesetzgeberischen Willens, den die Sanktion zum Ausdrucke bringt,“ so kann darunter doch nur verstanden werden, daß durch die Sanktion der Wille des Staates — das ist wohl unter dem Willen des „Gesetzgebers“ hier zu verstehen — einen bestimmten Inhalt bekommen hat, nämlich den des vom Parlamente beschlossenen Gesetzentwurfes — daß somit vom Augenblicke der Sanktion der Gesetzgeber d. i. der Staat alles das will und zu all dem verpflichtet ist, was das noch zu publizierende Gesetz als Verhalten des Staates beinhaltet. Die Unhaltbarkeit dieser Anschauung ist im Vorhergehenden schon dargetan worden.

Die durch den sanktionierten, aber noch nicht publizierten Parlamentsbeschluß angeblich statuierte Rechtspflicht kann somit nur darin bestehen — und HAENEL hat dies ja, wie aus dem oben Zitierten hervorgeht, ausdrücklich ausgesprochen — den sanktionierten Parlamentsbeschluß zu publizieren.

Nun kann die Möglichkeit einer solchen Publikationspflicht von vornherein zugegeben werden. Allein, es ist schlechterdings ausgeschlossen, diese Rechtspflicht zur Publikation aus jedem erst zu publizierenden, sanktionierten Parlamentsbeschlusse abzuleiten! Wie könnte man auch den Inhalt dieser konkreten Pflicht etwa aus einem Gesetze — richtiger Gesetzentwurfe — herauslesen, der nichts anderes enthält als z. B. die Bestimmungen über die Vergütungen,

1) Staatenverträge S. 35.

die der Staat an ungerecht Verurteilte zu leisten hat, oder neue strafrechtliche Vorschriften, durch welche der Staat den bis dahin straffreien Elektrizitätsdiebstahl mit Arreststrafe bedroht? Wie kann überhaupt ein noch nicht perfektes, weil noch nicht publiziertes Gesetz irgend jemanden zu irgend etwas verpflichten? Die Rechtspflicht, die Publikationshandlungen vorzunehmen, kann, wenn eine solche Rechtspflicht besteht, wie jede andere Rechtspflicht nur auf einem Rechtssatze beruhen und dieser kann nur in einem formell perfekten, also auch publizierten Gesetze zu finden sein. Und ein solches Gesetz wird in den einzelnen Verfassungen unschwer gefunden werden: Es kann nur das — natürlich selbst schon publizierte — einen Grundbestandteil der Verfassung bildende Gesetz über die Publikation von Gesetzen sein; jene gesetzlichen Bestimmungen, durch welche der Staat die Gesetzes-Publikation als eigene Funktion übernimmt, indem er sie zu seiner Pflicht macht, deren Realisierung wiederum als Rechtspflicht bestimmter Staatsorgane der Exekutive statuiert wird. Tatsächlich haben alle konstitutionellen Verfassungen dem Staate, d. h. der sogenannten Exekutive, die Gesetzespublikation übertragen, obgleich ein anderer Modus, z. B. die Publikation durch das Parlament, die zweifellos nicht staatlichen Charakter hätte¹⁾, möglich und vielleicht sogar politisch nicht bedeutungslos wäre. Man vergegenwärtige sich nur, daß die tatsächliche Unterlassung

1) Daß die Organe der Legislative, das Parlament und der Monarch als Gesetzgeber, d. h. als Erzeuger des Staatswillens nicht Staatsorgane und ihre Tätigkeiten nicht als die der Staatsperson gelten können, daß nur die Organe der Exekutive die Bezeichnung Staatsorgane verdienen und nur ihre Funktionen der Staatsperson zuzurechnen sind, das geht aus der bisher entwickelten Theorie schon insofern hervor, als ja eine Zurechnung zur Staatsperson — und nur mittels eines solchen Gedanken-Prozesses kann die Handlung einer physischen Person als Staatshandlung erkannt, kann überhaupt eine juristische Staatsperson konstruiert werden — nur auf Grund einer gültigen Zurechnungsregel, d. h. auf Grund eines Rechtssatzes erfolgen kann, der einen schon existenten, bedingten Staatswillen zu jenem Verhalten konstatiert, das durch die Tätigkeit des erwähnten Menschen realisiert wird, der infolge der besonderen Qualifikation seines Verhaltens, nämlich dessen Zurechenbarkeit zur Staatsperson, Staatsorgan ist. Als Staatsfunktion kann somit nur jene Tätigkeit erkannt werden, die auf Grund, d. h. in Ausführung eines bereits perfekten Staatswillens erfolgt, und nicht jene, die erst in der Erzeugung des Staatswillens besteht, da es für letztere an jeder Zurechnungsregel und daher Zurechnungsmöglichkeit mangelt. Ebenso kann als Staatsorgan nur jene Person gelten, die Staatswillen realisiert, d. h. ausführt und nicht eine solche, die Staatswillen erzeugt. Darum kann nur die Exekutive, nicht aber die Legislative als Staatsfunktion angesehen werden. Die nähere Durchführung dieses Gedankens gehört in die später zu behandelnde Lehre von der Rechtsstellung des Staatsorgans und dessen Verhältnis zum Rechtssatze.

der Publikation oder die falsche Publikation die gesamte Parlaments-tätigkeit illusorisch machen kann. Auch wenn — nach Maßgabe der positiven Rechtsordnung — eine Pflicht des Staates und bestimmter Staatsorgane gegeben ist, einen vom Monarchen sanktionierten Parlamentsbeschluß zu publizieren, so ist deshalb durchaus nicht gerade der Monarch verpflichtet, die Publikation zu veranlassen. Inwieweit, ja, ob überhaupt die Person des Monarchen Subjekt von Rechtspflichten sein kann, wird später zu erörtern sein. Hier soll nur darauf hingewiesen werden, daß der konstitutionelle Monarch, wie er zur Sanktion nicht verpflichtet ist, auch nicht zur Erteilung des Publikationsauftrages verbunden sein kann! Was könnte es auch für Sinn haben, den Monarchen zur Erteilung des Publikationsauftrages zu verpflichten, die Sanktion jedoch in sein freies Belieben zu stellen, da er doch durch Verweigerung der letzteren die Pflicht zur erstern illusorisch machen könnte! Doch muß formell zwischen beiden Akten unterschieden werden und die Sanktion, das ist die Erteilung der Unterschrift auf die den authentischen Parlamentsbeschluß beinhaltende Urkunde, ist nicht ohne weiteres schon als stillschweigender Publikationsauftrag anzusehen. Es ist durchaus als zulässig zu betrachten, daß der Monarch, auch nachdem er die sanktionierende Unterschrift gegeben hat, die Publikation des sanktionierten Beschlusses zurückhält, ja, aus irgendwelchen Gründen die erteilte Sanktion wieder vernichtet, wenn nicht nach positivem Rechte eine Handhabe dafür gegeben ist, dem Monarchen diese Rücktrittsmöglichkeit zu versagen. Wenn eine Rechtspflicht des Staates zur Publikation der sanktionierten Parlamentsbeschlüsse angenommen werden muß, dann kann eine solche Pflicht auch nur unter der Voraussetzung des stillschweigend oder ausdrücklich erteilten Publikationsbefehles angenommen werden. Zur Realisierung dieser staatlichen Publikationspflicht sind verpflichtet das Ministerium oder ein einzelner Minister oder ein anderes Staatsorgan, je nach den positiven Bestimmungen der jeweiligen Verfassung. Wie die gesamte Regierungstätigkeit des Monarchen, so kann auch der Publikationsbefehl nicht als Inhalt einer Rechtspflicht des Monarchen angesehen werden, da — wie später noch näher auszuführen sein wird — die Verfassungen der konstitutionellen Staaten keinen die Person des Monarchen verpflichtenden Rechtsatz aufweisen. Vielmehr muß der Publikationsbefehl, ebenso wie die übrigen Regierungsakte des Monarchen — soweit sie den Verwaltungsapparat in Bewegung setzen — als Voraussetzung für das Existentwerden der Rechtspflichten der übrigen Verwaltungsorgane (mit Ausnahme der richterlichen Organe) gelten.

Dadurch, daß aber die Gesetzespublikation Pflicht des Staates ist und die sie darstellenden Handlungen: der Druck und die Ausgabe des Gesetzesblattes auf Grund eines perfekten (auch publizierten) Gesetzes erfolgen, unterscheidet sich dieser Akt von den übrigen Akten der sogenannten Staatswillensbildung! Denn er ist, im Gegensatz zu der Sanktion und den Parlamentsbeschlüssen, tatsächlich Handlung des Staates. Er ist Handlung des Staates, weil er in Ausführung eines zeitlich vorangehenden, perfekten Staatswillens erfolgt, weil die Rechtsordnung einen Rechtssatz, d. i. eine Zurechnungsregel enthält, auf Grund deren die Publikationshandlungen als Handlungen des Staates zu gelten haben. Und diese Staatshandlung der Publikation erfolgt nicht — wie immer wieder gegenüber der irrigen herrschenden Lehre betont werden muß — in Ausführung des durch diese Publikation erst zu wollenden Staatswillens, des durch diese Publikation erst zu perfektuierenden Gesetzes, sondern auf Grund eines anderen, durch Publikation bereits existent gewordenen Staatswillens, des Gesetzes über die Publikation von Gesetzen, durch welches der Staat zu dieser Funktion verpflichtet wird.

In den beiden Verhältnissen, in denen die Publikation einerseits zum Publikationsgesetze, andererseits zu dem durch sie selbst erst zu perfektuierenden Gesetze steht, spiegelt sich die Doppelnatur dieses juristisch überaus schwierig zu erfassenden Aktes. In der ersteren Richtung — und nur in dieser — ist sie Ausführung von Staatswillen, Realisierung von Staatspflicht und als solche Staats-handlung; in der letzteren Richtung dagegen, in Bezug auf ihren eigenen Inhalt, ist sie — bildlich gesprochen — Erzeugung von Staatswillen, keine staatliche, sondern lediglich soziale Funktion und steht hier auf gleicher Stufe wie die Parlamentsbeschlüsse und die Sanktion des Monarchen.

XVI. Kapitel.

Staatspflicht und Untertanenpflicht.

Die Anschauung, daß der Staat es ist, der die Rechtsordnung schafft, daß die „Erzeugung“ des Rechtssatzes und der Verpflichtungsprozeß staatliche Funktionen sind, wird bei der Konstruktion von Staatspflichten notwendigerweise zu der Lehre von der staatlichen Selbstverpflichtung führen. Gerade in dieser Anwendung aber muß die Grundanschauung unmöglich werden! Von den Gegnern der

Selbstverpflichtungslehre ist immer wieder ein Argument geltend gemacht worden, das tatsächlich die Möglichkeit von Rechtspflichten des Staates auf Grundlage der Selbstverpflichtung in Frage stellt. Man hat nämlich behauptet, daß eine Selbstverpflichtung des Staates dadurch jede Bedeutung verliere, daß der Staat seine eigene Pflicht, die er selbst schaffe, doch jederzeit aufheben könne, daß die „Selbstbefreiung“ des Staates die Selbstverpflichtung illusorisch mache¹⁾. Man kann sich nicht verhehlen, daß dieser Einwand bisher von den Vertretern der Selbstbindungstheorie nicht wirksam widerlegt wurde. Der zur Verteidigung der fraglichen Lehre so beliebte Hinweis auf die Selbstverpflichtung der autonomen Moral ist hier darum wirkungslos, weil die Rechtspflichten eben wegen der streng heteronomen Natur des Rechtes sich im allgemeinen, d. h. bei allen Subjekten mit Ausnahme des Staates, als Resultat einer Fremdverpflichtung charakterisieren und ihr Wesen gerade in der Unmöglichkeit einer Selbstbefreiung gelegen ist. Die im Wege einer Selbstverpflichtung entstandene Staatspflicht erscheint somit — und darin liegt die methodische Bedeutung des Argumentes — als etwas völlig anderes als die übrigen Rechtspflichten; und diese Verschiedenheit ist eine so wesentliche, daß mit Recht bezweifelt werden muß, ob dasjenige, was als Staatspflicht zu gelten hat, mit den Pflichten der übrigen Subjekte die gleiche Bezeichnung verdient, ob die Theorie das ihr gestellte Postulat: Rechtspflichten des Staates zu konstruieren, auch tatsächlich erfüllt hat.

Auch JELLINEK, der bedeutendste Vertreter der Selbstverpflichtungslehre, hat das obenerwähnte Gegenargument von der Möglichkeit der Selbstbefreiung nicht entkräften können. Seine bezüglichen Ausführungen²⁾ geben mehr als andere der fraglichen Theorie gewidmete Argumentationen zu Widerspruch Veranlassung. Schon daß er, um seine Lehre zu verteidigen, den formal-juristischen Standpunkt verläßt, muß Bedenken erregen. Was ist auch damit bewiesen, wenn JELLINEK von einer obersten Pflicht des Staates „zur Schaffung von Recht, welches den sozialen Zwecken des Rechtes genügt“, ausgeht und zu dem Resultate kommt, daß jeder Akt des Staatswillens die Klausel: *rebus sic stantibus* in sich trägt, daß die Selbstverpflichtung des Staates nur für die Zeit, in welcher die objektiven Verhältnisse, zu deren Normierung das betreffende Gesetz bestimmt ist, unverändert bleiben, für den Staat absolut bindende Kraft hat? Eher das Gegenteil dessen, was zu beweisen gewesen wäre, nämlich daß die Selbstbindung trotz der Möglichkeit der Selbstbefreiung eine dauernde und praktisch wirksame sei!

1) Vgl. JELLINEK, Staatenverträge S. 38.

2) a. a. O. S. 38 ff.

Was ist für die juristische Bedeutung der Selbstverpflichtung gewonnen, wenn JELLINEK vor dieser obersten Pflicht des Staates zur Schaffung zweckmäßigen Rechtes — einer Pflicht, die doch zweifellos nur sittlicher und nicht rechtlicher Natur sein kann, da sie auf keinem Rechtssatze beruht, sondern aus natürlichen Zwecken des Staates abgeleitet ist — jede konkrete, durch einen positiven Rechtssatz geschaffene Rechtspflicht des Staates zurücktreten läßt? „Wenn ein bestimmter Rechtssatz dem Staatszweck nicht mehr genügt, so erlischt für den Staatswillen die selbstgesetzte Verpflichtung, ihn aufrecht zu erhalten, durch die höhere Verpflichtung dem Staatszwecke zu genügen.“ Und wenn JELLINEK die Ansicht vertritt, daß hier ein Fall von Pflichtenkollision vorliegt, bei der die niedere Pflicht durch die höhere erlischt, dann hat er eigentlich den rein sittlichen Charakter seiner staatlichen Selbstpflichten indirekt zugegeben oder auf ihren Pflichtcharakter überhaupt verzichtet. Denn eine derartige Pflichtenkollision, bei welcher die eine Pflicht die andere vernichtet, eine Unterscheidung von höheren und niederen Pflichten, kommt nur innerhalb von Pflichten vor, die von Seiten derselben Autorität statuiert werden. Pflichtgebote verschiedener Autoritäten sind — wie diese selbst, die ja ihrem Begriffe nach höchste Instanzen sind — inkommensurable Größen. Kann die Pflicht der einen nur erfüllt werden bei Verletzung der einer anderen Autorität, dann bleibt dennoch diese andere fortbestehen, wenn auch unbefolgt. Von einer Verdrängung derselben kann nicht die Rede sein. Daß eine Pflicht trotz ihrer Verletzung bestehen bleibt, das Soll durch ein widersprechendes Sein nicht aufgehoben wird, bedarf hier nicht mehr näheren Beweises. Wer gegen die Gebote seiner Religion der staatlichen Militärpflicht Folge leistet, der hat die religiöse Norm darum noch nicht geleugnet, er hat sie nur, wenn auch ungerne, verletzt. Wenn aber jemand, der sittlichen Pflicht Genüge leistend, sein Leben für das Gemeinwohl opfert, so verletzt er nicht seine gleichfalls sittliche Pflicht, für Frau und Kind zu sorgen, denn diese letztere besteht gar nicht mehr, sobald die erstere höhere existent wird und die niedere verdrängt. Wenn aber ein zum Christentum bekehrter Heide seine alte religiöse Pflicht des Menschenopfers nicht mehr erfüllt, weil sie gegen die neue Lehre verstößt, so negiert er die Autorität seiner alten Götter und damit den verpflichtenden Charakter ihrer Gebote überhaupt. Wenn somit JELLINEK die im Wege der gesetzlichen Selbstverpflichtung entstandene Bindung des Staates an seinen in einem konkreten Rechtssatze ausgesprochenen Willen durch eine zweifellos rein moralische Pflicht aufheben läßt, dann stellt er die erstere ihrer Natur nach der letzten gleich. Wenn er den Staat irgendeinem

Sittengebote unterwirft, nimmt er ihm das wesentliche Kennzeichen der normativen Souveränität und somit die Eigenschaft der verpflichtenden Autorität, seinen Rechtssätzen aber den Charakter selbstständiger Normen.

Was bei den JELLINEKschen Ausführungen noch besonders auffällt, das ist die hier deutlich zu Tage tretende anthropomorphistische Auffassung der Staatsperson. Es wird von einer „Einsicht des Staates“ gesprochen, von „vernünftigen Motiven“ und „launischen Einfällen“ des Staates, die dessen Willen leiten oder nicht leiten sollen. Die Staaten seien es, die angeblich den Satz „anzuerkennen haben und auch tatsächlich anerkennen, daß sie durch ihre Natur zur Schaffung von Recht, welches den sozialen Zwecken des Rechts genügt, verpflichtet sind.“ Die Darstellung macht ganz den Eindruck, als ob die juristische Person des Staates selbst über ihre natürlichen Zwecke spekulierte und diese nach vernünftiger Überlegung festsetzte. Dabei wird wiederholt die so überaus vieldeutige und geheimnisvolle Person des „Gesetzgebers“ mit der Person des Staates identifiziert und beide Termini promiscue im selben Sinne gebraucht. Das ist entschieden zu verwerfen; denn es handelt sich hier nicht bloß um eine ungenaue Ausdrucksweise; diese Vermenschlichung der juristischen Staatsperson hat für die Konstruktion die weittragendsten Folgen, indem mit Hilfe einer derartigen schwankenden Terminologie der Staatsperson leicht Fähigkeiten und Funktion zugeschrieben werden können und tatsächlich auch zugeschrieben werden, die ihr der juristischen Natur nach niemals zukommen! Von größter Wichtigkeit ist, nicht zu vergessen, daß es ausschließlich und allein physische Menschen sind, die denken oder sonstige seelische Tätigkeiten realisieren können, und daß es nie und nimmer die in der realen Welt nirgends auffindbare juristische Konstruktion der Staatsperson ist, die ihren natürlichen oder vernünftigen Zweck feststellt und zur Erreichung sich vorsetzt, sondern daß physische Menschen nach ihren höchst subjektiven und veränderlichen Meinungen dem Staate seine Zwecke setzen, richtiger: durch die staatliche Organisation ihre Zwecke verfolgen. Für diese außer- oder vor-rechtlichen geistigen Tätigkeiten ist jene Zurechnung zur Staatsperson ausgeschlossen, die gewisse Handlungen von Menschen als solche des Staates erscheinen läßt. Denn es fehlt die hierzu erforderliche Zurechnungsregel, die nur in der positiven Gesetzgebung zu finden wäre. Was schon so oft in diesen Untersuchungen betont wurde, muß auch jetzt wieder ausgesprochen werden: Der Staat kann nicht denken oder fühlen, er kann nur wollen, und dieses Wollen ist nicht die so bezeichnete psychische Funktion, sondern nur der Ausdruck für die Zurechnung

von Handlungen. Die Verkennung der wahren Natur des Staatswillens ist letztlich die Ursache jener Konstruktionsentgleisungen, die zu der juristisch ganz unhaltbaren anthropomorphistischen Staatsauffassung führen.

Die Erkenntnis des Zurechnungsprinzipes und dessen, was diesem Prinzipie entsprechend der Staatsperson zugerechnet werden kann und was als nicht staatliche, soziale oder individuelle Funktion, als bloße Voraussetzung für die Staatstätigkeit gelten muß, löst mühelos die bei der Konstruktion der Staatspflichten der Selbstbindungslehre entstandene Schwierigkeit: Da es auf Grund richtiger Erkenntnis nicht die Staatsperson ist, die als „Erzeugerin“ der gesamten Rechtsordnung wie des einzelnen verpflichtenden Rechtssatzes zu gelten hat, da die Bildung des Staatswillens nur als soziale, nicht staatliche Funktion betrachtet werden muß, kann es auch nicht die Staatsperson sein, die sich selbst von der durch einen konkreten Rechtssatz statuierten Rechtspflicht befreit. Es ist — wenn in dieser, wie immer betont werden muß, rein bildlichen und zum Teile unzutreffenden Ausdrucksweise fortgefahren werden soll — nicht der Staat, sondern die Gesellschaft, die zur Gesetzgebung berufenen Menschen, die des Staates Pflichten schaffen und wieder aufheben; und wie es in diesem Sinne keine Selbstverpflichtung des Staates gibt, so kann es auch keine Selbstbefreiung des Staates geben. Die Staatsperson wird nicht verpflichtet, wann und wozu es ihr beliebt, sondern wann und wozu es den zur Gesetzgebung berufenen Menschen gutdünkt; und sie muß in diesen Rechtspflichten solange verharren, bis diese Menschen nach ihrem völlig freien Ermessen diese Pflichten aufheben. Gerade in diesem Punkte unterscheidet sich die Rechtspflicht des Staates durch nichts von der aller übrigen Subjekte. Nur wenn man — was allerdings sehr problematisch erscheint — Staat und Gesellschaft zu einer höheren Einheit zusammenfaßt und den Gegensatz zwischen beiden, etwa vom Standpunkte einer soziologischen Betrachtung, vernachlässigt, dann mag von einer Selbstverpflichtung und Selbstbefreiung des Staates gesprochen werden, dann mag die vollkommene Analogie zu einer autonomen Moral gegeben sein; dann hat man aber die juristische Betrachtung verlassen; die Einheit, die sich von solchem Standpunkte bietet, ist eine ganz andere als die der juristischen Staatsperson und alle weiteren Resultate sind juristisch irrelevant.

Die Erkenntnis, daß der Staat nicht Schöpfer der Rechtsordnung ist, daß der einzelne Rechtssatz nicht als kausales Produkt einer staatlichen Funktion angesehen werden kann, darf jedoch nicht etwa zur Annahme einer vollen Identität zwischen beiden Begriffen

führen. Wenn es einerseits auch zweifellos richtig ist, daß Staat und Rechtsordnung nur zwei verschiedene Seiten desselben sind, so muß man sich doch stets vergegenwärtigen, daß es zwei durchaus verschiedene Beobachtungspunkte sind, von denen sich bald der Staat, bald die Rechtsordnung als Aspekt bietet. Vor allem ist der Staat juristische Persönlichkeit und als solcher Wille. Die Rechtsordnung ist etwas Unpersönliches, sie ist eine Summe von Urteilen und zwar hypothetischen Urteilen über diesen Willen, der Inbegriff der Rechtssätze. Als Persönlichkeit, das ist als Subjekt von Rechten und insbesondere von Pflichten, kann der Staat im Verhältnis zur Rechtsordnung — auch wenn deren Sätze nur seinen eigenen Willen beinhalten — nicht anders gedacht werden als alle übrigen Subjekte und ebenso wie es unzulässig wäre irgendeine Person mit der Rechtsordnung zu identifizieren, muß auch die Staatsperson ideell stets von der Rechtsordnung geschieden werden. Die von vielen Autoren zu Unrecht vorgenommene Identifizierung der Rechtsordnung mit dem Staate bedeutet — wie schon in anderem Zusammenhange hervorgehoben wurde¹⁾ — eine Personifizierung dieser unpersönlichen Vielheit von hypothetischen Urteilen und bei der so häufigen anthropomorphistischen Staatsauffassung geradezu eine Vermenschlichung. Dies zeigt sich in der überaus gebräuchlichen Terminologie, derzufolge die Rechtsordnung „gebietet“ und „verbietet“, „anerkennt“, „straft“, „verpflichtet“, „berechtigt“ u. ä. Man hat es bei einer solchen Auffassung eigentlich mit einer doppelten Staatspersönlichkeit zu tun: einmal mit dem Staate als Rechts- und Pflichtsubjekt und das andere Mal mit dem Staate als Rechtsordnung!

Erwägt man, daß es die Rechtsordnung ist, von der man sich die Verpflichtung ausgehend denkt, kann man leicht den Grund dieser Personifizierung erkennen. Denn man stellt sich für gewöhnlich den Verpflichtungsakt als einen Motivationsprozeß vor. Man erblickt in dem „Verpflichten“ ein „Befehlen“ oder „Herrschen“. Solche Relation setzt allerdings im landläufigen Sinne zwei Subjekte voraus, ein über- und ein untergeordnetes, und die verpflichtende Rechtsordnung wird bei einer derartigen Auffassung nur eine Erscheinungsform für das Machtsubjekt. Dem Staate als Rechts- und Pflichtsubjekt gegenüber bedeutet dies — wie ja schon aus dem bisher Gesagten hervorgeht — einen *circulus vitiosus*, der durch die beiden verschiedenen Bezeichnungen desselben — bald Staat, bald Rechtsordnung — nur verdeckt wird. Gerade bei der Konstruktion von Staatspflichten muß sich erweisen, daß die sogenannte Verpflichtung, d. i. das Verhältnis von Rechtssatz und Rechtspflicht

1) Vgl. oben S. 233.

nicht ein substantieller, der Welt des Seins angehöriger Kausalprozeß sondern eine rein formale Relation sein muß. Die Rechtspflicht ist nichts anderes als der Rechtssatz in seiner Subjektivierung. Jeder objektive Rechtssatz, der ein hypothetisches Urteil darstellt über einen Willen des Staates, ist eine Rechtspflicht des Staates, weil und insoferne es eben ein Wille der Staatsperson ist, den er beinhaltet. Er kann aber auch — nicht jeder Rechtssatz muß es — Rechtspflicht eines anderen Subjektes sein, wenn er noch eine zweite Subjektivierungsmöglichkeit bietet; und diese besteht allen übrigen Personen gegenüber darin, daß der Rechtssatz auf ein Subjekt angewendet werden kann. Die Einheitlichkeit des Rechtspflichtbegriffes für die Staatsperson wie für alle übrigen Subjekte — die Erfüllung dieses Grundpostulates der juristischen Konstruktion — kommt in der Tatsache zum Ausdruck, daß es derselbe Rechtssatz ist, der als Pflicht des Staates und als Pflicht der übrigen Subjekte fungiert.

Die Verschiedenheit des Subjektivierungsprinzipes, das den objektiven Rechtssatz als subjektive Rechtspflicht der Staatsperson zeigt, von jenem, das ihn als subjektive Rechtspflicht eines anderen Subjektes erscheinen läßt, bringt es mit sich, daß die Rechtspflicht des Staates und die der übrigen Subjekte — trotz der prinzipiellen Einheit im Kardinalpunkte: der Identität des pflichtstatuierenden Rechtssatzes — in vieler Hinsicht von einander differieren.

Zunächst fällt auf, daß das Verhalten, welches den Inhalt der Rechtspflicht des Staates bildet, im Rechtssatze selbst als Wille des Staates direkt ausgesprochen ist, während als Rechtspflicht der übrigen Subjekte ein Verhalten erscheint, das nur durch die gedankliche Umkehrung des im bedingenden Tatbestande des Rechtssatzes enthaltenen Verhaltens in das kontradiktorische Gegenteil, also nur indirekt erkannt wird. Der Rechtssatz: Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn strafen — statuirt die Rechtspflicht des Staates, zu strafen, und die Rechtspflicht der übrigen Subjekte, nicht zu stehlen. Der dem pflichtmäßigen kontradiktorisch entgegengesetzte Tatbestand bildet im Rechtssatze die ausdrücklich ausgesprochene Voraussetzung, an die sich ein Wille des Staates zur Unrechtsfolge und somit die staatliche Pflicht dazu knüpft.

Damit hängt zusammen, daß die Rechtspflicht des Staates — wie der Rechtssatz — stets bedingt ist und erst durch den Eintritt der im Rechtssatze ausgesprochenen Umstände in das Stadium der Unbedingtheit tritt, während die Rechtspflicht der übrigen Subjekte — trotz der ausnahmslosen Bedingtheit des Rechtssatzes — nicht immer bedingt ist. Was bereits an früherer Stelle konstatiert wurde¹⁾, sei hier

1) Vgl. oben S. 262 ff.

der Übersicht halber wiederholt: Es gibt zahlreiche unbedingte Rechtspflichten der Untertanen. Zu ihnen gehören regelmäßig die Unterlassungspflichten. Zum Nichtmorden, Nichtbetrügen, Nicht-Eigentumverletzen ist der Untertan im Prinzip unter allen Umständen und ununterbrochen verpflichtet, während die Pflicht, ein Darlehen zurückzuzahlen, von der Voraussetzung abhängt, ein solches empfangen zu haben, und mit der Rückerstattung oder auch durch andere Umstände erlischt. Die Lehre, welche auch die oben erwähnten Unterlassungspflichten als bedingt erklärt, weil die Pflicht zur Unterlassung des Handlungsdeliktes z. B. erst in dem Augenblicke aktuell würde, wenn der Trieb zur Verübung des Deliktes im Individuum entsteht, und somit die Entstehung der verbrecherischen Triebe die Voraussetzung für die Entstehung der Unterlassungspflicht ist — ist lediglich eine Konsequenz des hier verworfenen psychologischen Pflichtbegriffes; hat man die Unhaltbarkeit der Ansicht erkannt, derzufolge die Rechtspflicht in einem tatsächlichen Zustande realpsychischer Gebundenheit besteht, kann der Behauptung einer ausnahmslosen Bedingtheit auch der erwähnten Unterlassungspflichten nicht beigestimmt werden. Es widerstrebt übrigens dem allgemeinen Sprachgebrauche und dem innersten Wesen einer negativen Verpflichtung, diese ihrer Konstruktion nach einer positiven Pflicht gleichzusetzen. Denn zu einem bestimmten positiven Verhalten kann man unmöglich permanent und bedingungslos verbunden sein, da es physisch unmöglich wäre, eine solche Pflicht zu erfüllen. *Ultra posse nemo tenetur*. Ein Unterlassen dagegen ist dauernd und voraussetzungslos gleichzeitig nach den verschiedensten Richtungen hin durchaus möglich und daher als Inhalt einer Verpflichtung ohne weiteres denkbar. Und selbst wenn man — im Sinne der hier verworfenen Theorie eines sogenannten „Situations“- oder „Kollisions-Rechtes“¹⁾ — mit einem Schein von Berechtigung sagen könnte: Die Verpflichtung zur Unterlassung eines Mordes entsteht in dem Augenblicke des verbrecherischen Triebes, so wird jedenfalls in der konsequenten Fortsetzung dieses Gedankens dessen innere Unmöglichkeit ins Auge springen, wenn man hört, daß mangels eines verbrecherischen Triebes alle zur Unterlassung eines Mordes nicht verpflichtet seien.

Was für die Untertanen-Pflicht gilt, daß sich die einfache Bedingtheit derselben in einer doppelten Bedingtheit des betreffenden Rechtes äußert, so daß z. B. die durch den Empfang eines Darlehens bedingte Rechtspflicht zur Rückerstattung desselben mit einem Rechtesatze statuiert wird, dessen Konditionalsatz deutlich in zwei selbst-

1) Vgl. oben S. 264 ff.

ständige Teile zerfällt: 1. wenn jemand ein Darlehen empfangen hat und 2. wenn er dieses Darlehen nicht zurückerstattet, dann will der Staat etc. etc. — dies alles trifft nicht für die Rechtspflicht des Staates zu; denn die Bedingtheit der Staatspflicht und die Bedingtheit des Rechtssatzes stimmen stets vollkommen überein.

Die Möglichkeit unbedingter Staatspflichten — und somit eines nicht hypothetischen Rechtssatzes — wäre nicht ausgeschlossen, wenn der Staat nicht bloß zu einem positiven Handeln, sondern auch zu einem Unterlassen verpflichtet sein könnte. Allein, dem inneren Wesen des den Staat verpflichtenden Rechtssatzes entsprechend, kann es keine Unterlassungspflichten des Staates geben. Die Rechtspflicht des Staates zu dem Unterlassen einer bestimmten Handlung müßte in einem Satze statuiert werden, der den Willen des Staates beinhaltet, diese Handlung zu unterlassen. Bei der reinen Zurechnungsnatur des Willens hätte das keine andere Bedeutung, als daß der eben charakterisierte negative Tatbestand als Verhalten des Staates zu betrachten, dem Staate zuzurechnen wäre, das hieße jedoch tatsächlich nichts anderes, als daß dem Staate im konkreten Falle eben nichts zuzurechnen wäre, m. a. W. kein staatlicher Wille und somit kein Rechtssatz vorläge. Damit soll — um Mißverständnissen vorzubeugen — nicht etwa gesagt sein, daß das Wollen eines Nicht-Handelns rechtlich gleichbedeutend sei mit einem Nichtwollen! Schon an einem früheren Punkte wurde darauf hingewiesen, daß im psychologischen Sinne das Wollen eines Nichthandelns nur dann kein Nichtwollen ist, wenn es als Unterdrücken eines Handelns auftritt, dann aber als Wollen eines positiven — wenn auch nur inneren Handelns erscheint. Gerade im ethisch-juristischen Sinne — und nur in diesem — wurde das Wollen einer Unterlassung als Zurechnung dieses negativen Tatbestandes für möglich erkannt. Allein, die Zurechnung eines solchen negativen Tatbestandes ¹⁾, die Feststellung, daß eine bestimmte Person etwas nicht getan habe, nicht habe tun wollen, hat nur dann einen Sinn, wenn diese Person die unterlassene Handlung hätte tun sollen und zu Unrecht nicht getan hat. Nur als Unrechtstatbestand kommt die Unterlassung rechtlich in Zurechnung. Und darum ist es vollkommen bedeutungslos festzustellen, der Staat sei es, der dies oder jenes unterlassen habe, ist es sinnlos, das Unterlassen eines bestimmten Organes dem Staate zuzurechnen, da es ja kein Unrechts-, sondern geradezu ein Rechts-, weil Pflichttatbestand ist, den das bezügliche Unterlassen

1) Nicht auch die Zurechnung eines positiven Tatbestandes, denn die Zurechnung eines Handelns kann auch aus anderen Gründen erfolgen als wegen der Verknüpfung mit einer Unrechtsfolge.

darstellte, und ein entgegengesetztes Handeln der Organperson niemals dem Staate zugerechnet werden könnte, weil dieser nicht Unrecht setzen kann; ein Punkt, auf den noch später zurückzukommen sein wird.

Es ist das Wesen des Rechtsstaates, daß keine Rechtspflicht irgendeines Subjektes bestehen kann ohne Rechtssatz. In der Terminologie der Imperativtheorie: „Der Staat kann von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, er kann ihnen nichts befehlen und nichts verbieten als auf Grund eines Rechtssatzes“¹⁾. Darum kann auch die Staatsperson selbst zu nichts verpflichtet sein, was nicht durch Rechtssatz statuiert ist. Als juristische Person kann sie aber nur soweit sie überhaupt verpflichtet ist, tätig werden. Der Staat des Juristen kann nichts tun, was nicht als Realisierung einer seiner Rechtspflichten erscheint, er hat außerhalb des Rechtes gar keine Existenz. Denn nur soweit eine Zurechnungsregel, also ein Rechtssatz vorhanden ist, kann ein Tatbestand als staatliches Verhalten gelten. Darum ist die Verpflichtung des Staates zu einem negativen Verhalten, zu einem Unterlassen zweck- und sinnlos, da ja die Nichtverpflichtung zu einem bestimmten Verhalten, das Fehlen eines bezüglichen Rechtssatzes jedes derartige Handeln des Staates unmöglich macht. Die Rechtsordnung, die einen Rechtssatz enthielte, durch welchen der Staat zum Unterlassen einer bestimmten Handlung verpflichtet wird, unterschiede sich durch nichts von jener, in welcher ein Rechtssatz, durch den der Staat zu dem betreffenden Handeln positiv verpflichtet wird — fehlt; durch den die Unterlassungspflicht des Staates statuierenden Rechtssatz wird die Rechtsordnung, die keinen den Staat zum entgegengesetzten Handeln verpflichtenden Rechtssatz bisher enthielt, in keiner Weise verändert. Es ist nichts Neues hinzugekommen und nichts Altes aufgehoben worden. Der die Unterlassungspflicht statuierende Satz ist somit gar kein Rechtssatz, er ist eine theoretische Erklärung der gesetzgebenden Personen darüber, wozu der Staat nicht verpflichtet ist, und gehört zu den praktisch sehr zahlreichen rechtlich irrelevanten Bestandteilen der Rechtsordnung.

Tatsächlich hält jedoch die herrschende Theorie an der Annahme von Unterlassungspflichten des Staates fest. Die in den Verfassungen fast aller konstitutionellen Staaten paradiierenden sogenannten „Freiheitsrechte“ hat man als Verpflichtungen des Staates, gewisse Eingriffe in die Freiheitssphäre des Individuums zu unterlassen, zu konstruieren ver-

1) LABAND, Das Staatsrecht des deutschen Reiches II. S. 202.

sucht. Und gerade in der Existenz dieser Freiheitsrechte hat man ein Argument für die Selbstverpflichtungslehre gesehen. So sagt GERBER in Beziehung auf die Grundgesetze, es habe „in ihrer Erteilung, Abänderung, Ergänzung die Staatsgewalt sich selbst zum Gegenstande“¹⁾. Und JELLINEK erklärt im Anschlusse an dieses Zitat: „Die staatsbürgerlichen Rechte in ihrer rein negativen Natur als Erklärungen der Staatsgewalt, die Freiheit der Untertanen in gewissen Beziehungen nicht zu hemmen, beruhen wesentlich auf Einengung des Herrschaftsgebietes der Staatsgewalt durch diese selbst und GERBER konnte sie daher ganz gut in der imperativen Form verpflichtender Normen oder als verneinende Rechtssätze formulieren: der Staat soll nicht die religiöse Überzeugung seiner Volksglieder beherrschen, er soll nicht die wissenschaftliche Überzeugung seiner Volksglieder beherrschen wollen, der Staat kann die freie Meinungsäußerung durch die Presse nicht von seiner vorherigen Genehmigung, Zensur abhängig machen, usw.“²⁾. Allein, eine solche Konstruktion beruht auf völlig unrichtiger Auffassung des Verhältnisses zwischen Staatsgewalt und Recht im Rechtsstaate. Was für den absoluten Staat wohl Geltung hätte, das ist für den konstitutionellen ganz unzutreffend: daß die Staatsgewalt von vornherein zu allem kompetent und nur insoweit beschränkt ist, als ihr durch das Recht positive Grenzen gezogen sind. Wäre es so, dann bedürfte es im konstitutionellen Staate überhaupt keiner anderen als der verneinenden Rechtssätze, die feststellen, was der Staat nicht zu tun habe; zu jedem positiven Verhalten des Staates wäre kein besonderes Gesetz nötig, da der Staat hiezu mangels eines entgegenstehenden Rechtssatzes ohnehin schon berechtigt und somit auch verpflichtet wäre. Die Unhaltbarkeit einer solchen Anschauung springt ins Auge. Gerade das Umgekehrte ist richtig! Die Staatsgewalt reicht im Rechtsstaate nicht weiter als der Staatswille, das heißt: als die Rechtssätze es aussprechen. Der Staat kann nicht anders handeln, als er vorher ausdrücklich gewollt hat; ohne entsprechenden Rechtssatz kann keine Tätigkeit irgendeines Staatsorganes dem Staate zugerechnet werden. Ein selbständiger Begriff der Staatsgewalt, der nicht identisch ist mit dem des Staatswillens, hat im Rechte keinen Raum. Die tatsächlichen Machtverhältnisse, die der Welt des Seins angehörig, sozialen Kräfte mit ihren kausalen Wirkungen, die hinter dem Recht weben, ja, dessen Formen nicht selten durchbrechen, sind Gegenstand soziologischer, völkerpsychologischer Betrachtung — für die formal juristische Begriffsbildung kommen sie nicht in Betracht. Und die

1) GERBER, Grundzüge S. 13, 14.

2) a. a. O. S. 20.

Theoretiker, die als Staatsgewalt jene substantiellen Elemente — wenn auch in Form des Rechtes — verstehen, begehen denselben Fehler wie jene, welche die Rechtspflicht als die vom Rechte garantierte oder geschützte Pflicht im Sinne eines realpsychischen Zustandes auffassen.

Wenn aber die Macht oder Gewalt des Rechtsstaates nicht weiter reicht als sein ausgesprochener Wille, wenn es eines positiven Rechtsatzes bedarf, um den Staat handeln zu lassen, gleichsam um ihn in Bewegung zu setzen, dann ist es widersinnig, sein Unterlassen erst durch einen besonderen Rechtssatz (Willensakt) zu statuieren. Der Staat kann ja rechtlich eine Handlung gar nicht setzen, er muß sie unterlassen, solange er sie nicht positiv gewollt hat, solange er nicht zu ihr verpflichtet ist. Wenn aber ein Staatsorgan in Ausübung seines Amtes eine Handlung vornimmt, für die es an einem Rechtssatze fehlt, der diese Handlung als Wille und Pflicht des Staates erscheinen läßt, kann von einer Zurechnung zum Staate keine Rede sein und ob nun diese Handlung einen Eingriff in die Freiheitssphäre eines Untertanen bedeutet oder nicht, sie stellt stets eine Verletzung der Amtspflicht des Staatsorganes dar, das verbunden ist, den Staatswillen und nur diesen zu realisieren. Wenn sich die Verfassungsredakteure bei Begründung des konstitutionellen Regimes bemüht haben, das Nichthandeln des Staates nach gewissen Richtungen und die entsprechende Freiheit des Bürger ausdrücklich zu deklarieren, so ist eine solche rein theoretische Erklärung nur als Reaktion gegen den alten absoluten Staat zu verstehen, dem in der Person des Monarchen tatsächlich alles erlaubt war, was ihm nicht ausdrücklich — durch Gesetze oder Verordnungen desselben Monarchen — verboten war. Gerade für den konstitutionellen Staat gilt das Wort: „Das Schweigen der Gesetze ist die Freiheit der Bürger“; was braucht es zur Statuierung derselben noch so feierlicher Erklärungen, die rechtlich keine Bedeutung haben?

Ein Rechtssatz, durch welchen der Staat verpflichtet wird, keine Eingriffe in die Freiheitssphäre der Untertanen vorzunehmen, könnte nicht nur in dem Sinne zu verstehen sein, daß die Staatsperson dadurch zur Unterlassung von Handlungen, also Funktionen der Exekutive verbunden sei, sondern vielleicht auch in dem Sinne, daß dem Staate in Bezug auf die Erlassung von freiheitsbeschränkenden Gesetzen — Akten der Legislative also — rechtliche Schranken auferlegt werden. Allein, eine Verpflichtung des Staates, gewisse Gesetze zu erlassen oder nicht zu erlassen, ist für die juristische Konstruktion schlechterdings unmöglich. Ganz abgesehen davon, daß die Staatsperson nicht zu Akten verpflichtet sein kann, die sie selbst nicht vor-

nimmt, d. h. als deren Subjekt sie nicht gelten kann, weil eine Zurechnung der einzelnen Akte des Gesetzgebungsprozesses zu der Staatsperson nicht möglich ist, kann der verpflichtende Rechtssatz den fraglichen Inhalt gar nicht haben. Denn der Staatswille, über den der Rechtssatz eine Aussage macht, hätte bei einem Gesetze, das die Gesetzgebung verpflichtete, wiederum nur ein Wollen oder Nichtwollen des Staates zum Gegenstande, was begrifflich ein Unding ist, da man im juristischen Sinne wohl handeln wollen, aber nicht wollen wollen kann. Dabei muß ganz besonders jene Konstruktion zurückgewiesen werden, die eine Verpflichtung zur Erlassung oder Unterlassung gewisser Gesetze als Rechtspflicht der „gesetzgebenden Gewalt“ gelten läßt. Ohne hier auf die Lehre von der Gewaltenteilung näher einzugehen¹⁾, sei nur bemerkt, daß eine einheitliche Staatspersönlichkeit mit

1) Die trotz der offiziellen Verwerfung der Theorie von der Gewaltenteilung immer wieder sich geltend machende und unentbehrliche Unterscheidung zwischen der Legislative und der Exekutive — die Scheidung innerhalb der Exekutive zwischen Rechtsprechung und Verwaltung ist sekundärer Natur und von geringer Bedeutung — beruht tatsächlich auf einem tiefinnerlichen Gegensatze! Eine Einheit des Staates, der beides umfaßt, ist zweifellos unmöglich. Allein, durch das bloße Wegleugnen des Gegensatzes oder durch die Fiktion, beides seien nur Funktionen desselben Staates, wo doch mit der absoluten Gegensätzlichkeit beider „Funktionen“ stets gerechnet werden muß, ist gar nichts gewonnen. Die über- oder richtiger außerstaatliche Stellung der Legislative, die sich in der vollkommenen Freiheit vom Gesetze, in der prinzipiellen Unmöglichkeit einer rechtlichen Bindung, einer Verpflichtung äußert, die Tatsache, daß die gesamte Legislative nur als eine Voraussetzung für das Gesetz, den Rechtssatz oder Staatswillen und somit für die Staatsperson gelten kann, während die Exekutive gerade nur auf Grund des Gesetzes, in der Realisierung des Staatswillens sich äußert, rechtfertigt die hier durchgeführte Konstruktion, derzufolge wohl die Exekutive, nicht aber die Legislative als Funktion der Staatsperson anzusehen ist. Wenn nun die Legislative zur Staatsperson in ein Verhältnis gebracht wird, wenn nicht nur von einer Exekutive, sondern auch von einer Legislative des Staates gesprochen wird, so darf man nie vergessen, daß dieser Genetiv „des Staates“ im ersten Falle eine ganz andere Bedeutung hat als im zweiten; so wie es etwa nicht den gleichen Sinn hat, von dem Kampfe und von der Besiegung „des Kriegers“ zu sprechen. Denn im ersten Falle bezeichnet der Genetiv „des Kriegers“ das Subjekt und im zweiten Falle das Objekt der durch den 2. Kasus charakterisierten Relation. Der Krieger kämpft, aber man besiegt den Krieger. — Wohl ist die Exekutive eine Funktion des Staates, aber der Staat ist — *sit venia verbo* — eine Funktion der Legislative!

Die Behauptung, daß die Staatsperson als Rechts- und Pflichtsubjekt nur in der Exekutive zur Erscheinung kommen und daß die Legislative nicht als Funktion — und was dasselbe wäre — als Pflicht des Staates als einer Rechtspersönlichkeit gelten kann, wird vielleicht weniger paradox erscheinen, wenn man sie als unabweisbare Konsequenz einer Auffassung erkennt, die durchaus nicht vereinzelt steht; so führt z. B. HOLD von FERNECK a. a. O. S. 196 aus

der Lehre von einer Zwei- oder Dreiteilung der Staatsgewalt völlig unvereinbar ist. Ganz besonders aber muß betont werden, daß die Annahme von Rechtspflichten der einen oder anderen Gewalt die Konstruktion einer Staatspersönlichkeit vollständig zerstört. Denn Rechtspflichten kann nur eine Person haben und spricht man von Rechtspflichten der Legislative und wieder von anderen Rechtspflichten der Exekutive oder gar von der Verpflichtung der einen Gewalt durch die andere, dann besteht der Staat aus zwei Personen! Es ist daher nicht recht zu begreifen, warum z. B. JELLINEK¹⁾ es zu den größten Verdiensten der deutschen Staatswissenschaft rechnet, „den einheitlichen Charakter der Staatsgewalt dargetan, den Nachweis geführt zu haben, daß dasjenige, was man Staatsgewalten nannte, in deren Trennung man das Heil des Volkes erblickte, nur verschiedene Funktionen ein und derselben Gewalt sind,“ und dennoch „eine Verpflichtung einer Richtung der Staatsgewalt durch die andere“, ja sogar ein bloße Verpflichtung „der legislativen Gewalt durch sich selbst“²⁾ für möglich hält. Was insbesondere diese letztere Möglichkeit anlangt, so kann die JELLINEKsche Beweisführung gerade in dieser Richtung nicht als überzeugend gelten. Die angeführten Beispiele zeigen alles andere, nur keine Rechtspflichten der gesetzgebenden Gewalt! Die „Bestimmungen für das verfassungsmässige Zustandekommen von Gesetzen“ sind durchaus nicht Rechtssätze, welche Pflichten des Staates oder der sogenannten gesetzgebenden Gewalt oder der sie ausübenden Menschen statuieren. Es ist überhaupt nicht ein selbständiger Rechtsatz, z. B. daß zu einem Gesetz die übereinstimmenden einfachen oder qualifizierten Majoritätsbeschlüsse beider Häuser des Parlamentes, die Sanktion des Monarchen und die Publikation erforderlich ist. Hierdurch sind weder die Staatsperson, noch eine „gesetzgebende Gewalt“, noch die sie ausübenden Menschen³⁾ „verpflichtet“, diese Formen

„daß die beiden Seiten des Staates: als Gesetzgebers und als Gesetzanwenders, wesentlich zu scheiden sind, da man höchstens dem Staate als Gesetzesanwender Rechte und Pflichten zusprechen kann. Der Staat als Gesetzgeber kann niemals Rechte und Pflichten haben, denn Rechte und Pflichten gibt es . . . nur de lege lata.“ Dies ist zweifellos richtig; allein, wenn nur der Staat als legis executor Rechte und Pflichten haben kann, dann kann der Staat nur als legis executor Person im Rechtssinne sein, d. h. die Staatspersönlichkeit kann sich nur auf die Exekutive beziehen, die Gesetzgebung fällt außerhalb dieses Rechtskreises, kann unmöglich Funktion der Staatsperson sein!

1) a. a. O. S. 25.

2) a. a. O. S. 21.

3) Daß auch die einzelnen Menschen, aus denen sich die gesetzgebende Gewalt zusammensetzt, z. B. die Parlamentsmitglieder und der Monarch in keiner Weise zu ihrer Tätigkeit oder zur Einhaltung der verfassungsmässigen Formen rechtlich verpflichtet sind, muß insbesondere gegenüber der irrigen Ansicht HOLD von FERNECKS betont werden. Dieser behauptet nämlich (a. a. O. S. 271 ff.), daß

einzuhalten. Niemand ist rechtlich verbunden, sich ihrer zu bedienen, da es ja nicht einmal für irgend jemanden eine Rechtspflicht gibt, überhaupt Gesetze zu machen. Es verhält sich mit diesen Bestimmungen

die Gesetzgebung aus Organen bestehe, die Pflichtsubjekte seien. „Nicht der als Einheit gedachte Gesetzgeber ist rechtlich verpflichtet, die Form einzuhalten, die er jederzeit aufheben kann, sondern die einzelnen Organe, bzw. Organteile sind zur Einhaltung der Form verpflichtet. Das Parlament etwa, das sich seine Geschäftsordnung selbst gibt, ist an sie nicht gebunden, denn es kann sie, wenn es will, jederzeit ändern. Nur die einzelnen Mitglieder des Parlamentes sind an die Formvorschrift gebunden, solange die Geschäftsordnung besteht.“ Von einer derartigen Rechtspflicht dieser Personen kann jedoch keine Rede sein, da es keinen Rechtssatz gibt, der für den Fall der Formverletzung einen Willen des Staates zur Verhängung einer Unrechtsfolge ausspricht. Und ganz besonders HOLD kommt hierbei zu sich selbst in Widerspruch, da er doch die Rechtspflicht ausschließlich als den psychischen Zwang betrachtet, den eine staatliche Nachteilsdrohung bewirkt, eine sanktionslose Rechtspflicht nach seiner eigenen Ansicht (vgl. a. a. O. S. 70 ff.) unmöglich ist. Übrigens ist die Verletzung z. B. der für das Zustandekommen eines Gesetzes bestehenden Formvorschrift seitens eines einzelnen Abgeordneten nicht gut denkbar. Wie könnte etwa die Bestimmung, daß eine bestimmte Majorität erforderlich ist, von einem einzelnen Abgeordneten verletzt werden, wenn trotz der mangelnden qualifizierten Majorität ein Parlamentsbeschluß zur Sanktion und Publikation gelangt?

Zu der Behauptung von Pflichten der die Gesetzgebung ausübenden Menschen ist HOLD von FERNECK deshalb gedrängt, weil er den Staat als Gesetzanwender und als Gesetzgeber, *de lege lata* und *de lege ferenda* als Einheit konstruieren will. Er erklärt, daß „jeder Akt der gesetzgebenden Organe zugleich *de lege lata* und *de lege ferenda*“ sei, weil die Gesetzgebung aus Organen bestehe, die Pflichtsubjekte seien. Das Recht entstehe durch pflichtgemäßes Handeln der gesetzgebenden Organe. Die Pflicht der Organe, als *de lege lata*, weise immer auf ein früheres Gesetz — welches sagt HOLD allerdings nicht — dagegen weise die Stellung *de lege ferenda* in die Richtung auf das zu erlassende Gesetz hin. Diese Konstruktion ist unmöglich und HOLD selbst kann die Einheit des Staates *de lege ferenda* und *de lege lata* so wenig aufrecht erhalten, daß er den Staat nur als Gesetzesanwender Rechtssubjekt sein läßt. Ein seltsames Gebilde, das rechtlich ein Ganzes sein soll und nur zur einen Hälfte Rechtssubjekt ist! Dabei verwickelt sich HOLD noch in einen weiteren Widerspruch! Wenn er nämlich den Staat als Gesetzesanwender Rechts- und Pflichtsubjekt, d. h. Person sein läßt, so hat dieser Terminus bei ihm keine andere Bedeutung als die einer Sammelbezeichnung für eine Mehrzahl von Organrechten und Organpflichten, die er als tatsächlich bestehende Relationen gelten läßt. Die Staatsperson ist für HOLD keine letzte rechtliche Einheit, sondern lediglich der Ausdruck für eine Summe von Rechts- und Pflichtbeziehungen. Rechte und Pflichten des Staates gibt es für HOLD nur insoferne, als es Rechte und Pflichten von Staatsorganen gibt, in die sich die sogenannten Rechts- und Pflichtverhältnisse der Staatsperson auflösen. „Nur die Zusammenfassung aller der unterwertigen Beziehungen gestattet, auch die juristischen Personen als Rechtssubjekte gleich den einzelmenschlichen Rechtssubjekten aufzufassen.“ Dem psychologisch-deterministischen Standpunkte entsprechend, den HOLD einnimmt, läßt er im Grunde nur Menschen als Rechtssubjekte gelten, da ihm alles Recht nur Beziehung zwischen Menschen

nicht anders als etwa mit jenen über die Testamentsform. Zweifellos ist der Testator in keiner Weise verpflichtet, diese Formen zu beobachten, es steht völlig in seinem freien Ermessen, ob er sie einhalten will oder nicht, wie es ja auch in seinem freien Ermessen steht, ob er überhaupt ein Testament errichten will oder nicht. Rechtswirksam aber ist das Testament nur in den bestimmten Formen, der Testator kann rechtlich nur in diesen Formen über seinen Nachlaß verfügen und es wäre falsch zu behaupten: er soll so verfügen. Wie die Bestimmungen über Testamentsformen keine selbständigen verpflichtenden Rechtssätze sind, sondern lediglich die Bedingungen, unter denen ein gewisser Staatswille existent wird, Rechtspflichten entstehen, so sind auch die verfassungsmässigen Vorschriften für das Zustandekommen von Gesetzen keine irgendwen verpflichtende Rechtssätze, sondern die für jeden Rechtssatz geltenden Voraussetzungen seiner Wirksamkeit! Ebenso kann auch „der Grundsatz, dass Gesetzen keine rückwirkende Kraft beigelegt werden soll“¹⁾, wenn er in einem Gesetze ausgesprochen wird, nicht als selbständiger verpflichtender Rechtssatz aufgefasst werden. Er ist nichts anderes als eine nähere Präzisierung der Tatbestände, an die als Bedingung der Wille des Staates zu strafen, zu exequieren geknüpft ist. Er ist nichts anderes als eine Klausel, durch welche ein mehreren Rechtssätzen desselben Gesetzes gemeinsames Tatbestandsmerkmal, nämlich der Zeitpunkt nach Erlassung des Gesetzes, herausgehoben wird, eine Klausel, die besagt, dass alle Tatbestände, an die sich der im Gesetze ausgedrückte Staatswille zu einer Unrechtsfolge knüpft, nach Erlassung dieses Gesetzes eingetreten sein müssen. Von irgendeiner Verpflichtung ist keine Spur. Vollends dann, wenn der fragliche Grundsatz nicht in gesetzlicher Form ausgesprochen ist: dann handelt es sich lediglich um ein theoretisches Interpretationsprinzip! Was schließlich „die Erklärung der Unantastbarkeit erworbener Rechte“²⁾ anlangt, von der JELLINEK ebenfalls behauptet, daß sie eine Verpflichtung der gesetzgebenden Gewalt bedeute, so kann in einem derartigen Passus, sofern er in Gesetzesform ausgesprochen ist, nicht einmal — wie manche

ist. Wenn nun der Staat als Gesetzanwender Rechts- und Pflichtsubjekt ist, weil es Rechte und Pflichten von exekutiven Organen gibt, ist nicht einzusehen, warum nach HOLD nicht auch der Staat als Gesetzgeber Rechts- und Pflichtsubjekt sein kann, da doch gerade nach HOLD die gesetzgebenden Organe Subjekte von Rechten und Pflichten sind! Warum sollte gerade hier die Synthese aus den Rechts- und Pflichtbeziehungen der Gesetzgebungsorgane zu Rechten und Pflichten des Staates als Gesetzgeber nicht möglich sein, wo doch die Rechtssubjektivität des Staates als Gesetzesanwender bei HOLD auf keiner anderen Synthese beruht?

1) JELLINEK a. a. O. S. 21.

2) JELLINEK a. a. O. S. 21.

behaupten — eine sittliche Verpflichtung der „gesetzgebenden Gewalt“ erblickt werden. Denn selbst wenn ein solches Postulat der sittlichen Überzeugung der gerade zur Gesetzgebung berufenen Menschen oder genauer deren Majorität entspricht — und nur für diese kann es sittliche Pflichten geben, nicht für Körperschaften oder einen mystischen „Gesetzgeber“ — so sind doch die zur Gesetzgebung jeweilig berufenen Personen und auch deren sittliche Überzeugungen ständigem und raschem Wechsel unterworfen; was der Majorität von heute eine sittliche Pflicht erscheint und ist, das ist für die Menschen welche die Majorität von morgen bilden, das Gegenteil. Kein Jurist hat auch nur das geringste Mittel zur Verfügung, die formelle Geltung eines neuen, in den verfassungsmässigen Formen zustande gekommenen Gesetzes in Frage zu stellen, das den sittlichen Postulaten der Majorität zur Zeit des alten Gesetzes entsprach. Eine sozialistische Parlamentsmajorität mag wohl den Grundsatz von der Integrität erworbener Privatrechte als höchst unmoralisch verwerfen! Wenn der Art. I des Amendements vom 25. Dezember 1791 zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika, auf den sich JELLINEK bei seiner Behauptung beruft, daß eine derartige Erklärung „eine wirkliche Vorschrift für den künftigen Staatswillen“¹⁾ sei, sagt: „Der Kongreß soll nie ein Gesetz geben, wodurch eine Religion zur herrschenden erklärt oder die freie Ausübung einer andern verboten oder wodurch die Freiheit im Reden oder die Pressfreiheit oder das Recht des Volkes, sich freiwillig zu versammeln und der Regierung Petitionen wegen Abstellung von Mißbräuchen zu überreichen, vermindert würde“, so ist damit nichts anderes als das politische Glaubensbekenntnis der Redakteure dieses Artikels, ihre Ansichten von den Aufgaben der gesetzgebenden Gewalt ausgesprochen; und solche Ausführungen haben ebensowenig oder ebensoviel rechtliche Relevanz wie die mitunter in Gesetzen enthaltene Angabe der Motive und des Zweckes, wie an solcher Stelle geäußerte Theorien oder versuchte Konstruktionen. Kein Jurist kann ernstlich in Frage stellen, ob ein gegen den Sinn dieses Artikels erlassenes Gesetz, wenn es nur die allgemeine Voraussetzung für das verfassungsmässige Zustandekommen von Gesetzen erfüllt, ein Gesetz, das die Pressfreiheit — vielleicht aus irgendwelchen politisch sehr gerechtfertigten Gründen — einschränkt, ob ein solches Gesetz formell als gültig zu betrachten ist oder nicht. Und eine andere als die formelle Gültigkeit kommt für den Juristen nicht in Betracht.

Wenn die Verpflichtung der Staatsperson eine Beschränkung ihres Willens bedeutet, so kann dies nur in dem Sinne richtig sein, daß jeder konkrete Staatswille, den ein Rechtssatz aussagt, seiner

1) a. a. O. S. 22.

Natur nach einen begrenzten Inhalt haben muß, daß der Staat eben nichts anderes und nur das will, was in den konkreten Rechtssätzen ausgesprochen ist. Die Beschränkung der Staatsgewalt durch die Rechtsordnung kann nicht anders aufgefaßt werden, als daß der Staat nichts anderes tun und wirken, *sich äußerlich nicht weiter als Macht betätigen kann, weil er nicht mehr, weil er nur das gewollt hat, was die Rechtssätze beinhalten. Durch jeden Rechtssatz, der nicht bloß einen andern aufhebt, wird somit der Machtbereich des Staates, die Staatsgewalt erweitert und nicht, wie es nach der früher als unrichtig erkannten Vorstellung von dem Verhältnis zwischen Staatsgewalt und Rechtsordnung der Fall wäre, verringert. Und trotzdem JELLINEK, wie aus den oben angeführten Zitaten hervorgeht, gerade diese irrige Auffassung vertritt, findet sich doch wiederum bei ihm eine Stelle, die durchaus dem hier entwickelten Standpunkte entspricht. Er sagt: ¹⁾ „In jedem konkreten Wollen liegt daher eine Beschränkung des Willens als der Fähigkeit des Wollens. Und diese Beschränkung ist eine selbstgewollte, weil sie notwendigerweise mit dem Willensinhalte selbst gesetzt ist. Daher ist jeder Akt staatlichen Wollens eine Beschränkung des Staatswillens und zwar, da diese Beschränkung dem Staate nicht von außen her aufgedrungen ist, sondern aus der inneren Natur seines Willens hervorgeht, eine Selbstbeschränkung.“ Diesen und nicht den oben zitierten Ausführungen muß, abgesehen von der irrigen Auffassung der Natur des Willens, die ihre Voraussetzung ist, beigepflichtet werden.

Die wichtigste Differenz zwischen der Pflicht des Staates und der Pflicht der übrigen Subjekte ist darin zu erblicken, daß das „Sollen“ des Staates stets und ausnahmslos auch sein „Wollen“ ist, während bei den übrigen Rechtssubjekten eine Diskrepanz zwischen beiden eintreten kann, indem ihnen zugerechnet werden (d. h. als von ihnen gewollt gelten) muß, was dem Staate niemals zuzurechnen ist, was niemals als Wille des Staates betrachtet werden darf: die Soll- und Pflichtwidrigkeit, das Unrecht. Schon an früherer Stelle wurde dargefan, daß es als vollständig ausgeschlossen gelten muß, die Staatsperson, deren Wille nichts anderes als das Recht zum Inhalte hat, in irgendeinem Falle das Unrecht wollen zu lassen. Es kann keinen Unrechtstatbestand geben, welcher der Staatsperson zuzurechnen ist, weil nur auf Grund eines Rechtssatzes die Zurechnung zum Staate erfolgen kann, weil alle Zurechnungsregeln Rechtssätze sind. Ein unrecht handelnder Staat, das heißt ein Staat, der in der Rechtsordnung etwas anderes will als in der Exekutive, bedeutete die völlige

1) a. a. O. S. 27.

Zerstörung der Einheit des Staatswillens und damit der Staatsperson. Die subjektive Rechtspflicht der übrigen Subjekte dagegen wurzelt gerade in der Möglichkeit des Unrechtes. Darum allein ist ein objektiver Rechtssatz die subjektive Rechtspflicht jemandes, weil er auf ihn angewendet werden, d. h. weil die Unrechtsfolge ihn treffen kann. Zu einem bestimmten Verhalten ist jemand verpflichtet, nur weil und insoferne er im Falle des gegenteiligen Verhaltens — d. i. dem Unrechtsfalle — bestraft oder exequiert wird. Die Staatsperson kann nicht, jedes andere Subjekt darf nicht unrecht handeln.

Daß trotz dieser Differenz die prinzipielle Einheitlichkeit des Rechtspflichtbegriffes für die Staatsperson und alle übrigen Subjekte gewahrt bleibt, beruht darauf, daß für die juristische Konstruktion die objektive Einheit des Rechtssatzes maßgebend bleibt, der für beide Subjekte derselbe ist.

Die Tatsache, daß der Inhalt der Staatspflicht mit dem Inhalte des Staatswillens identisch und daher ein Unrecht des Staates unmöglich ist, äußert sich darin, daß der den Staat verpflichtende Rechtssatz keine dem Staat angedrohte Unrechtsfolge beinhaltet. Man hat aus der Existenz dieser staatlichen Rechtspflichten, die ohne „Zwangs“androhung statuiert sind, auf die Möglichkeit analoger Rechtspflichten auch der übrigen Subjekte geschlossen und die sanktionslose Staatspflicht als ein Hauptargument gegen die sogenannte Zwangstheorie geltend gemacht. Nun ist wohl die Zwangstheorie gewiß unhaltbar, aber gerade damit ist nichts gegen sie vorgebracht. JELLINEK ist es vornehmlich, der einer Konstruktion sanktionsloser Staatspflichten, der „staatlichen Selbstverpflichtung“ in seinem Sinne, eine „prinzipielle Bedeutung“¹⁾ für den Rechtspflichtbegriff beimißt. Er hält der IHERINGschen Zwangstheorie entgegen: „Wenn die Staatsgewalt irgendeiner der sich selbst auferlegten Verpflichtungen nicht nachkommt, so ist keine rechtliche Macht vorhanden, welche imstande wäre, sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten anzubalten!“ Und doch seien ihre Pflichten Rechtspflichten. Allein, dieser Einwand ist nicht stichhaltig! Zunächst schon deshalb nicht, weil auch im Sinne der sogenannten Zwangstheorie niemand, auch nicht das nichtstaatliche Subjekt, wenn der Rechtspflicht nicht nachgekommen ist, also die Rechtspflicht verletzt wurde, zur Erfüllung „gezwungen“ werden kann. Wer gemordet oder gestohlen hat, kann durch keine Macht der Welt gezwungen werden, die Tat nicht begangen zu haben, und wer seine Schuld nicht bezahlt, dem kann der Staat wohl Vermögensstücke im Exe-

1) a. a. O. S. 32.

kutionswege abnehmen und mit dem Erlöse die Schuld an Stelle des Gläubigers selbst zahlen, aber den Schuldner zur Zahlung zwingen, ist durchaus nicht das notwendige Resultat seiner Tätigkeit. Nur wenn jemand seine Rechtspflicht erfüllt hat, kann man unter Umständen und durchaus nicht in der Regel der Fälle vielleicht sagen, daß die Furcht vor der staatlichen Nachteilsdrohung das Pflichtsubjekt „gezwungen“ hat. Aber ganz abgesehen davon, daß der „Zwang“ durch die Rechtsordnung nur ein indirekter, psychologischer sein kann und nur bei der Pflichterfüllung, nie bei der Pflichtverletzung wirkt, ist der JELLINEKsche Einwand vor allem deshalb hinfällig, weil er auf der Voraussetzung beruht, daß der Staat überhaupt eine seiner Rechtspflichten verletzen kann! Der Staat kann aber gar nicht unrecht handeln und darum könnte bei ihm von einem Zwange zur Pflichterfüllung nicht die Rede sein. Allein, daraus wäre noch gar nichts auf die Rechtspflicht der übrigen Subjekte zu schließen, die unrecht handeln können und bei denen daher ein Zwang oder richtiger eine Zwangsdrohung möglich und wesentlich sein könnte. JELLINEK übersieht die große Differenz, die gerade in diesem Punkte zwischen der Staatsperson und den übrigen Subjekten besteht.

Diese Verschiedenheit zwischen der Staatsperson und den übrigen Subjekten ist jedoch eine materielle, nicht formale. Und wenn man das materielle Zwangsmoment der Konstruktion zu Grunde legt, dann kann von einem einheitlichen Rechtspflichtbegriffe für die Staatsperson und die übrigen Subjekte und damit von staatlichen Rechtspflichten überhaupt keine Rede sein, wie es keine Staatspersönlichkeit geben kann, wenn als Substrat der Persönlichkeit — wie es die psychologische Zwangstheorie erfordert — der psychische Wille angenommen wird.

Wenn tatsächlich der die nichtstaatlichen Subjekte verpflichtende Rechtssatz eine Nachteilsdrohung — Strafe oder Exekution — beinhaltet, so ist es durchaus nicht das durch diese Drohung mögliche, nicht notwendig vorhandene Moment des psychischen Zwanges, das für die juristische Konstruktion der Rechtspflicht aus dem Rechtssatze maßgebend ist. Vielmehr ist es das formale Moment der Anwendungsmöglichkeit, das den objektiven Rechtssatz zur subjektiven Rechtspflicht werden läßt. Nicht weil der Rechtssatz eine zwingende Drohung enthält, statuiert er juristisch eine Pflicht, sondern weil er durch seine Anwendung auf den unrecht Handelnden subjektiviert werden kann. Ob ein Zwang ausgeübt wird oder nicht, ist für die formal juristische Betrachtung, nicht aber für die nach dem Zwecke fragende, substantiell-soziologische, gleichgültig. Böte sich

praktisch eine andere Subjektivierungsmöglichkeit den Rechtssubjekten gegenüber als gerade jene, bei welcher der Inhalt des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens eine Nachteilsdrohung ist — der Staatsperson gegenüber ist die Subjektivierung tatsächlich eine andere — so könnte ein derartig anderer Inhalt des Staatswillens für das Wesen der Rechtspflicht keine Änderung bedeuten, da auch in diesem Falle der objektive Rechtssatz durch eine rein formale Subjektivierung zur Rechtspflicht würde und es juristisch irrelevant bleibt, ob die Subjektivierung materiell dadurch am besten oder überhaupt möglich ist, daß dem staatlichen Willen im verpflichtenden Rechtssatze Strafe und Exekution zum Inhalte gegeben wird.

Nur auf Grund einer solchen streng formalen, alle materiellen Elemente ausschheidenden Konstruktion ist eine Rechtspflicht möglich, deren Subjekt sowohl der Staat als auch alle übrigen Personen sein können, und nur auf Grund einer solchen Konstruktion kann das Problem gelöst werden, auch den Staat als Rechtssubjekt d. h. vor allem als Rechtspflichtsubjekt und damit als Persönlichkeit zu begreifen.

Der Erkenntnis absoluter Unmöglichkeit staatlichen Unrechtes verschliesst sich JELLINEK dadurch, daß er die Staatsperson mit ihren Organen identifiziert. Und diese — wie noch später näher darzulegen sein wird — unzulässige Identifizierung¹⁾ kann er nicht vermeiden, weil er das Substrat der Persönlichkeit, den Willen, als psychische Tatsache auffaßt, folglich keinen anderen als einen menschlichen Willen und daher im Grunde auch keine andere als eine menschliche Persönlichkeit kennt. Er erklärt wiederholt, daß der Wille des Staates menschlicher Wille, d. h. der Wille menschlicher Organe sei und daß, wenn man vom Staate seine Organe wegdenke, nichts übrig bleibe. Diese Identifizierung von Staat und Staatsorgan bringt es mit sich, daß JELLINEK unter Umständen die Pflichtwidrigkeit eines Staatsorganes als Unrecht des Staates gelten lassen zu dürfen glaubt. Der einzige Fall staatlichen Unrechtes, den JELLINEK in dem hier behandelten Zusammenhange anführt, ist folgender²⁾: „Wenn aber alle Elemente der Staatsgewalt sich vereinigen, um an Stelle des Rechtes die Willkür zu setzen, um Verpflichtungen zu brechen, die sie als solche anerkennen müssen, dann handelt der Staat unrecht.“ Allein auch hierin kann nur ein Unrecht der Staatsorgane, nicht des Staates, eine Verletzung der Organpflichten, nicht der Staatspflichten erblickt werden, denn auch in diesem Falle will der Staat in der Rechtsordnung noch immer das Recht, geradeso wie wenn nur ein einzelnes Organ in Verletzung seiner Amtspflicht

1) Vgl. die treffenden Ausführungen HOLD von FERNECKS a. a. O. S. 195.

2) a. a. O. S. 33.

den in der Verfassung ausgesprochenen Willen des Staates nicht realisiert. Was kann der Grund sein, das Unrecht vieler oder aller Staatsorgane dem Staate zuzurechnen, wenn das Unrecht einzelner als ihr eigenes gelten muß?

Die Notwendigkeit einer Unterscheidung von Pflichten der Staatsperson und Pflichten der Staatsorgane, ohne welche die Konstruktion einer selbständigen Staatsperson ganz unmöglich ist, wird eine Untersuchung der Rechtsstellung der Staatsorgane zu beweisen haben.

C. Die Rechtspflichten der Staatsorgane.

XVII. Kapitel.

Der Begriff des Staatsorganes.

Die Rechtsstellung des Staatsorganes ergibt sich aus dessen Rechten und Pflichten. Diese aber beruhen auf Rechtssätzen; und so muß die Lehre vom Rechtssatze den Ausgangspunkt bilden, von dem aus eine Lösung des in der Literatur so viel umstrittenen Problems der Staatsorganschaft zu versuchen ist.

Prüft man die neuere staatsrechtliche Literatur auf den Begriff des Staatsorganes hin, so wird man kaum zu einem einheitlichen Resultate gelangen. Nun würde man es wohl für selbstverständlich halten, die Theoretiker bei der Bestimmung des Organbegriffes in die gleichen Lager gespalten zu finden, in die sie sich nach der jeweiligen Konstruktion des Staatsbegriffes überhaupt, nach der allgemeinen staatsrechtlichen Grundtheorie trennen. Insbesondere scheint es auf den ersten Blick, daß sich der Gegensatz zwischen der organischen und der anorganischen Staatslehre deutlich auch in der jeweiligen Definition des Organbegriffes geltend machen müßte, da doch gerade für die Bildung des Begriffes „Staatsorgan“ kaum etwas von größerer Bedeutung sein dürfte als die Anschauung darüber, ob der Staat ein Organismus ist oder nicht. Allein, dem ist tatsächlich nicht so. Den ausgesprochenen Kontrast zwischen organischer und anorganischer Staatsauffassung wird man bei der Feststellung des „Organ“-Begriffes vergeblich suchen. Vielmehr sind die Gegensätze in diesem Punkte innerhalb der Vertreter derselben Theorie oft viel tiefgehender als zwischen prinzipiellen Gegnern in der Grundanschauung vom Staate.

Ganz besonders fällt dieser Gegensatz innerhalb der Schule der anorganischen Staatstheorie auf, die durch die Namen GERBER, LABAND, JELLINEK vertreten wird.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Begründer dieser Richtung, GERBER, gerade von seinem gegen die organische Staatsauffassung gerichteten Standpunkte aus einen Begriff des Staatsorganes aufgestellt hat, der von seinen Schülern durchaus nicht akzeptiert wurde. In den berühmten „Grundzügen eines Systems des deutschen Staatsrechtes“¹⁾ sagt GERBER, das Wesen der Staatsorgane bestehe darin, daß sich in ihrem Handeln der Wille der Staatspersönlichkeit verwirkliche, „daß der in ihrem Wesen enthaltene Beruf rechtlichen Handelns ihren Berechtigten als eigener und ursprünglicher zukommt“. GERBER erklärt dementsprechend als die einzigen Staatsorgane: Monarch und Stände. Nachdrücklich wendet er sich gegen jenen erweiternden Sprachgebrauch, der als Organ auch andere Personen bezeichnet²⁾. „Das Wort Organ wird hier (bei GERBER) nicht als eine spielende Bezeichnung, sondern als das Wort für einen ernstlich gedachten Begriff gebraucht. Daher anerkenne ich nur die zwei im Texte genannten Organe des Staates. Viele Schriftsteller denken, wie es scheint, über die Grenzen der Zulässigkeit dieses Begriffes wenig nach, so daß ihnen die Worte ‚organisch‘, ‚Organ‘ im bedenklichsten Grade geläufig werden. Was wird da nicht alles als Organ bezeichnet! Nicht nur der Monarch und die Ständeversammlung, sondern auch die Familie des Landesherrn, die Staatsämter, die Beamten, ja wohl auch jeder Staatsbürger. Dabei büßt freilich der Begriff ‚Organ‘ seine ganze wissenschaftliche, insbesondere juristische Bedeutung ein und wird zu einer wertlosen Phrase!“

Die scharfe Kritik GERBERS trifft aber auf niemanden besser zu als auf die Fortsetzer seiner anorganischen Staatskonstruktion. Es gibt heute keinen einzigen Vertreter dieser Richtung, der nicht ohne jedes Bedenken neben dem Monarchen und dem Parlamente auch die Staatsämter und Beamten als Staatsorgane gelten ließe. Nähere Belege für diese Behauptung sind wohl überflüssig. Sind die Vertreter der anorganischen Theorie der neuesten Zeit in der Tendenz, den Organbegriff gegenüber der engen GERBERSCHEN Auffassung möglichst auszudehnen, im allgemeinen einig — eine Tendenz, die gerade bei der Betonung des anorganischen Charakters ihrer Konstruktion schon auf den ersten Blick bedenklich scheint — so ergeben sich doch über die erweiterten Grenzen dieses Begriffes

1) 2. Aufl. 1869. S. 72/73. 2) a. a. O. S. 72, Anm. 1.

erhebliche Differenzen. So ist beispielsweise strittig, ob nicht nur das Parlament als Ganzes, sondern auch der einzelne Abgeordnete Staatsorgan sei, insbesondere auch, ob dem Staatsbürger in seiner Eigenschaft als Wähler die Organqualität zukomme oder nicht. Sogar der steuerzahlende Bürger¹⁾ wurde als Staatsorgan aufgefaßt.

Der Grund dieser Unsicherheit im Umfange des Begriffes ist der Mangel einer präzisen Definition, der sich bei den meisten Theoretikern fühlbar macht. Ja, es gibt Autoren, die bei der Konstruktion ihrer staatsrechtlichen Systeme auf eine Definition des Begriffes Staatsorgan überhaupt verzichten zu können glauben. So hat schon GIERKE²⁾ bemerkt, daß LABAND in seinem Staatsrecht des Deutschen Reiches bei der Behandlung der Organisation des Staates eine genaue Bestimmung des Begriffes „Organ“ vermissen lasse, obgleich sich LABAND dieses Wortes wiederholt bedient. Andere Autoren weichen dem Problem durch eine Scheindefinition aus. Wenn z. B. JELLINEK in seiner Allgemeinen Staatslehre³⁾ definiert: „Ein Individuum, dessen Wille als Verbandswille gilt, ist, insoweit diese Beziehungen auf den Verband reichen, als Willenswerkzeug des Verbandes, als Verbandsorgan zu betrachten“, oder wenn KARLOWA⁴⁾ als das Wesen des Organs einer juristischen Person erklärt, daß es durch seinen Willen und seine Handlung innerhalb der ihm zugewiesenen Sphäre „den Willen der juristischen Person repräsentiert“ — so kann darin nur eine Umschreibung, keine Definition des fraglichen Begriffes erblickt werden. Denn darauf kommt es ja gerade an, das Charakteristikum jener Personen aufzuzeigen, deren Handlungen als solche des Staates gelten, gerade das soll ja durch die Definition festgestellt werden, was für Eigenschaften menschliche Handlungen haben müssen, damit sie nicht den physisch Handelnden selbst, sondern dem Staate zuzurechnen sind. Allerdings fehlt es an solchen Definitionen durchaus nicht in der gegenwärtigen Literatur. Der Ausgangspunkt aller dieser Begriffsbestimmungen liegt im Bereiche der organischen Staatstheorie. Auf dem Boden dieser Theorie ist das Urbild aller dieser Definitionen entstanden und soweit Vertreter der anorganischen Staatstheorie mehr als eine Umschreibung des fraglichen Begriffes zu geben bemüht sind, geraten sie nolens volens in das Fahrwasser ihrer Gegner.

1) FRICKER in der Tübinger Zeitschrift 1869, Bd. XXV. S. 40/41.

2) LABANDS Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in SCHMOLLERS Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Bd. VII. S. 1137.

3) 2. Aufl. S. 494. 4) Zur Lehre von den juristischen Personen, in GRÜN-HUTS Zeitschrift für das Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. XV. S. 422.

Eine für die organische Staatstheorie typische Entwicklung des Organbegriffes gibt GIERKE in seinem Aufsatz: Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien¹⁾. Er führt aus: „In jedem Organismus nun betätigt die Einheit des Lebens sich dadurch, daß bestimmte Teile oder Teilkomplexe des Ganzen als dessen Organe bestimmte Funktionen übernehmen. Je höher der Organismus entwickelt ist, desto entschiedener differenzieren sich diese Organe nach Bildung und Tätigkeit, desto mehr wächst die Arbeitsteilung, desto selbständiger funktionieren die Organe in ihrer Lebenssphäre. Allein, solange überhaupt ein Organismus vorliegt, manifestiert sich in allen diesen Organen nur eine Lebensindividualität, die als allgegenwärtige und allbestimmende Einheit in jedem Akte eines Organes zugegen und wirksam ist, für die und durch die ein jedes Organ besteht und funktioniert und deren Existenz durch temporären Widerstreit der Organe erschüttert, durch ihre definitive Disharmonie aber vernichtet wird. Im natürlichen Organismus ist dies alles rechtlich indifferent. Im gesellschaftlichen Organismus dagegen ist die Bildung und Wirksamkeit der Organe, so sehr sie auch hier ein natürlicher und historischer Vorgang ist, im bestimmten Umfange Gegenstand des Rechtes. Und so entsteht hier der dem Privatrechte wiederum völlig fremde Rechtsbegriff eines Organes als des zu einer bestimmten Lebensfunktion des Gemeinlebens verfassungsmäßig berufenen Gliedes einer Gesamtpersönlichkeit.“

Das Wesen des GIERKESchen Organbegriffes bildet somit die Funktion für das Ganze, den Organismus. Dieser funktionelle Organbegriff ist aber seiner methodischen Struktur nach ein soziologischer und steht durchaus auf einer Stufe mit dem naturwissenschaftlichen, biologischen Organbegriffe.

Daß die Naturwissenschaft einen präzisen, allgemein anerkannten Organbegriff nicht ausgebildet hat, wurde schon von VAN KRIEKEN in seiner Untersuchung der organischen Staatstheorie²⁾ hervorgehoben. Es ist seither nicht besser geworden. Und der Grund hierfür ist vielleicht nicht schwer zu erkennen, wenn man die Definition näher betrachtet, die VAN KRIEKEN als das Durchschnittsergebnis der bei den naturwissenschaftlichen Theoretikern üblichen Organbegriffe gibt und die wohl auch heute noch als zutreffend gelten muß: „Organe sind demnach Teile, die zur Ausübung

1) Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, XXX. Bd. 1874. S. 329 ff.

2) Über die sogenannte organische Staatstheorie. Leipzig 1873. S. 129.

der die Fortdauer des Ganzen bedingenden Funktionen mit diesem Ganzen zu einer und derselben Lebensgesamtheit verbunden sind“¹⁾.

Was bei dieser Definition sofort in die Augen fällt, ist ihr teleologisches Gepräge: Der spezifische Zweck ist es, der das Wesen des Organes ausmacht, und zwar der Zweck für das Ganze; die Funktion des Organes erfolgt im Interesse, zur Förderung oder Fortdauer des Ganzen, das Organ ist nicht Selbstzweck, sondern der Zweck, dem es dient, liegt außerhalb seiner Grenzen. Dieser Zweckcharakter des Funktionsmomentes zeigt sich deutlich darin, daß z. B. ein Komplex von Zellen, der, äußerlich eine Einheit bildend, eine das Ganze schädigende, den Organismus hemmende Tätigkeit (Funktion) entfaltet — wie etwa ein bösartiges Geschwür am menschlichen Körper — niemals als „Organ“ betrachtet werden kann.

Es ist kein Zufall, daß schon VAN KRIEKEN, der bei seiner Suche nach einer präzisen Organdefinition auf naturwissenschaftlicher Seite so wenig Belege aufzuweisen hatte, gerade in HYRTL'S Lehrbuch der Anatomie des Menschen²⁾ das Gewünschte fand. „Jeder Teil des Ganzen“, sagt HYRTL, „der seine partielle Existenz dem Endzwecke unterordnet, welcher durch die vereinte Wirkung aller übrigen Teile erzielt werden soll, heißt Organ, und die zweckmäßige Vereinigung aller Organe zu einem lebensfähigen Ganzen: Organismus. Ein Organ hat den Grund seines Vorhandenseins nicht in sich, sondern in dem Ganzen, welchem es angehört. Der letzte Endzweck der Organe ist somit nicht ihr eigenes Bestehen, sondern die Konkurrenz zum Bestehen des Ganzen . . .“ Die teleologische Natur dieser Begriffsbildung ist klar. HYRTL steht aber mit seiner ganzen naturwissenschaftlichen Anschauungsweise in einem strikten Gegensatz zur heute herrschenden materialistischen, die alle Teleologie aufs entschiedenste verwirft und aus diesem Grunde zu keinem Organbegriff gelangen kann; denn dieser ist seiner Natur nach ein Zweckbegriff. Wenn die materialistische Naturbetrachtung sich auch heute noch des Organbegriffes bis zu einem gewissen Grade bedient, so kann das für sie nur ein provisorischer Notbehelf, keine endgültige Wahrheit sein; denn indem sie auf das synthetische Prinzip des Zweckes verzichtet, kann sie überall nur äußerlich verbundene Bewegung materieller Elemente erblicken und ihr analytischer, atomisierender Erkenntnisprozeß kann erst Halt machen, wenn er bei kleinsten, nicht weiter teilbaren Einheiten und deren Bewegung angelangt ist. Für eine derartige Betrachtungsweise ist es streng genommen unrichtig, von dem Auge als einem selbständigen

1) a. a. O. S. 130.

2) S. 7, § 2. Organisation, Organ, Organismus.

Organe des menschlichen Körpers zu sprechen; auch hier liegt wie überall nur eine Summe in Bewegung befindlicher Atome vor. Denn das principium individuationis, das der Einheit „Organ“ zu Grunde liegt, ist der spezifische Zweck. Und darum müssen sämtliche Versuche, einen Organbegriff unter Eliminierung des Zweckmomentes zu bilden, scheitern. So hat man z. B. versucht, als Organ jenen Teil eines körperlich-selbständigen Ganzen zu charakterisieren, der, äußerlich abgeschlossen, eine bestimmte Tätigkeit entfaltet. Ganz abgesehen davon, daß auf Grund solcher Definition auch ein Karzinom ein Organ des Körpers wäre, ist zu betonen, daß jeder, auch der kleinste Teil eines Organismus irgendeine Tätigkeit verrichtet, der Begriff einer „Tätigkeit“ schon ein Zweckmoment voraussetzt, wenn darunter nicht die Bewegung des Moleküls verstanden sein soll. Denn was sollte sonst der Grund sein, die Bewegung mehrerer Moleküle als einheitlich zusammenzufassen? Dann ist aber auch die äußere Abgrenzung irgendeines Teiles des Ganzen höchst willkürlich, ja, die Abgrenzung des ganzen Organismus von seiner Umgebung, mit der er durch physikalische und chemische Prozesse nicht wesentlich anders verbunden ist als seine Teile in ihm, ist ohne Zweckmoment endgültig nicht denkbar. Für eine materialistisch-mechanistische Weltanschauung muß das ganze Universum in eine Masse in Bewegung befindlicher Moleküle zerfallen. Ja, das natürliche Endziel, die notwendige Tendenz der materialistischen Begriffsbildung geht auf die Auflösung des Organismus in einen Mechanismus und mit der Negation des Organismus muß notwendig der Begriff des Organes wegfallen.

Ob und inwieweit die Naturwissenschaft der Zweckbetrachtung und des Organbegriffes entbehren kann, muß hier dahingestellt bleiben. Sicherlich kann die Soziologie darauf nicht verzichten. Der Begriff der Gesellschaft und gesellschaftlicher Organe ist ohne Zweckvorstellung undenkbar. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß als soziales Organ oder als Organ im Sinne der Soziologie vollkommen korrekt, ja, einzig und allein jene Menschen oder jene Menschengruppen zu bezeichnen sind, die irgendeine Funktion für das Ganze, die Gesellschaft, ausüben. Müßte man nicht zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen juristisch-formaler und soziologisch-substantieller Betrachtung scharf und prinzipiell unterscheiden, wäre der Begriff des Staatsorganes ein Spezialfall des Begriffes Organ überhaupt. Es ist daher selbstverständlich, daß GIERKE, dem Staat und Gesellschaft keine Gegensätze sind, der als Staatswille den gesellschaftlichen Gesamtwillen betrachtet, auch im Staatsorgane nur ein qualifiziertes, nämlich rechtlich berufenes Sozialorgan erblickt!

Wie nach GIERKE der Staatswille nicht durch die Rechtsordnung geschaffen, sondern, unabhängig von dieser existierend, von ihr nur anerkannt wird ¹⁾, wie GIERKE die Rechtspersönlichkeit nicht als ausschließliches Produkt der Rechtsordnung gelten lassen will, sondern in ihr nur die von der Rechtsordnung anerkannte reale Einheit: Mensch oder Korporation erblickt, so ist ihm auch das Staatsorgan etwas unabhängig von der Rechtsordnung Existentes, die Bildung und Wirksamkeit desselben ein „natürlicher und historischer Vorgang“, der nur „im bestimmten Umfange Gegenstand des Rechtes“ ist. Es liegt hier derselbe Typus juristischer Begriffsbildung vor, der sich als Verquickung des formalen mit dem substantiellen Elemente charakterisiert und der im Laufe dieser Untersuchungen schon wiederholt — so anlässlich der Kritik des herrschenden Rechtspflichtbegriffes als der rechtlich relevanten Moralpflicht — abgelehnt wurde.

Die Verwendung des substantiellen Zweckmomentes bei der Konstruktion eines formalen Rechtsbegriffes — dieser größte aller methodischen Fehler — ist bei GIERKE und seiner organischen Schule umso auffallender, als es gerade zu den größten Verdiensten dieser Richtung gehört, gegen die Verwendung des Zweckmomentes energisch Stellung genommen zu haben. Sie gerät dadurch ²⁾ auch beim Organbegriffe in den schon im 1. Buche dieser Untersuchungen festgestellten Widerspruch. Es muß ein Rätsel bleiben, wie man die ausgezeichneten, gegen die Verwendung des Zweckmomentes gerichteten Ausführungen eines so enragierten Organtheoretikers, wie PREUSS ³⁾, mit dem von ihm vollinhaltlich akzeptierten GIERKESchen „Rechtsbegriff eines Organes, als des zu einer bestimmten Lebensfunktion des Gemeinlebens berufenen Gliedes einer Gesamtpersönlichkeit“, in Einklang bringen soll.

Der soziologische Organbegriff, dessen Wesen das materielle Zweckmoment, die Funktion für das Ganze bildet, muß notwendigerweise ein außerordentlich weiter sein. Daher ist es begreiflich, daß GIERKE z. B. nicht nur den Wähler, sondern auch die „Wählerversammlung“ ⁴⁾ als solche für ein Grundorgan des Staates erklärt. Und RICHARD SCHMIDT ⁵⁾, der den sozialen Organbegriff ⁶⁾ sehr

1) Vgl. oben S. 164.

2) Vgl. oben S. 84 ff.

3) Zur Methode der juristischen Begriffsbildung, in: SCHMOLLERS Jahrbuch 1900. S. 359 ff.

4) a. a. O. S. 331.

5) Allgemeine Staatslehre, S. 135/136.

6) Allerdings läßt SCHMIDT eine befriedigende Konstruktion des juristischen

treffend in der Weise charakterisiert, daß er als Organe alle Glieder eines Verbandes bezeichnet, „die irgendwie für den Verband handeln“, führt aus, daß zum Wesen dieser Organe nicht gehöre, „daß sie dauernd für den Verband handeln, noch weniger, daß sie auf Grund einer allgemein anerkannten Regel für den Verband tätig werden, d. h. rechtlich geordnete Organe sind. Auch der, welcher nur in einem konkreten Falle und vorübergehend für den Staat handelt, wie der Geschworene, der nur an einer Sitzung teilnimmt, oder der Privatkläger, der wegen eines Deliktes Anklage auf öffentliche Bestrafung erhebt, ist Organ des Staates. Und auch die Personen sind es, die sich impulsiv zu solcher vorübergehender Tätigkeit entschließen, der Gemeindegensosse, der an einem Gottesfrevler die Volksrache vollzieht, der Krieger, der sich bei feindlichem Zusammenstoß zum Unterhändler mit den Gegnern oder zum Anführer der kämpfenden Männer einer Horde oder eines Inselvolkes aufwirft, betätigt sich hier als Organ des Stammes in keinem andern Sinn als der Führer oder Soldat des disziplinierten Heeres.“ Ja die folgerichtige Anwendung des funktionellen Organbegriffes wird sich schwerlich anders begrenzen lassen, als daß man in jedem Gliede des Verbandes auch ein Verbandsorgan erkennt! Denn die Tätigkeit der sozial lebenden Menschen ist niemals eine rein auf sich selbst beschränkte, vielmehr werden zahlreiche Lebensäußerungen des Individuums nicht nur ihm selbst, sondern auch dem Verbands dienen. Schon die Existenz des Einzelwesens als solche ist nicht nur eine individuelle — sondern zugleich auch ein Teil des Soziallebens, da die Gesellschaft doch nur in den Individuen besteht. Die Fortpflanzung des einzelnen ist zugleich Fortpflanzung des Verbandes und gerade in dieser — in ihren Motiven so egoistischen — Funktion dient das Subjekt weniger sich selbst als der Gattung, ist es im wahrsten Sinne des Wortes Organ der Gesellschaft, deren obersten Zweck der Selbsterhaltung es erfüllt. Und sind diejenigen Individuen, die für die Erzeugung der Güter und deren Verteilung — aus irgend welchen Motiven — sorgen, der Arbeiter und Unternehmer, der Landwirt und Händler, weniger Organ im sozialen Sinne als der Soldat oder Geschworene? Alle sind sie gesellschaftliche

Organbegriffes, den er ausdrücklich von dem sozialen getrennt wissen will, vermissen. Er begnügt sich, a. a. O. S. 229 Staatsorgane juristisch als Menschen zu bezeichnen, deren Handeln als das des Staates „angesehen“ wird und erklärt diese Zurechnung als „Fiktion.“ Die Beantwortung der wesentlichsten Frage: Wodurch charakterisieren sich juristisch jene Handlungen, die als „Organhandlungen“ nicht den handelnden Menschen, sondern dem Staate zugerechnet werden, bleibt SCHMIDT schuldig.

Organe, denn alle verrichten Funktionen für die Gesamtheit, nicht anders als die Zelle oder ein Zellenkomplex im natürlichen Organismus, die auch durch ihre höchst individuelle Selbsttätigkeit dem ganzen Organismus dienen. Im sozialen Sinne erfolgt jede Tätigkeit eines Verbandsgliedes, wenn sie nicht gegen den Verband gerichtet ist, direkt oder indirekt, d. h. durch Vermittlung des Individuums, dem sie dient, für den Verband, d. h. es kann jede Tätigkeit unter diesem sozialen Gesichtswinkel betrachtet werden und somit jedes Verbandsglied als Organ gelten. Unterscheidet man nicht zwischen Staat und Gesellschaft oder sieht man als Staat die in einer bestimmten Form erscheinende Gesellschaft an (und nicht etwa diese Form selbst), dann ist jedes Staatsglied auch Staatsorgan.

Daß ein solcher erweiterter Organbegriff keinen besonderen Wert haben kann, liegt auf der Hand. Eine Einschränkung desselben für juristische Zwecke vollzieht man gewöhnlich in der Weise, daß man als Organtätigkeit nur die rechtlich qualifizierte, als Organ nur das rechtlich geordnete gelten läßt. Allein, ganz abgesehen davon, daß gegen eine derartige Begriffsbildung die Unzulässigkeit der Verbindung des materiellen mit dem formalen Elemente einzuwenden ist, kann eine feste und wirksame Abgrenzung des Organbegriffes darin nicht erblickt werden. Denn worin sollte diese rechtliche Qualifikation bestehen? Doch nur darin, daß die Organtätigkeit von der Rechtsordnung als Recht oder als Pflicht statuiert ist. Im ersteren Falle — und die meisten Theoretiker dürften wohl gerade diese Art der rechtlichen Qualifikation des Organes im Auge haben — kann bei den gegenwärtig herrschenden Auffassungen vom subjektiven Rechte kaum eine sichere Grenze gefunden werden. Jeder ein subjektives Gewerbe ausübende wäre Staatsorgan, denn seine Tätigkeit ist zumindest auch Funktion für den Verband und überdies rechtlich qualifiziert, nämlich als Ausübung eines subjektiven Rechtes. Erklärt man aber die pflichtmäßige Funktion für die Gesamtheit als Organtätigkeit, dann taucht sofort das Bedenken auf, daß jede pflichtmäßige Tätigkeit für den Verband erfolgt, da ja die Erfüllung der Rechtspflicht seitens der Untertanen ein Hauptzweck ist, der durch den Staat verfolgt wird. Jede Rechtspflichterfüllung erfolgt auch für den Staat, ist Realisierung staatlichen Zweckes. Aus diesem Grunde ist rechtlich das Zweckmoment, das „für-den-Staat-erfolgen“ kein juristisches Spezifikum des pflichtgemäßen Verhaltens. Pflichtmäßige Tätigkeit für den Staat wäre ein Pleonasmus. Auf Grund solcher Anschauung wäre jeder, der irgendeine Rechtspflicht erfüllt, Staatsorgan. Nicht nur der steuerzahlende Bürger, auch der ein Darlehen zurückerstattende

Schuldner handelte als Staatsorgan¹⁾, denn der Zweck der staatlichen Rechtsordnung ist zweifellos ebenso sehr, den Schuldner zur Zahlung des Darlehens wie den Bürger zur Entrichtung der Steuer zu veranlassen.

Man hat daher den Organbegriff in der Weise einschränken zu müssen geglaubt, daß man nicht jede für den Staat erfolgende Funktion, sondern nur eine ganz bestimmte als Organtätigkeit gelten ließ. Mit Rücksicht darauf, daß das Wesen des Staatsverbandes im Staatswillen erblickt wurde, hat man die Erzeugung des staatlichen Willens als spezifische Organfunktion bezeichnet, dabei allerdings das Postulat einer rechtlichen Qualifikation dieser Tätigkeit, nämlich als Recht oder Pflicht, aufgegeben. So sagt z. B. BERNATZIK²⁾: „Nicht alle Teile des Organismus sind daher ‚Organe‘; ‚Organ‘ ist bloß jener Teil desselben, welcher den die Gesamtheit bindenden Willen erzeugt. Dieser Unterschied wird selten beachtet . . .“, und JELLINEK definiert in seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte³⁾: „Die staatlichen Willen bildenden Menschen werden, insoweit sie dies tun, zu staatlichen Organen“. Die Erzeugung des Staatswillens als Charakteristikum der Organtätigkeit ist in den meisten Organdefinitionen der neueren Theoretiker zu finden. So sagt z. B. HAENEL⁴⁾: „Organe aber sind diejenigen Individuen, welche durch ihr individuelles Wollen den Gemeinwillen bilden und tragen“ und ANSCHÜTZ⁵⁾ erklärt als Staatsorgane „physische Personen, welche, sei es als einzelne, sei es gruppiert, berufen sind, den Staatswillen zu bilden, zu erklären, zu vollziehen, namens des Staates zu wollen und zu handeln“.

Es ist von Bedeutung, daß diese von den anorganischen Staatstheoretikern häufig vertretene Auffassung der Organtätigkeit als Staatswillensbildung sich als der nur unwesentlich modifizierte Funktionsbegriff der organischen Theorie darstellt. Man hob aus den möglichen Funktionen für den Staat die Willensbildung heraus und beschränkte den Organbegriff auf diese. Damit, ist

1) Wenn BERNATZIK, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, Archiv für öffentl. Recht Bd., V. S. 278, meint, daß die Ansicht, die den steuerzahlenden Bürger als Staatsorgan gelten läßt, konsequenterweise auch den Verbrecher, der gehängt wird, als Organ fungieren lassen müsse, so übersieht er, daß der Verbrecher, den man hängt, keine Rechtspflicht erfüllt. Es wäre denn, daß man eine Rechtspflicht auf Erduldung der Strafe konstruierte.

2) a. a. O. S. 278.

3) 2. Aufl. S. 223.

4) Deutsches Staatsrecht I. S. 85.

5) In der KOHLERSCHEN Enzyklopädie S. 472.

die soziologische, durchaus unjuristische Qualität dieses Begriffes, der als Rechtsbegriff ausgegeben wird, von vornherein festgestellt. Doch kann noch auf einem anderen Wege der mit der soziologisch-juristischen Struktur verbundene innere Widerspruch des Begriffes aufgedeckt werden.

Nimmt man die Definition beim Wort, so sind zunächst nur jene Personen als Organe aufzufassen, welche den Staatswillen erzeugen. Die „Erzeugung“ des Staatswillens erfolgt nach unbezweifelnder, herrschender Ansicht im Gesetzgebungsprozesse und so käme man, wenn auch auf anderem Wege als GERBER, so doch zum selben Resultate wie dieser: Nur der Monarch und das Parlament wären als Organe des Staates zu betrachten. Allein daran denken die Vertreter der fraglichen Definition nicht im geringsten. Sie zweifeln nicht, daß nicht nur die Legislative, sondern auch die Exekutive von „Organen“ besorgt wird, und sind der Ansicht, daß auch die Organe der Exekutive den Willen des Staates „erzeugen“. Darin ist aber eine unzulässige Verdoppelung des Staatswillens zu erblicken! Denn entweder ist der Staatswille durch die Legislative „erzeugt“ worden, dann kann er nicht noch einmal in der Exekutive „erzeugt“ werden, oder die Exekutive erzeugt tatsächlich den Staatswillen, dann hat aber in der Legislative keine „Erzeugung“ stattgefunden! Die Ansicht, daß Richter, daß Verwaltungsbeamte im konkreten Falle den Staatswillen durch ihren individuellen psychischen Willen „erzeugen“, daß es der psychische, menschliche Wille des Exekutivorganes ist, der als Wille des Staates zu „gelten“ habe, diese Ansicht geht im Grunde darauf zurück, daß man sich den Staatswillen nur als menschlichen Willen vorstellen kann, daß man einen anderen als den in dem betreffenden Organe existenten psychischen Willen gar nicht anerkennt. Allein, diese Ansicht ist juristisch unhaltbar. Denn sie steht im absoluten Widerspruche zur Annahme eines permanenten Staatswillens, als welcher die Rechtsordnung zu gelten hat. Es ist bezeichnend, daß gerade JELLINEK, der die hier verworfene Definition vertritt, selbst diese Eigenart des in der Rechtsordnung erklärten Staatswillens, dessen Permanenz vom Augenblicke der Perfektion im Gesetzgebungsakte, betont! Wenn jemand ein Delikt begeht, dann ist die Frage, ob der Staat den Übeltäter strafen will, sofort im Augenblicke nach vollendetem Tatbestande und noch ohne daß irgend ein richterliches oder Verwaltungsorgan an eine Strafe nur gedacht hat, mit ja zu beantworten. Wo bliebe der in der Rechtsordnung enthaltene Staatswille, wenn es erst eines Richters oder Verwaltungsbeamten bedürfte, um diesen Willen zu „erzeugen“? Die Ansicht, nach welcher der Staatswille in der Exekutive erst „erzeugt“ wird,

läßt die allerwichtigste Tatsache des konstitutionellen Staates außer Beachtung, daß eine Tätigkeit der Exekutive ohne einen bereits „vorgebildeten“ Staatswillen gar nicht möglich ist. Wodurch sollte wohl der Richter, der Verwaltungsbeamte in einem bestimmten Falle zur Tätigkeit veranlaßt werden, wenn nicht durch einen natürlich schon „erzeugten“ Willen des Staates? Auf welcher anderen Grundlage sollte die „gesetzmäßige Verwaltung und Rechtsprechung“ erfolgen als auf dem Willen des Staates, den man darum wohl schon vor dieser Tätigkeit als „erzeugt“, d. h. als perfekt ansehen muß! Nur die unglückselige Verkennung dessen, was als „Wille“ im Rechtssinne zu gelten hat, konnte zu einer solch widerspruchsvollen Konstruktion führen. Denn es ist selbstverständlich, daß von einem permanenten Staatswillen, der dauernd die gesamte Rechtsordnung zum Inhalte hat, keine Rede sein kann, wenn dieser Wille eine reale individual- oder sozial-psychische Tatsache sein soll. Auf Grund einer solchen Auffassung ist die Behauptung, jeder Rechtssatz beinhalte die Existenz eines Staatswillens, einfach eine Unwahrheit. Der Staatswille selbst würde erst existent, wenn ein Staatsorgan im konkreten Falle den Willen, zu strafen, zu exequieren usw. faßte; und erst in diesem Augenblicke entstünde mit dem Staatswillen auch der Rechtssatz. Wie solcherweise Rechtspflichten schon vor diesem Augenblicke zu konstruieren sind, bleibt unbegreiflich.

Den Willen des Staates durch das exekutive Staatsorgan „erzeugen“ zu lassen, heißt, daß man den Staatswillen in dem realpsychischen Akt erblickt, der sich in der Seele des Organes abspielt. Damit vollzieht man aber gerade das Umgekehrte jenes Prozesses, den man Zurechnung zum Staate nennt. Denn auf diese Weise verlegt man den Zurechnungspunkt in die physische Person — so ferne man einen realpsychischen Akt für den Willen im Rechtssinne hält, ist dies anders gar nicht möglich — und müßte konsequenterweise die Staatshandlung als solche des menschlichen Organes ansehen. Tatsächlich ist es gerade umgekehrt: Die Zurechnung geht nicht vom Staate zum Organe, vielmehr ist der psychische Wille, den das Organ als Mensch produziert, für die Zurechnung völlig gleichgültig; die Zurechnung geht durch das Organ gleichsam hindurch zu einem außerhalb der menschlichen Persönlichkeit gedachten, immateriellen Punkte; der psychische Wille des Organes wird bei diesem Vorgange geradezu eliminiert, juristisch nur der äußere Tatbestand der Handlung erfaßt und dem Staate zugerechnet. Wenn das Organ willenlos handeln könnte, so würde das die Existenz eines Staatswillens nicht im geringsten tangieren, denn dieser Staatswille ist keine realpsychische Tatsache, vor allem aber

nicht der psychische Willensakt eines einzelnen Menschen, sondern ein Endpunkt der Zurechnung, der, ideeller Natur, überhaupt nicht an einen Körper oder gar an einen menschlichen Körper gebunden ist!

Die Theoretiker, die den Staatswillen von den Exekutivorganen „erzeugen“ lassen, geraten dabei noch in eine besondere Schwierigkeit, wenn sie Vertreter der Imperativtheorie sind; und tatsächlich sind dies alle oben zitierten Schriftsteller. Denn dann hat der im Rechtssatze ausgesprochene Wille des Staates das rechtmäßige Verhalten der Untertanen zur Folge — ein Wille, der wohl etwas zu spät käme, wenn er erst im Augenblicke nach erfolgtem Unrecht „gebildet“ würde. Der die Untertanen zum rechtmäßigen Verhalten verpflichtende Staatswille bliebe sonach stets unerzeugt. Aber auch der in den Exekutiv-Organen tatsächlich entstehende Wille könnte nicht als die „Erzeugung“ irgendeines Staatswillens betrachtet werden, sondern höchstens als die Befolgung, Erfüllung eines solchen; denn der Staatswille der Imperativtheorie lautet nicht: Ich, Staat, will unter gewissen Umständen strafen usw., sondern: Du, Richter, strafe usw. Dieser Imperativ — und ein Imperativ ist der Staatswille der Imperativtheoretiker — kann doch unmöglich von demjenigen „erzeugt“ werden, an den er gerichtet ist! Der Adressat kann ihn nur befolgen und das auch nur unter der Voraussetzung, daß der Imperativ-Wille dauernd besteht und noch vor der Funktion des Organes bestanden hat, da er ja diese Funktion erst hervorrufft!

In diesem Zusammenhange, sei auch an die bereits wiederholt hervorgehobene Tatsache erinnert, daß die Imperativtheorie gerade in ihrer Anwendung auf den Begriff des Staatsorganes ihre völlige Unzulänglichkeit erweist. Denn löst man die gesamte Rechtsordnung in eine Reihe von Imperativen auf, so zwar, daß das rechtmäßige Verhalten aller Subjekte — mit Ausnahme des Staates, für den in einem solchen Systeme kein Platz ist — als Inhalt eines unmittelbar darauf gerichteten Befehles erscheint, dann ist ein Unterschied zwischen Staatsorganen und den übrigen Subjekten nicht zu finden! Denn die einen wie die anderen erfüllen die staatlichen Imperative! Der Befehl geht an den Schuldner, zu zahlen, wie an den Richter, zu verurteilen und zu exequieren. Richter und Schuldner stehen im Verhältnisse zum Rechtssatze — d. h. eben rechtlich — einander gleich. Es fehlt schlechterdings an jedem Grunde, nur die Funktion des Richters oder des Exekutivorganes als Tätigkeit des Staates zu betrachten und die Erfüllung der Untertanenpflichten dem Staate nicht zuzurechnen, denn beide qualifizieren sich rechtlich nicht anders, als daß sie Erfüllung von Imperativen der Rechtsordnung sind. Der Staat befiehlt dasjenige, was als seine eigene Handlung zu gelten

hätte — wenn auf Grund der Imperativtheorie von so etwas überhaupt die Rede sein könnte — mit denselben Imperativen, wie jenes Verhalten, das ihm üblicherweise nicht zugerechnet wird. Ja, der Staat verschwindet in einer solchen Rechtsordnung ganz und gar, denn einerseits kann im Imperativ niemals die Person des Befehlenden, sondern stets nur die Person dessen erscheinen, an den der Imperativ gerichtet ist; der Staat ist der Befehlende bei allen Imperativen und das Wesen der Persönlichkeit ist auf Grund solcher Rechtsordnung: Adressat eines Imperativs zu sein; an sich selbst einen Imperativ zu richten, ist andererseits für den Staat — falls es überhaupt möglich wäre — höchst überflüssig, da er, selbst physisch handlungsunfähig, alles, was er vollzogen wissen will, ohnedies anderen, nämlich physischen Menschen auftragen muß. Die so beliebte Identifizierung von Staat und physischem Organ, mittelst deren man dann behaupten könnte, der Staat richte seine Imperative dadurch, daß er sie an seine Organe lenke, an sich selbst, dieses Taschenspielerkunststück, bei dem man, wenn es erforderlich, bald zwischen Staat und Organ unterscheidet, bald beide nach Bedürfnis identifiziert, ist überhaupt unzulässig, in diesem Falle aber schon deshalb nicht zu gebrauchen, weil es hier an jedem Kriterium für das Staatsorgan fehlt.

Dieses Versagen der Imperativtheorie dem Begriffe des Staatsorganes gegenüber zeigt zur Genüge die Bedeutung, die einer richtigen Konstruktion des Rechtssatzes auch für das gegenständliche Problem zukommt. Die Imperativtheorie kann der besonderen Stellung des Staatsorganes gegenüber der aller übrigen Subjekte und insbesondere auch dem Staate gegenüber darum nicht gerecht werden, weil sie den Willen des Staates als einen an andere gerichteten Imperativ darstellt, weil demzufolge der im Rechtssatze ausgesprochene Staatswille stets fremdes Verhalten, d. h. das rechtmäßige Verhalten eines anderen Subjektes als des Staates zum Inhalte haben muß. Darum ist es unmöglich, irgendein Verhalten eines Menschen auf Grund der Rechtsordnung als das des Staates zu erkennen, und wenn Imperativtheoretiker tatsächlich die Handlungen gewisser Subjekte nicht ihnen selbst, sondern dem Staate zurechnen, so geschieht dies ohne rechtlichen Grund, durchaus willkürlich.

Nun zeigt sich auch in dieser Hinsicht die Bedeutung und Tragweite der hier vertretenen Konstruktion, derzufolge der Rechtssatz einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten beinhaltet und somit schon im Rechtssatze das Kriterium dafür gelegen ist, was als Handlung des Staates zu gelten hat.

Die richtige Problemstellung, die zu einem korrekten juristischen Organbegriffe führt, muß von dem Satze ausgehen, bei dem manche

Theoretiker allerdings schon stehen bleiben, daß Staatsorgane jene Personen oder Personenmehrheiten sind, deren Handlungen als solche des Staates zu gelten haben. Und nunmehr muss zur Beantwortung der wesentlichen Frage geschritten werden: Was für Handlungen sind dies, die nicht den physisch handelnden Menschen, sondern dem Staate zugerechnet werden? Warum ist überhaupt irgendeine Handlung eines Menschen als solche des Staates anzusehen? Was ist das Kriterium dieser Zurechnung und somit der Organhandlung und der Organperson? Die Theoretiker, die auf die Beantwortung dieser Frage verzichten, müssen sich notwendig in einem *circulus vitiosus* bewegen: denn sie werden die Frage, warum eine Handlung dem Staate zugerechnet wird, damit beantworten, daß der Handelnde Organ ist und den Handelnden darum für ein Staatsorgan erklären, weil seine oder gewisse seiner Handlungen nicht ihm selbst, sondern dem Staate zugerechnet werden. Es ist mit Nachdruck zu betonen, dass das gesuchte Zurechnungskriterium nur aus dem positiven Rechte selbst geholt werden darf, daß es in einem unzulässigen Widerspruch zur Methode einer Theorie des positiven Rechtes steht, das Wesen der Organhandlung in einem „natürlichen“, ausserhalb des Rechtes selbst gelegenen Prinzipie zu suchen, wie es alle jene Theoretiker tun, die den Rechtsbegriff des Staatsorganes nach Analogie oder gar wegen angenommener Wesensgleichheit in Übereinstimmung mit dem Begriff des natürlichen Organes bilden und so die Funktion oder eine bestimmte Funktion für das Ganze, das Zweckmoment, für das Kriterium der Organtätigkeit ausgeben. Die soziologische, unjuristische Natur eines derartigen Organbegriffes wurde bereits dargetan. Hat man nun die hier als richtig erkannte Formulierung des Rechtssatzes akzeptiert, dann bietet der Rechtssatz selbst die gewünschte Zurechnungsregel. Denn im Rechtssatze, der einen Willen des Staates zu eigenem Handeln beinhaltet, ist bereits festgestellt, welche Tatbestände als solche des Staates gelten müssen. Als spezifische Organtätigkeit sind dann jene Handlungen zu erkennen, die sich als Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Staatswillens darstellen. Damit ist aber ein prinzipieller Unterschied zwischen der Stellung des Staatsorganes und der übrigen Subjekte — der Untertanen — geschaffen. Denn die letzteren „befolgen“ den Rechtssatz oder „befolgen“ ihn nicht, je nachdem sie den Tatbestand, an den der Wille des Staates zur Unrechtsfolge geknüpft ist, vermeiden oder setzen. Den Rechtssatz „realisieren“, d. h. den in ihm enthaltenen Staatswillen zur Tat machen, kann nur das Staatsorgan. Darin liegt die Bedeutung der hier gewählten Konstruktion des Rechtssatzes, daß das Verhalten der Untertanen im Rechtssatze eine prinzipiell andere Stellung einnimmt

als das Handeln der Staatsorgane, wodurch zwischen der Stellung beider eine rechtliche Differenz entsteht, während die Formulierung der Imperativtheorie für diesen wichtigen Unterschied keinen Ausdruck findet.

Die Formulierung des Rechtssatzes als eines hypothetischen Urteiles über einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten und die auf Grund desselben erfolgte Konstruktion der Organtätigkeit als „Realisierung“ von Rechtssätzen bringt auch den richtigen Grundgedanken des konstitutionellen Prinzipes zum Ausdruck, daß die gesamte Tätigkeit der Staatsorgane eine gesetzmäßige sein muß. Wo immer jemand von Staats wegen zu handeln vorgibt, muß er sich auf einen Rechtssatz berufen können, der diese Handlung als vom Staate gewollt und daher als eine dem Staate zurechenbare erscheinen läßt. Eine rechtssatz- oder gesetzlose Tätigkeit von Staatsorganen ist im modernen Rechts-Staate undenkbar.

XVIII. Kapitel.

Die Legislative.

Der hier vertretenen Konstruktion wird man vor allem entgegenhalten, daß sie ausschließlich die Exekutive, nicht aber die Legislative berücksichtigt, daß eine Definition der Organtätigkeit als Realisierung des Staatswillens die sogenannten Staatsorgane mit legislativen Funktionen, die gesetzgebenden Faktoren nicht erfassen kann.

Allein, diesem Einwand ist begegnet, wenn der Nachweis gelungen ist, daß die auf „Erzeugung“ des Staatswillens gerichtete Tätigkeit nicht als Funktion des Staates gelten kann, sondern als ein sozialer Vorgang zu charakterisieren ist, daß mangels einer Zurechnung zum Staate die an der Legislative beteiligten Faktoren, die Abgeordneten und deren Wähler, das Parlament und der Monarch nicht als Staatsorgane zu betrachten sind, deren Wesen darin seinen Ausdruck findet, daß ihre Handlungen nicht ihnen selbst, sondern der Staatsperson zugeschrieben werden.

Der erforderliche Nachweis dafür, daß es mit den Mitteln und in den Grenzen streng juristischer Konstruktion nicht möglich ist, die „Erzeugung“ des Staatswillens als Funktion der Staatsperson aufzufassen, ist bereits bei der Untersuchung des Verhältnisses zwischen Recht und Staat erbracht worden¹⁾. Dort wurde gezeigt,

1) Vgl. oben S. 405 ff.

welch grober *petitio principii* sich die Lehre schuldig macht, die den Staat als Schöpfer seines Rechtes d. h. ja als Erzeuger seines Willens hinstellt. Dort wurde auch die rein soziale Natur des Gesetzgebungsprozesses dargetan. In diesem Zusammenhang mögen nur noch folgende Bemerkungen ergänzend hinzugefügt werden.

Daß irgend jemand Staatsorgan und seine Tätigkeit Staatsfunktion sei, dieses Urteil ist nur auf Grund eines bestehenden Rechtssatzes möglich; es setzt die Existenz einer Zurechnungsregel voraus. Alle jene Vorgänge nun, die gleichsam das Zustandekommen dieser Zurechnungsregel ausmachen, selbst wieder zuzurechnen, ist eine logische Unmöglichkeit. Und dies trifft nicht etwa nur auf die historisch erste Zurechnungsregel, den ersten Rechtserzeugungs- oder Gesetzgebungsakt zu, sondern das Zustandekommen jedes einzelnen Rechtssatzes ist juristisch eine Urzeugung des Rechtes und formell nicht anderer Natur als der historisch erste Akt. Der Rechtssatz, auf Grund dessen die „Erzeugung“ des Staatswillens als Staatstätigkeit erscheinen könnte, ist logisch unmöglich, denn er müßte einen Willen und d. h. eine Rechtspflicht des Staates beinhalten, Gesetze zu geben oder einen eigenen „Willen“ zustande zu bringen; das gäbe, konsequent durchgedacht, einen „Willen zu wollen“, was — wie bereits oben bemerkt — eine Verdoppelung wäre, die, ob man nun den Willen psychologisch oder juristisch faßt, ein Unding ist.

Die „Erzeugung“ des Staatswillens, das ist den Inbegriff aller jener Vorgänge, die zur Legislative gehören, als Funktion des Staates erklären, heißt soviel, wie sie juristisch konstruieren. Allein, alle juristische Konstruktion hat zur unumgänglichen Voraussetzung: die Existenz der Rechtsordnung, die Tatsache, daß Rechtssätze und in ihnen ein fertiger Staatswille bestehen. Diese Tatsache ist der fixe Punkt, von dem alle juristische Konstruktion ausgehen — über den sie aber niemals hinausgehen kann. Und das Bemühen, die Entstehung der Rechtsordnung im ganzen oder das Zustandekommen des Rechtssatzes im einzelnen als Funktion des Staates, präziser als Erfüllung einer Rechtspflicht der Staatsperson zu erfassen, also solehermaßen juristisch zu konstruieren, ist ebenso zu beurteilen wie ein vom Standpunkte explikativer Betrachtung unternommener Versuch, den letzten Grund der Seins-Welt zu bestimmen; und dieses Urteil könnte nicht treffender gefaßt werden, als mit den tiefen Worten GRILLPARZERS:

„Geläng' es mir, des Weltalls Grund,
Somit auch meinen auszusagen,
So könnt' ich auch zur selben Stund'
Mich selbst auf meinen Armen tragen.“

Für diejenigen, die in der Irrlehre von der psychischen Natur des juristischen Willens befangen sind, mag es etwas Befremdliches haben, die Staatsperson „wollen“, aber nicht ihren Willen selbst „erzeugen“ zu lassen¹⁾. Allein, die Erkenntnis des wahren Wesens des Staatswillens und die richtige Erfassung des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft²⁾ wird ein solches Bedenken gar nicht aufkommen und wird vor allem den schweren Fehler vermeiden lassen, der mit der psychologisch-soziologischen Methode in der Jurisprudenz notwendig verbunden ist: das Überschreiten der Grenzen juristischer Konstruktion.

Die hier vertretene Lehre, daß die legislativen Faktoren: das Parlament und der Monarch (als Gesetzgeber) keine Staatsorgane sind, findet ihr vollkommenstes Widerspiel und — bei der inneren Verwandtschaft aller Gegensätze — die meisten Berührungspunkte in der GERBERSCHEN Theorie, derzufolge gerade nur diese Faktoren Staatsorgane seien. (Von der GERBERSCHEN Begründung seiner Theorie: dem eigenen Rechte des Monarchen und der Stände, müßte bei dieser Parallele allerdings abgesehen werden). Das Wesentlichste, das sowohl in der GERBERSCHEN als auch in der hier akzeptierten Konstruktion zum Ausdruck kommt, das aber bei der sonst üblichen Verwendung des Organbegriffes nicht berücksichtigt wird, ist der prinzipielle und grundlegende Unterschied, der zwischen Legislative und Exekutive besteht. Es wäre schließlich durchaus möglich, die legislativen den Staatswillen und somit die Staatsperson „erzeugenden“ Faktoren Organe des Staates zu nennen, so wie man von dem Auge als von dem Organe des Sehens, von den Zeitungen als den Organen der öffentlichen Meinung spricht, wobei hier der Genet nicht das Ganze bezeichnet, dessen organischer Bestandteil das Organ ist, sondern vielmehr das Produkt, den Effekt, der durch das Organ als Werkzeug (und das ist die ursprüngliche Bedeutung des griechischen Wortes: organon) hergestellt oder vermittelt wird. Allein, wenn man das Wort Organ in dieser Bedeutung faßt und in diesem gänzlich unjuristischen Sinne die gesetzgebenden Faktoren als Organe des Staates bezeichnet, dann kann der fragliche Terminus in keiner Weise mehr für andere Personen in ihrem Verhältnisse zum Staate Anwendung finden, dann darf insbesondere jene spezifische Relation, derzufolge gewisse Handlungen nicht den physisch Handelnden selbst, sondern dem Staate zuzurechnen sind, nicht als Organenschaft bezeichnet werden. Worauf es ankommt, das ist die Erkenntnis der vollständigen Disparität zwischen „Organen“ im ersten

1) Vgl. dazu auch oben S. 405 ff.

2) Vgl. oben S. 411.

und „Organen“ im zweiten Sinne, eine Gegensätzlichkeit, die umso weniger unter einem gemeinsamen Terminus verdeckt werden darf, als eine derartig irreführende Nomenklatur nur allzuleicht die Grenzen der juristischen Begriffsbildung verwischt.

Das Resultat der Lehre, daß die „Erzeugung des Staatswillens“ sozialer Natur, nicht Staatsfunktion sei, die Erkenntnis nämlich, daß die legislativen Faktoren nicht als Staatsorgane angesehen werden können, ist, wenn auch nicht im vollen Umfange, so doch zum Teile wenigstens in der älteren Literatur vertreten worden. Im Zusammenhange mit dem von LORENZ VON STEIN ausgebildeten Gesellschaftsbegriffe und dem darauf konstruierten Gegensatze von Staat und Gesellschaft sind die auf der STEINSCHEN Lehre fußenden Theoretiker wie MOHL, GNEIST, MEJER wenigstens bezüglich eines der gesetzgebenden Faktoren — des Parlamentes — zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen, indem sie dieses nur als soziales Organ der Interessenvertretung, nicht aber als Staatsorgan gelten ließen.

Nun sind die Voraussetzungen, auf Grund deren man zu dieser Anschauung kam, wesentlich andere als die hier angenommenen, denn der STEINSCHER Antagonismus zwischen Staat und Gesellschaft deckt sich nur zum Teile mit dem diesen Untersuchungen unterstellten Gegensatze, der unter den von Form und Inhalt fällt und demzufolge der Staat eine Form der Gesellschaft ist. Auch weist das Endergebnis der auf Basis der STEINSCHEN Lehre aufgebauten Konstruktion, die sich von der hier vertretenen Auffassung insofern unterscheidet, als dort nur von einem Teile der gesetzgebenden Faktoren, nämlich dem Parlamente, zugegeben ist, was hier als Wesen der gesetzgebenden Faktoren überhaupt erkannt wird — schon an und für sich eine gewisse Halbheit und Inkonsistenz auf, da dem Parlamente, dessen wesentliche Funktion die Gesetzgebung ist, gerade in dieser Hinsicht keine andere Stellung zukommen kann als dem Monarchen in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber. Dennoch ist besonders in einem Punkte eine gewisse Verwandtschaft zwischen beiden Theorien zu konstatieren, das ist bezüglich der materiellen Stellung, die den gesetzgebenden Faktoren oder wenigstens dem Parlamente in dem Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft eingeräumt wird. Wurde hier die Ansicht ausgesprochen, daß der Gesetzgebungsprozeß den Punkt bedeute, an dem die Gesellschaft in den Staat übergeht¹⁾, so sprechen die vorzitierten Autoren von dem Parlamente häufig als

1) Vgl. oben S. 411.

von einem „Zwischenbau“ zwischen Staat und Gesellschaft, so sagt z. B. MEJER ¹⁾, daß „durch das Institut der modernen Volksrepräsentation zwischen Gesellschaft und Staat eine Vermittelung“ eintrete.

Auch in neuerer Zeit sind vereinzelt Stimmen laut geworden, die dem Parlamente den Charakter eines Staatsorganes abgesprochen haben. Doch ist dies gleichfalls von wesentlich anderen Voraussetzungen aus erfolgt, als jene sind, auf Grund deren diese Untersuchungen die Staatswillenserzeugung nicht als Staatsfunktion gelten lassen können. Da den fraglichen Argumentationen durchaus nicht beigepflichtet werden kann, ist es notwendig, sich mit ihnen prinzipiell auseinanderzusetzen, schon um der Gefahr vorzubeugen, daß die hier vertretene Lehre den obenerwähnten Richtungen zugezählt werde.

In diesem Zusammenhange ist vor allem RIEKER zu nennen, der in seiner Schrift: „Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung“ ²⁾ mit großem Nachdrucke dagegen Stellung nimmt, das Parlament als Staatsorgan zu betrachten. Als Organ erklärt er „diejenige physische Person oder kollegialisch organisierte Personenmehrheit, durch die die Gesamtperson will und handelt, deren Willen und Handlungen also als solche der Gesamtperson anzusehen sind“ ³⁾. Diese Organdefinition ist ein Schulbeispiel für die schon oben ¹⁾ charakterisierten Umschreibungen des Begriffes, die in Wahrheit gar keine Definitionen sind, sondern das Problem umgehen, statt es zu lösen. Denn welche Personen es gerade sind, durch die der Staat will und handelt, oder, was dasselbe ist: deren Willensakte und Handlungen dem Staate zugerechnet werden, das ist aus der Definition nicht zu ersehen. Auffallend ist bei derselben noch der Umstand, daß nicht nur Handlungen, sondern auch psychische Willensakte von Menschen dem Staate zugerechnet werden, was damit zusammenhängt, daß der Staatswille, als psychische Tatsache aufgefaßt, natürlich nur im Menschen gefunden werden kann! Es wäre RIEKER gar nicht möglich, aus seiner Definition ein wirksames Kriterium dafür zu finden, welche Personen eigentlich als Staatsorgane zu gelten hätten und welche nicht. Wenn er tatsächlich zu dem Resultate kommt, daß nur der Monarch und nicht die Volksvertretung Staatsorgane seien, so geschieht dies nicht auf Grund der von ihm vorangestellten Definition. Es ist überaus bezeichnend, daß sich das Kriterium, mittels dessen RIEKER zu seinem positiven Resultate gelangt, ganz unbemerkt und nebenbei in seine Darstellung einschleicht! Unmittelbar im Anschlusse an seine Organdefinition

1) Einleitung in das deutsche Staatsrecht. 2. Aufl. 1884. S. 19.

2) Leipzig, 1893.

3) a. a. O. S. 40.

4) Vgl. oben S. 452.

stellt er nämlich die Behauptung auf, daß nach deutschem Staatsrechte der Monarch das einzige Staatsorgan sei und daß auch die Behörden und Beamten des Staates — als bloße Gehilfen des Monarchen — höchstens als „mittelbare Staatsorgane“ bezeichnet werden könnten. Daß diese Behauptungen, die er einstweilen nicht näher begründet, aus seiner Definition nicht hervorgehen, ist klar. Und RIEKER sagt weiter¹⁾: „Aber auch die Volksvertretung ist in monarchischen Staaten kein Organ des Staates. Nicht ihr Wille ist der Wille des Staates, sondern der Wille des Monarchen“. Also auch bisher immer nur paraphrasierte Wiederholungen derselben unbewiesenen Behauptung: Bloß der Monarch ist Staatsorgan! Nun setzt aber RIEKER folgendermaßen fort: „Wohl übt die Volksvertretung einen gesetzlich bestimmten Einfluß auf die Bildung des Staatswillens aus, aber der Staatswille selbst wird doch nur vom Monarchen gebildet; ihm kann kein fremder Wille aufgedrängt werden, darum ist das Gesetz sein Wille, nicht der der Volksvertretung“. Die „Bildung“ des Staatswillens ist es also, die RIEKER plötzlich als das Kriterium der Organtätigkeit auffaßt! Davon ist allerdings in seiner Definition keine Spur! Und nur darum, weil nicht das Parlament den Staatswillen bilde, sondern nur der Monarch, könne bloß dieser, nicht jenes Staatsorgan sein! Die Unrichtigkeit dieser Argumentation ist zum Teile schon früher dargetan worden anlässlich des Nachweises, daß juristisch die Stellung des Monarchen und die des Parlamentes beim Gesetzgebungsprozesse die gleiche sei, wenn auch politisch bald dem einen, bald dem anderen Faktor ein gewisses Übergewicht zukommt²⁾. Und wenn RIEKER die präponderante Stellung des Monarchen der Volksvertretung gegenüber speziell damit motiviert, daß er darauf hinweist, dem Monarchen könne kein fremder Wille aufgedrängt werden, so gilt das nicht nur für die Sanktion des Monarchen, sondern zu mindest im selben Maße für die Beschlußfassung des Parlamentes! Allein, noch ein zweiter Fehler steckt in der RIEKERSCHEN Argumentation! Was er zu beweisen gehabt hätte, das wäre — nach seiner eigenen Problemstellung — die Tatsache gewesen, daß nur der Wille des Monarchen als Staatswille zu gelten habe. Er hat aber beinahe das Umgekehrte getan! Denn das Endergebnis seiner Beweisführung ist, daß das Gesetz — das zweifellos als Wille des Staates gilt und in seinem gesamten Umfange und seiner permanenten Dauer überhaupt nicht der psychische Wille eines Menschen sein kann — daß dieses Gesetz: Wille des Monarchen sei! Damit hat aber RIEKER

1) a. a. O. S. 40.

2) Vgl. oben S. 416 ff.

nicht bewiesen, daß der Monarch ein Organ des Staates, sondern daß er der Staat selbst ist, was für den absoluten Staat ja vielleicht zulässig ist, für den konstitutionellen Staat aber geradezu grotesk erscheinen muß! RIEKER hat den Fehler gemacht, dem Monarchen, d. h. einer physischen Person zuzurechnen, was er vorher selbst der juristischen Staatsperson zugerechnet hat, indem er den Willen des Staates mit dem des Monarchen identifiziert. Es ist vollkommen unbegreiflich, wozu bei RIEKER überhaupt die Konstruktion eines Staatswillens, wozu die Unterscheidung dieses vom Willen des Monarchen notwendig ist. Der RIEKERSche Gedankengang ist so recht typisch für eine Fiktion im schlechten Sinne! Denn es werden dem physischen Willen des Monarchen Eigenschaften angedichtet, die er seiner Natur nach nicht haben kann.

Das freilich muß man RIEKER zugestehen, daß er wenigstens konsequenter ist als jene Theoretiker, die seine Auffassung von der rechtlichen Stellung des Monarchen im Verhältnis zum Parlamente beim Gesetzgebungsprozesse teilen, die, wie er, das Gesetz ausschließlich als Willen des Monarchen gelten lassen und dennoch auf Grund des üblichen Organbegriffes (Organ = Staatswillenserzeuger) beide Faktoren, sowohl Monarch als Parlament, in gleicher Weise als Staatsorgane betrachten.

Daß RIEKER die Organqualität des Parlamentes nur aus politischen Motiven leugnet, das zeigt sich deutlich auch darin, daß er nicht zögert, die Parlamente jener Staaten als Staatsorgane gelten zu lassen, „deren Verfassung auf dem Prinzip der Volkssouveränität aufgebaut ist“, und zu diesen zählt er „nicht bloß Republiken, sondern auch solche Monarchien, in denen die Regierung nach dem Willen der Mehrheit der Volksvertretung geführt wird und die Minister nichts weiter sind als der geschäftsführende Ausschuß der Kammermajorität“¹⁾. Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieses Prinzip der Volkssouveränität ein rein politisches ist, daß es in keiner Weise eine staatsrechtliche Formel bedeutet. Denn Subjekt des Willens, der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt, Zurechnungspunkt der Organhandlungen, Pflicht- und Rechtssubjekt ist unter allen Umständen der Staat, mag auch an der sogenannten Bildung des Staatswillens ausschließlich das Volk, sei es unmittelbar, sei es bloß mittelbar, durch seine gewählten Vertreter beteiligt sein. Es ist einfach nicht richtig, wenn RIEKER sagt, daß dort, wo Volkssouveränität bestehe, „was die Volksvertretung will“, Wille des Staates sei. Denn ganz abgesehen davon, daß bei Geltung des

1) a. a. O. S. 40/41.

Majoritätsprinzipes niemals oder doch nur höchst selten der Wille der gesamten Volksvertretung — und nur dieser hätte Anspruch als Wille der Volksvertretung zu gelten — dem Staatswillen den Inhalt gibt, ist es vor allem aus folgenden Gründen unmöglich, den Willen der als Abgeordnete fungierenden Menschen mit dem Staatswillen zu identifizieren: Erstens hat der Wille dieser Menschen, wie er bei der Abstimmung zum Ausdruck kommt, notwendig einen anderen Inhalt, als der im Gesetze erscheinende Staatswille, was ja des näheren bereits dargelegt wurde¹⁾; und zweitens fehlt dem Willen dieser Menschen — ganz ebenso wie dem des Monarchen — naturnotwendig überhaupt die Möglichkeit des Umfanges und der Permanenz des in der Rechtsordnung ausgedrückten Staatswillens! Es kann daher das Subjekt des Staatswillens weder ein Mensch noch eine Mehrheit von Menschen sein! Also auch das Volk nicht, bei dem eine derartige Fiktion vielleicht noch grotesker ist als bei der Annahme des Monarchen als Subjekt des Staatswillens; denn der psychische Wille des Monarchen kann wenigstens der Forderung der Einheitlichkeit entsprechen, die an den Staatswillen gestellt ist. Wie es aber einen einheitlichen Willen des Volkes geben soll, das nach hunderten von Richtungen gespalten und durch die tiefsten Gegensätze zerklüftet ist, das muß ein Geheimnis bleiben.

Das Prinzip der Volkssouveränität kann somit niemals über das rechtliche Moment des Subjekts des Staatswillens (oder die juristische Frage nach dem Staatsorgan) Aufschluß geben, sondern ist ausschließlich für den sozialen, außerrechtlichen Prozeß der sogenannten Erzeugung des Staatswillens von Bedeutung. Es kann eine bestimmte Art dieser staatlichen Willensbildung charakterisieren, nämlich jene, bei welcher nur das Staatsvolk resp. dessen Vertreter mit Ausschluß eines Monarchen oder nur unter faktisch bedeutungsloser, rein formeller, niemals verweigerter Mitwirkung des Monarchen den Staatswillen „erzeugt“, d. h. einen oder alle jene Tatbestände setzt, nach deren Vollendung die Existenz eines Staatswillens behauptet werden muß.

Unzutreffend ist auch ein anderes Argument RIEKERS. Er sagt²⁾, es sei unmöglich, sowohl den Monarchen, als auch die Volksvertretung als Staatsorgane gelten zu lassen, es könne vielmehr nur entweder der Monarch oder die Volksvertretung Staatsorgan sein, denn es könne nur einen ausschlaggebenden Willen im Staate geben, es können nicht zwei im Staate herrschen! Nun ist es wohl richtig, daß der Wille des Staates ein einheitlicher sein muß, und faßt man diesen Willen als realpsychischen Vorgang, dann scheint

1) Vgl. oben S. 170 ff.

2) a. a. O. S. 42.

es tatsächlich, als ob ein einheitlicher Wille nur in einem einzigen Menschen entstehen könnte. Denn auch nach Inhalt und Zweck übereinstimmende Willen mehrerer Menschen sind niemals ein Wille und wenn man hier von einem Gesamtwillen spricht, dann ist dies nur die Bezeichnung für eine Relation — nämlich für das Verhältnis der Übereinstimmung — nicht für einen selbständigen Willen. Daraus könnte lediglich folgen — was RIEKER zwar sonst, aber gerade hier nicht annimmt — daß nur ein einziger Mensch den Staatswillen erzeugen und tragen kann; der Monarch. Dann wäre es aber auch unmöglich, von einem Willen des Parlamentes zu sprechen, und es ist unbegreiflich, wie RIEKER die Möglichkeit eines einheitlichen Parlamentswillens trotz der Vielheit der Willen daselbst und trotz des Majoritätsprinzipes zugeben kann; wie er sogar bei einem Zweikammersystem trotz der Notwendigkeit der Übereinstimmung zwischen den Beschlüssen des Ober- und Unterhauses einen einheitlichen Willen behauptet und gerade nur vor der Sanktion des Monarchen, die doch keine andere Rolle als ein zustimmender Beschluß des Ober- oder Unterhauses spielen kann, Halt macht. Wenn die einzelnen Abgeordneten eines Hauses, wenn beide Häuser des Parlamentes zusammen ein Organ bilden können, das einen einheitlichen Willen produziert, warum sollte nicht auch Ober- und Unterhaus mit dem Monarchen zusammen ein Organ bilden, dessen Funktion in dem Zusammenwirken aller Teile zu erblicken wäre? Ja, der die Einstimmigkeit dieser drei Faktoren bezeichnende „Wille“ müßte mit viel mehr Berechtigung ein einheitlicher genannt werden können als etwa der einen bloßen Majoritätsbeschluß eines der beiden Häuser des Parlamentes bezeichnende! Könnte man überhaupt die „Erzeugung“ des Staatswillens als Funktion des Staates gelten lassen, dann wäre zweifellos nur die Vereinigung von Ober-, Unterhaus und Monarch als das einheitliche Gesetzgebungsorgan zu betrachten und niemals einer der drei Faktoren für sich allein, von denen jeder einzelne nur als unselbständiger Organteil, so wie ein Richter in einem Kollegium, anzusehen wäre. Denn die Annahme, daß jeder einzelne der drei Faktoren, aus denen sich der Gesetzgebungsapparat zusammensetzt, für sich allein Staatsorgan sei, müßte zur Konsequenz führen, daß der Staat Entgegengesetztes wollen könne, da er — wie ja schon früher einmal bemerkt — im Unterhause wollen könnte, was er im Oberhause ablehnt, oder als Monarch einem Beschluß die Sanktion verweigern dürfte, die er als Ober- und Unterhaus gefaßt hat! So könnte der Staat in einem Richterkollegium gleichzeitig für und gegen die Verurteilung stimmen, was natürlich die Konstruktion eines

einheitlichen Staatswillens schlechterdings unmöglich machte. Allein, darauf läuft die Argumentation RIEKERS gar nicht hinaus, sondern er begeht gerade den Fehler, nur einem der drei Faktoren Organqualität zuzusprechen.

In diesem Zusammenhange muß auch zu einer sehr interessanten, den Gegenstand betreffenden Bemerkung JELLINEKS¹⁾ Stellung genommen werden. Dieser warnt nämlich davor, sich durch die politische Forderung, daß die Einheit des Staates sich auch in der Einheit eines höchsten Organes darstelle, zu dem falschen Satze verleiten zu lassen, daß rechtlich in einem Organe die ganze Staatsgewalt konzentriert sein müsse. Er sagt: „Richtig ist, daß der Staat stets eines einheitlichen Willens bedarf, unrichtig, daß dieser Wille der eines einzigen Organes sein müsse. Wenn zugegeben wird, daß in Republiken die Staatsgewalt in einem Kollegium konzentriert sein kann, dessen Einheitswille aus den Willensakten mehrerer Individuen entsteht, so ist nicht abzusehen, warum der Einheitswille nicht aus dem Willen mehrerer voneinander unabhängiger Organe gefunden werden könne.“ Die Antwort darauf ist in der Kritik der RIEKERSchen Konstruktion bereits gegeben: Weil, da die Akte des Organes als die des Staates gelten müssen, dadurch die Möglichkeit eines sich selbst widersprechenden Willens gegeben wäre; ja, wenn z. B. der Staat als Parlament etwas gewollt, als Monarch etwas nicht gewollt und demgemäß die Sanktion des Beschlusses verweigert hätte, trotz des angeblichen staatlichen Willens im Parlamente dennoch wiederum kein Staatswille entstanden wäre — ein unlöslicher Widerspruch! Und darum ist es tatsächlich nicht bloß ein politisches Postulat, sondern eine rechtliche, i. e. juristische Konstruktionsnotwendigkeit, zur Erzeugung des einheitlichen Staatswillens ein einheitliches (= einziges) Organ anzunehmen; das alles unter der hier als unrichtig verworfenen Voraussetzung natürlich, daß die sogenannte Willenserzeugung überhaupt als Staatsfunktion dem Staate zugerechnet werden kann. Dies ist allerdings der Standpunkt JELLINEKS und es ist darum notwendig, ihm von diesem seinem eigenen Standpunkte aus entgegenzutreten.

Richtig freilich ist, daß das einheitliche Organ nicht ein einzelner Mensch, daß es auch kein einzelnes Kollegium, daß es die Vereinigung mehrerer Kollegien oder auch eines oder mehrerer Kollegien mit einem einzelnen Menschen sein kann, wobei es gleichgültig ist, ob Einstimmigkeit oder bloß Mehrstimmigkeit innerhalb aller dieser Teile gefordert ist oder nicht. Entschieden unrichtig wäre aber, alle diese Organteile als selbständige Organe zu bezeichnen, denn nicht

1) Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. S. 536.

die Funktion eines einzelnen an sich, sondern erst das Gesamtergebn, die Summe aller Funktionen der zusammenwirkenden Teile, kann als Tätigkeit des Staates diesem zugerechnet werden.

Die auf dem STEIN'schen Gesellschaftsbegriffe begründete, von GNEIST, MEIJER und RIEKER vertretene Lehre von der gesellschaftlichen, nicht staatlichen Natur des Parlamentes hat jüngstens auch bei RADNITZKY Anklang gefunden, der in einem Aufsätze über „Das Wesen der Obstruktionstaktik“¹⁾ einen Mittelweg zwischen der extremen RIEKER'schen Konstruktion und der herrschenden Ansicht, die das Parlament als Staatsorgan gelten läßt, einschlägt. RADNITZKY pflichtet zwar dem von JELLINEK²⁾ gegen die STEIN-GNEIST'sche Anschauung von der Natur des Parlamentes erhobenen Einwand bei, indem er das Parlament darum nicht als Organ der Gesellschaft anerkennen kann, weil die Gesellschaft keinen einheitlichen Willen habe und gar nicht haben könne, während ein Parlament in seinen Beschlüssen einen solchen notwendigerweise haben müsse. Ein Parlamentsbeschluß könne nicht als Gesellschaftswille, sondern nur als einheitlicher Volkswille gelten. Darum glaubt RADNITZKY dem Parlamente nicht schlechtweg die Staatsorganqualität absprechen zu dürfen: „Das Parlament ist also sicherlich auch Staatsorgan, es fungiert als solches, so oft es Beschlüsse faßt, so oft in seinem Schoße eine Abstimmung stattfindet“³⁾.

Für den ganzen übrigen Verlauf der Parlamentsverhandlungen und für die rechtliche Natur der Parlamentsmitgliedschaft bleibe jedoch die gegenteilige Anschauung im Recht. „Wenn ein Parlamentsmitglied eine Rede hält, einen Antrag stellt, einen Gesetzentwurf einbringt usw., ja selbst wenn es an einer Abstimmung des Parlamentes teilnimmt, so sind dies alles nicht Handlungen eines Staatsorganes, sondern es sind Handlungen eines Interessenvertreters. Gleichwie das Parlament in seiner Gesamtheit, so lange es sich im Stadium der Debatte befindet und noch keinen einheitlichen Willen hat, nichts anderes als ein Interessenausschuß und noch keineswegs Staatsorgan ist“⁴⁾. Wie RADNITZKY — mit Berufung auf die Autorität LABANDS⁵⁾ — dem einzelnen Parlamentsmitgliede den Staatsorgancharakter abspricht, so bekämpft er auch die herrschende Lehre, die „den Bau des Staates nur dadurch zusammenhalten zu können“ glaubt, „daß sie nicht nur den Gewählten, sondern auch den Wählern zuruft: Ihr seid Staatsorgane und dürft nur im Staatsinteresse handeln!“ Er

1) GRÜNHUTS Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart. Bd. 31. S. 465 ff. 2) Staatslehre S. 529/30.

3) a. a. O. S. 472/3. 4) a. a. O. S. 473.

5) Staatsrecht des deutschen Reiches I. S. 222.

nennt diesen Appell, „theoretisch ebenso überflüssig, wie praktisch unwirksam 1)“ und weist darauf hin, daß eine solche Konstruktion unvereinbar sei mit der Tatsache des politischen Vereinswesens 2).

Die geistreichen Ausführungen RADNITZKYs verlieren leider dadurch an Wert, daß der Autor es verabsäumt hat, ihnen einen festen Begriff des Staatsorganes zu Grunde zu legen. Es ist nutzlos, darüber zu streiten, ob die eine oder die andere Erscheinung noch unter einen Begriff fällt, wenn die Grenzen dieses Begriffes nicht fixiert sind. Was insbesondere die von RADNITZKY akzeptierten JELLINEKschen Argumente gegen die RIEKER-GNEIST-STEINSche Auffassung von der Natur des Parlamentes betrifft, so sind dieselben insoferne zutreffend, als von einem Organe der Gesellschaft mangels eines einheitlichen Gesellschaftswillens tatsächlich keine Rede sein kann. Allein wenn das Parlament auch nicht als Organ der Gesellschaft in dem Sinne angesehen werden kann, daß die Akte dieser Korporation als solche der einheitlich gedachten Gesellschaft gelten, so ist doch darum die gesellschaftliche Natur der Volksvertretung noch nicht in Frage gestellt! Denn insoferne die in den einzelnen Gesellschaftsgruppen, in die das Staatsvolk zerfällt, bestehenden gemeinsamen Willensrichtungen durch die gewählten Vertreter im Parlamente zum Ausdruck kommen, kann man die einzelnen Abgeordneten als Organe dieser Gesellschaftsgruppen bezeichnen. Eine einheitliche Gesellschaft, die mit den Grenzen des Staatsvolkes zusammenfällt, gibt es natürlich nicht und daher auch nicht ein Organ dieser Gesellschaft. Allein, die Gesamtheit jener Menschen, die als Organe von Gesellschaftsgruppen fungieren, ist gesellschaftlicher Natur. Ein Beschluß dieser Gesamtheit — sei es Majoritäts- oder einhelliger Beschluß — ist niemals als Wille der Gesellschaft zu betrachten, da zu einer solchen rein juristischen Fiktion gar keine Veranlassung gegeben ist. Denn daß in der Rechtsordnung ein Majoritätsbeschluß der Volksvertreter als eine der Voraussetzungen für die Existenz eines Rechtssatzes gilt, ist durchaus kein Grund, eine Zurechnung dieses Beschlusses zur Gesellschaft vorzunehmen. Die rechtliche Zurechnung eines Majoritätsbeschlusses der Abgeordneten zu der Gesamtheit des Vertretungskörpers, d. h. dem als Einheit gedachten Parlamente (richtiger einem der beiden Häuser des Parlamentes) mag begründet und darum auch von einem einheitlichen Willen des Parlamentes die Rede sein. Allein dies hat zunächst keine andere Bedeutung als der gleiche Vorgang bei irgendeiner anderen Korporation und ist für die Frage der Organ-Qualität — sei es als Staats- oder Gesellschaftsorgan — irrelevant.

1) a. a. O. S. 475.

2) a. a. O. S. 476 Anm. 11.

Aber wenn RADNITZKY mit JELLINEK durchaus zutreffend zurückweist, den Parlamentsbeschluß als Willen der Gesellschaft gelten zu lassen, dann ist es nicht zu begreifen, warum er ihn als „Willen des Volkes“ anerkennen will! Das Volk ist doch nur die Gesellschaft der im Staatsgebiete lebenden Menschen; und wenn RADNITZKY das beschließende Parlament als Staatsorgan qualifiziert, so rechnet er damit den Parlamentsbeschluß dem Staate und nicht dem Volke zu. Sinn könnte diese Unterscheidung von Volk und Gesellschaft nur dann haben, wenn man das Staatsvolk selbst wieder als Staatsorgan betrachtete. Denn nur dann wäre der Widerspruch zu lösen, der darin gelegen ist, daß RADNITZKY den Parlamentsbeschluß als Staatswillen und doch wiederum als Volkswillen ausgibt. Die Zulässigkeit dieser Konstruktion wird an anderer Stelle zu untersuchen sein.

Was nun die besondere Theorie RADNITZKYS betrifft, derzufolge das Parlament nur im Augenblicke der Beschlußfassung — d. h. also in seiner spezifischen Funktion — Staatsorgan ist, so ist zu bemerken, daß RADNITZKY für diese Behauptung eine ausdrückliche Begründung nicht gibt. Nur indirekt, aus Nebenbemerkungen, die er macht, kann man schließen, daß RADNITZKY den Grund für seine Ansicht darin findet, daß dem Gesamtwillen des Parlamentes die Eigenschaft, Staatswille zu sein, zukomme. Daß damit keine Begründung, sondern nur eine Umschreibung des Satzes gegeben wird, daß das Parlament Staatsorgan sei, wurde hier schon wiederholt hervorgehoben. Allein, die Richtigkeit dieser Annahme, die ja gerade das Beweisthema bildet, setzt RADNITZKY mit eben solcher Selbstverständlichkeit voraus, wie z. B. RIEKER seine gegenteilige Annahme: daß nur der Wille des Monarchen die Eigenschaft habe, Staatswille zu sein, als Axiom hinstellt.

Und aus denselben Gründen wie die RIEKERSche Konstruktion ist auch die RADNITZKYS unrichtig. Zunächst spricht letzterer immer nur von dem Beschlusse eines Parlamentes, wo doch beim Zweikammersystem höchstens von zwei übereinstimmenden Beschlüssen beider Häuser des Parlamentes die Rede sein kann. Der Beschluß eines der beiden Häuser kann aber durchaus noch nicht als Wille des Staates gelten. Damit ein solcher zustande komme, bedarf es doch noch des übereinstimmenden Beschlusses des anderen Hauses und überdies der Sanktion der Krone. Ja, es gibt Parlamentsbeschlüsse, die ihrer Natur nach niemals Wille des Staates werden, z. B. die Geschäftsordnungen, die sich jedes der beiden Häuser völlig autonom setzt! — Und auch mit der Sanktion des Monarchen sind die übereinstimmenden Beschlüsse beider Häuser des Parlamentes noch nicht Wille des Staates, d. h. Gesetz, denn dazu bedarf es noch

der Erfüllung einer weiteren Voraussetzung: der Publikation und des Ablaufes der *vacatio legis*. Gerade dieses letztere Moment, der Ablauf der *vacatio legis*, das formal juristisch im Gesetzgebungsprozesse die gleiche Stellung einnimmt wie die Beschlüsse des Parlamentes, die Sanktion der Krone und die Publikation des Inhaltes der sanktionierten Beschlüsse, nämlich: die der Voraussetzung für die Existenz eines Staatswillens, müßte an sich schon die Unzulässigkeit dartun, den aus materiell so verschiedenen Elementen zusammengesetzten Tatbestand — Handlungen von Menschen und bloßes Ereignis des Zeitablaufes stehen gleichbedeutend nebeneinander — unter dem Schlagworte „Erzeugung“ des Staatswillens als staatliche Funktion und Organtätigkeit zu bezeichnen, wo doch nur einem Teile dieses Tatbestandes überhaupt die Eigenschaft einer Tätigkeit oder Funktion zukömmt!

Das einzige wirkliche Argument, das RADNITZKY für seine Theorie ins Feld führt, wendet sich in Wahrheit gegen ihn selbst. RADNITZKY läßt nämlich aus dem Zusammenhange seiner Darstellung verstehen — auch dieses Moment führt er nicht ausdrücklich an, sondern setzt es als selbstverständlich voraus — daß es zum Wesen des Organes gehöre, im Interesse des Ganzen, d. i. also des Staates — und nicht im eigenen Sonderinteresse tätig zu sein. Er akzeptiert damit den auf dem Zweckmomente beruhenden funktionellen Organbegriff der Soziologie. Dessen Unzulässigkeit wurde schon im vorigen Kapitel dargetan. Aber gerade von dem Standpunkte aus, den RADNITZKY hier selbst einnimmt, kann seine Auffassung von der wenigstens beschränkten Organnatur des Parlamentes nicht gehalten werden.

Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß jeder Mensch subjektiv nur im eigenen Interesse tätig sein kann, wenn auch objektiv seine Tätigkeit anderen zugute kommen mag; ja, als Mittel kann das Interesse des anderen oder der Gesamtheit vom einzelnen immerhin zum Gegenstande seiner Tätigkeit gemacht werden, niemals aber als letzter Endzweck, da dieser nur im eigenen Ich liegt.

Nun unterscheidet RADNITZKY diese beiden Gesichtspunkte nicht und spricht dem einzelnen Abgeordneten, weil er tatsächlich die Interessen seiner gesellschaftlichen Sondergruppe und nicht das staatliche Gesamtinteresse vertritt, die Organqualität ab. Vom Beschlusse der Parlamentsmajorität nimmt er aber seltsamerweise als selbstverständlich an, daß er im Interesse des Gesamtstaates erfolgt sei! Allein, dies ist offensichtlich eine un gerechtfertigte Fiktion! Denn wenn die Mehrheit der im Parlamente vertretenen sozialen Gruppen ein gemeinschaftliches Interesse

hat und diesem durch einen Majoritätsbeschluß Ausdruck verleiht, so bleibt es nach wie vor ein soziales Sonderinteresse.

Es gibt eben überhaupt kein „Gesamtinteresse“, sondern immer nur Gruppeninteressen, die auf irgendeine Weise die staatliche Macht, den Staatswillen für sich gewinnen. Was aber RADNITZKY besonders entgegenzubalten ist, das ist die Tatsache, daß gerade im Verhältnis des Parlamentsbeschlusses und zwar des Beschlusses des einen Hauses gegenüber dem des anderen das Moment der Geltendmachung sozialer Sonderinteressen zum Ausdrucke kommt! Das Zweikammer-System bietet ja ein deutliches Bild für die Klassen- und Interessengegensätze im Volke. Im Ober- und Unterhause sind verschiedene soziale Gruppen vertreten, welche durch die ihnen gewährte Teilnahme an der Bildung des Staatswillens ihre Sonderinteressen zur Geltung zu bringen trachten. Es ist nur das Sonderinteresse einer größeren oder kleineren Gesellschaftsgruppe oder mehrerer Gesellschaftsgruppen, das in dem Beschlusse des Unter- oder Oberhauses tatsächlich — wenn schon diese juristisch irrelevante Tatsächlichkeit überhaupt erwogen werden soll — zum Ausdrucke kommt. Darin muß man wohl RIEKER beipflichten, der ebenfalls dieses Interessenmoment dem Organbegriffe beimengt, jedoch gegen die Organqualität der Volksvertretung ausspielt, von der er sagt, sie sei nur der Ausdruck der verschiedenen, in der Gesellschaft wirksamen Kräfte. „Jede von ihnen sucht mittels der Volksvertretung auf die Regierung des Staates Einfluß zu gewinnen und sie sich ihren Sonderzwecken auf Kosten der andern dienstbar zu machen. Es ist nichts Auffallendes, sondern nur eine natürliche Folge des sozialen Egoismus, daß jeder Interessenverband im Volke den Anspruch erhebt, er sei der für die Wohlfahrt des gesamten Landes wichtigste“¹⁾ Und darum nennt er auch die Volksvertretung einen „Zwischenbau zwischen Staat und Gesellschaft“²⁾.

Aber nicht nur die beiden Häuser des Parlamentes, auch der dritte Gesetzgebungsfaktor: der Monarch, kann bei der Erteilung der Sanktion in seinem eigenen persönlichen, Familien- oder dynastischen Interesse tätig sein. Auch der Monarch ist, ebenso wie das Unter- und Oberhaus — ebenso wie der einzelne Abgeordnete, im Gesetzgebungsprozesse nur eine soziale Komponente; und erst die Resultante aller dieser zusammenwirkenden Kräfte findet im Staatswillen ihren Ausdruck. Dabei muß hier hervorgehoben werden, daß der mit diesem Staatswillen verfolgte Zweck oder das dadurch zu verwirklichende objektive „Interesse“ nur in einem sehr uneigent-

1) a. a. O. S. 59.

2) a. a. O. S. 59.

lichen Sinne Staats- (Gesamt-) Zweck oder Staats- (Gesamt-) Interesse genannt zu werden verdient. Denn tatsächlich ist und bleibt es nur Zweck und Interesse einer sozialen Gruppe oder einer Mehrheit sozialer Gruppen, die auf Grund der jeweiligen Verfassung für die Bildung des Staatswillens ausschlaggebend sind und die man weder mit der juristischen Staatsperson, die, nur mit „Willen“ begabt, keine Zwecke und Interessen haben kann, noch auch mit der Gesamtheit des Staatsvolkes identifizieren darf, das bei Repräsentativsystem und Majoritätsprinzip sich deutlich von der Majorität seiner Vertreter scheidet und bei den tatsächlichen sozialen Gegensätzen keine gemeinsamen Zwecke und Interessen hat. Für die juristische Zurechnung des durch den Staatswillen zu realisierenden sozialen Gruppenzweckes zum Staate ist — ganz abgesehen davon, daß eine solche Zurechnung im Widerspruche zum Wesen der Staatspersönlichkeit stünde, die nur einen Willen und mangels der psychischen Qualität des Vorstellens und Fühlens keine Zwecke und Interessen haben kann — durchaus keine Veranlassung gegeben. Es darf daher als höchst überflüssige und unzulässige Fiktion bezeichnet werden, wenn Zwecke und Interessen der herrschenden Klassen als Gesamtzwecke und Gesamtinteressen ausgegeben werden; und nur das Bedürfnis ethisch-politischer Rechtfertigung ist es, das als Sinn und Grund dieser juristisch ganz irrelevanten Fiktion erkannt werden muß!

Es geht auch nicht an, der aus anderen Gründen unzutreffenden Behauptung, der im Parlamentsbeschlusse geäußerte Wille sei deshalb nicht Staatswille, weil er nicht im Gesamtinteresse erfolge — wie JELLINEK es tut — mit der Argumentation entgegenzutreten: „Es steht mit dem Volkswillen nicht anders wie mit dem Willen des Monarchen und seiner Behörden, der ein unparteiischer, nur das Gesamtinteresse zum Ausdruck bringender sein soll, aber durchaus nicht immer ist. Allein, auch der dem Ideal nicht entsprechende Staatswille bleibt trotzdem Staatswille.“¹⁾ Denn es gibt kein derartiges rechtliches Soll, keine solche Rechtspflicht, im Gesamtinteresse tätig zu sein, weder für das Parlament, noch für das „Volk“. Lediglich eine ethisch politische Forderung, aber keine Rechtsnorm ist es, der man die Parlamentstätigkeit in diesem Sinne unterwerfen kann; für die juristische Konstruktion muß ein solches Postulat irrelevant bleiben.

Erkennt man die sogenannte Erzeugung des Staatswillens nicht als Staatsfunktion, dann ist nicht nur das Parlament, sondern auch der

1) JELLINEK, Staatslehre S. 565/66.

einzelne Abgeordnete, dann ist insbesondere auch der Wähler, der durch die Wahl mittelbar zur Erzeugung des Staatswillens beiträgt, kein Staatsorgan. Verschließt man sich jedoch dieser Erkenntnis von der gesellschaftlichen, nicht staatlichen Natur des als „Erzeugung des Staatswillens“ bezeichneten Tatbestandes, stellt man sich also auf den Standpunkt der herrschenden Lehre, dann muß man freilich auch bezüglich der Stellung des Wählers zu einem anderen Resultate gelangen. Allein, dieses Resultat ist, wenn man es auf Grund der üblichen Auffassung von der Staatswillenserzeugung als Staatsfunktion folgerichtig entwickelt, ein anderes als jenes, das die herrschende Lehre vertritt, die man somit auch von ihren eigenen Voraussetzungen aus wirksam widerlegen kann.

Es ist nämlich eine heute allgemein akzeptierte juristische Konstruktion, den einzelnen Wähler wegen seiner Anteilnahme an der Bildung des Staatswillens als Staatsorgan gelten zu lassen. Von den materiellen Einwänden, die auf Grund der Interessentheorie vorgebracht werden können, muß man hier, wo diese Theorie abgelehnt wird, absehen. In den oben zitierten Ausführungen RADNITZKY'S sind sie überdies im wesentlichen enthalten. Hier sei nur auf die formale Seite des Problems eingegangen. Und da muß hervorgehoben werden, daß gegen die Konstruktion des Einzelwählers als Staatsorgan die gleichen Einwände zu machen sind, die bereits die Unzulässigkeit dargetan haben, den einzelnen Abgeordneten oder überhaupt einen einzelnen Faktor der Gesetzgebung als solchen für ein Staatsorgan zu erklären. Denn da als Staatsorgan jene Person zu gelten hat, deren Handlungen als die des Staates anzusehen sind, kann die fragliche Konstruktion den unlöslichen Widerspruch nicht vermeiden, den Staat im selben Augenblicke Entgegengesetztes wollen zu lassen; d. h. die einheitliche Staatspersönlichkeit mit dem einheitlichen Staatswillen aufheben. Es ist unmöglich, den Staat in der Person des einen Wählers pro und in der des andern contra stimmen zu lassen, der Staat kann nicht wollen, daß der Kandidat A Abgeordneter und zugleich, daß derselbe Kandidat nicht Abgeordneter werde. Er kann auch unmöglich wollen, daß alle Kandidaten Abgeordnete werden sollen, die irgendein Wähler bezeichnet hat, und es wäre wiederum im Grunde gar nicht zu begreifen, warum der Wille irgendeines Wählers — wenn dieser Wille Staatswille ist — nicht genügen sollte, den bezeichneten Kandidaten zum Abgeordneten zu machen? Ist man entschlossen, auch diese mittelbare Teilnahme an der Bildung des Staatswillens als Staatsfunktion anzusehen, dann kann höchstens die gesamte Wählerschaft oder die Wählerschaft eines Wahlkreises, die gemeinschaftlich einen oder mehrere Abgeordnete zu wählen hat, als Staatsorgan gelten.

Jedenfalls ist es aber vollkommen unzulässig, das gesamte Staatsvolk als Staatsorgan fungieren zu lassen, wie dies in neuerer Zeit insbesondere von JELLINEK¹⁾ versucht wurde. In dem Bestreben einer juristischen Konstruktion des Verhältnisses zwischen dem „Volke“ und seiner parlamentarischen Vertretung sah sich JELLINEK, da er das Parlament als „Organ“ des Volkes auffassen zu können glaubte, zur Annahme des „Volkes“ als Organ des Staates genötigt, da sonst für die von ihm postulierte Staatsorgan-Natur der Volksvertretung keine Möglichkeit gewesen wäre. Sollte das Parlament zugleich Staats- und Volksorgan sein, dann mußte — wenn nicht Identität von Staat und Volk bestehen sollte — das Volk zumindest Organ des Staates, das Parlament sohin sekundäres Staatsorgan — d. h. Organ eines Organes — sein²⁾.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob und inwieweit der Begriff des sekundären Organes überhaupt berechtigt ist. Daß er auf Basis einer biologisch-soziologischen, funktionellen Organanschauung zulässig sein mag, soll jedenfalls nicht bestritten werden. Auch innerhalb eines Organes wird es Teile geben, die zunächst nur für dieses Organ — und somit erst mittelbar für den Gesamtorganismus Funktionen verrichten, also Organe eines Organes sind. Für den juristischen Organbegriff, dessen Wesen in der künstlichen Zurechnung bestimmter Handlungen zu einem andern als dem physisch Handelnden besteht, muß der Wert des Begriffes eines Organ-Organes höchst zweifelhaft erscheinen. Denn es ist nicht einzusehen, warum die Zurechnung bestimmter Handlungen, die ja doch nur in der Staatsperson endet und kein anderes als gerade dieses Ziel verfolgt, in irgendeinem Falle den Umweg durch eine Person machen soll! Was sollte es wohl für einen Sinn haben, irgendeine andere Person als Durchgangspunkt der Zurechnung zum Staate zu benutzen, da doch „Durchgangspunkt“ für die Zurechnung zu sein nichts anderes bedeutet, als etwas völlig Negatives: nämlich für die Zurechnung nicht in Betracht zu kommen! Auch die Beispiele, die JELLINEK für seine Organ-Organen anführt, sind nicht sehr geeignet, diese Konstruktion zu stützen. Wenn sowohl Parlament als auch Volk Staatsorgan sind, warum sollten beide es nicht nebeneinander sein können, weshalb muß das Volk zwischen Staatsperson und Parlament geschoben werden? Weshalb sollte der Regent, der Staatsorgan ist, dies nur durch die Vermittlung des regierungsunfähigen Monarchen sein, der, da er handlungsunfähig, durch keine seiner Handlungen den Staat repräsentieren kann, gar nicht mehr als Staatsorgan anzusehen ist?³⁾ Aber

1) Allgemeine Staatslehre 2. A. S. 552 ff.

2) Vgl. insbesondere a. a. O. S. 571.

3) a. a. O. S. 533.

selbst wenn man die Organqualität des regierungsunfähigen Monarchen nicht bestreiten wollte — was freilich fast unmöglich scheint — der Staatsperson gegenüber sind beide in gleicher Weise Organ, denn die Verfassung bestimmt in der gleichen Weise die Voraussetzungen, unter denen der eine und unter denen der andere den Staat zu repräsentieren hat. Die Tatsache, daß unter den Voraussetzungen, an welche die Tätigkeit des einen Organes geknüpft ist, die Handlungsunfähigkeit des andern statuiert ist, kann formell nicht als Grund gelten, das eine als Organ des andern anzusehen, da die wesentliche Eigenschaft, den Staat zu repräsentieren, beiden gleich zukommt; und auch der Regent ist nur darum Staatsorgan, weil er den Staat repräsentiert und nicht weil er „den handlungsunfähigen Monarchen vertritt“. In dem hier wesentlichen Verhältnisse: dem Staate gegenüber, das ist jedem Organverhältnisse, kommt diese Vertretung gar nicht in Betracht! Das juristische Organverhältnis ist seinem inneren Wesen nach stets ein unmittelbares.

Im übrigen muß auf einen Widerspruch aufmerksam gemacht werden, in den JELLINEK mit seiner Konstruktion des Verhältnisses zwischen „Volk“ und Volksvertretung zu seinen an anderer Stelle geäußerten Grundanschauungen von der Natur des Organverhältnisses gerät. In seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte ¹⁾ führt er aus, daß alles Recht Beziehungen von Persönlichkeiten sei. Staat und Organ sind für JELLINEK nur eine Person; d. h., JELLINEK anerkennt nur eine Persönlichkeit des Staates, den Organen schreibt er keine Persönlichkeit zu. „Daher ist das Verhältnis des Staates zu seinen Organen als ein Verhältnis innerhalb des Staates an sich kein Rechtsverhältnis.“ ²⁾ Während er somit an dieser Stelle das Organverhältnis ausdrücklich nicht als Rechtsverhältnis gelten lassen will und mangels einer Relation zwischen zwei Personen gar nicht gelten lassen kann, hat seine ganze Theorie von dem Parlamente als einem Organe des Volkes, das selbst Staatsorgan ist, nur den Zweck, dieses Verhältnis zwischen Volk und Volksvertretung juristisch zu konstruieren, es als Rechtsverhältnis darzutun. Er sagt: Zwischen dem Repräsentanten und dem Gesamtvolke bestehe eine dauernde Verbindung, „nämlich ein Organverhältnis, das seiner Natur nach nur ein Rechtsverhältnis sein kann“ ³⁾.

Wenn das Verhältnis des Staates zu seinen Organen kein Rechtsverhältnis sein kann, weil das Organ keine selbständige Persönlichkeit hat, dann kann doch auch das Verhältnis zwischen zwei Organen niemals ein Rechtsverhältnis sein! Und nun gar ein solches Organverhältnis

1) 2. Aufl. S. 193 ff.

2) a. a. O. S. 194.

3) Allgemeine Staatslehre. 2. A. S. 571.

wie das des sekundären zum primären, das Verhältnis des Organ-Organes zum Organe sein soll, das ja die vollkommene Analogie des Verhältnisses des primären Organes zum Staate darstellt. Von dem sonst so beliebten Mittel, sich aus dem Widerspruche zu ziehen, in den man dadurch kommt, daß man das Organ bald als Person, bald als Nicht-Person benötigt, nämlich von der Unterscheidung zwischen dem Organe als abstrakter Institution und dem physischen Organträger, kann hier natürlich keine Rede sein!

Was nun im speziellen die Auffassung betrifft, derzufolge das ganze „Volk“ als Staatsorgan anzusehen ist, so muß gegen dieselbe folgendes vorgebracht werden:

Als „Volk“ oder „Staatsvolk“ sind nach JELLINEK selbst alle „dem Staate zugehörigen Menschen“ aufzufassen. Darunter sind richtigerweise alle jene zu verstehen, die unter die Staatsgewalt fallen. Jene Funktion aber, um deren willen JELLINEK das als „Volk“ bezeichnete Organ annehmen zu müssen glaubt, die Organfunktion der Wahl zum Parlamente, wird nur von einem sehr kleinen Teile des „Volkes“ vollzogen; selbst nach jenen Verfassungen, die ein sogenanntes allgemeines Wahlrecht statuieren, ist es tatsächlich kaum der vierte Teil des Volkes, der rechtlich zur Wahlfunktion berechtigt oder verpflichtet ist. Und selbst die bis zu den äußersten Grenzen der Möglichkeit gehende Ausdehnung der Wahlpflicht oder des Wahlrechtes, das Fallenlassen der die Frauen, die nicht Selbsthaften u. a. ausschließenden Schranken könnte niemals das ganze Volk zur Wahl heranziehen, da Kinder, Handlungsunfähige u. a. der Natur der Sache nach nicht funktionsfähig sind. Der Begriff des „Volkes“ ist von vornherein ein durchaus unjuristischer. Wenn JELLINEK sagt: „Als primäres Organ handelt das Volk selbst in dem Wahlakte, durch den es sich Repräsentanten bestellt,“¹⁾ so muß man fragen, was die juristische Rechtfertigung dafür sein kann, die verhältnismäßig kleine Gruppe der Wähler oder Wahlberechtigten (resp. -verpflichteten) mit dem ganzen Volke zu identifizieren? Allein, ein Rechtsgrund für diese Zurechnung der Handlungen eines Teiles des Volkes zum ganzen, als Einheit gedachten, ist nicht zu finden. Wenn gewisse Handlungen von physischen Personen nicht diesen selbst, sondern dem Staate zugerechnet werden, so geschieht dies — und kann rechtlich nur geschehen — auf Grund der Rechtsordnung, der im Rechtssatze enthaltenen Zurechnungsregel. Darum ist die Zurechnung zum Staate eine notwendige juristische Konstruktion. Und da man unter „Staat“ nicht irgendeine reale, der Welt des Seins

1) ä. a. O. S. 571.

angehörige Tatsache versteht, sondern nur den gedachten Zurechnungspunkt, kann in dieser Zurechnungskonstruktion niemals eine „Fiktion“ erblickt werden.

Allein, die Zurechnung, die JELLINEK vornimmt, indem er die Wahl als Akt des ganzen Volkes erklärt, entbehrt jeder rechtlichen Basis, ist vom juristischen Standpunkte aus willkürlich und unzulässig; es ist für sie kein Rechtsgrund vorhanden. Tatsächlich ist diese Zurechnung ethisch-politischer Natur, dem demokratischen Postulate entsprungen, das ganze Volk solle an der Bildung des Staatswillens teilhaben! Sie ist juristisch ebenso unhaltbar, wie etwa die Behauptung wäre, Subjekt der allgemeinen Personaleinkommensteuer sei das ganze Volk und nicht bloß die einzelnen Steuerpflichtigen in ihrer Gesamtheit! Dabei ist die Vorstellung des ganzen Volkes als eines die Wahl ausübenden Staatsorganes so recht eine Fiktion im verwerflichen Sinne! Denn sie weist alle Merkmale auf, die in diesen Untersuchungen als das Wesen der Fiktion gekennzeichnet wurden! Die Behauptung einer Realität im Widerspruch zur Wirklichkeit. Denn daß das gesamte Volk — diese reale Menge realer Menschen — den Wahlakt vollzieht, ist einfach nicht wahr, während die Zurechnung zum Staate ein Gedankenprozeß ist, der mit keiner Wirklichkeit in Konflikt gerät, solange man unter Staat keine reale Tatsache, sondern nur den idealen Zurechnungspunkt erkennt. Dann bedeutet nämlich diese Zurechnung das ideelle Zusammenfassen einer Reihe gleichartiger Tatsachen unter einem gemeinsamen Gesichtspunkte.

Den Höhepunkt aber erreicht die JELLINEKSche Fiktion anläßlich der Widerlegung des von ihm selbst erhobenen Einwandes, das Volk könne vielleicht deshalb nicht als einheitliches Organ gelten, weil es keinen einheitlichen Willen habe, insbesondere im Wahlakte verschiedene, ja sogar einander widersprechende Willen zum Ausdruck kämen und ein Organ ohne einheitlichen Willen nicht denkbar sei¹⁾. Dabei scheint ihm das Hauptbedenken das zu sein, daß das Volk, da, wo nicht allgemeine Landeswahlen stattfinden, in verschiedene Wahlkreise geteilt ist, „im Akte der Wahl daher nur eine Summe einzelner Willensakte von Bruchteilen des Volkes zur Erscheinung kommen kann“²⁾. Nun mag gerade dies wohl das geringste Bedenken sein, das gegen die Annahme eines einheitlichen Volkswillens spricht; denn die in dem Wahlergebnisse der einzelnen Wahlkreise geäußerten Willen können ja einander formell nicht widersprechen und es wäre schließlich zur Not noch denkbar, daß

1) a. a. O. S. 573 f.

2) a. a. O. S. 573.

das „Volk“ in dem einen Wahlkreise diesen und in dem anderen Wahlkreise jenen Abgeordneten „wolle“. Allein, JELLINEK glaubt die Existenz eines einheitlichen Gesamtwillens des Volkes -- also einer realsozialpsychischen Tatsache dadurch beweisen zu müssen und beweisen zu können, daß er einen übereinstimmenden Willen in allen Wählern, die er ohne weiteres mit dem ganzen Volke identifiziert, behauptet! Und demgemäß erklärt er: „In Wahrheit findet in der Wahl, möge sie in noch so vielen Wahlkreisen und wie immer stattfinden, ein einheitlicher Wille des Gesamtvolkes statt. Denn nicht nur auf Bestellung eines einzelnen Abgeordneten, sondern auch auf Bestellung der Kammer selbst ist der Wille der einzelnen Wahlverbände und damit der Gesamtheit der Wähler gerichtet. In dieser rechtlich wichtigsten Absicht sind sogar alle Wähler einig, welcher Parteistellung auch immer sie angehören Dasselbe findet aber auch bei Nachwahlen und Teilerneuerungen statt, wo der Wille der Wähler auf die verfassungsmäßig geforderte Vollständigkeit der Kammer gerichtet ist“¹⁾.

Diese JELLINEKSche Methode ermöglicht es, selbst die entgegengesetztesten Willensrichtungen als übereinstimmend darzustellen! Denn wenn zwei Menschen noch so Widersprechendes wollen, darin dürften sie wohl stets übereinstimmen, daß sie überhaupt etwas wollen! Und wenn auch zwei Menschen miteinander auf Tod und Leben um eine Position kämpfen, die nur für einen von beiden Platz gewährt, so streben doch beide in vollster Harmonie und Übereinstimmung ein gemeinsames Ziel an: Jeder will, daß ein Mensch die Position einnehme; denn, so muß man argumentieren, wenn nicht jeder dies wollte, könnte er auch nicht wollen, daß gerade er die Stellung erlange! Es ist kaum der Mühe wert, dieses Sophisma näher zu untersuchen! Der Inhalt eines Willens bestimmt sich eben nicht nach irgendeinem allgemeinen Oberbegriffe, unter den das konkrete Ziel des Wollens zu kategorisieren ist, sondern nur nach diesem konkreten Ziele selbst. Und die Frage, ob zwei Willensakte übereinstimmen, darf nicht entschieden werden nach der Möglichkeit einer logischen Vereinbarung ihres verschiedenen Inhaltes unter einem gemeinsamen Oberbegriff, sondern mit Rücksicht auf die psychologische Unvereinbarkeit der nächsten konkreten Ziele, auf die beide Willensakte ihrem Inhalte nach gerichtet sind. Denn nicht auf das logische, sondern nur auf das psychologische Verhältnis kommt es an. Wenn es allen Wählern wirklich lediglich darum zu tun wäre, das Abgeordnetenhaus zu füllen, dann ist nicht zu begreifen, warum sie so

1) a. a. O. S. 574.

viel Wert darauf legen, den Abgeordneten selbst bezeichnen zu dürfen. Das Wesentliche, das im Willensakte der Wahl des einen Wählers gerade im Verhältnis zu dem des anderen Wählers liegt, ist die bestimmte Person des Abgeordneten, die der Wähler als Vertreter seiner Interessen im Parlamente haben will! Den allermeisten Wählern dürfte es gar nicht in den Sinn kommen, daß seine Tätigkeit den objektiven Zweck hat, das Parlament zustande zu bringen, und es ist einfach eine unberechtigte Supponierung dieses objektiven Zweckes in die subjektive Absicht des Wählers, wenn man ihm andichtet, er wolle das Parlament schaffen! Es hätte einen ähnlichen Sinn, würde man den Menschen bei dem natürlichen Zeugungsakte den „Willen, die Gattung zu erhalten“ imputieren, während sie nur den Willen zur Lust- oder Triebbefriedigung haben. Das Schulbeispiel einer unzulässigen Fiktion ist es, das die JELLINEKSche Theorie bietet, und als Grund der verfehlten Konstruktion zeigt sich deutlich die Verkennung des Willensbegriffes! Wenn schon davon die Rede sein könnte, daß das ganze Volk die Wahl des Parlamentes vornehme, so hätte dies doch stets nur den Sinn, daß das bloß durch einen Teil der zum Volke gehörigen Menschen herbeigeführte Resultat: die Parlamentswahl, aus irgendeinem Grunde dem ganzen Volke als Einheit zugerechnet würde. Der einheitliche Volks-„Wille“ hätte keine andere Bedeutung als die eines gemeinsamen Zurechnungspunktes. Die tatsächlichen realpsychischen Willensvorgänge im Innern der das Volk bildenden Menschen hätten damit nicht das Geringste zu tun! Es ist doch ernstlich überhaupt unmöglich festzustellen, was für Willensakte sich bei den einzelnen Wählern in dem Augenblicke abspielen, da sie den Stimmzettel ausfüllen und abgeben! Bei wie vielen dürfte sich wohl die für den Inhalt des Willens wesentliche Vorstellung des Zweckes nicht auf mehr erstrecken als nur auf die Ausfüllung und Abgabe des Stimmzettels! Bei wie vielen dürfte bestenfalls als letzter Zweck der Sieg der Partei oder die Vertretung eigener Interessen vorgestellt sein? Was soll schließlich eine auf die tatsächlichen Vorgänge gerichtete Betrachtung mit jenen Wählern anfangen, die leere Stimmzettel abgeben oder den Mangel eines bezüglichen Willens durch Nichterscheinen vor der Wahlkommission dokumentieren? Für eine solche Betrachtung ist es schlechterdings unmöglich, zu einem anderen Resultate zu gelangen als zu der Konstatierung der Tatsache, daß eine bestimmte Anzahl von Menschen Stimmzettel abgegeben und mit dem Stimmzettel bestimmte Abgeordnete bezeichnet haben! Die Frage zu beantworten, was die Wähler tatsächlich gewollt haben, ist Sache der Psychologen und nur nach Untersuchung des einzelnen Falles möglich. Wenn

aber der Jurist von diesem explikativen Standpunkte der Seinsbetrachtung die bodenlose Behauptung aufstellt: im Wahlakte habe das ganze Volk, d. h. alle Einzelmenschen einen inhaltlich übereinstimmenden Willen geäußert, dann liegt eben das vor, was in des Wortes verwerflichster Bedeutung eine Fiktion heißt: eine Lüge! Und diese Fiktion hat nicht einmal den sonst so oft zitierten Scheingrund der Durchschnitts- oder Majoritätswahrheit für sich: Man kann nicht einmal behaupten, daß im Wahlakte die Mehrheit des Volkes einen gemeinsamen Willen äußert, wo doch in der Regel der Fälle weit weniger als die Hälfte des Volkes überhaupt berechtigt ist, einen Wahlwillen zu äußern. Daß solche das Niveau der juristischen Theorie charakterisierende Fiktionen in der Verquickung des explikativen mit dem normativen Standpunkte wurzeln, ist hier schon oft gesagt worden, und sie müssen ganz besonders bei einem Autor wie JELLINEK wundernehmen, zu dessen Verdiensten es gehört, auf den Unterschied beider Methoden hingewiesen zu haben. Unmittelbar vor der Entwicklung seiner Fiktionstheorie macht JELLINEK einem anderen Großen auf dem Gebiete der Staatskonstruktion einen Vorwurf, der fast noch besser seine eigene Theorie trifft, wenn er sagt: „ROUSSEAU, der fortwährend mit juristischen Abstraktionen und Fiktionen arbeitet, hat, um seine bekannte Theorie von der Unmöglichkeit der Repräsentation des Volkes zu begründen, gerade in diesem Punkte den juristischen Standpunkt mit dem psychologischen vertauscht“¹⁾.

Das „juristisch Bedeutsamste“ an seiner Lehre vom Volke als Staatsorgan sieht JELLINEK darin, daß es durch diese Konstruktion erst ermöglicht werde, Staaten mit konstitutioneller Verfassung auch in der Zeit von der Auflösung des Parlamentes oder des Ablaufs der Legislaturperiode bis zu den Neuwahlen als konstitutionelle Staaten zu erkennen, während sie als absolute Staaten gelten müßten, wollte man nicht annehmen, daß auch in der parlamentslosen Zeit das Volk als primäres Organ vorhanden sei²⁾. Dem gegenüber ist bloß zu konstatieren, daß die Rechtsfrage der Staatsform, wie jede Rechtsfrage, nur auf Grund der formell geltenden Rechtsordnung und nicht auf Grund der tatsächlichen Zustände zu beantworten ist. Darum ist ein Staat nicht deshalb als konstitutioneller zu betrachten, weil er ein Parlament tatsächlich hat, d. h. weil vom Volke Abgeordnete in einem Hause versammelt sind usw., sondern weil und insoferne seine Verfassung eine Volksvertretung statuiert, d. h. die Existenz eines Staatswillens an die Voraussetzung eines Parlamentsbeschlusses knüpft; m. a. W.: Weil auf Grund der Verfassung ein Parlament bestehen

1) a. a. O. S. 553.

2) a. a. O. S. 575.

soll. Darum ist ein Staat auch während der Zeit, da das Parlament nicht tatsächlich besteht, solange die Verfassung formell in Geltung ist, ein konstitutioneller Staat. Auch hier läge wieder die Verwechslung der juristischen Sollens- mit der soziologischen Seinsbetrachtung vor. Es liegt also im Grunde für die juristische Konstruktion gar kein besonderes Problem in dem von der Verfassung vorgesehenen, vorübergehenden Zustande der Parlamentslosigkeit vor. Ein mit der Verfassung im Widerspruch stehender dauernder Zustand der Parlamentslosigkeit aber ist ein Verfassungsbruch und juristisch überhaupt nicht konstruierbar.

Im übrigen gerät JELLINEK dabei in einen argen Widerspruch zu seiner so betonten Unterscheidung zwischen dem Organ als Institution und dem physischen Organträger. Nicht der physische Organträger, sondern die Institution darf nach JELLINEK als Organ angesehen werden. Allein, im Zustande der vorübergehenden Parlamentslosigkeit ist die Institution des Parlamentes — das Parlament als eigentliches Organ im JELLINEKschen Sinne — gar nicht aufgehoben, vielmehr könnten nur die physischen Organträger als fehlend angesehen werden! Wozu bedarf es dann noch der positiven Konstruktion JELLINEKS, die darin besteht, daß er als Kriterium der konstitutionellen Staatsform während der Zeit der Parlaments- [richtiger Abgeordneten-] losigkeit die Existenz eines Staatsorganes „Volk“ annehmen zu müssen glaubt? Diese Konstruktion ist zudem nicht nur überflüssig, sondern an sich falsch. Denn als Organ kommt das Volk nach JELLINEK selbst nur im Augenblicke der Wahl in Betracht und in diesem Augenblicke ist der prekäre Zustand, an dem die ganze Konstruktion sich bewähren soll, schon wieder behoben. Meint man aber, das Volk sei dauernd Organ auf Grund der in der Verfassung statuierten Möglichkeit der Wahl, dann ist es aber wiederum die Rechtsordnung und nicht das Tatsächliche, die realen Zustände, die für die Beurteilung maßgebend sind. Und das ist auch das formaljuristisch Ausschlaggebende! Ein Volk wäre gewiß nicht Organ, weil es tatsächlich existiert — sonst wäre ja jeder Staat ein konstitutioneller, da kein Staat ohne solches „Organ“ bestehen könnte — sondern ein Volk könnte — wenn überhaupt die Konstruktion des Volkes als Staatsorgan zulässig wäre — nur deshalb „Organ“ sein, richtiger ausgedrückt: es könnte in einem Staate nur dann und nur insoferne ein Organ „Volk“ geben, wenn und insoferne die Verfassung ein mehr oder weniger allgemeines Parlaments-Wahlrecht statuiert.

Die Mängel und Widersprüche, die das sonst so logisch gefügte System JELLINEKS gerade an diesem Punkte aufweist,

sind letzten Endes darauf zurückzuführen, daß die ganze Konstruktion des Staatsvolkes als eines primären Staatsorganes und des Parlamentes als eines Organes des Volkes und sekundären Staatsorganes bestrebt ist, ein materielles, nämlich politisches Element zu erfassen, das als solches der formal-juristischen Konstruktion ihrer inneren Natur nach stets unzugänglich bleiben muß. So oft die juristische Konstruktion über ihre Wesens-Grenzen hinausgeht, muß es zu den schwersten Entgleisungen in der Begriffsbildung kommen.

Wenn JELLINEK der rein formalistischen Methode des Staatsrechtes den Vorwurf macht, sie könne für die spezifischen Beziehungen zwischen Volk und Volksvertretung keinen Ausdruck finden ¹⁾, so kann sich diese Methode den Vorwurf gerne gefallen lassen und sich dabei beruhigen, das wichtigste Postulat aller wissenschaftlichen Denkarbeit nicht verletzt, die festgezogenen Grenzen des spezifischen Betrachtungsfeldes nicht überschritten zu haben. Hier ist die treffende Bemerkung SIMMELS ²⁾ am Platze, daß „der Standpunkt einer Wissenschaft, die immer eine arbeitsteilige ist, niemals die Ganzheit einer Realität erschöpft“. Und die Polemik JELLINEKS gegen den formalistischen Standpunkt bedeutet im Grunde ein Aufgeben der juristischen Methode!

Das Verlassen dieser Methode ist gerade in diesem Zusammenhange von charakteristischer Bedeutung. Denn es ist eine politische Theorie, die hier zur Ausdehnung des Organbegriffes auf das Volk als Ganzes den Anlaß gab. Und dies scheint deshalb symptomatisch zu sein, weil überhaupt der in jüngerer Zeit innerhalb der Staatsrechtstheorie zu Tage tretenden Tendenz einer erweiterten Anwendung des Organbegriffes, dem Bestreben, die gesamte Staatswillenserzeugung als Staatsfunktion und demgemäß nicht nur das Parlament, sondern auch die Abgeordneten und insbesondere auch den einzelnen Wähler und die Wählerversammlung, wohl auch gar den Steuerzahler u. ä., als Staatsorgan aufzufassen, ein gewisser politischer Charakter nicht abzusprechen ist. Die staatssozialistische Richtung, die auf dem Gebiete der Politik zu einer herrschenden geworden und die von dem Bestreben getragen ist, die staatliche Organisation möglichst tief und umfassend in den Körper der Gesellschaft eindringen zu lassen, möglichst viel gesellschaftliche Tätigkeit zu solcher des Staates zu machen, hat zweifellos — so sehr sie nur de lege ferenda von Bedeutung sein sollte — auch de lege lata die juristische Konstruktion beeinflußt. Es ist im Grunde dasselbe Postulat nach Verstaatlichung sozialer Institutionen, das in dem Programme der

1) a. a. O. S. 572. 2) Philosophie des Geldes, 2. Aufl. 1907. Vorrede S. III.

Staatssozialisten zum Ausdrucke kommt und dem jene Theoretiker halb unbewußt Rechnung tragen, die nicht nur das Parlament, sondern auch den einzelnen Abgeordneten, ja, jeden Wähler und schließlich das ganze Volk als Staatsorgan erklären zu müssen glauben.

Daß diese Konstruktionen mit dem positiven Rechte nicht in Einklang zu bringen sind, wurde hier zu zeigen versucht. Insbesondere aber war es das Bestreben dieser Untersuchungen darzutun, daß der juristischen Konstruktion bei der Anwendung eine gewisse natürliche Grenze gezogen ist, durch welche die sogenannte „Erzeugung“ des Staatswillens außerhalb des Konstruktionsbereiches fällt.

XIX. Kapitel.

Die Exekutive: Der Rechtsbegriff der Verwaltung.

Nach Widerlegung des Haupteinwandes, dessen die hier vertretene Theorie gewärtig sein muß, den Ausschluß der Staatswillenserzeugung aus dem Begriff der Staats- und Organtätigkeit betreffend, wäre eigentlich die akzeptierte Organdefinition, die das Staatsorgan als Realisator des Staatswillens begreift, im wesentlichen gerechtfertigt. Denn da die Legislative aus dem Bereiche der Organtätigkeit ausgeschlossen erscheint, bleibt nur mehr die Exekutive als ihre Domäne übrig. Allein, die herrschende Lehre hat die ältere Anschauung, derzufolge das Wesen der Exekutive in der Ausführung oder Vollziehung des in den Gesetzen enthaltenen Staatswillens erkannt wird, aufgegeben; man glaubt in neuerer Zeit insbesondere in jenem Teile der Exekutive, der nicht Rechtsprechung ist, der Verwaltung im engeren Sinne, mehr als eine bloße „Ausführung“ der Gesetze erblicken zu sollen. Es muß daher hier noch näher begründet werden, weshalb die ganze Tätigkeit des modernen Rechtsstaates und seiner Organe, die nicht Gesetzgebung ist — und die Gesetzgebung kann überhaupt nicht Staatstätigkeit sein — rechtlich nur als Realisierung des Staatswillens aufgefaßt werden kann.

Zu diesem Zwecke wird es nötig sein, sich vorher über das prinzipielle Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive im Rechtsstaate zu orientieren. Dieses Verhältnis wird dann die gewünschte Grundlage für die Bildung des Organbegriffes bieten.

Als man daranging, an Stelle des Absolutismus den konstitutionellen Staat zu begründen, dachte man sich unter gesetzgebender

Gewalt soviel wie rechtsetzende Gewalt¹⁾. Darunter verstand man, nach ANSCHÜTZ' wertvollen Untersuchungen, „die Macht, alles im Staate souverän zu regulieren; je dem im Staate, d. h. nicht nur den Untertanen, sondern vor allem auch dem Monarchen durch abstrakte Normen die Grenzen seines Dürfens und Sollens unverbrüchlich vorzuschreiben“. Daß der König und seine Beamten nur mehr die „vollziehende Gewalt“ behalten, das soll — führt ANSCHÜTZ aus — nicht etwa heißen: „le peuple veut, le roi fait“, denn von Volkssouveränität könne speziell in Preussen keine Rede sein. Nur das sei damit statuiert, daß „Träger und Organe der vollziehenden Gewalt befehlen und verbieten, vollstrecken und zwingen dürfen nur noch insoweit, als das Gesetz sie zu solchen Eingriffen ermächtigt“. Wenn ANSCHÜTZ den französischen Grundsatz: das Volk will und der König handelt, mit Hinweis auf die mangelnde Volkssouveränität für die konstitutionelle Monarchie Preussens ablehnt, so ist ihm beizupflichten. Nur muß bemerkt werden, daß dieser Grundsatz wie das Prinzip der Volkssouveränität selbst — was ja schon an einer früheren Stelle bemerkt wurde — eine politische, keine staatsrechtliche Formel ist. Subjekt des Willens, d. h. Rechts- und Pflicht-Subjekt ist unter allen Umständen der Staat, mag auch an der sogenannten Bildung desselben ausschließlich das Volk unmittelbar oder mittelbar durch seine Vertreter beteiligt sein. Mit dieser Modifizierung hätte der Grundsatz zu lauten: Der Staat will und seine Organe handeln, und dieser Satz ist tatsächlich der treffendste Ausdruck für das rechtliche Verhältnis der Organe zum Staatswillen im konstitutionellen Staate: Die Organe und auch das höchste: der Monarch, sind in ihrer spezifischen Organfunktion durch das Gesetz an den in der Rechtsordnung enthaltenen Staatswillen gebunden, insofern sie alle nur handeln können, wo der Staat bereits gewollt hat. Und aus diesem Grunde verdient ihre Tätigkeit durchaus die Bezeichnung einer Realisierung des Staatswillens. Das Ausmaß der Bindung durch den Staatswillen mag ja in dem einen und dem anderen Falle sehr verschieden sein. Dem eigenen Ermessen des Organes kann bald ein sehr kleiner, bald ein sehr großer Spielraum gegeben sein. Allein, hierin kann nur ein quantitativer, kein qualitativer Unterschied erblickt werden. Wesentlich bleibt in allen Fällen für die Organtätigkeit im konstitutionellen, d. h. im modernen Rechtsstaate, daß sie niemals ohne einen Staatswillen, extra legem erfolgen darf. Wenn auch das „Wie“ des zu realisierenden Staatswillens

1) Vgl. ANSCHÜTZ, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechtes nach preußischem Staatsrechte. 2. Aufl. 1901. S. 12 ff.

im Gesetze nicht näher bestimmt und somit dem Ermessen des realisierenden Organes überlassen ist, das „Daß“ muß stets im Gesetze zu finden sein.

Was insbesondere den Begriff der eigentlichen Verwaltung betrifft, so ist folgendes zu bemerken. In der modernen Literatur hat man diesen Begriff formal eigentlich nur negativ fixieren zu können vermeint, indem man unter „Verwaltung“ „das ganze große Gebiet staatlicher Tätigkeit, welches nach Abziehung von Rechtssetzung und Rechtssprechung übrigbleibt“¹⁾ definierte. Die heute herrschende positive Definition der „Verwaltung“ ist eine durchaus materielle. Sie bezeichnet die Verwaltung als die freie Tätigkeit der Staatsorgane zur Realisierung der Staatszwecke innerhalb der gesetzlichen Schranken. In dieser Fassung des Begriffes liegt ein bewusster und gewollter Gegensatz zu der älteren Auffassung der Verwaltung als bloßer Vollziehung des Gesetzes. So betont LABAND nachdrücklich, daß das Wesen der Verwaltung nicht in der Ausführung der Gesetze, sondern in der Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben unter Beobachtung, d. h. ohne Verletzung der Gesetze bestehe und erklärt: „Der Begriff der Vollziehung muß daher erweitert werden zum Begriffe der Verwaltung“²⁾. Und ANSCHÜTZ sagt: „Freie Tätigkeit der zweckbewußt durch ihre Organe handelnden Staatspersönlichkeit, frei vom Zwange des Rechtes, aber innerhalb seiner Schranken — so stellt sich der Verwaltungsbegriff dar, wie ihn die moderne Staatswissenschaft, über den einseitigen Vollziehungsbegriff weit hinausgehend, ausgeprägt hat“³⁾.

Indem die moderne Staatsrechtswissenschaft über den „einseitigen Vollziehungsbegriff“ hinausging und mangels eines anderen Kriteriums das Zweckmoment: die Realisierung der Staatsaufgaben ihrem Verwaltungsbegriffe zu Grunde legte, verstieß sie gegen das Grundprinzip juristischer Begriffsbildung. Der herrschende Verwaltungsbegriff ist kein Rechtsbegriff!

Will man die als „Verwaltung“ bezeichnete Tätigkeit rechtlich erfassen, muß man sich vor allem gegenwärtig halten, daß „Verwalten“ im ursprünglichen Sinne des Wortes keine spezifisch juristische Bedeutung hat. Verwalten ist eine Zwecktätigkeit, es ist die planmäßige Verfügung über eine Gütermenge mit der Tendenz, dieselbe zu erhalten oder zu vermehren. In diesem Sinne ist Verwaltung eine Tätigkeit, die vom Rechte ganz unabhängig, ja sogar ohne Rechtsordnung denkbar ist. „Verwaltung“ ist ein wirtschaftlicher, kein Rechtsbegriff!

1) JELLINEK, Gesetz und Verordnung. S. 218.

2) Staatsrecht des deutschen Reiches. 4. Aufl. II. S. 164.

3) Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz. Leipzig 1891. S. 53.

Spricht man also in diesem eigentlichen Sinne von der Verwaltung des Staates, so betrachtet man die der Staatsperson zugerechnete Tätigkeit unter dem wirtschaftlichen Gesichtspunkte der Zweckerfüllung, der Wohlfahrtsförderung. Auch die Tätigkeit der Menschen kann man so betrachten und tut dies auch für gewöhnlich nur unter diesem Gesichtspunkte. Allein, diese Betrachtungsweise führt niemals zur Erfassung des rechtlich Relevanten!

Denn die Tätigkeit des Individuums, die seine Wohlfahrt, die Erfüllung seiner subjektiven Zwecke und Aufgaben zum Inhalte hat, ist als solche juristisch unqualifiziert. Rechtlich, d. h. für die Rechtsordnung kommt das Verhalten der Menschen nur insoweit in Betracht, als es zum Rechtssatz — das ist dem Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Handeln — in eine Relation gebracht werden kann. Nur unter diesem Gesichtspunkte scheiden aus der unbegrenzten Masse menschlichen Verhaltens, das fast ausnahmslos auf die Förderung der eigenen Zwecke gerichtet ist, einzelne Handlungen oder Unterlassungen aus. Nicht der Zweck einer Tätigkeit ist es also, der für ihren juristischen Charakter maßgebend ist, sondern ihre Relation zum Rechtssatz.

Das gilt im vollen Umfange nicht nur für die physischen Personen, sondern auch für die Staatsperson. Gäbe es also auch eine Zwecktätigkeit des Staates, so könnte diese doch niemals als solche juristisch relevant, d. h. zum Gegenstande eines Rechtsbegriffes gemacht werden. Allein, der Staatsperson ist eine Zweckverfolgung gar nicht möglich, oder m. a. W. menschliche Handlungen können unter dem Gesichtspunkte von Zweckhandlungen dem Staate gar nicht zugerechnet werden! Und damit ist die Unzulässigkeit des üblichen Verwaltungsbegriffes vollends dargetan! Denn sich Zwecke setzen, Zwecke verfolgen, hat psychische Qualitäten zur Voraussetzung, die der Staatsperson in keiner Weise zukommen. Nicht nur ein Wollen, auch ein Vorstellen und Fühlen ist nötig, um etwas bezwecken zu können. Wer also der Staatsperson eine Zweckverfolgung zurechnet, müßte ihr nicht nur einen Willen, sondern auch ein Fühlen und Vorstellen zurechnen, was natürlich unmöglich ist. Gerade diese Konsequenz zeigt ja deutlich, daß die Annahme eines Staatswillens nicht etwa in dem Sinne aufgefaßt werden kann, daß damit dem Staate irgendeine psychische Fähigkeit des Wollens angedichtet wird — wäre dem so, weshalb könnte man nicht auch von Staatsgefühlen und Staatsvorstellungen sprechen? — sondern daß nur äußere Tatbestände und Handlungen zugerechnet werden; daß Staatswille nur einen Zurechnungspunkt, keinen Seelenvorgang bedeutet. Das ist der Sinn des Satzes, daß die Staatsperson nur wollen kann.

Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß der Staat zwecklos sei! Wohl hat der Staat Zwecke, aber sie sind nur Zwecke von Menschen; der Staat ist nicht Subjekt dieser Zwecke, sondern Objekt derselben. Gerade so, wie nicht die Staatsperson es ist, die sich ihre Zwecke setzt, d. h. den Staatswillen erzeugt, sondern physische Personen, die an der Gesetzgebung beteiligten Menschen dem Staate seinen Willen geben oder bilden und so seine Ziele und Zwecke feststellen, wie die Erzeugung des Staatswillens als Zwecktätigkeit nicht dem Staate rechtlich zugerechnet werden kann, so kann auch die Realisierung dieser staatlichen Zwecke als solche nicht der Staatsperson zugerechnet werden.

Ist Verwaltung die Erfüllung staatlicher Aufgaben, dann ist es nicht der Staat, der verwaltet, sondern der verwaltet wird. Unter dem Gesichtspunkte der Zwecke ist der Staat niemals Subjekt, sondern stets nur Objekt. Der Zweck kann der Staatsperson nicht zugerechnet werden.

Für den Juristen kommt nur in Betracht, daß gewisse Handlungen auf Grund der im Rechtssatze enthaltenen Zurechnungsregel als solche des Staates zu gelten haben. Der Zweck, den die handelnden Menschen selbst verfolgen oder den jene im Auge hatten, die den Rechtssatz „erzeugten“, ist als substantielles Moment für die formale Begriffskonstruktion des Juristen völlig irrelevant. Der juristische Mechanismus der Verwaltung im Rechtssinne bleibt völlig unberücksichtigt und im Dunkeln, wenn man die Verwaltung vom Rechtsstandpunkte aus als Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben bezeichnet. Um zum Rechtsbegriffe der Verwaltung vorzudringen, darf man nicht die Frage aufwerfen: welches sind die Zwecke des Staates, was für Aufgaben verfolgt er, sondern man muß fragen: In welcher Relation stehen die als „Verwaltung“ bezeichneten Akte zur Rechtsordnung?

Ihren unjuristischen, weil materiell-wirtschaftlichen Charakter verliert die übliche Definition des Verwaltungsbegriffes auch dadurch nicht, daß sie die als Verwaltung charakterisierte, auf Erfüllung der staatlichen Zwecke gerichtete Tätigkeit innerhalb der Schranken des Gesetzes, d. h. „ohne Verletzung der Gesetze“ sich vollziehen läßt. Ihrem allgemeinen Typus nach fällt diese Definition durchaus unter jene Kategorie der juristischen Begriffsbildung, bei welcher eine Verbindung des formalen mit dem materiellen Elemente versucht wird. Die „innerhalb der Rechtsschranken sich vollziehende Erfüllung der Staatszwecke“ weist dieselbe innere Struktur auf wie das „rechtlich geschützte Interesse“ des subjektiven Rechtes und der „rechtlich garantierte Zustand innerer Willensgebundenheit“, der Rechtspflicht.

Die Kritik einer derartigen Konstruktionsmethode wurde hier schon wiederholt gegeben. Bezüglich ihrer Anwendung auf den Verwaltungsbegriff sei speziell bemerkt, daß das materielle Moment: die „innerhalb der Rechtsschranken fallende Tätigkeit“, juristisch unqualifiziert, irrelevant ist. Aufgabe der juristischen Begriffsbildung ist es ja gerade, diese Schranken des Gesetzes — das formale Element — und nicht die innerhalb derselben stattfindende Tätigkeit zu erfassen! Denn Recht ist Schutz und nicht das Geschützte, ist Schranke, nicht das Beschränkte! Den Rechtsbegriff der Verwaltung konstruieren, kann nicht heißen, die rechtlich irrelevante Tätigkeit des Staates — wenn es eine solche überhaupt gibt — begrifflich zusammenfassen. Soll das juristisch Relevante in ihm zum Ausdruck kommen, kann es nur die Beziehung der Staatstätigkeit zur Rechtsordnung sein, muß der Begriff die Relation zum Rechtssatze enthalten.

Die Auffassung der Verwaltung als freie Tätigkeit des Staates innerhalb der Rechtsschranken ist sichtlich das Resultat einer Analogie zwischen der physischen Person des Menschen und der juristischen des Staates. Diese Analogie ist aber unhaltbar. Das sei kurz dargelegt. ANSCHÜTZ¹⁾ sagt ausdrücklich: „Dieses Wesen (der Verwaltung als freier Tätigkeit innerhalb des Gesetzes und nicht bloßer Ausführung) erkennt man am klarsten, wenn man die Analogie zwischen der Tätigkeit des Staates und dem Leben des einzelnen in Betracht zieht. Wie der letztere seine wirtschaftlichen Güter verwaltet, seine ökonomische und soziale Stellung zu fördern sucht und sich hiebei stets innerhalb der Schranken der Rechtsordnung zu halten hat, so ist auch das Staatswesen in fortwährender, ununterbrochener Tätigkeit begriffen; die Rechtsnorm kann motivierend auf diese Tätigkeit einwirken, innerhalb der Rechtsschranken ist diese Staatstätigkeit frei.“ Und JELLINEK²⁾ bemerkt, die Verwaltung des Staates sei „in ihren Zielen nicht unterschieden von der zweckbewußten Tätigkeit des Individuums“. Diese dem Verwaltungsbegriffe zugrunde liegende Analogie ist vollständig unmöglich, denn die von ANSCHÜTZ charakterisierte, innerhalb der Rechtsschranken sich abspielende wirtschaftliche Tätigkeit des Menschen ist rechtlich völlig irrelevant. Eine ihr analoge des Staates — und nur eine solche könnte, den angenommenen Voraussetzungen entsprechend, Gegenstand des üblichen Begriffes der Staatsverwaltung sein — ist in keiner Weise gegeben, denn eine rechtlich irrelevante Tätigkeit des Staates ist eine *contradictio in adjecto*. Die Staatsperson kann nichts tun,

1) a. a. O. S. 53.

2) Gesetz und Verordnung S. 218.

d. h. der Staatsperson kann nichts zugerechnet werden, was nicht in unmittelbarer Beziehung zur Rechtsordnung stünde, denn nur auf Grund der Rechtsordnung kann ja eine Zurechnung zur Staatsperson erfolgen!

Diesem an sich selbstverständlichen Grundsatz, der nur bei der vollkommenen Verkennung des Wesens der Staatshandlung und Zurechnung zum Staate verloren gehen kann, ist hier noch eine kurze Erklärung dessen hinzuzufügen, was unter rechtlicher Relevanz zu verstehen ist. Daß es nur dasjenige ist, was in einer formalen Relation zum Rechtssatze steht, ist aus dem bisher Gesagten ersichtlich. Welches sind aber die möglichen Beziehungen zum Rechtssatze?

Da der Rechtssatz ein hypothetisches Urteil darstellt, das den an bestimmte Bedingungen geknüpften Willen des Staates zu eigenem Handeln aussagt, sind diese Beziehungen dreifacher Art. Betrachtet man zunächst den Rechtssatz im engeren Sinne, der den Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge: Strafe oder Exekution, beinhaltet, und faßt man die Rechtssubjekte mit Ausschluß des Staates selbst ins Auge, dann ist die erste Möglichkeit, sich mit der Rechtsordnung in ein formales Verhältnis zu setzen, darin gelegen, daß man eben jenen Tatbestand setzt, an den der Wille des Staates zur Unrechtsfolge geknüpft ist: die Verübung des Unrechtes, die Rechtswidrigkeit, die Rechtsverletzung! Es muß ganz besonders hervorgehoben werden, daß das rechtmäßige Verhalten der Untertanen in seinem ganzen Umfange mit einer einzigen, später zu erwähnenden Ausnahme rechtlich irrelevant, weil formell in kein Verhältnis zur Rechtsordnung zu bringen ist. Der ganze unbegrenzte Komplex desjenigen menschlichen Verhaltens, das „ohne Verletzung der Rechtsordnung“ erfolgt, das innerhalb der Rechtsschranken sich vollzieht, ist juristisch vollkommen unqualifizierbar, für die formal-juristische Konstruktion nicht zu erfassen. Das gilt strenggenommen auch für jenes Verhalten, das sich als Erfüllung von Rechtspflichten darstellt, und das nur negativ — als Rechtsverletzung mit negativem Vorzeichen gleichsam — rechtlich qualifiziert werden kann.

Unter den Voraussetzungen, an die der Staatswille zur Unrechtsfolge geknüpft ist, befindet sich jedoch mitunter ein Moment, das nicht zum Unrechtstatbestand im eigentlichen Sinne, jenem dem Unrechtstäter zuzurechnenden Tatbestand gehört. Der Wille des Staates, zu strafen, ist mitunter, der, zu exequieren, regelmäßig von der Handlung eines andern als des zu Strafenden oder zu Exequierenden — nämlich des Verletzten — abhängig gemacht. Dieses zum Unrechtstatbestande hinzutretende Moment sei hier einstweilen als Klage, als *actio* bezeichnet. Sie ist der zweite Fall des juristisch relevanten

Verhaltens auf Seite des Untertanen. Ihre Bedeutung für die Konstruktion des subjektiven Rechtes wird an anderer Stelle zu untersuchen sein. Wenden wir uns nun der Staatsperson zu.

Der tiefe Unterschied zwischen dem Staate und dem Menschen besteht darin, daß dieser ein Produkt der Natur, jener eine Konstruktion des Rechtes ist. Während der Mensch tausenderlei wollen und handeln kann, was von der Rechtsordnung ganz unabhängig ist, kann der Staat nur „wollen“ und handeln, was in der Rechtsordnung statuiert ist, denn der „Wille“ des Staates ist richtiger Erkenntnis nach nichts anderes als der auf Grund des Rechtssatzes konstruierte Zurechnungspunkt. Deshalb ist es unmöglich, daß der Staat wie der Mensch eine rechtlich indifferente Handlung innerhalb der Schranken der Rechtsordnung wollen kann; denn sein Wille ist diese Schranke selbst. Die Rechtsordnung ist nur eine Summe von Urteilen über den Willen des Staates. Es ist im Grunde eine Tautologie, wenn man behauptet, daß jede Handlung des Staates ihr Willenssubstrat in der Rechtsordnung haben muß, denn die Zurechnung, die in dem Begriffe „Handlung des Staates“ gelegen ist, kann gar nicht anders erfolgen als in dem Rechtssatze, dieser Einheit der Rechtsordnung.

Jene Handlungen, die als Handlungen des Staates zu gelten haben, bilden die dritte Gruppe der rechtlich relevanten menschlichen Tätigkeit. Die Beziehung zur Rechtsordnung, die in diesem Falle der Relevanz zum Ausdrucke kommt, besteht darin, daß diese Handlungen im Rechtssatze ausdrücklich als vom Staate gewollt, d. h. als dem Staate zuzurechnende, bezeichnet sind. Sie sind vom Standpunkte der physisch Handelnden eine Realisierung des in der Rechtsordnung enthaltenen Staatswillens, eine Ausführung des Rechtssatzes, keine „Befolgung“ desselben. Die „Befolgung“ des Rechtssatzes seitens der Untertanen ist nur eine materielle, keine formelle Relation zum Rechtssatze, da dieser Ausdruck nur die Erfüllung des mit dem Rechtssatze verfolgten Zweckes bedeutet. Vom Standpunkte der Staatsperson aus jedoch bedeutet die Realisierung des Staatswillens zugleich die Erfüllung einer Staatspflicht. Für die Staatsperson — und nur für diese — hat somit die Pflichterfüllung rechtliche Relevanz, allerdings nur der formalen Relation wegen, in der die pflichterfüllende Handlung zum Rechtssatze steht; ein Umstand, der sich durch die eigenartige Koinzidenz von Staatswille und Staatspflicht ergibt.

Ist somit dargetan, daß es eine Tätigkeit des Staates „innerhalb der Rechtsschranken“ gar nicht geben kann, daß vielmehr alle Tätigkeit, die dem Staate zurechenbar ist, nur Realisierung dieser

Schranken, d. h. der Rechtssätze sein muß, so ist eigentlich damit schon implicite auch die Anschauung der herrschenden Lehre zurückgewiesen, derzufolge diese innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung sich vollziehende Staatstätigkeit eine „freie“ ist. Die Erkenntnis, daß kein Staatsorgan Staatsakte setzen kann, ohne daß in der Rechtsordnung zumindest überhaupt festgesetzt ist, daß der Staat in dieser Richtung tätig sein will, oder m. a. W.: daß keine menschliche Handlung ohne rechtliche Zurechnungsregel als solche des Staates gelten kann — genügt an und für sich, um das Wesen der Organtätigkeit als in der Rechtsordnung vom Staate vorher gewollt, also nicht mehr als „frei“ erscheinen zu lassen. Wenn ANSCHÜTZ¹⁾ erklärt: „Die Tätigkeit der Staatsorgane ist insoferne eine freie, als sie innerhalb der rechtlichen Schranken, welche der Verwaltung gezogen sind, die ihnen übertragenen Funktionen nach eigenem Ermessen bezüglich der Erreichung der ihnen gesetzten Zwecke vornehmen“, so ist darauf nur folgendes zu bemerken. Als „frei“ kann man eine Tätigkeit nur dann bezeichnen, wenn die Zwecksetzung vom Handelnden selbst erfolgt, wenn dem Handelnden die Wahl der Zwecke frei und unbeschränkt überlassen bleibt. Der ist nicht mehr „frei“, der die ihm von einem andern gesetzten Zwecke nur zu realisieren hat, wenn ihm auch die Wahl der Mittel zur Erreichung der Zwecke mehr oder weniger freisteht. Allein, das Staatsorgan setzt niemals die Zwecke, die es mit seiner Organtätigkeit realisiert; und — was im Grunde dasselbe ist — auch der Staatsperson selbst kommt — wie früher dargetan — nicht die Zwecksetzung zu, die im Gesetzgebungsprozesse erfolgt, der ja nicht als Funktion des Staates angesehen werden kann. Gerade mit Rücksicht auf die realisierenden Zwecke ist der Staat als solcher überhaupt nur Mittel und darum liegt ja der Zweckstandpunkt außer- oder überhalb der staatsrechtlichen Betrachtung! Darum ist es gerechtfertigt, wenn die juristische Konstruktion bei Erfassung der Organ- oder Staatstätigkeit nicht die Tatsache des mitunter dem Staatsorgane eingeräumten Ermessens als wesentlich herausgreift, sondern das unvermeidliche, nie fehlende Moment berücksichtigt, daß jede Organhandlung sich auf einen schon in der Rechtsordnung gegebenen Staatswillen beziehen muß, somit vor allem als Realisierung dieses Willens, nicht als „freie“ Tätigkeit in Betracht kommen kann.

Nur scheinbar sind die Schwierigkeiten, die sich dieser Konstruktion dadurch entgegenstellen, daß gewisse, zweifellos als Staatsakte anzusehende Tätigkeiten auf Grund der Verfassung so sehr in

1) a. a. O. S. 82.

das freie Ermessen der handelnden Organe gegeben sind, daß die Bestimmung der Umstände, unter denen die Akte zu erfolgen haben, vollkommen vom Belieben der betreffenden Organe abhängt, wie zum Beispiel Kriegserklärung und Friedensschluß durch den Monarchen des konstitutionellen Staates. Denn das, worauf es für die juristische Konstruktion hier ankommt, ist die Tatsache, daß überhaupt dem Monarchen die Kompetenz zu diesen Akten in der Verfassung eingeräumt sein muß, daß der Staat in der Rechtsordnung überhaupt Krieg erklären und Frieden schließen wollen muß und zwar durch den Monarchen solches wollen muß, damit diese Akte als solche des Staates gelten können. Das ist nun freilich in den meisten Verfassungen der Fall. Daß die Statuierung der näheren Bedingungen, unter denen der Wille des Staates zu diesen Akten besteht, nicht schon in der Rechtsordnung selbst erfolgt, sondern in der Rechtsordnung einem Organe übertragen ist, kann die Konstruktion nicht berühren, derzufolge auch der kriegserklärende und friedenschließende Monarch nur als Organ des Staates in Realisierung des Staatswillens handelt. Es ist ein leichtes, den Rechtssatz, der den Willen des Staates zu Kriegserklärung und Friedensschluß enthält, in der Weise zu konstruieren, daß der Staat, wenn es das allgemeine Wohl erfordert, Krieg erklären und Frieden schließen will; so daß auch die Festsetzung der Bedingungen, an die der betreffende Staatswille geknüpft ist, in die Rechtsordnung verlegt erscheint. Formell das gleiche Resultat — und der Wirklichkeit entsprechender, weil unter Verzicht auf die Fiktion des allgemeinen Wohles — erzielt der Satz: Der Staat will, unter Umständen, die zu bestimmen im Ermessen des Monarchen liegen, Krieg erklären und Frieden schließen.

Ein anderer Einwand freilich scheint bedenklicher zu sein! Wie hilft sich die juristische Konstruktion, wenn die Verfassung über wichtige Funktionen, ohne die ein Staat praktisch nicht existieren kann, überhaupt keine ausdrückliche Bestimmung enthält? Wenn beispielsweise jede Vorschrift betreffend Kriegserklärung und Friedensschluß fehlt? Hier setzt die herrschende Auffassung von einer über die engen Grenzen bloßer Gesetzausführung reichenden „freien“ Verwaltungstätigkeit des Staates ein, indem man für die Verfassung der konstitutionellen Monarchien den Grundsatz aufstellt, daß der Monarch als Chef der Verwaltung, resp. die verantwortliche Regierung zu allen Verwaltungsakten berechtigt, ja geradezu verpflichtet ist, die sich im Interesse der Gesamtheit als notwendig herausstellen, sofern diese Akte nicht ausdrücklich im Gesetze verboten oder gesetzlicher Regelung vorbehalten sind. Und

diesen Grundsatz glaubt man auch damit auszudrücken, daß man erklärt, die Verwaltung könne extra legem, nicht aber contra legem tätig sein.

Dazu nur folgendes:

Wenn man als Jurist einer bestimmten Verfassung gegenüber auf die Frage nach dem Kompetenzumfange der Verwaltungsorgane resp. des Monarchen das erwähnte Prinzip annehmen zu müssen glaubt, das dem Oberhaupte der Exekutive die Machtvollkommenheit zuerkennt, alles zu verfügen, was nicht gegen den in der Rechtsordnung ausdrücklich erklärten Willen des Staates verstößt (oder der ausdrücklichen Erklärung des Staatswillens im Gesetze vorbehalten ist) so muß man — als Jurist — die Frage beantworten, woher der behauptete Grundsatz — der offenbar ein Rechtsgrundsatz und nicht bloß ein politisches Postulat sein soll — genommen ist. Und wenn man sich zu den Grundsätzen des Positivismus bekennt und eine naturrechtliche Konstruktion der konkreten Rechtspflichten oder subjektiven Rechte oder m. a. W. der Kompetenz der Verwaltung ablehnt, dann darf man den behaupteten Grundsatz — sofern er ein Rechtsgrundsatz und nicht bloß ein politisches Postulat zu sein beansprucht — aus keiner anderen Quelle abgeleitet haben als aus dem positiven Rechte, der konkreten Verfassung. Das heißt aber gar nichts anderes, als daß man aus der gegebenen Verfassung im Wege aller zulässigen Interpretationsmittel einen Willen des Staates behaupten muß, unter Umständen, die zu bestimmen in das Ermessen des Monarchen resp. der Regierung gestellt ist, (die Bedingung eines Gesamtinteresses ist eine überflüssige Fiktion, da die Entscheidung, wann ein solches vorliegt, ebenso wie die Verfügung selbst im freien Ermessen der Regierung liegen muß) bestimmte Akte zu setzen, deren Inhalt wiederum die Regierung zu bestimmen hat, wobei die Regierung nur insoferne beschränkt ist, als diese Akte nicht gegen einen im Gesetze ausdrücklich ausgesprochenen Staatswillen verstoßen oder der ausdrücklichen Willenserklärung im Gesetze vorbehalten sein dürfen. Mit anderen Worten: Die Kompetenz des Monarchen resp. der Regierung zu solchen Verwaltungsakten muß auf einen Rechtssatz begründet werden, (ein Rechtssatz ist nämlich das Urteil, das einen solchen Staatswillen behauptet) denn nur auf Grund eines Rechtssatzes lassen sich solche Akte der Staatsperson zurechnen, als Staatsakte oder kompetenzmäßige Organtätigkeit nachweisen.

Ob sich aus einer konkreten Verfassung im Wege logischer oder historischer Interpretation ein solcher Blankettrechtssatz herauslesen läßt, durch welchen der Regierung eine angeblich über die bloße

Gesetzesausführung hinausgehende Verwaltungskompetenz delegiert wird, bleibt im Einzelfalle quaestio facti. Allein, nur im Wege der Interpretation der positiven Rechtsordnung, der konkreten Verfassung kann eine solche Kompetenz behauptet werden. Dann ist aber unrichtig, von einer Verwaltung extra legem zu reden, denn dann erweist sich auch diese Verwaltungstätigkeit als die Realisierung eines Rechtssatzes, als Ausführung eines in der Rechtsordnung erklärten Staatswillens, formell — und nur diese formale Relation zur Rechtsordnung kommt für die juristische Konstruktion der Verwaltung in Betracht — als Exekutive im eigentlichen Sinne des Wortes¹⁾.

Ist nun die konkrete Verfassung einer solchen Interpretation nicht fähig, auf Grund deren die rechtliche Kompetenz der Verwaltung zu gewissen, auch nicht ausdrücklich in der Verfassung als vom Staate gewollten Akten behauptet werden kann, stellt sich die dringende Notwendigkeit zu solchen Akten heraus und werden solche Akte von der Regierung ohne Erweiterung der staatlichen Kompetenzen durch ein neues Gesetz faktisch durchgeführt, dann muß konstatiert werden, daß auf Grund solcher Verfassung eine juristische Konstruktion dieser wenn auch noch so wichtigen Akte nicht möglich ist. Denn die juristische Konstruktion hat keine andere Basis als die Rechtsordnung; was nicht in dieser ist, kann nicht in jener erscheinen. Eine Verfassung, die derartig wichtige Bestimmungen nicht enthält, die Lebensbedingungen des Staates nicht regelt, ist eine schlechte, unzulängliche Verfassung, aber die juristische Konstruktion muß sich mit dieser Konstatierung begnügen, sie darf, will sie nicht Naturrecht werden, niemals den falschen Ehrgeiz haben, die Lücken der Verfassung zu ergänzen. Es wäre mit einer solchen Verfassung nicht anders als mit einem Strafgesetze, das den Wucher nicht bestraft oder die Veruntreuung ungeahndet läßt! Das mag sehr bedauerlich sein, aber, sind die zulässigen Mittel juristischer Interpretation erschöpft, kann keine juristische Konstruktion die Bestrafung eines Wucher- oder Veruntreuungstatbestandes als Handlung des Staates, d. h. überhaupt als zulässig erscheinen lassen. Auf Grund eines solchen Strafgesetzes kann der Staat ebensowenig die fraglichen Delikte bestrafen, wie er auf Grund einer oben charakterisierten Verfassung Krieg erklären oder Frieden schließen könnte. Zwingen die tatsächlichen Verhältnisse dennoch zur Vornahme der-

1) Die bisherigen Ausführungen identifizieren die Begriffe „Rechtsordnung“ und „Gesetz.“ Inwiefern tatsächlich das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes ist, werden die Untersuchungen über das Verhältnis von Gesetz und Verfassung zu zeigen haben, die auch in anderer Richtung als natürliche und notwendige Ergänzung zu den obigen Ausführungen zu betrachten sind.

artiger „gesetzlicher“ Akte — und das praktische Leben wird nicht vor den formalen Grenzen der Rechtsordnung Halt machen — dann kann die politische Überlegung dies billigen, wenn auch die Jurisprudenz es niemals konstruieren kann.

Nur eine Trübung formal-juristischer Betrachtung durch materiell-politische Bedenken könnte zu Argumenten gegen die hier vertretene Auffassung der Verwaltung führen. Es läge ein arges Missverständnis vor, wollte man diesen Ausführungen irgendwie die Bedeutung eines politischen Postulates auf möglichste Einschränkung der staatlichen Verwaltungstätigkeit imputieren! Es wird nicht gefordert, daß die Verwaltung nur Ausführung der Gesetze sein solle; es wird nur behauptet, daß sie in der juristischen Konstruktion nichts anderes sein könne. Das kann sie aber unbeschadet aller Reichhaltigkeit, Zweckvielfalt ihres Inhaltes, unbeschadet der größten Freiheit des den Organen eingeräumten Ermessens.

An dieser Stelle ist der Anlaß zu einem Exkurs über das Problem des sogenannten „freien Ermessens“ gegeben, das in der neueren Literatur des Verwaltungsrechtes eine bedeutende Rolle spielt und den Gegenstand eingehender Diskussion bildet. Dabei soll es hier vornehmlich darauf ankommen, aus dem großen Komplex von Fragen, die unter dem Schlagworte des „freien Ermessens“ erörtert werden, das für die Rechtskonstruktion Relevante herauszulösen und die prinzipielle Stellung dieser Untersuchungen hiezu festzulegen.

Zunächst sei konstatiert, was unter dem vieldeutigen Terminus 1) „freies Ermessen“ in diesem Zusammenhange zu verstehen ist, d. h.

1) Diese Vielseitigkeit des Wortes, das in unserem undisziplinierten juristischen Sprachgebrauche für die verschiedensten Erscheinungen in Anwendung gebracht wird, ist ein Hauptgrund für die Schwierigkeiten, die bei der Diskussion des Problems in der neueren Literatur aufgetaucht sind. Die Vielseitigkeit des Wortes ist heute wohl erkannt (Vgl. z. B. TEZNER, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien, 1888, S. 33 ff. und S. 118 ff. und desselben Autors: Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, Separatabdruck aus dem Verwaltungsarchiv, Berlin 1902, passim). Dennoch hat man neustens den Fehler nicht vermieden, gänzlich verschiedene, mitunter sogar einander ausschließende Begriffe mit demselben Worte: „freies Ermessen“ zu bezeichnen. So wird bei LAUN, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Wien, Dentike 1910, einer Arbeit die ein treffliches Bild der bisherigen Literatur und Praxis bietet, der fragliche Terminus in folgenden Bedeutungen gebraucht. Einmal im Sinne einer bestimmten Tätigkeit, eines Verhaltens der Staatsorgane, so z. B. S. 1, wo als freies Ermessen „das Verhalten der öffentlichen Organe“ bezeichnet wird, soweit es nicht durch Rechtsnormen, sondern durch Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt ist, oder S. 257, wo von „Tätigkeiten, die man als freies Ermessen zu bezeichnen pflegt“, gesprochen wird. Dann aber wiederum nicht als Tätigkeit, sondern als Zustand oder Bereich der Freiheit von gewissen Normen, so in den immer

in welchem Sinne ein freies Ermessen der Staatsorgane für die juristische Konstruktion von Bedeutung wird.

Das Problem des freien Ermessens wurzelt in dem eigenartigen Verhältnis zwischen Rechtsordnung und Verwaltung (im weitesten Sinne) und tritt in die Erscheinung, sobald sich die Jurisprudenz die Aufgabe stellt, die staatliche Tätigkeit juristisch zu konstruieren, d. h. die Exekutive in eine Relation zur Rechtsordnung zu bringen. Eine Handlung als Staatstätigkeit erklären, heißt soviel, wie sie als vom Staate in der Rechtsordnung, resp. in deren Einheit: einem Rechtssatze gewollt nachweisen. Da zeigt sich nun, daß die Handlungen, welche als Staatshandlungen anzusehen sind, sowie deren Voraussetzungen in der Rechtsordnung niemals ganz vorausbestimmt sind. Sowohl die Bedingungen, unter denen der Staat handeln will, als auch die Art und Weise seines Handelns selbst sind im Rechtssatze niemals allseitig determiniert; vielmehr ist in der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen des staatlichen Willens im konkreten Falle gegeben sind und die der Realisierung des staatlichen Willens selbst dem zur Handlung verpflichteten Staatsorgane stets ein mehr oder weniger weiter Spielraum gegeben, das Organ ist in der einen oder anderen Richtung seines Verhaltens nicht gebunden.

wiederkehrenden Redewendungen: Die Handlung steht im freien Ermessen, der Gesetzgeber räumt freies Ermessen ein etc. etc. z. B. S. 259. LAUN stellt auf der einen Seite das „freie Ermessen“ mit der Rechtsanwendung, also einer Tätigkeit, auf der andern Seite wieder mit der gesetzlichen Gebundenheit, also einem Zustande in Vergleich (vgl. a. a. O., S. 1 und S. 257). Daß diese Konfundierung zweier verschiedener Begriffe: der Organtätigkeit, die im freien Ermessen steht, und dem freien Ermessen, als Zustand, als Freiheitssphäre, in welchem eine Organtätigkeit steht, von sehr nachteiligen Folgen ist, wird noch zu zeigen sein. Aber die Terminologie LAUNS enthält noch einen zweiten Widerspruch: Als „freies Ermessen“ bezeichnet er das eine Mal etwas Negatives: die Freiheit von der Rechtsordnung oder die von der Rechtsordnung freie Organtätigkeit, das andere Mal etwas Positives, und zwar das genaue Gegenteil des ersteren, nämlich die Gebundenheit durch die Rechtsordnung. S. 50 heißt es, der Ausdruck „freies Ermessen passe nur auf jene Tätigkeit, welche frei von Rechtsnormen, unbeeinflusst vom Gesetzgeber vor sich geht“ und S. 178: „für uns ist das Gebiet des freien Ermessens nur jenes, in welchem die Behörde von Rechtsätzen gänzlich unbeeinflusst ist“. Dagegen S. 20: Das „Wesen des freien Ermessens besteht darin, daß das handelnde öffentliche Organ berechtigt und verpflichtet ist, das Nützlichste für die Gesamtheit, das Zweckmäßigste im öffentlichen Interesse vorzuziehen“. Das freie Ermessen erscheint hier demnach als pflichtmäßige Gebundenheit, wobei LAUN an anderer Stelle (S. 76 ff.) überdies ausdrücklich betont, daß die bezügliche Pflicht eine Rechtspflicht, keine bloß moralische Pflicht ist, und die sie statuerende Norm als Rechtsnorm, nicht als ethisches Postulat zu gelten habe. Auf die Konsequenz dieser Terminologie für die gewonnenen Resultate LAUNS wird noch zurückzukommen sein.

Es wäre ganz und gar verkehrt, die Verwaltung (im weiteren Sinne) darum nicht als bloße „Ausführung“ der Rechtsordnung gelten zu lassen, weil die Exekutive viel mehr enthält, als in den Gesetzen ausgesprochen ist; gerade deshalb, weil es sich bei der Tätigkeit der Organe um eine „Ausführung“, nämlich um die Ausführung eines fremden Willens — des Willens der Staatsperson handelt, muß die in der Differenz zwischen dem Inhalte der den staatlichen Willen ausdrückenden Rechtsordnung und der die staatlichen Handlungen setzenden Verwaltung begründete Ermessensfreiheit der Organe gegeben sein. Denn mit jeder Ausführung fremden Willens ist eine mehr oder weniger weitgehende Ermessensfreiheit notwendig verbunden. Wer seinen Willen durch andere ausführen läßt — wie, vergleichsweise gesprochen, der Staat durch seine Organe — der kann überhaupt nicht seine Vorschriften soweit ins Detail ergehen lassen, daß dem eigenen, freien Ermessen des Handelnden nichts zu entscheiden übrig bliebe. Wer z. B. durch einen anderen ein Buch auf den Tisch legen läßt, kann vorschreiben, wann die Handreichung zu geschehen habe, auf welche Stelle des Tisches und in welche Lage das Buch zu bringen, vielleicht sogar, mit welcher Hand der gewünschte Zweck zu erreichen ist, aber all die zahlreichen Muskelbewegungen, die zur Realisierung notwendig und auf die verschiedenste Weise möglich sind, vorzuschreiben, ist schon deshalb undenkbar, weil sie gar nicht vorhergesehen werden können. Weil die Ausführung jedes Befehles zum großen, vielleicht zum größten Teile nicht durch den Befehl determiniert ist, also im „freien Ermessen“ steht, von keiner bloßen „Ausführung“ sprechen zu wollen, wäre töricht.

Das Verhältnis zwischen der Rechtsordnung, als der Summe von Rechtssätzen und der als Exekutive zu bezeichnenden Staatstätigkeit ist der Beziehung zwischen dem abstrakten Begriffe und der konkreten Vorstellung analog. Geradeso wie ein konkreter Baum um unzählig viel Eigenschaften mehr hat als der Begriff Baum enthält, und dennoch in seiner Totalität, d. h. mit allen seinen unzähligen Eigenschaften ein Baum ist und zwar gerade nur um der wenigen dem Begriffe wesentlichen Eigenschaften willen, so ist auch die ganze konkrete Handlung des Organes in ihrer individuellen Mannigfaltigkeit und ihren besonderen Voraussetzungen Staatshandlung, dem Staate zuzurechnen, obgleich die Zurechnungsregel, der den staatlichen Willen zu der konkreten Handlung beinhaltende Rechtssatz keineswegs alle Elemente der zuzurechnenden Handlung und ihrer Voraussetzungen aufweist, wenn auch die Zurechnung nur insofern geschieht, als die im Rechtssatze ausgedrückten Elemente in der Handlung des Organes und ihren Voraussetzungen gegeben sind. Der

Wille des Staates in der Rechtsordnung ist stets mehr oder weniger abstrakt, die Handlungen des Staates sind dagegen stets ganz und gar konkret. Das freie Ermessen der Staatsorgane ist nichts anderes als die notwendige Differenz zwischen dem Inhalte des abstrakten Staatswillens in der Rechtsordnung und der konkreten Staatshandlung in der Verwaltung, der Exekutive.

Das dem Staatsorgane eingeräumte freie Ermessen kann sich, den beiden Hauptbestandteilen des Rechtssatzes entsprechend, auf die Feststellung des bedingenden Tatbestandes oder auf die Realisierung des bedingten Staatswillens beziehen oder auch nach beiden Richtungen hin bestehen. Sowohl die Voraussetzungen, unter denen eine Staatshandlung zu setzen ist, als auch die besondere Beschaffenheit der Handlung selbst kann im Rechtssatze der Bestimmung durch das exekutive Organ überlassen sein. Der Rechtssatz ist in diesen Fällen ein mehr oder weniger weitgehendes Blankett¹⁾, dessen Ausfüllung gleichsam der Exekutive delegiert ist. So können die näheren Umstände, unter denen der Staat eine Eisenbahnkonzession erteilen will, in das Ermessen einer bestimmten Verwaltungsbehörde gestellt sein, so kann Art und Umfang einer Strafe bei einem im Gesetze festgelegten Tatbestande der Festsetzung durch ein richterliches Organ überlassen werden. Dabei ist es materiell bedeutungslos, ob das freie Ermessen dem Staatsorgane im Rechtssatze ausdrücklich und direkt eingeräumt ist, oder nur indirekt, indem der Wortlaut des Gesetzes zwar scheinbar eine vollkommene Determinierung z. B. des bedingenden Tatbestandes enthält, sich dabei aber eines Begriffes bedient, dessen Inhalt und Umfang gesetzlich nicht festgestellt oder objektiv garnicht feststellbar sind, sondern notwendig von der subjektiven Anschauung des Organs abhängen; wie z. B. „öffentliches Interesse“, „Unbescholtenheit“, „Fabrik“, „Eisenbahn“ u. a. m. Für die juristische Konstruktion macht es keinen relevanten Unterschied, ob das freie Ermessen einem richterlichen oder einem Verwaltungsorgan zusteht. In beiden Formen der Exekutive ist das freie Ermessen das gleiche, sind alle Arten des freien Ermessens möglich²⁾, sofern es überhaupt rechtlich relevante Unterschiede innerhalb des freien Ermessens gibt. Das ist aber deshalb unmöglich, weil das freie Ermessen gerade jene Sphäre der Organtätigkeit umfaßt, bei

1) Vgl. unten S. 557.

2) Vgl. z. B. BERNATZIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 43 und ZORN, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungsarchiv, hsgb. von SCHULTZENSTEIN und KEIL, 1894, S. 142. Richtig erkannt auch LAUN, a. a. O. S. 61.

welcher eine Relation zur Rechtsordnung nicht gegeben ist, somit jede rechtliche Relevanz fehlt.

Da jeder Akt eines Staatsorganes, sofern er ein Staatsakt ist, d. h. dem Staate zugerechnet werden soll, irgendwie, wenn auch durch einen noch so inhaltarmen Blankettrechtssatz determiniert sein muß, weil sonst ja eine Zurechnung zum Staate gar nicht möglich ist, da weiter jeder Staatsakt der Exekutive in einem gewissen, wenn auch noch so geringen Maße im freien Ermessen stehen muß, da zwischen der abstrakten Rechtsnorm und der konkreten Organhandlung notwendig eine gewisse Differenz besteht, so können sämtliche Staatsakte sich in bezug auf das freie Ermessen niemals prinzipiell sondern nur graduell, nicht qualitativ, sondern nur quantitativ von einander unterscheiden¹⁾.

1) Daß sich dabei das freie Ermessen, als Zustand der Freiheit von der Rechtsordnung begrifflich prinzipiell von der gesetzlichen Gebundenheit unterscheidet, und daß diese begriffliche gegenseitige Ausschließung von Freiheit und Gebundenheit durchaus vereinbar ist mit dem Mangel eines prinzipiellen Gegensatzes zwischen Organakten, die im freien Ermessen stehen, und solchen, die gesetzlich gebunden sind, ist ebenso selbstverständlich, wie etwa, daß sich das männliche und weibliche Prinzip logisch ausschließen und doch jedes menschliche Individuum eine psychologische Mischung beider Elemente sein kann.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf dies nur deshalb, weil eine ungenügende Unterscheidung zwischen den Akten des freien Ermessens und dem freien Ermessen als Freiheitssphäre neuestens in die Diskussion des Problems eine gewisse Unklarheit gebracht hat. Wenn nämlich LAUN (a. a. O. S. 26) der Ansicht widerspricht; „daß es überhaupt keinen prinzipiellen Gegensatz zwischen den Akten des freien Ermessens und solchen der gesetzlichen Gebundenheit gebe“ und im Gegensatze dazu die Behauptung aufstellt (a. a. O. S. 25 f.): „Es besteht ein scharfer prinzipieller Gegensatz zwischen freiem Ermessen im engeren eigentlichen Sinne und der gesetzlichen Gebundenheit“, so muß betont werden, daß beide, von LAUN einander entgegengestellte Thesen sich miteinander sehr wohl vertragen. Daß es sich dabei nicht bloß um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt, zeigt sich schon darin, daß die Grenze, die LAUN zwischen dem freien Ermessen im eigentlichen Sinne und der gesetzlichen Gebundenheit zieht, keineswegs auch eine prinzipielle Trennung der Organakte zur Folge hat!

„Gesetzlich gebunden ist“ nach LAUN (a. a. O. S. 258) „die Tätigkeit eines öffentlichen Organes, wenn das Gesetz selbst die unmittelbaren Zwecke des behördlichen Handelns bestimmt“. Freies Ermessen räumt der Gesetzgeber der Behörde ein, wenn er das behördliche Organ bevollmächtigt und beauftragt, „sich unbehindert von starren Rechtsregeln den wechselnden Forderungen des Augenblickes anzupassen und nach eigener pflichtmäßiger Ansicht und eigenem pflichtmäßigen Wollen selbst zu bestimmen, was der nächste, unmittelbare Zweck seines Handelns sein soll“ (a. a. O. S. 259). Nun ist es schon an und für sich sehr problematisch mit dem „Zwecke des Gesetzgebers“ zu operieren. Was der Zweck des Gesetzgebers ist, wird meist nur sehr subjektiv zu beurteilen und lediglich politisch, nicht aber juristisch relevant sein, wenn mit diesem Zwecke etwas anderes als die Handlung selbst gemeint ist, die dem

Was die Grenzen des freien Ermessens betrifft, so sind diese unverrücklich durch die Rechtsnormen gegeben, deren Inhalt aus den positiven Gesetzen mit allen erlaubten Mitteln der Interpretation zu holen ist. Zweifellos kann die Tätigkeit des Staatsorganes, soweit sie Rechtsnormen nicht unterworfen ist, innerhalb der Schranken derselben anderen Normen unterstellt werden, wie Normen der Moral oder Politik. Allein, die Frage, wie das von Rechtsnormen freie Ermessen geregelt werden kann, ist — wie schon in der Problemstellung selbst zur Genüge ausgedrückt ist — kein juristisches, sondern ein moralisches oder politisches Problem. Ins-

Staate auf Grund der Rechtsordnung zuzurechnen ist (vgl. oben S. 84 ff.). Im Strafrechtssatze ist der juristisch relevante „Zweck“ — wenn von einem solchen überhaupt bei einer juristischen Konstruktion die Rede sein darf — die Strafe, alles weitere, 'im Verhältnis zu dem die Strafe nur als Mittel angesehen wird, juristisch unqualifizierbar. Auch wenn die dem Staate zuzurechnende Handlung im Rechtssatze der Festsetzung durch das Organ überlassen ist, so liegt doch formell seitens des Organs nur die Ausfüllung eines Blankettrechtssatzes vor. Die Rechtsordnung (oder der „Gesetzgeber“, wie LAUN sagt) ist es, die formell den „Zweck“ bestimmt, wenn auch materiell der staatliche Wille seinen Inhalt durch das Organ erhält. Die von LAUN ausgesprochene Notwendigkeit einer Delegation seitens des „Gesetzgebers“ bedeutet für die formal-juristische Konstruktion gar nichts anderes, als daß auch in den Fällen des freien Ermessens die Zwecksetzung — um in der LAUNschen Terminologie zu sprechen — dem „Gesetzgeber“ und nicht dem Staatsorgane zuzurechnen ist. Nun erklärt LAUN (a. a. O. S. 113): „Jeder Akt des freien Ermessens ist in irgendeiner Beziehung gesetzlich gebunden“. Das freie Ermessen kann also beim einzelnen Staatsakte nur innerhalb der gesetzlichen Gebundenheit bestehen. Wendet man das LAUNsche Kriterium von gesetzlicher Gebundenheit und Ermessensfreiheit an, dann ergibt sich, daß der „Gesetzgeber“ bei jedem Akte des freien Ermessens den unmittelbaren Zweck des behördlichen Handelns selbst bestimmt, (denn der Akt ist ja auch gesetzlich gebunden) und zugleich den unmittelbaren Zweck des behördlichen Handelns der Bestimmung durch das Organ überläßt! Das ist nun freilich unmöglich! Wenn in der Verfassung in das freie Ermessen des Monarchen gestellt ist, wann, unter welchen Umständen, in welcher Form und an wen eine Kriegserklärung zu erfolgen hat, so ist der juristisch relevante Zweck des Staates die Kriegserklärung und nur soferne dieser eben in der Rechtsordnung festgesetzt ist, soferne der Staat in der Rechtsordnung überhaupt Krieg erklären will, ist dieser Akt gesetzlich gebunden, kann er dem Staate zugerechnet werden. Der Zweck, der mit der Kriegserklärung verfolgt wird, ist rechtlich unqualifizierbar und daß die Wahl desselben dem Monarchen überlassen bleibt, ist für die juristische Konstruktion ebenso bedeutungslos, wie es gleichgültig bleibt, welchen Zweck die Gerichte mit den gesetzlich zu verhängenden Strafen verfolgen, ob Abschreckung oder Besserung. Die Vereinbarkeit von gesetzlicher Gebundenheit und freiem Ermessen in einem einzigen Organakte, die ja LAUN behauptet, ist unmöglich, wenn beides nicht nach verschiedenen Richtungen hin, sondern, wie nach der LAUNschen Definition, nach derselben Richtung hin, nämlich dem unmittelbaren Zwecke des Staatsaktes Platz greift.

besondere muß gegenüber einem neuesten gemachten Versuche betont werden, daß es auch nicht „natürliche Rechtsgrundsätze“¹⁾ sein können, nach denen rechtlich die Grenzen des freien Ermessens zu bestimmen sind, da es mit den Prinzipien einer positivistischen Jurisprudenz schlechterdings unvereinbar ist, andere als aus den positiven Gesetzen gewonnene Rechtsnormen anzuerkennen. Ob man bei dieser Gewinnung von Rechtssätzen aus den Gesetzen eines bestimmten Staates

1) Nach solchen „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ sucht allerdings LAUN die Grenzen des freien Ermessens zu bestimmen (vgl. a. a. O. S. 10 ff.). Er behauptet neben den „äußern“ Grenzen, das sind jene, die durch das positive Gesetz in Bezug auf Kompetenz, Verfahren und materiellrechtliche Voraussetzungen gezogen sind und die er auch als „gesetzliche“ Grenzen bezeichnet (vgl. a. a. O. S. 114) auch gewisse „innere“ Grenzen des freien Ermessens, deren juristische Qualität — in methodologisch höchst zweifelhafter Weise — jener der „äußeren“ und „gesetzlichen“ Grenzen entgegengesetzt wird, indem diese „inneren“ Grenzen auf Grund der oben erwähnten natürlichen Rechtsgrundsätze gelten sollen (a. a. O. S. 117). Allein, bei näherer Untersuchung erweisen sich diese „inneren Grenzen“ entweder als „gesetzliche“ d. h. positiv rechtliche und daher den „äußeren“ Grenzen als durchaus gleichartig, oder als rechtlich irrelevant, d. h. politischer oder moralischer Natur. Innerhalb der „inneren“ Grenzen des freien Ermessens unterscheidet LAUN subjektive und objektive Schranken. Die dem freien Ermessen der Organe gesetzte subjektive Schranke sei die Norm, daß „das handelnde Organ nicht alles beliebige, sondern nur dasjenige verfügen darf, was nach seiner Überzeugung dem öffentlichen Interesse am besten entspricht“ (a. a. O. S. 265). Nun ist es immerhin möglich, daß eine solche Norm in den positiven Gesetzen ausdrücklich oder stillschweigend enthalten ist. Es mag dahingestellt sein, ob eine solche Norm materiell wirklich eine Einschränkung des freien Ermessens ist, oder ob nicht, mangels objektiver Bestimmbarkeit des Begriffes „öffentliches Interesse“ eine solche Norm geradezu die Einräumung des freien Ermessens bedeutet. Wird eine solche Norm als Rechtsnorm behauptet, und dies kann nur dann der Fall sein, wenn ihr Inhalt aus den positiven Gesetzen abgeleitet wird, dann ist formell jede Verletzung des öffentlichen Interesses, oder dessen, was nach Überzeugung des handelnden Organs öffentliches Interesse ist (wann würde übrigens ein Organ irgendeine seiner Handlungen als gegen seine Überzeugung vom öffentlichen Interesse gerichtet zugeben, und wie sollte die subjektive Überzeugung des Organes objektiv festgestellt werden?) Rechtssatzverletzung, Verletzung der durch das positive Gesetz gezogenen Schranken und formal-juristisch in keiner Weise verschieden von einer anderen Verletzung des objektiven Rechtes durch das Organ. Läßt sich aber die fragliche Norm auf keinem Wege aus den positiven Gesetzen ableiten, dann ist sie keine Rechtsnorm, sondern eine moralische oder politische Norm und die durch sie gezogene Schranke keine Rechtsschranke. Nun behauptet LAUN, die erwähnte Norm sei ein „natürlicher Rechtsgrundsatz“, betont dabei aber mit großem Nachdrucke, daß diese Norm ein „Rechtssatz“, eine Rechtsnorm und die dadurch statuierte Pflicht eine Rechtspflicht sei (a. a. O. S. 265, 177, 20), stellt aber in Abrede, daß eine „gesetzliche“ Bindung vorliege (a. a. O. S. 276). Wie es vom Standpunkte einer nicht naturrechtlichen Jurisprudenz einen Rechtssatz und eine Rechtspflicht geben kann, die nicht „gesetzlich“ sind, muß umso unbegreiflicher bleiben, als LAUN diese „natürliche Rechtsnorm“ von eben-

nicht an den strengen Wortlaut der Rechtsquellen gebunden ist, sondern auch aus dem Geist und inneren Zusammenhang, aus den vom „Gesetzgeber“ für selbstverständlich angenommenen Voraussetzungen Rechtssätze konstruieren darf, ist in diesem Zusammenhange von nebensächlicher Bedeutung. Denn bei dem Dilemma: Positivismus oder Naturrecht, kommt es nicht darauf an, wie, d. h. auf welchem Wege, mit welchen Interpretationsmitteln der Inhalt der Rechtsnormen aus den Rechtsquellen gewonnen, sondern daß dieser Inhalt prinzipiell

demselben „Gesetz“geber ausgehen läßt, der auch die „gesetzlichen“ Normen und Pflichten statuiert (vgl. S. 176 und 259) und der sich wohl nirgends anders als in den Gesetzen manifestieren kann. Mit dieser für die gesamte im freien Ermessen gelegene Organtätigkeit behaupteten Rechtsnorm, nur im öffentlichen Interesse zu handeln, gerät die LAUNsche Konstruktion überdies noch in folgende Schwierigkeit. Wenn nach LAUN das Verhalten der öffentlichen Organe insoweit im freien Ermessen steht, als es nicht durch „Rechtsnormen“, sondern durch „Zweckmäßigkeitserwägungen“ bestimmt wird, dann gibt es — ist die Norm, nur im öffentlichen Interesse tätig zu sein, wirklich eine Rechtsnorm — überhaupt kein freies Ermessen; denn das Organ ist nach allen Richtungen seines Verhaltens, bei jeder einzelnen zu einem Organakt gehörigen Handlung durch eine Rechtsnorm rechtlich verpflichtet.

Durchaus positivrechtliche Normen, Rechtssätze im eigentlichsten Sinne des Wortes und keineswegs „natürliche Rechtsgrundsätze“ sind die „objektiven“ inneren Grenzen, die LAUN dem freien Ermessen zieht. Er sagt (a. a. O. S. 265): „Objektive Grenzen sind dem freien Ermessen gezogen, wenn dem handelnden Organ nur gestattet ist, gewisse Zwecke zu verfolgen, andere dagegen nicht“. Eine Verletzung dieser Grenzen erfolgt, wenn ein solcher „verbotener“ Zweck vom Organ verfolgt, resp. erreicht wird, wobei LAUN unterscheidet, ob das Organ aus „Rechtsirrtum“ über die Grenzen seines Ermessens oder wissentlich, weil es das öffentliche Interesse so am besten zu wahren glaubt, die Schranke überschreitet, oder ob das Verhalten des Organes gegen dessen Willen geeignet ist, einen verbotenen Erfolg zu erreichen (a. a. O. S. 265). Ohne auf diese Unterscheidung einzugehen, die für die Prinzipienfrage bedeutungslos ist, sei nur festgestellt, welcher Natur die von LAUN den „äußeren, gesetzlichen“ Grenzen gegenübergestellten „inneren“, angeblich auf „natürlichen Rechtsnormen“ beruhenden und zwar „objektiven“ Grenzen sind. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, von wem, resp. wo dem handelnden Organ die fraglichen Schranken gesetzt sind, d. h. also von wem, resp. wo die gewissen Zwecke gestattet oder verboten sind. Da erklärt nun LAUN in völlig unzweideutiger Weise, daß es der „Gesetzgeber“ ist, der die gewissen Zwecke gestattet oder gebietet, ja noch deutlicher: daß es die positiven Gesetze sind, in denen den Organen vorgeschrieben wird, welche Zwecke sie verfolgen dürfen und welche nicht. S. 190 heißt es wörtlich: „Welche Zwecke erlaubt, welche verboten sind, ist eine Frage des positiven Rechtes“.

Das ist natürlich anders gar nicht möglich, da es eine andere normierende Autorität für den Juristen des positiven Rechtes nicht gibt. Damit ist aber erwiesen, daß die „objektiven, inneren“ Schranken LAUNS juristisch sich durch nichts von den „äußeren, gesetzlichen“ Grenzen unterscheiden, daß sie einfach materiell-rechtliche, gesetzliche Schranken sind, die in keiner Weise nach „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ gelten.

nur aus den positiven Gesetzen hergeleitet wird, daß jede Rechtsnorm ihren konkreten Inhalt ausschließlich und allein durch Berufung auf die positiven Gesetze legitimiert. Ob dieses formale Kriterium auch eine sichere materielle Grenze zwischen Positivismus und Naturrecht bietet, kann hier dahingestellt bleiben.

Einer kurzen Erwähnung bedarf nur noch folgender Umstand. Wenn hier als einzige rechtliche Schranken des freien Ermessens der Rechtssatz, resp. dessen materielle Quelle: das positive Gesetz anerkannt, wenn Verordnung und Dienstbefehl nicht berücksichtigt wurden, so kann in diesem Zusammenhange — ohne den späteren Untersuchungen über das Verhältnis von Rechtssatz und Verordnung vorzugreifen — zur Begründung nur soviel bemerkt werden, daß die Verordnung im Rechtsstaate nur auf Grund des Gesetzes erfolgen kann, die verordnende Tätigkeit selbst Exekutive ist und wie jede andere Organtätigkeit im freien Ermessen steht; das gilt natürlich auch vom Dienstbefehl, der überdies nur gegenüber untergeordneten Organen in Betracht kommt.

Nur die hier durchgeführte Konstruktion wird dem Wesen der für den modernen Rechtsstaat charakteristischen „gesetzmäßigen Verwaltung“ gerecht, indem sie die gesamte Verwaltung als Inhalt von Rechtssätzen und als Erfüllung von Rechtspflichten des Staates erkennen läßt. Unter diesen Begriff der Verwaltung fällt das Strafen und Exequieren des Staates ebenso wie seine Armenunterstützung, seine Schulpflege, sein Straßenbau usw. Darin liegt die juristisch umfassende Bedeutung dieses Verwaltungsbegriffes, daß er aus allen Tätigkeiten des Staates — welchen Zwecken sie auch immer dienen mögen — das gemeinsame, juristisch einzig wesentliche, formale Element heraushebt: die Realisierung des Staatswillens, daß er die gesamte Tätigkeit des Staates nur als Aktualisierung der Rechtsordnung darstellt. Damit ist das spezifische Verhältnis von Staat und Recht erst ganz erfaßt: Ist die Staatsperson nur ein Produkt der Rechtsordnung, so ist die Realisierung der Rechtsordnung die einzige Funktion des Staates!

So erscheint in der Rechtsordnung der wollende, in der Verwaltung der handelnde Staat. Und damit ist auch die Grenze gefunden, die zwischen Legislative und Exekutive, richtiger zwischen Rechtsordnung und Verwaltung zu ziehen ist. Diese Grenze scheint sich nämlich zu verwischen¹⁾, wenn man das Recht schlechthin als Wille des Staates erklärt und als Rechtssatz jedes Urteil über die Existenz eines Staatswillens gelten

1) Vgl. dazu: ANSCHÜTZ, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz etc. S. 13 ff.

läßt. Denn ein Wille des Staates ist nicht nur in der Rechtsordnung, dem Gesetze zu konstatieren, auch in jedem einzelnen Akte eines Staatsorganes scheint ein Staatswille existent zu sein. Diese Doppelrolle muß der Staatswille freilich nur dann spielen, wenn man in Verkennung seiner Wesenheit darunter einen realpsychischen Akt und zwar den Willensakt des handelnden Staatsorganes erblickt, dem dann der in der Rechtsordnung anzunehmende an die Seite tritt. Läßt man den in dem Gesetze niedergelegten Willen vom Staate „erzeugen“, dann muß man — bei Identifizierung des Staatswillens mit dem psychischen Willen des handelnden Staatsorganes — in jedem Akte der Exekutive eine neuerliche „Erzeugung“ erblicken. Faßt man die „Erzeugung“ des Staatswillens als Rechtssetzung und Staatsfunktion, dann ist tatsächlich in jedem Akte der Verwaltung ein Rechtssetzungsakt zu sehen und von einer Grenze zwischen Gesetzgebung und Verwaltung keine Spur²⁾. Allein, die „Erzeugung“ des Staatswillens kommt als Staatsfunktion nicht in Betracht, der „Wille“ des Staates hat mit dem psychischen Willensakte im handelnden Staatsorgane nichts zu tun und so besteht nicht zwischen Gesetzgebung und Verwaltung, sondern zwischen Rechtsordnung und Verwaltung der zu präzisierende Gegensatz.

Es ist nur eine aus der irrigen Auffassung des Staatswillens entspringende, unzulässige Analogie zum Verhältnis zwischen psychischem Willen und Handlung, die für jede einzelne Staatshandlung einen selbständigen Staatswillensakt annehmen zu müssen glaubt. Tatsächlich findet nur ein besonderer Zurechnungsakt statt. Sofern ein Rechtssatz konstatiert: Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn strafen, dann erfolgt die an einem konkreten Dieb vollzogene Strafe nicht etwa auf Grund eines andern als dem im Rechtssatze konstatierten, neuen Willens, sondern auf Grund des Rechtssatzes wird das Strafen dem Staate zugerechnet. Was den Staatswillen im Augenblicke vor Verübung des Deliktes von dem im Zustande nach Verübung des Deliktes unterscheidet, ist die Tatsache, daß er — bildlich gesprochen — aus einem bedingten zu einem unbedingten geworden ist. Diese nur figürlich zu verstehende Nomenklatur kann lediglich den Zweck haben, der Tatsache Ausdruck zu geben, daß schon im Augenblicke des vollendeten Unrechtstatbestandes ein Wille des Staates, den konkreten Unrechtthäter zu bestrafen, besteht; sie ist nur die metaphorische Darstellung des Schlusses: Wenn der Staat im Rechtssatz jeden, der stiehlt strafen will, will er auch den konkreten Dieb X strafen. — Im Rechtssatze will der Staat unter bestimmten Um-

1) Vgl. ANSCHÜTZ a. a. O. S. 14.

ständen strafen etc. Nach Eintritt der Bedingungen will der Staat eine bestimmte Person strafen und die Annahme eines solchen Staatswillens hat insbesondere die Bedeutung, daß die Staatsorgane, deren Pflicht die Realisierung des Staatswillens ist, den konkreten Dieb bestrafen sollen. Es ist somit derselbe Staatswille, der in der Rechtsordnung und in der Verwaltung erscheint; der Unterschied liegt aber darin, daß der Staatswille in der Rechtsordnung bedingt, in der Verwaltung unbedingt auftritt.

Wenn es überhaupt einen Sinne hätte, das Verhältnis zwischen psychischem Willen und Handlung beim Menschen mit der Beziehung zwischen Staatswillen und Staatshandlung zu vergleichen, so müßte man konstatieren, daß der Mensch ohne vorgefaßte Beschlüsse handeln, seine Zwecke durch spontane und daher unbedingte und unbefristete Willensakte und Handlungen verfolgen kann, während der Staat — und zwar der moderne Rechtsstaat — niemals handeln kann, ohne daß vorher in der Rechtsordnung, wenn auch noch so allgemein die Umstände festgestellt sind, unter denen die durch die Exekutive zu realisierende Handlung zu erfolgen hat. Jede Handlung des Staates muß in der Rechtsordnung vorgewollt — oder mit einem nur unter Vorbehalt zu benutzenden Bilde: •beschlossen sein. Denn nur solcher „Beschuß“ rechtfertigt die Zurechnung zum Staate. Zum Wesen des in der Rechtsordnung ausgedrückten Willens gehört seine formale Bedingtheit — wobei der Begriff der „Bedingung“ hier in einem weiteren, auch die Befristung umfassenden Sinne genommen ist. Denn der Rechtssatz ist nichts anderes als die Feststellung der Umstände, unter denen der Staat ein Bestimmtes will, d. h. dem Staate gewisse menschliche Handlungen zugerechnet werden. Es sind nur andere Worte, aber der gleiche Gedanke, der in dem Grundsatz zum Ausdrucke kommt, daß im Rechtsstaate kein Organ als solches handeln kann, ohne hiezu, wenn auch noch so allgemein seitens der Rechtsordnung autorisiert zu sein. Nur die konsequente Durchführung dieses Grundsatzes berechtigt zur Annahme eines einheitlichen Staatswillens und damit einer einheitlichen Staatsperson.

Wenn also ANSCHÜTZ¹⁾ der Theorie ZORNS, die alles, was der Staat „will“, Recht nennt, vorhält, daß sie jeden Unterschied zwischen Gesetzgebung einerseits und Verwaltung und Rechtssprechung andererseits verwische, daß in Konsequenz derselben jede beliebige Verfügung, jedes militärische Kommandowort, die Anweisung des Chefs, das Amtslokal zu heizen, die Aufforderung des Schutzmanns an das Publikum, dies oder das zu tun, daß all das Rechtssätze enthalte²⁾,

1) a. a. O. S. 16. 2) a. a. O. S. 15.

so trifft dies darum zu, weil ZORN die wichtige Tatsache, durch die sich der Wille des Staates in der Rechtsordnung und in der Verwaltung (i. w. S.) unterscheidet, hervorzuheben unterläßt: die Bedingtheit. Diese Bedingtheit und nicht, wie mitunter angenommen wird, die Allgemeinheit, d. h. die Anwendbarkeit auf eine Mehrheit von Fällen ist das Kriterium des Rechtssatzes, der darum stets ein hypothetisches Urteil ist.

XX. Kapitel.

Die Persönlichkeit der Staatsorgane.

Nachdem der Begriff des Staatsorganes seinem Inhalte und Umfange nach auf Grund der Lehre vom Rechtssatze festgestellt worden ist, soll im folgenden von derselben Basis aus das in der Literatur so viel umstrittene Problem der Rechtsstellung des Staatsorganes gelöst werden. Es ist damit die Frage gestellt, ob das Staatsorgan als selbständige Persönlichkeit neben der Staatsperson zu gelten hat und wie das Verhältnis zwischen dem Staate und seinen Organen rechtlich zu konstruieren ist.

Der Begriff der Persönlichkeit wird in der Literatur ganz allgemein mit dem Begriffe des Rechtssubjektes identifiziert, beide Ausdrücke sind alternativ für dasselbe in Gebrauch. Gegen eine solche Terminologie könnte dann nichts eingewendet werden, wenn man unter „Rechtssubjekt“ das Subjekt objektiven Rechtes verstünde, d. h. darunter alles zusammenfaßte, was der Rechtsordnung oder deren Einheit, dem Rechtssatze, gegenüber als „Subjekt“ in Betracht käme. Allein, dem ist tatsächlich nicht so. Die herrschende Theorie begreift unter „Rechtssubjekt“ nicht alle Subjekte des objektiven Rechtes schlechthin, sondern nur jene, die als Träger des sogenannten „subjektiven Rechtes“, der Berechtigung in Betracht kommen. Rechtssubjekt ist nach dieser Anschauung nur der Mensch oder die Mehrheit von Menschen, die von der Rechtsordnung mit subjektiven Rechten, genauer, mit der Fähigkeit, solche subjektive Rechte zu haben, ausgestattet ist. Und mit diesem Begriffe des Rechtssubjektes wird auch der Begriff der Persönlichkeit identifiziert. Als typisches Beispiel sei hier die Definition BERNATZIKS¹⁾ angeführt: „Person oder, wenn

1) Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere. Archiv für öffentliches Recht. V. Bd. S. 193.

man will, juristische Person ist also derjenige Mensch oder menschliche Verband, der und insoweit er die von der Rechtsordnung gewährte oder anerkannte Fähigkeit hat, Träger eines subjektiven Rechtes zu sein.“

Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Rechtsordnung noch andere rechtliche Subjekte gegenüberstehen als diese Träger „subjektiven Rechtes“, die für die herrschende Anschauung schlechthin als „Rechtssubjekte“ gelten. Nicht nur als Subjekt eines „Rechtes“, sondern auch als Subjekt einer Pflicht kann man für die Rechtsordnung in Betracht kommen. Wie immer man den Begriff des subjektiven Rechtes fassen mag, der Strafrechtsordnung stehen die Untertanen ausschließlich als Pflichtsubjekte gegenüber; und selbst wenn man — was nach herrschender Lehre übrigens gar nicht der Fall ist — aus dem Strafrechtssatze irgendein subjektives Recht, etwa das auf Unterlassung des Deliktes, deduziert, kommt doch in erster Linie als Subjekt des Strafrechtssatzes das Pflichtsubjekt in Betracht. Ja, es ist durchaus denkbar, daß eine gesamte Rechtsordnung — nicht nur wie gegenwärtig bloß die Strafgesetze — ausschließlich Rechtspflichten und gar keine subjektiven Rechte statuiert, somit nur Pflichtsubjekte und keine „Rechts“subjekte anerkennt, während das Umgekehrte, d. h. eine Rechtsordnung, die nur „Rechte“, aber keine Pflichten statuiert und daher nur „Rechts“subjekte, aber keine Pflichtsubjekte kennt, unmöglich ist. Denn das Wesen des Rechtssatzes ist die Statuierung einer Rechtspflicht, und wenn man unter „Recht“ nicht bloß den materiellen Reflex einer Rechtspflicht verstehen will, dann ist die Gewährung eines subjektiven Rechtes nicht jedem Rechtssatze wesentlich, sondern nur eine mögliche, keine notwendige Qualität desselben. Darum ist es durchaus gerechtfertigt, wenn man als Subjekt des Rechtes, d. h. des Rechtssatzes, vor allem und in erster Linie das Pflichtsubjekt erkennt. Jedenfalls aber ist es unzulässig, aus dem Begriffe der Rechtsperson den Begriff des Pflichtsubjektes auszuschneiden und „Person“ auf den Begriff des „Rechts“subjektes im engeren Sinne eines Trägers subjektiver Rechte zu beschränken. Sollten die Untertanen als Subjekte der durch Strafrechtssätze statuierten Pflichten nicht als „Person“ in Betracht kommen dürfen? Sollten die Untertanen als Subjekte der durch die Verfassung statuierten Rechtspflichten keine Rechtssubjekte sein? Wie lange ist es überhaupt her, daß durch die Verfassungen auch subjektive Rechte gewährt werden? Zum einzig richtigen, weiteren Begriffe des Rechtssubjektes gehört sowohl das Pflicht- wie das Rechtssubjekt im engeren Sinne, und nur dieser weitere Begriff des Rechtssubjekts darf mit dem Begriffe der Rechtsperson identifiziert werden.

Die fast unbegreifliche Tatsache, daß die herrschende Lehre Rechtspersönlichkeit und Trägerschaft subjektiven Rechtes identifiziert, kommt ja auch in der schon früher verworfenen Terminologie zum Ausdruck, derzufolge das Recht in seiner subjektiven Erscheinungsform schlechthin nur als „Berechtigung“ erfaßt wird. Niemandem fällt es heute bei, unter „Recht im subjektiven Sinne“ auch die Rechtspflicht zu begreifen, obwohl doch gerade die Rechtspflicht als die subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes, dieser Einheit des objektiven Rechtes, gelten muß¹⁾. An anderer Stelle — anlässlich der Untersuchung des sogenannten „subjektiven Rechtes“ im engeren Sinne des üblichen Sprachgebrauches — wird festzustellen sein, ob und welche historisch-psychologischen Motive zu dieser Überspannung und einseitigen Entwicklung des Begriffes des subjektiven Rechtes im engeren Sinne der Befugnis und zu der Vernachlässigung, ja, völligen Ignorierung des Pflichtbegriffes geführt haben. Hier genügt die Konstatierung, daß der Begriff des subjektiven Rechtes im weiteren Sinne sich zu den Begriffen der Pflicht und des subjektiven Rechtes im engeren Sinne (Berechtigung) ebenso verhält wie der Begriff der Rechtsperson oder des Rechtssubjektes im weiteren Sinne zu den Begriffen des Pflicht- und des Rechtssubjektes im engeren Sinne.

Die oben erwähnte Ignorierung des Pflichtbegriffes hat es mit sich gebracht, daß in der herrschenden Literatur das Problem der Persönlichkeit im allgemeinen und insbesondere das Problem der Persönlichkeit der Staatsorgane ausschließlich vom Standpunkte des sogenannten „subjektiven Rechtes“ behandelt wird. Demgegenüber soll im folgenden, entsprechend der durch diese Untersuchungen zu Tage geförderten Erkenntnis von der zentralen Stellung der Rechtspflicht, das aufgeworfene Problem zunächst nur von der Pflichtseite betrachtet werden. Ist bisher immer nur die Frage gestellt worden, ob Staatsorgane Subjekte von selbständigen Rechten und als solche Personen sein können, so soll hier zunächst untersucht werden, ob Staatsorgane Subjekte von selbständigen Rechtspflichten sein müssen, ob es nötig ist, Rechtspflichten anzuerkennen, die nur als solche der Staatsorgane anzusehen sind, ob es Rechtssätze gibt, die nur die Staatsorgane verpflichten. Ist diese Frage zu bejahen, dann ist bereits der Beweis erbracht, daß Staatsorgane als Subjekte selbständiger Rechtspflichten Pflichtsubjekte und somit Personen sind. Dann ist aber auch die Entscheidung der Frage nach den subjektiven Rechten der Staatsorgane — an deren Lösung hierauf geschritten

1) Vgl. oben S. 311 f.

werden mag — nur mehr von sekundärer Bedeutung. Denn ist einmal die Pflichtsubjektivität der Staatsorgane sichergestellt, dann ist ihre Persönlichkeit außer Zweifel, ohne Rücksicht darauf, ob die Existenz subjektiver Rechte der Staatsorgane zugegeben oder geleugnet werden muß.

Der Begriff des „Pflichtsubjektes“ ergibt sich mit dem hier aus dem Rechtssatze entwickelten Begriffe der Rechtspflicht von selbst. Wenn die Rechtspflicht der Untertanen der Rechtssatz in seiner Anwendbarkeit auf ein bestimmtes Subjekt ist, dann ist Pflichtsubjekt jenes Subjekt, auf das ein konkreter Rechtssatz angewendet werden kann. Daß die Rechtspflicht des Staates in der Weise aus dem objektiven Rechtssatze zu subjektivieren ist, daß es der Wille des Staates ist, den der Rechtssatz beinhaltet, und darum des Staates Pflicht ist, wurde ja schon dargetan¹⁾. Als das Wesen der Pflichtsubjektivität oder Persönlichkeit des Staates wurde nun der „Wille“ festgesetzt und dieser „Wille“ als Zurechnungspunkt erkannt. Die Wesensgleichheit der Staatsperson mit allen übrigen Personen zeigt sich nun auch darin, daß die Pflichtsubjekts- oder Personsqualität der letzteren Resultat eines Zurechnungsprozesses ist, der zum Unterschied von dem zur Staatsperson führenden, äußeren, als Vorgang der inneren Zurechnung bezeichnet werden mag.

Die Verpflichtung der Untertanen — d. i. aller Personen mit Ausnahme des Staates — geschieht, wie bereits früher dargetan²⁾, durch die Rechtssätze im engeren Sinne, das sind jene, die einen Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge beinhalten. Der bedingende Unrechtstatbestand nun, an den sich dieser Wille des Staates knüpft, muß stets die Bezeichnung eines Subjektes enthalten, an dem der Staat die Unrechtsfolge realisieren will. Der Unrechtstatbestand muß stets als von irgend jemandem gesetzt erscheinen. In dieser Verknüpfung irgend jemandes mit einem äußeren positiven oder negativen Vorgange (Unterlassen) in dem Unrechtstatbestande eines Rechtssatzes liegt die innere Zurechnung. Stellt man die beiden Bestandteile, das Subjekt und den äußeren Vorgang, einander gegenüber und bezeichnet man den letzteren als Unrechtstatbestand im eigentlichen und engeren Sinne, dann bedeutet die Verbindung beider Elemente im bedingenden Vordersatze der Rechtsnorm die Zurechnung eines Unrechtstatbestandes zu einer bestimmten Person. Welche Verbindung in der Welt des Seins zwischen dem Subjekte und dem Unrechtstatbestande besteht, ist juristisch irrelevant und läßt sich allgemein gar nicht feststellen³⁾. Es kann eine kausale Verknüpfung zwischen beiden be-

1) Vgl. oben S. 435.

2) Vgl. oben S. 348.

3) Der im Texte gewählte Ausdruck ist bewußterweise ungenau. Zwischen

stehen, muß aber nicht. Keine solche Relation besteht z. B. zwischen Unterlassungstatbeständen und dem unterlassenden Subjekte¹⁾. Ebenso wenn ein Rechtssatz bei Sachbeschädigung durch Kinder oder Tiere ohne Schadensgutmachung seitens des Gewalthabers oder Eigentümers, gegen letztere Exekution androht.

Desgleichen kann zwischen Unrechtstatbestand und Subjekt eine geistige Relation des Gewollt- oder Gewußtseins bestehen, muß aber nicht. Die Fahrlässigkeitsdelikte seien hier als Beispiele für letzteren Fall erwähnt. Im übrigen sei auf die bereits im ersten Buche erfolgte Darstellung des Problems verwiesen und nur in Erinnerung gebracht, daß auch die psychischen Elemente des Tatbestandes, welche die vorerwähnte geistige Relation zwischen Subjekt und Unrechtstatbestand voraussetzen, für den Juristen nur als äußere Momente in Betracht kommen, die eine Praesumption der bez. psychischen Vorgänge des Wollens Wissens oder Fühlens veranlassen. Wenn der juristische Sprachgebrauch zweifellos die Tendenz hat, womöglich jeden Unrechtstatbestand als „gewollt“ zu bezeichnen, auch dann, wenn psychologisch von einem Willen keine Spur sein kann, so drückt sich darin die Tatsache aus, daß es im Grunde nur das „Zugerechnet-Werden“ ist, das ihm als „Gewolltsein“ erscheint; und daß es eine arge Verwechslung wäre, auch hier unter „Wille“ etwas anderes als den Zurechnungspunkt, etwa gar die so bezeichnete psychische Tatsache zu verstehen.

Damit ist dargetan, daß die Pflichtsubjektivität oder Persönlichkeit nicht nur des Staates, sondern auch der anderen Subjekte eine durchaus künstliche oder „juristische“ ist, daß sie lediglich als das Resultat eines durch die Rechtsordnung begründeten Zurechnungsprozesses angesehen werden muß²⁾. Von der Basis dieser Erkenntnis aus ist dann auch die in der Literatur vielerörterte Frage zu entscheiden, wie sich die Qualität des „Mensch-Seins“ zu der der Rechtsfähigkeit oder Persönlichkeit verhält. Wenn es auch keinem Zweifel unterliegt, daß das Recht von Menschen gemacht und für Menschen bestimmt ist, wenn auch der Zweck der Rechtsordnung vor allem der Mensch

dem lediglich als konstruierten Zurechnungspunkt zu denkenden Subjekte, der „Person“ oder dem „Willen“, also einer der realen Seinswelt überhaupt nicht angehörigen Tatsache, und dem realen äußeren Tatbestand kann, strenggenommen, überhaupt keine nur für Seinstatsachen mögliche, kausale oder teleologische Relation bestehen. Nur von dem realen „Menschen“, in den der Zurechnungspunkt lokalisiert wird und der von der „Person“ wesensverschieden ist, kann zu dem äußeren Tatbestande eine derartige Beziehung überhaupt gedacht werden. Die im Text gewählte Formulierung paßt sich — einer leichteren Verständigung wegen — der allgemein üblichen, unklaren Identifizierung zwischen „Person“ und „Mensch“ an. 1) Das Nähere vgl. oben S. 73 ff. 2) Vgl. oben S. 187.

ist, für die juristisch einzig wesentliche formale Betrachtung ist dieser Zweck nicht von Belang, haben die Begriffe Mensch und Person keine wesentlich notwendige Verbindung. Faßt man insbesondere den Rechtssatz im engeren Sinne, der den Willen des Staates zu Strafe und Exekution beinhaltet, ins Auge, dann muß man wohl zugestehen, daß es vor allem der Mensch ist, der seiner Natur nach überhaupt fähig ist, die Anwendung eines Rechtssatzes — Strafe und Exekution — zuzulassen, m. a. W. verpflichtet zu werden, Pflichtsubjekt zu sein. Allein, es wäre ein Irrtum zu glauben, daß nur der Mensch diese Fähigkeit habe! Gerade der hier nicht akzeptierten teleologischen Betrachtung kann die bereits in anderem Zusammenhange bemerkte Tatsache nicht entgehen, daß Strafe auch an Tieren vollzogen wird und mit demselben Zweck und dem gleichen Erfolg wie an Menschen¹⁾. Wer die Methoden der Tierdressur kennt, weiß, daß Besserung und Abschreckung auch hier das Ziel der Züchtigung ist. Die äußere Möglichkeit wäre somit durchaus gegeben, daß eine Rechtsordnung als Straf- und Pflichtsubjekt Tiere anerkennt, und tatsächlich haben Strafgesetze primitiver Völker — wie zum Beispiel die älteren deutschen — Tierstrafen statuiert. Eine solche Bestimmung mag sehr thöricht und unzweckmäßig sein — unmöglich ist sie für eine Rechtsordnung nicht! Nicht einmal die tatsächliche Empfänglichkeit für Strafe und Exekution kann eine Grenze für den Begriff des Pflichtsubjektes bilden. In welcher Richtung immer die Rechtsordnung — wenn auch auf noch so unvernünftige Weise — die Unrechtsfolge lenkt, dort wo die rechtliche Zurechnung Halt macht, dort ist das Pflichtsubjekt zu suchen — und wäre es selbst ein lebloser Gegenstand.

Die vollkommene Souveränität der Rechtsordnung in der Anerkennung von Pflichtsubjekten und die Unabhängigkeit des Begriffes der Persönlichkeit von dem des Menschen zeigt sich nicht nur darin, daß viele Rechtsordnungen durchaus nicht alle Menschen als Personen anerkennen — die rechtliche Sach-Natur der Sklaven — sondern insbesondere auch darin, daß es auch abgesehen vom Staate Rechtssubjekte gibt, die durchaus nicht Menschen sind, die sogenannten juristischen Personen²⁾. Obgleich nun die Tatsache der juristischen Personen allgemein anerkannt ist, so wird doch ihr Wesen meist insoferne verkannt, als man — in der irrigen Anschauung befangen, Rechtspersönlichkeit sei nur eine Qualität des Menschen — auch die juristischen Personen irgendwie mit Menschen in Verbindung bringen zu müssen meint. Die Rechtspersönlichkeit einer Korporation

1) Vgl. oben S. 12.

2) Vgl. oben S. 145.

oder Anstalt hat aber mit den Menschen dieser Korporation oder Anstalt gar nichts zu tun. Person ist immer ein juristischer Konstruktionspunkt — eine ideelle, nie eine materielle Tatsache! Die inneren Schwierigkeiten, zu denen die übliche Anschauung führt, zeigen sich deutlich in der früher zitierten Definition BERNATZIKS, die als typisch gelten kann. Nachdem er die Wesensgleichheit zwischen der physischen Person des Menschen und der sogenannten juristischen Person nachdrücklich betont hat, erklärt er, Person sei „derjenige Mensch oder menschliche Verband, der etc.“ Das „Mensch-Sein“ ist für BERNATZIK eine wesentliche Voraussetzung der Persönlichkeit. Allein, ein „menschlicher Verband“ und ein „Mensch“ sind etwas sehr Verschiedenes! Ein Verband ist nur der Ausdruck für eine Relation; Und wenn nach BERNATZIK sowohl ein Verhältnis als auch ein Mensch Rechtssubjekt sein kann, dann muss man vergeblich nach der behaupteten Wesensgleichheit aller Rechtssubjekte fragen. Der Fehler besteht darin, daß der Begriff Mensch überhaupt in die Definition der Person aufgenommen wird. Es ist nicht nur gleichgültig, ob das Substrat der Person „ein Mensch ist, oder eine Mehrheit von solchen“¹⁾, sondern es ist überhaupt gleichgültig, was das „Substrat“ einer Person ist. Dieses materielle Element des Substrates ist für die formal-juristische Konstruktion irrelevant.

Erkennt man als Personen nur menschliche Individuen oder menschliche Verbände, dann ist eigentlich für die Existenz einer „juristischen“ Person kein Platz. Der Unterschied zwischen Sozietät und juristischer Person ist damit verwischt. Denn wenn die „Menschlichkeit“, wie bei BERNATZIK, ein wesentliches Merkmal der Person ist, dann kann unter dem „menschlichen Verbände“ nicht wie oben eine Relation zwischen den Menschen, sondern müssen die Menschen selbst in ihrer Vielheit verstanden werden. Dann ist Subjekt nicht etwas von den einzelnen Menschen Verschiedenes, sondern sind Subjekte diese Menschen selbst, wobei man jeden einzelnen als Teil-Subjekt ansehen muß. Das ist aber der Charakter der Sozietät, während der Korporation gerade die Tatsache wesentlich ist, daß ein von den ihr Substrat bildenden Menschen verschiedenes Subjekt vorhanden ist. Wie übrigens eine Anstalt oder ein Stiftung — die doch gewiß juristische Persönlichkeit besitzen — als „menschlicher Verband“ zu konstruieren sind, mag dahingestellt sein. Das „Substrat“ einer Stiftung ist weder ein Mensch noch eine Mehrheit von Menschen. Und die Verwaltungsorgane derselben mit dem Rechtssubjekt zu verwechseln, wird doch niemandem ernstlich einfallen. Wenn

1) a. a. O. S. 192.

das staatliche Gericht gegen das Vermögen einer Stiftung oder Anstalt, die ihre zivilen Rechtspflichten nicht erfüllen, Exekution führt dann ist absolut kein Mensch und keine Mehrheit von Menschen ausfindig zu machen, denen diese Unrechtsfolge gilt. Die Rechtsordnung kennt Pflichtsubjekte, die keine Menschen sind.

Nach Klarlegung des Pflichtsubjektbegriffes im allgemeinen kann an die Untersuchung der Pflichtsubjektivität der Staatsorgane im besondern und damit an die Frage der Rechtspersönlichkeit derselben geschritten werden. Was zunächst den gegenwärtigen Stand der Literatur in dieser Frage betrifft, so stehen sich vor allem die Vertreter der organischen und die der anorganischen Staatstheorie gegenüber. Nun ist der Gegensatz zwischen beiden Anschauungen wohl ein derartiger, daß ein Problem, von zwei so verschiedenen Standpunkten betrachtet, notwendig eine verschiedene Lösung erfahren muß. Allein, auch Publizisten, welche durchaus nicht die organische Staatstheorie akzeptieren, sind zu Resultaten gelangt, die zu denen der Anorganiker im Widerspruche stehen und eine gewisse Übereinstimmung mit den Ergebnissen der organischen Konstruktion aufweisen. Dabei muß schon hier hervorgehoben werden, daß sich die jeweilige Lösung, welche die organische und die anorganische Theorie resp. deren Vertreter dem in Rede stehenden Problem gegeben haben — wie sich später zeigen wird — nicht ohne weiteres aus der Grundanschauung beider Auffassungen ergibt, vielmehr auf den ersten Blick beide Richtungen zu einer umgekehrten Stellungnahme führen müßten.

Der Gegensatz zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie äußert sich in Bezug auf die Rechtsstellung der Staatsorgane darin, daß die erstere die Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane behauptet, die letztere eine solche entschieden in Abrede stellt. Die Argumentation, welche gegen die Anerkennung einer Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane geltend gemacht wird, gipfelt in der Behauptung, daß eine einheitliche Persönlichkeit des Staates mit einer Vielheit von Persönlichkeiten seiner Organe nicht vereinbar sei. Die Konstruktion der Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane zerreiße den einheitlichen Staatsbegriff und löse ihn in so viele Einzelpersönlichkeiten auf, als es Staatsorgane gebe. Die Vielheit der Staatsorgane mit der Einheit der Staatsperson in Einklang zu bringen, scheint der anorganischen Staatstheorie tatsächlich nicht anders möglich zu sein als durch Negierung der Organpersönlichkeit. Daß eine solche Negation angesichts einer Reihe von rechtlichen Tatsachen unmöglich ist, wird später noch zu zeigen sein. Die Berücksichtigung dieser Tatsachen hat auch die organische Staatstheorie veranlaßt, an der Persönlichkeit der Staatsorgane festzuhalten. Die mit einer derartigen Annahme

verbundene, für die anorganische Theorie scheinbar unlösbare Schwierigkeit, die Vielheit der Organe mit der Einheit des Staates zu verbinden, glaubt die organische Theorie mit dem ihrer Konstruktion spezifischen Mittel beheben zu können, indem sie einfach eine eigenartige, nicht näher zu qualifizierende „organische“ Verbindung zwischen Staat und Organen behauptet.

Es ist hier nicht am Platze, die Beweisführungen beider Theorien im einzelnen nachzuprüfen; dies ist übrigens in der Literatur so eingehend geschehen, daß kaum etwas Neues zu sagen übrig bleibt. Hier soll zunächst gezeigt werden, daß die Persönlichkeit der Staatsorgane — deren Leugnung als unmöglich abgewiesen werden muß — mit der Einheit der Staatsperson auch ohne Zubillfenahme der unjuristischen Vorstellung eines spezifisch „organischen“ Zusammenhanges möglich ist. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der richtig erkannten Lehre vom Rechtssatze.

Der Zusammenhang zwischen der Lehre vom Rechtssatze und dem Probleme der Rechtsstellung der Staatsorgane wird klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß Rechtspflichten, aber auch subjektive Rechte, wie aller Subjekte, so auch der Staatsorgane nur auf Rechtsätzen beruhen können. Gibt es also Rechtspflichten und subjektive Rechte von Staatsorganen, dann müssen sich in der Rechtsordnung entsprechende Rechtssätze nachweisen lassen; und die Grundfrage, auf die das Problem der Organpersönlichkeit zurückzuführen ist, geht dahin, ob die Normen, durch welche die Stellung der Staatsorgane, ihre Pflichten und subjektiven Rechte — wenn sie solche haben — festgesetzt werden, Rechtssätze sind oder nicht.

Bei Beantwortung dieser Frage mußte die staatsrechtliche Literatur ebenso zwiespältig sein, wie im Verhältnis zum Problem der Organpersönlichkeit, dessen jeweilige Lösung mit Notwendigkeit aus der Stellung hervorgeht, die man zur ersten Frage einnimmt. Denn, beruht die Stellung der Organe auf Rechtssätzen, dann gibt es Rechtspflichten und möglicherweise auch subjektive Rechte der Staatsorgane; dann sind Staatsorgane Personen. Leugnet man aber die Persönlichkeit der Organe und damit die Existenz von Rechtspflichten und subjektiven Rechten derselben, können die fraglichen Bestimmungen nicht als Rechtssätze gelten.

So finden wir, daß die Vertreter der anorganischen Staatstheorie, wie z. B. JELLINEK, den organisatorischen Bestimmungen den Charakter von Rechtssätzen absprechen, während die Verfechter der organischen Staatstheorie, GIERKE, PREUSS, aber auch andere, nicht auf dem Boden dieser Lehre stehende Theoretiker, wie z. B. HAENEL, in diesen Normen Rechtssätze erblicken¹⁾.

1) Literaturnachweise bei ANSCHÜTZ, Kritische Studien etc., S. 72 ff.

Die Tatsache, daß diejenigen, welche ein staatliches Amt versehen, wenigstens regelmäßig Subjekte von Pflichten — Amts- oder Dienstpflichten — sind, ist unzweifelhaft. Das können auch die Leugner der Organpersönlichkeit nicht in Abrede stellen; allein, der Konsequenz, die Organe als Pflichtsubjekte und somit als Personen aufzufassen, weichen sie dadurch aus, daß sie eine Unterscheidung zwischen dem Organe als Institution und dem physischen Organträger vornehmen. Insbesondere JELLINEK¹⁾ ist es, der mit der scharfen Trennung dieser beiden Begriffe operiert und dadurch die Lösung des Widerspruches zu geben glaubt, daß Organe Subjekte von Pflichten oder auch Rechten, nicht aber Personen seien. Das Staatsorgan als solches, sagen die Anhänger dieser Theorie, habe keine Pflichten oder Rechte, das Organ als abstrakte Institution habe einen Kompetenzkreis, sei daher keine Person im Rechtssinne. Pflichten und unter Umständen subjektive Rechte habe nur der physische Organträger, der sehr wohl zum Staate in einem Rechtsverhältnisse stehen könne, daher als Subjekt von Pflichten und Rechten Person im Rechtssinne sei. Was die organisatorischen Bestimmungen anlange, auf denen die Stellung des Organes beruhe, so seien dies Ausflüsse der freien Verwaltungsbefugnis des Staates. Sie seien wohl Normen, d. h. Befehle, Anordnungen, nicht aber Rechtssätze, da ihr Zweck nicht der der Rechtssetzung sei; sie statuieren keine Rechts-, sondern nur Amtspflichten der Organträger.

In dieser Unterscheidung zwischen Organ als Institution und den Organträger kann jedoch eine Lösung des Problems nicht erblickt werden. Niemals ist von irgend jemandem behauptet worden, daß eine abstrakte Institution, etwa die Einrichtung der Bezirksrichter u. ä. Persönlichkeit sei und als solche Pflichten und Rechte habe. Auch die Organtheoretiker haben dies niemals behauptet. Es bestünde nicht der geringste Gegensatz zwischen beiden Richtungen, wenn die Anorganiker nur die Persönlichkeit der abstrakten Institutionen in Abrede stellten. Was strittig ist, das ist die Frage, ob die Organträger als Personen zu gelten haben, ob ihre Pflichten Rechtspflichten sind. Die JELLINEKSche Unterscheidung könnte nur dann irgendeine Bedeutung haben, wenn der Begriff des Staatsorganes, wie er allgemein gebraucht wird und staatsrechtlich überhaupt in Betracht kommt, tatsächlich nicht den Organträger, sondern das Organ als abstrakte Institution bedeutete! Gerade das Gegenteil ist aber der Fall und JELLINEK selbst, wie auch alle Anorganiker, gebrauchen das Wort Organ in allen wesentlichen Konstruktionen im Sinne der Organträger und nicht einer abstrakten Institution.

1) Allgem. Staatslehre, 2. Aufl. S. 546 ff.

Wenn die Vertreter der anorganischen Staatstheorie behaupten, daß der einheitliche Wille, dessen jeder Verband bedarf, kein anderer als der menschlicher Individuen sein kann, und daß als Verbandsorgan, das ist als Willenswerkzeug des Verbandes jenes Individuum zu betrachten sei, dessen Wille als Verbandswille gilt, soweit die Beziehung auf den Verband reicht — und das ist die Organdefinition JELLINEKS¹⁾ selbst — dann zeigt sich deutlich daß auch die anorganische Staatstheorie unter „Staatsorgan“ nicht die abstrakte Institution, sondern den physischen Organträger verstehen muß. Wenn man von der Wahl oder Ernennung der Organe spricht, so kann man dabei nur den Organträger im Auge haben, denn Institutionen werden nicht ernannt oder gewählt.

Wenn die juristische Person des Staates nur durch Organe handeln — und nach üblicher Anschauung auch „wollen“ — kann, dann sind es wieder nur die Organträger, die unter dem Terminus „Organ“ verstanden werden müssen. Alles, was staatsrechtlich Relevantes von „Organen“ ausgesagt wird — auch seitens der Vertreter der anorganischen Staatstheorie — kann sich nur auf die Organträger, nicht auf die abstrakten Institutionen der Organschaft beziehen. Nicht die Ministerschaft, das Königtum, die Präsidentschaft etc. sind Staatsorgane, sondern Minister, Könige, Präsidenten etc. Denn die juristische Person des Staates, die einen selbständigen „Willen“ hat, braucht nur darum und nur insoferne „Organe“, als sie Menschen braucht, die handeln und deren Handeln als das der juristischen Person gilt. Weil der staatsrechtlich relevante Begriff des Staatsorganes vollkommen identisch ist mit dem des Organträgers, ist die ganze JELLINEKSche Unterscheidung bedeutungslos.

Damit bleibt aber das Problem, das in der Unvereinbarkeit der einheitlichen Staatspersönlichkeit mit der Persönlichkeit der einzelnen Staatsorgane gelegen scheint, vom Standpunkte der anorganischen Staatstheorie ungelöst. Denn die Persönlichkeit der Organträger wird nicht geleugnet, wenn auch eine Organpersönlichkeit (d. i. Persönlichkeit der Staatsorgane) nicht anerkannt wird. Der Begriff des Staatsorganes fällt aber — wie gezeigt — mit dem des Organträgers zusammen und die einheitliche Staatsperson ist mit der Persönlichkeit ihrer Organträger ebenso unvereinbar, wie sie es mit der Persönlichkeit ihrer Organinstitutionen wäre — wenn letzteres überhaupt einen Sinn hätte. Es liegt entweder gar kein Problem und keine Differenz zwischen der organischen und der anorganischen

1) a. a. O. S. 526.

Persönlichkeitstheorie vor oder Problem und Differenz liegen in dem Nebeneinander von einheitlicher Staatspersönlichkeit und Persönlichkeit der Organträger. Während die organische Theorie dieses Problem durch die ihr spezifische „organische“ Konstruktion zu lösen versucht, bleibt die anorganische Theorie darauf die Antwort schuldig. Und muß sie schuldig bleiben! Denn ihre Vertreter — vor allem JELLINEK — basieren die Rechtspersönlichkeit auf dem Willen. Da sie aber alle unter „Willen“ die so bezeichnete psychische Tatsache verstehen, können sie — wie ja die früher erwähnte Organdefinition zeigt — den Staatswillen nur in dem Willen menschlicher Individuen erkennen. Da sie den Staat auch durch seine Organe „wollen“ lassen müssen, dürften sie konsequenterweise überhaupt nur diese physischen Organträger als Personen erfassen, denn nur diese weisen ja das erforderliche Substrat einer Persönlichkeit — den psychischen Willen — auf. Eine Staatsperson außerhalb der menschlichen Organpersonen kann es nach dieser Auffassung nicht geben. Nur durch gewaltsame Fiktionen ist dann das gewünschte Resultat zu erzielen, das die genaue Umkehrung dessen bedeutet, was aus den angenommenen Voraussetzungen folgen müßte. Der psychologische Wille als Basis der Persönlichkeit führt zur Anerkennung einer Vielheit von menschlichen Organpersönlichkeiten und der Negation einer selbständigen Staatspersönlichkeit; die anorganische Theorie aber konstruiert gerade auf dieser Willens- und Persönlichkeitstheorie eine selbständige Staatspersönlichkeit und negiert die Persönlichkeit der Staatsorgane!

Die richtige Erkenntnis von der Natur des Staatswillens und von der Struktur des Rechtssatzes — dieser Zurechnungsregel in der Form eines hypothetischen Urteils über einen Staatswillen — führt zur Lösung des Problems.

Man vergegenwärtige sich kurz als notwendige Voraussetzung die Grundlinien dieser Konstruktion:

Als Rechtssatz im weiteren Sinne wurde jeder in der Rechtsordnung ausgesprochene, an bestimmte Bedingungen geknüpfte Wille des Staates zu einem eigenen Handeln erkannt. Er ist gleichbedeutend mit einer Rechtspflicht des Staates zu diesem Handeln. Ist der Wille des Staates auf die Unrechtsfolgen, Strafe oder Exekution gerichtet, liegt ein Rechtssatz im engeren Sinne vor; dieser statuiert nicht nur eine Rechtspflicht des Staates, zu strafen oder zu exequieren, sondern auch eine Rechtspflicht der übrigen Subjekte, jenes Verhalten zu unterlassen, an das die Unrechtsfolge geknüpft ist. Mit Rücksicht auf die Tatsache, daß der Wille des Staates die Rechtsordnung zum Inhalte hat, unterscheidet sich die verpflichtende

Funktion des Rechtssatzes der Staatsperson gegenüber von jener den übrigen Subjekten gegenüber. Denn die letzteren kommen für die Rechtsordnung nur als „mögliche Rechtsverletzer“ in Betracht. Der Rechtssatz bedeutet vom formal-juristischen — nicht vom sozial-ethischen — Standpunkte aus im Verhältnis zu diesen Subjekten eine Reaktion gegen das Unrecht. Dem Staate gegenüber kann der verpflichtende Rechtssatz niemals diese Bedeutung haben, denn der Staat kann niemals unrecht handeln. Es ist unmöglich anzunehmen, daß der Staat, dessen Willen das Recht ist, in irgendeinem Falle gegen das Recht, das wäre gegen seinen eigenen Willen handelte. Das bedeutete die Aufhebung eines einheitlichen Staatswillens und damit die Zerstörung der einheitlichen Staatspersönlichkeit. Die Staatsorgane, durch die allein die juristische Person des Staates handelt, repräsentieren den Staat nur insoferne, als sie dessen Willen realisieren. Im Staatsorgane, das gegen den Staatswillen handelt, handelt nicht der Staat; nicht dem Staate kann zugerechnet werden, wofür es in der Rechtsordnung keine Zurechnungsregel — d. h. keinen Rechtssatz gibt. Hat man erkannt, daß im Rechtsstaate die Verwaltung im weiteren Sinne oder die Exekutive Inhalt von Rechtssätzen sein muß, daß der Rechtssatz i. w. S. die erforderliche gesetzliche Basis für die Tätigkeit des Rechtsstaates bildet und deshalb auch Verwaltungssatz genannt werden kann, dann darf man nicht daran zweifeln, daß der Wille des Staates in der Rechtsordnung und der Wille des Staates in der Verwaltung — das ist des handelnden Staates — niemals inhaltlich verschieden oder gar einander entgegengesetzt sein können. Darum kann das rechtswidrige Verhalten des Staatsorganes nicht als Handlung des Staates gelten, darum kann nicht dem Staate zugerechnet werden, daß im konkreten Falle des Staates Rechtspflicht nicht erfüllt wird. Ist das Staatsorgan rechtlich verpflichtet, den Willen des Staates in einem bestimmten Umfange zu realisieren, dann bedeutet die fallweise Nichtrealisierung einen Unrechtstatbestand, der zweifellos dem Staatsorgane zuzurechnen ist, während bei der Realisierung des Staatswillens die Zurechnung zur Staatsperson geht.

Die Stellung der Staatsorgane, deren der in der Rechtsordnung ausgesprochene Wille des Staates, zu strafen, zu exequieren, Arme zu unterstützen, Straßen zu bauen usw. zu seiner Realisierung bedarf, kann nun eine doppelte sein: Entweder sind die Staatsorgane pflichtmäßig verbunden, den in der Rechtsordnung ausgesprochenen Willen zu realisieren, oder — und das ist der Ausnahmefall — es bedarf einer pflichtmäßigen Normierung ihrer Funktion darum nicht, weil ihr subjektives Interesse an der Ausführung des staatlichen Willens ein

so großes ist, daß eine Nachteilsdrohung für den Fall der Nichtvornahme überflüssig scheint; es wird ein Recht des Organes auf Organstellung in der Rechtsordnung statuiert. Solcher Natur ist die Stellung des Monarchen als Chef der Exekutive. Die nähere Struktur dieser Konstruktion wird später zu untersuchen sein. Hier kommt zunächst nur rechtspflichtmäßige Tätigkeit des Staatsorganes, die als die regelmäßige bezeichnet werden muß, in Betracht.

Ist das Staatsorgan zur Ausübung seiner spezifischen Tätigkeit rechtlich verpflichtet, dann muß man scharf zwischen dem Rechtssatze unterscheiden, der den Willen und somit die Rechtspflicht des Staates zu einer bestimmten Tätigkeit statuiert, und jenem, auf Grund dessen das menschliche Organ diesen Staatswillen zu realisieren hat. Aus dem Rechtssatze, daß der Staat den Dieb bestrafen will, folgt zunächst noch keineswegs die Pflicht irgendeines Organes, diese Strafe in einem konkreten Falle zu vollziehen. Aus diesem Rechtssatze geht nur die Rechtspflicht der Staatsperson, zu strafen, und die Rechtspflicht der Untertanen auf Unterlassung des Diebstahles, d. i. auf die sogenannte „Befolgung“ der Rechtsnorm hervor. Zur „Vollziehung“ oder „Realisierung“ dieses Rechtssatzes durch das Staatsorgan bedarf es vielmehr noch eines besonderen hiezu verpflichtenden Satzes. Dieser ist für die pflichtmäßige Organstellung in der die spezifischen Disziplinarunrechtsfolgen statuierenden Norm zu erblicken.

Die Pflicht der Staatsorgane, den in einem Rechtssatze ausgedrückten Willen des Staates auszuführen, beruht nicht auf eben diesem Rechtssatze, sondern auf einem besonderen, diese Pflicht statuierenden Satze, der sich als Rechtssatz im engeren Sinne qualifiziert; denn er beinhaltet einen Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge, einer Strafe, und knüpft diesen Willen an die Nichtrealisierung des in einem anderen Rechtssatze enthaltenen Willens des Staates seitens des Staatsorganes. Jeder Satz der Rechtsordnung oder auch — wie später zu zeigen ist — jeder Akt der Verwaltung, der eine bestimmte Tätigkeit in den Pflichtkreis eines Organes stellt, schafft juristisch eine Voraussetzung für den Eintritt der — regelmäßig in einer Generalklausel¹⁾ statuierten — Disziplinarstrafe.

Der Disziplinarrechtssatz ist es, der in seiner Subjektivierung die Rechtspflicht des Staatsorganes bedeutet.

1) So wie die Unrechtsfolge der Exekution bei den zivilen Rechtspflichten statuierenden Sätzen des bürgerlichen Gesetzbuches aus gesetztechnischen Gründen für alle Rechtssätze gemeinsam in einer Generalklausel, nämlich in der Exekutionsordnung gegeben ist. Vgl. oben S. 240.

Die Unterscheidung des Disziplinarrechtssatzes von jenem, dessen Realisierung durch den Disziplinarrechtssatz als Pflicht des Staatsorganes statuiert wird, führt zur Lösung des Problems der Organpersönlichkeit.

Jenem Rechtssatze gegenüber, den das Staatsorgan zu realisieren hat, z. B. Richter und Strafvollzugsbeamte im Verhältnis zum Strafrechtssatze, (durch welchen Diebstahl, Mord usw. mit Strafe bedroht, also eine Pflicht des Staates zur Strafe, eine Pflicht der Untertanen zur Unterlassung des Deliktes statuiert wird) — diesem Rechtssatze gegenüber kann das Staatsorgan niemals als Persönlichkeit, d. h. als Pflichtsubjekt in Betracht kommen. In Bezug auf diesen Rechtssatz kann zwischen Staat und Organ überhaupt keine Relation, sondern muß eine Identität angenommen werden. Denn in dem den Staatswillen realisierenden Organe handelt der Staat selbst. Die so qualifizierte Handlung des Organes ist Handlung des Staates. Den Rechtssatz, welcher den Staat zu einem Verhalten verpflichtet, befolgt der Staat und — handelt es sich um einen Rechtssatz im engeren Sinne — eventuell auch der Untertan. Das Staatsorgan führt ihn aus und steht in dem spezifischen Subjektverhältnis nur zu dem Rechtssatze, der seine Dienstpflicht statuiert, dem Disziplinarrechtssatze.

Zwischen dem vom Staatsorgane zu realisierenden Rechtssatze und dem Staatsorgane liegt kein derartiges Subjektverhältnis vor. Das Staatsorgan kann ihm gegenüber nicht als Person, das ist als Endpunkt der Zurechnung in Betracht kommen, weil gerade dieser Rechtssatz jene Regel enthält, auf Grund welcher die den Staatswillen realisierenden Handlungen nicht dem physisch Handelnden selbst, sondern der Staatsperson zugerechnet werden müssen. Diese Zurechnung der Organhandlungen geht gleichsam durch die physisch Handelnden und ihren psychischen Willen hindurch auf einen hinter ihnen gedachten Punkt; und dieser gemeinsame Zurechnungspunkt aller Organhandlungen ist der Wille oder die Persönlichkeit des Staates. Eine solche Staatspersönlichkeit ist mit der Persönlichkeit der Organe in Bezug auf den durch das betreffende Staatsorgan zu realisierenden Rechtssatz logisch unvereinbar. Denn im Verhältnis zu einem Rechtssatze Persönlichkeit sein — und nur im Verhältnis zu einem Rechtssatze kann man Person sein — heißt Endpunkt der Zurechnung sein. Der oben charakterisierte Zurechnungsprozeß bedeutet aber geradezu die Eliminierung, die für die juristische Konstruktion erfolgte Ausschaltung des physisch handelnden, den Staatswillen realisierenden Organes. Weil das Organ in dieser Relation nicht als Endpunkt, sondern als Durchgangspunkt der rechtlichen

Zurechnung fungiert, hat es rechtlich keinen „Willen“; darum ist es unrichtig, den Staat auch durch seine Organe „wollen“ zu lassen. Läßt man den Staat einen „Willen“ haben, kann er durch seine Organe nur mehr „handeln“, denn „wollen“ heißt Endpunkt der Zurechnung sein. Und indem der Staat — immer nur im Verhältnis zu dem durch das Staatsorgan zu realisierenden Rechtssatze — allein als Willenssubjekt in Betracht kommt, kann er auch nur allein als Persönlichkeit gelten. Und in diesem Sinne, d. h. nur in der Relation zu dem von ihm zu realisierenden Rechtssatze, ist das Staatsorgan juristisch keine Person.

Dies ist jedoch keineswegs unvereinbar mit der Tatsache, daß das Staatsorgan als Subjekt seiner Organpflichten, wie jedes Pflichtsubjekt, Rechtspersönlichkeit besitze; denn als Subjekt seiner Organpflicht kommt es nicht jenem Rechtssatze gegenüber in Betracht, der die Staatspflicht statuiert, die es zu realisieren hat, jenem Rechtssatze, für den nur der Staat, nicht das Organ als Person in Erscheinung tritt, sondern als Pflichtsubjekt und somit als Person steht das Staatsorgan dem Disziplinarrechtssatze gegenüber; dieser Rechtssatz ist es, der das Staatsorgan verpflichtet, einen Willen des Staates — das ist also eine Rechtspflicht des Staates (oder objektiv: einen Rechtssatz) — innerhalb eines bestimmten Ressorts oder Dienstkreises zu verwirklichen. Diesem Rechtssatze gegenüber, auf dem die konkrete Dienstpflicht eines bestimmten Organes beruht, erscheint das Organ als verpflichtetes Subjekt, als Person. Dieser Rechtssatz allein läßt sich im Verhältnis zum Organ subjektivieren, denn nur dieser Rechtssatz läßt sich auf das Organ anwenden. Ihn kann das Organ „befolgen“ und ihn allein „verletzen“. Im Verhältnis zu diesem Rechtssatze kommt das Organ ebenso als möglicher Rechtsverletzer in Betracht wie alle Untertanen gegenüber den Rechtssätzen, durch die sie rechtlich verpflichtet werden, und doch ist es auch in dieser Hinsicht „Organ“ und seine bezüglichlichen Rechtspflichten spezifische Organpflichten. Verletzt das Organ diesen seine Dienstpflicht statuierenden Rechtssatz, so verwirkt es die Disziplinarunrechtsfolgen und in eben diesem Augenblicke kann sein Verhalten nicht mehr dem Staate, sondern muß ihm selbst, der Organperson, zugerechnet werden. Das dienstpflichtwidrig handelnde Organ ist nicht mehr Durchgangs-, sondern Endpunkt der rechtlichen Zurechnung: das Organ in dieser Relation Person.

Die scharfe Trennung in dem Verhältnis des Organes einerseits gegenüber dem von ihm zu realisierenden Rechtssatze und dem darin ausgesprochenen Staatswillen, resp. der darin statuierten Staatspflicht — andererseits gegenüber dem zu dieser spezifischen Organ-

tätigkeit verpflichtenden Disziplinarrechtssatze — diese prinzipielle Unterscheidung löst auch den Widerspruch, der darin gelegen scheint, daß die Staatsperson nicht unrecht oder pflichtwidrig handeln kann, dennoch aber Staatspflichten unerfüllt bleiben, ja, auch das Gegenteil von dem geschehen mag, was Wille und Pflicht des Staates ist. Denn die hier vollzogene Konstruktion ermöglicht es, einen solchen Unrechtstatbestand, dessen tatsächliches Vorkommen nicht in Abrede gestellt werden kann, als Rechtswidrigkeit des Staatsorganes aufzufassen, das in Verletzung seiner Organpflicht unterlassen hat, den Staatswillen zu realisieren, wie er ihm durch den Disziplinarrechtssatz zur Verwirklichung in seine Kompetenz gesetzt ist; so kann dieser Unrechtstatbestand als Verletzung eines das Staatsorgan verpflichtenden Rechtssatzes dem Staatsorgane zugerechnet und die innere Unhaltbarkeit eines staatlichen Unrechtes vermieden werden.

Die hier durchgeführte Konstruktion beruht auf der Auffassung, daß das Staatsorgan als Subjekt seiner Amts- oder Dienstpflicht, d. i. also im Verhältnis zu jenen Sätzen, die es zu seiner spezifischen Organtätigkeit verbinden, vom formal-juristischen Standpunkte aus die gleiche Stellung einnimmt, wie die Untertanen als Subjekte aller ihrer Rechtspflichten im Verhältnis zu den diese Rechtspflichten statuierenden Rechtssätzen; m. a. W. es werden die Organpflichten als Rechtspflichten der Staatsorgane anerkannt. Diese Konstruktion kann freilich nicht als *communis opinio* bezeichnet werden. Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen Rechtspflicht und Amtspflicht, welche letztere sie nicht als Rechtspflicht gelten läßt, und setzt das Staatsorgan, d. h. in ihrem Sinne den physischen Organträger als Subjekt seiner Organpflicht dem Untertan als Subjekt der Rechtspflichten nicht gleich¹⁾. Allein, eine solche Unterscheidung zwischen Rechtspflichten und rechtlich doch irgendwie relevanten Organpflichten muß entschieden abgelehnt werden. Es gibt für den Juristen nur eine Art von Pflichten, das sind Rechtspflichten, alle anderen, seien es religiöse, sittliche politische oder sonstige Pflichten sind für seine Betrachtung nicht vorhanden. Eine Pflicht ist entweder eine Rechtspflicht oder sie ist für die rechtliche Konstruktion überhaupt keine Pflicht. Die Annahme von Amtspflichten neben den allgemeinen Rechtspflichten bedeutet die Preisgabe des einheitlichen Pflichtbegriffes, der ein Zentralbegriff und das Grundpostulat aller juristischen Konstruktion ist. Die Unterscheidung zwischen Amtspflichten und Rechtspflichten ist tatsächlich unhaltbar und führt bei den Theoretikern, die

1) Vgl. z. B. ANSCHÜTZ a. a. O. S. 78 und SELIGMANN a. a. O. S. 104.

sie vornehmen, zu offenbaren Widersprüchen. Dies wird aus dem folgenden ersichtlich sein.

Was die Organ- oder Amtspflicht von den übrigen Rechtspflichten unterscheiden könnte, wäre entweder die Person des Subjektes oder die Art ihrer Sanktion.

Was zunächst den ersten Punkt betrifft, so hat man die Amts- oder Organpflichten darum nicht als Rechtspflichten anerkennen wollen, weil man die Organe nicht als Rechtssubjekte gelten lassen durfte. Leugnet man aber eine selbständige rechtliche Subjektivität der Organe, dann stellen die Amtspflichten subjektlose Pflichten dar, was natürlich ein nonsens sein muß. Nun weichen die Vertreter dieser Konstruktion einem solchen Vorwurfe dadurch aus, daß sie erklären, Subjekt der Organpflichten sei der Staat. So sagt z. B. ANSCHÜTZ ausdrücklich, „daß man nicht von Rechten und Pflichten eines Staatsorganes, sondern nur des Staates selbst reden kann“¹⁾. Freilich spricht derselbe Autor kurz vorher von „der Dienstpflicht der Beamten“²⁾. Dabei muß betont werden, daß gerade mit der Annahme des Staates als des Subjektes aller Organpflichten die Notwendigkeit, die letzteren als Rechtspflichten zu erkennen, unvermeidlich wird. Denn dann fällt natürlich das Moment, das den Rechtspflichtcharakter der Organpflichten auszuschließen scheint: die mangelnde Persönlichkeit ihres Subjektes, weg. Die Pflichten der Staatsperson als Rechtspflichten zu erkennen, ist schließlich der Sinn alles Staatsrechtes! Und auch ANSCHÜTZ steht durchaus auf dem Standpunkte der Möglichkeit rechtlicher Verpflichtung des Staates.

Die Konstruktion, welche Amtspflicht und Staatspflicht identifiziert, die Behauptung, es gebe keine Pflichten der Organe, resp. Organträger, man könne nur von Pflichten des Staates sprechen, führt, ganz durchgedacht, zu schwer haltbaren Konsequenzen. So ist es schlechterdings unmöglich, die Kompetenzabgrenzung der Staatsorgane untereinander auf Grund dieser Konstruktion theoretisch durchzuführen. Die durch Kompetenzbestimmungen näher determinierte Amtspflicht hat notwendig einen doppelten Inhalt. Einerseits wird das Organ zu ganz bestimmter Funktion verbunden, andererseits wird es aber auch verpflichtet, nur diese Handlungen und keine anderen vorzunehmen: d. h., es ist zur Unterlassung von Handlungen verpflichtet, zu deren Vornahme ein anderes Organ kompetent ist. So ist z. B. nach der österreichischen Exekutionsordnung (vom 27. Mai 1896, RGB Nr. 79) § 18 zur Exekution auf ein im Inlande gelegenes und in einem öffentlichen Buche eingetragenes, unbewegliches

1) a. a. O. S. 73.

2) a. a. O. S. 71.

Gut nur das Bezirksgericht, d. h. der Bezirksrichter verpflichtet, bei welchem sich die Einlage über das betreffende Gut befindet. Damit ist jeder Bezirksrichter verpflichtet, Exekutionen außerhalb seines Kompetenzsprengels, also im Gebiete eines anderen kompetenten Gerichtes zu unterlassen. Vollzieht das inkompetente Gericht eine Exekution, liegt zweifellos eine Pflichtverletzung vor und zwar eine Verletzung der Amtspflicht des inkompetenten Bezirksrichters. Identifiziert man Amtspflicht und Staatspflicht, dann muß man wohl oder übel zugeben, daß der Staat ebendasselbe zu unterlassen verpflichtet ist, was derselbe Staat zu tun verpflichtet ist! Wendet man ein, daß der Staat als Bezirksgericht A nicht der Staat als Bezirksgericht B sei, dann hat man die Einheit der Staatspersönlichkeit geopfert, derzuliebe man die Identifizierung von Amtspflicht und Staatspflicht vornehmen zu müssen glaubte. Die gegenseitige Abgrenzung der Willenssphären der einzelnen Organe untereinander, die Kompetenzabgrenzung, ist bei der Identifizierung von Staats- und Organpflicht unbegreiflich.

Eine überaus wichtige Erscheinung, die ohne die Annahme selbstständiger Organpflichten, die nicht Staatspflichten sind, juristisch unkonstruierbar wäre, sind die Freiheitsrechte. Es wurde bereits in einem anderen Zusammenhange ¹⁾ hervorgehoben, daß es Unterlassungspflichten des Staates nicht geben könne. Das hängt damit zusammen, daß der Staat nur dazu rechtlich verpflichtet ist und ihm daher nur dasjenige zugerechnet werden kann, was er ausdrücklich und positiv gewollt hat. Die Organe des Staates sind — im Rechtsstaate — nur zur Vornahme jener Akte verpflichtet, die in der Rechtsordnung, d. h. in einem Rechtssatze ausdrücklich als vom Staate gewollt bezeichnet sind. Handeln sie mehr, repräsentieren sie nicht mehr den Staat. Beabsichtigen die Gesetzgeber, daß der Staat irgend etwas nicht tue, so brauchen sie einfach den Staat in der Rechtsordnung diese Handlung nicht wollen zu lassen, d. h. es genügt, daß in der Rechtsordnung ein Rechtssatz fehlt, in dem der Staat dasjenige tun will, was der Gesetzgeber nicht haben möchte. Da der Staat kein Unrecht begehen kann, darf bei einem solchen Zustand der Rechtsordnung kein Vorgehen eines Staatsorganes, das die betreffende verpönte Handlung setzt, dem Staate zugerechnet, als Staatsakt betrachtet werden. Und weil der Staat eine derartige Handlung nicht begehen kann, wäre es töricht, ihn zur Unterlassung einer solchen ausdrücklich zu verpflichten. Allein, die menschlichen Organe können ein Unrecht begehen. Sie können tatsächlich Eingriffe vornehmen, zu

1) Vgl. oben S. 438 ff.

denen sie mangels eines bezüglichen Rechtssatzes als Organe nicht befugt sind. Wenn auch ein solcher Tatbestand schon auf Grund des die Dienstpflicht statuierenden, durch die Kompetenzbestimmungen näher determinierten Disziplinarrechtssatzes eine strafbare Rechtswidrigkeit bedeutet, so ist doch immerhin eine ausdrückliche Bestimmung, welche die Unterlassung gewisser derartiger Eingriffe pflichtmäßig statuiert, außerdem noch möglich, wenn auch nicht notwendig. Sie hebt aus dem Komplexen dessen, was das Staatsorgan zu unterlassen bei Verwirkung der Disziplinarrechtsfolgen verpflichtet ist, einen bestimmten Tatbestand heraus und bildet so im Zusammenhange mit den die Disziplinarunrechtsfolgen statuierenden Vorschriften einen Rechtssatz, durch welchen die Unterlassungspflicht eines Staatsorganes normiert wird. Einen solchen Rechtssatz mag man als eine wiederholende Norm bezeichnen, weil er eine Pflicht aufstellt, die schon anderweitig geschaffen ist; man mag vielleicht auch darin nur eine Deklaration erblicken, daß eine bestimmte Unterlassungspflicht eines Staatsorganes besteht. In Bezug auf die Staatsperson aber kann den negativen Verfassungsbestimmungen über Freiheitsrechte überhaupt kein rechtlich relevanter Sinn abgewonnen werden. Nach dieser Richtung bedeuten sie nur die Konstatierung, daß der Staat zu irgendeinem Verhalten nicht verpflichtet ist, was natürlich sehr verschieden ist von der Verpflichtung zu einer Unterlassung.

Mehr als ein wiederholender Rechtssatz oder eine bloße Deklaration über schon bestehende Unterlassungspflichten der Staatsorgane ist in den fraglichen Verfassungsbestimmungen dann zu erblicken, wenn sie zugleich besondere, von den allgemeinen Disziplinarunrechtsfolgen verschiedene Sanktionen für das pflichtwidrige Verhalten der Staatsorgane aufstellen. Als Beispiel sei hier das österreichische Gesetz vom 6. April 1870, RGB. Nr. 42 zum Schutze des Brief- und Schriftengeheimnisses erwähnt; durch dieses wird das im Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 142, Art. 10) gewährleistete Freiheitsrecht, das mit den Worten charakterisiert wird: „Das Briefgeheimnis darf nicht verletzt und die Beschlagnahme von Briefen nur in Kriegsfällen etc. vorgenommen werden“, näher ausgeführt.

Es enthält eine Reihe von Strafbestimmungen gegen Staatsorgane. § 1 sagt nach Festlegung des Verletzungstatbestandes: „Diese Übertretung ist, wenn sie von einem Beamten oder Diener oder einer anderen im öffentlichen Dienste bestellten Person in Ausübung des Amtes oder Dienstes verübt wurde, mit Arrest bis zu sechs Monaten, außerdem aber mit Geldstrafe bis zu fünfhundert

Gulden österreichischer Währung oder mit Arrest bis zu drei Monaten zu bestrafen“. Hier ist ein selbständiger, die Staatsorgane zu einer bestimmten Unterlassung verpflichtender Strafrechtssatz gegeben. Deutlich tritt aus den zitierten Gesetzesstellen als Subjekt jener Unterlassungspflicht, durch die das Briefgeheimnis im Interesse der Untertanen geschützt wird, das Staatsorgan und nicht die Staatsperson hervor. Nur auf die „in Ausübung des Amtes oder Dienstes“ befindliche Organperson, nicht auf den Staat bezieht sich der — materiell eine Strafdrohung darstellende — Rechtssatz. So zeigt sich denn, daß die Unterscheidung von Staatsperson und Organperson, von Staats- und Organpflicht insoferne von Bedeutung ist, als die Freiheitsrechte der Untertanen wohl als Unterlassungspflichten der Staatsorgane, nicht aber als irgendwelche Pflichten der Staatsperson einer juristischen Konstruktion zugänglich sind.

Die Differenz zwischen Organ- und Staatspflicht, die eine Identifizierung beider unmöglich macht, besteht nicht nur in der Richtung, daß das Organ zu Unterlassungen verpflichtet sein kann, die nicht als Inhalt einer Staatspflicht erkannt werden dürfen, das Organ ist als solches auch zu Handlungen rechtlich verpflichtet, für welche die Staatsperson als Pflichtsubjekt anzunehmen, keine Möglichkeit, zumindest keine Notwendigkeit gegeben ist. Wenn auch das Staatsorgan nur insoferne den Staat repräsentiert, als es einen Willen des Staates zu eigenem Handeln realisiert, wenn auch eine Person nur dieser Realisierung des Staatswillens wegen Staatsorgan ist, so haben dennoch nicht alle Organpflichten nur die Realisierung eines Willens der Staatsperson zu einem eigenen Handeln zum Inhalt. Es gibt tatsächlich eine Reihe von Organpflichten, d. h. Pflichten, die speziell nur Staatsorgane haben, die zu einem Handeln verbinden, das dem Staate zuzurechnen, keinen vernünftigen Sinn hätte. Das Tragen einer Uniform im Dienste, die Einhaltung bestimmter Amtsstunden zum Beispiel, sind Dienstpflichten, als deren Subjekt wohl das Organ als solches, nicht aber die Staatsperson gelten kann. Ueberdies handelt es sich hier meist um Pflichten, die für die verschiedenen Organ-kategorien verschieden sind, so zwar, daß oft das eine Organ zu tun verpflichtet ist, was das andere zu unterlassen hat. Unterscheidet man da wiederum zwischen dem Staate in diesem und dem Staate in jenem Organe, dann ist es um die Einbeit der Staatsperson geschehen. Der Ausweg aus allen diesen Widersprüchen führt notwendig zur prinzipiellen Scheidung von Rechtspflichten des Staates und Rechtspflichten der Staatsorgane und zu der damit verbundenen Anerkennung der letzteren als selbständige Rechtspersonen. Die Vereinbarkeit der einheitlichen Staatspersönlichkeit mit der Persönlichkeit ihrer

Organe auf Grund der Unterscheidung von Rechtssätzen, welche den Staat und Rechtssätzen, welche die Organe verpflichten, ist hier dargestellt worden.

Daß also ein Unterschied zwischen der Organpflicht und der Rechtspflicht der anderen Untertanen bezüglich der Person des Pflichtsubjekts nicht besteht, insoferne eine Identifizierung des Organes mit der Staatsperson hinsichtlich der Organpflichten unmöglich ist, geht aus dem bisher Gesagten hervor. Was nun den zweiten Punkt betrifft, in dem eine Differenz zwischen Organpflicht und Rechtspflicht der Untertanen gefunden werden könnte: die Art der Sanktion, sei folgendes bemerkt:

Die Sanktion der Amtspflicht ist regelmäßig die Disziplinarunrechtsfolge. In ihrer formal-juristischen Natur erweist sie sich als völlig gleichartig mit der Sanktion jeder anderen Rechtspflicht, nämlich als Wille des Staates, unter gewissen Umständen einen Nachteil über die Person zu verhängen: Reaktion gegen das Unrecht. Inhaltlich mögen sich die Disziplinarunrechtsfolgen, z. B. Verweis, Amtsenthebung, Versetzung etc. von den kriminellen Strafen, wie Freiheitsentziehung etc. und der zivilen Exekution unterscheiden, obgleich disziplinäre Geldstrafen auch materiell den kriminellen Unrechtsfolgen dieser Art entsprechen; auch mag das Verfahren ein verschiedenes sein, auf Grund dessen eine kriminelle und auf Grund dessen eine Disziplinarstrafe verhängt wird; doch all das hat für die formelle Natur der Rechtspflichten, die durch die eine oder die andere Art der Sanktion garantiert werden, keine Bedeutung.

Auch ändert es das Wesen der Organpflicht nicht wesentlich, wenn ihre Verletzung ganz in der gleichen Weise sanktioniert ist, wie die durch das Strafgesetz statuierten Pflichten der Untertanen. Die Rechtspflicht der Beamten, keine Bestechung anzunehmen, die im allgemeinen Strafgesetzbuche aufgestellt wird und deren Verletzung eine nach dem allgemeinen Kriminalverfahren von den ordentlichen Gerichten zu verhängende Freiheitsstrafe nach sich zieht, ist in keinem anderen Sinne eine Amts- oder Organpflicht als alle übrigen Verpflichtungen der Staatsorgane, die sich von den Rechtspflichten der Untertanen nicht prinzipiell unterscheiden, sondern nur gewissen Personen in deren Eigenschaft als Staatsorganen zukommen. Allerdings repräsentiert ein Staatsorgan gerade in Verletzung einer Organpflicht nicht mehr die Staatsperson und handelt also nicht mehr als Staatsorgan; und tatsächlich scheint es bedenklich, Pflichten, bei deren Verletzung das Organ nicht mehr als Organ, d. h. als Repräsentant des Staates in Betracht kommt, und auch solche, deren Erfüllung keine dem Staate zurechenbare Handlung bedeutet, gerade

als „Organpflichten“ zu bezeichnen. Allein, dieser Terminus hat eben keinen anderen Sinn, als daß er solche Rechtspflichten bezeichnen will, die nur jener Person zukommen und somit nur von jener Person verletzt werden können, die auch als Staatsorgan fungiert. Nur weil sie — auf Grund besonderer Voraussetzungen — Staatsorgan ist, d. h. als solches handeln kann und soll, unter gewissen Umständen den Staat repräsentiert, kommen ihr eine Reihe von Rechtspflichten zu, die anderen Personen fremd sind. Und in diesem Sinne ist es kein Widerspruch, von Organpflichten zu sprechen, die gewissen Personen in ihrer Eigenschaft als Staatsorganen zukommen, wenn auch diese Personen gerade bei Verletzung dieser Pflichten nicht als Staatsorgane, d. h. als Repräsentanten des Staates zu gelten haben. Denn in dieser spezifischen Organrelation stehen sie überhaupt nicht zu den Rechtssätzen, durch die sie selbst verpflichtet werden, sondern zu jenen, die den Staat zu dem Verhalten verpflichten, das durch sie verwirklicht werden soll. Auch das seine Amtspflicht verletzende Staatsorgan ist in Beziehung auf diesen Rechtssatz, ist auf Grund der Möglichkeit, Staatswillen zu realisieren und die Staatsperson zu repräsentieren, noch als Staatsorgan zu bezeichnen.

SELIGMANN, ein Autor, der die hier vertretene Ansicht durchaus nicht teilt, indem er die Amtspflichten nicht als Rechtspflichten gelten lassen will und die Rechtspersönlichkeit des Organes und damit die Gleichstellung mit den übrigen Untertanen entschieden in Abrede stellt, sagt folgendes¹⁾: „Ein Beamter kann nur insoweit als Organ handeln, als das Recht dies bestimmt und insoweit gilt sein Wille als Staatswille. Begeht ein Beamter ein Amtsdelikt (SELIGMANN versteht darunter nur das kriminelle, strafgesetzlich geahndete Amtsunrecht) so hat er juristisch nicht als Organ, sondern als Untertan gehandelt. Die strafrechtlichen Bestimmungen über Amtsvergehen sind Rechtssätze, weil sie die Person des Beamten nicht in ihrer Eigenschaft als Staatsorgan, sondern als Untertan treffen.“ Nun wurde gerade gezeigt, in welchem Sinne man — ohne Widersprüche zu begehen — ohne weiteres sagen kann, daß die strafrechtlichen Bestimmungen über Organdelikte die Person in ihrer Eigenschaft als Staatsorgan treffen. Das Gegenteil ist deshalb nicht gut möglich, weil solche Bestimmungen eben nur für Organe in Betracht kommen und nur von Organen verletzt werden können. SELIGMANN selbst kann sich ja dieser Terminologie nicht entziehen, denn er läßt die Bestimmungen „den Beamten“ treffen, und wenn er hinzufügt, nicht in seiner Eigenschaft als Staatsorgan, so ist zu bemerken, daß „Be-

1) a. a. O. S. 104 Anm. 4.

amter“ und „Staatsorgan“ hier dasselbe ist. Ueberdies spricht er von „Amtsvergehen“, was keinen Sinn hätte, wenn es sich nicht um Vergehen handelte, die nur von „Beamten“, d. h. von Personen begangen werden können, die, wenn auch nicht gerade in Begehung dieser Delikte, so doch in anderer Hinsicht Beamte, d. h. Staatsorgane sind.

Diese andere Beziehung freilich fehlt der SELIGMANNschen Konstruktion, die darum in sich widerspruchsvoll bleiben muß. Das Wichtigste aber an den eben zitierten Sätzen — und ihr richtiger Kern — ist, daß SELIGMANN mit ihnen nichts anderes sagen wollte und ausdrücklich gesagt hat, als daß das Staatsorgan als Subjekt der durch Strafrechtssätze statuierten Amtspflichten formal die gleiche Stellung einnimmt wie die Untertanen als Subjekte aller übrigen Rechtspflichten. Daraus folgt aber unwiderleglich, daß das Staatsorgan insoweit Pflichtsubjekt und Person ist. Ganz das Gleiche muß aber auch von den übrigen Amtspflichten der Staatsorgane gelten. Auch in Verletzung dieser Pflichten handelt das Organ nicht als Staatsrepräsentant, ist sein Wille — um mit SELIGMANN zu reden — nicht Staatswille!

Und so träfen — immer in der SELIGMANNschen Terminologie gesprochen — auch die disziplinarrechtlichen Bestimmungen über alle anderen Amtsvergehen — die Person des Beamten nicht in ihrer Eigenschaft als Staatsorgan, sondern als „Untertan“, und wären somit nach der SELIGMANNschen Argumentation auch Rechtssätze, was freilich dieser Autor in Abrede stellt! Sind die Organe als Subjekte der Organpflicht: keine Bestechung anzunehmen, den Untertanen gleichgestellt, ist nicht einzusehen, warum sie dies nicht auch bezüglich der übrigen Organpflichten sein sollen, deren Verletzung die gleiche Reaktion des Staates mit sich bringt: die Unrechtsfolge und zwar die Disziplinarstrafe. Wollte man hier die Identität von Organ und Staatsperson aufrecht erhalten, käme man zu dem originellen Resultate, daß der Staat sich selbst bestraft!

XXI. Kapitel.

Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne; die Natur der organisatorischen Bestimmungen.

In der Lehre von der Organpersönlichkeit in ihrem Verhältnis zur Lehre vom Rechtssatze hat man in der Theorie einen gewissen

Zirkelschluß nicht vermieden. Man sprach den Staatsorganen mit Rücksicht auf die einheitliche Staatsperson die Rechts- und Pflichtsubjektivität ab, konstruierte demgemäß neben den Rechtspflichten rechtlich irgendwie relevante Amtspflichten und qualifizierte die Bestimmungen, auf denen diese Amtspflichten beruhten, nicht als Rechtssätze, weil sie sich nicht an Personen im Rechtsinne wendeten. Aus der mangelnden Rechtssatznatur dieser Bestimmungen aber schloß man wieder auf die mangelnde Persönlichkeit der Organe und umgekehrt.

Die Annahme von rechtlich irgendwie relevanten Amtspflichten, die nicht Rechtspflichten sind, war notwendig verbunden mit der Unterscheidung von Rechtssätzen und irgendwie rechtlich verpflichtenden Normen, die keine Rechtssätze sind. Diese Unterscheidung von staatlicher Norm und Rechtssatz ist ein charakteristisches Merkmal der Konstruktion, deren sich die herrschende Theorie bei der Lehre von der rechtlichen Stellung des Staatsorganes bedient. Auch hierfür findet sich in der mehrerwähnten Arbeit von ANSCHÜTZ die präziseste Formulierung. Dieser Autor erklärt den Begriff der Norm für den weiteren und den des Rechtssatzes für den engeren. „Der Rechtssatz ist eine Norm mit bestimmten Merkmalen“¹⁾. Unter „Norm“ versteht er jeden vom Staate — sei es seitens der Legislative oder seitens der Exekutive — ausgehenden Befehl²⁾, unter Rechtssatz nur ganz bestimmte staatliche Befehle. Ohne hier auf das von ANSCHÜTZ behauptete spezifische Unterscheidungsmerkmal zwischen Norm und Rechtssatz einzugehen — nur in Parenthese sei konstatiert, daß ANSCHÜTZ den JELLINEKschen Rechtssatzbegriff akzeptiert, dessen Wesen sein besonderer Zweck ist, womit allein schon diese Konstruktion auf Grund des hier entwickelten Standpunktes abzulehnen ist — sei bemerkt, daß diese Identifizierung von Norm und Befehl völlig unzulässig ist. Das Wesen der Norm ist die Statuierung eines Sollens, einer Pflicht; dies kann, muß aber nicht in Befehls- oder Imperativform geschehen. Die Ausführungen des ersten und zweiten Buches dieser Untersuchung haben gezeigt, daß gerade der Rechtssatz oder die Rechtsnorm eine andere Form aufweist. Allerdings ist ANSCHÜTZ Vertreter der hier verworfenen Imperativtheorie und muß seinen Rechtssatz, den er als staatlichen Imperativ auffaßt, von den zahlreichen anderen staatlichen Befehlen, die er unmöglich als Rechtssätze anerkennen kann, irgendwie unterscheiden. Daß dies nur durch das unjuristische Konstruktionsmittel des Zweckmomentes zum Scheine geht, wird in anderem Zusammenhange noch zu prüfen sein. Das

1) a. a. O. S. 36.

2) a. a. O. S. 36.

Wesen der Norm ist nicht die Befehlsform, sondern ihre verpflichtende Funktion. Nicht jeder Befehl ist eine Norm, sondern nur der eine Pflicht statuierende Befehl, wie jeder eine Pflicht statuierende Satz. Und darum mag es auch Befehle des Staates oder der Staatsorgane geben, die, weil sie keine Pflichten statuieren, keine Normen und darum auch keine Rechtssätze sind. Da es keine anderen rechtlich relevanten Pflichten als Rechtspflichten geben kann, ist die Annahme von staatlichen Normen, die keine Rechtssätze sind, ein Unding.

Zu solchen Normen, die keine Rechtssätze sind, zählt ANSCHÜTZ — und mit ihm die herrschende Lehre — nicht nur Verfügungen der Verwaltung, sondern auch Verwaltungsverordnungen, d. h. alle jene Verordnungen der Exekutive, denen der spezifische Zweck des Rechtssatzes, der Rechtssetzungszweck mangelt.

Da der Zweck das wesentliche Moment ist, dessentwegen solche Normen — „Verwaltungsnormen“ — keine Rechtssätze sind, ist auch die Gesetzesform nicht geeignet, solche Normen zu Rechtssätzen zu machen.

Was nun die Rechtsstellung des Staatsorganes und dessen Verhältnis zu den für diese Stellung maßgebenden Normen betrifft, so führt ANSCHÜTZ folgendes aus¹⁾: „Die Hauptaufgabe der Verwaltung ist nun zunächst die Herstellung des Behördenapparates, vermittels dessen sie ihre Zwecktätigkeit ausübt; — die Regelung der Staatsorganisation durch organisatorische Vorschriften kann Gegenstand einer Verwaltungsverordnung sein. Die Einkleidung einer solchen Organisationsordnung in die Gesetzesform ist ohne rechtliche Veränderung ihrer Substanz möglich.“ Und des weiteren formuliert er die Streitfrage: „Ist die Staatsorganisation ein Bestandteil der Rechtsordnung? Sind die Vorschriften, welche die organische und funktionelle Seite der Staatsgewalt betreffen, begrifflich und aprioristisch als Rechtssätze aufzufassen?“ Und diese Frage glaubt ANSCHÜTZ mit Rücksicht auf die mangelnde Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane verneinen zu müssen. „Hiernach können die ‚Ressortverhältnisse‘ der Behörden wohl durch Normen, nicht aber durch Rechtssätze abgegrenzt sein: Das Recht ist seinem Wesen nach nie innerpersönlich, sondern setzt eine Mehrheit von Personen voraus, zwischen deren Willenssphären es seine Schranken zieht. Eine Mehrheit von Staatsorganen ist aber keine Mehrheit von Personen. Die organisatorischen Normen ermangeln somit prinzipiell des Rechtscharakters; sie sind, falls nicht besondere Momente bei ihnen hinzutreten — wozu der Erlaß in Gesetzesform an sich nicht gehört — als Verwaltungsnormen

1) a. a. O. S. 72.

aufzufassen. Wären die organisatorischen Normen wirklich Rechtsätze, so müßte in Staaten, wo der Erlaß von Rechtssätzen ausschließlich Sache des Gesetzgebungsorganes (und seiner Delegatäre) ist, z. B. im Reiche und in Preußen, jede organisatorische Norm in Form des Gesetzes oder der gesetzlich autorisierten Verordnung erlassen werden. Dem widerspricht aber die Staatspraxis sowohl im Reich als in Preußen. Sowohl Reichszentralbehörden als preußische Ministerien sind ihrerzeit durch kaiserliche bzw. königlich preußische Erlässe organisiert worden, Erlässe, die als Verwaltungsverordnungen aufzufassen sind und als Akte der administrativen Organisationsgewalt des Staatsoberhauptes keiner gesetzlichen Delegation bedürfen.“

In diesen Ausführungen, welche die *communis opinio* der herrschenden Lehre darstellen, ist Falsches und Richtiges enthalten. Richtig ist, daß die organisatorischen Bestimmungen keine Rechtsätze enthalten, falsch, daß sie überhaupt „Normen“ sind und irgendwelche rechtlich relevanten Pflichten statuieren. Denn die organisatorischen Bestimmungen, die gewöhnlich in Form von Verordnungen erlassen werden, enthalten nicht etwa keine Rechtsätze, obgleich sie irgendwelche Pflichten, nämlich Amtspflichten statuieren, sie enthalten vielmehr keine Rechtsätze, weil sie keine Pflichten statuieren, sondern nur bestehende Rechtspflichten geltend machen.

Diese Stellung der organisatorischen Bestimmungen im Verhältnis zu den Organen und deren Pflichten wird somit des näheren zu begründen und auch die Frage zu erörtern sein, welche Bedeutung Gesetz und Verordnung für den Rechtssatz und insbesondere für den die Organstellung normierenden Rechtssatz haben. Damit tritt an diese Untersuchungen die Notwendigkeit heran, zu der Lehre vom Gesetze im formellen und materiellen Sinne Stellung zu nehmen. Dabei sollen die hierher gehörigen Probleme nicht in ihrem vollen Umfange aufgerollt werden. Mit Rücksicht auf die allseitige und erschöpfende Diskussion, der die erwähnten Fragen in der neueren Literatur unterzogen wurden, wird es genügen, die Hauptpunkte hervorzuheben und das Verhältnis der hier vertretenen Grundanschauung zu diesen zu fixieren. Die von LABAND begründete, von JELLINEK und ANSCHÜTZ vornehmlich durchgeführte Unterscheidung zwischen einem Gesetze im formellen und einem Gesetze im materiellen Sinne kann in der neueren Doktrin als die herrschende angesehen werden. Von den vereinzelt Gegnern, die eine Trennung des Gesetzesbegriffes in die beiden angedeuteten Richtungen verwerfen und die Einheit des Gesetzesbegriffes postulieren, ist HAENEL hervorzuheben, dessen energische und hochbedeutende Polemik gegen die LABAND-JELLINEKSche Theorie jedoch wirkungslos blieb.

Der Gegensatz der beiden Anschauungen und ihr spezifischer Inhalt ist am schärfsten in den Sätzen zum Ausdruck gebracht, die HAENEL in seiner Studie: „Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne“¹⁾ formuliert hat. Die von LABAND begründete Lehre ist durch die folgenden beiden Dogmen charakterisiert: „1. Die Form des Gesetzes kann auch einen Inhalt haben, der einen Rechtssatz nicht darstellt. 2. Die Form der Verwaltung kann auch einen Rechtssatz zum Inhalte haben.“ Erübrigt noch hinzuzufügen, daß diese Lehre als Gesetz im formellen Sinne jedes Produkt des Gesetzgebungsprozesses erklärt, während als Gesetz im materiellen Sinne ein Akt der Gesetzgebung oder Verwaltung dann gilt, wenn er einen Rechtssatz zum Inhalte hat.

Von den beiden angeführten Dogmen läßt HAENEL das zweite ohne weiteres gelten²⁾. Wogegen er mit allem Nachdrucke Stellung nimmt, ist nur der erste Satz, daß nämlich die Form des Gesetzes etwas anderes als einen Rechtssatz enthalten könne. Er stellt vielmehr das Gegendogma auf: „Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr notwendigen Inhalt“. Damit erklärt er jedes formelle Gesetz zugleich für ein materielles und lehnt es ab, Verordnungen, die Rechtssätze enthalten — und er räumt diese Möglichkeit ohne weiteres ein — als Gesetze im materiellen Sinne zu bezeichnen³⁾.

Wenn das im folgenden abzuleitende Endresultat dieser Untersuchungen gleich jetzt vorweg genommen werden darf, so sei festgestellt, daß die hier vertretene Gesamtkonstruktion in ihrer Anwendung auf das fragliche Problem in dem Grundsätze mündet: Das Gesetz ist die notwendige Form des Rechtssatzes.

Damit ist der LABAND-JELLINEK-ANSCHÜTZSchen Theorie gegen die HAENELSche Auffassung zugestanden, daß die Gesetzesform auch einen anderen Inhalt haben könne als gerade einen Rechtssatz, ja, im schärfsten Widerspruch zu HAENEL: daß die Gesetzesform weit genug sei, um jeden beliebigen Inhalt zu erfassen. Damit ist aber auch gegen die LABAND-JELLINEK-ANSCHÜTZSche Theorie und die mit ihr in diesem Punkte übereinstimmende Lehre HAENELS die Möglichkeit von Rechtssätzen in Form von Verordnungen zurückgewiesen; vielmehr wird behauptet, daß für jeden Rechtssatz die Gesetzesform nachzuweisen sein müsse. Da sohin jeder Rechtssatz Gesetzesform haben oder, mit anderen Worten: jedes Gesetz im materiellen Sinne zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein muß, nicht aber umge-

1) Studien zum deutschen Staatsrechte. Leipzig 1888. S. 99 ff.

2) Vgl. a. a. O. S. 107.

3) a. a. O. S. 110.

kehrt, kann eine Diskrepanz von Gesetz im formellen und Gesetz im materiellen Sinne nur insofern entstehen, als ein Gesetz im formellen Sinne etwas anderes als einen Rechtssatz zum Inhalte hat. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Gesetze beschränkt sich daher lediglich darauf, daß das Wort „Gesetz“ das eine Mal zur Bezeichnung einer äußeren Form (ohne Rücksicht auf ihren Inhalt), das andere Mal als Bezeichnung für einen bestimmten (und zwar für einen nur in der auch als „Gesetz“ bezeichneten Form möglichen) Inhalt dient.

Die beiden Begriffe, die für die jeweilige Lösung des in Rede stehenden Problems maßgebend sind, der Begriff des Rechtssatzes und der Begriff der Form des Gesetzes, sind in diesen Untersuchungen bereits entwickelt worden. Was insbesondere den letzteren betrifft, so sei hier hervorgehoben, daß nach konstitutionellem Prinzip die Form des Gesetzes trägt, was die wesentlichen Merkmale desselben aufweist, die da sind: Parlamentsbeschluß (übereinstimmende Beschlüsse beider Häuser), Sanktion des Monarchen, Promulgation und Publikation. Was immer diese Qualifikation hat, d. h. das im Gesetzblatte in der vorgeschriebenen Weise Abgedruckte (Publikationserfordernis), vom Parlamente zum Gegenstande eines Beschlusses Gemachte, vom Monarchen Sanktionierte und Promulgierte hat die Gestalt eines konstitutionellen Gesetzes. Man kann es ein Gesetz im formellen Sinne nennen, wenn man sich dessen bewußt bleibt, damit gar nichts über seinen Inhalt ausgesagt zu haben. Da aber natürlich diese Form im konkreten Falle irgendeinen Inhalt haben muß, liegt die Gefahr nahe, daß man unter „Gesetz im formellen Sinne“ das Total-Objekt, nämlich den in der spezifischen Form auftretenden Inhalt versteht, was allerdings falsch wäre. Es dürfte sich daher empfehlen, statt von einem Gesetze im formellen Sinne stets nur von einer Gesetzes-Form zu sprechen, da nur dieser Terminus mit genügender und jedes Mißverständnis ausschließender Deutlichkeit zum Ausdrucke bringt, daß es ausschließlich und allein eine Form und in keiner Weise auch irgendein Inhalt ist, der hier mit „Gesetz“ bezeichnet wird.

Der Hervorhebung dieses Momentes bedarf es gerade deshalb ganz besonders, weil der Begriff des formellen Gesetzes, so wie ihn die herrschende Lehre entwickelt hat, zweifellos ein inhaltliches Element aufweist. Denn dieser Begriff enthält in der Darstellung der maßgebenden Theoretiker nicht nur die oben angeführten formellen Qualifikationen; als formelles Gesetz wird ein ganz bestimmter Inhalt bezeichnet, der mit den Elementen: Parlamentsbeschluß, Sanktion, Promulgation und Publikation angeblich notwendig verbunden

ist: nämlich der Wille des Staates. Die herrschende, von LABAND begründete Anschauung erkennt in jedem Gesetzgebungsakte, m. a. W. in allem, was vom Parlamente beschlossen, vom Monarchen sanktioniert, promulgiert und publiziert ist, einen Staatswillen. Sehr deutlich kommt dies in der trefflichen Schrift von ANSCHÜTZ zum Ausdruck, die sich mit der Lehre vom formellen Gesetze befaßt und die Theorie der LABAND-JELLINEKSKEN Schule zusammenfaßt und fortführt. „Das formelle Gesetz“ erklärt ANSCHÜTZ¹⁾ „als eine Form der staatlichen Willensäußerung“ und er spitzt die Problemstellung auf die Frage zu: „Welcher Inhalt kann in denjenigen staatlichen Willensäußerungen, welche der Form ihrer Erlassung wegen die Bezeichnung ‚Gesetz‘ verdienen, nachgewiesen werden?“²⁾ Es ist also ein Willensakt des Staates, der wegen gewisser Formen, die er aufweist, „Gesetz“ genannt wird, und nicht diese Form selbst. Die Bezeichnung „Gesetz im formellen Sinne“ soll also nicht bloß eine Aussage über eine bestimmte Form, sondern auch über einen ganz bestimmten Inhalt, ein dieser Form angeblich wesentliches Substrat sein. Soferne die herrschende Lehre unter dem Terminus „Gesetz im formellen Sinne“ lediglich eine Form bezeichnet haben will, ganz unabhängig von ihrem Inhalt, eine Form, die jeden beliebigen Inhalt erfassen kann, so ist sie mit sich selbst in Widerspruch und muß mit ihrem formellen Gesetzesbegriff arg ins Gedränge kommen. Denn wenn jeder Gesetzgebungsakt einen Staatswillen enthält, dann kann die Gesetzesform nicht schlechthin jeden Inhalt haben, dann kann sie nur das erfassen, was, der Natur des Willens nach, dessen Gegenstand sein, was vom Staate gewollt werden kann. Der Inhalt des Willens — wie immer man diesen Begriff fassen möge — ist ein beschränkter; man kann nicht alles wollen. Erkennt man insbesondere — wie in diesen Untersuchungen dargetan wurde — daß der „Wille“ des Staates nur auf seine eigene Handlung gerichtet sein kann, weil Wille des Staates nur die Bezeichnung für eine besondere Art der Zurechnung gewisser menschlicher Handlungen ist, dann könnte nur dort ein formelles Gesetz angenommen werden, wo der Inhalt dessen, was vom Parlamente beschlossen, vom Monarchen promulgiert, sanktioniert und publiziert wurde, eine entsprechende Zurechnungsregel ergäbe, auf Grund deren gewisse menschliche Handlungen dem Staate zuzurechnen sind, oder, figürlich ausgedrückt, den Beschluß des Staates zu einem bestimmten Handeln bedeutete. Hat man weiter, wie dies hier geschah, den Rechtssatz als die eben bezeichnete Zurechnungsregel erkannt,

1) a. a. O. S. 9.

2) a. a. O. S. 9.

als das Urteil über einen Willen des Staates, dann ergäbe sich als unausweichliche Konsequenz, was HAENEL im Widerspruch zur herrschenden Lehre behauptet: daß jedes formelle Gesetz einen Rechtsatz enthalte und somit stets auch ein materielles Gesetz sei.

Aber auch wenn man im Sinne der Imperativtheorie den Staat das rechtmäßige Verhalten der Untertanen „wollen“ läßt, wird die eben angedeutete Konsequenz kaum zu vermeiden sein. Zumindest müßte jedes Gesetz im formellen Sinne einen „Befehl“ des Staates enthalten und wo ein solcher Befehl nicht vorläge, könnte von einem formellen Gesetz nicht die Rede sein.

Tatsächlich gelangt jedoch die herrschende Lehre zu ganz anderen Konsequenzen. Sie unterscheidet neben formellen Gesetzen, die Rechtsätze enthalten und daher zugleich materielle Gesetze sind, solche, die wohl Befehle oder „Normen“ beinhalten, die aber keine Rechtsätze sind, und schließlich sogar solche formelle Gesetze, die auch keine „Normen“ enthalten, sogenannte Gesetze ohne normativen Inhalt¹⁾. Diese letzteren seien zunächst näher in Augenschein genommen.

Einen nur einigermaßen juristischen Willensbegriff vorausgesetzt, müßte man sich wohl vergeblich fragen, was für ein Wille des Staates vorläge, wenn es etwa den am Gesetzgebungsprozesse beteiligten Menschen beliebt sollte, das Einmaleins zum Gegenstand eines vom Monarchen sanktionierten, promulgierten und publizierten Parlamentsbeschlusses zu machen. Das Einmaleins kann der Staat ebensowenig „wollen“ wie der Mensch, selbst dann nicht, wenn der Wille des Staates dasselbe wäre, wie die so bezeichnete psychische Tatsache. Denn der Mensch kann das Einmaleins denken, sprechen, schreiben, aber er kann nicht das Einmaleins wollen.

Diese verhältnismäßig nabeliegende und selbstverständliche Tatsache bedarf dennoch einer gewissen Hervorhebung angesichts der Argumentation, mit der die herrschende Lehre staatliche Willensakte (nämlich formelle Gesetze) ohne normativen Inhalt nachzuweisen versucht. ANSCHÜTZ erklärt nämlich²⁾, es müsse zugegeben werden, „daß der Imperativ nicht die einzige Sprachform ist, deren sich die Staatsgewalt bedient und bisher bedient hat. Der Staatswille kann sich vielmehr wie der Wille des Individuums auch durch Aussagen, Ankündigungen, Urteile, kurz in Formen kundgeben, die einen normativen Inhalt nicht aufweisen und aus denen niemandem ein Recht oder eine Pflicht erwächst“. Nun muß man beim Menschen scharf unterscheiden zwischen dem Willen, etwas zu tun, und dem Willen, diesen ersteren Willen oder diese Absicht zu erklären. Nur der erstere

1) Vgl. ANSCHÜTZ a. a. O. S. 39.

2) a. a. O. S. 40.

Wille ist es, von dem man vergleichsweise beim Staate sprechen kann. Wenn in Gesetzesform dem Übeltäter Strafe angedroht wird, so kommt als Staatswille lediglich der Wille, zu strafen, und nicht etwa ein Wille, diesen Strafwillen zu erklären, in Betracht. Denn ein Wille des Staates, zu strafen, ist überhaupt erst dann vorhanden, wenn schon die Erklärung erfolgt ist, während beim Menschen der Wille zu einem Handeln, der Beschluß perfekt ist und erst nach dessen Perfektion der Wille, den Beschluß zu erklären, auszusprechen, niederzuschreiben etc. hinzutritt. Eine Analogie des Staatswillens zum menschlichen Willen ist eben nur höchst unvollkommen zulässig. Festgehalten muß jedenfalls werden, daß sich im Gesetze der „Wille“ des Staates nicht auf das Erklären, sondern nur auf den Inhalt der Erklärung bezieht.

Wie der Mensch Erklärungen abgeben kann, die (zwar als solche gewollt, dennoch) kein Wollen, sondern ein Denken oder ein Fühlen ausdrücken sollen, so kann natürlich auch in Gesetzesform eine solche Erklärung abgegeben werden. So kann in Gesetzesform ein logischer Beweis für das Dasein Gottes, ein Urteil über die Eigenschaften eines Monarchen u. a. erscheinen; es dürfte nicht schwer fallen, Beispiele für solche Gesetze zu erbringen. Nun kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß der Inhalt dieser Erklärungen vom Staate nicht „gewollt“ werden kann, weil der Inhalt ein Ausdruck des Denkens und nicht des Wollens ist. Was „gewollt“ werden könnte, wäre allein das Erklären der Gedanken; das kann aber nicht als Inhalt eines staatlichen „Willens“ angesehen werden, weil es, zu den Elementen der Gesetzesform gehörig, eine Voraussetzung für den Staatswillen ist und daher nicht zugleich sein Inhalt sein kann. Ließe man den Staat nicht nur handeln, sondern auch „urteilen“ wollen, hieße das soviel, wie der juristischen Person des Staates nicht nur einen Willen, sondern auch ein Denken zuschreiben; man müßte logischerweise neben Staatswillensakten auch Staatsgedanken gelten lassen, eine Konsequenz, die wohl als unhaltbar bezeichnet werden muß ¹⁾.

Den Fehler der herrschenden Konstruktion, in jedem formellen Gesetze einen Staatswillen zu sehen und so in den Begriff der Gesetzesform ein materielles Element aufzunehmen, hat HAENEL noch in verstärktem Maße übernommen; er hat jedoch — im Gegensatz zur LABAND- JELLINEK- ANSCHÜTZschen Richtung — die notwendigen Konsequenzen nicht vermieden.

1) Allerdings spricht LABAND von einer „geistigen Tätigkeit“ des Staates, von einem „staatlichen Wollen und Denken“; Vgl. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. I. S. 677. Vgl. dazu HAENEL a. a. O. S. 187 ff.

Auch nach HAENEL ist jedes formelle Gesetz ein Willensakt des Staates. Er sagt: „Alle Gesetzgebung, jedes Gesetz beruht nach Maßgabe der konstitutionellen Verfassungen Deutschlands auf dem Zusammenwirken des Staatsoberhauptes und der Volksvertretung. Nur hierauf beruhenden Willensakten des Staates kommt positivrechtlich die Bezeichnung als Gesetz zu“¹⁾. Allein, HAENEL geht noch einen Schritt weiter, indem er den Willen des Staates, als der sich jedes formelle Gesetz darstellt, näher bestimmt. Es ist nicht ein Wille des Staates, selbst zu handeln, sondern — HAENEL steht auf dem Boden der Imperativtheorie — ein auf das rechtmäßige Verhalten der Untertanen gerichteter „Wille“ des Staates. HAENEL erklärt: „Form des Gesetzes ist alsdann jeder für den, den es angeht, erkennbare Befehl des Souveräns“²⁾. Daß das formelle Gesetz gerade einen solchen Willen des Staates bedeuten müsse, glaubt HAENEL aus der „sakramentalen“ Promulgationsformel schließen zu dürfen, die ein wesentliches Formerfordernis für das konstitutionelle Gesetz ist und die dem Wesen nach lautet: „Wir — der Kaiser oder Landesherr — verordnen mit Zustimmung der Volksvertretung, was folgt.“ Die Richtigkeit dieser Annahmen vorausgesetzt, ist es nur konsequent, wenn HAENEL behauptet: „Form des Gesetzes hat nur, weil nur dieses sie ohne Widerspruch und Widersinn haben kann, was unter der Formel darstellbar ist: Wir verordnen und verkünden rechtsverbindlich; darstellbar unter derselben ist aber nur: was Wille des Staates ist und was Nachachtung und Gehorsam heischt“³⁾. Damit ist ihm ohne weiteres die Möglichkeit gegeben, den Rechtssatz als notwendigen Inhalt der Gesetzesform zu erklären.

Allein, beide Voraussetzungen, auf Grund deren HAENEL zu seinem Resultat gelangt, sind falsch. Denn nicht alles, was vom Parlament beschlossen, vom Monarchen sanktioniert, promulgiert und publiziert wurde ist ein Wille oder, richtiger: enthält einen Willen des Staates. Überdies aber hat die Promulgationsformel keineswegs die Bedeutung, die HAENEL ihr beimißt.

Vor allem bedeutet der Gesetzgebungsprozeß überhaupt nicht die Erzeugung eines staatlichen Willens in dem psychologischen Sinne, wie es die LABANDSche Schule und wie es auch HAENEL annimmt. Schon im 2. Buche dieser Untersuchungen wurde gezeigt, daß es schlechterdings ausgeschlossen ist, in Bezug auf den Inhalt dessen, was vom Parlamente beschlossen, vom Monarchen sanktioniert, promulgiert und schließlich publiziert wird, einen psychischen

1) a. a. O. S. 146.

2) a. a. O. S. 140.

3) a. a. O. S. 160.

Tatbestand nachzuweisen, der sich als „Gesamt-Wille“ des Staates darstellt oder diesen Inhalt auch nur von einem einzigen Organe als gewollt erscheinen läßt. Die für die Jurisprudenz so verhängnisvolle psychologische Deutung des Willensbegriffes äußert auch hier ihre Folgen. Wenn es richtig ist, was diese Untersuchungen ergeben haben, daß „Wille des Staates“ nur der Ausdruck für eine einheitliche Zurechnungsmöglichkeit menschlicher Handlungen ist, und wenn Gesetzesform alles hat, was vom Parlament beschlossen, vom Monarchen sanktioniert, promulgiert und publiziert ist, dann enthält durchaus nicht jedes formelle Gesetz einen Willen des Staates, sondern nur jenes, dessen Inhalt eine entsprechende Zurechnungsregel abgibt, oder m. a. W. dem ein Beschluß des Staates zu einem bestimmten eigenen Handeln zu entnehmen ist.

Was aber die „sakramentale“ Promulgationsformel betrifft, so kann diese ebensowenig, wie sie für das Verhältnis zwischen Monarch und Parlament innerhalb des Gesetzgebungsprozesses irgendeine formal-juristische Bedeutung hat¹⁾, von irgendeinem Einflusse auf die Qualifikation des nachfolgenden Gesetzesinhaltes sein. Die Promulgationsformel führt ihre besondere Stilisierung in den verschiedenen Verfassungen auf historisch-politische Momente zurück und nur historisch-politische Bedeutung kommt ihr zu. Es ist insbesondere für die Frage nach dem möglichen Inhalte des formellen Gesetzes und der Richtung des im Gesetze enthaltenen Staatswillens völlig gleichgültig, ob die Einleitungsformel lautet: Ich, Monarch, gebiete . . . etc. etc. — oder — was ja den tatsächlichen Verhältnissen besser entspräche: Das Parlament hat beschlossen und der Monarch hat sanktioniert, wie folgt:²⁾ Es kann nur von einer grammatischen Inkongruenz zwischen der imperativischen Eingangsformel und dem folgenden nicht imperativisch gehaltenen Gesetzestexte die Rede sein. Tatsächlich sind die wenigsten Gesetzestexte in imperativischer Sprachform durchgeführt, ein deutliches Zeichen, wie gleichgültig die sakramentale Eingangsformel und überhaupt die ganze Sprachform des Gesetzestextes ist. Pflichten und Rechte werden nicht dadurch geschaffen, daß sich der „Gesetzgeber“ eines Imperatives, daß er sich dieser oder jener „Sprachform“ bedient, sondern dadurch, daß im Gesetze unter gewissen Bedingungen gewisse Handlungen des Staates in Aussicht gestellt werden.

Wie wenig HAENEL selbst die sakramentale Promulgationsformel berücksichtigt, wenn sie ihm zu seiner Konstruktion nicht paßt, das zeigt der Umstand, daß er das Gesetz als Wille des Staates gelten

1) Vgl. oben S. 412 ff.

2) Vgl. ANSCHÜTZ a. a. O. S. 42 ff.

läßt, obgleich es nach der Eingangsformel lediglich als Wille des Monarchen erscheint, und daß er mit Nachdruck die Gleichordnung der Stellung des Monarchen neben der des Parlamentes im Gesetzgebungsprozesse hervorhebt¹⁾, obgleich man gerade aus der Promulgationsformel einen Vorrang des Monarchen vor dem Parlamente deduzieren könnte und auch tatsächlich deduziert hat²⁾. Die Tatsachen zeigen, daß keineswegs alles, was vom Parlamente beschlossen, vom Monarchen sanktioniert und unter Voransetzung einer imperativischen sakramentalen Formel promulgiert und publiziert wird, ein Wille des Staates oder gar ein Nachachtung und Gehorsam heischender Befehl des Staates ist. Wenn HAENEL die Form des Gesetzes nur dort sieht, wo alle diese Voraussetzungen gegeben sind, so begeht er den Fehler, den Begriff der „Form“ des Gesetzes durch Aufnahme materieller Elemente, wie es der Gehorsam heischende Wille des Staates ist, der nur Inhalt der Gesetzesform sein kann, zu verengen. Es ist etwa so, als ob man den Begriff des Wasserglases nur auf alle jene Gläser beschränken wollte, die tatsächlich Wasser enthalten, und ein in der Form ganz gleiches Glas nicht als Wasserglas gelten ließe, weil es gerade nur Luft oder Kieselsteine enthielte. HAENEL — und ebenso auch die LABAND-ANSCHÜTZsche Richtung — erfaßt den „Willen des Staates“ als Form, während er gerade im Verhältnis zum Gesetze als dessen Inhalt und zwar als dessen möglicher, nicht notwendiger Inhalt erscheint.

Wenn der herrschenden Lehre — gegen deren eigene Voraussetzungen — zugegeben werden muß, daß die Gesetzesform auch etwas anderes als Rechtssätze zum Inhalte haben kann, so muß ihr doch entschieden in Abrede gestellt werden, daß die Gesetzesform Normen zum Inhalte haben könne, die nicht Rechtssätze sind. Auf das Unbefriedigende, das eine Zerreißen des einheitlichen Rechtsnormbegriffes in die Begriffe Rechtssatz und Rechtsnorm, die kein Rechtssatz ist, vom allgemeinen methodologischen und terminologischen Standpunkte aus an sich hat, wurde bereits hingewiesen. Jetzt sei der innere Grund und damit der letzte Irrtum aufgezeigt, auf dem diese falsche Differenzierung beruht.

Es bildet das Wesen der Imperativtheorie, der gemeinsamen Basis der LABAND-JELLINEKschen wie der HAENELschen Anschauungsweise, daß sie das Gesetz als ein Befehlen und, im Zusammenhange damit, die Gesetzgebung als eine Handlung des Staates erfaßt. Das die Rechtssubjekte Verpflichtende und Berechtigende wird nicht so sehr als eine in Ruhe befindliche, über allen schwebende

1) Vgl. a. a. O. S. 149.

2) Vgl. oben S. 412 ff.

Rechtsordnung, denn vielmehr als eine Aktion, ein Vorgang gedacht, als eine Funktion des Staates, die etwa der Handlung eines einen Befehl aussprechenden Menschen gleichgesetzt wird. So bezeichnet z. B. ANSCHÜTZ das Gesetz als „die vom Staate ausgehende Anordnung eines Rechtssatzes“¹⁾ und an zahlreichen Stellen die Gesetzgebung als Funktion oder Handlung des Staates.

Faßt man aber die Gesetze als Anordnungen, Befehle, kurz, als Handlungen des Staates auf, ergibt sich die Notwendigkeit, sie von anderen Befehlen oder Handlungen des Staates zu unterscheiden, die nicht Gesetzform aufweisen; so die Befehle, die der Staat durch seine exekutiven Organe, d. h. im Wege der Verwaltung erläßt und die man alle unmöglich auch als Gesetze im materiellen Sinne, als Rechtssätze gelten lassen kann. Nennt man die staatlichen Befehle Normen, dann muß man wohl oder übel zwischen Normen unterscheiden, die Rechtssätze sind und solchen, die es nicht sind, wenn man nicht in jeder Willensäußerung, d. h. in jeder Handlung des Staates eine Norm erblicken will²⁾. Denn wenn der Befehl das Wesentliche der Norm ist, kann materiell zwischen dem Befehle eines Schutzmannes an das Publikum, sich zu entfernen, und dem Befehle des Staates in Gesetzesform, nicht zu stehlen, kein Unterschied zu sehen sein. Will man in der staatlichen Handlung, die sich im Befehle des Schutzmannes manifestiert, nicht ebenso wie in der staatlichen Handlung, die in der Erlassung oder Anordnung des Strafgesetzes besteht, einen Rechtssatz erblicken, dann muß man zwischen Normen, die Rechtssätze sind, und Normen, die es nicht sind, unterscheiden.

Nun wurde schon in einem anderen Zusammenhange darauf aufmerksam gemacht, daß die Einzelvorgänge, die unter dem Namen Gesetzgebung zusammengefaßt werden, nicht als Handlung des Staates aufgefaßt werden können. Rechtssatz oder Gesetz im materiellen Sinne ist niemals eine Handlung des Staates, wie es jeder Akt der Verwaltung sein muß. Es ist unrichtig, das Gegenstück zur Verwaltung in der Gesetzgebung des Staates, also wiederum in einer Handlung, wenn auch in einer anderen Art von Handlung zu sehen, vielmehr ist der Verwaltung des Staates die Rechtsordnung gegenüberzustellen. Rechtsordnung und Verwaltung stehen zu einander nicht im Verhältnis zweier Handlungen derselben Person, sondern — wenn schon ein Vergleich gebraucht werden soll — des Wollens und Handelns. Denn die Verwaltung ist ebenso ausschließlich und allein der handelnde Staat, wie die Rechtsordnung der wollende

1) a. a. O. S. 1.

2) Vgl. ANSCHÜTZ a. a. O. S. 14.

ist. Darum kann kein Akt der Verwaltung jemals ein Bestandteil der Rechtsordnung — nämlich Rechtssatz — sein; es ist von vornherein ausgeschlossen, irgendeine Handlung des Staates unter die gleiche Kategorie mit dem Rechtssatze zu bringen, eben weil sie unter eine ganz andere gehört. Erkennt man aber, daß Rechtssatz und Staatshandlung (Verwaltung, Exekutive) unter zwei einander ausschließende Kategorien gehören, dann erweist sich die Unterscheidung von Normen, die Rechtssätze und Normen, die keine Rechtssätze, sondern andere Handlungen des Staates sind, als überflüssig. Denn alle diese der Exekutive angehörigen Handlungen des Staates können schon deshalb niemals mit Rechtssätzen unter einen Hut gebracht werden, weil sie Handlungen des Staates sind.

Dazu kommt noch ein Zweites. Die herrschende Lehre begeht den schweren Fehler, daß sie die Grenze zwischen Rechtsordnung und Verwaltung auch noch dadurch bis zur Unkenntlichkeit verwischt, daß sie Rechte und Pflichten nicht nur durch die Rechtsordnung, sondern auch durch die Verwaltung statuieren läßt. Ebenso wie man in ungenauer, den einzig rechtlich relevanten Zusammenhang verdunkelnder Ausdrucksweise subjektive Rechte und Pflichten als durch *Rechtsgeschäfte* begründet darstellt, wie man z. B. sagt, daß die Pflicht, das Darlehen zurückzugeben und das Recht, das Darlehen zurückzufordern, durch den Vertrag oder den Willen der Parteien geschaffen werde, während es doch ausschließlich und allein die Rechtsordnung ist, die diese wie alle anderen subjektiven Pflichten und Rechte statuiert, so nimmt die herrschende Lehre auch Verwaltungsakte an und zwar Verwaltungsbefehle, „Normen“, die Pflichten und Rechte statuieren. So sagt ANSCHÜTZ ausdrücklich von Anordnungen der Exekutive, daß sie „an einen Tatbestand Rechte und Pflichten knüpfen: sind es doch Normen, so gut wie andere“¹⁾. Und er fügt hinzu: „Aber sie können nicht als Rechtsnormen, nicht als Bestandteile des objektiven Rechtes bezeichnet werden“. Damit ist er natürlich in die Notwendigkeit versetzt, ein spezifisches Kriterium aufzuzeigen, durch das sich die Normen, die Rechtssätze sind, von jenen unterscheiden, die zwar auch Rechte und Pflichten statuieren, aber dennoch keine Rechtssätze sind. Demgegenüber muß hier betont werden, daß die Verwaltungsbehörden ebensowenig Pflichten und Rechte statuieren können, wie die Parteien des Privatrechtes, denn der Staat als Exekutive steht in keinem anderen Verhältnis zur Rechtsordnung als alle übrigen Subjekte und nur durch die Rechtsordnung können Pflichten und Rechte statuiert werden. Wenn

1) a. a. O. S. 21.

sich an einen Verwaltungsbefehl Pflichten und Rechte knüpfen, so ist es die Rechtsordnung und ausschließlich und allein diese, nicht aber der Verwaltungsbefehl, welche die bezüglichen Pflichten und Rechte dadurch statuirt, daß sie an den Verwaltungsbefehl, als Voraussetzung oder Bedingung, resp. an die Nichtbeobachtung des Befehles gewisse Unrechtsfolgen knüpft. Dieser Gedanke wird noch in anderem Zusammenhange weiter zu verfolgen sein. Hier sei nur auf die Disharmonie einer Konstruktion aufmerksam gemacht, die Pflichten und Rechte auf zwei, ihrer Natur nach, völlig wesensverschiedene Quellen zurückführt. Es bedeutet die gänzliche Aufhebung der für alle Rechtskonstruktionen grundlegenden Voraussetzung: der Relation zwischen Rechtsordnung und Rechtssubjekt, wenn man, die Grenze zwischen ihnen verwischend, beiden die gleiche Funktion zuspricht. Das ist aber der Fall, wenn man den handelnden Staat, den Staat als Verwalter, als Rechtssubjekt, also als eine unter der Rechtsordnung stehende, weil durch die Rechtsordnung verpflichtete oder berechnigte Person, selbst Pflichten und Rechte schaffen läßt. Man muß vielmehr mit aller Zähigkeit daran festhalten, daß Pflichten und Rechte nur durch die Rechtsordnung, resp. deren Einheiten, die Rechtssätze, statuirt werden. Es kann keine anderen verpflichtenden und berechnigenden Normen als Rechtssätze geben. Diese sind aber in den Gesetzen (im formellen Sinne) niedergelegt. Dabei ist hier einstweilen noch als Konstruktionspostulat vorausgesetzt, was später näher zu beweisen sein wird, daß Rechtssätze in einer anderen als der Gesetzesform nicht erscheinen können.

Lehnt man die Möglichkeit ab, daß Pflichten und Rechte durch die Verwaltung geschaffen werden, dann fällt auch von diesem Gesichtspunkte aus die Notwendigkeit weg, unterscheidende Kriterien aufzustellen zwischen Rechtssätzen einerseits und von der Verwaltung ausgehenden, ebenfalls Pflichten und Rechte statuierenden „Normen“ andererseits. Denn letztere gibt es nicht.

Damit ist im Prinzipie jenem besonderen Begriffe des Rechtssatzes die Basis entzogen, der von JELLINEK ¹⁾ konstruiert und insbesondere von ANSCHÜTZ weiter ausgebildet wurde und der gerade auf der hier verworfenen Unterscheidung von Normen und Rechtssätzen beruht. Zur Kritik dieses Rechtssatzbegriffes sei nur noch das Folgende hinzugefügt.

Schon ANSCHÜTZ ²⁾ hat hervorgehoben, daß JELLINEK in seinem dem fraglichen Probleme gewidmeten Werke eine präzise Definition

1) Gesetz und Verordnung S. 241.

2) a. a. O. S. 32.

des Rechtssatzes vermissen läßt. Doch kommt die Quintessenz seiner Anschauung in dem folgenden Satze zum Ausdruck: „Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der sozialen Schrankenziehung wegen erlassen worden, so enthält es die Anordnung eines Rechtssatzes, ist daher auch ein Gesetz im materiellen Sinne, hat es jedoch irgendeinen anderen Zweck, so ist es kein materielles, sondern nur ein formelles Gesetz, das seinem Inhalte nach als Anordnung eines Verwaltungsaktes oder als ein Rechtspruch sich charakterisiert“¹⁾. Den wissenschaftlichen Fortschritt in JELLINEK'S Theorie erblickt ANSCHÜTZ „nicht nur in der Konstatierung des von LABAND zuerst hervorgehobenen, allen Rechtssätzen eigentümlichen Momentes der Abgrenzung der Willenssphären (soziale Schrankenziehung), sondern vor allem in dem Nachweis, daß dem Rechtssatzbegriff außer diesem objektiven Merkmale des schrankenziehenden, normativen Charakters noch ein subjektives, in der Absicht des Gesetzgebers nachzuweisendes Merkmal: der Erlaß zum nächsten Zweck der Schrankenziehung, eigentümlich ist“²⁾. Und von diesem Gesichtspunkte aus nimmt ANSCHÜTZ die Abgrenzung zwischen Norm und Rechtssatz vor. Als Rechtssatz bezeichnet er „jede — in Gesetzes- oder Verordnungsform auftretende — staatliche Norm, deren nächster Zweck die Abgrenzung der im Staate sich findenden Willenssphären ist.“ Während nun die Abgrenzung der Willenssphären beim Rechtssatze als die primäre Zweckfolge der Staatswillensäußerung erscheine, müsse sie bei den anderen Normen als eine sekundäre Zweckfolge gelten. So sei zwar jeder Rechtssatz eine Norm, nicht aber jede Norm ein Rechtssatz. Der Rechtssatz sei eine Norm mit bestimmten Merkmalen. „Diese Merkmale sind zum Teil objektiver, zum Teil subjektiver Natur: letztere sind zu suchen in der Willensrichtung des die Norm erlassenden Staatsorganes (Gesetzgebungsorgan, Monarch, Behörde) im Augenblicke der Erlassung.“ „Das subjektive Merkmal der Rechtssetzungsakte kennzeichnet den Zweck, welchen der Befehlende bei Erlaß der Norm im Auge hat“³⁾.

Der JELLINEK-ANSCHÜTZsche Rechtssatzbegriff ist auf dem Zweckmomente aufgebaut. Der besondere Zweck ist es, der dem Rechtssatze in der JELLINEK-ANSCHÜTZschen Konstruktion das Wesen verleiht. Eine Widerlegung der JELLINEK'schen Theorie auf ihrer eigenen Basis, von ihren eigenen Voraussetzungen aus, d. h. unter prinzipieller Akzeptierung des Zweckmomentes bei der juristischen Begriffsbildung

1) a. a. O. S. 240.

2) a. a. O. S. 33.

3) a. a. O. S. 36/37.

ist bereits in treffender Weise von HAENEL erfolgt¹⁾. Vom Standpunkte dieser Untersuchungen muß der JELLINEK-ANSCHÜTZsche Rechtssatzbegriff in erster Linie wegen seiner methodischen Voraussetzungen, wegen der Aufnahme des Zweckmomentes abgelehnt werden. Nirgends tritt das Willkürliche dieser Art von Begriffsbildung deutlicher zu Tage, als gerade in jenen Fällen, in denen der Zweck als principium individuationis in der Gestalt der „Absicht des Gesetzgebers“ erscheint. An Goethes Wort muß man denken: „Was Ihr den Geist der Zeiten heißt, das ist zumeist der Herren eigener Geist, in dem die Zeiten sich bespiegeln“, wenn man sieht, wie es der spekulierenden Juristen höchst eigene und individuelle Ansichten sind, die sie dem „Gesetzgeber“ als Absichten in die Schuhe schieben. Zumal dieser mystische „Gesetzgeber“ gar nicht existiert! Wenn ANSCHÜTZ das subjektive Merkmal des Rechtssatzes, den nächsten Zweck „in der Willensrichtung des die Norm erlassenden Staatsorganes im Augenblicke der Erlassung“ sucht, so setzt er eben jenen realpsychischen Willen voraus, der angeblich im Gesetzgebungsakte erzeugt wird. Aber kann denn wirklich irgend jemand ernstlich glauben, daß die dem schriftlichen Gesetzesantrag zustimmenden Abgeordneten (die den Inhalt dieses Antrages meist gar nicht oder nur höchst ungenau kennen) und der den schriftlichen Parlamentsbeschluß (vielleicht ungelesen) durch seine Unterschrift sanktionierende Monarch zusammen mit der durch die Druckpresse erfolgenden Publikation einen realpsychischen Willen erzeugen, der den Inhalt des Publizierten zum Gegenstande hat und irgendwelche objektiv konstatabaren Absichten verfolgt? Diese höchst verschiedenen Faktoren sind es aber, die zusammen das abgeben, was man mit einer ungenauen Abbeviatur den „Gesetzgeber“ nennt; diese ungenaue Abbeviatur wird aber zur unerhörten Fiktion, wenn man den „Gesetzgeber“ zu einem Menschen macht, indem man ihm einen einheitlichen Willen und einheitliche Absichten andichtet.

Aber auch wenn Rechtssätze nicht nur in Gesetzesform auftreten könnten, auch wenn die von der Exekutive ausgehenden „Normen“ Rechtssätze sein könnten und wenn — wie es der Vorstellung der herrschenden Lehre entspricht — ein einzelner Mensch, etwa der Monarch als Staatsorgan Rechtssätze erließe, also tatsächlich ein einheitlicher Wille „des die Norm erlassenden Staatsorganes“ behauptet werden könnte, so müßte doch der Wille oder die Absicht dieses Menschen als innerpsychische Tatsachen für den Begriff des Rechtssatzes, für die Frage, ob ein Rechtssatz vorliegt oder nicht, irrelevant

1) a. a. O. S. 246 ff. insbes. 256 ff.

bleiben. Es ist sehr zu bezweifeln, ob im Bewußtsein des eine Verordnung erlassenden Ministers die lediglich von der JELLINEKschen Schule gemachte Unterscheidung eines nächsten und eines entfernteren Zweckes der Norm konstaterbar ist; und doch müßte — nimmt man das JELLINEK-ANSCHÜTZsche Kriterium des Rechtssatzes ernst — in jedem einzelnen Falle bei der Frage, ob eine Rechtsverordnung vorliegt, d. h. ob Rechtssätze in der Verordnung enthalten sind, auf dieses „subjektive“, in der Willensrichtung des die Norm erlassenden Staatsorganes zu suchende Merkmal zurückgegriffen werden. Allein, für den Juristen, der nicht Fiktions-Psychologie betreibt, liegt nichts anderes vor als das objektive Moment des objektiv erkennbaren Gesetzes- oder Verordnungstextes.

Auf die Frage, welchen Inhalt die Gesetzesform aufweisen könne, ist somit zu antworten: Die Gesetzesform kann entweder einen Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten, resp. die näheren Umstände oder Bedingungen dieses Willens enthalten; dann enthält sie auch Rechtssätze, denn dann werden durch sie auch Rechtspflichten — zumindest des Staates — statuiert. In diesem Falle liegt auch ein Gesetz im materiellen Sinne vor. Oder aber die Gesetzesform weist keinen Inhalt auf, der sich als Wille des Staates zu irgendeinem eigenen Verhalten oder als nähere Bestimmung eines solchen Willens darstellt; dann enthält sie auch keine Rechtssätze; es werden mit ihr weder Pflichten noch Rechte statuiert; was hier die Form eines Gesetzes hat, ist rechtlich völlig irrelevant, ein solches Gesetz ist gleichsam eine hohle Nuß.

Nunmehr ist aber die Frage zu untersuchen, ob Rechtssätze in einer anderen als der Gesetzesform möglich sind, insbesondere ob nicht auch im Wege der Verwaltung Rechtssätze aufgestellt werden können; auch ist darzutun, inwieferne der vorangeschickte Grundsatz Geltung hat: daß das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes sei.

Den Standpunkt der herrschenden Lehre dieser Frage gegenüber präzisiert ANSCHÜTZ¹⁾ in den Worten: „Jedes Gesetz im materiellen Sinne muß zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein, außer wenn gleichfalls durch ein formelles Gesetz auf dieses Erfordernis verzichtet ist“. Dieser „Verzicht“ auf die Gesetzesform des Rechtssatzes wird nunmehr zu prüfen sein; es ist zu untersuchen, ob der bezügliche Tatbestand wirklich einen „Verzicht“ auf die Gesetzesform bedeutet oder formal-juristisch anders zu qualifizieren ist. Das ist von der herrschenden Lehre zugegeben, daß nach konstitutionellem Grundsatz

1) a. a. O. S. 88.

prinzipiell nur in Gesetzesform Rechtssätze zu erlassen seien. Es fragt sich nur, ob die Modalitäten, unter denen die Statuierung von Rechtssätzen und damit von Rechtspflichten und subjektiven Rechten im Wege der Verwaltung materiell möglich scheint, formal-juristisch keine andere Deutung zulassen, als die eines „Verzichtes“ auf die Gesetzesform.

Das Wesen des konstitutionellen Rechtsstaates ist darin zu erblicken, daß seine ganze Tätigkeit, d. h. alle Handlungen, die als Staatsakte zu gelten haben, auf Rechtssätzen beruhen; denn diese Rechtssätze sind ja — wie hier schon wiederholt betont wurde — die einzigen Zurechnungsregeln, auf Grund deren eine menschliche Handlung nicht dem physisch Handelnden, sondern der Staatsperson zugerechnet werden kann. Diese Zurechnungsregel stellt sich dar als Urteil über einen bedingten Willen des Staates. Die Voraussetzungen nun, deren Erfüllung notwendig ist, damit das bezügliche Urteil gefällt werden könne, die Zurechnungsregel wahr sei, damit, bildlich gesprochen, der Wille des Staates entstehe, ein Rechtssatz zustande komme, sind in ihrer Gesamtheit der Gesetzgebungsprozeß. Der Wille des Staates, als dessen Realisierung sich die Exekutive, das ist der Inbegriff des staatlichen Handelns, darstellt, „entsteht“ nur im Wege der Gesetzgebung. In Gesetzesform muß jener bedingte Wille des Staates erscheinen, der den Inhalt des Rechtssatzes bildet. Da die Rechtspflicht nur die subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes ist, muß jede Rechtspflicht in Gesetzesform statuiert sein.

Daß die Gesetzgebung als die einzige und ausschließliche Quelle des Staatswillens betrachtet werden muß, hat seinen Grund in der Notwendigkeit eines einheitlichen Staatswillens. Nähme man etwa neben der Gesetzgebung, d. i. dem Prozesse, der durch das Zusammenwirken von Parlament und Monarch entsteht, noch einen zweiten selbständigen und von dem ersteren unabhängigen Ausgangspunkt des Staatswillens an, etwa den Monarchen allein, dann wäre die Annahme einer einheitlichen Staatsperson mangels eines einheitlichen Staatswillens nicht möglich. Denn, sind beide Willenszentren tatsächlich von einander unabhängig, ist die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen beiden Willensäußerungen gegeben und damit jede Konstruktion einer Staatsperson unmöglich. Glaubt man durch eine Kompetenzabgrenzung zwischen beiden Abhilfe schaffen zu können, so ist zu bemerken, daß darin eine arge Selbsttäuschung gelegen ist, da diese Abgrenzung von der einen der beiden Willensquellen ausgehen müßte, womit die Unabhängigkeit der anderen unvereinbar wäre.

Der Grundsatz, daß alle Akte der Exekutive sich als Realisierung eines Rechtssatzes darstellen müssen, oder m. a. W. daß die ganze

Tätigkeit des konstitutionellen Staates eine gesetzmäßige sein muß, bezieht sich auf die richterliche wie auf die Verwaltungstätigkeit des Staates im engeren Sinne und betrifft in letzterer Hinsicht nicht nur die Verfügung, sondern auch die Verordnung. Das konstitutionelle Prinzip, daß Verordnungen nur auf Grund von Gesetzen erlassen werden können, bedeutet tatsächlich, daß jede Verordnung nur eine „Ausführungs“verordnung ist¹⁾.

Da dem Gesetze im formellen Sinne jeder beliebige Inhalt gegeben werden kann, ist die Möglichkeit vorhanden, in Gesetzesform im einen oder anderen Falle die sogenannte Bildung des Staatswillens wenigstens materiell anderen als den gesetzgebenden Faktoren zu übertragen. Man spricht in einem solchen Falle von einer Delegation. Diese liegt vor, wenn durch Gesetz ein exekutives Staatsorgan ermächtigt wird, durch einen spezifischen Verwaltungsakt: die Verordnung, sowohl den Inhalt als auch die Bedingungen eines Staatswillens festzusetzen. Wenn z. B. gesetzlich bestimmt wird, daß der Justizminister im Verordnungswege regeln solle, wie und unter welchen Umständen der Wucher zu bestrafen sei. In dieser formalgesetzlichen Delegation erblickt die herrschende Lehre den „Verzicht“ auf die Gesetzesform.

Fraglich ist nun, wie das Verhältnis einer solchen delegierten Verordnung zu einem ermächtigenden Gesetze zu konstruieren ist. Ein doppelter Weg scheint sich zu eröffnen. Man kann — und das ist die übliche Art, das Problem zu lösen — die delegierte Verordnung dem Gesetze gleichsetzen, indem man sich auf die Tatsache stützt, daß beide den gleichen Inhalt haben können. Man kommt in Gemäßheit dieser Konstruktion zu dem Resultate, daß Rechtssätze sowohl durch Gesetz als auch durch delegierte Verordnung statuiert werden können, daß der Wille des Staates in beiden zur Entstehung kommt. Allein, bei einer solchen Konstruktion kommt das wesentlichste Moment in dem Verhältnis zwischen dem ermächtigenden Gesetze und der dieses Gesetz realisierenden Verordnung nicht zum Ausdruck: Die exekutive Natur der Verordnung in Beziehung auf das Gesetz, die Tatsache, daß die Verordnung ein Akt der Verwaltung ist und als solcher formell im Gegensatze zur Rechtsordnung steht, deren Vollziehung nur die Verwaltung ist. Eine Verordnung, die Rechtssätze statuiert, wäre Rechtsordnung und Verwaltung zugleich, was in einem übertragenen Sinne soviel bedeutete, wie zugleich Ursache und Wirkung sein. Es ist von höchstem begriffsökonomischen und systematisch-ästhetischem Werte, die

1) Vgl. die in ihrem Resultate hiermit übereinstimmenden Ausführungen HAENELS a. a. O. S. 282 ff.

Grenze zwischen Rechtsordnung und Verwaltung so zu ziehen, daß beide Begriffe einander ausschließen. Darum muß in dem vorliegenden Verhältnis zwischen delegierter Verordnung und ermächtigendem Gesetze das Schwergewicht auf das letztere gelegt werden. Dies geschieht dadurch, daß man die Bedeutung der gesetzlichen Ermächtigung oder Delegation in die Formel faßt: Der Staat will unter Umständen, die durch die Exekutive zu bestimmen sind, so handeln, insbesondere so strafen oder exequieren, wie es ebenfalls durch die Exekutive bestimmt werden wird. Die gesetzliche Delegation bedeutet einen Blankettrechtssatz.

Diesem gegenüber stellt sich die delegierte Verordnung lediglich als Exekutivakt, als Realisierung desselben dar. Indem sie das im Gesetze enthaltene Blankett ausfüllt, die Bedingungen und den Inhalt des im Gesetze erscheinenden Staatswillens festsetzt, kann sie wohl materiell als „Erzeugerin“ dieses Willens gelten; allein, dieses Moment ist — wie ja schon früher wiederholt hervorgehoben — wegen seines materiellen Charakters für die juristische Konstruktion irrelevant. Formell — und das ist hier das Ausschlaggebende — müssen die durch die Verordnung geschaffenen Bestimmungen als im Gesetze enthalten gedacht werden, denn die Verordnung stellt sich formell nur als eine Ausfüllung des Gesetzesblankettes dar. Damit ist der Sitz aller Rechtssätze, die materiell ihren Inhalt von der delegierten Verordnung erhalten, formell in das ermächtigende Gesetz zu verlegen; durch das Gesetz werden die bezüglichlichen Rechtspflichten statuiert und nicht durch die Verordnung; und es kann der Grundsatz aufrecht erhalten bleiben, daß die notwendige Form des Rechtssatzes das Gesetz ist. Nur durch diese Konstruktion kommt die für die juristisch-formale Betrachtung wesentliche Tatsache zum Ausdruck, daß eine Verordnung den Inhalt von Rechtssätzen nur im Rahmen eines Gesetzes feststellen kann ¹⁾.

1) Die im Texte durchgeführte Konstruktion ist nur eine Konsequenz des hier vertretenen spezifischen Begriffes der Verwaltung, deren formal-juristische Qualifikation in der Exekutive, der Vollziehung oder Realisierung der Rechtsordnung erkannt wurde. Auffallend ist, daß HAENEL, zu dessen größten Verdiensten es gehört diesen Rechtsbegriff der Verwaltung richtig erfaßt zu haben, dennoch der sogenannten Rechtsverordnung oder, wie er sie nennt, der „gesetzvertretenden Verordnung“ gegenüber seine Grundauffassung nicht ganz konsequent durchführt und sich so um die systematisch höchst wichtige Erkenntnis gebracht hat, daß das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes ist. Gerade daß er auch die sogenannte Rechtsverordnung dem Gesetze gegenüber nur als „Ausführungsverordnung“ gelten ließ, hätte ihn veranlassen müssen, das formale Verhältnis zwischen dem delegierenden Gesetze und der „ausführenden“ Rechtsverordnung anders zu konstruieren als er dies getan hat, wenn er der Rechtsordnung dieselbe

Die herrschende Lehre bezeichnet Verordnungen, die Rechtsätze enthalten, als Rechtsverordnungen, zählt diese Verwaltungsakte der Rechtsordnung des Staates zu und setzt ihnen alle übrigen Verordnungen, die keine Rechtsätze enthalten, als Verwaltungsverordnungen im engeren Sinne entgegen. Während für die sogenannten Rechtsverordnungen eine gesetzliche Delegation gefordert wird, verzichtet man seltsamerweise auf eine solche bei den Verwaltungsverordnungen. Man betrachtet sie als Akte der „freien“ Verwaltung und begnügt sich, von ihnen zu verlangen, daß sie sich innerhalb der gesetzlichen Schranken halten. Die Unzulässigkeit dieser Konstruktion ist hier anläßlich der Kritik des Verwaltungsbegriffes dargetan worden. An dieser Stelle sei noch bemerkt, daß es keinen Unterschied macht, ob die Verordnung auf Grund einer ausdrücklichen, für den speziellen Fall erteilten Delegation des Gesetzes erlassen wird oder sich auf eine allgemeine Ermächtigung stützt. Wenn ANSCHÜTZ betont, daß für die Verordnungen des Monarchen, durch welche Ministerien errichtet werden, keine gesetzliche Delegation nachweisbar sei, daß diese Verordnungen „Akte der administrativen Organisationsgewalt des Monarchen“ seien, so ist das zwar an sich richtig, aber es fehlt die juristische Konstruktion dieser Tatsachen!

Funktion zuweist wie dem Gesetze. Dies ist materiell richtig, aber formell falsch. Der Erkenntnis, daß die Rechtsverordnung nur den Inhalt dessen festsetzt, was formal schon das delegierende Gesetz feststellt, oder mit anderen Worten, daß die Rechtsverordnung nur den Rahmen ausfüllt, der durch das delegierende Gesetz geschaffen ist, der Sitz der materiell durch die Rechtsverordnung geschaffenen Rechtsätze formell in dem delegierenden Gesetze ist — dieser Erkenntnis kam HAENEL zum Greifen nahe. Er sagt a. a. O. S. 281: „Die konstitutionelle Form des Gesetzes ist hier diesen Verfassungen notwendig für Alles, was der staatlichen Regelung durch Rechtsätze fähig und bedürftig ist.“ Man sollte meinen, daß dieser Grundsatz nur mit anderen Worten sagt, was hier in dem Satze formuliert wurde: Das Gesetz ist die notwendige Form des Rechtsatzes. Allein, HAENEL fügt hinzu: „Nur das Gesetz selbst kann eine Vertretung in dieser seiner Funktion anordnen“ und glaubt damit eine Ausnahme von dem ersteren Grundsatz ausgesprochen zu haben. Und doch zeigt gerade die von HAENEL gewählte Terminologie, derzufolge die Rechtsverordnung das Gesetz vertritt, daß es formal-juristisch nicht befremdlich, sondern geradezu notwendig ist, die Funktion der Rechtsverordnung formal dem delegierenden Gesetze zuzurechnen, sowie man die Handlung des Stellvertreters auf Grund der von dem Vertretenen erteilten Vollmacht diesem letzteren zurechnet. So wie kraft der erteilten Vollmacht für die formal-juristische Betrachtung nicht der körperlich handelnde Stellvertreter sondern der Vertretene das bezügliche Rechtsgeschäft abschließt, so statuiert den Rechtssatz nicht die Rechtsverordnung, die auf Grund und in Ausführung des die Delegation enthaltenden Gesetzes die materiellen Bestimmungen enthält, sondern das Gesetz, das die Delegation, d. h. die Vollmacht erteilt.

Denn die administrative Organisationsgewalt des Monarchen kann im konstitutionellen Staate doch nur auf der Verfassung, dem Gesetze beruhen. Wenn der konstitutionelle Monarch Behörden errichten und abschaffen kann, ohne daß zu jedem dieser Organisationsakte eine besondere gesetzliche Ermächtigung nötig ist, so hat das darin seinen Grund, daß in der Verfassung, also in Gesetzesform ganz allgemein statuiert ist, daß der Monarch die Organisationsgewalt habe und organisatorische Verordnungen erlassen könne. Ohne eine solche allgemeine Bestimmung der Verfassung gäbe es keine bezügliche Kompetenz des Monarchen, weil es an einer Zurechnungsregel fehlte, derartige Akte des Monarchen als Staatsfunktion gelten zu lassen. Und diese allgemeine Delegation der Verfassung ist ihrem Wesen nach nicht verschieden von der speziellen gesetzlichen Delegation, auf der nach der herrschenden Lehre jede Rechtsverordnung beruhen muß, ist formell wesensgleich mit allen jenen gesetzlichen Bestimmungen, als deren Realisierung sich jeder Verwaltungsakt und daher auch jede Verordnung auszuweisen hat.

Es ist somit die Unterscheidung von Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen insoferne abzulehnen, als der formelle Sitz des Rechtssatzes stets nur das Gesetz, niemals die Verordnung sein kann; zurückzuweisen wäre hier aber auch die Konstruktion der herrschenden Lehre, derzufolge auch Verwaltungsverordnungen „Normen“, wenn auch keine Rechtssätze und dementsprechend Amtspflichten, wenn auch keine Rechtspflichten statuieren können. Wie ist aber dann das Verhältnis der organisatorischen Verwaltungsverordnungen zu den Amts- oder Organpflichten aufzufassen?

Die gesetzliche Delegation, deren vollkommenstes Beispiel im Vorhergehenden dargestellt wurde, muß nicht soweit gehen, daß sowohl die Bedingungen als auch der Inhalt des im Gesetze ausgesprochenen Staatswillens der Exekutive zur Bestimmung überlassen werden. Vielmehr kann im Gesetze der Rechtssatz in Bezug auf den Inhalt des staatlichen Willens, das „Was“ des Staatswillens vollständig ausgedrückt sein und nur die Bedingungen, an die dieser Staatswille geknüpft ist, der Festsetzung durch Verwaltungsakte überlassen bleiben. Das auf die Rechtssatzformel reduzierte Gesetz lautet dann: Unter Umständen, die ein Exekutivorgan zu bestimmen hat, will der Staat diese (im Gesetze genau bezeichnete) Handlung vornehmen, insbesondere eine bestimmte Strafe oder Exekution verhängen. In diesem Falle ist es von vornherein jedem Zweifel entzückt, daß die Konstruktion als Sitz des Rechtssatzes das Gesetz und nicht den Verwaltungsakt annehmen muß. Hier ist es ohne weiteres klar, daß die mit dem Rechtssatze verbundene Rechtspflicht

nicht durch den Verwaltungsakt — sei er nun Verfügung oder Verordnung — sondern durch das Gesetz statuiert ist. Die rechtlich wesentliche Funktion des betreffenden Verwaltungsaktes besteht hier lediglich darin, daß er die durch das Gesetz statuierte Rechtspflicht geltend macht.

Solcher Art sind auch die organisatorischen Verwaltungsverordnungen! Sie enthalten generelle Vorschriften, Befehle an die Staatsorgane, indem sie bestimmte Geschäfte bestimmten Organen auftragen. Sie enthalten regelmäßig nicht die Statuierung der Disziplinarunrechtsfolge, die gewöhnlich in Gesetzesform erlassen wird. Wie immer dem aber auch sei, die Rechtspflicht der Staatsorgane — und eine andere Pflicht gibt es nicht — wird durch den Disziplinarrechtssatz statuiert, der stets formell, regelmäßig auch materiell im Gesetze enthalten, auf die Rechtssatzformel reduziert, lautet: Wenn ein Organ sich nicht so verhält, wie es die kompetente Exekutivbehörde vorschreibt, so will der Staat bestimmte Unrechtsfolgen, die Disziplinarstrafen, verhängen. Diese durch den Disziplinarrechtssatz statuierte Dienstpflicht der Staatsorgane ist es, die durch die organisatorischen Verordnungen, ebenso wie durch einen konkreten Dienstbefehl, geltend gemacht, aber nicht statuiert wird.

Insoferne durch ein Gesetz lediglich Pflichten und Kompetenzen des Staates festgelegt werden, liegt noch keine Organisation vor. Die Sätze, die den Willen und die Pflicht des Staates ausdrücken, zu strafen, zu exequieren, Eisenbahnen zu bauen, Armenpflege zu unterhalten etc. sind keine Organisationsbestimmungen. Solche liegen erst in jenen Sätzen vor, welche bestimmen, durch welche Organe dieser Wille des Staates realisiert werden soll. Im konstitutionellen Staate ist das oberste Organ der Exekutive der Monarch. Das ist in der Verfassung ausdrücklich ausgesprochen. Und dieses Prinzip, daß der Staat durch den Monarchen und die ihm unterordneten Staatsorgane handeln will, wäre allein schon genügend, um auch ohne ausdrückliche Ermächtigung zur Organisation diese Funktion, das „Wie“ der gesamten Staatstätigkeit zu bestimmen, als in der Kompetenz des Monarchen stehend zu erkennen. Mangels besonderen gesetzlichen Vorbehaltes, durch den für gewisse Organisationen ein spezielles Gesetz gefordert wird, kann die Exekutive mit dem Monarchen an der Spitze Behörden schaffen und verändern, deren Kompetenz abgrenzen und inhaltlich bestimmen, indem sie jedem einzelnen Organe die Realisierung eines bestimmten Teiles des im Gesetze ausgesprochenen Staatswillens zuweist.

Durch die hier vollzogene Konstruktion ist die unsinnige Unter-

scheidung zwischen Rechtssätzen und staatlichen „Normen“, die keine Rechtssätze sind, und die damit zusammenhängende Distinktion zwischen Rechtspflichten und rechtlich irgendwie relevanten Pflichten, die aber keine Rechtspflichten sind, überflüssig geworden. Es ist aber auch die geradezu groteske Konsequenz der herrschenden Theorie vermieden, in jedem konkreten Dienstbefehl, etwa in der Anordnung des Amtsvorstandes an den Amtsdienner, das Amtlokal zu heizen, eine pflichtstatuierende „Norm“ zu erblicken. Wenn sich ANSCHÜTZ dagegen verwahrt, in solchen Dienstbefehlen Rechtssätze zu erblicken, so ist ihm beizustimmen, allein er macht es nicht viel anders, wenn er solche Befehle als staatliche „Normen“ gelten läßt, durch die irgendeine rechtlich relevante Pflicht entsteht. Denn auch durch diesen Dienstbefehl wird — nicht anders als durch eine generelle Verordnung — die schon bestehende, durch das Gesetz, resp. den darin formell enthaltenen Disziplinarrechtssatz statuierte Dienstpflicht des Organes geltend gemacht und nicht erst geschaffen. Darum ist auch ein solcher Dienstbefehl kein Rechtssatz und keine rechtlich relevante staatliche „Norm“, was dasselbe ist.

Die Dienstpflicht der Staatsorgane ist eine sogenannte Blankettpflicht und der sie statuierende Rechtssatz ein Blankettrechtssatz: Er verpflichtet unter Disziplinarstrafsanktion das Staatsorgan zu jenem Verhalten, das auf Grund der öffentlichen Anstellung innerhalb des von der kompetenten vorgesetzten Behörde festgesetzten Dienstkreises durch generelle Verordnung oder individuelle Verfügung gefordert wird.

Ebenso wie der an Staatsorgane gerichtete Verwaltungsbefehl, so statuiert der an die übrigen Untertanen gerichtete Verwaltungsakt, der ein bestimmtes Verhalten der Adressaten fordert, keine Rechtspflicht, sondern macht nur eine schon bestehende Rechtspflicht geltend. Es wäre freilich verfehlt, wollte man annehmen, daß in dem Befehle des Polizeiorganes an das Publikum eine Pflichtstatuierung und daher eine Norm gelegen sei. Nicht der Schutzmann schafft die im Augenblicke des Befehles existente Pflicht „auseinanderzugehen“, sondern die Rechtspflicht, sich zu entfernen — und eine Rechtspflicht ist dies, da eine andere Pflicht für den Juristen unvorstellbar ist — erwächst für jeden einzelnen aus der Rechtsordnung und zwar aus dem die allgemeine Gehorsamspflicht des Untertanen gegenüber der Verwaltung statuierenden Rechtssätze: Wenn jemand dem unter gewissen Umständen erfolgten Befehle eines bestimmten Verwaltungsorganes nicht Folge leistet, will der Staat ihn strafen. Nicht der Staat als Verwalter, in einer Eigenschaft, in der er selbst Rechtspflichtsubjekt und somit allen anderen Pflichtsubjekten koordiniert

ist, nicht der Staat in der Person des Schutzmannes statuiert die Rechtspflicht des Untertanen, dem Polizeibefehle zu gehorchen, sondern der Staat als Rechtsordnung, richtiger, die Rechtsordnung selbst (da der Staat als Träger der Rechtsordnung eine rechtliche Personifikation nicht zuläßt). Der Befehl des Schutzmannes kommt nur als Voraussetzung in Betracht, an die der Rechtssatz den die Rechtspflicht sanktionierenden Willen des Staates, die Rechtspflicht der Untertanen knüpft. Die Verwaltung macht nur die von der Rechtsordnung geschaffene Gehorsamspflicht der Untertanen geltend. Es ist der Irrtum der Imperativtheorie, die das Wesen der verpflichtenden Norm in der Befehlsform erblickt, die im Rechtssatze einen auf das rechtmäßige Verhalten der Pflichtsubjekte gerichteten Willen des Staates sieht, in den Befehlen der Verwaltung „Normen“ zu vermuten und durch solche Befehle Pflichten statuieren zu lassen. Die allgemeine Gehorsamspflicht der Untertanen ist das Korrelat der allgemeinen Dienstpflicht der Staatsorgane. Wie diese, so ist auch jene eine Blankettpflicht, der bezügliche Rechtssatz, sowie der Disziplinarrechtssatz, ein Blankettgesetz. In der Rechtsordnung selbst ist ihm noch kein konkreter Inhalt gegeben, kein bestimmtes Handeln oder Unterlassen dem Subjekte materiell vorgeschrieben. Einen bestimmten Inhalt erhält die Gehorsamspflicht des Untertanen erst durch den jeweiligen Befehl der Verwaltungsbehörde, wobei es wieder keinen Unterschied macht, ob dieser Verwaltungsakt eine individuelle Verfügung oder eine generelle Verordnung ist ¹⁾.

Gegen die in den bisherigen Ausführungen durchgeführte Konstruktion, welche die organisatorischen Verordnungen, wie überhaupt alle Verwaltungsakte, nur als Geltendmachung, nicht als Statuierung von Rechtspflichten erscheinen läßt und darum in diesen Bestimmungen keine Rechtssätze anerkennt, könnte von einem nicht rein formaljuristischen Standpunkte aus eingewendet werden, daß derjenige, der den Inhalt einer Rechtspflicht bestimmt, dieselbe nicht nur geltend mache, sondern auch schaffe. Man könnte — wie ja schon oben an-

1) Der hier durchgeführten Konstruktion scheint ANSCHÜTZ, der typische Vertreter der herrschenden Lehre, trotz deren so abweichenden Konsequenzen von vornherein nicht allzuferne gestanden zu sein. Ersagt nämlich a. a. O. S. 71: „Wenn die Autorität der Rechtsnormen aus ihrem Wesen selbst folgt und jedermann, den es angeht, den Rechtsnormen Gehorsam leisten muß, so folgt der Umstand, daß einer Verwaltungsnorm gehorcht werden muß, nicht direkt aus ihrer Natur, sondern indirekt, vermittels des Rechtssatzes, daß die Verwaltung bezüglich ihrer Anordnungen das Recht auf Gehorsam hat; diesem Rechte entspricht einerseits die Dienstpflicht der Beamten, andererseits die allgemeine Gehorsamspflicht des Staatsbürgers.“ Wenn aber ANSCHÜTZ die Dienstpflicht der Beamten wenigstens „indirekt“ auf einem Rechtssatze beruhen läßt, bleibt es unbegreiflich, weshalb

gedeutet ¹⁾ — mit Berücksichtigung des materiellen Momentes in der Ausfüllung des Blankettrechtssatzes, in der Feststellung der Bedingungen, an die sich der staatliche Wille zur Unrechtsfolge knüpft, die „Bildung“ des Staatswillens sehen und die „erzeugenden“ Faktoren als Ausgangspunkt der Norm und Verpflichtung gelten lassen. Die Unzulässigkeit dieser Konstruktion aus allgemein methodischen Gründen wurde bereits dargetan. Hier soll sie überdies durch eine Analogie aus dem Privatrechte ad absurdum geführt werden, die umso bedeutungsvoller ist, als sie einen tiefen Einblick in das Verhältnis von Rechtsordnung und Verwaltung bietet.

Der Fall eines Blankettrechtssatzes und einer Blankettrechtspflicht ist auch im Privatrechte sehr häufig. Das bürgerliche Gesetzbuch — in der für den Rechtssatz notwendigen Verbindung mit der Exekutionsordnung — setzt den Inhalt der zivilen Rechtspflicht in der Regel nicht fest, sondern überläßt die Bestimmung derselben der Parteiwillkür. Was der A dem B rechtlich zu leisten verpflichtet ist, hängt in vielen Fällen von dem Übereinkommen zwischen beiden ab. Der Rechtssatz, auf Grund dessen der Schuldner dem Gläubiger 1000 als empfangenes Darlehen zu retournieren verpflichtet ist, ist ein Blankettrechtssatz und lautet: Wenn jemand eine Quantität vertretbarer Sachen mit dem Versprechen empfangen hat, eine gleiche Quantität derselben Qualität zurückzugeben, und wenn der Darlehensempfänger diese Schuld nicht retourniert, dann will der Staat auf Klage des Gläubigers exequieren. Das Substrat der Rechtspflicht, die pflichtmäßig zurückzuerstattende Summe, wird im konkreten Falle von den Parteien bestimmt. Sie füllen den Blankettrechtssatz aus, geben der Blankettrechtspflicht einen bestimmten Inhalt. Zur vollkommenen Deutlichkeit gelangt die Analogie bei einer Parallele zwischen der öffentlichen Organpflicht und der privaten Dienstpflicht. Man darf nicht in Zweifel ziehen, daß die nach geschlossener locatio conductio operarum bestehende Dienstpflicht des Arbeitnehmers auf dem Gesetze, dem bürgerlichen Gesetzbuche beruht. Die Verpflichtung des Arbeiters, die im Rahmen des Dienstvertrages erteilten Aufträge auszuführen, wie es der Arbeitgeber vorschreibt, ist Rechtspflicht, denn die Nichtbefolgung ist Kontraktbruch und durch die zivilen Unrechtsfolgen sanktioniert. Niemand darf annehmen, der Arbeitgeber sei es, der den Arbeiter verpflichtet, dessen Dienstpflicht statuiert. Das ist hier schon deshalb unmöglich, weil dann mit demselben Rechte auch der Arbeiter selbst als derjenige bezeichnet

er die Amtspflichten nicht als Rechtspflichten, aber noch unbegreiflicher, weshalb er die Organe nicht als Rechtssubjekte gelten läßt! Der Widerspruch zwischen Voraussetzung und Konsequenz ist klar!

1) Vgl. oben S. 549f.

werden könnte, der seine Dienstpflicht statuierte, also Selbstverpflichtung vorläge, was widersinnig ist. Vielmehr ist es zweifellos und nach einzig korrektem Sprachgebrauche das Gesetz, welches den Dienstnehmer verpflichtet, alle Aufträge des Dienstgebers im Rahmen des Vertrages auszuführen. Der Dienstgeber, der einen konkreten Auftrag erteilt, macht nur die durch das Gesetz geschaffene Rechtspflicht des Arbeitnehmers für die konkrete Verrichtung geltend; genau so wie der Verwaltungsbefehl oder die Verwaltungsverordnung die Dienstpflicht des Organes geltend macht.

Nähme man an, daß es der Arbeitsherr sei, der mit jedem Auftrage eine Pflicht des Arbeiters schafft — sowie manche annehmen, daß es die Exekutive sei, die mit ihren Verfügungen oder Verordnungen die Pflicht des Organes zur anbefohlenen Dienstleistung statuiert — bedeutete dies eine Gleichstellung des dem Gesetze ebenso wie der Arbeiter unterworfenen Arbeitgebers ebendiesem Gesetze. (So wie es eine Gleichstellung der Verwaltung mit der Rechtsordnung bedeutet, wenn man durch Verwaltungsakte Rechtspflichten statuieren läßt. Beispiel: die Rechtsverordnung der herrschenden Lehre). Man müßte annehmen, der Wille des Arbeitsherrn sei dem Willen des Staates in der Rechtsordnung dadurch gleichgestellt, daß der Staat in der Rechtsordnung von vornherein als seinen Willen oder als die Bedingungen seines Willens erklärt, was der Arbeitsherr innerhalb gewisser Grenzen wolle. Und diese Konstruktion müßte analog in allen jenen Fällen angewendet werden, in denen der konkrete Inhalt der Rechtspflicht nicht schon durch das Gesetz selbst, sondern erst durch Parteiwillkür festgesetzt wird. Eine solche Konstruktion ist zu verwerfen, weil sie jede Grenze zwischen dem Willen des Staates in der Rechtsordnung und dem Willen der der Rechtsordnung unterworfenen Subjekte verwischt. Tatsächlich ist auch eine solche Auffassung des Parteiwillens im Verhältnis zu der Rechtsordnung auf dem Gebiete des Privatrechtes niemals ernstlich vertreten worden. Allein, in seinem Verhältnis zur Rechtsordnung nimmt der Staat als Subjekt von Pflichten und Rechten, der Staat als Subjekt der Verwaltung, prinzipiell die gleiche Stellung ein, wie alle übrigen Personen, denen er gerade in dieser Relation koordiniert, nicht übergeordnet ist. Das ist die nicht abzuweisende Konsequenz jener Theorie, die sich bemüht, den Staat rechtlich, d. h. als Rechts- und Pflichtsubjekt, als Person zu erfassen. Darum ist es ebenso unzulässig, dem Staat als Verwalter, wenn er einen spezifischen Verwaltungsakt — sei es Verfügung oder Verordnung — setzt, die Fähigkeit, Pflichten zu statuieren zuzuerkennen, die nur der Rechtsordnung zukommt, wie es widersinnig wäre, irgendeine zivile Rechtspflicht nicht durch

das Gesetz, sondern durch eine der vertragschließenden Parteien statuieren zu lassen.

Wie dem privaten Arbeitsgeber die vom Gesetze ohne konkreten Inhalt gelassene, rein formale Dienstpflicht des Arbeitnehmers zur Verfügung steht, um ihr im Rahmen des Vertrages einen Inhalt zu geben, so hat die Verwaltung die vom Gesetze inhaltlos gelassene, rein formale Blankettpflicht der Staatsorgane innerhalb der Grenzen der staatlichen Kompetenz, soweit es die Ausführung des in der Rechtsordnung enthaltenen Staatswillens erfordert, mit einem Inhalt zu erfüllen, geltend zu machen. Keine andere Bedeutung haben organisatorische Verordnungen, deren von der herrschenden Lehre anerkannter rein administrativer Charakter gerade hierin zum Ausdruck kommt. Nur durch Ausfüllung der rein formalen Blankettdienstpflichten seiner Angestellten erfolgt — auch in Form genereller Verordnungen — die Organisation eines großen Privatunternehmens. Und die organisierende, verordnende, administrative Tätigkeit der Staatsperson als Verwalter ist ihrer rechtlichen Natur nach keine andere. Nur daß man dabei den wesentlichen Unterschied im Auge behalten muß, daß die Privatpersonen dieser administrativen Tätigkeit tatsächlich „innerhalb der gesetzlichen Schranken“ frei, d. h. nur an die Zustimmung der mitkontrahierenden Partei gebunden sind und nur nicht gegen die bestehenden Gesetze verstoßen dürfen, während der Staat, resp. die Staatsorgane an die Schranken der Gesetze gebunden sind, indem sie zu jeder Aktion, zu jeder Bestimmung in einer Verordnung der gesetzlichen Grundlage bedürfen, da ihre gesamte Tätigkeit nur als Realisierung eines in der Rechtsordnung schon ausgesprochenen Staatswillens erscheinen kann.

Kurzer Erörterung bedarf noch die Frage, welche Bedeutung organisatorische Bestimmungen in Gesetzesform haben. Die herrschende Lehre ist — wie aus den früher angeführten Zitaten ANSCHÜTZ' hervorgeht — der Ansicht, daß die Aufnahme in ein formelles Gesetz nicht geeignet ist, den organisatorischen Bestimmungen den spezifischen Charakter von Verwaltungsakten zu nehmen. Die herrschende Lehre erblickt auch in Gesetzesform tragenden organisatorischen Bestimmungen keine Rechtssätze. Dieses Resultat ist folgerichtig aus der Grundanschauung entwickelt, welche die JELLINEK-ANSCHÜTZsche Theorie bezüglich des Verhältnisses von Gesetzgebung und Verwaltung vertritt. Vom Standpunkte der hier akzeptierten Konstruktion findet die aufgeworfene Frage folgende Lösung. Da durch die organisatorischen Vorschriften nur die Bedingungen festgestellt werden, an die sich der Wille des Staates knüpft, der den Inhalt des die Organpflichten statuierenden Rechtssatzes bildet, ist

es von vornherein ausgeschlossen, solche Bestimmungen als Rechtsätze gelten zu lassen. In diesem negativen Endresultate ist also der herrschenden Lehre beizupflichten. Allein, nicht in der Begründung! Denn ein Gesetz, das organisatorische Bestimmungen enthält, kann — wie jedes Gesetz im formellen Sinne — niemals als Verwaltungsakt angesehen werden. Ein Verwaltungsakt ist als Funktion der Exekutive nur als Tätigkeit von Staatsorganen denkbar; die Legislative ist jedoch — wie früher dargetan — niemals als Staatsfunktion und die an der Legislative beteiligten Menschen darum niemals als Staatsorgane zu erkennen. Für die juristische Konstruktion kommt das „Gesetz“ überhaupt nicht als Funktion oder Tätigkeit, d. h. also genetisch in Betracht, sowie dies bei den Verwaltungsakten, den Entscheidungen, Verfügungen und Verordnungen der Exekutive einschließlich der Rechtssprechung der Fall ist; es gibt m. a. W. im Rahmen der juristischen Konstruktion keine staatliche Tätigkeit der „Gesetzgebung“, die der Tätigkeit der Verwaltung analog wäre. In den Bereich der Rechtserkenntnis tritt das Gesetz erst als fertiges Faktum, gleichsam als das Endprodukt einer Tätigkeit — nicht diese Tätigkeit selbst, weil diese nicht als solche der Staatsperson zugerechnet werden kann. Darum ist die Vorstellung von Verwaltungsakten in Gesetzesform widersinnig.

Wenn in organisatorischen Bestimmungen, die in Gesetzesform erscheinen, keine Rechtssätze erblickt werden können, so ist dies deshalb der Fall, weil und insoferne diese Bestimmungen nur einen Teil jener Elemente enthalten, die zu den wesentlichen Bestandteilen des Rechtssatzes gehören. Denn sie statuieren nur die Bedingungen eines Staatswillens, nicht diesen Willen selbst. Es sind — wenn der Terminus erlaubt ist — unvollständige Rechtssätze oder Bestandteile von solchen. Nur zusammen mit den Disziplinarstrafbestimmungen bilden sie Rechtssätze und statuieren Rechtspflichten; ebenso wie die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches nur zusammen mit den die zivile Unrechtsfolge statuierenden Vorschriften der Exekutionsordnung Rechtssätze und Rechtspflichten normieren.

Wendet man ein, daß es materiell keinen Unterschied mache, ob organisatorische Bestimmungen in Gesetzform oder als Verordnung erscheinen, da in beiden Fällen der gleiche Zweck erfüllt werde, so ist zu entgegnen, daß diese Tatsache zwar richtig ist, für die juristische Konstruktion aber nicht maßgebend sein kann, da diese nur das formale, nicht das materielle (Zweck-)Moment zu berücksichtigen hat. Gesetz und Verwaltungsakt kommen nur in ihrer formalen Qualität in Betracht und nur in dieser formalen Relation lassen sie sich unterscheiden.

II. Abteilung.

Das subjektive Recht.

A. Der Begriff des subjektiven Rechtes.

XXII. Kapitel.

Die Interessentheorie.

Nachdem im vorhergehenden der Nachweis erbracht wurde, daß die Annahme von Organpflichten, die nicht Rechtspflichten der Staatsperson sind, eine Notwendigkeit juristischer Konstruktion ist, und damit die selbständige Pflicht-Subjektivität und Rechts-Persönlichkeit der Staatsorgane außer Zweifel gesetzt wurde, kann im folgenden das Problem der Organstellung von der Seite des subjektiven Rechtes her untersucht, d. h. die Frage aufgeworfen werden, ob Staatsorganen subjektive Rechte, Organrechte, zukommen und ob Staatsorgane auch als Subjekte von solchen Rechten Rechtssubjekte, d. h. Personen im Rechtssinne sind. Damit ist diesen Untersuchungen die Gelegenheit gegeben, zu dem Begriffe des subjektiven Rechtes Stellung zu nehmen. Im Sinne der Gesamtkonstruktion des hier durchgeführten Systems ist somit zur Aufgabe gemacht, das subjektive Recht — ebenso wie vordem die subjektive Pflicht — aus dem objektiven Rechtssatze abzuleiten. Ist früher gezeigt worden, welches die Formel ist, nach der die Subjektivierung des objektiven Rechtssatzes zur Rechtspflicht eines bestimmten Subjektes vor sich geht, wie ein Rechtssatz der objektiven Ordnung gerade zu meiner Pflicht wird, so ist nunmehr darzutun, wie die allgemeine Rechtsordnung eines bestimmten einzelnen subjektives Recht statuiert, wie der Rechtssatz mein Recht bedeuten kann. Nur so und nicht anders kann die auf das sogenannte subjektive Recht gerichtete Fragestellung lauten, wenn man das subjektive Recht ebenso wie die subjektive Pflicht als etwas nur durch die objektive Rechtsordnung Statuiertes erkennt — also in beiden nur eine subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes erblickt und die naturrechtliche Anschauung verwirft, die Recht und Pflicht als

etwas von der Rechtsordnung unabhängig Existentes, durch die Rechtssätze lediglich Geschütztes oder Garantiertes gelten läßt.

Man begeht gewiß keine Übertreibung, wenn man behauptet, daß von allen juristischen Grundbegriffen gerade der des subjektiven Rechtes in der theoretischen Literatur der am meisten erörterte ist. Ja, es hat dieser Begriff das wissenschaftliche Interesse in einem solchen Maße für sich in Anspruch genommen, daß der ihm gleichgeordnete Begriff der subjektiven Pflicht von der Theorie fast ganz vernachlässigt wurde. Diese — hier schon früher hervorgehobene — Tatsache findet ihren schärfsten Ausdruck durch den in der herrschenden Theorie allgemein üblichen und auch in der vulgären Praxis gehandhabten Sprachgebrauch, demzufolge als „Recht im subjektiven Sinne“ ausschließlich und allein die Berechtigung verstanden wird. Nur für diese, nicht die einzige und auch nicht die wesentliche oder notwendige subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes wird ein Terminus gebraucht, der seinem Wortlaute nach vor allem auf die subjektive Rechtspflicht Anwendung zu finden hätte, die — wie bereits früher dargetan — in erster Linie als subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes — d. h. als Recht im subjektiven Sinne — zu gelten hat.

Der Ursprung dieses Sprachgebrauches, der von der einschneidendsten und folgeschwersten Rückwirkung auf die juristische Begriffsbildung war, führt bis zu den Anfängen der neueren juristischen Theorie überhaupt: bis auf die Naturrechtslehre zurück. Schon die Vertreter dieser heute zwar verlassenen, tatsächlich aber noch vielfach fortwirkenden, lange nicht überwundenen Richtung haben „subjektives Recht“ und „Berechtigung“ schlechtbin identifiziert und dem Begriffe der Rechtspflicht durchaus nicht jene Stellung eingeräumt, die ihm im Systeme der Rechtsbegriffe gebührt. Schon auf diese ersten Begründer einer allgemeinen Rechtsspekulation ist zurückzuführen, daß es überhaupt an einem selbständigen Worte fehlt, mit dem die neben der subjektiven Pflicht mögliche subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes oder objektiven Rechtes, das, was man als „Berechtigung“ versteht, bezeichnet würde, daß die heutige Terminologie mit dem gleichen Worte „Recht“ sowohl den objektiven Rechtssatz als auch die eine seiner beiden subjektiven Erscheinungsformen charakterisiert — ein Sprachzustand, der zweifellos daran die Schuld trägt, daß man auch heute das mit „Recht“ Bezeichnete als die einzige subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes erkennt und beachtet, die andere aber: die subjektive Pflicht, ignoriert.

Der Sprachgebrauch der Naturrechtslehre mag seine Erklärung

vornehmlich in historisch-psychologischen Momenten finden. Man vergegenwärtige sich, daß diese Theorie zur Zeit des absoluten Polizeistaates entstand und nicht zum geringsten als politische Reaktion gegen diesen zu verstehen ist, ja, ihrer ganzen Struktur nach — wie heute allgemein zugegeben — mehr einen materiell-ethischen als formal-juristischen Charakter hat. Dem tief in das Privatleben eingreifenden, das Individuum mit einem dichten Netz von Verboten und Geboten fesselnden Staate galt es mit einem politischen Postulate entgegenzutreten, das sich in das Gewand der Theorie kleidete, daß der Mensch von Natur aus, im vorstaatlichen Zustande „frei“ sei, daß der Staat ihn dieser Freiheit zum großen Teile beraube und diesen Raub nur dadurch rechtfertigen könne, daß er den Rest der Freiheit schütze. Nur der eminent ethisch-politische Charakter der Naturrechtslehre macht es begreiflich, daß diese — im Grunde gegen den Staat und dessen Recht gerichtete — Theorie als „Recht“ oder „natürliches Recht“ jene angeborene, vor- oder außerstaatliche Freiheit bezeichnete, die durch den Staat und dessen Recht gefährdet war. durch diese Faktoren nicht etwa geschaffen, sondern nur eingeschränkt werden konnte. Der Begriff des „Naturrechtes“ ist von vornherein ein subjektiver und steht seiner Natur nach in einem bewußten Gegensatze zu dem, was in der modernen Rechtslehre ausschließlich und allein als „Recht“ im objektiven oder subjektiven Sinne gelten kann: dem positiven Rechte.

Es ist eine in der Geschichte der Wissenschaften keineswegs vereinzelte Erscheinung, daß ein Terminus so sehr seine Bedeutung verliert, daß er schließlich das Gegenteil dessen beinhaltet, was er ursprünglich bezeichnete. Wenn „Recht“ seiner Natur nach Ordnung und damit Bindung oder Gebundenheit bedeutet, dann vollzieht sich in der Terminologie des Naturrechtes ein Bedeutungswandel, der einer direkten Umkehrung gleichkommt; denn das „Recht“ der fraglichen Theorie ist identisch mit Freiheit. Psychologisch ist dieser Vorgang durchaus erklärlich. Denn es ist nur natürlich, daß zu einer Zeit weitgehender persönlicher Einschränkung des Individuums durch den Staat und sein Recht, bei einem Zustande, der für das subjektive Empfinden den Kreis des vom Staate Gebotenen oder Verbotenen größer scheinen läßt als die staatsfreie Sphäre des Individuums, eine auf Staat und Recht gerichtete Betrachtung vor allem die Frage aufwirft: Was ist durch die staatliche Ordnung nicht geboten oder verboten, was bleibt vom Staate und seiner Ordnung frei? Für die Erscheinung der nur durch das positive Recht statuierten Rechtspflicht war für eine solche Betrachtung kein Raum. Denn nicht auf die Schranken war sie gerichtet, sondern auf das Beschränkte; nicht

der Schutz, sondern das zu Schützende bildete ihren Gegenstand. Zum Objekt ihrer Spekulation machte sie nicht das formale Moment: die durch die positive Rechtsordnung gezogenen Grenzen, sondern das materielle: was diese Grenzen enthalten. Der Rechtsbegriff des Naturrechtes — er war der Begriff eines „subjektiven“ Rechtes — erfaßte gerade dasjenige, was im Sinne des positiven Rechtes nicht Recht war; und zwar in dem doppelten Sinne sowohl dessen, was noch nicht positives Recht war und als natürliches Recht gegen die herrschende Ordnung von der Naturrechtslehre postuliert wurde, als auch dessen, was als materielle Seite der Totalerscheinung seiner Natur nicht als Recht im formalen Sinne gelten konnte.

Dieser Rechtsbegriff des Naturrechtes, dessen Grundcharakter ein materiell-politischer, dem formal-juristischen direkt entgegengesetzter ist, lebt noch im subjektiven Rechtsbegriffe der modernen Theorie dem Wesen nach fort. Alle Konstruktionen des subjektiven Rechtes, die in der neueren Rechtslehre versucht wurden, weisen unverkennbar den spezifischen Wesenszug des Naturrechtes auf. Sie erfassen ausschließlich oder teilweise das substantielle Element jener Erscheinung, deren Form lediglich das Recht bedeutet.

Durch die Rechtsordnung werden die Subjekte zu einem bestimmten Verhalten, sei es einem Handeln oder einem Unterlassen, rechtlich verpflichtet. In der Statuierung dieser Rechtspflichten besteht der Schutz, den die Rechtsordnung gewährt; die von der Rechtsordnung statuierte Pflicht bedeutet die Grenze oder Schranke, auf deren einer Seite die Gebundenheit des Verpflichteten, auf deren anderer Seite aber die „Freiheit“ und „Geschütztheit“ aller übrigen gelegen ist. Es ist nur der für die formal-juristische Betrachtung nicht mehr zu erfassende materielle Reflex der Rechtspflicht in einem Zustande zu erblicken, der sich für einen oder viele daraus ergibt, daß jemand zu einer Handlung oder Unterlassung rechtlich verpflichtet ist. Nennt man diesen materiellen Reflex einer Rechtspflicht das „subjektive Recht“, wie das jene Theorie tut, die jeder Rechtspflicht ein entsprechendes komplementäres „subjektives Recht“ entgegensetzt, so begeht man den methodischen Fehler, gerade die für die juristische Konstruktion irrelevante materielle Kehrseite jener Totalerscheinung zu erfassen, deren entgegengesetzte formale für den Rechtsbegriff allein in Betracht kommt. Ein Beispiel erläutere das Gesagte. Durch den Strafrechtssatz, der die Rechtspflicht, den Diebstahl zu unterlassen, statuiert, wird ein Zustand der Geschütztheit geschaffen. Ein „subjektives Recht, nicht bestohlen zu werden“, bedeutete lediglich eine vom Standpunkte des Interessenten

erfolgende vulgäre Umschreibung der bestehenden Rechtspflicht aller, nicht zu stehlen. Juristisch relevant ist an dem zu charakterisierenden Tatbestand lediglich die bezeichnete Rechtspflicht. Nur das materielle Negativ desselben kommt in dem obenerwähnten Terminus zum Ausdruck. Tatsächlich wird man unter den modernen Theoretikern kaum einen finden, der ein solches subjektives Recht jemandes auf Unterlassung von Delikten seitens aller anderen annimmt. Allein, nicht anders liegt es auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Das als subjektives Recht geltende Eigentum ist zunächst auch nur der materielle Reflex der zivilen Rechtspflicht, sich von jeder Einwirkung auf gewisse Güter zu enthalten. Das meist als negativer Eigentumsinhalt bezeichnete „Recht“, alle anderen von seinem Eigentume auszuschließen, ist, korrekt juristisch ausgedrückt, nur die qualifizierte Rechtspflicht dieser anderen. Daß der sogenannte positive Inhalt des Eigentums das „Recht“, mit seiner Sache nach Belieben zu schalten — der Rechtsgenuß — eine juristisch irrelevante Tatsache ist, wurde ja in der Literatur schon zur Genüge erkannt¹⁾, aber noch immer nicht in seiner ganzen Tragweite erfaßt. Gerade in dieser Vorstellung von dem „Recht“ auf ein eigenes Tun oder Lassen, in der Auffassung des Rechtes als „dürfen“ steckt der spezifische Grundfehler des Naturrechtes, das mit „Recht“ die von der Staatsordnung frei gelassene Sphäre, das Nicht-Gebotene oder Verbotene — das Nichtgesollte, also Gedurfte identifizierte. Nur die vollkommene Emanzipation von dieser materiellen Vorstellungsweise kann zu einer korrekten juristischen Begriffsbildung führen. Wenn das Eigentum trotzdem ein „subjektives Recht“ und nicht bloß der Reflex von subjektiven Rechtspflichten ist, so ist dafür ein anderes Kriterium maßgebend, von dem später die Rede sein wird.

In der modernen Literatur werden der Hauptsache nach drei Theorien des subjektiven Rechtes unterschieden: die Zweck- oder Interessentheorie IHERINGS und seiner Anhänger, die Willentheorie der Romanisten, als deren Hauptvertreter WINDSCHEID, ARNDTS u. a. zu nennen sind; und endlich jene Theorie, welche eine Kombination des Interesse- und des Willensmomentes im Begriffe des subjektiven Rechtes versucht; sie wurde durch BERNATZIK begründet und ist von JELLINEK akzeptiert und eigenartig fortgeführt worden.

Die Kritik dieser Theorien, die hier der positiven Darstellung einer selbständigen Konstruktion des subjektiven Rechtes vorausgehen muß, wird im Rahmen vorliegender Untersuchungen sich nur mit

1) Vgl. z. B. THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, passim.

den typischen Ergebnissen zu befassen haben und die verschiedenen, für die Grundprinzipien unwesentlichen Abweichungen der zahlreichen Autoren, die sich mit dem fraglichen Problem befaßten, außer Acht lassen.

Der Grundfehler der naturrechtlichen Theorie, die in ihrem Begriffe des subjektiven Rechtes nur den materiellen Reflex der Rechtspflicht erfaßt, kehrt am deutlichsten in der IHERINGSchen Zweck- oder Interessentheorie wieder. IHERING definiert bekanntlich das subjektive Recht als „rechtlich geschütztes Interesse“¹⁾, weil nur um des Interesses willen die Rechtsordnung subjektive Rechte gewähre, das subjektive Recht nur dem Schutze individueller Interessen diene. Das konstituierende Merkmal dieser Definition bildet der Zweck.

Die gründlichste und einzig prinzipielle Widerlegung der IHERINGSchen Theorie ergibt sich durch den Hinweis, daß das Zweckmoment, das der Konstruktion des fraglichen Rechtsbegriffes zugrunde gelegt wird, von vornherein die Entstehung eines solchen Rechtsbegriffes unmöglich macht. Denn das materielle Zweckmoment kann niemals Bestandteil eines formalen Rechtsbegriffes sein. Allein, diese methodische, letzten Endes unbeweisbare, weil nur aus dem Zusammenhange mit der gesamten Weltanschauung sich ergebende Grundauffassung teilt IHERING nicht; er bezeichnet eine rein formalistische Rechtskonstruktion als von vornherein verfehlt²⁾. Eine wirksamere Widerlegung wird daher die IHERINGSche Theorie von ihrem eigenen Standpunkte aus erfahren können. Es wird zu zeigen sein, wie haltlos und in sich widerspruchsvoll der von IHERING geschaffene Begriff des subjektiven Rechtes gerade auf Basis der Zwecktheorie ist.

Was in der naturrechtlichen Theorie die vom positiven Rechte eingeschränkte, dem Individuum unabhängig von aller staatlichen Ordnung angeborne „Freiheit“ bedeutet, das ist in der IHERINGSchen Definition das „Interesse“. Ganz so wie die Theoretiker des Naturrechtes unterläßt es IHERING, das subjektive Recht aus dem objektiven abzuleiten; vielmehr begreift er das subjektive Recht als etwas vom Rechtssatze Wesensverschiedenes. Das objektive Recht ist ein Formales, ist Schutz oder Beschränkung; das subjektive Recht IHERINGS ist, wie das der Naturrechtstheoretiker, ein Materielles: der Gegenstand des Schutzes, das Geschützte. Zwischen dem Rechte im objektiven und dem Rechte im subjektiven Sinne läßt IHERING, ganz so wie die Naturrechtstheorie, einen Gegensatz bestehen: den Gegensatz von Form und Inhalt; ein Gegensatz der so vollständig ist, daß

1) Geist des römischen Rechtes III. Teil. 4. Aufl. 1888. S. 339.

2) a. a. S. 341.

beide Endpole mit dem gleichen Worte „Recht“ zu bezeichnen, schon an und für sich als terminologisch unzulässig gelten muß. Der Unterschied zwischen der naturrechtlichen und der IHERINGschen Auffassung — wenn von einem solchen in diesem Punkte überhaupt die Rede sein kann — besteht nur darin, daß jene in dem Verhältnis zwischen objektivem und subjektivem Rechte die Tatsache der Beschränkung betont, während diese das Moment des Schutzes hervorhebt. Tatsächlich sind Schutz und Beschränkung nur die beiden Seiten der einen von der objektiven Rechtsordnung ausgehenden Funktion. Das Interesse des Individuums wird durch die Rechtsordnung ebenso beschränkt, wie die Freiheit geschützt wird, und umgekehrt: Die Freiheit des Individuums wird durch die Rechtsordnung ebenso beschränkt, wie das Interesse geschützt wird. Der eine Rechtspflicht statuierende Rechtssatz bedeutet in gleicher Weise eine Beschränkung der Freiheit und des Interesses des Verpflichteten, wie er einen Schutz der Freiheit und des Interesses der anderen bedeutet. Alles, was zur Freiheitssphäre gehört, kann Gegenstand eines Interesses sein. IHERING subjektiviert einfach das Freiheitsmoment des Naturrechtes.

Damit scheint er allerdings der naturrechtlichen Theorie einen Vorsprung abzugewinnen, indem er zum Inhalte seines subjektiven Rechtes statt des rein negativen Momentes der objektiven „Freiheit“ ein positives, das konkrete subjektive „Interesse des Individuums“ setzt. Allein, dieser Vorteil ist nur ein scheinbarer. Tatsächlich ist das IHERINGsche Interesse nichts anderes als die negative Freiheitssphäre des Naturrechtes, der Zustand der Geschützttheit oder Beschränkung durch die Rechtsordnung. Es gelingt IHERING nicht, den Begriff des subjektiven Rechtes zu etwas anderem als dem bloßen materiellen Reflex der Rechtspflicht zu machen, ihn aus der Negative der durch die Rechtsordnung geschützten und beschränkten Freiheitssphäre herauszuheben. Das wird im einzelnen die folgende Untersuchung zeigen.

Behauptet man mit IHERING als einen Zweck der Rechtsordnung, die Interessen der Individuen zu schützen, so kann dies zunächst nur in dem Sinne zu verstehen sein, daß man als Aufgabe der Gesetze den Schutz desjenigen betrachtet, was das Individuum selbst im konkreten Falle als Interesse empfindet. Denn das Interesse ist ein rein psychischer und zwar ein individual-psychischer Tatbestand, über dessen Existenz oder Nichtexistenz ausschließlich und allein der Seelenzustand eines Einzelmenschen maßgebend ist. Allein, diese Auffassung führt zu unhaltbaren Konsequenzen; denn sie hat die Annahme zur Folge, daß die Rechtsordnung in allen Fällen keinen Schutz gewährt und somit auch kein subjektives Recht vorhanden wäre, wo es trotz der

von der Rechtsordnung für den Fall eines Interesses gegebenen Schutzmöglichkeit an einem konkreten Interesse des Subjektes fehlte! D. h. man wäre auch rechtlich nur insolange Eigentümer einer Sache, als man an derselben ein psychisches Interesse hätte, man hätte kein subjektives Recht auf Rückgabe eines Darlehens, wenn man das Interesse daran verloren oder niemals gehabt hätte. Nun ist dies offenbar mit den Bestimmungen des objektiven Rechtes im Widerspruch! Kein Rechtssatz macht die Existenz eines subjektiven Rechtes resp. einer fremden Pflicht von dem Nachweis eines psychischen Interesses abhängig oder fordert einen solchen Nachweis für die Geltendmachung. Diese letztere Bestimmung wäre umso unsinniger, als ja die Geltendmachung selbst ein Ausdruck des Interesses wäre. Die völlige Bedeutungslosigkeit eines konkreten individuellen Interesses — und ein anderes ist nicht denkbar — für die juristische Konstruktion des subjektiven Rechtes ist offenkundig! Der Millionär, der gegebenen Falles an der Rückzahlung eines kleinen Darlehens nicht das geringste Interesse hat, ja, vielleicht sogar an der Nichtzurückgabe interessiert ist, muß vom Juristen dennoch als „berechtigt“ bezeichnet werden; denn der Terminus „er hat ein Recht auf Rückgabe“ bedeutet, daß er rechtlich zurückfordern kann, nicht daß er tatsächlich rückfordert oder, was im Prinzip dasselbe ist: rückfordern will oder daran ein Interesse hat. Das subjektive Recht auf Rückgabe von der Bedingung: „wenn er interessiert ist“, abhängig machen, ist vom Standpunkte des Juristen aus eine Überflüssigkeit und kann nur für den Psychologen von Bedeutung sein, weil und insoferne dieser seine Betrachtung auf eine ganz andere Welt als die des Juristen, nämlich auf die Wirklichkeitswelt der Tatsachen, des Seins richtet und fragt, wann der Berechtigte sein Recht geltend macht. Es liegt eine Verwechselung der juristisch-normativen — das Können des subjektiven Rechtes entspricht dem Sollen der subjektiven Pflicht — mit der psychologisch-explikativen Methode vor. Erklärt man das subjektive Recht als ein Interesse, dann muß das erstere mit der Existenz des letzteren stehen und fallen. Die absurde Konsequenz dieser Auffassung tritt am schärfsten hervor, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die menschliche Psyche gar nicht fähig ist, so viele Interessen dauernd wach zu erhalten, als ihrem Träger subjektive Rechte in diesem Sinne von der Jurisprudenz zugesprochen werden müssen. Hunderte Dinge stehen dauernd in jemandes Eigentum, ohne daß er beständig sein Interesse auf sie richten kann. Das Interesse ist eben eine psychische Tatsache und eine derartige Interessentheorie wäre ein Schulbeispiel für die ungeheuerlichen Konsequenzen der in das Gebiet der Psychologie verirrt Jurisprudenz.

Nun versteht wohl IHERING unter „Interesse“ gar nicht das konkrete, wirkliche Interesse des berechtigten Individuums! Er muß notgedrungen zugeben, daß der Mangel eines subjektiven Interesses oder Nutzens im konkreten Falle durchaus nicht die Annahme eines subjektiven Rechtes ausschließe. Es komme nur auf die Möglichkeit eines Interesses an. Und zwar hat IHERING mit seiner Definition nicht das Interesse im Auge, das der einzelne Berechtigte tatsächlich hat, sondern dasjenige, das der Gesetzgeber als Durchschnittsinteresse annimmt und in der Rechtsordnung schützt. Er erklärt¹⁾, daß „jedes in thesi zugelassene Recht den Ausdruck eines vom Gesetzgeber nach dem Standpunkte seiner Zeit für schutzfähig und schutzbedürftig anerkannten Interesses“ enthält, und bezeichnet demgemäß als Subjekt des Rechtes denjenigen, „dem der Nutzen desselben vom Gesetz zugedacht ist“, den „Destinatär“²⁾. Die Theoretiker, die dann, auf IHERING fußend, das Interesse als Inhalt oder Gegenstand des subjektiven Rechtes gelten ließen, haben mit Nachdruck betont, daß es sich hier nur um Durchschnittsinteressen handle³⁾.

Geht man dieser Konstruktion an den Leib, dann zeigt sich, welch bösen Streich die Zwecktheorie ihren Vertretern in diesem Falle gespielt hat. Der Zweck, der hier als Absicht des mysteriösen „Gesetzgebers“ auftritt, wird wohl dem Worte nach in die Definition aufgenommen, ist aber tatsächlich dem Begriffe entschlüpft.

Daß es die „Absicht des Gesetzgebers“ d. h. der bei der Gesetzgebung faktisch mitwirkenden Menschen oder, noch genauer, der Redaktoren des Gesetzestextes gewesen sein mag, Interessen zu schützen, ist höchstwahrscheinlich; man müßte sie für unvernünftig halten, wollte man überhaupt die Möglichkeit zugeben, sie hätten einen Schutz statuiert, ohne ein Interesse der Geschützten anzunehmen. Die Behauptung, daß der „Gesetzgeber“ Interessen schützen wolle, bedeutet tatsächlich nichts anderes, als daß er zweckmäßig tätig war. In diesem Sinne ist das vom Gesetzgeber angenommene Interesse nichts anderes als der Grund oder das Motiv seiner Normierung und als solches schon an und für sich weder für die Interpretation noch für die juristische Konstruktion relevant. Denn maßgebend ist für den Juristen stets nur der tatsächlich ausgedrückte Wille des Staates, nicht die Motive, Meinungen oder Absichten des „Gesetzgebers“. Wollte man es als eine tatsächlich im Gesetze zum Ausdruck gelangte, somit Staatswillen gewordene Absicht des Gesetzgebers ansehen, daß zum Schutze auch ein Interesse hinzukommen müsse, damit ein subjektives

1) a. a. O. S. 343.

2) a. a. O. S. 336.

3) Vgl. z. B. BERNATZIK, a. a. O. S. 241 und die bezüglichen Ausführungen dieser Untersuchungen unten S. 576 ff.

Recht gegeben sei, dann dürfte man vor keinem Falle Halt machen, in dem eine im Gesetz gegebene Schutzmöglichkeit des entsprechenden Interesses in concreto darbt; dann müßte man in diesem Falle den Schutz absprechen und die Existenz eines subjektiven Rechtes leugnen. Allein, es ist überhaupt schon eine grundfalsche Vorstellung, die den Gesetzgeber oder das Gesetz das „subjektive Recht“ geben läßt; denn das subjektive Recht ist ein Rechtsbegriff, den nicht der „Gesetzgeber“ oder das Gesetz bildet, sondern die Theorie. Das Gesetz kann einen Schutz statuieren und kann diesen Schutz von der Existenz eines Interesses abhängig machen. Ob damit oder wann überhaupt ein subjektives Recht gegeben ist, das hat allein die Theorie zu entscheiden.

Es ist vollkommen ausgeschlossen, das Zweck- oder Interessenmoment als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechtes gelten zu lassen, wenn man den Grundsatz akzeptiert, daß die Frage, ob im konkreten Falle ein subjektives Recht vorliege, davon unabhängig sei, ob in diesem konkreten Falle auch ein individuelles Interesse vorhanden ist; denn damit ist für den Begriff des subjektiven Rechtes auf das Merkmal „Interesse“ verzichtet. Es ist aber logisch unmöglich, das Moment eines sogenannten generellen Interesses in den individuellen Begriff des subjektiven Rechtes aufzunehmen. Gerade dieser Fehler ist typisch für die in neuerer Zeit übliche Konstruktion der sogenannten „generellen“ Rechtsbegriffe! Es ist eine Täuschung, die durch das Wort hervorgerufen wird, wenn man die Aufnahme des Interessenmomentes in den subjektiven Rechts-Begriff auch gegenüber jenen Fällen, in denen es offenbar an einem Interesse fehlt, damit rechtfertigen zu können glaubt, daß man betont, diese Fälle seien Ausnahmen von der Regel, es sei mit dem Interesse nicht ein konkretes, individuelles, sondern ein Durchschnittsinteresse gemeint. Denn es gibt nur konkrete, individuelle Interessen und das Wort „Durchschnitts“interesse ist bloß die Bezeichnung für die Tatsache, daß ein gewisses Interesse regelmäßig gegeben ist; bedeutet somit nicht selbst ein Interesse, sondern nur eine Relation, ist der Ausdruck für ein Verhältnis von Interessen, wie der „Gesamtwille“ kein Wille, sondern nur eine Relationsbezeichnung ist. Und darum kann wohl ein Interesse von der Rechtsordnung geschützt sein, niemals aber ein Durchschnittsinteresse. Bedient man sich aber dennoch des letzteren Ausdruckes, so ist damit nur unpräzise der Gedanke ausgedrückt, daß der Schutz, den die Rechtsordnung gewährt, regelmäßig oder durchschnittlich Interessen (d. h. individuellen

Interessen) zugute kommt, daß das aber nicht ausnahmslos der Fall ist, daß somit das Interesse nicht notwendig mit dem von der Rechtsordnung gewährten Schutze verbunden sein muß. Faßt man also den Schutz als einen Bestandteil des subjektiven Rechtes, dann kann das Interesse niemals mehr ein wesentliches Merkmal des subjektiven Rechts-Begriffes sein! Die schon an früherer Stelle gerügte Vorstellung von „generellen Rechtsbegriffen“ beruht auf dem beschämenden logischen Fehler, den Begriff mit der Regel zu verwechseln! Denn letzterer kann wohl Ausnahmen haben, d. h. nur generell, nur in der Mehrzahl der Fälle gelten, niemals aber ein Begriff! Die bei den Rechtsgeschäften übliche Unterscheidung zwischen *essentialia* und *naturalia negotii*, zwischen notwendigen oder wesentlichen und bloß möglichen, regelmäßigen Eigenschaften ist bei den Begriffen und somit auch bei den Rechtsbegriffen unmöglich. Es ist bedauerlich, daß man Rechtstheoretiker daran erinnern muß, daß ein Begriff nur wesentliche Merkmale haben, daß er kein Element enthalten kann, bei dessen Fehlen er nicht seine Wesenheit verliert.

Darum kann das Interesse kein Begriffsmerkmal des subjektiven Rechtes sein. Der grobe logische Fehler, dessen sich die hier bekämpfte Konstruktion schuldig macht, führt dann notwendigerweise zu dem, was hier eine Fiktion im schlechtesten Sinne genannt wurde; und jede Fiktion bezeichnet — wie eine Warnungstafel — die Stelle, an der die juristische Konstruktion verunglückt ist. Hält man nämlich an der Definition des subjektiven Rechtes als eines rechtlich geschützten Interesses fest, dann muß man in den Fällen, wo es an einem solchen Interesse tatsächlich fehlt und man dennoch aus irgendeinem Grunde ein subjektives Recht annehmen zu müssen glaubt, ein solches Interesse gegen die Tatsachen präsumieren, d. h. fingieren! Dieser Vorgang aber muß schon jedem juristisch nicht Verbildeten die wahre Bedeutung der IHERINGSchen Definition klar machen! Denn sofort muß die Frage aufsteigen, welcher Grund es denn sein kann, einen das „Interesse“ entbehrenden Tatbestand trotz der Definition dennoch als subjektives Recht gelten zu lassen! Einer anderen Quelle als der einmal aufgestellten Definition kann doch das Kriterium dafür nicht entnommen werden, ob im konkreten Falle ein subjektives Recht vorliegt oder nicht! Wie kann es zu einem Hinzufingieren des Interesses zu einem konkreten Tatbestande kommen, wenn an Hand des

definierten Begriffes vor einem konkreten Falle nicht Halt gemacht werden darf, der kein Interesse, also nicht alle Wesensmerkmale des subjektiven Rechtes aufweist? Der ganze zur Fiktion führende Vorgang zeigt aber deutlich, daß ihm eigentlich ein anderer als der auf das Interesse eingestellte Begriff eines subjektiven Rechtes zu Grunde liegt: ein Begriff, dem das Moment des Interesses fehlt.

So ist es mit dem materiellen (Zweck-) Elemente in dem IHERINGschen Begriffe des subjektiven Rechtes bestellt; und es ist sicherlich bezeichnend, daß IHERING, der die rein formale Konstruktion der Rechtsbegriffe verwirft, das materielle Moment, den von ihm als Wesen aller Rechtsbegriffe bezeichneten Zweck, nur auf dem Wege einer Fiktion in seinen Begriff bringt!

Die Fortsetzung der Analyse des IHERINGschen subjektiven Rechtsbegriffes wird auch von einem anderen Gesichtspunkte dessen Unhaltbarkeit erweisen.

Die IHERINGsche Definition des subjektiven Rechtes, die neben dem materiellen Momente des Interesses das formelle des Schutzes enthält, scheidet nicht nur daran, daß IHERING subjektive Rechte annehmen muß, denen keine konkreten Interessen entsprechen, sondern IHERING gibt seine eigene Definition auch dadurch auf, daß er nicht alle vom Rechte geschützten Interessen als subjektive Rechte gelten lassen zu können glaubt. Er sagt: „Nicht jedes Gesetz, welches ein Interesse schützt, schafft dem Interessenten ein Recht im subjektiven Sinne“, und im unmittelbaren Anschluß daran bezeichnet er dieses Recht im subjektiven Sinne als „einen Rechtsanspruch auf Gewährung dieses Schutzes“. Darunter ist die Klage (actio) zu verstehen und es ist völlig unbegreiflich, warum IHERING in diesem Satze den Begriff des subjektiven Rechtes auf das formale Element beschränkt. Dieser Satz steht im offenkundigsten Widerspruche zu der eigenen Definition IHERINGs; im unmittelbaren Anschluß an ihn führt IHERING aus: „Das Gesetz, welches im Interesse gewisser Fabrikationszweige Schutzzölle einführt, kommt den Fabrikanten zugute, es fördert, schützt sie in ihrem Geschäftsbetriebe und dennoch gewährt es ihnen keine Rechte“. Mit seiner Definition glaubt IHERING diese Tatsache dadurch in Einklang bringen zu können, daß er sagt: „Es liegt hier nur eine bloße Reflexwirkung vor, ein Verhältnis, das mit dem Rechte die allergrößte Ähnlichkeit hat, aber umso sorgfältiger von ihm geschieden werden muß.“ Diese Scheidung bleibt IHERING allerdings schuldig¹⁾. Wenn er behauptet, „der Staat erläßt das Gesetz in Wirklichkeit in seinem Interesse,

1) Dem Begriffe der „Reflexwirkung“ hat IHERING eine eigene Monographie

welches hier freilich mit dem der Fabrikanten Hand in Hand geht“, so ist das kein besonderes Merkmal der Schutzzollgesetze, denn jedes Gesetz kann sowohl im Interesse der Gesamtheit (und nicht des Staates, der als juristische Person kein psychisches Interesse hat), als auch im Interesse einzelner Menschen erlassen angesehen werden. Schließlich charakterisiert IHERING diese „Reflexwirkung“ damit, daß er anführt, die Fabrikanten haben keinen Anspruch auf Vollzug des Schutzzollgesetzes, „die Anwendung desselben ist von ihrem Wollen oder Nichtwollen völlig unabhängig, lediglich Sache der betreffenden Behörden“. Man sollte nun annehmen, daß der Unterschied zwischen den rechtlich geschützten Interessen, die subjektive Rechte sind, und jenen, die es nicht sind, in der Form des Schutzes gelegen, daß die Abhängigkeit des Schutzes von dem eigenen Wollen oder Nichtwollen, m. a. W. die Privatklage das Wesentliche

gewidmet, auf die er auch im obigen Zusammenhange hinweist; es ist „Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen“ in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, von IHERING und UNGER. X. Bd. 1871, S. 242 ff. Allein, trotz der ausdrücklichen Verweisung auf diese Schrift wird man in derselben vergeblich näheren Aufschluß gerade über den im Texte angeführten Fall des Unterschiedes zwischen subjektivem Recht und Reflexwirkung suchen. Ja, der in dem erwähnten Aufsätze entwickelte Begriff der Reflexwirkung ist durchaus ungeeignet, die durch Zollgesetzgebung geschützten Interessen der Fabrikanten zu erfassen. Denn IHERING, der übrigens bei dieser Begriffsentwicklung von einem rein privatrechtlich-subjektiven Standpunkte ausgeht, definiert die Reflexwirkung dort „als unabsehbare und unabwendliche Folge fremder Handlungen, Zustände, Rechte für dritte Personen“. (a. a. O. S. 276). Der durch das Zollgesetz bewirkte Schutz ist nach IHERINGS eigener Behauptung die ausdrückliche Absicht des Gesetzgebers; auch ist hier die Quelle der Reflexwirkung: das Gesetz, durchaus nicht in eine der drei von IHERING aufgestellten Kategorien von Reflexwirkungsquellen nämlich: Recht (im subjektiven Sinne), Handlung und faktischer Zustand einzureihen. Und selbst wenn man etwa das „Schutzzollgesetz“ als Handlung des „Gesetzgebers“ auffassen wollte, so wäre damit dennoch keine Subsumptionsmöglichkeit geschaffen, weil IHERING ausdrücklich diese Reflexwirkung auf eine „dritte“ Person bezieht, also eine andere (d. i. erste oder zweite) Person im privatrechtlichen Sinne voraussetzt, in der die reflexwirkende Tatsache eintritt. Als „dritte“ Person kommt man den beiden kontrahierenden Teilen, niemals aber dem Gesetze oder dem „Gesetzgeber“ gegenüber in Betracht. Alle Beispiele seines reichen kasuistischen Materiales weisen eine solche „primär beteiligte Person“ (a. a. O. S. 290) auf, von deren subjektivem Recht, Handlung oder faktischem Zustand die Reflexwirkung für den „dritten“ ausgeht. Wer sollte aber für die Reflexwirkung eines Schutzzollgesetzes die „primär beteiligte Person“ sein, da es doch der „Gesetzgeber“ nicht sein kann? Nach der in der Abhandlung durchgeführten Theorie könnten die Fabrikanten nur als die primär beteiligten Personen gelten und schon darum die Wirkung des Schutzzollgesetzes auf sie nicht als Reflexwirkung im IHERINGschen Sinne betrachtet werden.

des subjektiven Rechtes sei. Diese Ansicht hat IHERING auch tatsächlich ursprünglich vertreten. Allein, in den späteren Auflagen seines Werkes, wahrscheinlich unter dem steigenden Drucke der Theorie des öffentlichen Rechtes, die den Begriff des subjektiven Rechtes von der actio emanzipierte, sah er sich veranlaßt, seinen Standpunkt aufzugeben. Mit ausdrücklicher Berufung auf die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte, denen keine Klage zur Seite stehe, erklärt er: „Privatklage und Recht im subjektiven Sinne decken sich also nicht¹⁾.“ Damit ist er aber neuerdings vor die Frage gestellt, wie sich eigentlich die rechtlich geschützten Interessen, die er als subjektive Rechte gelten läßt, von jenen unterscheiden, die nur Reflexwirkungen sind. Und IHERING sagt: „Ich erblicke das unterscheidende Merkmal in der Möglichkeit der Konstatierung einer individuellen Rechtsverletzung“²⁾. Nun bedeutet dies, wörtlich genommen, einen offenbaren *circulus vitiosus*! Denn auf die Frage, wann ein subjektives, i. e. individuelles Recht vorliegt, ergeht die Antwort: wenn ein individuelles Recht verletzt werden kann! IHERING meint aber wahrscheinlich gar nicht das, was er gesagt hat; er hat wahrscheinlich keine individuelle „Rechts“verletzung, sondern eine solche Interessenverletzung im Auge. Das geht aus den folgenden Sätzen hervor: „Werden die Schutzzölle nicht richtig gehandhabt, so ist es nicht dieser bestimmte Fabrikant oder Landwirt, der darunter leidet, sondern alle — die Wirkung der mangelhaften Handhabung des Gesetzes verliert sich ins Allgemeine, Unbestimmte. Ganz anders, wenn jemand an der Ausübung seines Wahlrechtes verhindert oder seiner Freiheit beraubt wird“ etc.³⁾ Die Unhaltbarkeit dieses Kriteriums zeigt sich sofort. Denn ob jemand durch eine schlechte Handhabung der Schutzzollgesetze sein höchstindividuelles Interesse verletzt fühlt, das ist doch stets *quaestio facti*, eine psychische Tatsache, die durchaus von vornherein nicht ausgeschlossen ist; jeder Protest seitens eines Fabrikanten oder Landwirtes gegen die Gesetzesverletzung durch die Zollbehörde müßte die Annahme einer individuellen Interessenverletzung und damit eines subjektiven Rechtes im Sinne IHERINGs notwendig machen. Allein, IHERING bedient sich wiederum einer groben Fiktion! Er präsumiert einfach als nicht vorhanden, was er juristisch für irrelevant hält, er behauptet, es sei nicht in der Welt des Seins, der Wirklichkeit, bloß weil er es in seiner Konstruktion nicht brauchen kann. Tatsächlich beweist dieser Prozeß nur die juristische Bedeutungslosigkeit des Interessenmomentes für die eigene Theorie IHERINGs. Die Fiktion, zu der seine Konstruktion ausartet, wirkt aber umso krasser,

1) a. a. O. S. 352.

2) a. a. O. S. 353.

3) a. a. O. S. 353.

wenn man sich nur die gewöhnlichsten Tatsachen des Wirtschaftslebens vergegenwärtigt! Es wäre einfach unsinnig, nicht von der Verletzung individueller Interessen zu reden, wenn z. B. gegen die Bestimmungen des Zollgesetzes ein Artikel zollfrei eingelassen würde, den nur eine Firma oder ein Kartell aller Firmen erzeugt. Wer die zahlreichen Beschwerden kennt, die bei den Zollbehörden aus solchen Gründen einlaufen, dem wird es gewiß nicht einfallen, hier die Existenz und Verletzung höchst individueller Interessen zu leugnen. Auch die Tatsache, daß eine Verletzung des Zollgesetzes zahlreiche Fabrikanten trifft, so z. B. wenn ein Artikel, den viele Firmen erzeugen, gar nicht oder zu niedrig verzollt wird, ist kein Grund, die Verletzung individueller Interessen in Abrede zu stellen! Man muß dann mit demselben Rechte sagen, daß zahlreiche individuelle Interessen verletzt sind oder verletzt werden können, wie man bei Verletzung der Wahlordnung durch Nichtaufnahme vieler Wähler in die Wählerliste von einer Verletzung individueller Interessen spricht. IHERING irrt, wenn er die mit der schlechten Handhabung eines Schutzzollgesetzes verbundene Möglichkeit, zahlreiche individuelle Interessen zu verletzen, für Unbestimmtheit und mangelnde Individualisiertheit der verletzten Interessen ausgibt.

Daß der Begriff der Rechtspersönlichkeit, die IHERING ausschließlich von der Seite des subjektiven Rechtes her erfaßt, indem er „Person“ und „Träger subjektiver Rechte“ identifiziert, dieselben Mängel aufweisen muß wie der Grundbegriff seines subjektiven Rechtes, ist selbstverständlich. Hier sei nur auf folgendes hingewiesen: Subjekt des Rechtes ist für IHERING derjenige Mensch, dem von der Rechtsordnung der Nutzen desselben zugedacht ist, der sogenannten „Destinatär“, derjenige, dessen Interesse Schutz genießt. Verzichtet nun IHERING auf das Kriterium der *actio*, oder, nach seinen eigenen Worten, auf das Merkmal der Möglichkeit eines „Selbstschutzes“ des Interesses — und IHERING hält an diesem Kriterium nur für das römische Privatrecht fest, als ob der Begriff des subjektiven Rechtes im römischen Rechte ein anderer sein könnte als in irgendeinem anderen Rechte! — dann wird der Begriff der Rechtssubjektivität ebenso zu einem unjuristisch-materiellen und in seinem Umfange wertlos-weiten wie der des subjektiven Rechtes. So ist z. B. das eminente Interesse, das man in der Regel an der Unterlassung von Mord, Diebstahl usw. nicht nur an seiner eigenen Person, sondern auch an der seiner Mitmenschen hat, zweifellos durch die Rechtsordnung geschützt; die IHERINGsche Ansicht führt dazu, daß man der bestehenden Rechtspflicht jedes einzelnen zur Unterlassung von Delikten die subjektiven Rechte aller anderen gegenüberstellen muß, die an der Unterlassung

interessiert und deren Interessen durch die Rechtsordnung geschützt sind. Ja, es gibt überhaupt keine Rechtspflicht, an deren Beobachtung nicht alle Rechtsgenossen interessiert sein können, wenn auch nur der eine oder andere auf Grund des materiellen Inhaltes der betreffenden Pflicht in besonderem Maße beteiligt ist. Damit erweitert sich der Begriff des Rechtssubjektes zu einem Umfange, der ihm jeden spezifisch juristisch-begriffsökonomischen Wert nimmt. Alles und jedes, in dessen Interesse die Rechtsordnung ihre Schutzfunktion ausübt, wird zum Rechtssubjekt, denn Rechtssubjekt ist Zweckssubjekt. Nicht einmal eine Beschränkung des Begriffes Rechtssubjekt auf den Begriff Mensch ist möglich. Denn selbst wenn man den Begriff des Interesses nicht in dem objektiven Sinne des Zweckes, sondern in dem subjektiven eines psychischen Vorganges in dem Subjekte auf faßt und nur den Menschen als Träger solcher psychischer Vorgänge — Interessen — gelten lassen wollte, so muß man doch bedenken, daß der Mensch gerade in der von IHERING betonten Relation der Rechtsordnung gegenüber nicht als Subjekt sondern als Objekt, als Gegenstand des Schutzes, als Geschütztes in Betracht kommt. Bedenkt man weiter, daß die Existenz des spezifischen Seelenvorganges des Interesses auch nach der IHERINGSchen Konstruktion irrelevant bleibt, dann kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß in derselben Relation, in welcher der Mensch nach der IHERINGSchen Konstruktion der Rechtsordnung gegenüber als „Subjekt“ des Rechtes steht, auch das Tier, ja, leblose Gegenstände stehen können, nämlich in Wahrheit als Objekt des Rechtes. Gerade die IHERINGSche Konstruktion zeigt das Beispiel eines vollkommen willkürlich auf den Menschen beschränkten Persönlichkeitsbegriffes. Statuiert die Rechtsordnung die Pflicht, die Tötung eines Menschen zu unterlassen, und daneben die Pflicht, gewisse Tiere nicht zu töten, dann ist formal-juristisch kein Unterschied in dem Verhältnis zwischen dem so geschützten Menschen und den ebenso geschützten Tieren zu finden. Beide sind Objekte des Rechtsschutzes. Die Anschauung, daß nur der Mensch Endzweck der Rechtsordnung sei, daß alles andere, insbesondere die Tiere, nur um des Menschen willen, d. h. nur die menschlichen Interessen an diesen Objekten geschützt werden, ist an und für sich der Ausdruck eines besonderen ethischen Systems, ein naturrechtlicher Grundsatz, der keineswegs notwendig einer positiven Rechtsordnung zu entnehmen ist, deren Zwecke ja von vornherein außerrechtlicher Natur sind, für die juristische Konstruktion also gar nicht in Betracht kommen. Überdies ist das Dogma, das den Einzelmenschen zum alleinigen und Endzweck der Rechtsordnung macht, durchaus anfechtbar und wird von einem ethischen Standpunkte, der

über den engen, speziell durch das Christentum gezogenen Kreis der Menschheit hinausgeht und etwa alles Lebendige, also insbesondere auch Tiere erfaßt, (wie er sich z. B. in der Weltanschauung der Inder findet) entschieden verworfen werden. Gerade die in neuerer Zeit anwachsenden ethischen Strömungen, die Tierschutzbewegung, zum Teil auch der Vegetarianismus, werden unmöglich zugeben können, daß die Aufgabe der Rechtsordnung nur der Schutz des Einzelmenschen sei. Zudem muß hervorgehoben werden, daß, selbst die fragliche Einschränkung auf die Menschen zugegeben, niemals der Einzelmensch als Endzweck der Rechtsordnung, sondern stets nur die Gesamtheit der Menschen, deren Rechtsgemeinschaft als letzter Zweck gelten könnte. Gerade der Rechtsordnung gegenüber den Einzelmenschen als Selbstzweck anzunehmen, scheint die Täuschung einer allzu subjektiven Betrachtung zu sein. Auch das Eigentum schützt der Staat um allgemeiner Ordnung und Sicherheit willen! Faßt man als Rechtssubjekt das Subjekt des letzten Rechtsordnungszweckes, dann scheint es kein anderes Rechtssubjekt zu geben als diese Gesamtheit, deren rechtliche Organisation der Staat ist.

Eine kritische Analyse der IHERINGSchen Konstruktion ergibt somit, daß von den beiden Elementen des subjektiven Rechtsbegriffes der materielle, nämlich das Interesse vollkommen ungeeignet ist, Bestandteil des Rechtsbegriffes zu sein, daß dieses Element nur dem Worte nach und bloß fiktiv ein Merkmal des IHERINGSchen subjektiven Rechtes ist. Was im IHERINGSchen Begriffe übrig bleibt, ist lediglich das Element des Geschütztseins, das IHERING ungenau als formales bezeichnet. Denn dieser Zustand des Geschütztseins, der als einziger Inhalt des IHERINGSchen subjektiven Rechtes verbleibt, ist tatsächlich nur der materielle Reflex des durch die Rechtsordnung statuierten Schutzes, und dieser Schutz, nicht das Geschützte, ist das formale Moment; und dieser Schutz besteht in der Rechtspflicht, der subjektiven Erscheinungsform des Rechtssatzes. Damit ist die innere Verwandtschaft zwischen dem IHERINGSchen und dem naturrechtlichen Begriffe des subjektiven Rechtes neuerdings erwiesen¹⁾: in beiden

1) Die spezifisch naturrechtliche Anschauung über das Verhältnis vor objektivem und subjektivem Rechte, derzufolge das eine nicht aus dem andern abgeleitet, das letztere keine bloße subjektive Erscheinungsform des ersteren ist, sondern dieses unabhängig von jenem besteht, durch dasselbe nur geschützt wird, kommt besonders deutlich auch in der DERNBURGSchen Definition des subjektiven Rechtes zum Ausdruck, die im Wesen mit der IHERINGSchen übereinstimmt, nur daß an Stelle des „Interesses“, das „Gut“ oder der „Anteil an den Lebensgütern“ gesetzt ist. Sie lautet: „Recht im subjektiven Sinne ist der Anteil an den Lebensgütern, welcher der allgemeine Wille

Konstruktionen erscheint das subjektive Recht nur als die substantielle Kehrseite der formalen Rechtspflicht.

An dem vom Naturrechte wie von IHERING als „subjektives Recht“ erfaßten Tatbestande ist nicht der Inhalt, auf den beide Konstruktionen das Hauptgewicht legen, nämlich das Geschützte, sondern der Schutz selbst das juristisch Relevante: und zwar nicht als Eigenschaft eines anderen Elementes, sondern selbst als Hauptelement!

Wenn in der IHERINGSchen oder der naturrechtlichen Terminologie von subjektiven Rechten die Rede ist, so ist juristisch damit nur die subjektive Rechtspflicht begriffen, der beide Konstruktionen keinen besonderen Platz eingeräumt haben!

XXIII. Kapitel.

Die Willenstheorie.

Die zweite, der IHERINGSchen Interessentheorie meist gegenübergestellte Konstruktion des subjektiven Rechtes, erblickt das Wesen des letzteren im Willen. Als „Wollendürfen“ oder als eine „vom objektiven Rechte anerkannte Willensmacht“ wird das subjektive Recht aufgefaßt; als typischer Vertreter dieser Richtung kann WINDSCHEID angesehen werden. Das eigentliche Resultat der Willenstheorie ist nicht leicht zu fixieren, da die verschiedenen Anhänger dieser Lehre gerade in der Frage nicht ganz klar übereinstimmen, welcher Wille als das Substrat des subjektiven Rechtes anzusehen ist, und auch der Hauptvertreter, WINDSCHEID selbst, eine schwankende Haltung einnimmt, die ihm nicht ermöglicht, einen einheitlichen, scharfumrissenen Begriff des subjektiven Rechtes zu liefern.

Es sind zunächst zwei ganz verschiedene Tatbestände, die WINDSCHEID unter dem Begriffe des subjektiven Rechtes zusammenfaßt¹⁾. Er unterscheidet Rechte auf ein eigenes Verhalten und Rechte auf ein

als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet.“ (Pandekten I. 7. Aufl. S. 85) DERNBURG erklärt ausdrücklich, daß die subjektiven Rechte unabhängig von der Rechtsordnung — dem allgemeinen Willen — Existenz hätten, daß die Rechtsordnung diese von ihr schon vorgefundenen Rechte nur anerkenne oder gewährleiste, was dasselbe ist wie: schütze. Ja, er scheut nicht vor der Behauptung zurück, daß die subjektiven Rechte historisch dem objektiven Rechte vorausgehen! Es bedarf wohl kaum eines besonderen Nachweises für den offensbaren Zusammenhang mit der naturrechtlichen Konstruktion angeborener Rechte in einem vorstaatlichen Zustande!

1) Pandekten I. 9. Auflage. S. 155 ff.

Verhalten anderer Personen. Rechte letzterer Art liegen nach WINDSCHEID dann vor, wenn die Rechtsordnung auf Grund eines konkreten Tatbestandes einen Befehl zu einem Verhalten bestimmter Art erlassen und diesen Befehl demjenigen zur freien Verfügung gestellt hat, zu dessen Gunsten dieser Befehl ergeht. „Sie überläßt es ihm, (dem Berechtigten) ob er von dem Befehle Gebrauch machen will, und im besonderen, ob er die ihm gegen den Widerstrebenden von der Rechtsordnung gewährten Mittel zur Anwendung bringen will oder nicht. . . . Das Recht ist sein Recht geworden.“

Als eine zweite Gruppe von subjektiven Rechten faßt WINDSCHEID jene Fälle zusammen, in denen der Wille des Berechtigten maßgebend ist für die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten der ersten Art. „Es wird dem Berechtigten ein maßgebender Wille zugeschrieben, nicht für die Durchsetzung, sondern für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung.“

Beide Arten von subjektiven Rechten soll die Definition umfassen: „Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft.“

Unter dem subjektiven Rechte der ersten Art versteht nun WINDSCHEID nicht nur die Rechtsschutzmöglichkeit oder — in der IHERINGschen Terminologie: den Selbstschutz des Interesses; nicht nur das „Klagenwollen-dürfen“, sondern auch den auf das pflichtmäßige Verhalten des gegenüberstehenden Subjektes gerichteten Willen des Berechtigten. Ein Recht auf Rückgabe eines Darlehens haben heißt also nach WINDSCHEID: 1. Die Rückgabe wollen dürfen und 2. mangels rechtzeitiger Rückgabe klagen (wollen) dürfen. Es liegen somit im Grunde zwei subjektive Rechte vor, wo man für gewöhnlich nur eines anzunehmen pflegt.

Es ist klar, daß gerade jenes subjektive Recht, das nach der WINDSCHEIDSchen Definition als der von der Rechtsordnung gewährleistete „Wille“ fremden Verhaltens anzusehen ist, eine große Ähnlichkeit mit dem IHERINGschen Begriffe des rechtlich geschützten Interesses aufweist, ja, zum Teil mit ihm zusammenfällt, insoweit nämlich das IHERINGsche „Interesse“ auf fremde Handlungen gerichtet ist (und der Schutz durch actio erfolgt). Ein Unterschied scheint nur darin zu bestehen, daß WINDSCHEID an Stelle des psychischen Momentes des Interesses das gleichfalls psychische Moment des Willens setzt. Im vermeintlichen Gegensatze zu IHERING sagt WINDSCHEID, das Recht im objektiven Sinne schütze nicht das Interesse als solches, sondern den auf das Haben des Gutes, resp. auf das Erfolgen der fremden Handlung gerichteten Willen. Tatsächlich ist aber gerade in diesem Punkte gar kein wesentlicher Unterschied

zwischen beiden Theorien zu konstatieren, denn das Interesse an einem Gute ist stets verbunden mit einem haben „wollen“ desselben. Der auf fremdes Verhalten gerichtete „Wille“ kann, wie früher dargetan¹⁾, keineswegs als „Wille“ im engeren Sinne des auf die eigene Körperbewegung gerichteten Wollens verstanden sein. Das psychische Moment, das IHERING „Interesse“ nennt, dürfte mit dem psychischen Momente, das WINDSCHEID als „Wille“ bezeichnet, ziemlich identisch sein.

Wenigstens käme für die juristische Betrachtung eine eventuelle Differenz beider psychischen Phänomene gegenüber der Tatsache gar nicht in Betracht, daß es überhaupt ein psychischer Vorgang ist, der durch die Rechtsordnung geschützt oder gewährleistet, als subjektives Recht zu gelten hat.

Aus demselben Grunde fallen auch die subjektiven Rechte zweiter Kategorie, das rechtlich gewährleistete Wollen eigener Handlungen, unter den IHERINGSchen Begriff des subjektiven Rechtes, indem sie sich hier als rechtlich geschützte Interessen, gewisse eigene Handlungen vorzunehmen, darstellen.

Es erheben sich denn auch im Wesen die gleichen Einwände gegen die WINDSCHEIDSche Konstruktion, die gegen IHERING vorgebracht wurden: Die Tatsache, das WINDSCHEID trotz offenbaren Mangels eines entsprechenden Willensaktes, ja, selbst bei durchaus entgegengesetztem Wollen des Subjektes ein subjektives Recht anerkennen muß! Sehr treffend sind die von THON²⁾ gegen WINDSCHEID angeführten Beispiele. So bleibt der Ehemann Eigentümer des veräußerten Dotalgrundstückes, obgleich er es offenbar nicht haben will, und der Gläubiger subjektiv berechtigt, auch wenn er die Rückgabe nicht nur nicht positiv will, sondern sogar die Annahme verweigert, letzterenfalls wenigstens bis zu einem gewissen im Gesetze bestimmten Zeitpunkte (Deposition des Geschuldeten). Daß auch Willensunfähige subjektive Rechte haben können, wurde der WINDSCHEIDSchen Theorie schon von IHERING vorgehalten³⁾, und daß man Rechte haben kann, ja, sogar meist hat, ohne ihren Inhalt zu wollen, ja, ohne daß man davon etwas weiß oder zu wissen braucht, ist jedem klar, der nur das Wort „Wille“ in dem von WINDSCHEID und seinen Anhängern gebrauchten psychischen Sinne tatsächlich ernst nimmt.

Diese Einwände hat WINDSCHEID in den späteren Auflagen seines Werkes durch eine Argumentation zu entkräften gesucht, die seiner ursprünglichen Theorie und dem Sinne seiner Konstruktion

1) Vgl. oben S. 108 ff.

2) Rechtsnorm und subjektives Recht S. 220 ff.

3) Geist des römischen Rechtes 4. Auf. III. Teil. S. 332.

völlig fremd ist, wobei er jedoch den alten Wortlaut seiner Definition beibehalten, nur daß er ihm eine neue Deutung gegeben hat. WINDSCHEID anerkennt zunächst, daß die dem Bestande des subjektiven Rechtes — der Willensmacht — entsprechende Willensunterworfenheit und somit das subjektive Recht selbst „unabhängig ist von dem realen Willen des Berechtigten, von einer von ihm ausgehenden Willensäußerung“. WINDSCHEID gibt zu, daß Willensunfähige Rechte haben, daß man Subjekt von Rechten sein kann, ohne von deren Existenz etwas zu wissen, geschweige ihren Inhalt zu wollen. Die Lösung dieses Widerspruchs zu seiner Definition des subjektiven Rechtes glaubt WINDSCHEID in Anschluß an die THONsche Theorie zu finden. Er erklärt, „daß der im subjektiven Rechte gebietende Wille nur der der Rechtsordnung ist, nicht der Wille des Berechtigten.“ Denn die Rechtsordnung sei es, die das rechtmäßige Verhalten des dem Berechtigten gegenüberstehenden Verpflichteten wolle, und nur dieser Wille sei das Wesentliche. Dieser erst später seiner Definition unterlegte Sinn ist jedoch vor allem unvereinbar mit dem Wortlaute dieser Definition des subjektiven Rechtes als der von der Rechtsordnung anerkannten und gewährleisteten Willensmacht. Wenn es der Wille der Rechtsordnung ist, der das Substrat des subjektiven Rechtes bildet, dann kann es nicht ein von der Rechtsordnung anerkannter oder gewährleisteter sein, denn ein solcher muß notwendig ein anderer als der der Rechtsordnung sein, da die Rechtsordnung ihren eigenen Willen ebensowenig anzuerkennen oder zu gewährleisten in der Lage ist, wie sie ihren eigenen Willen wollen kann. Aber ganz abgesehen von diesem Widerspruche erhebt sich die Frage, wie denn der Wille der Rechtsordnung zum subjektiven Rechte jemandes werden soll, zu dessen Gunsten, in dessen Interesse der Befehl der Rechtsordnung ergangen ist, wenn auf das Kriterium des Interesses verzichtet wird. Darauf sagt nun WINDSCHEID, der Wille der Rechtsordnung sei darum subjektives Recht einer Person, weil die Rechtsordnung den Inhalt ihres Willens dem Willen dieser Person entnehme, der Wille dieser Person also materiell für den Befehl der Rechtsordnung maßgebend sei: „Selbst wenn die Rechtsordnung den Inhalt ihres Befehles aus dem Willen einer Person entnimmt, befiehlt doch sie allein, nicht diese Person. Aber für diesen zu Gunsten des Berechtigten erlassenen Befehl hat die Rechtsordnung den Willen des Berechtigten selbst entscheidend gemacht. Sein Wille ist maßgebend für das Verhalten der ihm Gegenüberstehenden, weil er maßgebend ist für einen für ihr Verhalten maßgebenden Rechtsbefehl“ (zum rechtmäßigen Verhalten der dem Berechtigten Verpflichteten).

Es ist nicht leicht, diesen Knäuel sich ineinander verwickelnder Widersprüche und Denkfehler zu entwirren! Vor allem der ganze große Irrtum der Imperativtheorie mit allen seinen Unklarheiten, insbesondere mit seinem „Willen“ der Rechtsordnung, der dem psychischen Willen des Menschen vollkommen gleichgestellt wird und zum Inhalte das rechtmäßige Verhalten der anderen Subjekte hat! An anderer Stelle ist der innere Widerspruch dieser Konstruktion dargetan worden¹⁾; hier soll die Kritik auf Basis der Imperativtheorie selbst erfolgen.

Ein Widerspruch ist es, wenn WINDSCHEID von einem rein formalen Standpunkte aus als das Substrat des subjektiven Rechtes den Willen der Rechtsordnung erklärt, wobei er ausdrücklich hervorhebt, daß es irrelevant sei, woher der Inhalt dieses Willens komme, und dann wieder den objektiven Willen der Rechtsordnung gerade dadurch zum subjektiven Rechte werden läßt, daß er nunmehr — mit einem vollkommenen Standpunktwechsel, nämlich ganz von einem das materielle Moment erfassenden Gesichtspunkte aus — die Subjektivierung der Rechtsnorm zum subjektiven Rechte auf Grund des Willens-Inhaltes vornimmt, den der Rechtsbefehl durch den „realen“ Willen der Subjekte erhalte, obgleich er vorher gerade diese Provenienz des Willensinhaltes als irrelevant für die Tatsache bezeichnet hat, daß der Wille der Rechtsordnung und nicht der „reale“ Wille der Partei Substrat des subjektiven Rechtes sei! Wäre wirklich der Wille der Rechtsordnung Substrat des subjektiven Rechtes, müßte konsequenterweise die Rechtsordnung als einziges Rechtssubjekt anerkannt werden. Allein, WINDSCHEID durfte begreiflicherweise diese Konsequenz nicht ziehen. Darum mußte er den formalen Standpunkt, den er nur zu dem Zwecke eingenommen hatte, um den oben bezeichneten Einwänden zu begegnen, wiederum aufgeben und zur alten Position zurückkehren; er erklärt die objektive Norm darum als subjektives Recht, weil ihr Inhalt durch den realen Willen der Partei bestimmt werde. Nur vergißt WINDSCHEID dabei, daß er kurz vorher zugeben muß, daß dieser „reale“ Wille in zahlreichen Fällen fehle, in denen dennoch ein subjektives Recht vorhanden ist! Woher erhielte also in einem solchen Falle der Wille der Rechtsordnung seinen Inhalt? Gäbe es stets einen „realen“ Willen der Subjekte, welcher der Norm ihren Inhalt gibt, wäre WINDSCHEID ja gar nicht gezwungen gewesen, diesen „realen“ Willen des Berechtigten als Substrat des subjektiven Rechtes aufzugeben und an seine Stelle

1) Vgl. oben S. 189 ff.

den — offenbar nicht „realen“ — Willen der Rechtsordnung zu setzen! Und dann noch eins: Wenn der an den Verpflichteten gerichtete Befehl der Rechtsordnung ein subjektives Recht des gegenüberstehenden Berechtigten ist, weil und insofern dessen Wille den Inhalt der Pflicht — d. i. des staatlichen Willens oder Befehles im Sinne der Imperativtheorie WINDSCHEIDS — bestimmt, m. a. W.: weil der Staat in der Rechtsordnung durch eine Blankettnorm dem einen (Verpflichteten) befiehlt, was ein anderer (der Berechtigte) will, so muß in allen jenen Fällen, in denen der Inhalt der Rechtspflicht und somit des staatlichen Befehles durch Vertrag, d. h. durch Willensübereinstimmung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem gebildet wird, dieser Befehl auch subjektives Recht des Verpflichteten sein; denn dessen Wille ist für den Inhalt des Rechtsbefehls ebenso maßgebend, wie der des mitkontrahierenden Verpflichteten! Der Verpflichtete wäre zugleich und in Bezug auf das Gleiche Berechtigter, seine Pflicht stets auch sein Recht. Das bedeutet natürlich die vollständige Auflösung des subjektiven Rechtsbegriffes!

Bei einem angesehenen und verdienstvollen Autor, wie WINDSCHEID, muß eine derartige — in einer anderen als der juristischen Disziplin wohl beispiellose — Begriffskonfusion vor allem die Frage nach der letzten Wurzel dieses beschämenden Tiefstandes wachrufen. Und da kann denn nicht zweifelhaft sein, daß die vollkommene Verwirrung in der WINDSCHEIDSchen Konstruktion ihren tiefsten Grund in der mißverständlichen Auffassung des Willensbegriffes hat, der im Mittelpunkte des WINDSCHEIDSchen Systems steht. Von dem im juristischen Sprachgebrauche üblichen und an sich richtigen Dogma ausgehend, daß subjektive Rechtsfähigkeit Willensfähigkeit, daß Person und Wille identische Qualitäten seien, ist WINDSCHEID, wie alle anderen Theoretiker, dadurch völlig in die Irre geraten, daß er das Wort „Wille“ nicht in seinem spezifisch ethisch-juristischen Sinne erkannt, sondern in der Bedeutung einer psychischen Tatsache genommen hat. Damit war aber eine Kette der unsinnigsten Fiktionen unausweichlich. Die heftige Gegnerschaft, die seit IHERING dem sogenannten Willensdogma entstanden ist und zur Begründung der Zwecktheorie geführt hat, die an Stelle des Willens das Interessenmoment als konstituierendes Merkmal des subjektiven Rechtsbegriffes setzte, ist ausschließlich auf diesen größten aller Irrtümer zurückzuführen, in dem die juristische Theorie jemals befangen war, die den „Willen“ psychologisch zu erfassen suchte. Und der gleiche Grund ist es auch, der auf dem Gebiete der Strafrechtstheorie das Dogma von der Willensschuld

ad absurdum geführt hat und die Theorie veranlaßte, an Stelle dieser in die schwersten Widersprüche verwickelten und von jämmerlichen Fiktionen notdürftig gestützten Anschauung die Lehre von der Wissensschuld zu setzen. Damit ist freilich in beiden Fällen — sowohl für den Begriff des subjektiven Rechtes als auch für den Schuldbegriff das Übel nicht an der Wurzel erfaßt, denn die Unbrauchbarkeit des psychischen Willensmomentes hat nur zu seiner Ersetzung durch ein anderes psychisches Moment — Interesse — Wissen — geführt und noch nicht die Erkenntnis herangereift, daß es die Unzulässigkeit eines real-psychischen Momentes für die juristische Konstruktion überhaupt und nicht die Mängel irgendeines besonderen psychischen Momentes sind, die alle jene Widersprüche und Fiktionen mit sich bringen, die das Willensdogma als Fehlkonstruktion erweisen.

WINDSCHEID will seine Konstruktion der subjektiven Rechte erster Kategorie der THONSchen Theorie entnommen haben. Allein, es kann nur ein vollkommenes Mißverständnis dieser Theorie sein, wenn er es als unwesentliche Differenz zwischen seiner und der THONSchen Auffassung bezeichnet, daß THON es ablehnt, den an den Verpflichteten gerichteten, zu Gunsten des Berechtigten erlassenen Rechtsbefehl dessen Recht zu nennen, und nur den im Falle des Ungehorsams gegen den Widerstrebenden gerichteten Befehl an die Staatsorgane zur Gewährung der Rechtshilfe dem Berechtigten zu eigen sein läßt, weil dieser und nur dieser Befehl von der Zustimmung, der actio des Berechtigten abhängt. Das ist aber die wesentlichste, nicht zu vermeidende Konsequenz¹⁾ der THONSchen Grundanschauung, derzufolge die ganze Rechtsordnung in eine Reihe von Imperativen rechtmäßigen Verhaltens aufgelöst wird. Denn einer Subjektivierung ist dann tatsächlich nur jener Rechtssatz (d. h. Imperativ) fähig, der in seiner Existenz an die Mitwirkung des Subjektes gebunden, durch diese bedingt ist. Das trifft aber ausschließlich und allein bei dem an die Behörden gerichteten Straf- oder Exekutionsbefehle zu. Diese Konstruktion hat offenbar den Nachteil, daß bei ihr von einem subjektiven Rechte auf fremdes pflichtmäßiges Verhalten keine Rede sein kann, sondern nur von einem Rechte auf Realisierung der Unrechtsfolge; allein, dieses Resultat ist mit der THONSchen Imperativtheorie notwendig verbunden und WINDSCHEID, der diese Theorie gerade in Bezug auf die Konstruktion des subjektiven Rechtes akzeptiert, gerät zu seiner Voraussetzung in Widerspruch, wenn er die Konsequenz verleugnet.

1) Allerdings eine von THON selbst nicht klar gezogene Konsequenz; Vgl. unten S. 624 ff.

Was nun die subjektiven Rechte zweiter Kategorie betrifft, die WINDSCHEID aufstellt, so sind seine bezüglichlichen Ausführungen so dürftig und unpräzise, daß es schwer fällt ein festes Bild zu gewinnen. Tatsächlich hat KIPP, der das WINDSCHEIDSche Werk zuletzt edierte, diese Rechte zweiter Art vollständig aufgegeben und die darunter fallenden Tatbestände entweder nicht als subjektive Rechte im wissenschaftlichen Sinne gelten lassen oder sie den Rechten erster Kategorie zugewiesen¹⁾. Das Charakteristikum dieser subjektiven Rechte zweiter Art besteht darin, daß sie — im Gegensatz zu denen der ersten Kategorie — Rechte auf ein eigenes Verhalten sind. Welcher Art dieses Verhalten ist, wird nicht eindeutig bestimmt. WINDSCHEID sagt: Rechte der ersten Art zu begründen, zu beenden, zu übertragen. Es scheint, daß er damit als subjektives Recht die Fähigkeit bezeichnen wollte, Handlungen mit Rechtswirkungen vorzunehmen. Diese Auffassung entspräche auch der Generaldefinition des subjektiven Rechtes als „rechtlich anerkannte Willensmacht“. Allein, tatsächlich ist der Begriff des subjektiven Rechtes bei WINDSCHEID noch viel weiter. Nicht nur auf Handlungen mit Rechtsfolgen, sondern auch auf andere anerkennt WINDSCHEID subjektive Rechte, indem er den Genuß der durch die Rechtsordnung geschützten Güter als Rechtsausübung betrachtet. Und diesem erweiterten Umfange entspricht dann die ebenfalls gebrauchte Definition des subjektiven Rechtes als „Wollendürfen“²⁾. Dazu bemerkt THON³⁾: „Das bloße Erlaubtsein (Dürfen) eines Wollens erhebt die Willensäußerung noch nicht zur Rechtsausübung, sondern erst die Gewährleistung desselben seitens der Rechtsgemeinschaft, die Beihilfe, welche letztere dem Berechtigten verspricht. Zwischen der verbotenen und der rechtlich geschützten Willensbetätigung liegt das unendlich weite Feld des Erlaubten oder genauer gesagt des nicht Verbotenen“⁴⁾:

1) Vgl. a. a. O. S. 163.

2) „Wollen-dürfen“ ist nicht dasselbe wie „Willensmacht“, die ein „Wollen-können“ bedeutet. 3) a. a. O. S. 221.

4) Diesem Satze THONS kann hier nicht ganz beigezogen werden. Denn auch das ganze Feld des Erlaubten oder Geduldeten muß wohl als rechtlich geschützt angesehen werden, insofern jeder Eingriff in diese Sphäre verboten, d. h. die entsprechende Unterlassung als Rechtspflicht statuiert ist. „Spazierengehen“ ist rechtlich erlaubt oder, richtiger, nicht verboten. Aber es ist als Betätigung der persönlichen Freiheit geschützt, denn jede Verhinderung wäre als Verletzung der persönlichen Freiheit zu strafen. Unter den geduldeten Handlungen der Subjekte sind gewisse rechtlich insofern qualifiziert, als sie als Bedingung für die Realisierung der Unrechtsfolge statuiert sind: die actiones. Das unendliche Gebiet der Freiheit liegt nicht zwischen dem Verbotenen und dem rechtlich Geschützten, sondern jenseits der eigenen Pflichten (und zwar des Gebotenen wie des Verbotenen), durch diese beschränkt, und diesseits der

das Feld der natürlichen, durch keinen Rechtssatz beschränkten Freiheit¹⁾. Dar Wollendürfen würde nur das Unverbotene sein, nicht den Schütz des Handelns bezeichnen. Aber es wird von WINDSCHEID nicht bloß an die Rechtsverfolgung gedacht, für ihn ist, wie für IHERING und die gesamte Doktrin, jeder Genuß des geschützten Gutes, Rechtsausübung, das Wollendürfen nicht nur Rechtsverfolgung, sondern vornehmlich Genießendürfen.“

Damit ist aber eklatant dargetan, daß WINDSCHEID, ganz ebenso wie IHERING, in den spezifisch naturrechtlichen Begriff des subjektiven Rechtes geraten ist. Als subjektives Recht erscheint nun auch bei WINDSCHEID der ganze Kreis der von der Rechtsordnung umgrenzten staatsfreien Sphäre des Individuums, der materielle Reflex der durch die Rechtsordnung statuierten Pflichten. Darauf läuft nämlich das durch das objektive Recht geschützte oder garantierte Wollen- richtiger Handelndürfen hinaus. Und diese Konsequenz war für WINDSCHEID in demselben Augenblicke unausweichbar, als er überhaupt Rechte auf ein eigenes Verhalten anerkannte. Ist es mein subjektives Recht, an einer Sache Eigentum zu erwerben und meine Sache zu verkaufen, dann muß es auch mein subjektives Recht sein, mein Pferd zu reiten, meinen Anzug zu tragen etc., aber auch spazieren zu gehen, zu atmen etc. Denn ob sich in dem einen Falle sogenannte Rechtsfolgen an meine Handlung knüpfen, im anderen aber nicht, das ist für mein Verhältnis zu der betreffenden, Handlung, für das Verhältnis zwischen mir und der Handlung gleichgültig. Das subjektive Recht, das sich an die Handlungen knüpft, die WINDSCHEID in der zweiten Kategorie seiner Rechte erfaßt, ist nicht das Recht zu dieser Handlung, sondern ein Recht aus dieser Handlung. Das „Recht“, ein Recht zu erwerben, zu übertragen oder zu beenden, kurz das Recht an einem oder über ein Recht ist eine höchst überflüssige, ja unmögliche Verdoppelung des Rechtsbegriffes und methodisch ebenso unsinnig, wie etwa der Wille zu wollen.

Ohne hier auf den Begriff der sogenannten Rechtsfolge einzugehen, sei nur nochmals hervorgehoben, daß die Rechtsordnung dadurch, daß sie eine Handlung mit Rechtsfolgen ausstattet, keines-

Pflichten der anderen (deren Handlungs- und Unterlassungspflichten), durch diese geschützt.

1) Auch der Zusatz „durch keinen Rechtssatz beschränkt“ kann nicht als ganz zutreffend angesehen werden. Die „Freiheit“ im Sinne der staatsfreien Sphäre ist als Ganzes zweifellos stets durch Rechtssätze beschränkt; THON denkt offenbar an die einzelnen innerhalb dieser Freiheitssphäre liegenden Handlungen und Unterlassungen; diese sind allerdings durch keinen Rechtssatz beschränkt.

wegs ein Recht auf diese Handlung gewährt. Können doch geradezu verbotene Handlungen, d. h. solche, deren Unterlassung unter Strafsanktion Rechtspflicht ist, nach herrschender Lehre „zivile Rechtsfolgen“ haben. So insbesondere im römischen Rechte, wo z. B. das *furtum* verboten, d. h. mit Strafe bedroht ist, aber zweifellos die eminente Rechtsfolge des juristischen Besitzes an der gestohlenen Sache und den Besitzschutz zur Rechtsfolge hat. Gibt es aber ein subjektives Recht auf das *furtum*?

Die Tatsache der Rechtsfolge aus einer Handlung ist vollkommen irrelevant für die Existenz eines Rechtes auf diese Handlung. Und das zeigt sich ja auch darin, das der vulgäre Sprachgebrauch, der ein „Recht“ auf Verkauf einer Sache u. dgl. kennt, in demselben Sinne auch ein Recht auf den faktischen Genuß der Sache, auf Handlungen ohne Rechtsfolgen proklamiert. Und darum liegt der Grundfehler überhaupt in der Vorstellung eines subjektiven Rechtes auf eigenes Verhalten. Ein solches ist aber vom formaljuristischen Standpunkte aus ebenso undenkbar, wie eine Pflicht zu fremdem Verhalten. Ein Recht auf etwas haben, kann nichts anderes bedeuten, als zu dem die Pflicht jemandes statuierenden Rechtssatz in einem besonderen Verhältnis stehen, kraft dessen der betreffende Rechtssatz zur Verfügung des Berechtigten ist. Daß auch die THONsche Konstruktion, die ja der hier einstweilen nur angedeuteten sehr nahe kommt, die Annahme eines subjektiven Rechtes auf das fremde pflichtmäßige Verhalten nicht zuläßt, wurde bereits erwähnt. Die spätere Durchführung der hier als richtig erkannten Konstruktion wird die Ursache dieses Mangels der THONschen Lehre aufzuzeigen und zu vermeiden haben.

XXIV. Kapitel.

Die Kombinationstheorie.

Vorher muß jedoch Stellung genommen werden zu einer dritten Gruppe von Konstruktionen, die eine Lösung des subjektiven Rechts-Problems versuchten. Es sind dies jene Theorien, die aus einer Kombination des Zweck- und Willens-Dogmas hervorgegangen sind und die sich dadurch charakterisieren, daß sie im Begriffe des subjektiven Rechtes sowohl das Zweck- als auch das Willensmoment vereinigen, wobei das Hauptgewicht bald auf den einen, bald auf den anderen der beiden Faktoren gelegt wird. Der bedeutendste Vertreter

dieser Richtung ist BERNATZIK, der mit seiner hier mehrfach zitierten und für die Theorie des subjektiven Rechtes hochbedeutsamen Arbeit: „Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere“¹⁾, die heute speziell auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes herrschende Anschauung von der Struktur des subjektiven Rechtes begründet hat. Insbesondere hat auch JELLINEK die spezifisch BERNATZIKSche Kombination des Zweck- und Willensmomentes für seinen Begriff des subjektiven Rechtes akzeptiert²⁾.

Eine Kritik der Kombinationstheorie ist von vornherein schon durch die Stellung gegeben, die man gegenüber der Zweck- und gegenüber der Willentheorie im einzelnen einnimmt. Es werden sich die meisten Argumente für und wider diese beiden Theorien auch für und wider die Kombination vorbringen lassen. Wer das Zweckmoment als dem Rechtsbegriffe fremd erachtet, kann es auch in seiner Verbindung mit dem Willensmomente nicht akzeptieren und wenn der Wille — im psychischen Sinne — sich als ungeeignet erweist, ein konstituierendes Merkmal des Rechtsbegriffes zu bilden, so muß dies für ihn auch dann gelten, wenn er neben anderen Faktoren verwendet wird. Mit Rücksicht auf die vorangegangenen Untersuchungen wird daher an dieser Stelle nur mehr die spezifische Bedeutung zu würdigen sein, die sich aus der Kombination beider Elemente ergibt.

Wenngleich BERNATZIK sowohl den Zweck als den Willen und zwar beide Momente zusammen als für den Begriff des subjektiven Rechtes und Rechtssubjektes wesentlich³⁾ erklärt, so geht doch aus seinen Definitionen beider Begriffe deutlich hervor, daß er — und darin folgt er im Prinzipie den Spuren IHERINGS — das Hauptgewicht auf das Zweckmoment legt. Denn er bezeichnet das subjektive Recht als einen Zweck und zwar: als einen „menschlichen Zweck, behufs dessen Realisierung die Rechtsordnung die Möglichkeit einer Willensherrschaft dadurch anerkennt, daß sie rechtliche Wirkungen an dieselbe knüpft, gleichviel wem dieser Wille angehört“⁴⁾. Diese Betonung des Zweckmomentes zeigt sich dann noch besonders deutlich in der Definition des Rechtssubjektes. Sind nämlich Zweck- und Willensmoment einander gleichbedeutend koordiniert, beide gleich wesentlich, dann müssen bei der Möglichkeit eines Auseinanderfallens von Zweck- und Willensträger — und gerade die Anerkennung dieser Möglichkeit ist ein Charakteristikum der BERNATZIKSchen Konstruktion — konsequenterweise zwei Subjekte desselben Rechtes angenommen werden und zwar sowohl der Träger des Zweckes als auch

1) Archiv für öffentliches Recht V. S. 169ff.

2) Vgl. dessen System S. 44ff.

3) a. a. O. S. 233.

4) a. a. O. S. 263.

der Träger der Willens. Obzwar nun BERNATZIK die dem Interessenmomente gleich wesentliche Stellung des Willenselementes ausdrücklich hervorhebt, indem er z. B. sagt: „Es ist ganz gleichgültig, ob ein Rechtsinstitut die Interessen dieser oder jener Subjekte schützen will, solange die Rechtsordnung den Willen nicht anerkennt, dessen eigene, selbständige Tätigkeit dieselben zur Realisierung zu bringen befugt ist“¹⁾, obzwar er zugibt, daß die Dispositionsmöglichkeit (das Willensmoment) „ein wesentliches Element im Begriffe von Recht und Rechtssubjekt ist“²⁾, so läßt er als Rechtssubjekt dennoch ausschließlich und allein das Zweckssubjekt gelten: „Rechtssubjekt ist daher der Träger eines jeden menschlichen Zweckes, den die herrschende Rechtsordnung als Selbstzweck dadurch anerkennt, daß sie dem zu seiner Realisierung erforderlichen Willen rechtliche Kraft verleiht“³⁾. Der Träger des zur Realisierung des Zweckes erforderlichen Willens muß, wie bereits bemerkt, nach der BERNATZIK'schen Konstruktion durchaus nicht immer das Interessen- oder Zweckssubjekt, sondern kann eine ganz andere Person sein. Dieses Willenssubjekt jedoch will BERNATZIK nicht als Rechtssubjekt anerkennen. Er sagt ausdrücklich im unmittelbaren Anschluß an seine oben zitierte Definition: „Also nicht das Subjekt dieses Willens ist Rechtssubjekt und Recht daher nicht ein ‚Wollendürfen‘“⁴⁾.

Damit nähert sich seine Auffassung außerordentlich der IHERING's. Seine Theorie stellt sich als eine Modifikation der IHERING'schen dar, indem er als subjektives Recht nicht schlechtweg jeden geschützten Zweck, resp. jedes geschützte Interesse, sondern nur den durch Anerkennung von Willensmacht geschützten⁵⁾ Zweck gelten läßt.

Will man sich klar machen, inwieweit die BERNATZIK'sche Definition einen Fortschritt gegenüber der IHERING'schen bedeutet, muß man zunächst prüfen, was unter dem zur Realisierung des Interesses oder Zweckes erforderlichen, von der Rechtsordnung mit rechtlicher Kraft versehenen Willen zu verstehen ist, der allein jenen besonderen Schutz des Interesses bedeutet, durch welchen dieses zum

1) a. a. O. S. 234.

2) a. a. O. S. 239.

3) a. a. O. S. 233.

4) a. a. O. S. 233.

5) BERNATZIK bedient sich zwar in seiner Definition nicht des Wortes „Schutz“ oder „geschützter“ Zweck, vielmehr gebraucht er den Terminus: von der Rechtsordnung „anerkannter“ Zweck. Allein BERNATZIK beschränkt den für seinen Begriff des subjektiven Rechtes in Betracht kommenden Schutz der Rechtsordnung auf jene Fälle, in denen er durch Anerkennung einer Willensmacht erfolgt. Er spricht auch selbst von einem, „das Interesse schützenden Willen“ a. a. O. S. 263; vgl. auch die BERNATZIK'schen Ausführungen S. 233/234.

subjektiven Rechte erhoben wird. Unter Realisierung eines Zweckes oder Interesses ist gemeinhin dessen Erfüllung zu verstehen. BERNATZIK spricht auch von dem „Interesse, das man durchschnittlich daran hat, daß ein Darlehen zurückerstattet, eine qualifizierte tatsächliche Innehabung nicht gestört werde, daß die Gatten sich Treue bewahren . . . 1)“. Nun bringt es die Eigenart der Rechtsordnung mit sich, daß sie erst dann in ihre spezifischen Wirkungen tritt, wenn die von ihr zu schützenden Interessen bereits verletzt sind. Sie ist wohl in der Lage, in gewissen Fällen die Verletzung des Interesses wieder zu heilen, durch Exekution z. B., aber in vielen Fällen ist dies gar nicht mehr möglich, z. B. gerade bei den letzteren von BERNATZIK angeführten Beispielen. Hier kann die durch die Rechtsordnung garantierte „Realisierung des Interesses“ nicht mehr dessen Erfüllung bedeuten, sondern lediglich die Verhängung der auf die Verletzung gesetzten Unrechtsfolge. Dies ist auch im ersten Falle so, nur daß dort eben die Verhängung der Unrechtsfolge zugleich eine Gutmachung des Schadens ist. Darum muß, sofern man zum Wesen des subjektiven Rechtes gehörig, d. h. also in allen Fällen, wo ein solches vorliegt, eine von der Rechtsordnung garantierte Realisierung des Interesses annimmt, unter dieser „Realisierung des Interesses“ eben die Verhängung der Unrechtsfolge durch den Staat verstanden werden. Der zur Realisierung erforderliche „Wille“ muß daher unter allen Umständen der des Staates sein. In gewissen Fällen allerdings kann — muß aber nicht — neben diesem Willen des Staates auch der eines anderen Subjektes, etwa der des Interessenten oder seines Stellvertreters, behufs Realisierung des Interesses in der Weise von der Rechtsordnung anerkannt werden, daß der Wille des Staates zur Verhängung der Unrechtsfolge bedingt wird durch eine actio seitens des Interessenten oder dessen Stellvertreters. Jedenfalls ist aber der Wille des Staates in erster Linie zur Realisierung oder zum Schutze der Interessen erforderlich.

Daraus geht schon hervor, daß der Schutz eines Interesses durch die Rechtsordnung gar nicht anders erfolgen kann als dadurch, daß ein zur Realisierung des Interesses erforderlicher Wille — nämlich der des Staates — rechtliche Kraft erhält. Da die BERNATZIKsche Definition unter den zur Realisierung des Interesses erforderlichen Willen den des Staates nicht ausscheidet, ja, durch den Zusatz: „gleichviel wem dieser Wille angehört“, die Möglichkeit den Staatswillen als zweckrealisierenden Faktor anzusehen offenhält, scheint sie somit keine wesentliche Änderung der IHERINGschen Definition zu bedeuten,

1) a. a. O. S. 234.

denn sie umschreibt lediglich den Begriff des Schutzes, ohne das subjektive Recht auf eine engere Grenze als das rechtlich geschützte Interesse zu beschränken.

Wenn BERNATZIK dennoch mit Nachdruck den Unterschied seiner Auffassung von der IHERING'schen hervorhebt, indem er sagt: „nicht jedes Subjekt eines Zweckes, der durch die Rechtsordnung geschützt wird, ist Rechtssubjekt, selbst wenn ihm der Nutzen des betreffenden Rechtsinstitutes von der Rechtsordnung ‚zudedacht‘ ist“, wenn er fortfährt: „Es kann rechtlich geschützte Interessen geben, die doch keine Rechte sind, weil ihre Träger an der Verwirklichung derselben keinen Anteil haben“, so lassen sich diese Ausführungen keineswegs aus seiner Definition ableiten, ja, der letztzitierte Satz steht sogar insofern in einem gewissen Widerspruche zu der Definition, als dort ausdrücklich die Möglichkeit eines subjektiven Rechtes auch dann zugegeben ist, wenn dem Träger desselben — das ist nach der Definition des Rechtssubjektes der Träger des Zweckes — kein Anteil an der Realisierung des Zweckes eingeräumt ist, vielmehr der zur Verwirklichung des Interesses notwendige Wille einem anderen Subjekte zukommt!

Allein, nicht aus der Definition, sondern aus den in Form einer Folgerung aus der Definition gekleideten Sätzen geht die Begrenzung hervor, die BERNATZIK an dem IHERING'schen Begriff des subjektiven Rechtes vorgenommen hat: „Wenn daher der das Interesse schützende Wille der des Gemeinwesens selbst ist, so ist ein von diesem verschiedenes Rechtssubjekt nicht vorhanden. Hiedurch unterscheiden sich Rechte von rechtlich geschützten Interessen, d. h. von solchen, deren Schutz nicht einem dem staatlichen Willen gegenüber selbständigen Willen anvertraut ist¹⁾“. Gegen diese Konstruktion erheben sich sofort die schwersten Bedenken. Wenn der spezifische Unterschied zwischen rechtlich geschützten Interessen und subjektiven Rechten darin zu finden sein soll, daß bei den letzteren der Schutz durch einen dem staatlichen Willen gegenüber selbständigen, also einen vom Willen der Staatsperson verschiedenen Willen erfolgt, dann muß es dahingestellt bleiben, wie es subjektive Rechte des Staates selbst geben kann, die diesem Kriterium entsprechen, da doch ein anderer als der Wille des Staates zur Realisierung seiner Interessen nicht in Betracht kommt. Und mit dieser Konstruktion ist die Rechtspersönlichkeit des Staates überhaupt in Frage gestellt. Zwar scheint BERNATZIK anzudeuten, daß im Falle der das Interesse schützende Wille der des Staates ist, auch nur

1) a. a. O. S. 263.

der Staat als Rechtssubjekt in Betracht komme; allein doch nur als Subjekt eines Rechtes, dem BERNATZIK mangels eines Unterschiedes vom rechtlich geschützten Interesse den Rechtscharakter abspricht! Dabei gerät BERNATZIK überdies mit seiner Definition des Rechtssubjektes in Konflikt. Denn Rechtssubjekt ist nach dieser nur der Träger des Zweckes und nicht der Träger des Willens. Sind also die Zwecke irgendwelcher Subjekte nur durch den Willen des Staates geschützt oder „realisiert“, dann kann auch der Staat, als bloßer Willensträger, nicht als Rechtssubjekt gelten.

Auf Grund anderer Ausführungen kann es den Anschein haben, als ob BERNATZIK den zur Realisierung des Interesses erforderlichen dem Staate gegenüber selbständigen Willen, den er als wesentliches Merkmal des subjektiven Rechtes bezeichnet, nicht gerade in dem Sinne verstanden wissen will, daß es sich dabei um einen von dem Willen der Staatsperson verschiedenen Willen einer anderen Person handeln müsse. Er sagt: „Das Subjekt dieses Willens, der herrschenden und handelnden Rechtsordnung gegenübergestellt, heißt ‚Partei‘ und deshalb kann man in dem Einräumen von Parteirechten seitens der Rechtsordnung das zweite charakteristische Merkmal der Rechtssubjektivität erkennen“¹⁾. Da es nun zahlreiche Fälle gibt, in denen die Rechtsordnung der Staatsperson „Parteirechte“ einräumt, z. B. im Strafprozeß, so wäre in diesen Fällen auch nach der BERNATZIKSchen Konstruktion die Annahme von subjektiven Rechten des Staates möglich; allein in allen diesen Fällen muß auch ein subjektives Interesse anderer Subjekte gegeben sein, soferne nämlich Interessen dieser Subjekte geschützt werden. Das wäre z. B. bei allen Strafrechtssätzen der Fall, die zwar im Interesse des Staates, aber stets auch im Interesse der einzelnen Individuen bestehen. Denn in allen diesen Fällen ist ein menschlicher Zweck d. h. ein Interesse und ein zur Realisierung desselben vom Staate anerkannter, dem staatlichen Willen gegenüber wenigstens formell (d. h. procesualiter) selbständiger Wille, also beide Elemente des subjektiven Rechtes, die BERNATZIK fordert, vorhanden. Da in allen diesen Fällen zwei Interessen oder Zwecksubjekte — nämlich der Staat und der Untertan gegeben sind, müssen nach der BERNATZIKSchen Definition des Rechtssubjektes beide Personen als Rechtssubjekte anerkannt werden. Damit aber auch zwei subjektive Rechte, nämlich sowohl das des Staates als auch das des Untertanen, deren Interessen koinzidieren. Die Anerkennung eines subjektiven Strafrechtes der Untertanen, die nach der BERNATZIKSchen Konstruktion unausweichlich ist, wenn auf Grund dieser die Annahme von subjektiven Rechten des

1) a. a. O. S. 234.

Staates möglich sein soll, scheint die auf den ersten Blick gewonnene Einschränkung des IHERINGSchen Begriffes des subjektiven Rechtes, als eines rechtlich geschützten Interesses wieder aufzuheben.

Was nun den Inhalt des Willens betrifft, dem die Rechtsordnung zur Realisierung eines Interesses Rechtswirkungen verleihen muß damit das Interesse oder der Zweck ein subjektives Recht werde, so muß nach BERNATZIK diese Anerkennung des Willens seitens der Rechtsordnung nicht notwendig durch Gewährung einer actio erfolgen. Es gebe Rechte, die nicht durch den staatlichen Zwangsapparat geschützt seien. Das Moment des Schutzes im Rechtsbegriffe sei in verschiedener Weise abgestuft, die Gewährung einer Klage bedeute nur den höchsten Grad des Schutzes¹⁾. Allein, dem gegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß der Schutz, den die Rechtsordnung einem Interesse gewährt, ausschließlich und allein in der Statuierung einer dem Interesse des Berechtigten korrespondierenden Pflicht auf Leistung des Interesseobjektes oder auf Unterlassung einer Interesse-Störung liegen kann, nicht aber in der actio, die nur die Bedeutung hat, daß dem Interessenten die Möglichkeit gegeben wird, über diesen Schutz zu verfügen, indem der eine Rechtspflicht statuierende Wille des Staates zur Unrechtsfolge von der actio des Berechtigten abhängig gemacht ist. Auch ohne Gewährung einer actio sind die Interessen der Subjekte durch die Rechtspflichten statuierende Rechtsordnung eminent geschützt und es ist nicht einzusehen warum die Möglichkeit einer Privatklage den Schutz der Rechtsordnung erhöhen soll. Ob freilich eine Rechtspflicht der Untertanen anders als durch einen bedingten Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge statuiert werden kann, ist eine andere Frage, die an anderer Stelle erörtert wurde. Aber selbst wenn man — wie BERNATZIK — vom Standpunkte der Imperativtheorie dem nackten, sanktionslosen Befehle eines rechtmäßigen Verhaltens — wenn er nur in Gesetzesform ausgedrückt ist — verpflichtende Kraft zuspricht, so muß dennoch fraglich bleiben, wie ein durch irgendwelche Imperative geschütztes Interesse zum subjektiven Rechte werden kann, da doch die „Rechtswirkungen“, die an die zur Realisierung des Interesses erfolgenden Willensdispositionen geknüpft sind, nur wiederum — vom Standpunkte der Imperativtheorie aus — in Imperativen — also fremden Rechtspflichten bestehen und somit juristisch niemals ein anderer Tatbestand gegeben erscheint als: ein durch Imperative oder Rechtspflichten geschütztes Interesse. Daß auch vom Standpunkte der Imperativtheorie die Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem objektiven, d. h. die Subjektivierung der Norm

1) a. a. O. S. 262.

zum subjektiven Rechte nicht anders möglich ist als durch die actio, dadurch daß die Verfügung über den Imperativ dem Subjekte überlassen wird, das zeigt die Durchführung der Imperativtheorie in der Lehre THONS.

So kann denn die Antwort, die BERNATZIK auf die Frage nachdem Kriterium des subjektiven Rechtes gibt, nachdem er das Moment der actio ausgeschieden hat, nicht als befriedigend angesehen werden, wenn er sagt: „Von einem Recht wird man aber schon dann sprechen müssen, wenn die Tatsache vorliegt, daß die staatliche Autorität eine Willensdisposition als eine berechnete, befugte erklärt und anerkennt.“ Denn das hieße die Terminologie des Gesetzgebers zur gesetzlichen Theorie proklamieren. Was der Gesetzgeber als „Recht“ bezeichnet, wozu er jemanden für „berechnete“ erklärt, das kann für die rein theoretische Frage nach dem subjektiven Rechte nicht maßgebend sein, denn der Gesetzgeber bedient sich häufig der Terminus „Recht“ und „Berechnete“ in demselben vulgären Sprachgebrauche, wie er unter Laien üblich ist und wie ihn BERNATZIK an anderer Stelle ¹⁾ so treffend als wissenschaftlich unbrauchbar verworfen hat. Der „Gesetzgeber“ spricht von einem „Rechte“ auf freie Meinungsäußerung, von einem Rechte des Eigentümers seine Sache zu benutzen, ohne daß die Theorie sich hätte hindern lassen, in dem einen wie in dem andern Falle die Existenz eines solchen subjektiven Rechtes zu leugnen. Es liegt nicht in der Macht oder Kompetenz der Rechtsordnung, Theorien aufzustellen oder Grundbegriffe des Rechtes zu konstruieren ²⁾. Und wenn BERNATZIK solche Interessen, denen keine Klagsmöglichkeit, sondern andere an den zur Realisierung des Interesses erforderlichen Willen geknüpfte Rechtswirkungen zur Seite stehen, als nicht „vollkommen entwickelte Rechte“ bezeichnet, dann läuft er Gefahr, denselben Fehler zu begehen, denn er an OTTO MAYER und GIERKE so scharf und berechnete tadelt: daß diese Autoren von „Fast“-Persönlichkeiten, oder von „unvollkommenen Persönlichkeiten“ sprechen ³⁾!

Die BERNATZIKSche Theorie ist hier deshalb von besonderer Bedeutung, weil auf ihrer Basis eine eigenartige und selbständige Konstruktion der Rechtsstellung der Staatsorgane durchgeführt wurde.

Die Frage nach der Persönlichkeit der Staatsorgane wird von BERNATZIK — wie es ja schon seine Definition der Persönlichkeit bedingt — ausschließlich von der Seite des subjektiven Rechtes er-

1) a. a. O. S. 317.

2) Daß BERNATZIK selbst sich durch die Nomenklatur des Gesetzgebers nicht gebunden erachtet, darüber vgl. a. a. O. S. 267/68.

3) a. a. O. S. 213.

faßt. Er untersucht lediglich, ob die Staatsorgane Subjekte von subjektiven Rechten sind und kommt dabei zu dem Resultate, daß die Rechte, die von den Staatsorganen ausgeübt werden, „fremde Rechte“, das heißt nicht ihre eigenen sondern die des Staates sind. Er sagt von den Staatsorganen: „Sie üben nicht eigene Rechte aus, denn keinem Unbefangenen wird es beifallen, ein Gericht für das Subjekt des Rechtes, zu strafen, zu richten, ein Steueramt für das Subjekt des Rechtes, Steuern zu heben, eine politische Behörde für das Subjekt des Rechtes, Soldaten einzuziehen, zu halten! Ein oder mehrere Willen realisieren hier ein fremdes Recht: das ist das ganze Rätsel¹⁾.“ Auf Grund seiner auf den Zweck eingestellten Definition des Rechtssubjektes spricht BERNATZIK den Staatsorganen die Rechtspersönlichkeit ab. Sie seien wohl Willensträger, indem ja die staatlichen Zwecke nur durch die Organe, resp. deren psychischen Willen realisiert werden, sie seien aber nicht Zwecksubjekte und darum auch nicht Rechtssubjekte; denn ihr Wille werde von der Rechtsordnung nur darum mit rechtlichen Wirkungen versehen, damit der Zweck des Staates erfüllt werde, und darum ist der Staat allein als Subjekt dieses Zweckes auch Subjekt der von den Organen realisierten Rechte²⁾. BERNATZIK leugnet die selbständige Rechtssubjektivität der staatlichen Behörden mit der Begründung: „Es mangelt ihnen die Selbständigkeit des Zweckes, ihre Aufgaben fallen mit den Staatszwecken zusammen, ihre Vertreter sind den staatlichen Organen gegenüber nicht Partei, sondern selbst Teile der staatlichen Willensorganisation³⁾.“

Allein, damit ist nicht nur die Rechtssubjektivität der Staatsorgane in Abrede gestellt, sondern auch — wendet man die BERNATZIKSche Definition des subjektiven Rechtes konsequent an — die Rechtssubjektivität des Staates geopfert. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß die von den Staatsorganen realisierten Staatszwecke nach der ausdrücklichen Definition BERNATZIKS keine subjektiven Rechte, sondern lediglich rechtlich geschützte Interessen sind, denn BERNATZIK erklärt, wie bereits bemerkt, man könne neben dem Zweckmomente „in dem Einräumen von Parteiderechten das zweite charakteristische Merkmal der Rechtssubjektivität erkennen“⁴⁾; er stellt als Unterschied zwischen subjektiven Rechten und bloß rechtlich geschützten Interessen den Umstand fest, daß der Schutz der letzteren „nicht einem dem staatlichen Willen gegenüber selbständigen Willen anvertraut ist“⁵⁾ und sagt nun von den Staatsorganen, deren Wille die Staatszwecke realisiert, sie seien dem Staate (d. h. in seiner äußeren

1) a. a. O. S. 231.

2) Vgl. a. a. O. S. 315 ff.

3) a. a. O. S. 255.

4) a. a. O. S. 234.

5) a. a. O. S. 263.

Erscheinungsform, also wiederum Staatsorganen) gegenüber „nicht Partei sondern selbst Teile der staatlichen Willensorganisation“¹⁾. Hier ist jede Möglichkeit, ein subjektives Recht des Staates und somit Rechtssubjektivität desselben anzunehmen, ausgeschlossen, denn den die Staatszwecke realisierenden Staatsorganen und somit dem von ihnen repräsentierten Staate ist nicht einmal eine formale Parteirolle eingeräumt und somit auch der oben angedeutete Weg abgeschnitten, der einzig noch zu einer Subsumption des Staates unter die BERNATZIKsche Definition des Rechtssubjektes führen könnte. Es wäre denn, man entschlösse sich zwischen der Persönlichkeit des Staates und den übrigen Rechtssubjekten begrifflich eine wesentliche Unterscheidung zu machen, was freilich BERNATZIK selbst mit Entschiedenheit zurückweist²⁾. Es ist gerade ein Hauptverdienst seiner Untersuchung, die Einheitlichkeit des Personenbegriffes für das ganze Rechtsgebiet betont, ja sogar die übliche Unterscheidung zwischen „physischen“ und „juristischen“ Personen abgewiesen zu haben³⁾.

Wenn BERNATZIK die Staatsorgane nur als Willensträger, nicht als Rechtssubjekte gelten läßt, so setzt er sich damit in einen bewußten Gegensatz zum Willensdogma. Dabei läßt er neben dem psychischen Willen der menschlichen Organe, durch den die Staatszwecke realisiert werden, keinen anderen Staatswillen gelten. Er lehnt die organische Auffassung, „daß es einen vom Willen seiner Organe spezifisch verschiedenen Willen des Staates gibt“⁴⁾, mit Entschiedenheit ab und erklärt: „Wollen oder Handeln im psychologischen Sinne einem Gemeinwesen selbst zuzuschreiben, ist eine mystische, unklare Idee . . .“⁵⁾. Mit großem Scharfsinn hält BERNATZIK dem Willensdogma vor, daß die Annahme des Willens als Substrat der Persönlichkeit den Staat in ebensoviele Rechtssubjekte auflösen müsse, als er physische Willensträger — die Organe — habe⁶⁾. Denn ein Wille im psychologischen Sinne — und BERNATZIK faßt dieses Wort nur in diesem Sinne — sei nur innerhalb der Menschen

1) Ja die folgende Stelle scheint nicht nur die subjektiven Rechte des Staates, sondern überhaupt alle subjektiven öffentlichen Rechte in Frage zu stellen. B. erklärt nämlich a. a. O. S. 263: „In allen Verhältnissen des öffentlichen Rechtes, wo ja die ‚öffentlichen Interessen‘ nichts sind als eine Vielheit von solchen rechtlich geschützten Interessenträgern, gewährt die staatliche Rechtsordnung Interessenschutz, aber ohne daß ein vom staatlichen Willen abgezwigter oder abgesonderter Wille selbständig konstituiert würde.“

2) Vgl. a. a. O. S. 178, 182 und insbesondere S. 201.

3) Vgl. a. a. O. S. 192/193.

4) PREUSS, Gemeinde, Staat, Reich, 1889 S. 157 ff.

5) a. a. O. S. 219.

6) a. a. O. S. 208.

möglich. Darum erklärt er als das Wesen der juristischen Persönlichkeit des Staates den Zweck. Der Staat ist ein Gemeinwesen, und ein Gemeinwesen „ein derartiger menschlicher Verband, der einen Gesamtzweck durch das Mittel der Willenseinigung verfolgt“¹⁾.

Nun ist die Annahme eines einheitlichen staatlichen Gesamtzweckes von der Annahme eines einheitlichen Gesamtwillens des Staates kaum irgendwie verschieden. Man kann nämlich den Begriff „Zweck“ in einem subjektiven und in einem objektiven Sinne nehmen, je nachdem man den Zweck, den ein Individuum sich selbst setzt und verfolgt, oder den Zweck, den man mit einem Objekte verbindet, im Auge hat. Der Zweck eines Menschen ist ein innerpsychischer Vorgang des Zweckträgers, der Zweck eines Gegenstandes, einer Einrichtung liegt außerhalb desselben, liegt nur in der Vorstellung, die Menschen mit dem betreffenden Objekte verbinden. Es ist fast selbstverständlich, daß der Zweck als Substrat der Persönlichkeit nur in dem ersteren, subjektiven Sinne verstanden werden kann; nur ein dem Staate oder sonst einem Gemeinwesen immanenter Zweck könnte als Substrat der Persönlichkeit in Betracht kommen, denn welchen Zweck der einzelne mit dem Staat verbindet, muß natürlich irrelevant bleiben, zumal das ja von der Weltanschauung und politischen Überzeugung des einzelnen abhängt und eine Einheitlichkeit in der Anschauung über den Staatszweck kaum zu erzielen ist. Tatsächlich scheint auch BERNATZIK unter dem Gesamtzwecke des Staates einen Zweck im ersteren Sinne zu verstehen und zwar einen dem Gesamtwillen ganz analogen sozialpsychischen Vorgang, wenn er sagt: „Die Bildung eines Gesamtzweckes ist ein internpsychologischer Vorgang, dessen Dunkelheiten dadurch natürlich potenziert werden, daß er sich schließlich in einem Gedankengange (der ‚Anerkennung‘) einer unbestimmten Vielheit von Menschen verliert“²⁾.

Gegen die Annahme eines solchen psychischen Gesamtzweckes des Staates ist ganz das Gleiche einzuwenden, was früher gegen die Konstruktion eines psychischen Staatswillens vorgebracht wurde, zumal „wollen“ und sich einen „Zweck setzen“ oder „verfolgen“ für die hier maßgebende Betrachtung dasselbe ist. Von einem Gesamtzwecke als einer „internpsychologischen“ Tatsache kann eben nur dann und nur insoferne die Rede sein, als in einer Mehrheit von Menschen tatsächlich eine gleichartige, übereinstimmende Zwecksetzung, also ein bestimmter gleichartiger Seelenvorgang stattfindet, wobei es hier dahingestellt bleiben mag, ob dieser Vorgang der Zwecksetzung „bewußt“ oder auch unbewußt³⁾ vor sich gehen kann. Innerhalb

1) a. a. O. S. 242.

2) a. a. O. S. 247.

3) BERNATZIK behauptet das letztere gegen SIGWART u. a. vgl. a. a. O. S. 248.

der formal-juristischen Gemeinschaft von Menschen des Staates einen solchen Vorgang zu behaupten, ist nur im Wege einer Fiktion möglich und diese zeigt sich denn auch bei BERNATZIK in der Akzeptierung der BIERLINGschen „Anerkennungstheorie“, die an anderer Stelle gewürdigt wurde.

Wenn der Zweck als Substrat der Persönlichkeit verwendet wird, dann ist aber der Gesamtzweck, ganz abgesehen von allem andern, schon deshalb nicht in gleicher Weise zu verwerten, weil — ebenso wie der Gesamtwille kein Wille — der Gesamtzweck kein Zweck, sondern lediglich der Ausdruck für eine bestimmte Relation von Zwecken ist, für die Tatsache, daß eine Reihe von Menschen gleiche Zwecke haben. Diese Relation kann nicht Substrat einer Persönlichkeit sein. Dies springt ganz besonders deutlich ins Auge, wenn BERNATZIK den Gesamtzweck als das „Durchschnittsinteresse der gegenwärtigen und künftigen Genossen 1)“ bezeichnet! Daß die Bezeichnung „Durchschnittsinteresse“ nur der Ausdruck für das regelmäßige Vorkommen gewisser Individualinteressen ist, wurde ja schon hervorgehoben; und ebenso, wie es unmöglich ist, dieses Durchschnittsinteresse zum Merkmale des subjektiven Rechtsbegriffes zu machen, ist es unzulässig, dasselbe dem Begriffe der Persönlichkeit im allgemeinen oder der Staatspersönlichkeit im besonderen zugrunde zu legen.

Da von Zwecken im Sinne irgendwelcher psychischer Tatsachen nur bei Einzel-Menschen die Rede sein kann und auch Gesamtzwecke, selbst wenn solche innerhalb der staatlichen Gemeinschaft nachweisbar wären, nur als Relationsbezeichnung — als Abbréviatur für eine Vielheit von gleichen Zwecken — einen Sinn haben, kann, wenn von Zwecken des Staates als einer Institution die Rede ist, dies nur im objektiven, d. h. in demselben Sinne zu verstehen sein, wie von einem Zwecke des Sessels, des Wassers, der Eisenbahn usw. gesprochen wird. Dabei muß man sich vergegenwärtigen, daß ein objektiver Zweck nur einer der Welt des Seins angehörigen Tatsache, d. h. einem Gegenstande, einem Vorgange, sei es einem physischen oder psychischen Akte zugesprochen werden kann. Zweck des Staates bedeutet daher, genau genommen, nur Zweck tatsächlicher Vorgänge oder Einrichtungen, die als solche des Staates zu gelten haben, d. h. des Staates in seiner äußeren Erscheinungsform der staatlichen Handlungen. Als Zweckobjekte oder Zweckträger, d. h. als dasjenige was einen Zweck hat, können somit nur diese dem Staate zuzurechnenden Handlungen gelten und nicht etwa der Staat selbst,

1) a. a. O. S. 241.

der ja nichts ist als der gedachte Zurechnungspunkt dieser Handlungen, der nichts ist, als das Postulat einer formalen Konstruktion, und als solcher keinen anderen Zweck hat als einen denkökonomischen, nämlich den, zahlreiche gleichartige Zurechnungsprozesse zusammenzufassen. Man beachte aber andererseits weiter, daß nur über die nächsten, unmittelbaren sogenannten „Zwecke“ des Staates ein eindeutiges und einheitliches Urteil möglich ist; d. h. daß als „Zweck des Staates“ nur jene tatsächlichen Vorgänge, jene Handlungen als solche gelten können, die auf Grund der Rechtssätze nicht den physisch Handelnden, sondern der Staatsperson zugerechnet werden. So bezeichnet man als Zweck des Staates, den Dieb zu strafen, den säumigen Schuldner zu exequieren, eine Schule zu bauen, Arme zu unterstützen usw. Welches z. B. der nächste Zweck dieser Handlungen ist, z. B. der Strafe, das ist schon wieder Ermessenssache des jeweiligen Betrachters. Zu behaupten, daß „Abschreckung“ oder „Besserung“ der Zweck sei, den der Staat mit der Strafe verfolge, dazu ist gar keine wie immer geartete Berechtigung gegeben; was dem Staate zugerechnet werden kann ist nichts anderes als die Strafe, das staatliche Handeln. Was die Absicht des „Gesetzgebers“, was die Ziele der Richter und Juristen sind, muß scharf von dem getrennt werden, was dem Staate zugerechnet wird.

Damit ist aber festgestellt, daß im Terminus „Zweck des Staates“ Zweckträger und Zweck zusammenfallen! Denn was als Zweck des Staates bezeichnet wird, das ist dasselbe, was in diesem Zusammenhange als „Staat“ zu verstehen ist, nämlich die äußere Erscheinungsform der staatlichen Handlungen, die wiederum als der einzig feststellbare „Zweck“ dieses Staates erkannt wurden: M. a. W. der Staat in diesem Sinne erscheint als Selbstzweck. Das ist aber im Grunde genommen eine Negierung des Zweckes. Das Urteil: Zweck des Staates ist, den Dieb zu strafen, sagt vom Zweckträger nicht etwa einen neuen Zweck aus, sondern erklärt den Zweckträger für den Zweck selbst. Es kommt daher dem Urteile gleich: Zweck der Sessels ist ein Sessel zu sein und nicht etwa dem: Zweck des Sessels ist, darauf zu sitzen.

In Wahrheit sind die Zwecke des Staates identisch mit demjenigen, was der Staat „will“ oder handelt; der Ausdruck: dies oder jenes ist Zweck des Staates, bedeutet nichts anderes, als: dies oder jenes will der Staat, oder dieser Akt ist ein staatlicher, d. h. diese Handlung muß auf Grund der Rechtsordnung dem Staate zugerechnet werden. Damit ist dem Worte „Zweck“ der ihm besondere Sinn genommen: das Wort Zweck ist im Verhältnis zum Staate ebensowenig in seiner ursprünglichen Bedeutung gebraucht wie

das Wort „Wille“ und ebenso wie dieses nur ein Ausdruck für die Zurechnung.

Trotz der Annahme eines psychischen Gesamtzweckes des Staates hat BERNATZIK doch wieder an anderer Stelle eine der hier vertretenen Auffassung des „Staatszweckes“ sehr verwandte Ansicht vorgetragen, wenn er die Frage nach dem ‚letzten‘ Zwecke des Staates ablehnt, und bemerkt: „Nach diesem fragt der Jurist aber gar nicht; die Staatszwecke, welche die Basis der Persönlichkeit des Staates abgeben, sind vielmehr alle jene Zwecke, welche durch staatliche Normen als die zu verfolgenden Ziele der staatlichen Tätigkeit ausgedrückt sind, decken sich also genau mit der Kompetenz ihrer höchsten und unabhängigen Willensträger und sind Bestandteile der Rechtsordnung des Staates geworden, . . .“¹⁾ Es ist BERNATZIK vollkommen zuzustimmen, wenn er erklärt, die ‚letzten‘ Zwecke des Staates seien nichts anderes als Regeln der Politik; „die Zwecke hingegen, welche das Substrat seiner Persönlichkeit bilden, müssen schon in der Rechtsordnung des Staates ihren Ausdruck und somit auch ihre Begrenzung gefunden haben“²⁾. Begreift man aber unter den „Zwecken“ des Staates die Kompetenzen desselben, dann muß bei der offenbaren Vielfältigkeit dieser Zwecke die Frage offen bleiben, wie diese Elemente das Substrat einer einheitlichen Persönlichkeit bilden können. Tatsächlich verhehlt sich BERNATZIK diese Schwierigkeit keineswegs. „Gewiß würde“ sagt er, „die ausschließliche Betonung des Zweckmomentes zu der Annahme führen, daß so viele juristische Personen bestehen, als ihr Zwecke gesetzt sind“³⁾. Allein, die Lösung, die BERNATZIK versucht, kann nicht als befriedigend erachtet werden. Er sagt: „Eine Einheit der Zwecke entsteht zwar in concreto, aber nur a posteriori durch das rein zufällige Zusammentreffen so und so vieler anerkannter Zwecke in einer Willenseinheit, welche dieselben zu verwirklichen berufen ist. Es können daher zweifellos einem Individuum, wie einer Verbandspersönlichkeit mehrere Zwecke gesetzt sein, ohne daß deshalb daraus mehrere Persönlichkeiten entstünden, weil und wenn jene Zwecke durch einen einheitlichen Realisierungswillen mit einander verbunden sind: das einigende Band für die Vielheit der Zwecke ist dann der einheitliche Wille“⁴⁾. Es ist klar, daß BERNATZIK hier die Einheit der Persönlichkeit auf der Willenseinheit begründet und nicht etwa den Zweck zum Substrate der Persönlichkeit macht, ja, sogar die Einheit der Persönlichkeit gegen das Zweckmoment und dessen Vielfältigkeit durchführt.

1) a. a. O. S. 235.

2) a. a. O. S. 235.

3) a. a. O. S. 270.

4) a. a. O. S. 270.

Dabei muß allerdings unaufgeklärt bleiben, wie diese Konstruktion mit der BERNATZIK'schen Polemik gegen das Willensdogma zu vereinbaren ist, das ganz im Sinne der letzten Konstruktion BERNATZIK's die Einheit der Staatspersönlichkeit eben wegen der Vielfältigkeit der Staatszwecke auf einem einheitlichen Staatswillen basiert. Wenn BERNATZIK die Existenz eines einheitlichen Staatswillens zugibt — und er spricht auch an anderen Stellen von einem „Gesamtwillen“ der juristischen Person — dann ist nicht zu begreifen, warum er das Willensdogma ablehnen zu müssen glaubt, zumal er selbst die Unzulänglichkeit des Zweckmomentes, auf das er seine Definition der Persönlichkeit stellt — „Rechtssubjekt ist Träger eines menschlichen Zweckes . . etc.“ sagt er ja — selbst zugesteht. Weil er einen von dem Willen der menschlichen Organe verschiedenen Staatswillen nicht anerkennen wollte, hält er den Anhängern des Willensdogmas entgegen, ihre Theorie zersprengt den Staat in ebensoviele Personen, als er Organe habe, und ruft aus: „Denn wo wäre das einheitliche Band, das diese verschiedenen Willen, die möglicher- ja wahrscheinlicherweise in Konflikt geraten werden, zusammenhält 1)?“ Und sagt dann, nachdem er dem Zweckmomente jene Einheitlichkeit absprechen mußte, die für dessen Verwendung als Substrat der Persönlichkeit erforderlich ist: „Das einigende Band für die Vielheit der Zwecke ist dann der einheitliche Wille“. Ja, wenn es einen solchen gäbe und BERNATZIK ihn nicht zu Anfang seiner Untersuchung geleugnet hätte, wozu wäre dann die Einführung des Zweckmomentes nötig, das, wie BERNATZIK ja selbst zugibt, an sich kein einigendes Substrat für eine Staatspersönlichkeit abgeben kann 2)?

1) a. a. O. S. 208.

2) Wie BERNATZIK sich diese Willenseinheit im Gemeinwesen denkt, ist eigentlich nicht von wesentlicher Bedeutung für die vorliegende Konstruktion, denn er läßt die Vielheit der psychischen Willen in den menschlichen Staatsorganen nicht etwa durch das Zweckmoment zu einer Einheit werden, sondern wiederum nur durch „Willensoperationen“. BERNATZIK betont zwar mit vollem Recht, daß der einheitliche Wille eines physischen Organismus nicht dasselbe sei, wie die Willenseinheit eines menschlichen Verbandsorganismus (a. a. O. S. 276/7). Er stellt den Unterschied dahin fest, daß „im physischen Organismus die Einheitlichkeit des Willens durch die Natur selbst gegeben ist, während sie im Verbandsorganismus aus einer Vielheit von Einzelwillen erst erzeugt werden muß“, und bezeichnet diesen zur Einheit führenden Prozeß als „Willensorganisation“. Dieser Unterschied zwischen dem „durch die Natur selbst“ gegebenen Einheitswillen des natürlichen Organismus und dem aus einer psychischen Vielheit von Einzelwillen erst erzeugten Gesamtwillen einer menschlichen Gemeinschaft wird jedoch dadurch stark gemildert, daß auch die künstliche Willenseinheit des letzteren bei BERNATZIK einen psychischen, resp. sozial-

Die Verwendung des Zweckmomentes birgt insbesondere bei der Konstruktion der Staatspersönlichkeit im Verhältnis zu den Organen noch eine kaum zu lösende Komplikation. Die Behauptung nämlich, daß die Organe keine Rechtssubjekte seien, weil nicht um ihrer selbst willen, sondern nur staatlicher Zwecke wegen ihr Willen mit Rechtswirkung versehen sei, muß sich als eine nackte praesumptio juris et de jure erweisen, wenn man die nicht zu leugnende Tatsache in Berücksichtigung zieht, daß die Organe in der Regel — wenn schon zunächst kein Recht, so doch ein eminentes Interesse an ihrer Organstellung haben. Die Ausübung ihrer Organfunktion ist nicht nur in zahlreichen Fällen mit einer höheren sozialen Schätzung verbunden, sie gibt doch vor allem den Anspruch auf ein entsprechendes Gehalt. Nach der BERNATZIKSchen Definition liegt hier ein menschlicher Zweck vor, zu dessen Realisierung die Rechtsordnung einem Willen und zwar dem Willen des Zweckträgers selbst rechtliche Kraft verleiht: d. h. ein Rechtssubjekt; und das Interesse an der Organstellung muß sich somit als subjektives Recht qualifizieren. Ob es in der „Absicht des Gesetzgebers“ lag, diesen Zweck der Organe anzuerkennen, muß gleichgültig bleiben, wenn nur die tatsächlichen Bestimmungen der Rechtsordnung die Realisierung dieses Zweckes ermöglichen. Geschieht dies in jener Form, die als Kriterium für ein subjektives Recht aufgestellt wird: nämlich durch Verleihung von rechtlichen Wirkungen an einen Willen — dann ist der Tatbestand eines subjektiven Rechtes und einer Rechtspersönlichkeit nicht mehr in Abrede zu stellen. Das ergäbe freilich das gerade Gegenteil des Resultates, zu dem BERNATZIK gelangt, der ja die Rechtssubjektivität der Organe, weil mit der Staatspersönlichkeit in Widerspruch, negiert. Übt das Staatsorgan,

psychischen Charakter trägt. Zwar betont BERNATZIK die „psychische Einheit“ beim physischen Organismus zum Unterschiede gegenüber dem Verbandsorganismus, aber welchen Charakter kann wohl der Gesamtwille einer menschlichen Gemeinschaft haben, wenn BERNATZIK den Prozeß, durch den die psychische Vielheit von Einzelwillen zur Einheit wird, als eine „Vielheit von Willensoperationen“, also wiederum nur psychischen Akten bezeichnet. Er sagt wörtlich: „Es besteht also beim physischen Organismus eine psychische Einheit, beim Verbandsorganismus eine psychische Vielheit von Einzelwillen, die erst durch das Medium einer, sei es gewillkürten, sei es aufgezwungenen Anerkennung (sic!) eines herrschenden Willens, somit durch eine Vielheit von Willensoperationen zu einer Einheit wird.“ Wie dem übrigens auch immer sei, wichtig ist, daß BERNATZIK hier einen einheitlichen Gesamtwillen der juristischen Person gelten läßt und „das einheitliche Band“, das die psychische Vielheit von Einzelwillen „zusammenhält“ und das er zu Beginn seiner Untersuchungen beim Willensdogma vermißt hat, hier doch nur im Willen, nämlich in einer „Vielheit von Willensoperationen“ findet.

insoferne es staatliche Zwecke realisiert — subjektive Rechte des Staates aus, weil sein Wille mit Rechtswirkung versehen ist, dann übt es, insoferne es mit der Realisierung staatlicher Zwecke auch die eigenen Interessen verwirklicht — zugleich auch eigene Rechte aus. Es wäre damit bei jedem Organverhältnis der Fall gegeben, daß ein und dasselbe Interesse zweier verschiedener Subjekte durch einen von der Rechtsordnung anerkannten Willen realisiert wird. Es wären somit zwei Rechtssubjekte und zwei mit einander eigenartig verbundene subjektive Rechte gegeben, deren Verhältnis zu einander dadurch charakterisiert ist, daß ein Rechtssubjekt, indem es sein eigenes Recht ausübt, zugleich das eines anderen realisiert. Diesen Tatbestand als ein zwischen zwei Subjekten „geteiltes“ Recht zu bezeichnen kann vom Standpunkte der Kombinationstheorie aus als eine sehr treffende Terminologie gelten. BERNATZIK ist es, der sich dieser Nomenklatur bedient. Die Konstruktion des zwischen der Staatsperson und dem Staatsorgane „geteilten Rechtes“ ist die letzte und originellste Konsequenz seiner Theorie des subjektiven Rechtes. Nur freilich, daß BERNATZIK — wie ja schon aus dem bisher Gesagten erhellt — diese Konstruktion durchaus nicht auf alle Fälle des Verhältnisses zwischen Staat und Organ angewendet wissen will, sondern sie bloß für gewisse Ausnahmen gelten läßt. Lediglich in einzelnen wenigen Fällen anerkennt nämlich BERNATZIK neben dem durch die Willenstätigkeit des Organes realisierten subjektiven Rechte des Staates ein Recht des Organes auf Organstellung und somit auch neben der Rechtssubjektivität des Staates eine Persönlichkeit des Organes.

Wenn hier behauptet wird, daß die Voraussetzungen der BERNATZIKSchen Konstruktion konsequenterweise in allen Fällen zur Annahme eines „geteilten Rechtes“ zwischen Staat und Organ und daher zur allgemeinen Anerkennung der Rechtssubjektivität der Staatsorgane führen müssen, so wird dies im folgenden noch des näheren zu beweisen sein. Jedenfalls muß gleich zu Anfang betont werden, daß die BERNATZIKSche Konstruktion des „geteilten“ Rechtes überhaupt die Möglichkeit bietet, die Persönlichkeit der Staatsorgane mit der Persönlichkeit des Staates in Einklang zu bringen; damit ist aber die von der herrschenden Lehre angenommene prinzipielle Unvereinbarkeit beider negiert, und was von BERNATZIK in einzelnen Fällen gelten gelassen wird, nämlich daß ein Staatsorgan Rechtssubjekt sei, das kann auch als allgemeine Regel möglich sein, zumal wenn der Nachweis gelingt, daß der maßgebende Tatbestand in allen übrigen Fällen kein wesentlich anderer ist.

Jene in einer „Mehrheit von Rechtssubjekten bei der Einheit des

Rechtes“ bestehende Gemeinschaft, die BERNATZIK als „geteiltes Recht“ bezeichnet, wird derart charakterisiert, daß vermöge derselben „die Ausübung des Rechtes des Einen zugleich das Recht des Andern zum Teil oder ganz befriedigt. Indem der Eine seinen Zweck, dessen Verwirklichung ihm die Rechtsordnung gewährleistet, realisiert, somit sein Recht ausübt, erfüllt er dann zugleich einen Zweck des anderen, welchen die Rechtsordnung in gleicher Art anerkennt, sei es vollständig, sei es, daß es noch besonderer ergänzender Leistungen bedarf, um diesen letzteren ganz zu befriedigen¹⁾.“ Zur Charakterisierung dieser Rechtsgemeinschaft führt nun BERNATZIK an, daß sie „eine eigentümliche Verteilung der Dispositionsbefugnis unter die Gemeinschaftler“ erfordere, „sodaß der Eine bei Ausübung seines Rechtes völlig oder fast völlig frei, während der Andere in seiner Dispositionsbefugnis ganz oder fast ganz beschränkt ist, (wenn nicht akzessorische Leistungen des ersteren dazutreten²⁾.“ Allein, dieser Behauptung kann nicht ganz zugestimmt werden, denn von einer Teilung der Dispositionsbefugnis, also des zur Realisierung des gemeinschaftlichen Interesses erforderlichen Willens kann dann nicht die Rede sein, wenn das Recht des Einen ausschließlich und vollständig durch die Tätigkeit d. h. die Willensdisposition des Anderen realisiert wird, sodaß es einer ergänzenden Leistung oder Willensdisposition seitens des ersteren nicht bedarf. Ob der das eigene und fremde Recht uno actu Realisierende in dieser seiner Tätigkeit mehr, weniger oder gar nicht gebunden ist, kommt für eine Teilung in der Ausübung des Rechtes nicht in Betracht. Er kann gebunden sein, ohne daß die Ausübung mit dem Andern geteilt ist, zumal diese Bindung nicht durch den Willen des Anderen, sondern durch die Rechtsordnung statuiert sein kann. Nun ist gerade das Verhältnis zwischen Staat und Staatsorgan derart, daß durch die Tätigkeit des Staatsorganes der Staatszweck — und wenn man diesen Zweck als subjektives Recht bezeichnet — das Recht des Staates zu dem durch das Staatsorgan realisierten Akt ganz und gar erfüllt wird, so zwar daß es einer ergänzenden Handlung des Staates hiezu schon deshalb nicht bedarf, weil eine solche Handlung des Staates unmöglich ist: Der Staat handelt nur durch Organe. Gerade diesen Mangel einer Teilung in der Ausübung des Rechtes zwischen Staat und Staatsorgan erklärt nun BERNATZIK als Grund dafür, daß dieses Verhältnis nicht als das eines geteilten Rechtes angesehen werden dürfe: „Geteilt ist daher hier (bei der als geteiltes Recht bezeichneten Gemeinschaft) nur die Ausübung des Rechtes in zwei Willen mit abgegrenzter

1) a. a. O. S. 280.

2) a. a. O. S. 280.

Sphäre; die Zwecke aber, welchen diese Willen dienen, werden von der Rechtsordnung als identisch behandelt; es entsteht zwar eine Einheit dieser Zwecke, aber die Einheit der Willen, die bei der juristischen Person notwendig vorhanden sein muß, fehlt hier 1).“

Dem gegenüber wurde bereits darauf hingewiesen, daß gerade im Hauptfalle des BERNATZIKSchen „geteilten Rechtes“, wenn nämlich der Eine dadurch, daß er sein Recht ausübt, das Recht des Andern „vollständig“, ohne daß es noch „besonderer ergänzender Leistungen bedarf“, erfüllt, keine Teilung in der „Ausübung des Rechtes in zwei Willen mit abgegrenzter Sphäre“ vorliegen kann. In die BERNATZIKSche Argumentation hat sich fast unmerklich eine gewisse Begriffsverschiebung eingeschlichen. Während er nämlich anfänglich ganz im Einklange mit seiner auf den Zweck gestellten Rechtsdefinition die als „geteiltes Recht“ bezeichnete Rechtsgemeinschaft auf der Gemeinschaftlichkeit eines Zweckes aufbaut, gleichgültig, ob die Realisierung dieses Zweckes, die Willensdisposition, ganz bei dem einen der im Zweck vereinten Subjekte liegt oder zwischen ihnen geteilt ist — erklärt er später, die Geteiltheit des Rechtes beruhe auf der Teilung in der Ausübung des Rechtes, also der Willensdispositionen, was nun mit seiner Definition des subjektiven Rechtes in Widerspruch gerät, das als menschlicher Zweck bezeichnet ist, dessen Erfüllung zwar durch einen von der Rechtsordnung anerkannten Willen zu erfolgen hat, wobei es jedoch gleichgültig bleibt, wessen Wille zur Realisierung anerkannt ist! Für die Struktur eines subjektiven Rechtes dürfte es somit keine Bedeutung haben, ob der zur Realisierung des Zweckes erforderliche Wille ganz oder nur zum Teil einem anderen als dem Zweckssubjekte angehört 2).

1) a. a. O. S. 281.

2) Nebenbei sei bemerkt, daß auch das Verhältnis zwischen Stellvertreter und Stellvertretenen trotz der gegenteiligen Behauptung BERNATZIKS als „geteiltes Recht“ angesehen werden kann. Wenn BERNATZIK a. a. O. S. 280/81 als Unterschied zwischen dem Stellvertretungsverhältnis und der als „geteiltes Recht“ bez. Gemeinschaft die Tatsache hervorhebt, daß der Stellvertreter nicht Subjekt des Rechtes sei, das er ausübt, daß er nicht auch eigenes, sondern nur fremdes Recht realisiere, so ist dies eine Behauptung, die keineswegs auf der BERNATZIKSchen Definition des subjektiven Rechtes beruht. Denn sofern der Stellvertreter ein Interesse an der Stellvertretung hat — und das dürfte in der Regel der Fall sein — muß er nach der BERNATZIKSchen Definition als Subjekt eines Rechtes auf Stellvertretung, d. h. als zu jenen Handlungen berechtigt gelten, durch die das Recht der Vertretenen realisiert wird. Denn zur Realisierung dieses Interesses wird seinem Willen von der Rechtsordnung rechtliche Kraft verliehen; ein anderes Kriterium aber für die Anerkennung eines

Untersucht man die besonderen Fälle, in denen BERNATZIK ausnahmsweise im Verhältnis zwischen Staat und Organ ein subjektives Recht des letzteren, nämlich das auf Organstellung, und somit den Bestand eines zwischen Staat und Organ geteilten Rechtes zugesteht, so zeigt sich die Richtigkeit der vorgebrachten Behauptung. Rechte auf Organstellung spricht BERNATZIK vor allem dem Monarchen, den Selbstverwaltungskörpern und den Wählern zu. Dabei nimmt er von vornherein diese eigenen Rechte auf Organstellung als feststehend an und sucht nur die vorliegenden Tatbestände als „geteilte Rechte“ zu erweisen.

Was speziell die Stellung des Monarchen anlangt, so erklärt BERNATZIK¹⁾: „... zweifellos übt der Monarch die staatlichen Hoheitsrechte doch auch aus Kraft ‚eigenen Rechtes‘“; dieses eigene Recht des Monarchen begründet BERNATZIK jedoch nicht mit seiner Definition des subjektiven Rechtes sondern damit, daß er auf die „Wohlerworbenheit“ auf die Unentziehbarkeit, die Erblichkeit und Unverantwortlichkeit hinweist, mit denen die Ausübung der staatlichen Hoheitsrechte verbunden ist. Allein, zum Nachweise eines subjektiven Rechtes des Monarchen auf seine Organstellung wäre einzig und allen zu zeigen, daß die Ausübung der staatlichen Hoheitsrechte im Interesse, Zweck des Monarchen sei und zur Realisierung dieses Zweckes von der Rechtsordnung ein Wille mit rechtlicher Wirkung versehen werde. Daß dieser Tatbestand gegeben ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Aber dieser Tatbestand liegt bei allen Organverhältnissen vor. Für den Nachweis eines zwischen Staat und Monarchen geteilten Rechtes genügte der Hinweis auf die Tatsache, daß durch Ausübung der Hoheitsrechte sowohl der Zweck des Staates als auch der des Monarchen realisiert werde. BERNATZIK freilich muß auf Grund seiner modifizierten Konstruktion des geteilten Rechtes auch noch eine Teilung der Willensdisposition zwischen Staat und Monarchen aufzeigen. Dieser Versuch kann jedoch nicht als gelungen betrachtet werden. Denn als „geteilt“ zwischen Staat und Monarch müßte allein die Dispositionsbefugnis über das konkrete Recht erwiesen werden, das als zwischen Staat und Monarch geteilt behauptet wird, da die

Zweckes in der Rechtsordnung gibt es nicht, sofern man nämlich behaupten wollte, die Rechtsordnung anerkenne diesen Zweck des Stellvertreters nicht! Als Interesse, das durch die Rechtsordnung anerkannt wird, kann nur jenes bezeichnet werden, daß an den Äußerungen des Willens besteht, den die Rechtsordnung mit Rechtswirkungen versieht. Eine nähere Bestimmung des Interesses, insbesondere in Bezug auf das Subjekt ist der BERNATZIKSchen Definition nicht zu entnehmen.

1) a. a. O. S. 300 ff.

Teilung der Dispositionsbefugnis sich doch nur auf jenes Recht beziehen kann, das dessentwillen als geteilt gilt. Faßt man etwa das „staatliche Hoheitsrecht“, Beamte zu ernennen, oder jenes, Auszeichnungen zu verleihen, oder jenes, Eisenbahnen zu konzessionieren, ins Auge, von denen jedes einzelne durch den Monarchen realisiert und in der üblichen Terminologie als „Recht“ des Monarchen bezeichnet wird, so müßte gemäß der Konstruktion des „geteilten Rechtes“ gezeigt werden, daß die Willensdisposition in der Realisierung jedes einzelnen dieser Rechte „geteilt“ sei. Das ist natürlich nicht möglich. Was BERNATZIK nun als Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen Monarchen und Staat anführt, das ist tatsächlich nichts anderes als die Abgrenzung zwischen der Kompetenz des Monarchen und der übrigen Kompetenz des Staates, von der die durch den Monarchen zu realisierende nur ein Teil ist! BERNATZIK erklärt: „Die Verteilung der Willensmacht zwischen ihnen (Staat und Monarch) kann dabei in der verschiedensten Weise erfolgen. . . . — Dieselbe kann schwanken zwischen der gänzlichen Übertragung der Fülle der Staatsgewalt an den Monarchen ¹⁾ und der Degradierung desselben zur vollziehenden Behörde eines den Staat repräsentierenden Parlamentes“. Und als Verteilungsmodus des konstitutionellen Systems erklärt er: „Es anerkennt einen staatlichen Willen gegenüber dem des Monarchen, den derselbe einseitig nicht abändern oder aufheben kann, es beschränkt ihn bei Handhabung der wichtigsten Regierungsrechte, indem es die Zustimmung anderer staatlicher Organe, die von ihm nicht berufen noch abhängig sind, fordert, und es überträgt ihnen geradezu eine Funktion, die Rechtssprechung ²⁾“.

Inwieferne diese allgemeine Kompetenzteilung zwischen dem Monarchen und den übrigen Staatsorganen, diese Abgrenzung zwischen den durch den Monarchen und den durch die übrigen Staatsorgane zu realisierenden Staatsfunktionen oder staatlichen Rechten eine Teilung der nur durch den Monarchen auszuübenden Rechte zwischen diesem und dem Staate bedeuten soll, muß dahingestellt bleiben. Wenn die Rechtssprechung nicht durch den Monarchen, sondern andere von ihm unabhängige Organe vollzogen wird und daher nicht ein „eigenes Recht des Monarchen“ bildet, so sind doch deshalb die übrigen staatlichen Hoheitsrechte, die durch den Monarchen ausgeübt werden und auf deren Ausübung ihm darum ein „eigenes Recht“ zugesprochen wird, nicht deshalb zwischen Monarch und Staat geteilt! Und wenn der Monarch bei der Ausübung gewisser Hoheitsrechte an die Mitwirkung anderer Staatsorgane gebunden ist —

1) In diesem Falle bestünde doch überhaupt keine „Teilung“ zwischen beiden, nicht einmal in der allgemeinen Kompetenz!

2) a. a. O. S. 302.

z. B. die Kontrasignatur der Minister — so kann eventuell von einer Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen ihm und einem anderen Organe, nicht aber zwischen ihm und dem Staate gesprochen werden, da eine Identifizierung eines solchen mitwirkenden Organes mit dem Staate — ganz abgesehen davon, daß nach BERNATZIKScher Anschauung nur der Wille dieses Organes vorliegt — schon deshalb nicht zulässig ist, weil dann eine analoge Identifizierung mit dem Staate auch beim Monarchen vorgenommen werden müßte, was natürlich die erwünschte Teilung zwischen Staat und Monarch illusorisch machen würde. Übrigens spricht man gerade dann besonders von „eigenen“ Rechten des Monarchen — und somit müßte auch gerade dann eine solche Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen Staat und Monarch vorliegen — wenn es sich um Funktionen handelt, die der Monarch ausnahmsweise ohne Kontrasignatur eines Ministers und ohne jede Zustimmung eines anderen Organes vornehmen darf, wie z. B. die sogenannten „Reservatrechte“, die der Krone in der österreichischen Verfassung in Bezug auf gewisse militärische Angelegenheiten zukommen.

Ist im Verhältnis zwischen Staat und Monarchen die Annahme eines „geteilten Rechtes“ wenigstens insoferne möglich, als ein übereinstimmender Zweck beider Subjekte durch die Willensdisposition des einen mitrealisiert wird, so kann eine derartige Konstruktion für die Stellung des Wählers überhaupt nicht durchgeführt werden. Hier fehlt es zunächst an der Identität des Zweckes. Denn wenn die als Zweck des Monarchen aufgefaßte Organfunktion desselben zugleich auch als Zweck des Staates gelten kann, so hat dies eben darin seinen Grund, daß diese Tätigkeit des Monarchen als eines Staatsorganes auf Grund der Rechtsordnung dem Staate zugerechnet werden, d. h. als vom Staate „gewollt“ also auch „bezweckt“ gelten muß. Auf Grund der Annahme, daß der Wähler Staatsorgan sei, nimmt nun BERNATZIK auch die Einheit des Zweckes zwischen Staat und Wähler an. Ohne auf die Frage der Organstellung des Wählers hier näher einzugehen, sei nur gezeigt, daß diese Einheit des Zweckes eine Fiktion ist, deren Unzulässigkeit rückwirkend die Organstellung des Wählers in Frage stellen muß. Denn daß zunächst die Interessen oder Zwecke der einzelnen Wähler unter einander im schärfsten Gegensatze stehen, gibt BERNATZIK zu: Er sagt von der Gesamtheit der Wähler, daß sie keineswegs durch einen Gesamtzweck geeinigt seien; „vielmehr bestehen im Gegenteile die verschiedensten Einzelinteressen unverbunden nebeneinander, ja, sie stehen einander feindlich gegenüber. Denn jeder Wähler hat ein in der Regel sogar gerichtlich verfolgbares Interesse daran, die Wahl seiner Kollegen auszuschließen!). Wie könnte nun

1) a. a. O. S. 311.

zwischen dem Zwecke des Staates und dem jedes einzelnen Wählers eine Einheit angenommen werden, da doch zwei Größen einer dritten nicht gleich sein können, die untereinander nicht gleich sind? Trotzdem behauptet BERNATZIK: „Daß jedoch . . . die Rechtsordnung eine Interesseneinheit zwischen Wähler und Gemeinwesen annimmt und beabsichtigt, läßt sich nicht bezweifeln“¹⁾. Daß „Zweck“ oder „Wille“ des mit seinem Kandidaten in der Minorität gebliebenen Wählers nicht „Zweck“ oder „Wille“ des Staates sein kann, ist offenkundig; will man die einheitliche Staatsperson nicht sich Widersprechendes wollen lassen, dürfte man nur jene Wähler als Staatsorgane gelten lassen, deren Kandidat gewählt würde, was natürlich selbst dann unannehmbar wäre, wenn ein solcher „Wille“ des Staates konstruiert werden könnte. Der Wähler ist eben nicht Staatsorgan — wie an anderer Stelle des näheren ausgeführt werden wird — und sein Akt kann darum in keinem Falle als vom Staate „gewollt“ oder bezweckt gelten.

Was die nach der BERNATZIKSchen Konstruktion des „geteilten Rechtes“ notwendige Teilung der Willensdisposition zwischen Wähler und Staat anlangt, so wird folgendes erklärt: „Die Verteilung der Willensmacht ist im allgemeinen die, daß das Gemeinwesen durch Gesetz oder Statut mitwirkt bei der Wahl, indem es die Bedingungen des Wahlrechtes und der Wählbarkeit festsetzt, die Modalitäten seiner Ausübung regelt, je nach Umständen auch die Wahlen bestätigt und über ihre Gültigkeit durch seine Behörden judiziert; das Schwergewicht der Willensaktion, die Nennung des zu Berufenden aber liegt in der Hand des Wählers“²⁾.

Soweit die Mitwirkung des Staates im Gesetze, in der Existenz der Wahlordnung bestehen soll, kann man sich begnügen, darauf hinzuweisen, daß eine derartige Mitwirkung des Staates bei der Ausübung eines jeden subjektiven Rechtes angenommen werden müßte, da bei jedem subjektiven Rechte der Staat im Gesetze dessen Bedingungen festsetzt, die Modalitäten seiner Realisierung regelt; es müßte somit bei jedem subjektiven Rechte eine solche Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen Staat und Rechtssubjekt angenommen werden, wie sie nach BERNATZIK für ein zwischen Staat und Organ „geteiltes Recht“ charakteristisch ist.

Was die staatlichen Handlungen beim Wahlakte betrifft, so ist es zweifellos richtig, daß es solcher bedarf, um den Zweck des Wählers zu erfüllen; ja, das sogenannte „Wahlrecht“ besteht geradezu in der Pflicht des Staates zur Vornahme gewisser Akte, wie Annahme und Zählung der Stimmzettel, Anerkennung des von der Majorität

1) a. a. O. S. 311.

2) a. a. O. S. 311.

bezeichneten Kandidaten als Abgeordneten etc. Allein, in diesen Akten des Staates oder der Staatsorgane kann keine Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen einem Organe und dem Staate gesehen werden. Denn ist der Wähler Staatsorgan, dann ist sein Wille Staatswille, seine Akte Staatsakte, denen die oben bezeichneten ergänzenden Akte nur wieder als Akte von anderen Staatsorganen hinzukommen.

Eine Teilung der Disposition zwischen Staat und Organ ist nicht denkbar, denn wenn die den Wahlakt durchführende Verwaltungsbehörde mit dem Staate identifiziert wird, ist kein Grund da, den in gleicher Weise als Staatsorgan gedachten Wähler mit dem Staate nicht zu identifizieren, womit aus der Gegenüberstellung Staat und Organ das Verhältnis einer zwischen Staat und Staat geteilten Dispositionsbefugnis würde.

Ebenfalls auf einer Kombination des Willens- mit dem Zweck- oder Interessenmomente beruht die JELLINEKSche Konstruktion des subjektiven Rechtes¹⁾. Hier wird das einseitige Willensdogma mit der Motivierung abgelehnt, daß die Rechtsordnung nicht imstande sei, den Willen an sich „ein Wollen schlechthin“, zu schützen. Denn ein „abstraktes Wollen“ sei psychologisch unmöglich. Als psychische Tatsache müsse jeder menschliche Willensakt einen konkreten Inhalt haben. „Man kann nicht schlechthin wollen, sondern immer nur Etwas wollen, wie wir auch nicht schlechthin sehen, hören, fühlen, denken, sondern wie alle sinnliche Wahrnehmung und geistige Überlegung ein Etwas zum Inhalte haben muß“²⁾. (Das Wollen wird somit rein psychologisch genommen.) Der Inhalt des Willens, den die Rechtsordnung als subjektives Recht schützt oder anerkennt, sei aber das Gut oder Interesse („ein Interesse ist ein Gut nach der subjektiven Wertschätzung für die menschlichen Zwecke“). Darum sei die JHERINGSche Zweck- oder Interessentheorie abzulehnen, weil sie auf das Willensmoment verzichte, denn „das vom Rechte geschützte Gut oder Interesse wird zu einem solchen nur dadurch, daß es zu menschlichem Wollen in Beziehung gesetzt wird“³⁾. Die JELLINEKSche Definition des subjektiven Rechtes lautet sonach: „Das subjektive Recht ist daher die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht“⁴⁾.

Von der Kombinationskonstruktion BERNATZIKS unterscheidet sich die JELLINEKS dadurch, daß ersterer in Anlehnung an JHERING das Hauptgewicht auf das Interessen- oder Zweckmoment legt, indem er

1) System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Aufl. S. 41 ff.

2) a. a. O. S. 42.

3) a. a. O. S. 43.

4) a. a. O. S. 44.

das subjektive Recht als „menschlichen Zweck“ erfaßt, während der letztere, mehr in der Richtung des Willensdogmas stehend, das Willensmoment bei der Begriffsbildung betont und das subjektive Recht als eine „menschliche Willensmacht“ gelten läßt. Aber ebenso, wie die BERNATZIKSche Definition nur scheinbar eine Modifizierung der JHERINGSchen ist und in Wahrheit keinen wesentlichen Fortschritt gegenüber dieser bedeutet, kann auch die JELLINEKSche Definition als keine bemerkenswerte Änderung des Willensdogmas angesehen werden. Sie unterscheidet sich von der subjektiven Rechtsdefinition desselben: „rechtlich anerkannte Willensmacht“, nur dadurch, daß sie in dem Wortlaute der Definition den Inhalt dieser Willensmacht näher spezifiziert, die von der Rechtsordnung anerkannt, als subjektives Recht zu gelten hat. Allein, dieser Inhalt ist ein selbstverständlicher, könnte gar kein anderer sein! Auch die Vertreter des Willensdogmas dürften nicht in Abrede gestellt haben, daß der im subjektiven Rechte anerkannte Wille auf ein Gut oder Interesse gerichtet sei. Da der „Wille“ auch im Sinne des Willensdogmas psychologisch aufzufassen ist, kann darunter unmöglich ein inhaltsloser auf nichts gerichteter Wille, ein „Wille an sich“ verstanden worden sein. Auf etwas anderes als ein Gut oder Interesse kann aber der menschliche Wille gar nicht gerichtet sein, da eben alles, was er sich zum Inhalt macht, für den Wollenden ein Gut oder Interesse bedeutet¹⁾. WINDSCHEID, der prominenteste Vertreter des Willensdogmas, hat dies keineswegs bezweifelt²⁾. Darum trifft die Polemik JELLINEKS gegen das Willensdogma wenigstens in seiner modernen, nach-HEGELSchen Form, so wie es z. B. von WINDSCHEID vertreten wird, keinen wirklichen Gegner. Die JELLINEKSche Definition unterscheidet sich in Wahrheit von der WINDSCHEIDSchen gar nicht wesentlich. Sie nimmt nur in die Definition das überflüssige, weil selbstverständliche Moment des Willensinhaltes auf, was etwa denselben Sinn hat, wie wenn man in die Definition des Quadrates neben dem Merkmal der 4 Seiten- und Winkelgleichheit auch das der Diagonalgleichheit aufnehmen würde.

Da der auf ein Gut gerichtete Wille psychologisch von dem Interesse nicht oder doch nicht wesentlich verschieden ist, wie bereits früher bemerkt wurde, so muß die JELLINEKSche Gegenüberstellung beider Momente: „Die Willensmacht ist das formale, das Gut oder Interesse das materiale Element im subjektiven Rechte“³⁾ —

1) Wobei nur zu betonen wäre, daß als Interesse streng genommen nicht der Gegenstand des „Wollens“, sondern der auf das Realisieren dieses Gegenstandes gerichtete psychische Akt oder Zustand zu bezeichnen ist. Man „will“ nicht ein Interesse, sondern hat ein Interesse an Etwas!

2) Vgl. a. a. O. S. 157 ff.

3) a. a. O. S. 45.

als unzutreffend abgelehnt werden. Ein anderes ist es, was JHERING — dem JELLINEK bei dieser Distinktion im Prinzipie folgt — als formales und substantielles Element im Begriffe des subjektiven Rechtes einander gegenüberstellt. Denn JHERING bezeichnet als substantielles Element, wie JELLINEK, das Interesse, als formales Element aber die actio; diese gilt nun freilich auch als „Willensmacht“ oder als Äußerung einer solchen; allein, sie ist nicht, wie bei JELLINEK, auf das Gut gerichtet und darum mit dem Interesse ident — sondern auf den Rechtsschutz durch die Rechtsordnung. Indem bei JELLINEK der Inhalt des „Willens“ derart ein ganz anderer ist als bei JHERING, verschwindet dort der Gegensatz zwischen Willen und Interesse, der hier — aber nur hier — unter die Kategorien des Formalen und des Materiellen subsumiert werden kann.

B. Die subjektiven Rechte des Staates und die subjektiven Rechte gegen den Staat.

XXV. Kapitel.

Die Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze im engeren Sinne.

Schon aus der bisherigen Kritik der herrschenden Theorien heben sich die Grundlinien ab, die für eine Konstruktion des subjektiven Rechtes richtunggebend sein müssen.

Das Hauptgewicht ruht auf einer richtigen Problemstellung! Als Kardinalfehler aller hier untersuchten Definitionen wurde die Tatsache erkannt, daß man im subjektiven Rechte etwas vom objektiven Rechte Wesensverschiedenes erfaßte; und dieses Resultat war bedingt durch den Mangel einer korrekten und präzisen Fragestellung. Man gab sich keine Rechenschaft, was der gesuchte Begriff eines subjektiven Rechtes dem Juristen zu leisten habe, man war sich nicht klar genug darüber, auf welche Frage er eine Antwort sein solle. Darum enthielt dieser Begriff ausschließlich oder doch zum größten, wesentlichsten Teile ein Element, das außerhalb aller juristischer Begriffsbildung liegt: Er zeigte nur, was das Recht (im objektiven Sinne) schütze oder anerkenne, ein substantielles Moment, während für den Juristen einzig und allein das „Wie“ in Betracht kommt: die Form. Der Fehler ist nicht unwesentlicher als der eines Schülers, der in der Geometrie nach den Eigenschaften eines Würfels gefragt,

zur Antwort gibt, dieser Körper sei aus Holz oder Pappe, er habe dieses oder jenes Gewicht usw., und das Resultat für die Jurisprudenz nicht wertvoller, als die Meldung eines auf Erkundshaftung der feindlichen Festungswerke gesandten Soldaten, der seinem Vorgesetzten von den prächtigen Straßen und Gärten, von dem Wohlstand und der Bildung der Bevölkerung in der befestigten Stadt berichtet. Denn das Recht ist Form und nicht Inhalt, ist Schutz und nicht Geschütztes.

Ist es das aber im objektiven Sinne, kann es auch nichts anderes im subjektiven Sinne sein! Darum muß Recht in der einen wie in der anderen Bedeutung dasselbe, nämlich der Rechtssatz sein und der Unterschied zwischen beiden nur in einer Relation erblickt werden. Man wird daher zu fragen haben, wie wird das objektive Recht zum subjektiven, wie wird insbesondere der Rechtssatz zur Berechtigung, d. h. zu meinem Rechte? Damit wird das subjektive Recht nicht als „Wille“ oder „Interesse“ oder als „Gut“ oder wie sonst die von der Rechtsordnung geschützten Objekte benannt werden mögen, sondern selbst als Schutz, als Bestandteil der Rechtsordnung, nämlich als der Rechtssatz erkannt und zwar als der Rechtssatz in einer besonderen Beziehung auf ein Subjekt.

Ist einmal die Problemstellung in diesem Sinne fixiert, dann kann die Frage, auf welchem Wege sich die Subjektivierung des Rechtssatzes zur Berechtigung vollzieht, keiner Schwierigkeit mehr begegnen. Es ist sehr naheliegend, daß ein die Rechtspflicht irgend jemandes statuierender Rechtssatz insoferne als mein Recht zu gelten hat, als ich auf Grund der Bestimmungen dieses Rechtssatzes zu diesem in einem solchen Verhältnisse stehe, daß er als der meinige, als mir zugehörig bezeichnet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn dieser Rechtssatz zu meiner Verfügung steht, d. h. wenn der in dem Rechtssatze ausgedrückte bedingte Wille des Staates zu einem bestimmten Verhalten unter anderem auch von mir abhängig gemacht, u. a. auch durch eine Äußerung meiner Person bedingt wird.

Faßt man zunächst nur den Rechtssatz im engeren Sinne ins Auge, nämlich jenen, der einen Willen des Staates zur Exekution oder Strafe beinhaltet und Rechtspflichten der Untertanen statuiert, so wird durch diese Rechtssätze ein subjektives Recht aller derer statuiert, von deren Klage (*actio*) die Realisierung der im Rechtssatze ausgesprochenen, an den Unrechtstatbestand geknüpften Unrechtsfolge abhängig gemacht wird. Diese Klage tritt neben den Unrechtstatbestand als ein weiteres, den Staatswillen bedingendes Moment hinzu. Der Rechtssatz lautet also z. B.: Wenn jemand ein Darlehen em-

pfangen hat und es nicht rechtzeitig zurückerstattet, und wenn der Darlehensgeber hierauf Klage erhebt, will der Staat exequieren. Weil und insoferne der staatliche Exekutionswille von der Klage des Darlehensgebers abhängig gemacht ist, kann der ganze, die Rechtspflicht der Darlehenszurückerstattung statuierende Rechtssatz als ein Recht des Darlehensgebers bezeichnet werden; und insoferne der Rechtssatz in einer seiner subjektiven Erscheinungsformen als Pflicht auftritt, ist diese Pflicht des Einen in diesem Falle das subjektive Recht (die zweite subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes) eines Anderen. Insoferne der Rechtssatz mein Recht ist, ist die durch den Rechtssatz statuierte Pflicht eines Anderen ebenfalls mein Recht, oder m. a. W.: habe ich ein Recht auf die Pflichterfüllung des Anderen. Die beiden subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes stehen somit zueinander in einem derartigen Verhältnis, daß das Recht des Einen stets auf die Pflicht eines Anderen gerichtet ist; allerdings nicht auch umgekehrt. Denn jeder Rechtssatz statuiert wohl eine Pflicht, nicht jeder aber auch ein Recht, da der Wille zur Unrechtsfolge nicht notwendig von einer actio abhängig gemacht sein muß. Die Pflicht ist daher eine notwendige, das Recht aber nur eine mögliche subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes.

Da der Rechtssatz im engeren Sinne eine doppelte Pflicht statuiert, nämlich einerseits die eines Untertanen zu einem pflichtmäßigen Verhalten, andererseits die des Staates, mangels dieses pflichtmäßigen Verhaltens eine Unrechtsfolge zu verhängen, ist das subjektive Recht, soferne eines statuiert wird, sowohl auf die eine wie die andere gerichtet. So hat der Darlehensgeber nicht nur ein Recht auf Rückgabe des Darlehens gegenüber dem Darlehensempfänger, sondern auch ein Recht auf Exekution gegenüber dem Staate. Das sind nun freilich nicht zwei von einander verschiedene Rechte, sondern er hat das eine nur, indem er das andere hat, es ist derselbe Rechtssatz und somit dasselbe Recht nur in zwei verschiedenen Relationen.

Was speziell die zweite Gruppe von Rechtssätzen im engeren Sinne betrifft, nämlich jene, die einen Willen des Staates, zu strafen, beinhalten, so ist dieser Wille regelmäßig nicht von der Klage eines Untertanen, sondern des Staates selbst abhängig gemacht. Aus prozessual-technischen Gründen wird ein eigenes Staatsorgan — der Staatsanwalt — mit der Erhebung der Anklage betraut, von der im Strafrechtssatze die Realisierung der Unrechtsfolge abhängig gemacht wird. Dadurch wird es zweifellos möglich, auf die Verpflichtung der Untertanen, die mit Strafe bedrohten Delikte zu unterlassen, ein subjektives Recht des Staates anzunehmen, das in der herrschenden Lehre als ein öffentliches Recht gilt, ebenso wie die Verpflichtung des

Untertanen, Delikte zu unterlassen, als öffentliche Rechtspflicht gilt. Allein, um diese Subjektivierung zu ermöglichen, bedarf es im Grunde gar nicht der Vermittlung der nur aus prozessual-technischen Gründen statuierten Staatsanklage. Handelt es sich doch bei dieser Bedingung des staatlichen Strafwillens durch einen Willen des Staates offenbar nur um eine Scheinbedingung, da doch der Wille des Staates zur Anklage in demselben Augenblicke angenommen werden muß, als der Wille des Staates zur Strafe gegeben ist, d. h. im Augenblicke des vollendeten deliktischen Tatbestandes¹⁾. Ein durch sich selbst bedingter Wille ist aber im Grunde nicht bedingt. Allein, die Subjektivierung des Strafrechtssatzes für den Staat, die Erkenntnis, daß die Pflicht der Untertanen, Delikte zu unterlassen, ein subjektives Recht des Staates ist, wird schon an und für sich dadurch ermöglicht, daß es eben des Staates Wille ist, der diese Pflicht statuiert, der in dem Strafrechtssatze enthalten ist. Weil dieser Strafrechtssatz von vornherein des Staates ist, sind die beiden durch ihn statuierten Pflichten, einmal die des Staates zur Strafe, dann die des Untertanen zum straffreien Verhalten dem Staate subjektiv zugeordnet und zwar die erste, weil sie von ihm selbst erfüllt wird, als seine eigene Pflicht, die zweite, die von anderen zu erfüllen ist, als sein Recht auf das entsprechende pflichtmäßige Verhalten.

Für das Verständnis der bisher durchgeführten Konstruktion des subjektiven Rechtes wird ein Vergleich mit der in mancher Hinsicht ähnlichen Theorie THONS von gewisser Bedeutung sein.

Es muß als das größte Verdienst THONS angesehen werden, daß dieser Autor mehr als alle anderen der richtigen Fragestellung in Bezug auf das Problem des subjektiven Rechtes nahe gekommen ist. Schon der Titel seines Buches „Rechtsnorm und subjektives Recht“, verrät, daß THON der innige Konnex zwischen dem objektiven Rechte, dem Rechtssatze, und dem subjektiven Rechte, als der Berechtigung, nicht verborgen geblieben ist. An zahlreichen Stellen sieht man, daß THON die Lösung des gestellten Problems in dem Sinne versucht, daß er das subjektive Recht aus dem objektiven der Norm ableitet. In den verschiedensten Variationen kehrt bei ihm

1) Dieser Umstand legt eine Konstruktion nahe, derzufolge der Wille des Staates zu strafen nicht wiederum von dem Willen des Staates, sondern von der Funktion des Staatsorganes abhängig gemacht wird. Es würde also die Erhebung der Anklage wider Straffällige eine Pflicht der Organe sein, die nicht als besondere Pflicht des Staates zu gelten hätte; ein neuerliches Beispiel für die Möglichkeit von Organpflichten, die nicht Staatspflichten sind! Damit würde am besten der Fall eine konstruktive Lösung finden, daß der Staat einen Verbrecher zwar strafen will, aber mangels einer Anklage des seine Pflicht verletzenden Staatsorganes nicht strafen kann.

die Frage wieder: Wie wird aus dem objektiven Rechte das subjektive Recht, warum hat eine Norm, ein Bestandteil des objektiven Rechtes, als mein Recht, als subjektives Recht zu gelten? So sagt THON: „Zum Privatrechte wird der den Interessen eines Einzelnen wider Einzelne gewährte Normenschutz (also das objektive Recht!) dadurch, daß usw. . .¹⁾, oder: „Zu seinem Rechte und zwar zu seinem Privatrechte, wird der Schutz der Persönlichkeit erst, soferne usw. . .²⁾. Und er sagt ganz allgemein: „Überall, wo wir einer Person eines der besprochenen Rechte zuschreiben, finden wir zunächst ein Gut oder ein Interesse derselben, welches die Rechtsordnung in ihren Schutz nimmt. Soweit letzterer durch das Dasein der staatlichen Imperative sowie durch die Androhung von Rechtsfolgen für den Fall der Übertretung oder endlich durch die Vollstreckung der Rechtsfolgen von Amtswegen gewährt wird, ist der Interessent betreffs dieses Schutzes lediglich passiv. Das geschützte Interesse ist sein, ebenso der Vorteil des Schutzes, aber an letzterem selbst ist er völlig unbeteiligt. Es besteht mithin auch keine Veranlassung, den ihn schützenden Staatswillen als sein Recht zu bezeichnen. Dies kann man nur, falls der Interessent selbst zur Realisierung des Schutzes mit berufen wird³⁾“. Aus all diesen Ausführungen geht klar und deutlich hervor, daß THON bestrebt war, das subjektive Recht nur als Norm, und zwar als subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes (der für ihn ein Imperativ ist) zu erfassen. Mit einer jeden Zweifel ausschließenden Prägnanz kommt dieser Gedanke in der überaus treffenden Kritik zum Ausdruck, die THON an der IHERINGschen Definition des subjektiven Rechtes übt, die, weil sie mit den hier vertretenen Anschauungen vollkommen übereinstimmt, wiedergegeben sei. THON gibt zwar zu, „daß der praktische Zweck des Rechtes, „Nutzen, Vorteil, Gewinn (ist)“ der durch das Recht gewährleistet werden soll“ (IHERING). Nun meint THON, „daß der Zweck des Rechtes — von IHERING das substantielle Moment des Rechtes genannt — nicht in die Begriffsbestimmung desselben gehört. Im Recht ist nicht die schützende Schale, der Rechtsschutz, und der Kern — das Interesse — zu unterscheiden, nein, lediglich die Schale bildet das Recht, der Kern gehört nicht mehr zu ihm. Das Recht ist nur Mittel, nie Selbstzweck, nämlich das Mittel, oder genauer, ein Mittel zur Ermöglichung eines gegenwärtigen oder künftigen Genusses. Letzterer selbst gehört so wenig zum Begriffe des Rechtes, wie zum Gartenzaun der Garten gehört, dessen Alleingenuß der Zaun ebenfalls

1) a. a. O. S. 133.

2) a. a. O. S. 151.

3) a. a. O. S. 217.

dem Eigentümer sichern soll. Darum ist auch in der vielbesprochenen Definition „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“ meines Erachtens eine Umstellung nötig. Ein Recht ist nicht ein Interesse, das geschützt wird, sondern selbst das Schutzmittel eines Interesses. Alsdann entsteht auch Harmonie zwischen diesem und dem weiteren Worte (IHERINGS): „Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses, Selbstschutz des Interesses“. Was Interesse ist, kann nicht Sicherheit oder Selbstschutz desselben sein, und der Selbstschutz ist umgekehrt nicht das Interesse. Der mittels eines Vorlegeschlosses geschützte Keller und das Vorlegeschloß, das die Sicherheit bietet, sind nicht identisch¹⁾“. Klar und deutlich klingt aus dieser Argumentation der Grundsatz hervor: Recht ist Schutz und nicht Geschütztes! Allein die einzig mögliche Konsequenz für die eigene endgültige Definition des subjektiven Rechtes hat THON nicht gezogen. Knapp vor dem Ziele ist er merkwürdigerweise ohne jede Motivierung von der Richtung abgelenkt. Nachdem er noch unmittelbar vorher das subjektive Recht als Normenschutz erklärt hat, der nur dadurch subjektiviert werde, daß der Geschützte zur Realisierung des Schutzes mitberufen wird, indem ihm ein „Anspruch“ d. i. die „Macht zur Wachrufung der Imperative, welche dem Richter Rechtshilfe zu leisten befehlen²⁾“ gewährt wird, sagt er schließlich: „Aber nur die Gewährung eines eventuellen Anspruches seitens der Rechtsordnung erhebt den normgeschützten Zustand schon jetzt zum Rechte des Geschützten“. Damit zerstört THON alles, was er bisher folgerichtig aufgebaut hat, und begeht denselben Fehler, den er IHERING so scharfsinnig vorgehalten: Er erklärt das subjektive Recht nicht mehr als Schutz, sondern als ein Geschütztes, als den vom objektiven Recht geschützten Zustand! THON fährt dann fort: „Das subjektive Recht wird durch die Verheißung eventueller Ansprüche begründet; es besteht in der Aussicht auf solche“.

Auch hier muß sich einem die Frage aufdrängen, was diese fast unbegreifliche Inkonsequenz verursacht haben mag! Und da dürfte man mit der folgenden Annahme kaum fehlgehen. Da THON die gesamte Rechtsordnung in Imperative auflöst, die das rechtmäßige Verhalten der Verpflichteten zum Inhalte haben, muß neben jedem die

1) a. a. O. S. 218, 219. Ein schärferer Gegensatz zur IHERINGSchen Auffassung ist kaum denkbar als der in der THONSchen Konstruktion gelegene, derzufolge das Zweck- oder Interessenmoment aus dem Rechtsbegriff ausscheidet! Darum ist es unbegreiflich, aus welchem materiellen Grunde THON seine Kritik IHERINGS mit den Worten einleitet: „Die hier versuchte Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes hat innerlich die nächste Verwandtschaft mit derjenigen, welche von IHERING aufgestellt worden ist.“

2) a. a. O. S. 229.

Rechtspflicht eines Untertanen statuierenden Imperativ, ein an die Behörde gerichteter stehen, der die Verhängung der Unrechtsfolge für den Fall der Verletzung des ersteren Imperatives seitens des Untertanen anbefiehlt.

Erkennt nun THON das subjektive Recht prinzipiell als Norm, d. h. als einen Imperativ, und erblickt er die Subjektivierung der Norm zur Berechtigung des einzelnen darin, daß dem einzelnen ein Anspruch, d. h. die Macht zur Wachrufung des an den Richter auf die Verhängung der Unrechtsfolge gerichteten Imperatives gegeben ist, indem dieser Imperativ von der actio des Berechtigten abhängig gemacht wird, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß einer Subjektivierung eben nur jener an das Staatsorgan gerichtete Imperativ fähig ist, daß zum subjektiven Rechte nur jener Bestandteil der Rechtsordnung werden kann, der den Befehl zur Unrechtsfolge enthält, nicht aber jener Imperativ, der die Pflicht zu dem rechtmäßigen Verhalten statuiert, bei dessen Fehlen erst jene andere, an die Behörden gerichtete Norm ergeht. Daraus folgte aber, daß von einem subjektiven Rechte auf die pflichtmäßige Leistung, das rechtmäßige Verhalten eines anderen niemals die Rede sein könnte, denn die eine solche Pflicht statuierende Norm wäre niemals zur Verfügung eines einzelnen; nur ein subjektives Recht auf die Realisierung der Unrechtsfolge durch den Staat oder das Staatsorgan wäre gegeben. Auch könnte ein subjektives Recht erst dann angenommen werden, wenn eine die fremde Pflicht statuierende Norm verletzt und somit die Voraussetzungen für den einer Subjektivierung fähigen Befehl an die Behörden gegeben wären. Das subjektive Recht wäre tatsächlich nichts anderes als der an die Behörden auf Verhängung der Unrechtsfolge gerichtete Imperativ in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, durch deren actio dieser Imperativ bedingt ist. „Berechtigt sein“ hieße somit dasselbe, was THON mit „einen Anspruch haben“ bezeichnet.

Diese aus der eigenen Imperativtheorie mit Notwendigkeit entspringende Konsequenz glaubte jedoch THON vermeiden zu müssen. Hauptsächlich deshalb, weil er — dem Sprachgebrauche folgend — einerseits ein Recht auf das fremde pflichtmäßige Verhalten nicht missen wollte, andererseits das subjektive Recht nicht erst bei Lebendigerwerden des an die Behörde gerichteten Imperatives existent sein lassen mochte. Darum erklärt er — freilich im Widerspruch zu seinen eigenen Voraussetzungen — schließlich den ganzen „normgeschützten Zustand“ d. h. den rein materiellen Reflex des an die Behörde aber auch des an den gegenüberstehenden Verpflichteten gerichteten Imperatives als subjektives Recht, und läßt dieses in der „Aussicht“ oder Anwartschaft auf einen Anspruch bestehen.

Die Imperativtheorie ist es, die es THON unmöglich gemacht hat, seine gerade dem subjektiven Rechte gegenüber richtig erkannte formal-juristische Methode durchzuführen; denn die Imperativtheorie ist an und für sich ein schwerer Verstoß gegen diese Methode. Das hätte THON bei seiner trefflichen Polemik gegen IHERING selbst aufstoßen müssen. Denn dort sagt er, „daß der Zweck des Rechtes nicht in die Begriffsbestimmung gehört¹⁾“; das muß wohl nicht nur für das subjektive, sondern auch für das objektive Recht gelten, denn es ist ein Hauptgrundsatz aller juristischen Konstruktion! Was ist aber das innerste Wesen der von THON noch weit über BINDING hinausgeführten Imperativtheorie? Daß sie den Zweck der Rechtsordnung, das rechtmäßige Verhalten der Subjekte zum Inhalte des Rechtssatzes macht²⁾! Angesichts solcher Widersprüche im Systeme eines Autors — und zumal eines der allerbesten — bedarf es keiner weiteren Kritik mehr. Nur möge an solchen Symptomen, wenn sie bei führenden Namen — wie diese Untersuchungen zeigen — nicht allzuseiten auftreten, der allgemeine wissenschaftliche Tiefstand der neueren juristischen Theorie ermessen werden.

Die Hindernisse, welche eine imperativische Konstruktion des Rechtssatzes der korrekten Ableitung des subjektiven Rechtes aus diesem in den Weg legen, sind von vornherein bei der hier durchgeführten Konstruktion des Rechtssatzes nicht vorhanden. Denn dieser zufolge wird die Pflicht des Untertanen zu rechtmäßigem Verhalten und die Rechtspflicht des Staates, im Falle der Verletzung der ersteren eine Unrechtsfolge zu verhängen, nicht durch zwei selbständige, von einander unabhängige, unverbunden nebeneinanderstehende Normen, sondern durch einen einzigen Rechtssatz zusammen statuiert. Die Aufnahme der actio in den Rechtssatz als eine der den Willen des Staates zur Unrechtsfolge bedingenden Tatsachen ermöglicht somit eine Subjektivierung des ganzen nicht nur eine Pflicht des Staates, sondern auch die Pflicht eines Untertanen statuierenden Rechtssatzes zu der mit der actio ausgestatteten Person.

Das subjektive Recht ist hier der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist. Dabei ist aber ohne weiteres die Möglichkeit eines Rechtes sowohl auf das rechtmäßige Verhalten des gegenüberstehenden Verpflichteten als auch auf die Realisierung der Unrechtsfolge durch den Staat gegeben. Auch

1) a. a. O. S. 219.

2) Vgl. oben S. 273f.

ist dieses subjektive Recht nicht erst existent, sobald — wie die Romanisten sagen — *actio nata est*, sondern schon vorher. Das Recht z. B. auf Rückgabe eines Darlehens ist schon mit Hingabe desselben und nicht erst mit der Fälligkeit gegeben, denn ein Recht auf Rückgabe eines Darlehens haben, heißt nichts anderes, als mangels Rückzahlung durch Erhebung der *actio* die Realisierung der Unrechtsfolge herbeiführen können. Dabei muß allerdings hervorgehoben werden, daß zwischen Rechtssatz und subjektivem Rechte insofern keine Identität besteht, als der Rechtssatz (im objektiven Sinne) permanent ist, während die Dauer des subjektiven Rechtes beschränkt bleibt. Der Rechtssatz besteht, ohne daß ein konkretes subjektives Recht bestehen muß, soferne nämlich jene Relation nicht (noch nicht oder nicht mehr) gegeben ist, in welcher der Rechtssatz als subjektives Recht in Betracht kommt. Hier ist auch zu wiederholen, was früher über das Verhältnis zwischen Rechtssatz und subjektiver Pflicht gesagt wurde¹⁾, denn das subjektive Recht ist in seiner Existenz durchaus an die gegenüberstehende Pflicht gebunden.

Das fragliche Verhältnis zwischen Rechtssatz und subjektivem Rechte (zwischen der objektiven und der subjektiven Relation des Rechtssatzes im engeren Sinne) stellt sich folgendermaßen dar.

Innerhalb des Gesamtkomplexes der Bedingungen, an die der Wille des Staates, zu strafen oder zu exequieren (so wie er im Rechtssatze i. e. S. zum Ausdrucke kommt), geknüpft ist, sind bisher zwei Hauptbestandteile unterschieden worden: die als Unrechtstatbestand bezeichnete Gruppe von Bedingungen und die *actio* des berechtigten Subjektes.

Nunmehr soll auf wichtige Unterscheidungen innerhalb des als Unrechtstatbestand bezeichneten Komplexes aufmerksam gemacht werden.

Als Unrechtstatbestand muß dieser gesamte den Staatswillen zur Unrechtsfolge bedingende Komplex von Tatsachen deshalb bezeichnet werden, weil er als ganzer erfüllt, d. h. jede einzelne zu ihm gehörige Tatsache gegeben sein muß, damit der staatliche Wille zur Unrechtsfolge als unbedingt existent angesehen werden kann. Allein, nicht dieser ganze Tatbestand kann als „Unrecht“ oder „Rechtswidrigkeit“ im eigentlichen Sinne angenommen werden. Denn außer der als Unrecht qualifizierten Handlung oder Unterlassung enthält er noch eine Reihe von anderen Tatsachen, ohne die das „Unrecht“ gar nicht verübt werden könnte, durch die es also selbst wieder bedingt ist. Kein Unrecht ist bedingungslos möglich.

1) Vgl. oben S. 262/3.

Zieht man von dem als Unrechtstatbestand bezeichneten Gesamtkomplex bedingender Tatsachen die als Unrecht im eigentlichen Sinne geltende Handlung oder Unterlassung (z. B. das nicht rechtzeitige Rückerstatten des empfangenen Darlehens, oder die Ermordungs-, Diebstahlhandlung) ab, so muß wiederum innerhalb der restlichen zum Unrechtstatbestande gehörigen Tatsachen (die sich in ihrer Gesamtheit dadurch charakterisieren, daß nach ihrer Vollendung das Unrecht erst möglich wird, somit jetzt erst eine Rechts- oder Pflichtverletzung eintreten kann) mehrere Tatsachengruppen unterschieden werden.

Zunächst kommen gewisse persönliche Qualifikationen der Rechts-, resp. Pflichtsubjekte in Betracht, die erfüllt sein müssen, damit eine Verpflichtung oder Berechtigung überhaupt möglich ist: die Rechts-, resp. Pflicht- (d. h. Verpflichtungs- darunter auch Delikts)fähigkeit; das sind: Erreichung eines bestimmten Alters, bestimmtes Geschlecht, Vollgebrauch der Vernunft u. a. m. Bei den eine Unterlassungspflicht statuierenden Strafrechtssätzen ist der gesamte Unrechtstatbestand nur aus diesen in persönlichen Qualifikationen des Pflichtsubjektes bestehenden Bedingungen und der als Unrecht im eigentlichen Sinne qualifizierten Handlung zusammengesetzt. Hier entsteht die Rechtspflicht zur Unterlassung sowie das subjektive Recht des Staates auf die Unterlassung sofort mit Erfüllung der persönlichen Qualifikation (Deliktsfähigkeit).

Bei den übrigen Rechtssätzen — das sind alle Zivilrechtssätze und die eine **H a n d l u n g s**pflicht statuierenden Strafrechtssätze — müssen, damit das subjektive Recht oder die subjektive Pflicht existent werde, d. h. damit die Möglichkeit jener spezifischen Relation gegeben sei, in welcher der Rechtssatz als subjektives Recht oder als subjektive Pflicht in Betracht kommt, zu den persönlichen Qualifikationen — der allgemeinen Rechts- resp. Pflichtfähigkeit der Subjekte — noch andere Tatsachen hinzukommen.

So muß z. B. eine Summe vertretbarer Sachen von der einen Person an eine andere gegeben werden mit der Vereinbarung der Rückerstattung einer gleichen Quantität der gleichen Qualität nach bestimmter Zeit beim Darlehensrechtssatze; bei den ein Unterlassen mit Strafe bedrohenden Rechtssätzen muß zu der persönlichen Qualifikation des Pflichtsubjektes noch eine Reihe positiver Bedingungen hinzutreten, unter denen das Subjekt zu der bezüglichen Handlung verpflichtet ist, da eine vom Augenblicke der erfüllten persönlichen Bedingungen (der Deliktsfähigkeit) an permanente Verpflichtung zu einem **H a n d e l n** (nicht aber zu einem Unterlassen) physisch Unmögliches forderte! So muß bei der unter Strafsanktion stehenden Verpflichtung des

Arztes zur Anzeige gewisser von ihm behandelter Krankheiten zur allgemeinen Deliktsfähigkeit des Arztes der Eintritt des Krankheitsfalles und die Behandlung durch den Arzt hinzutreten. Erst wenn der den staatlichen Willen zur Unrechtsfolge bedingende Tatbestand bis zu diesem Punkte erfüllt ist, tritt der Rechtssatz in seine beiden subjektiven Relationen, entsteht die subjektive Pflicht und — soferne der Rechtssatz die entsprechende Qualifikation hat — auch das subjektive Recht. Darum kann dieser Teil des gesamten den Staatswillen zur Unrechtsfolge bedingenden Tatbestandes (inklusive der persönlichen Qualifikationen) als rechts-, resp. pflichtbegründender Tatbestand, speziell mit Beziehung auf das subjektive Recht, als Rechtstatbestand bezeichnet werden.

Vom Momente des erfüllten Rechtstatbestandes bis zum Augenblicke des vollendeten „Unrechtes“ i. e. S. und damit des gesamten Unrechtstatbestandes ist das subjektive Recht existent. Geltend gemacht kann es jedoch erst nach Vollendung des „Unrechtes“ werden. Während jener Zeit, durch die das subjektive Recht zwar existent ist, aber nicht geltend gemacht werden kann, ist es gleichsam in einem „potentiellen“ Zustande vorhanden, der sich in einen „aktuellen“ verwandelt, wenn nach Vollendung des „Unrechtes“ die Realisierung der Unrechtsfolge durch actio herbeigeführt werden kann. Handelt es sich um einen eine Unterlassungspflicht statuierenden Rechtssatz, besteht also das Unrecht in einem positiven Handeln, dann ist die „Spannung“ zwischen dem potentiellen und aktuellen Zustande des subjektiven Rechtes normalerweise eine dauernde. Das subjektive Recht des Staates auf Unterlassung des Mordes, Diebstahles etc. ist den deliktsfähigen Subjekten gegenüber dauernd in einem potentiellen Zustande, bis durch die Verübung des betreffenden Handlungsdeliktes das subjektive Recht dem Täter gegenüber in den aktuellen Zustand der Anklage, resp. Anklagemöglichkeit gerät. Ebenso ist der Eigentümer allen übrigen Subjekten gegenüber dauernd potentiell berechtigt auf Unterlassung aller störenden Einwirkungen auf sein Eigentum, bis er einem Verletzer gegenüber aktuell berechtigt wird, indem er gegen ihn Klage führen kann.

Handelt es sich dagegen um einen die Rechtspflicht zu einem Handeln statuierenden Rechtssatz, (besteht also das Unrecht in einem Unterlassen) dann ist normalerweise eine Spannung zwischen potentieller und aktueller Berechtigung nicht vorhanden. Sobald der Rechts-(Pflicht-)tatbestand gegeben ist, ist auch schon das Unrecht vollendet, da dieses in dem rein negativen Momente eines Unterlassens unter bestimmten Voraussetzungen besteht und der Ein-

tritt dieser Voraussetzungen das Pflichtsubjekt sofort ins Unrecht setzt. Davon besteht jedoch dann eine Ausnahme, wenn die pflichtmäßige Leistung an einen bestimmten Termin nach Vollendung des Rechts-(Pflicht-)tatbestandes gebunden ist, wenn z. B. die Rückerstattung des Darlehens erst an einem bestimmten Zeitpunkte nach Abschluß des Darlehensvertrages fällig ist. Durch dieses in den Gesamtkomplex der den Staatswillen bedingenden Tatsachen zwischen den rechtsbegründenden Tatbestand und das Unrecht eingeschobene Zeitmoment (— denn auch der Ablauf dieser Zeit gehört jetzt zu dem gesamten Unrechtstatbestande —) wird das subjektive Recht in einem potentiellen Zustande gebunden gehalten, bis es nach Ablauf dieses Zeitraumes in seinen aktuellen Zustand übergeht. Doch ist die „Spannung“ in diesem Falle, dem Zwecke des begründeten Rechtes nach, nur eine vorübergehende, da ein derartiges Recht die natürliche immanente Tendenz hat, durch rechtzeitigen Eintritt der pflichtmäßigen Leistung erfüllt, d. h. überhaupt beendet zu werden. Zum Unterschiede von den auf ein pflichtmäßiges Unterlassen gerichteten Rechten, deren „Erfüllung“ in einem permanenten Zustand der Unterlassungen seitens Dritter besteht, was hier nicht mit der Beendigung des Rechtes, sondern mit der Erhaltung desselben in einem potentiellen Zustande zusammenfällt. Als Beispiel diene das Eigentum, das subjektive Recht auf die pflichtmäßige Unterlassung störender Einwirkungen seitens Dritter.

XXVI. Kapitel.

Das subjektive öffentliche Recht.

Die Ableitung des subjektiven Rechtes (im Sinne der Berechtigung) aus dem objektiven ist bisher nur in Bezug auf den Rechtsatz im engeren Sinne, d. i. jenen Spezialfall des Rechtssatzes durchgeführt worden, der einen Willen des Staates zur Strafe oder Exekution beinhaltet. Es wäre sohin noch die Frage zu untersuchen ob dies auch bezüglich der übrigen Rechtssätze möglich ist, d. h. ob der Rechtssatz im weiteren Sinne schlechthin und nicht nur der im engeren Sinne in jener subjektiven Relation erscheinen kann, die hier als subjektives Recht, als Berechtigung erkannt wurde. Allein, vorher muß noch zu einem anderen Probleme Stellung genommen werden, da die Erledigung desselben eine Voraussetzung für den soeben angedeuteten Fortgang der Untersuchungen bildet.

Es handelt sich um die in der herrschenden Lehre übliche Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Rechte, resp. zwischen privaten und öffentlichen Rechten im subjektiven Sinne¹⁾.

Sowohl die bisher behandelten Rechtssätze im engeren Sinne, als auch die aus ihnen abgeleiteten subjektiven Rechte werden von der herrschenden Klassifikation in öffentliche und private eingeteilt. So zählt man die zivilrechtliche Pflichten statuierenden, einen Willen des Staates zur Exekution enthaltenden Rechtssätze zu dem Privatrechte, während die Strafrechtssätze dem öffentlichen Rechte zugeordnet werden. Auch durch die aus diesen Rechtssätzen abgeleiteten subjektiven Rechte geht die gleiche Unterscheidung.

Drei Gruppen solcher subjektiver Rechte wurden hier konstruiert: 1. subjektive Rechte der Untertanen gegenüber (d. h. auf Pflichten von) Untertanen, als eine subjektive Relation des Exekutionsrechtssatzes; 2. subjektive Rechte der Untertanen gegen (d. h. auf die pflichtmäßige Realisierung der Exekution durch) den Staat, als die zweite subjektive Relation des Exekutionsrechtssatzes; und 3. subjektive Rechte des Staates gegen (d. h. auf Pflichterfüllung durch) Untertanen, als subjektive Relation des Straf- (und des Exekutions-) rechtssatzes. Von diesen subjektiven Rechten zählt die herrschende Lehre nur die erste Gruppe den privaten, die beiden anderen aber den öffentlichen zu. Die hier durchgeführte Konstruktion weist jedoch keinen Unterschied zwischen diesen beiden Arten von subjektiven Rechten auf. Vielmehr sind die subjektiven Rechte aller dreier Gruppen hier ihrer Struktur nach gleich; es wäre denn, daß die Formel für die Subjektivierung des Rechtssatzes zum Rechte des Staates eine andere ist als die für die Rechte der Untertanen, sowie ja auch die Subjektivierung des Rechtssatzes zur Pflicht des Staates sich nach einer anderen Formel vollzog, als diejenige war, nach der die Pflichten der übrigen Subjekte aus dem Rechtssatze abgeleitet wurden. Jedenfalls fiel dieser Unterschied nicht unter den Gegensatz von privatem und öffentlichem Rechte.

Die von der römischen Rechtswissenschaft übernommene Unterscheidung von öffentlichen und privaten Rechten beruht vornehmlich auf einer Einteilung des objektiven Rechtes, der Rechtssätze, zumal ja der Begriff des subjektiven Rechtes von der römischen Rechtswissenschaft kaum entwickelt war. Der Gesichtspunkt, der dieser Einteilung zu Grunde lag, war der Zweck der Rechtssätze. Wenn man sich an die bekannte Definition hält: „*jus publicum est, quod ad*

1) Vgl. dazu die Bemerkungen, die im IX. Kap. dieser Untersuchungen über die Grundzüge einer formalen Systematik des objektiven Rechtes gemacht wurden, oben S. 268 ff.

utilitatem rei publicae spectat, ius privatum est, quod ad utilitatem privatorum spectat“, so ist das Interesse, zu dessen Schutz oder Anerkennung ein Rechtssatz besteht, das maßgebende Kriterium. Die Unhaltbarkeit dieser ganz oberflächlichen Unterscheidung ist zur genüge in der Literatur dargetan. Insbesondere wurde ja schon wiederholt darauf hingewiesen, daß eine reinliche Scheidung des öffentlichen und privaten Zweckes nicht möglich ist, da jeder Rechtssatz beiden Zwecken dienen kann. Sieht man von der vagen „Absicht des Gesetzgebers“ ab, dann ist es nur der jeweils dem Rechtssatze gegenüber gewählte Standpunkt, von dem aus bald das private, das ist das subjektive „Interesse“, bald das öffentliche, d. i. das objektive Interesse maßgebend erscheint. Es ist insbesondere auch die Annahme falsch, daß wenigstens manche Rechtssätze vornehmlich im privaten, manche vornehmlich oder ausschließlich im öffentlichen Interesse erlassen seien. Gewöhnlich wird als Beispiel für die letzteren das Strafrecht, als Beispiel für erstere das Zivilrecht angeführt. Allein, der Staat hat nicht um ein Haar mehr „Interesse“ daran, daß der Schuldner das Darlehen rechtzeitig zurückerstattet, als er an der Unterlassung eines Diebstahles interessiert ist. Vom Standpunkte der Rechtsordnung — das ist von einem objektiven Standpunkte aus — sind auch alle Rechte nur im allgemeinen Interesse gegeben, d. h. „öffentlicher“ Natur. Von einem subjektiven Standpunkte aus, d. h. vom Standpunkte des Interessenten oder des Rechtssubjektes sind alle Rechte im individuellen Interesse, d. h. privater Natur. So kann, von diesen beiden verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet, das Eigentum als öffentliches, das Wahlrecht als Privatrecht angesehen werden. So ist für den Bestohlenen der Diebstahlsrechtssatz nicht minder in seinem eigenen Interesse wie der Darlehensrechtssatz für den Gläubiger. Daß im letzteren Falle dem Interessenten überdies ein formales Mittel gegeben ist, über diesen Rechtssatz zu verfügen, ist kein Grund, hier ein Vorwiegen und eine stärkere Betonung des privaten Interesses anzunehmen, denn die Statuierung eines subjektiven Rechtes ist ein rein formales, die Existenz eines Interesses ein rein materielles Moment, dessen Bestand stets *quaestio facti*. Wie dem auch immer sei, die nach dem Zweckgesichtspunkte erfolgte Einteilung der Rechtssätze und Rechte in private und öffentliche ist schon deshalb belanglos, weil das Zweckmoment kein formales Kriterium für die rein formale juristische Begriffsbildung abgeben kann.

Dennoch ist die fragliche Einteilung fast allgemein beibehalten und insbesondere auch dem Systeme der subjektiven Rechte zu Grunde gelegt. JELLINEK ist es, der auf diesem letzteren Ge-

biere der alten Nomenklatur einen neuen Sinn abzugewinnen bemüht war, indem er ein sicheres Kriterium zwischen subjektiven öffentlichen und subjektiven Privatrechten aufzustellen versuchte¹⁾. Die außerordentliche Bedeutung, welche die JELLINEKSche Theorie erlangt hat, macht eine prinzipielle Auseinandersetzung mit derselben nötig. Dabei sollen die allgemeinen Voraussetzungen der JELLINEKSchen Konstruktion außer aller Diskussion bleiben; denn JELLINEK selbst hat die verschiedenartigen Einwände, die gegen seine Theorie gemacht wurden, gerade mit der Motivierung zurückgewiesen, er könne nur eine „immanente Kritik“ gelten lassen, die ihn von seinen eigenen Voraussetzungen aus widerlegt²⁾. Eine solche immanente, d. h. also rein logische Kritik sei hier versucht.

Den Unterschied zwischen den privaten und den öffentlichen subjektiven Rechten erblickt JELLINEK bekanntlich darin, daß die letzteren stets nur ein „Können“ zum Inhalt haben, während bei den ersteren das „Können“ notwendig mit einem „Dürfen“ verbunden sei³⁾.

Prüft man die Argumentationen nach, die zu diesem Resultate führen, so kann man sie auch auf Basis der von JELLINEK selbst angenommenen Voraussetzungen nicht akzeptieren. Dies zeigt eine Untersuchung der JELLINEKSchen Begriffe des „Könnens“ und „Dürfens“.

Die Rechtsordnung — führt JELLINEK⁴⁾ aus — könne sich zum individuellen Willen in mehrfacher Weise verhalten: Sie könne die „natürliche Freiheit“ einschränken, d. h. ein bestimmtes Verhalten zur Vorschrift machen, also gebieten oder verbieten. Sie könne auch die „natürliche Freiheit“ des Individuums „anerkennen“, und diese Funktion bezeichnet JELLINEK mit: „Erlauben“, was vom Subjektstandpunkte aus ein „Dürfen“ bedeute. Die Rechtsordnung könne aber auch der natürlichen Freiheit⁵⁾ „etwas hinzufügen, was sie nicht von Natur aus besitzt“; diese Funktion der Rechtsordnung wird als ein „Gewähren“ bezeichnet, dem für das Individuum ein „Können“ entspricht. Nach der Darstellung JELLINEKS hat es den Anschein, als ob die angeführten Beziehungen der Rechtsordnung zu den Rechtssubjekten von einander verschiedene, selbständige Rela-

1) System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.

2) a. a. O. S. 51, Anm. 1.

3) Vgl. a. a. O. S. 50 ff. 4) a. a. O. S. 45.

5) JELLINEK gebraucht hier statt „natürliche Freiheit“ das Wort „Handlungsfähigkeit“; daß er jedoch beide Worte gleichbedeutend verwendet, geht aus dem Zusammenhange hervor, indem er unmittelbar nach dem Satze: „sie kann seine natürliche Freiheit anerkennen“, fortfährt: „sie kann dieser Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen . . .“

tionen seien; allein dem ist tatsächlich nicht so, wie bei näherer Untersuchung ersichtlich ist.

Prüft man zunächst den Begriff des „Dürfens“, so ergibt sich folgendes. „Die rechtlich relevanten von der Rechtsordnung gestatteten Handlungen“ — sagt JELLINEK ¹⁾ — „bilden in ihrer Gesamtheit das rechtliche Dürfen.“ Welches sind aber die „rechtlich relevanten“ Handlungen, auf die der Begriff des Dürfens eingeschränkt wird? JELLINEK sagt: „Das Erlauben (das Äquivalent für das Dürfen) erstreckt sich aber nur soweit, als die natürliche Freiheit die Sphäre anderer Individuen zu berühren imstande ist. Wenn eine Handlung jedoch — absolut oder relativ — nicht imstande ist, eine rechtlich relevante Wirkung auf andere hervorzurufen, kann sie nicht als eine erlaubte bezeichnet werden.“ JELLINEK erklärt hier, daß nur diejenigen Handlungen in den Kreis der gedurften oder erlaubten fallen, die eine rechtlich relevante Wirkung auf andere hervorrufen. JELLINEK beschränkt also einmal die gedurften Handlungen auf die rechtlich relevanten Handlungen, das andere Mal auf jene, die eine rechtliche Wirkung auf andere hervorrufen, so daß man berechtigt ist, als rechtlich relevante Handlungen jene anzunehmen, die eine rechtliche Wirkung auf andere hervorrufen. Dieses Resultat scheint freilich zunächst mit einigen anderen Sätzen, die JELLINEK in diesem Zusammenhange äußert, nicht ganz im Einklang zu stehen. Er sagt nämlich: „Das Recht regelt Beziehungen der Menschen untereinander, kümmert sich daher nicht um Handlungen soweit sie nach seinem Ermessen eine derartige Beziehung nicht besitzen“, und führt dann, nachdem er diesen Satz durch ein Beispiel beleuchtet, fort: „Es teilen sich die menschlichen Handlungen unter diesem Gesichtspunkte in rechtlich relevante und rechtlich indifferente.“ Nach diesen Ausführungen könnte es den Anschein haben, als ob JELLINEK unter rechtlich relevanten Handlungen alle jene verstünde, die irgendeine Beziehung auf einen anderen und nicht nur jene, die eine rechtlich relevante Wirkung auf einen anderen haben. Allein, gerade die letztere Auffassung muß als die endgültige angesehen werden, denn JELLINEK bezeichnet auch an anderer Stelle ²⁾ als rechtlich relevante Handlungen jene, die eine Rechtsfolge nach sich ziehen: „Die Handlung, welche einem Nichtdürfen widerspricht, ist rechtlich relevant, sie zieht Rechtsfolgen nach sich.“

Das Dürfen umfaßt also nur Handlungen, die rechtlich relevant sind, d. h. die rechtliche Wirkungen (Rechtsfolgen) auf andere haben

1) a. a. O. S. 46.

2) a. a. O. S. 47.

und von der Rechtsordnung erlaubt sind. Denn nach der JELLINEK-schen Darstellung hat jede gedurfte Handlung zwei wesentliche Qualitäten: Sie muß erstens rechtlich relevant und zweitens von der Rechtsordnung erlaubt sein; das „Erlaubtsein“ muß also zu dem „rechtlich relevant sein“ einer Handlung hinzutreten, damit diese als „gedurft“ gelten könne. Da aber „Dürfen“ und „Erlaubt sein“ identische Begriffe sind, darf eine Erklärung des „Dürfens“ nicht das „Erlaubtsein“ enthalten. Was hat man also unter dem „Erlauben“ oder, wie JELLINEK damit gleichbedeutend sagt: unter dem „Anerkennen der natürlichen Freiheit durch die Rechtsordnung“ zu verstehen?

Es ist in der Natur des objektiven Rechtes gelegen und in der ganzen Technik des Rechtsapparates begründet, daß die Rechtsordnung zu irgendeinem menschlichen Verhalten in keiner anderen Weise in Beziehung treten kann, als dadurch, daß sie an dieses Verhalten eine ihrer spezifischen Wirkungen, eine Rechtsfolge (im weitesten und gewöhnlichen Sinne dieses Wortes) knüpft. Der übliche Begriff der Rechtsfolge — so wie er hier verwendet wird — ist derart, daß unter ihm auch die Unrechtsfolge fällt. Wird aber eine solche mit einem menschlichen Verhalten verbunden, dann ist dieses von der Rechtsordnung verboten, (resp. sein Gegenteil geboten). Das „Erlauben“ der Rechtsordnung kann somit gar nicht anders gedacht werden als in der Verknüpfung mit irgendeiner anderen Rechtsfolge als einer Unrechtsfolge. Wenn die Rechtsordnung ein menschliches Verhalten weder mit einer Unrechts- noch mit irgendeiner anderen Rechtsfolge verbindet, dieses Verhalten also gar keine rechtliche Wirkung äußert, ist es als rechtlich indifferent, d. h. zur Rechtsordnung in gar keiner Beziehung stehend, also rechtlich nicht vorhanden, zu erachten. Letzteres ist auch JELLINEKs Ansicht, der ausdrücklich für rechtlich irrelevant jene Handlungen erklärt, die keine Rechtsfolgen nach sich ziehen¹⁾.

Anders als in der Verbindung mit einer Rechtsfolge (die keine Unrechtsfolge ist) könnte das „Erlauben“ durch die Rechtsordnung nur etwa so gedacht werden, daß man eine Handlung auch dann schon als durch die Rechtsordnung erlaubt betrachtet, wenn eine solche, ohne daß irgendwelche Rechtsfolgen an sie geknüpft werden, in den Gesetzen ausdrücklich, d. h. mit Worten als „erlaubt“ oder „gestattet“ bezeichnet wird. Daß eine derartige Annahme abzuweisen ist, liegt auf der Hand. Denn die meisten Handlungen, die als „erlaubte“ zu gelten haben, sind durchaus nicht als solche ausdrücklich bezeichnet,

1) a. a. O. S. 47/48.

vielmehr ist ein Urteil, das ihnen eine solche rechtliche Qualität zuspricht, nur darauf begründet, daß diese Handlungen irgendwie direkt oder indirekt mit Rechtsfolgen versehen sind. Die Bedeutungslosigkeit einer bloß mit Worten, nicht auch durch Verknüpfung mit entsprechenden Rechtswirkungen erfolgenden Qualifizierung einer Handlung durch die Rechtsordnung erhellt aus dem Umstande, daß eine Handlung, die im Gesetze etwa wörtlich als erlaubt bezeichnet, aber mit Unrechtsfolgen versehen wäre, doch nur als verboten zu gelten hätte; für die rechtliche Qualifikation ist nicht das Wort, sondern die Wirkung der Rechtsordnung maßgebend! JELLINEK selbst läßt als erlaubt nur rechtlich relevante Handlungen, d. h. solche gelten, die eine Rechtswirkung (auf andere) nach sich ziehen, so daß ein „Erlauben“ ohne Verbindung mit einer Rechtswirkung unmöglich ist.

Als „erlaubt“ muß aber eine Handlung nicht nur dann gelten, wenn die Rechtsordnung direkt an dieselbe eine Rechtswirkung (die keine Unrechtsfolge ist) knüpft, sondern auch dann, wenn ein Verhindern oder Stören dieser Handlung seitens eines anderen mit einer Unrechtsfolge verbunden ist. Da im Rechtsstaate die Freiheit und Unverletzlichkeit der Person durch eine allgemeine Rechtspflicht statuiert ist, jeden Eingriff in die Freiheitssphäre eines anderen zu unterlassen, muß jede Handlung, die, weil mit keiner Unrechtsfolge verknüpft, nicht verboten ist, als erlaubt gelten, da die Verhinderung oder Störung jeder zur Freiheitssphäre gehörigen Handlung als widerrechtlicher Eingriff in diese Sphäre „verboten“, d. h. mit einer Unrechtsfolge versehen ist. Jede, auch die individuellste, an sich in gar keiner Beziehung zu einem anderen stehende Handlung wird sofort als „erlaubt“ oder „berechtigt“ empfunden, wenn man an ihrer Ausführung von anderer Seite widerrechtlich verhindert wird. Auch Spaziergehen, Atmen, Schlafen etc. sind rechtlich „erlaubt“, sofern eben die Störungen dieser Handlungen verboten sind. Auf diese Weise verliert der Begriff des Erlaubt-seins jede positive Bedeutung; er wird zur bloßen Negation des „Verboten-seins.“ Als erlaubt hat alles zu gelten, was nicht verboten, das heißt mit keiner Unrechtsfolge versehen ist.

Es muß dahingestellt bleiben, ob JELLINEK seinem Begriffe des „Erlaubt-seins“ diesen weiten Umfang gibt. Da er das „Dürfen“ auf die rechtlich-relevanten Handlungen einschränkt, als solche aber nur jene ansieht, die Rechtsfolgen (auf andere) haben, hat es den Anschein, als ob er aus dem Kreise des Erlaubten — ob mit Recht oder Unrecht, sei hier unerörtert — jene Handlungen ausscheidet, denen keine positive Rechtswirkung zukommt, deren „Erlaubtsein“ nur

darin besteht, daß ihre Störung oder Verhinderung mit Unrechtsfolgen verknüpft ist.

Zwar sagt er, individuelle, d. h. an sich in keiner Relation zu einem anderen stehende Akte würden insoferne relevant, als sie in eine „Beziehung zu einer Rechtspflicht gesetzt werden“¹⁾ können. Allein, verstünde man unter dieser Rechtspflicht die oben erwähnte Pflicht zur Unterlassung aller Eingriffe in die individuelle Freiheitsphäre eines anderen (soweit nicht die Pflicht, einen solchen Eingriff zu dulden, besteht), dann wäre der JELLINEKsche Begriff der rechtlichen Relevanz so gut wie bedeutungslos, denn er enthielte — nicht wie JELLINEK entwickelt — nur die zu einem Anderen in Beziehung stehenden Handlungen, sondern jede, auch die individuellste Äußerung der persönlichen Freiheit, die nicht verboten ist. Jedenfalls bietet die JELLINEKsche Definition des Dürfens in Verbindung mit der des „Relevant-Seins“ keine Möglichkeit, andere Handlungen als erlaubt anzusehen, als solche, die „eine rechtlich relevante Wirkung auf andere hervorrufen“, was von denen, deren Störung bloß verboten ist, wörtlich nicht gesagt werden kann.

Innerhalb des Kreises der rechtlich relevanten Handlungen allerdings muß die JELLINEKsche Einteilung in erlaubte und verbotene zweifellos als eine erschöpfende angesehen werden. Das kommt schon darin zum Ausdruck, daß JELLINEK das Verbotensein als bloße Negation des Erlaubtseins oder Dürfens, nämlich als „Nichtdürfen“²⁾ bezeichnet. Die „erlaubende“ Tätigkeit der Rechtsordnung kann gar nicht anders gedacht werden als in der Verbindung einer Handlung mit einer Rechtsfolge, die keine Unrechtsfolge ist.

Es muß auffallen, daß JELLINEK für jene Wirkung der Rechtsordnung, durch welche eine an sich irrelevante Handlung zu einer rechtlich relevanten wird — und eine derartige Qualität kann eine Handlung doch wohl nur durch die Rechtsordnung erhalten — keinen besonderen Terminus gewählt hat, während er doch das „Gedurftsein“ und das „Gekonntsein“ auf je eine besonders benannte Funktion der Rechtsordnung, auf das „Erlauben“ oder „die natürliche Freiheit anerkennen“ und auf das „Gewähren“ oder „die natürliche Freiheit erweitern“ zurückführt. Sieht man aber näher zu, so zeigt sich, daß zwischen dem „Erlauben“ und dem „Relevantmachen“ einer Handlung durch die Rechtsordnung gar kein Unterschied besteht. Es ist nicht so, wie JELLINEK es darstellt, als ob eine rechtlich relevante Handlung noch von der Rechtsordnung erlaubt werden,

1) a. a. O. S. 46.

2) a. a. O. S. 46.

als ob zu der Eigenschaft der Relevanz noch die des Gedurftseins hinzukommen könnte. Vielmehr wird eine Handlung schon dadurch zu einer erlaubten (oder verbotenen), daß sie rechtlich relevant gemacht, d. h. mit Rechtsfolgen verknüpft wird. Und zwar wird sie dadurch zu einer verbotenen, daß sie mit einer Unrechtsfolge — zu einer erlaubten, daß sie mit irgendeiner anderen Rechtsfolge verknüpft wird. Das Erlaubt- oder Gedurft-sein ist daher nur ein Spezialfall des Relevant-seins und beide sind durchaus nicht — wie es bei JELLINEK den Anschein hat — zwei von einander unabhängig zu erklärende Qualitäten.

Des weiteren muß auch schon jetzt darauf aufmerksam gemacht werden, daß „die Anerkennung der natürlichen Freiheit“, das „Erlauben“, dem auf Seite des Individuums das „Dürfen“ entspricht, durchaus nicht in dem von JELLINEK behaupteten Gegensatz zu jener anderen Funktion der Rechtsordnung steht, die JELLINEK als ein: „der natürlichen Freiheit etwas hinzufügen, was sie von Natur aus nicht hat“, als ein „Gewähren“ bezeichnet, dem auf Seite des Individuums das „Können“ entspricht. Denn auch das Erlauben sowie jede rechtliche Qualifikation kann nur darin bestehen, daß den der natürlichen Freiheitssphäre des Menschen angehörenden Handlungen von der Rechtsordnung „etwas hinzugefügt wird, was sie von Natur aus nicht haben“: die Rechtsfolgen. Denn von Natur aus, ohne die von der Rechtsordnung erlangte Qualifikation sind alle Handlungen rechtlich irrelevant und also — auch nach JELLINEKS ausdrücklicher Erklärung — nicht „gedurft“ oder „erlaubt“.

Zwischen Erlauben und Gewähren, Dürfen und Können besteht jedoch nicht nur kein Gegensatz, sondern volle Identität. Das wird die folgende Untersuchung zu zeigen haben.

Das „Gewähren“ der Rechtsordnung, dem das „Können“ des Subjektes entspricht, dieses der „Handlungsfähigkeit des Individuums etwas hinzufügen, was es von Natur aus nicht hat“, ist nach JELLINEK in der Erteilung des Anspruches auf staatlichen Schutz zu erblicken. JELLINEK sagt: „Die Rechtsordnung kann aber auch der Handlungsfähigkeit des Individuums etwas hinzufügen, was es von Natur aus nicht besitzt. Sie kann ihm nämlich den Anspruch verleihen, daß gewisse seiner Handlungen von ihr als zu Recht bestehend anerkannt und demgemäß staatlichen Schutzes teilhaftig werden. Es liegt nicht in der natürlichen Freiheit des Individuums, den Staat zu bewegen, eine von ihm vorgenommene Handlung, der bisher rechtliche Relevanz mangelte, für rechtlich relevant zu erklären“¹⁾. (Man beachte die Verwendung des Wortes

1) a. a. O. S. 47.

„relevant“! Durch die Verleihung des staatlichen Schutzes, d. i. die „Gewährung“ eines „Könnens“ wird eine Handlung aus einer irrelevanten zu einer relevanten!)¹⁾ JELLINEK führt dann weiter aus, das Individuum möge welche Verfügung immer auf den Todesfall treffen, zum Testamente werde sie nur durch die Rechtsvorschrift erhoben. Hier liege die Grenze der natürlichen Freiheit des Individuums. „Denn alle Bestimmungen, welche die Gültigkeit von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften betreffen, statuieren ein von der Rechtsordnung ausdrücklich verliehenes rechtliches Können.“ JELLINEK erklärt weiter: Damit eine rechtlich irrelevante Handlung zu einer rechtlich relevanten werde, müsse dem Individuum die bisher nicht vorhandene Fähigkeit eingeräumt werden, „in seinem Interesse staatliche Anerkennung und Tätigkeit zu fordern.“ Es zeigt sich somit, daß eine Handlung uno actu zugleich zu einer relevanten und einer „gekonnten“ wird, daß die „Gewährung“ des „Gekonntseins“ an eine Handlung nur die Verleihung der Relevanz-Qualität, d. i. die Verbindung mit Rechtsfolgen bedeutet. Das „Können“ ist nach JELLINEK nichts anderes als die dem Individuum von der Rechtsordnung verliehene, nicht in seiner natürlichen Freiheit oder Handlungsfähigkeit gelegene Fähigkeit, „den Staat zu bewegen, eine von ihm vorgenommene Handlung, der bisher rechtliche Relevanz mangelte, für rechtlich relevant zu erklären.“ Jede Handlung, die „gekonnt“ ist, muß daher rechtlich relevant sein; allein, nicht jede rechtlich relevante Handlung darf als „gekonnt“ gelten. Denn nicht jede an eine Handlung geknüpfte Rechtsfolge (das Kriterium jeder Relevanz) bedeutet, daß der Handelnde für diese Handlung den Schutz der Rechtsordnung in Anspruch nehmen könne (das Kriterium des Könnens). Die als Unrechtsfolge charakterisierte Rechtswirkung einer Handlung macht wohl die damit verknüpfte Handlung zu einer rechtlich relevanten verbotenen, nicht aber zu einer gekonnten. Das „Können“ umfaßt somit nur jene relevanten Handlungen, die nicht mit einer Unrechtsfolge — sondern mit irgendeiner anderen Rechtsfolge verknüpft sind. Das „Gekonnte“ ist ein Spezialfall des „Relevanten“ und zwar ganz das gleiche wie das „Erlaubte“ oder „Gedurfte“. Denn ebenso

1) Auch daraus geht hervor der JELLINEKSche Begriff der rechtlichen Relevanz nicht etwa die einer Handlung von Natur aus, d. h. an sich zukommende Eigenschaft erfaßt, zu einem anderen in irgendeiner natürlichen Beziehung zu stehen, sondern die Fähigkeit, und zwar eine von der Rechtsordnung verliehene oder gewährte Fähigkeit, rechtliche Wirkungen zu haben. Die Relation „auf einen anderen“, die JELLINEK doch für wesentlich zu halten scheint, fehlt hier allerdings, wenn man den Staat nicht als solchen anderen gelten lassen will!

wie das „Können“ umfaßt das „Dürfen“ diejenigen von den rechtlich relevanten Handlungen, die nicht verboten sind. „Können“ und „Dürfen“ fallen somit nach JELLINEKS eigenen Voraussetzungen — freilich im Widerspruch zu seinen Konsequenzen — begrifflich zusammen.

Damit ist gleichbedeutend, daß nicht nur — wie bereits bemerkt — zwischen der als „Erlauben“ und der als „Gewähren“ bezeichneten Funktion der Rechtsordnung kein Gegensatz, sondern völlige Identität besteht. Denn das Erlauben, diese „Anerkennung der natürlichen Freiheit“ bedeutet ganz das Gleiche wie das „dieser Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen, was sie von Natur aus nicht besitzt“. Beides ist nämlich nichts anderes als ein bestimmtes „Relevant“-machen, die Verknüpfung mit bestimmten Rechtsfolgen — nämlich jenen, die keine Unrechtsfolgen sind. Dem Individuum in Bezug auf eine Handlung ein „Können gewähren“, oder ihm diese Handlung „erlauben“ heißt beides in gleicher Weise: diese Handlung mit Rechtsfolgen versehen, die keine Unrechtsfolgen sind. Darf man unter „rechtlicher Anerkennung des natürlichen Könnens“ dasselbe verstehen wie unter „Anerkennung der natürlichen Freiheit durch die Rechtsordnung“, dann scheint JELLINEK die Identität von „Erlauben“ und „Gewähren“ an einer Stelle selbst ausgesprochen zu haben. Es heißt nämlich dort von einer rechtlich irrelevanten Handlung¹⁾ „Soll sie zu einer rechtlich relevanten werden, so muß dem natürlichen Können (was doch dasselbe ist wie „natürliche Handlungsfähigkeit“) ausdrücklich die rechtliche Anerkennung (was wieder dasselbe sein muß wie „Anerkennung durch die Rechtsordnung“) hinzugefügt werden. Das kann aber nur dadurch geschehen, daß die Handlungsfähigkeit des Individuums eine Erweiterung erfährt (Erweiterung der Handlungsfähigkeit = der Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen, was sie von Natur aus nicht hat), daß ihm ausdrücklich die bisher nicht vorhandene Fähigkeit eingeräumt wird, in seinem Interesse staatliche Anerkennung und Tätigkeit zu fordern“. Diese Fähigkeit ist das „Können“; die „Anerkennung der natürlichen Handlungsfähigkeit“, das „Erlauben“ (Dürfen) soll hier „nur“ durch das „dieser Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen, was sie von Natur nicht besitzt“ oder durch die Erweiterung der Handlungsfähigkeit, das „Gewähren“ eines „Könnens“ erfolgen: Das muß wohl heißen, daß erlauben und gewähren, dürfen und können stets zusammenfallen, dasselbe sind. Trotzdem erklärt JELLINEK unbegreiflicherweise im unmittelbaren Anschluß an das oben Zitierte:

1) a. a. O. S. 46.

„Diese Fähigkeit ist nicht das Resultat einer Erlaubnis, sondern einer Gewährung“, obgleich er gerade dargetan hat, daß dieses Erlauben nur durch ein Gewähren erfolgen kann!

Die Unabhängigkeit, ja den Gegensatz von „Dürfen“ und „Können“ betont JELLINEK auf das nachdrücklichste. Er sagt: „Dieses Können steht in scharfem Gegensatze zum Dürfen. Es wäre nicht richtig zu sagen, der Geschäftsunfähige dürfe keinen Vertrag schließen, er kann es vielmehr nicht, was immer er auch tue, es kommt kein Vertrag zustande. Das vermeintliche Rechtsgeschäft, das er abgeschlossen hat, ist nicht vorhanden, er hat eine im Rechtsinn nichtige Handlung begangen“¹⁾.

Allein, gerade nach JELLINEKS Definition des Dürfens darf auch der Geschäftsunfähige nicht einen Vertrag schließen in dem Sinne, daß die zu solchem Zwecke vorgenommenen Handlungen auch keine „gedurften“, „erlaubten“ sind; es steht ihm bezüglich dieser ebensowenig ein Dürfen, wie ein Können zu. Denn diese Handlungen eines Geschäftsunfähigen sind, weil ohne Rechtswirkung oder im rechtlichen Sinne nicht vorhanden, rechtlich irrelevant, und daher nach JELLINEKS eigener Definition nicht erlaubt und daher auch nicht gedurft: „Wenn eine Handlung nicht imstande ist, eine rechtlich relevante Wirkung auf andere hervorzurufen, kann sie nicht als eine erlaubte bezeichnet werden“²⁾. Darum muß man im selben Sinne, in dem man von den Handlungen des Geschäftsunfähigen sagt, sie seien nicht gekonnt, der Unfähige könne sie nicht vornehmen, von ihnen auch behaupten, sie seien nicht gedurft, oder er dürfe sie nicht vornehmen. Freilich nicht in dem Sinne, als ob ihm diese Handlungen verboten seien; denn nur im Bezug auf die rechtlich relevanten Handlungen kann nach JELLINEK die bloße Negation des Dürfens das Verbotensein bedeuten.

Trotzdem hat JELLINEK hier den Begriff des Nicht-dürfens offenbar in der Bedeutung des Verbotenseins gebraucht, obgleich er dazu, da es rechtlich irrelevante Handlungen betraf — nicht berechtigt war, denn die rechtlich irrelevante Handlung wird nach JELLINEKS eigener Terminologie nicht gedurft, ohne verboten zu sein! Was hat aber JELLINEK, der die Unabhängigkeit, ja den Gegensatz von Dürfen und Können, von Erlauben und Gewähren behauptet — (ein Gegensatz, der sich doch nur innerhalb des Kreises rechtlich relevanter Handlungen abspielen kann, da JELLINEK beide Begriffe, jedenfalls den des Dürfens auf ihn beschränkt!) — damit bewiesen, daß er Handlungen aufzeigt, die nicht gekonnt, die aber auch nicht ver-

1) a. a. O. S. 47.

2) a. a. O. S. 46.

boten sind — zumal sie zu den rechtlich irrelevanten gehören? Er hätte, um den Gegensatz von Können und Dürfen zu beweisen, Handlungen aufzeigen müssen, die nicht gekonnt, aber dennoch gedurft sind; nur dem Scheine nach tat er dies damit, daß er auf Handlungen hinwies, die nicht gekonnt, aber dennoch nicht Nicht-gedurft sind, denn diese letztere doppelte Verneinung gibt nicht die gewünschte Bejahung, das Nicht-Nichtdürfen bedeutet nicht ein Dürfen, nicht ein Erlaubt-sein im JELLINEK'schen Sinne, sondern lediglich ein Nicht-verbotensein.

Um die Selbständigkeit des Dürfens gegenüber dem Können darzutun, behauptet JELLINEK, es gebe Handlungen, die zwar gekonnt, aber dabei nicht gedurft seien und zwar sowohl im Sinne von Verboten- als auch im Sinne eines weder Verboten- noch Erlaubt-seins („ohne dürfen“). Er sagt: „Das Können ist derart selbständig gegenüber dem Dürfen, daß jenes vorhanden sein und dieses fehlen kann. Die Fähigkeit zur Handlung kann gegeben, ihre Ausübung verboten sein. Können ist nicht nur ohne dürfen möglich, sondern vermag sogar mit einem Nichtdürfen zusammen zu bestehen, wie die *lex minus quam perfecta* zeigt“¹⁾.

Was zunächst die Handlungen betrifft, die zwar gekonnt, aber verboten, d. h. also mit einer Unrechtsfolge versehen sind, so fällt auf, daß JELLINEK hier den Begriff des Könnens auch auf jene relevanten Handlungen ausdehnt, die eine Unrechtsfolge nach sich ziehen. Dies steht jedoch mit seinem ursprünglichen Begriffe des Könnens in offenbarem Widerspruch! Denn JELLINEK charakterisiert das von der Rechtsordnung gewährte „Können“ als die dem Individuum von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit, zu beanspruchen, „daß gewisse seiner Handlungen von ihr als zu Recht bestehend anerkannt und demgemäß staatlichen Schutzes teilhaftig werden“²⁾. Es ist aber zweifellos ausgeschlossen, daß eine Handlung, die mit einer Unrechtsfolge verbunden, d. h. verboten ist, von der Rechtsordnung als zu Recht bestehend anerkannt wird — sie besteht doch zu Unrecht! — oder daß der Handelnde bezüglich einer solchen Handlung staatlichen Schutz beanspruchen kann, da er doch gerade um ihretwillen bestraft wird. Darum mußte ja oben der JELLINEK'sche Begriff des Könnens auf jene rechtlich relevanten Handlungen eingeschränkt werden, die eine andere Rechtsfolge als eine Unrechtsfolge nach sich ziehen; darum mußte die mit einer Unrechtsfolge verknüpfte Handlung nicht als rechtlich gekonnt bezeichnet werden. Tatsächlich dehnt aber JELLINEK im vorliegenden Falle dennoch den Begriff des Könnens

1) a. a. O. S. 48.

2) a. a. O. S. 47.

auf alle rechtlich relevanten Handlungen aus, so daß „Können“ die Fähigkeit ist, rechtlich relevante Handlungen zu setzen. Er spricht von verbotenen Handlungen, die gekonnt sind.

Dieser Widerspruch löst sich insoferne, als JELLINEK die verbotenen Handlungen nicht um der mit ihnen verbundenen Unrechtsfolgen willen als gekonnte gelten lassen kann, sondern wegen der mit diesen Handlungen gleichzeitig verbundenen anderen Rechtsfolgen! Es gibt nämlich Handlungen, die in der Rechtsordnung zwar mit einer Strafe bedroht, aber dennoch auch mit anderen Rechtswirkungen verknüpft sind. So zieht das mit Strafe belegte *furtum* die Rechtswirkung des juristischen Besitzes nach sich. Ein „Können“ involviert somit die betreffende Handlung nicht im Verhältnis zu dem eine Unrechtsfolge statuierenden Strafrechtssatze, sondern mit Bezug auf den eine andere Rechtsfolge verbürgenden Zivilrechtssatz. Allein, in dieser letzteren Hinsicht muß die Handlung auch als „erlaubt“ gelten, denn diesem Teile der Rechtsordnung gegenüber ist sie eine rechtlich relevante von der Rechtsordnung gestattete (d. h. eben mit einer anderen Rechtsfolge als einer Unrechtsfolge verknüpfte) — also nach JELLINEK: eine gedurfte Handlung. Diese Konstruktion einer Handlung, die von einem Teile der Rechtsordnung, dem Zivilgesetze, erlaubt, vom anderen Teile, dem Strafgesetze, aber verboten ist, mag in Bezug auf das Grundpostulat der Einheitlichkeit des in der gesamten Rechtsordnung existenten Willens höchst unbefriedigend sein! Sie erweist deutlich und klar die Unhaltbarkeit der Imperativtheorie, die den Staat in der Rechtsordnung das rechtmäßige Verhalten der Subjekte „wollen“, die Rechtsordnung erlauben, gebieten und verbieten läßt, während doch die Rechtsordnung nur Urteile darüber enthält, daß der Staat unter bestimmten Voraussetzungen so oder so handeln wolle, daß er insbesondere an einen bestimmten Tatbestand diese oder jene „Folge“ knüpfen werde. Denn es ist formell kein Widerspruch, daß der Staat den Dieb strafen und zugleich demjenigen, der dem Dieb die gestohlene Sache aus dem Besitze nimmt, unter gewissen Umständen diese Sache wieder abnehmen und dem Diebe zurückstellen will. Dagegen enthält die Formulierung dieses Tatbestandes nach der Imperativtheorie einen unlöslichen Widerspruch, da der Staat in der Rechtsordnung den Diebstahl nicht zugleich verbieten und erlauben kann! Dieses Resultat mag, wie bemerkt, höchst unhaltbar sein, jedenfalls ist es eine nicht zu vermeidende Konsequenz der JELLINEKschen Konstruktion und zeigt, daß die verbotene Handlung, sofern sie als gekonnt gelten muß, in derselben Relation auch als gedurft oder erlaubt anzusehen ist; damit fällt aber auch das für die Unabhängigkeit des

Könnens und Dürfens angebrachte Argument der Möglichkeit von Handlungen, die zwar gekonnt aber nicht gedurft (im Sinne von verboten) sind.

Zum Beweise der Selbständigkeit des Könnens gegenüber dem Dürfen behauptet JELLINEK, wie gesagt, es gebe Handlungen, die zwar gekonnt aber weder gedurft noch nicht gedurft seien, es gebe nicht nur ein Können mit einem Nichtdürfen (i. S. von verboten sein), sondern auch ein Können ohne Dürfen¹⁾. Da, wie oben dargetan, der Kreis der rechtlich relevanten Handlungen durch die Einteilung in erlaubte und verbotene (d. i. gedurfte und nichtgedurfte) erschöpft wird, demgemäß Handlungen, die weder gedurft noch nichtgedurft sind, als rechtlich irrelevant gelten müssen, wäre die Behauptung gekonnter, aber weder gedurfter noch nichtgedurfter Handlungen gleichbedeutend mit der Annahme von Handlungen, die zwar gekonnt, aber dennoch rechtlich irrelevant sind. Das ist nun freilich eine sehr merkwürdige Konsequenz, da doch nach JELLINEK rechtlich irrelevant gleichbedeutend ist mit rechtlich wirkungslos und „Können“ die Fähigkeit heißt, gewisse rechtliche Wirkungen hervorzurufen. Diese Konsequenz hat denn auch JELLINEK zunächst nicht gezogen. Wenn man berechtigt ist, rechtlich „irrelevant“ und rechtlich „gleichgültig“ für dasselbe zu nehmen, dann ist die Ablehnung dieser Konsequenz in folgender Stelle ausdrücklich ausgesprochen: „Was sich weder auf eine über- noch eine nebengeordnete Person bezieht, wird, insoweit dies der Fall ist, weder gedurft noch gekonnt, weder nichtgedurft noch nicht gekonnt. Alles Recht ist Relation von Rechtssubjekten; wo aus irgendeinem Grunde die Relation mangelt, ist daher auch das Recht ausgeschlossen. Dieses Gebiet streng individueller Akte ist das der rechtlich gleichgültigen Handlungen“²⁾. Hier wird also das Können aus dem Bereiche des rechtlich gleichgültigen (irrelevanten?) ausgeschlossen. Ein paar Zeilen später jedoch finden sich wieder Ausführungen, die dieses Resultat in Frage stellen und den begründeten Anschein erwecken, daß JELLINEK die Möglichkeit rechtlich irrelevanter Handlungen, die rechtlich gekonnt sind, angenommen habe.

JELLINEK führt dort nämlich als Beispiel von Handlungen, die weder gedurft noch nichtgedurft, aber dennoch gekonnt sind, die auf das Wählen bezüglichen Akte der Wahlberechtigten an und sagt von diesen Akten, sie seien „an sich“, „wenn man also das in ihnen gewährte Können hinwegdenkt, nicht ein Dürfen enthaltende, sondern einfach rechtlich irrelevante Handlungen“³⁾. Nun könnte dies auf

1) a. a. O. S. 48.

2) a. a. O. S. 49/50.

3) a. a. O. S. 50.

doppelte Weise verstanden werden. Entweder meint JELLINEK, die Eigenschaft des Gekonnt-seins involviere zugleich die Eigenschaft der rechtlichen Relevanz, beide Qualitäten seien voneinander untrennbar, eine komme nicht zur anderen hinzu und könne daher auch nicht von der anderen weggenommen werden. Denkt man sich dann die Eigenschaft des Könnens weg, fällt damit auch die der Relevanz fort, es bleibt naturgemäß nur eine irrelevante Handlung zurück. Das wäre aber dann durchaus keine Besonderheit der Wahlhandlungen; sondern dann müßte jede Handlung, die relevant und damit gekonnt ist, und insbesondere auch die gedurfte, die ja nach JELLINEK stets relevant und gekonnt ist, wenn man sich von ihr das Können wegdenkt, als rechtlich irrelevante Handlung zurückbleiben. Oder aber JELLINEK läßt die Handlung nicht unter einem relevant und gekonnt sein, er versteht unter Relevanz und Können zwei verschiedene, von einander unabhängige Qualitäten, von denen die letztere zur ersteren hinzukommen, aber auch von ihr hinweggenommen werden und auch allein einer Handlung anhaften kann, so wie es im Verhältnis von Relevanz und Dürfen von JELLINEK dargestellt wird. Dann wäre die Wahlhandlung eine rechtlich irrelevante Handlung, der die Qualität des Gekonnt-seins von der Rechtsordnung verliehen ist, ohne daß sie dadurch zu einer rechtlich relevanten wird, so daß sie, wenn man von ihr das Können wegdenkt, als lediglich irrelevante übrig bleibt. So unglaublich diese Konstruktion einer rechtlich irrelevanten, aber dennoch gekonnten Handlung, so widerspruchsvoll diese Konstruktion nach den eigenen von JELLINEK aufgestellten Begriffen des Könnens und der Relevanz ist, so muß dennoch diese Vorstellung einer bloß gekonnten — nicht aber relevanten Handlung JELLINEK bei dem Beispiele des Wahlaktes vorgeschwebt haben. Denn sonst wäre es unbegreiflich, wie der behauptete Unterschied zu den gedurften Handlungen zu denken sei. Denn JELLINEK will offenbar sagen, daß sich die bloß gekonnten Wahlakte von den auch gedurften Handlungen dadurch unterscheiden, daß bei den letzteren, wenn man sich das Können — das ja nach JELLINEK mit jedem Dürfen notwendig verbunden ist — wegdenkt, nicht, wie bei den Wahlakten, eine irrelevante Handlung, sondern offenbar eine relevante und gedurfte Handlung zurückbleibe, die bloß nicht gekonnt ist. Das Können muß also nach JELLINEKS Anschauung ebenso zur Qualität der Relevanz hinzutreten und davon weggenommen werden können, wie das Dürfen, das Können daher eine der Relevanz gegenüber selbständige Qualität sein; die Wahlakte wären also seiner Ansicht nach lediglich rechtlich gekonnt, aber dennoch rechtlich irrelevant!

Die vollständige Unmöglichkeit dieses Resultates, das zu den eigenen Voraussetzungen JELLINEKS, wie auch zu den von ihm an anderer Stelle ausdrücklich gezogenen Konsequenzen in einem unlösbaren Widerspruch steht, geht aus dem bisher Gesagten deutlich hervor. Da wurde gezeigt, daß die JELLINEKSschen Begriffe der gedurften und gekonnten Handlung identisch sein müssen, da beide nichts anderes sind als eine besondere Gruppe der relevanten Handlungen, nämlich jene, die mit einer anderen Rechtsfolge als einer Unrechtsfolge verbunden, d. h. nicht verboten sind. Darum muß die Wahlhandlung ebenso, wie sie gekonnt ist, auch gedurft sein, und zwar nach JELLINEKS eigenen Voraussetzungen. Denn sie ist erstens rechtlich relevant und zweitens von der Rechtsordnung gestattet.

Relevant ist sie, weil nach JELLINEK rechtlich relevant soviel bedeutet, wie eine rechtliche Wirkung (auf andere) ausübend, und die Wahlhandlung eine eminent rechtliche Wirkung auf andere (den Gewählten wie den Staat) hat; sie ist aber auch deshalb relevant, weil sie gekonnt ist, und Können nach JELLINEKS eigener Behauptung nichts anderes heißt als die dem Individuum von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit, „den Staat zu bewegen, eine Handlung, der bisher rechtliche Relevanz mangelte, für rechtlich relevant zu erklären“¹⁾. Die Wahlhandlung ist aber nicht nur relevant, sie ist auch von jener besonderen Relevanz, die als „Gedurftsein“ zu gelten hat, denn sie ist mit einer anderen Rechtsfolge als einer Unrechtsfolge verknüpft, sie ist eine relevante nicht verbotene, also gestattete Handlung und das ist nach JELLINEKS Definition des Dürfens²⁾ eine gedurfte Handlung.

Weil aber die Qualitäten des Relevant-Seins und des Gekonnt-Seins keine von einander unabhängige, selbständige Eigenschaften der Handlung sind, ist die von JELLINEK vorgenommene Unterscheidung zwischen Handlungen, die nur gekonnt und solchen, die auch relevant und gedurft sind, tatsächlich nicht vorhanden. Gerade das von JELLINEK geführte Beispiel zeigt dies deutlich. Es ist gewiß richtig, daß die Wahlhandlungen, wenn man das in ihnen gewährte Können wegdenkt, irrelevante, rechtlich überhaupt nicht vorhandene Akte sind. Allein, dies ist nicht nur — wie JELLINEK behauptet — bei den Rechtsverhältnissen publizistischer Natur der Fall, sondern bei allen Handlungen rechtlicher Relevanz! Man fasse z. B. das privatrechtliche Geschäft der Testamentserrichtung ins Auge! JELLINEK selbst sagt³⁾, daß eine Verfügung auf den Todes-

1) a. a. O. S. 47.

2) a. a. O. S. 46.

3) a. a. O. S. 46.

fall nur auf Grund des dem verfügenden Individuum von der Rechtsordnung verliehenen Könnens zu einem Testamente wird. Denkt man sich nun dieses Können weg, abstrahiert man von der Fähigkeit des Subjektes, die in der Rechtsordnung ausgesprochenen Rechtsfolgen mit seiner Handlung herbeizuführen, was bleibt dann wohl der Handlung, die — sonst eine Testamentserrichtung — jetzt die rechtlich vollkommen wirkungslose Beschreibung eines Blattes Papier ist? Wodurch unterscheidet sich dieser Vorgang, sobald er seiner Rechtswirkung entkleidet ist, sobald das ihm gewährte Können wegfällt, etwa von dem Beschreiben eines Stimmzettels unter den gleichen Voraussetzungen? Durch nichts! Denn ohne das Können ist die beabsichtigte letztwillige Verfügung ein ebenso rechtlich überhaupt nicht vorhandener, irrelevanter Akt, wie die bezügliche Wahlhandlung; diese Verfügung ist rechtlich irrelevant, denn sie zieht keinerlei Rechtsfolgen oder Rechtswirkungen nach sich, und ist schon darum nach JELLINEKS eigener Annahme nicht gedurft. Der von JELLINEK behauptete Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Rechten, der darin bestehen soll, daß bei ersteren das Können mit einem Dürfen, bei letzteren das Können stets ohne Dürfen gegeben sei, ist in Wahrheit nicht vorhanden.

Um jedoch den Kernpunkt der JELLINEKSchen Konstruktion zu treffen und die innerste Disharmonie derselben aufzuzeigen, muß die Untersuchung auf den folgenden Punkt gerichtet werden.

Einen Unterschied zwischen Können und Dürfen führt JELLINEK dadurch herbei, daß er das „Können“ auf die Beziehung des Individuums zum Staate, das Dürfen auf die Beziehung zwischen den Individuen mit Ausnahme des Staates beschränkt. Er sagt: „Dürfen und Können, Erlauben und Gewähren stehen nämlich in dem Verhältnis zu einander, daß Erlauben und Dürfen sich unmittelbar beziehen auf Verhältnisse des einen zum anderen, Gewähren und Können unmittelbar auf Verhältnisse zwischen einem rechtschöpfenden Ganzen und den ihm Eingegliederten, also in erster Linie zwischen Staat und Individuum. Gedurft wird dem Nebengeordneten, gekonnt dem Staate gegenüber“¹⁾. Allein, diese Unterscheidung steht vor allem in einem Widerspruche zu den einleitenden Auseinandersetzungen JELLINEKS über das Wesen des Dürfens und Könnens, resp. Erlaubens und Gewährens. Dort erklärt JELLINEK ausdrücklich nicht nur — wie in dem Zitierten — das „Gewähren“, sondern auch das „Erlauben“ als die Form einer Beziehung der „Rechts-

1) a. a. O. S. 49.

ordnung zum Individuum¹⁾“, was bei der später noch näher zu untersuchenden Identifizierung von Staat und Rechtsordnung gleichbedeutend ist damit, daß auch das Erlauben und somit das diesem entsprechende Dürfen die Form einer Beziehung zwischen Staat und Individuum ist. Wenn es, wie JELLINEK ja selbst behauptet, ausschließlich der Staat oder die Rechtsordnung ist, die „erlaubt“ oder die „natürliche Freiheit des Individuums anerkennt“, dann kann es auch nur der Staat oder die Rechtsordnung sein, die — resp. der — gegenüber „gedurft“ wird. Deutlich zeigt sich die Inkonsequenz der JELLINEKschen Konstruktion in der Art und Weise, wie die Behauptung begründet wird, daß das Nichtdürfen (Verbotensein) dem übergeordneten Staate, nicht dem nebengeordneten Individuum gezollt wird. JELLINEK sagt da: „Das Verbotene wird nichtgedurft dem Staate gegenüber, d. h. das Individuum kann aus eigener Machtvollkommenheit keine Rechtsfolgen an die verbotene, ihn schädigende Handlung des andern knüpfen. Nicht der einzelne von sich aus, sondern nur die solches verfügende oder den Subjizierten gestattende Rechtsordnung kann gebieten und verbieten und demgemäß ein bestimmtes Tun und Unterlassen fordern.“ Allein, wenn dem Staate gegenüber „nichtgedurft“ wird, weil der Staat und nicht das Individuum es ist, von dem aus die Unrechtsfolge verhängt wird, dann kann es auch nur der Staat und nicht das Individuum sein, demgegenüber „gedurft“ wird, weil auch das Individuum aus eigener Machtvollkommenheit keine jener Rechtsfolgen an eine (eigene und fremde) Handlung knüpfen kann, derentwegen diese als „gedurft“ zu gelten hat, sondern dies nur von seiten des Staates oder der Rechtsordnung geschieht. Und wenn das Nichtdürfen dem Staate gezollt wird, weil der Staat und nicht das Individuum es ist, das verbietet, dann muß auch das Dürfen dem Staate und nicht dem Individuum gezollt werden, weil es wiederum nur der Staat ist, der erlaubt oder gestattet, nicht aber das Individuum.

Allein, dieser Widerspruch ist nur ein äußerlicher. Tiefer dringend fällt einem an der JELLINEKschen Unterscheidung zwischen Dürfen und Können der Umstand auf, daß diese prinzipielle Unterscheidung auf einer angenommenen Wesensverschiedenheit zwischen dem Staate und den übrigen Subjekten beruht. Denn die Differenz zwischen der Relation der Individuen untereinander, der das Dürfen entspricht, und der Relation der Individuen zum Staate, der das Können angehört, wird in der Überordnung des letzteren über die ersteren

1) a. a. O. S. 45.

begründet. Diese Überordnung des Staates über die anderen Rechts-subjekte erfolgt aber auf Grund der bereits erwähnten bei JELLINEK bestehenden Identifizierung von Staat und Rechtsordnung, denn als „rechtschöpfendes Ganze“ wird der Staat dem „ihm eingegliederten Individuum“ gegenübergestellt, um die zwischen beiden angenommene Relation des Könnens von der zwischen den übrigen „subjuzierten“ Rechtssubjekten angenommenen Beziehung des Dürfens zu unterscheiden.

Daß JELLINEK auch sonst ganz regelmäßig die Begriffe Staat und Rechtsordnung identifiziert, indem er sie abwechselnd gleichbedeutend in denselben Zusammenhängen gebraucht, geht aus zahlreichen Stellen hervor. So sagt er — um nur einige Beispiele aus vielen herauszuheben — das eine Mal von der Rechtsordnung, daß sie ein Können gewähre¹⁾, das andere Mal wieder, daß dies der Staat könne²⁾; oder er führt in unmittelbarem Zusammenhange aus, daß die „Rechtsordnung“ eine neue Handlungsmöglichkeit schaffe, was als ein „Gewähren“ aufzufassen sei, und führt als Beispiel dafür an, daß „der Staat“ ein Wahlrecht „gewähre“³⁾. Darin ist jedoch nicht etwa eine an sich bedeutungslose Ungenauigkeit der Terminologie zu erblicken, vielmehr ist gerade diese Identifizierung von Staat und Rechtsordnung die einzige Basis, auf der eine Überordnung des Staates über die anderen Subjekte beruht: Die juristische Konstruktion eines Herrschaftsverhältnisses zwischen Staat und Untertan vollzieht sich lediglich dadurch, daß der Staat als Rechtsordnung, d. h. als Rechtspflichten statuierender Faktor personifiziert wird. Und nur die Tatsache, daß zwischen Staat und den anderen Subjekten ein Über- und Unterordnungsverhältnis, zwischen den letzteren jedoch ein Koordinationsverhältnis angenommen wird, ermöglicht die Annahme, daß ein zwischen Staat und Individuum gedachtes „Können“ wesensverschieden von einem zwischen den Individuen bestehenden Dürfen sei. In den Begriff des Könnens legt JELLINEK das Moment der staatlichen Überordnung.

Allein, die Basis dieser ganzen Konstruktion eines Über- und Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und den übrigen Subjekten als Rechtsverhältnis: die Personifikation des Staates als Rechtsordnung, (oder Träger der Rechtsordnung) ist hinfällig, denn als Person kann der Staat nur erfaßt werden, wenn man ihn selbst unter der Rechtsordnung, richtiger in einer Relation zur Rechtsordnung und zwar in derselben Relation wie alle anderen Rechtssubjekte denkt. Denn die Rechtsordnung ist die Voraussetzung aller juristischen Konstruk-

1) a. a. O. S. 48.

2) a. a. O. S. 49.

3) a. a. O. S. 50.

tion, also selbst nicht juristisch konstruierbar, und es ist eine grobe *petitio principii*, die Rechtsordnung, oder was dasselbe heißt, den Staat als Rechtsordnung oder Träger der Rechtsordnung zu personifizieren, d. h. als Person aufzufassen und den übrigen Personen gegenüber in ein Rechtsverhältnis zu setzen. Hält man aber an dieser grundlegenden Erkenntnis fest, dann ist es unmöglich, den Staat als Person den anderen Rechtssubjekten überzuordnen oder ein solches Überordnungsverhältnis als ein rechtlich qualifiziertes gelten zu lassen, denn das Überordnungsmoment, daß ausschließlich in der Rechtsordnungsqualität, der rechtsverpflichtenden Funktion besteht, fällt damit aus der Personeneigenschaft des Staates weg. Als Person, als Subjekt von Rechten und Pflichten kommt der Staat nur insoferne in Betracht, als eine ihn verpflichtende Rechtsordnung angenommen wird, und insoferne ist er allen übrigen Subjekten gleichgestellt, koordiniert. Nur in dieser Koordinierung kommt ja der Gedanke der Personifikation des Staates zum Ausdruck.

Es muß mit Nachdruck betont werden, daß die von JELLINEK als Grund- und Eckstein aller staatsrechtlichen Konstruktion erklärte Auffassung des Staates als einer juristischen Person und die von ihm in so schätzenswerter Weise hervorgehobene Wesensgleichheit der „juristischen“ mit den als „physischen“ bezeichneten Personen völlig unvereinbar ist mit der vorgenommenen Identifizierung von Staat und Rechtsordnung, der darauf gegründeten Konstruktion eines rechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und den übrigen Personen und der schließlich darauf beruhenden prinzipiellen Unterscheidung zwischen einem dem übergeordneten Staate gegenüber bestehenden „Können“ der Subjizierten und einem „Dürfen“ der letzteren im Verhältnis untereinander.

Die differentielle Behandlung der Staatsperson im Verhältnis zu den übrigen Rechtssubjekten führt mit Rücksicht auf die von JELLINEK prinzipiell anerkannte Einheitlichkeit des Persönlichkeitsbegriffes zu einer deutlichen Inkongruenz der JELLINEKschen Darstellung. Bei Entwicklung des Begriffes der rechtlichen Relevanz sagt JELLINEK: „Das Recht regelt Beziehungen der Menschen untereinander¹⁾, kümmert sich daher nicht um Handlungen, soweit sie nach seinem Ermessen eine derartige Beziehung nicht besitzen.“ Es scheint, als ob hier tatsächlich der Begriff des Relevanten auf die Beziehungen zwischen Menschen eingeschränkt wäre, so daß die Beziehung zum Staate — der doch kein Mensch ist — außerhalb des

1) a. a. O. S. 46.

Kreises der rechtlichen Relevanz fiele. Das stünde allerdings auch im Einklange mit der von JELLINEK gelegentlich aufgestellten Behauptung von Handlungen, die nur gekonnt, d. h. die sich in der Relation zum Staate erschöpfen, nur zu dem übergeordneten Subjekte nicht auch zu den nebengeordneten in Beziehung stehen und dabei rechtlich irrelevant sind. Allerdings müßte dahingestellt bleiben, wie eine solche nur zur Staatsperson — also zu keinem anderen Menschen — in Beziehung stehende Handlung überhaupt eine rechtliche Qualifikation haben kann, da doch JELLINEK von solchen Handlungen erklärt, das Recht „kümmere“ sich nicht um sie. Sie sind nach JELLINEK rechtlich irrelevant, aber sollten sie trotzdem nicht „rechtlich gleichgültig“ sein?

Wäre man also tatsächlich nicht berechtigt — wie hier früher angenommen wurde — die rechtlich irrelevanten und die rechtlich gleichgültigen Handlungen für identisch zu halten¹⁾, dann müßte freilich aus den bereits oben zitierten Sätzen JELLINEKS: „Was sich aber weder auf eine über- noch eine nebengeordnete Person bezieht, wird, insoweit dies der Fall ist, weder gedurft noch gekonnt, weder nicht gedurft noch nicht gekonnt. Dieses Gebiet streng individueller Akte ist das der rechtlich gleichgültigen Handlungen,“ wohl soviel herauslesen, daß, was sich zwar auf eine übergeordnete, nicht aber eine nebengeordnete Person bezieht, zwar rechtlich irrelevant oder vom Rechte nicht berücksichtigt (weil keine Beziehung zwischen Menschen darstellend), aber dennoch nicht rechtlich gleichgültig ist! Der Sinn eines solchen Resultates ist schlechterdings nicht eruierbar. Dabei sind die beiden zitierten Sätze JELLINEKS durch einen Gedanken verbunden, der wiederum in einem Widerspruch zu den früheren Behauptungen JELLINEKS steht. Es heißt hier nämlich: „Alles Recht ist Relation von Rechtssubjekten, wo aus irgendeinem Grunde die Relation mangelt, ist daher auch das Recht ausgeschlossen.“ Dagegen hieß es doch bei der Entwicklung des Begriffes der Relevanz, das Recht regele nur Beziehungen der Menschen unter einander; kümmere sich also nicht um Beziehungen zu Subjekten, die nicht Menschen sind, z. B. zum Staate, wodurch ja die Möglichkeit geschaffen wurde, Handlungen, die sich in einer Beziehung zum Staate erschöpfen als irrelevant gelten zu lassen und so einen Unterschied zu solchen zu konstruieren, die sich auf andere Subjekte (die gleichgeordneten Menschen) beziehen!

Nun bedarf es keines weiteren Beweises dafür, daß die Be-

1) Vgl. oben S. 643.

hauptung, das Recht regele nur Beziehungen zwischen Menschen und kümmere sich um andere Beziehungen nicht, angesichts der Tatsache juristischer Personen und insbesondere angesichts der Notwendigkeit, die Beziehungen der Menschen zum Staate rechtlich zu erfassen, nicht aufrecht zu erhalten ist und auch von JELLINEK ja gar nicht aufrecht erhalten wird. Nimmt man aber diese Behauptung nicht wörtlich, substituiert man an Stelle des ungenau gewählten Wortes „Menschen“ das einzig richtige „Rechtssubjekte“, dann fällt die ganze für die Trennung von „Können“ und „dürfen“ grundlegende Unterscheidung zwischen Beziehungen von Menschen untereinander und Beziehungen von Menschen zum Staate weg.

Im Zusammenhange mit dieser juristisch keineswegs zu rechtfertigenden Gegenüberstellung des Rechtssubjektes Staat und des Rechtssubjektes Mensch steht auch eine eigenartige Nebenbedeutung, die der Begriff des Gewährens, resp. Könnens im Verlauf der JELLINEKschen Darstellung erhält, und mit Hilfe deren nicht zum geringsten jene Selbständigkeit des Könnens gegenüber dem Dürfen behauptet wird, die zur Annahme eines Könnens, das weder mit einem Dürfen noch einem Nicht-Dürfen verbunden ist, zur Annahme von Handlungen, die lediglich gekonnt werden, führt.

Das ein Können der Individuen begründende Gewähren der Rechtsordnung bezeichnet JELLINEK zunächst als ein der natürlichen Freiheit oder Handlungsfähigkeit etwas Hinzufügen, was sie von Natur aus nicht hat ¹⁾, und er charakterisiert dieses zu der natürlichen Handlungsfähigkeit hinzukommende Plus als Verleihung des Anspruches auf staatlichen Schutz und Anerkennung ²⁾. Diese dem Individuum von der Rechtsordnung gewährte Fähigkeit, in seinem Interesse staatliche Anerkennung und Tätigkeit zu fordern oder Rechtsnormen in Bewegung zu setzen ³⁾, bezeichnet JELLINEK auch als „Erweiterung“ ⁴⁾ der Handlungsfähigkeit. Es ist nun zweifellos, daß darunter ursprünglich, genau gesprochen, nur eine Erhöhung der Handlungsfähigkeit verstanden werden kann. Denn alle Handlungen, für die das Individuum den Schutz oder die Anerkennung der Rechtsordnung in Anspruch nehmen kann, alle Handlungen, bezüglich deren die Rechtsordnung ein Können verleiht, sind an sich auch ohne die Rechtsordnung möglich, sind in dem, seinem Umfange nach, lediglich durch die Naturgesetze, die Gesetze der Mechanik etc. bestimmten Kreis der natürlichen Handlungsmöglichkeit beschlossen. Durch die ein „Können gewährende“ Rechtsordnung wird nur die Wirkung dieser Handlungen erhöht, indem

1) a. a. O. S. 45.

2) a. a. O. S. 47.

3) a. a. O. S. 51.

4) a. a. O. S. 38.

die Rechtsordnung den Rechtsschutz, die Anerkennung an sie knüpft. Dadurch wird die menschliche oder natürliche Handlungsfähigkeit nicht erweitert, es wird nicht deren Umfang oder Extensität vergrößert, sondern lediglich deren Intensität erhöht, indem zu den natürlichen Wirkungen der Handlungen nun auch die rechtlichen treten.

Es kann aber auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Rechtsordnung überhaupt gar nicht in der Lage ist, den Umfang der natürlichen Handlungsfähigkeit des Menschen zu erweitern, das hieße die Zahl der möglichen menschlichen Handlungen zu vermehren; durch die Existenz der Rechtsordnung kann nicht eine einzige Handlung mehr möglich sein, als ohne die Rechtsordnung Handlungen sind Körperbewegungen, Naturvorgänge, Tatsachen der Seinswelt, deren reales Werden nur den Naturgesetzen — nicht dem Rechtsgesetze — unterworfen ist. Die Rechtsordnung kommt ausschließlich und allein für die Beurteilung und Zurechnung und die damit verbundene besondere ideelle Verknüpfung von menschlichen Handlungen in Betracht, die an sich, d. h. ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Bedeutung als natürliche Vorgänge auch ohne die Rechtsordnung möglich sind. Es beruht insbesondere auf einer optischen Täuschung, anzunehmen, daß etwa die Existenz des durch die Rechtsordnung oder mit der Rechtsordnung geschaffenen Staates die natürliche Handlungsfähigkeit des Menschen erweitert; — eine Täuschung, die etwa jener zu vergleichen ist, die ein Spiegelbild für einen realen Gegenstand halten läßt und so die Annahme einer Vermehrung der körperlichen Dinge durch dieses Spiegelbild hervorruft. — Durch die Existenz des Staates wird weder die natürliche Handlungsmöglichkeit eines einzelnen Menschen, noch der Menschheit als Ganzes vermehrt, nicht eine einzige Handlung wird möglich, die ohne Staat unmöglich gewesen wäre. Der Staat kommt nicht als neuer Mensch zu den Menschen hinzu, die Konstruktion einer Staatsperson hat lediglich die Bedeutung, daß menschliche Handlungen, die natürlich an sich auch ohne Staat möglich wären, eine besondere Beurteilung erfahren, daß gewisse von ihnen nicht den physisch Handelnden selbst, sondern etwas anderem, einem gemeinsamen Subjekte, dem Staate zugerechnet werden. Die natürlichen Handlungsmöglichkeiten bleiben dieselben, die Handlungen werden nur anders gedeutet. Nicht die Zahl der natürlichen Handlungen der Menschen, wohl aber die Zahl der Beziehungen der Rechtssubjekte wird durch die Existenz des Staates erweitert, insofern in dem Staate ein neues Rechtssubjekt hinzukommt. Dadurch daß diese Beziehung zur Staatsperson zu

den menschlichen Handlungen hinzutritt, daß die Rechtsordnung Rechtswirkungen an diese Handlungen knüpft, wird die Intensität, nicht aber die Extensität der natürlichen Handlungsmöglichkeiten der Menschen vergrößert, keine neuen Handlungsmöglichkeiten geschaffen, sondern die bestehenden nur erhöht.

Nun ist JELLINEK tatsächlich durch den ungenauen Terminus „Erweiterung der natürlichen Handlungsfähigkeit“, den er zur Charakterisierung der Wirkung des „Gewährens“ wählt, dazu verführt worden, mit dieser gewährenden Funktion der Rechtsordnung nicht nur die Vorstellung einer Erhöhung der Intensität der natürlichen Handlungsfähigkeit, sondern auch die einer Erweiterung der Extensität derselben zu verbinden und so der Rechtsordnung die Fähigkeit zuzuschreiben, neue Handlungsmöglichkeiten des Menschen zu schaffen. Gerade dort, wo der Beweis für die Selbständigkeit des Könnens gegenüber dem Dürfen geführt wird und zu diesem Zwecke Handlungen aufgezeigt werden müssen, die lediglich gekonnt, nicht auch gedurft werden, wird das „Gewähren“ der Rechtsordnung als eine Erweiterung der Extensität der natürlichen Handlungsmöglichkeit gedeutet, wird der Rechtsordnung die Fähigkeit zugeschrieben, durch das „Gewähren“ neue Handlungsmöglichkeiten zu schaffen, und diejenigen Akte, deren Möglichkeit erst durch den Willen der Rechtsordnung geschaffen wird, gerade diese werden als die lediglich gekonnten, nicht auch gedurften ins Treffen geführt. Es heißt dort: „Allein umgekehrt ist wohl ein Können ohne ein Dürfen möglich. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen die Rechtsordnung nur gewährt, d. h. eine neue Handlungsmöglichkeit schafft, ohne zu erlauben, d. h. die bereits unabhängig von ihr bestehende natürliche Freiheit nach irgend einer Richtung hin anzuerkennen“ 1).

In diesem Sinne wird hier also das „der natürlichen Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen“ aufgefaßt. Als Beispiel führt JELLINEK dann an: „Wenn der Staat den Bürger Wahlrechte gewährt, so erteilt er ihm ein von Natur ihm nicht zukommendes Können.“ Das ist nun gewiß richtig. Wenn aber JELLINEK hinzufügt: „Die Möglichkeit der auf die staatlichen Wahlen bezüglichen Akte wird überhaupt erst durch den Willen der Rechtsordnung geschaffen,“ — so ist dies einfach nicht wahr, denn die physische Möglichkeit derselben, oder was dasselbe ist, die natürliche Freiheit, sie vorzunehmen, ist auch ohne Staat und Rechtsordnung vorhanden. Die Rechtsordnung verhält sich diesen Handlungen an sich, d. h. als bloß

1) a. a. O. S. 50.

natürlichen, rechtlich bedeutungslosen Vorgängen gegenüber nicht anders als zu allen anderen Handlungen: Sie fügt ihnen nicht mehr oder weniger hinzu, als sie eben überhaupt hinzuzufügen in der Lage ist: nämlich Rechtsfolgen. Nur weil JELLINEK unter der irrigen Vorstellung steht, daß es Handlungen seien, deren Möglichkeit erst durch die Rechtsordnung geschaffen werde, die gleichsam den Menschen erst durch die Rechtsordnung gegeben, gewährt, nicht, unabhängig von der Rechtsordnung bestehend, von dieser bloß geduldet, gestattet, erlaubt seien, kommt er zu dem irrigen Resultate: „Alle auf die Wahlen bezüglichen Handlungen der einzelnen enthalten kein Dürfen, sie sind vielmehr an sich, d. h. wenn man von ihrer Beziehung zu dem staatlichen Akt der Wahl¹⁾ absieht, wenn man also das in ihnen gewährte Können hinwegdenkt, nicht ein Dürfen enthaltende, sondern einfach rechtlich irrelevante Handlungen.“ Es ist schlechterdings nicht einzusehen, welcher Unterschied darin gelegen sein soll, ob das Beschreiben eines Blattes Papier durch die Rechtsordnung zu einer Testamentserrichtung oder (als Ausfüllung eines Wahlzettels) zu einem Wahlakte wird. In beiden Fällen ist seitens der Rechtsordnung nichts anderes geschehen, als daß an eine menschliche Handlung Rechtswirkungen geknüpft werden. Abstrahiert man von diesen Rechtswirkungen, die den Handelnden von der Rechtsordnung gewährt werden, d. h. abstrahiert man von der Beziehung zum Staate oder dem bezüglich dieser Handlung erteilten Können, d. h. der Fähigkeit der Handelnden, die Rechtsordnung durch ihre Akte in Bewegung zu bringen, der Fähigkeit, Handlungen mit Rechtswirkungen zu setzen, dann ist nicht nur der dem öffentlichen Rechte zugerechnete Akt des Wahlzettel-Ausfüllens, sondern ebenso auch der dem Privatrechte angehörige Vorgang einer letztwilligen Verfügung eine rechtlich irrelevante, weil von der Rechtsordnung nicht berücksichtigte, zur Rechtsordnung in gar keinem Verhältnis stehende Handlung. Es ist vollständig unbegreiflich, wie JELLINEK den privatrechtlichen Vorgang nach der Abstraktion des in Bezug auf ihn gewährten Könnens noch als rechtlich erlaubt (gedurft) und rechtlich relevant gelten lassen kann, da doch die diesem Akte von Natur aus innewohnende Beziehung auf einen anderen Menschen (derentwegen JELLINEK offenbar die übrig bleibende Qualität des Gedurft- und Relevantseins behauptet) keinesfalls eine rechtlich irgendwie qualifizierte sein kann; ja, eine solche Abstraktion des rechtlichen Könnens vom rechtlichen Dürfen und rechtlichen Relevant-

1) Sollte wohl richtiger: „zum Staate“ heißen, da doch diese Handlungen nach JELLINEK selbst der staatliche Akt der Wahl sind, und von der Beziehung zu sich selbst nicht abgesehen werden kann.

sein muß nach JELLINEKs eigenen Voraussetzungen als vollständig unmöglich bezeichnet werden, da JELLINEK selbst erklärt, daß ein Dürfen stets mit einem Können verbunden sein müsse und nur auf relevante Handlungen Bezug habe, so daß eine Handlung, die nicht gekonnt ist, auch nicht als gedurft und relevant bezeichnet werden kann.

Nur insoferne JELLINEK das „Gewähren“ der Rechtsordnung als die Schaffung neuer Handlungsmöglichkeiten deutet und die erst durch die Rechtsordnung ermöglichten Handlungen als die lediglich gekonnten, nicht auch gedurften Akte begreift, ist für ihn der Schein der Selbständigkeit des Könnens gegenüber dem Dürfen gewonnen; allein dieser Schein wird zerstört, wenn die allseitige und tiefergreifende Untersuchung seiner Konstruktion die Identität seines „Dürfens“ und „Könnens“ erweist. Ist die Identität dieser beiden Begriffe aber erwiesen, dann fällt die JELLINEKsche Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen subjektiven Rechten in sich zusammen und damit ist seiner gesamten Konstruktion der subjektiven öffentlichen Rechte, deren Wesen er darin erblickt, daß sie nur ein Können nicht auch ein Dürfen enthalten, die Basis entzogen.

XXVII. Kapitel.

Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze im weiteren Sinne.

Wenn auch die übliche Einteilung in öffentliches und Privatrecht abgelehnt werden muß, so ist die Grenzlinie, die sie durch die Rechtssätze zieht — allerdings in einem anderen Sinne, als der fraglichen Einteilung innewohnt, nicht bedeutungslos. Denn als Privatrecht werden alle jene Rechtssätze zusammengefaßt, die einen Willen des Staates zu einer besonderen Unrechtsfolge: der Exekution, beinhalten. Es ist die eine der beiden hier als Rechtssätze im engeren Sinne bezeichneten Gruppen von Normen des objektiven Rechtes, das in seiner Gesamtheit aus Rechtssätzen im weiteren Sinne besteht, die den Willen des Staates zu irgendeiner Handlung beinhalten. Da der öffentliche Charakter aller Rechtssätze

außer Zweifel steht, somit alle Rechtssätze im weiteren Sinne publizistischer Natur sind, müssen die von der herrschenden Terminologie zum „Privatrecht“ gezählten Rechtssätze im engeren Sinne, nicht als eine dem öffentlichen Rechte gegenüberstehende Gruppe, sondern nur als eine Unterabteilung desselben, als ein Spezialfall der Rechtssätze im weiteren Sinne angesehen werden. Alle Rechtssätze wären öffentliches Recht, gewisse Rechtssätze, nämlich die den Willen des Staates zur Exekution beinhaltenden, auch Privatrecht. Öffentliches und Privatrecht sind somit nicht einander ausschließende Begriffe, sondern der erstere schließt den letzteren in sich ein; wobei betont werden muß, daß die Bezeichnungen „öffentlich“ und „privat“ keineswegs das Wesen dieser Abgrenzung, deren inneren Grund treffen. Auch kann diese Scheidung der Rechtssätze nicht als eine Haupt-einteilung gelten. Denn sie trennt zwei Gruppen von Rechtssätzen, die miteinander mehr Gemeinsames haben als mit den übrigen Rechtssätzen. Die Rechtssätze im engeren Sinne nämlich, deren eine Gruppe die als Privatrecht geltenden Exekutionsrechtssätze, deren zweite Gruppe die Strafrechtssätze sind, heben sich von den übrigen Rechtssätzen im weiteren Sinne dadurch prägnant ab, daß sie neben einer Rechtspflicht des Staates auch Rechtspflichten der anderen Personen, d. h. der Untertanen statuieren, während die übrigen Rechtssätze (im weiteren Sinne) lediglich die Rechtspflicht des Staates zu einer (nicht in einer Unrechtsfolge: Strafe oder Exekution, bestehenden) Handlung normieren.

Schon bei der Entwicklung des Begriffes der Rechtspflicht, jener besonderen subjektiven Relation des Rechtssatzes, wurde darauf hingewiesen, daß eine formale Unterscheidung der Rechtssätze sich aus der Verschiedenheit der Formel ergebe, nach der sich die Subjektivierung des Rechtssatzes einmal zur Rechtspflicht des Staates, das andere Mal zur Rechtspflicht der übrigen Subjekte vollzieht. Eben auf Grund dieses Kriteriums mußte die Grenzlinie innerhalb der Rechtssätze im weiteren Sinne dort gezogen werden, wo sich die Rechtssätze im engeren Sinne von den ersteren abheben. Denn von der Gesamtheit der Rechtssätze (d. h. aller Rechtssätze im weiteren Sinne) sind nur die einen Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge (Strafe oder Exekution) enthaltenden Rechtssätze im engeren Sinne jener besonderen Relation fähig, in welcher der Rechtssatz als Rechtspflicht der Untertanen erscheint. Die sekundäre Natur des subjektiven Rechtes der subjektiven Pflicht gegenüber — jedes subjektive Recht des einen geht nur auf Pflicht des anderen, wobei kein Recht ohne korrespondierende Pflicht, wohl aber eine Pflicht ohne ein Recht bestehen kann, da nur die Pflicht, nicht auch das Recht die notwendige

subjektive Relation des Rechtssatzes ist — diese sekundäre Natur des subjektiven Rechtes bringt es mit sich, daß eine selbständige Einteilung der Rechtssätze nach dieser Richtung hin nicht an erster Stelle stehen kann, sondern sich lediglich derjenigen anschließt, die nach der Subjektivierungsformel der Rechtssätze zur Pflicht durchgeführt wird. Das kommt schon darin zum Ausdruck, daß die Einteilung der Rechtssätze, je nach dem, ob sie Pflichten des Staates oder auch Pflichten der übrigen Subjekte statuieren, nicht analog vom Gesichtspunkt der subjektiven Rechte aus, in dem Sinne also durchführbar ist, ob die Rechtssätze subjektive Rechte des Staates oder solche anderer Personen normieren. Denn die maßgebende Verschiedenheit in der Konstruktion der als subjektives Recht geltenden Relation des Rechtssatzes richtet sich nicht nach dem Subjekte des Rechtes, sondern nach dem Subjekte der Pflicht, auf welche das subjektive Recht gerichtet ist. Die Rechtssätze lassen sich nämlich nicht so sehr in solche teilen, die subjektive Rechte des Staates, und in solche, die subjektive Rechte der übrigen Personen normieren, sondern vielmehr in solche, die subjektive Rechte gegen den Staat, d. h. auf Pflichten des Staates, und solche, die subjektive Rechte gegen andere Personen, d. h. auf Pflichten anderer Personen einräumen.

Subjektive Rechte gegen die Untertanen und zwar sowohl des Staates, als auch der übrigen Subjekte, ergeben sich nur aus Rechtssätzen im engeren Sinne, da nur diese subjektive Pflichten der Untertanen normieren. Unerörtert blieb bisher die Frage, ob nicht nur diese Rechtssätze im engeren Sinne, sondern auch die übrigen, nicht speziell den Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge enthaltenden Rechtssätze jener besonderen Relation fähig sind, die den Rechtssatz als subjektives Recht erscheinen läßt. Da diese Rechtssätze lediglich Pflichten des Staates statuieren und nicht auch solche der Untertanen, ist nunmehr zur Frage gestellt, wie die Konstruktion jener subjektiven Rechte zu denken ist, die dem Untertanen gegen den Staat zukommen. Nur Rechte gegen den Staat können nämlich jene Rechtssätze gewähren, die nicht den Willen des Staates zur Strafe oder Exekution enthalten, die nicht Rechtssätze im engeren Sinne sind, während die letzteren neben den Rechten der Untertanen gegen den Staat auch solche der übrigen Subjekte untereinander gewähren können.

Die Entscheidung der Frage, ob subjektive Rechte gegen den Staat überhaupt möglich, und wenn dies der Fall ist, wie sie zu konstruieren sind, muß von der Erkenntnis des formalen Unterschiedes ausgehen, der zwischen der Rechtspflicht des Staates und der Rechtspflicht der übrigen Subjekte besteht und der in der Tat-

sache wurzelt, daß ein Unrecht des Staates juristisch nicht denkbar ist, während die Verpflichtung der übrigen Subjekte geradezu auf der Möglichkeit dieses Unrechtes aufgebaut ist¹⁾. Wollte man das Wesen alles subjektiven Rechtes darin erblicken, daß die Realisierung der auf die Rechtsverletzung gesetzten Unrechtsfolgen von dem verletzten Berechtigten abhängig gemacht ist, wollte man also — wie manche Autoren — in der Möglichkeit einer Rechtsverfolgung, die ja ihrem innersten Wesen nach stets nur eine Unrechtsverfolgung sein kann, die Natur des subjektiven Rechtes sehen, dann könnte von einem Rechte gegen den Staat folgerichtig niemals die Rede sein. Von einem solchen Standpunkte aus wäre ein subjektives Recht gegen den Staat nicht nur theoretisch unkonstruierbar, sondern auch angesichts der Unmöglichkeit staatlichen Unrechtes, d. h. einer Rechtsverletzung seitens des Staates praktisch bedeutungslos.

Dennoch findet man in der neueren Literatur nicht selten eine Konstruktion, derzufolge ein subjektives Recht des Untertanen gegen den Staat gerade nur insofern angenommen wird, als die Möglichkeit einer Rechtsverfolgung auch gegen den Staat gegeben sei, welche Möglichkeit stets dann als gegeben betrachtet wird, wenn dem Untertanen im Falle der Verletzung einer ihm gegenüber bestehenden Rechtspflicht des Staates ein Rechtsmittel (*actio* oder Beschwerde) und ein zur Durchführung dieses Rechtsmittels geordnetes Verfahren gewährt ist. Als typisches Beispiel kann das subjektive Wahlrecht dienen, wegen dessen Verletzung dem Berechtigten regelmäßig ein besonderes Rechtsmittel, Beschwerde, Verwaltungsklage etc. gewährt wird, über das vor einer besonderen Staatsbehörde, Verwaltungsgericht etc. zu verhandeln ist.

Allein, diese auf den ersten Blick scheinbar gegebene Analogie zu dem gewöhnlichen subjektiven Rechte gegen Untertanen mit seiner *actio* und dem dazu gehörigen Verfahren der Gerichtsbehörden ist bei näherem Zusehen nicht vorhanden.

Denn zunächst ist die Anstellung des Rechtsmittels, der Beschwerde oder Verwaltungsklage, nicht, wie bei der Geltendmachung des subjektiven Rechtes gegen Untertanen, die Voraussetzung für die Realisierung irgendeiner Unrechtsfolge gegen den Verpflichteten, den Staat. Es ist unsinnig anzunehmen, daß die Staatsperson sich selbst strafen oder gegen sich selbst eine Exekution, d. h. die Erzwingung irgendeiner Leistung vornehmen könne. Denn all das setzte die Zwiespältigkeit eines Willens voraus, auf dessen Einheit-

1) Vgl. oben S. 446 f.

lichkeit die ganze Konstruktion einer Staatsperson beruht. Das wegen Verletzung eines Rechtes gegen den Staat angestellte Verfahren führt nicht zu einem als Unrechtsfolge charakterisierten Handeln des Staates, wie Strafe oder Exekution, sondern endet in einem Akte, der im Verfahren zur Geltendmachung von Rechten gegen Untertanen etwa dem Urteile entspricht: in der behördlichen Konstatierung, daß die vom Kläger oder Beschwerdeführer behauptete Rechtspflicht des Staates bestehe und nicht erfüllt und eventuell, daß das Verhalten der zur Realisierung der betreffenden Staatspflicht berufenen Behörde rechtswidrig sei. Ob dieser Konstatierung, dem Urteile des Verwaltungsgerichtes eine den rechtswidrigen Akt des Staatsorganes kassierende Wirkung zukommt oder ob es zu diesem Zwecke noch eines anderen Staatsaktes bedarf, ist für die Konstruktion nicht von Belang. Jedenfalls muß der Wille des Staates, seine bisher unerfüllt gebliebene Pflicht zu realisieren, nicht erst nach der behördlichen Konstatierung derselben, sondern auch schon vorher angenommen und die Verletzung dieser Pflicht, das Unrecht, nicht dem Staate, sondern ausschließlich dem Staatsorgane zugerechnet werden, das in Verletzung seiner Amtspflicht die Staatspflicht unerfüllt ließ, zu deren Realisierung es berufen war. Wenn eines Wahlberechtigten Stimmzettel von der staatlichen Wahlbehörde nicht angenommen wurde, dann hat nicht der Staat, sondern die Wahlbehörde das Wahlrecht des Untertanen verletzt (d. h. die Rechtspflicht des Staates zur Entgegennahme und entsprechenden Behandlung des Wahlzettels unerfüllt gelassen), das eingeleitete Verfahren richtet sich darum auch nicht gegen den Staat, sondern das pflichtwidrige Staatsorgan. Geradeso wie sich im Zivilprozesse die Berufung an die nächsthöhere Instanz nicht gegen den Staat oder einen Staatsakt, sondern lediglich gegen ein Staatsorgan, resp. dessen rechtswidriges Verhalten richtet, da die jeder Berufung zu Grunde liegende Behauptung eines Unrechtes schon an sich den Sinn hat, daß es nicht des Staates Wille war, der durch die angefochtene Entscheidung der Behörde realisiert werden sollte, daß der Staat in der Rechtsordnung etwas anderes wolle, daß also der angefochtene Akt der Behörde nicht dem Staate zugerechnet werden könne.

Gründet man das subjektive Recht gegen den Staat auf der Möglichkeit einer Rechtsverfolgung gegen den Staat, dann ist mit dem Wegfall der letzteren das erstere ausgeschlossen. Man kann dem Wähler subjektives Recht auf Entgegennahme und Behandlung des Stimmzettels seitens des Staates nicht deshalb zusprechen, weil ihm mangels dieses Verhaltens des Staates ein Rechtsmittel, die Möglichkeit einer Rechtsverfolgung gewährt ist, weil diese

Rechtsverfolgung sich nicht gegen den Staat richtet, dem das bestehende Unrecht nicht zugerechnet werden kann.

Aber auch ein subjektives Recht gegen das Staatsorgan kann nicht angenommen werden, da die Pflichterfüllung, auf die ja das Recht geht, nicht dem Staatsorgane, sondern dem Staate zugerechnet wird. (Nur die Zurechnung der Pflichtverletzung macht bei der Person des Staatsorganes Halt). Auch führt die Anstellung der Klage oder Beschwerde nicht zu einer Unrechtsfolge für das Staatsorgan. Um ein subjektives Recht gegen das Staatsorgan zu haben, müßte dem Berechtigten die Verfügung über den das Staatsorgan verpflichtenden Disziplinarrechtssatz zustehen, müßte die Anstellung der Klage eine Voraussetzung für den Eintritt der Disziplinarunrechtsfolgen sein; das ist jedoch nicht der Fall.

Als subjektives Recht gegen den Staat kann nach den allgemeinen hier für den Begriff des subjektiven Rechtes angenommenen Konstruktionsprinzipien nur der den Staat verpflichtende Rechtssatz in seiner besonderen Beziehung zu einem Subjekte gelten; und diese Beziehung kann, wenn sie möglich ist, nur eine derartige sein, daß der den Staat verpflichtende Rechtssatz dem Berechtigten in der Weise zur Verfügung gestellt ist, daß die Erfüllung des im Rechtssatze ausgesprochenen, die Rechtspflicht des Staates darstellenden Willens von dem Berechtigten abhängig gemacht ist. Und dies ist im allgemeinen durchaus möglich.

Schon bei den Rechtssätzen im engeren Sinne wurde angedeutet, daß dem Rechtssubjekte dadurch, daß die Realisierung der Unrechtsfolge von seiner Klage abhängig gemacht wird, nicht nur ein subjektives Recht gegen den durch den Rechtssatz verpflichteten Untertanen, sondern auch ein subjektives Recht gegen den durch den Rechtssatz gleichfalls verpflichteten Staat eingeräumt wird. Da der Wille des Staates zu strafen oder zu exequieren seinen spezifischen Charakter einer Unrechtsfolge nur dem damit bedrohten Untertanen, nicht aber dem Staate gegenüber hat, für den dieser Wille so wie jeder andere in einem Rechtssatze ausgedrückte in Betracht kommt, so kann auch jeder andere Rechtssatz, d. h. also alle Rechtssätze im weiteren Sinne, gleichgültig, ob sie einen Willen des Staates, Schulen zu bauen, Unterricht zu erteilen, Arme zu unterstützen, Spitäler zu erhalten etc. etc., beinhalten, in jener subjektiven Relation zu einem Rechtssubjekte stehen, wenn nur dieser Wille des Staates von dem Rechtssubjekte abhängig gemacht ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Rechtssatz, der den Staat zur Armenunterstützung verpflichtet, nicht bloß die objektiven Momente der Mittellosigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Staatsbürgerschaft etc., son-

dem auch das Ansuchen der Partei um die staatliche Armenunterstützung zur Bedingung des bezüglichen staatlichen Willens macht, so daß die Armenunterstützung dem Bedürftigen nicht *ex officio*, nicht ohne sein Verlangen zu erteilen ist. Das Analoge liegt vor, wenn der Staat die Verleihung einer Gewerbekonzession an das vorherige Ansuchen der Partei knüpft und nicht etwa schon die bloße Erfüllung gewisser persönlicher und sachlicher Voraussetzungen als Bedingung dafür statuiert, daß die Ausübung eines Gewerbes nicht mit Strafe bedroht sei. Ein subjektives Recht auf einen Gewerbebetrieb liegt wörtlich genommen niemals vor, weil ein subjektives Recht niemals auf eigenes Verhalten, sondern stets nur auf fremde Pflicht geht. Das subjektive Gewerberecht kann auf eine pflichtmäßige Leistung des Staates gehen, wenn diese Leistung des Staates in der Rechtsordnung von der Verfügung des Berechtigten abhängig gemacht ist. Das ist der Fall, wenn die straflose Ausübung eines Gewerbes von der Erteilung einer staatlichen Konzession und die Erteilung der Konzession, abgesehen von gewissen objektiven Bedingungen auch von dem Verlangen der Partei abhängig gemacht ist. Hier liegt ein subjektives Recht auf Erteilung der Konzession vor. Begnügt sich dagegen die Rechtsordnung, zu bestimmen, daß die Ausübung eines Gewerbes ohne Erfüllung bestimmter Qualifikationen zu strafen sei, (positiv, allerdings unjuristisch ausgedrückt: daß die Ausübung eines Gewerbes nur bei Erfüllung gewisser objektiver Qualifikationen „erlaubt“ sei) dann ist ein subjektives Gewerberecht in keiner Weise dem Staate gegenüber vorhanden. Denn es könnte nur auf ein Unterlassen des Staates gehen — was, wie an anderer Stelle bereits gezeigt, juristisch unkonstruierbar ist — und ganz abgesehen davon läge keine Möglichkeit vor, den objektiven Rechtssatz einem Gewerbetreibenden zu subjektivieren, d. h. als subjektives Recht des Gewerbetreibenden erscheinen zu lassen.

Wenn — um ein anderes Beispiel zu führen — der Staat in der Rechtsordnung verpflichtet wird, unter bestimmten Bedingungen, z. B. bei einer bestimmten Bevölkerungszahl in einer Gemeinde eine Schule zu errichten, dann liegt ein subjektives Recht der Gemeinde auf Errichtung einer Schule dem Staate gegenüber nur dann vor, wenn der in der Rechtsordnung erklärte Wille des Staates, unter bestimmten objektiven Voraussetzungen eine Schule zu errichten, auch von der Zustimmung, dem Verlangen, dem „Willen“ der Gemeinde abhängig gemacht ist. Wenn der Staat die Schule ohne jede Rücksicht auf das Verlangen, d. h. ohne jede Mitwirkung der Gemeinde zu errichten verpflichtet ist, dann ist kein Anlaß gegeben, den den Staat zur Schulerrichtung verpflichtenden Rechts-

satz als Recht der Gemeinde zu erkennen, es fehlt an der Subjektivierungsmöglichkeit.

Diese besteht in allen Fällen darin, daß der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates zu irgendeinem Handeln von einem besonderen Akte des Berechtigten abhängig gemacht ist. Dieser Akt stellt sich als eine Äußerung des Rechtssubjektes dar, deren Inhalt stets dahin geht, daß der Staat aufgefördert wird, dasjenige zu tun, wozu er unter der Bedingung, daß diese Äußerung des Rechtssubjektes erfolgt, verpflichtet ist. Der den Staatswillen bedingende Akt des Berechtigten ist bald eine Klage, wenn damit nicht nur eine Pflicht des Staates, sondern auch eines anderen Subjektes geltend gemacht wird; dagegen ist nicht als ein subjektives Recht gegen den Staat begründend die Klage oder Beschwerde oder das sonstwie genannte Rechtsmittel zu betrachten, das dann gegeben ist, wenn es sich lediglich um Nichterfüllung einer Staatspflicht durch ein Organ und nicht auch um Verletzung einer Pflicht seitens eines anderen Subjektes handelt. Denn in diesem Falle ist der Akt der Rechtsverfolgung des Individuums nicht die Voraussetzung, an welche der Wille des Staates zu jenem Verhalten gebunden ist, das den Inhalt der nicht erfüllten Pflicht des Staates bildet; vielmehr ist dieser Wille des Staates auch vor Anstellung des Rechtsmittels vorhanden. Der den Staat verpflichtende Rechtssatz steht nicht in jener Relation zu dem Individuum, derzufolge er als dessen subjektives Recht erscheinen könnte. Dagegen wird eine solche Relation begründet durch Akte des Individuums, die sich darstellen als Gesuch um Erteilung einer GewerbeKonzession, um Errichtung einer Schule etc. etc. unter den oben angeführten Voraussetzungen.

Eine einheitliche Bezeichnung für alle diese den im Rechtssatze erklärten Staatswillen zu einem Handeln bedingenden Akte des Untertanen, durch die der Rechtssatz in die Relation eines subjektiven Rechtes zu dem letzteren gesetzt wird, gibt es in der gegenwärtigen Literatur nicht, weil die gemeinsame Bedeutung dieser Akte bisher nicht erkannt war. Wenn hier für dieselben der Terminus „Anspruch“ vorgeschlagen wird, so geschieht dies zwar im Bewußtsein der vielfach anderen Bedeutungen, die mit diesem Worte derzeit verbunden werden, aber aus der Überlegung heraus, daß die Wahl eines völlig neuen Wortes von zweifelhaftem Erfolg ist, das Wort „Anspruch“ aber wenigstens schon für ähnliche oder verwandte Beziehungen in Verwendung steht und, seiner wörtlichen Bedeutung nach, den damit zu bezeichnenden Vorgang völlig deckt. Denn durch jeden den im Rechtssatze erklärten Staatswillen zu irgendeinem Handeln bedingenden Akt, durch den der den Staat verpflichtende Rechtssatz zum

subjektiven Rechte einer Person gegen den Staat wird, wird der Staat „angesprochen“, seine nunmehr aktuelle Pflicht zu erfüllen. Durch die Aufnahme des „Anspruches“ unter die den Willen des Staates im Rechtssatze bedingenden Voraussetzungen wird der Rechtssatz in jene besondere Relation zu dem den Anspruch erhebenden Subjekte gesetzt, derzufolge der Rechtssatz als subjektives Recht dieser Person erscheint. Schon aus dieser Formulierung erhellt, daß die Existenz von subjektiven Rechten auf keine besondere „gewährende“ Funktion der Rechtsordnung zurückgeführt werden muß. Materiell mag ja eine solche „Gewährung“ von subjektiven Rechten immerhin vorliegen. Für die formal-juristische Betrachtung ist das ein subjektives Recht begründende Moment in der Aufnahme des Anspruches unter die den Staatswillen bedingenden Voraussetzungen des hypothetischen Rechtssatzes zu erblicken; ebenso wie bei der Verpflichtung das Verboten und Gebieten der Rechtsordnung nur das materielle Element, das heißt den Zweck des Rechtssatzes bezeichnet, dessen formale Funktion sich in der Bindung eines Staatswillens zur Unrechtsfolge an bestimmte Voraussetzungen erschöpft. Als Resultat ergeben somit die bisherigen Untersuchungen die folgende allgemeine Definition des subjektiven Rechtes der Untertanen und zwar sowohl dem Staate als den übrigen Subjekten gegenüber:

Das subjektive Recht der Untertanen ist der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Anspruch der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates zu irgendeinem Handeln abhängig gemacht ist.

Das subjektive Recht des Staates ist der Rechtssatz im Verhältnis des Staates zu allen anderen Personen, die durch den Rechtssatz verpflichtet werden.

So wie die Einheit des Pflichtbegriffes in der Einheit des Rechtssatzes gewahrt ist, als dessen eine und zwar notwendige subjektive Relation die Rechtspflicht des Staates wie der übrigen Personen erkannt wird¹⁾, so ist auch die Einheit des subjektiven Rechtsbegriffes in der Einheit des Rechtssatzes gewahrt, als dessen andere, jedoch nur mögliche subjektive Relation das subjektive Recht des Staates wie der übrigen Personen zu begreifen ist.

1) Vgl. oben S. 447.

C. Die subjektiven Rechte der Staatsorgane und das Recht auf Organstellung.

XXVIII. Kapitel.

Die verpflichtenden Rechte und berechtigenden Pflichten.

Nunmehr kann auch die Frage nach den subjektiven Rechten der Staatsorgane und dem sogenannten Rechte auf Organstellung in Untersuchung gezogen werden.

Dabei muß daran festgehalten werden, daß auch dieses subjektive Recht — wenn ein solches nachweisbar sein soll — nur als jene charakterisierte Relation eines verpflichtenden Rechtssatzes erkannt werden, daß auch dieses subjektive Recht nur auf die Rechtspflicht einer anderen Person gerichtet sein kann. Auch hier muß hervorgehoben werden, daß ein subjektives Recht auf eigenes Verhalten nach juristischen Begriffen unmöglich ist und daß daher ein Recht auf Organstellung im Sinne eines subjektiven Rechtes, die Organfunktionen vorzunehmen, an sich, d. h. ohne Beziehung auf eine korrespondierende Rechtspflicht einer anderen Person ebensowenig besteht wie ein Recht, eine Sache zu gebrauchen, ein Recht, über ein Grundstück zu gehen etc. Wie schon an anderer Stelle bemerkt, ist der juristisch einzig relevante und daher auch für den Begriff des subjektiven Rechtes in Betracht kommende Tatbestand nicht das eigene Verhalten des Berechtigten, sondern die Pflicht eines gegenüberstehenden Subjektes (resp. der verpflichtende Rechtssatz) in der besonderen Verbindung durch den Anspruch. Die Notwendigkeit, das subjektive Recht nicht auf das eigene Verhalten, sondern auf die korrespondierende Pflicht eines anderen zu richten, geht ja auch aus dem von der herrschenden Lehre allgemein anerkannten Prinzip hervor, demzufolge alles Recht Beziehung zwischen Personen ist. Daraus folgt aber, daß in dem Begriffe des subjektiven Rechtes einer Person diese Beziehung zu einer anderen zum Ausdruck gelangen muß.

Fragt man nun, gegen welche Person ein sogenanntes subjektives Recht auf Organstellung gerichtet, wer das Subjekt sein könnte, dessen Rechtspflicht gegenüber ein subjektives Recht der Staatsorgane besteht, so muß die Antwort lauten: der Staat. Allein, es läßt sich in der Regel keine Rechtspflicht des Staates finden, auf deren Erfüllung dem Organe dadurch ein Recht zustände, daß die Realisierung des

im Rechtssatze erklärten, die Staatspflicht darstellenden Willens von dem Anspruche des Organes abhängig gemacht ist. Eine korrespondierende Pflicht des Staates könnte — von einer später zu behandelnden Ausnahme abgesehen — zunächst nur eine Duldung der Tätigkeit des Organes, eine Unterlassung von störenden Eingriffen in die Tätigkeit des Organes zum Inhalte haben, könnte nur eine Unterlassungspflicht sein; die Unmöglichkeit von staatlichen Unterlassungspflichten ist aber schon an anderer Stelle dargetan und gezeigt worden, weshalb alle Rechtspflicht des Staates nur auf ein Handeln gerichtet sein muß.

Wenn somit von dem „Rechte“ eines Organes auf seine Funktion die Rede ist, wenn man von dem „Rechte“ des Richters, ein Urteil zu fällen, eine Strafe zu verhängen, oder davon spricht, daß ein Verwaltungsbeamter „berechtigt“ sei, irgendeinen Verwaltungsakt zu setzen, etc. etc., so kann dies nur in dem populären und unjuristischen Sinne geschehen, den das Wort „Recht“ und „berechtigt“ so leicht und so gerne annimmt. Während die als subjektive Privatrechte bezeichneten Rechte auf ein eigenes Verhalten, z. B. das sogenannte Recht des Eigentümers, des Usufruktuars oder sonstiger dinglich Berechtigter im Verhältnis zu ihrer Sache wenigstens die Kehrseite eines juristischen Tatbestandes erfassen, indem ja entsprechende Rechtspflichten gegenüberstehender Personen bestehen, nämlich die Pflichten, die „berechtigten“ Handlungen des Eigentümers, Usufruktuars, Mieters etc., zu dulden, d. h. Störungen derselben zu unterlassen, und somit wenigstens die Möglichkeit von subjektiven Rechten der letztgenannten Personen auf diese Pflichten gegeben ist und diese Rechte bei Bestand eines Anspruches auch tatsächlich vorhanden sind, fehlt es bei einem eventuellen Rechte auf Organstellung an einer korrespondierenden Rechtspflicht des Staates. Die Rechtsstellung des Staatsorganes läßt sich in der Regel nur als Pflichtverhältnis charakterisieren. Ein die Organfunktionen betreffendes subjektives Recht der Staatsorgane ist — von der eigenartigen Ausnahmstellung eines besonderen Organes abgesehen — im allgemeinen nicht nachweisbar¹⁾.

Insoferne die herrschende Lehre den Staatsorganen subjektive Rechte auf Organstellung abspricht, ist ihr somit zuzustimmen. Allein, nicht deshalb können selbständige subjektive Rechte der Staatsorgane nicht anerkannt werden, weil den Staatsorganen dem

1) Die erwähnte Ausnahme bildet die Stellung des Monarchen, deren juristische Konstruktion aus später zu untersuchenden Gründen von der aller anderen Organe wesentlich differiert. Vgl. darüber unten S. 684 ff.

Staate gegenüber keine selbständige Persönlichkeit zukommt, sondern obgleich die Staatsorgane nicht Träger von subjektiven Rechten sind, kommen sie dennoch als Subjekte von Rechtspflichten und zwar Organpflichten und daher als Personen im Rechtssinne in Betracht.

Von dem allgemeinen Grundsatz, daß Staatsorgane keine subjektiven Rechte haben, werden in der herrschenden Lehre gewöhnlich einige Ausnahmen gemacht. Man nimmt nämlich an, daß der Wähler und in der konstitutionellen Monarchie auch der Monarch, mitunter auch daß die Selbstverwaltungskörper zwar Staatsorgane seien, dennoch ein subjektives Recht auf ihre Organstellung hätten. Diese subjektiven Rechte pflegt man in die Gruppe der sogenannten verpflichtenden Rechte oder berechtigenden Pflichten einzureihen; es ist daher notwendig die Struktur dieses letzteren juristischen Gebildes näher zu untersuchen, bevor die Rechtsstellung des Wählers und des Monarchen dargestellt werden soll.

Die Annahme, daß es Rechte gebe, die zugleich Pflichten seien, und Pflichten, die sich auch als Rechte darstellen, beruht letztlich auf der Anschauung des subjektiven Rechtes als eines „Dürfens“ (Handeln- oder Wollen-Dürfens), dem gegenüber die Pflicht als „Sollen“ in Betracht kommt. Die berechtigenden Pflichten oder verpflichtenden Rechte beziehen sich nämlich auf Handlungen die gedurft und zugleich gesollt werden.

Das gegenseitige Verhältnis von Sollen und Dürfen gestaltet sich verschieden, je nach dem Umfange, den man dem Begriffe des Dürfens gibt. Dieser kann aber in einer zweifachen Weise abgegrenzt werden.

Sollen und Dürfen sind Kategorien menschlichen Verhaltens im Verhältnis zu einer normierenden Autorität, denn nur in Relation zu einer übergeordneten Autorität wird eine Handlung gesollt oder gedurft. Denkt man sich die Autorität weg, läßt sich das Verhalten der Menschen, lassen sich deren Handlungen und Unterlassungen nicht mehr in dieser Weise qualifizieren: Sie sind weder gedurft noch gesollt. Da sich das Sollen und Dürfen auf Handlungen sowohl, wie Unterlassungen bezieht, so muß hervorgehoben werden, daß es zur Voraussetzung einer logischen Beurteilung der Begriffe gehört, daß innerhalb derselben autoritativen Ordnung nicht eine Handlung und zugleich deren Unterlassung als gesollt gilt. Was geboten ist, kann innerhalb derselben Ordnung nicht gleichzeitig verboten sein. Doch ist eine derartige Konkurrenz verschiedener Ordnungen, unter denen das Individuum steht — wie z. B. der staatlichen

und religiösen — durchaus möglich. Ein logisches Verhältnis der fraglichen Begriffe kann daher nur unter der Voraussetzung einer einzigen Ordnung hergestellt werden.

Während das Sollen einer Handlung unvereinbar ist mit dem Sollen ihrer Unterlassung, ist das „Dürfen“ einer Handlung durchaus nicht unvereinbar mit dem Dürfen ihrer Unterlassung, ja es gehört geradezu zum Wesen des Gedurftseins einer Handlung, daß auch deren Unterlassung gedurft ist. Das hängt mit folgendem zusammen. Betrachtet man das Verhältnis der menschlichen Handlungen und Unterlassungen zur ordnenden Autorität unter dem Gesichtspunkt des Zweckes, dann ist nur ein Doppeltes möglich: Entweder die ordnende Autorität wünscht, beabsichtigt d. h. bezweckt, daß eine Handlung oder Unterlassung des Individuums eintrete, dann wird diese Handlung oder Unterlassung geboten, m. a. W., die Handlung, die bezweckt ist, wird geboten, und verboten die Handlung, deren Unterlassung bezweckt ist. In welcher Form, durch welche Mittel diese Absicht, der Zweck der Ordnung realisiert wird, ist hier — wo es sich um die materielle und nicht die formelle Seite handelt — gleichgültig.

Wenn aber die ordnende Autorität weder eine Handlung noch deren Unterlassung bezweckt, dann ist ihr diese Handlung oder deren Unterlassung gleichgültig. Sie nimmt ihr gegenüber überhaupt keine spezifisch ordnende, autoritäre Stellung ein, sie gebietet weder, noch verbietet sie, vielmehr überläßt sie es dem Individuum, ob es diese Handlung setzen oder unterlassen will. Diese Handlung oder Unterlassung ist im Verhältnis zur autoritären Ordnung irrelevant.

Die von der autoritären Ordnung gebotenen Handlungen oder Unterlassungen der Menschen sind Gegenstand des Sollens, während die übrigen Handlungen und Unterlassungen in den Bereich des Dürfens gehören.

Nach dieser Abgrenzung der beiden Begriffe bedeutet Dürfen soviel, wie in Bezug auf ein Handeln oder Unterlassen frei, d. h. von der betreffenden autoritären Ordnung frei sein, Sollen soviel, wie durch diese Ordnung gebunden sein. Der Mensch „darf“ demnach in Bezug auf eine Handlung, wenn es völlig in seinem Belieben steht, diese Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, andernfalls besteht in Bezug auf diese Handlung oder Unterlassung ein Soll. Sollen und Dürfen schließen sich somit aus. Ein menschliches Verhalten kann nicht zugleich gesollt und gedurft sein, weil es für die ordnende Autorität nicht bezweckt und doch zugleich gleichgültig sein, weil der Mensch in Bezug auf dasselbe Verhalten

nicht zugleich gebunden und frei sein kann. Faßt man das subjektive Recht als ein „Dürfen“ der Rechtsordnung gegenüber auf, die Rechtspflicht als ein durch die Rechtsordnung statuiertes Sollen, dann sind Rechte, die zugleich Pflichten, oder Pflichten, die zugleich Rechte sind, unmöglich. Zur Beurteilung der Konstruktion, die das subjektive Recht als Handeln-„dürfen“ gelten läßt, sei hier ferner darauf aufmerksam gemacht, daß das „Dürfen“ mit dem Kreis des für die Rechtsordnung Gleichgültigen, also rechtlich Irrelevanten zusammenfällt und somit ein derartiger Begriff des subjektiven Rechtes lediglich außerrechtliche Elemente erfaßt! Dazu sei weiter bemerkt, daß eine besondere diesem subjektiven Dürfen entsprechende Funktion der autoritären Ordnung — sowie das Gebieten zum Sollen — nicht eruierbar ist. Wollte man eine solche mit „Erlauben“ bezeichnen, so muß man sich vergegenwärtigen, daß ein „Erlauben“ der autoritären Ordnung nur den rein negativen Sinn hätte, daß die Ordnung in Bezug auf ein bestimmtes Verhalten der Menschen nicht gebiete oder verbiete, m. a. W., daß sie dieses Verhalten nicht in den Kreis ihrer Normierung gezogen habe.

Allein, im Sprachgebrauche wird dem Begriffe des Dürfens noch ein anderer, weiterer Umfang gegeben, als der eben entwickelte. Man versteht nämlich unter Dürfen alles, was nicht verboten ist, so zwar, daß in den Kreis des Dürfens nicht nur die irrelevanten, sondern auch die gebotenen Handlungen und Unterlassungen fallen, während außerhalb des „Dürfens“ nur die verbotenen stehen; weshalb nach dieser Begriffsabgrenzung Nicht-dürfen und Verboten-sein identisch sind. Bei einem derartigen Verhältnis von Dürfen und Sollen, bei welchem der eine Begriff in dem anderen enthalten ist, indem der Begriff „Sollen“ in den Begriff des Dürfens fällt, ist die Möglichkeit von Handlungen, die zugleich gedurft und gesollt sind, ohne weiteres gegeben. Faßt man daher das subjektive Recht als rechtliches Dürfen, das rechtliche Dürfen aber als ein rechtliches Nicht-Verboten-sein, dann gibt es zweifellos subjektive Rechte, die zugleich Pflichten sind.

Eine innere Berechtigung kann jedoch dieser Begriffsabgrenzung von Dürfen und Sollen nicht zugesprochen werden. Denn der Inhalt des Begriffes Dürfen ist durchaus unhomogener Natur. Zwei gänzlich verschiedene, gerade in Beziehung zur autoritären Ordnung wesensungleiche Arten von Elementen sind in dem durch ein rein negatives Moment bestimmten Umfang des Begriffes zusammengefaßt; nämlich 1. die von der autoritären Ordnung gebotenen und 2. die für diese Ordnung irrelevanten Handlungen und Unterlassungen. Faßt man speziell die Rechtsordnung ins Auge, so erfaßt

ein derartiger Begriff des rechtlichen Dürfens nur zum Teile rechtlich relevante Tatsachen, ist eigentlich nur zum Teile ein Rechtsbegriff, und zwar gerade zu jenem Teile, der mit einem anderen Rechtsbegriffe identisch ist: dem rechtlichen Sollen. Auch die mit diesem Begriffe des Dürfens verbundene prinzipielle Trennung in ein Gebotenes und ein Verbotenes ist nicht am Platze; denn Gebieten und Verbieten sind nicht zwei verschiedene Funktionen der autoritären Ordnung, sondern beide sind ihrer Natur nach dasselbe; das Verbieten kann ebensogut als Gebieten, und das Gebieten als Verbieten formuliert werden, je nachdem man die Handlung oder ihr kontradiktorisches Gegenteil, die Unterlassung heranzieht: Eine gebotene Handlung ist eine verbotene Unterlassung und eine gebotene Unterlassung eine verbotene Handlung. Wenn einmal gebotene, d. i. gesollte Handlungen und Unterlassungen angenommen sind, dann ist die Annahme von verbotenen Handlungen und Unterlassungen eigentlich überflüssig, denn die gebotenen Unterlassungen sind dasselbe wie die verbotenen Handlungen und die gebotenen Handlungen fallen zusammen mit den verbotenen Unterlassungen. Die außerhalb des Dürfens gelegenen verbotenen Handlungen, und Unterlassungen kann man ruhig wegfällen lassen, ohne daß in der Klassifizierung des individuellen Verhaltens im Verhältnis zur autoritären Ordnung eine Lücke entstände. Faßt man Handlungen und Unterlassungen ins Auge, dann erschöpft sich die Funktion der autoritären Ordnung in einem Gebieten.

Die bedenklichste Konsequenz jener Begriffsbildung, derzufolge der Kreis des Sollens in den weiteren Kreis des Dürfens hineinfällt, besteht für diejenigen, die das subjektive Recht unter die Kategorie des „Dürfens“ stellen, darin, daß eben alles Sollen als Dürfen zu gelten hat, d. h. auf die Rechtsordnung angewendet: daß alle Pflichten auch Rechte seien.

Vom Standpunkte der hier vertretenen Lehre aus ist das subjektive Recht nicht als Dürfen erkannt. Insoferne das subjektive Recht die Verfügungsmöglichkeit über den Rechtssatz enthält, bedeutet das subjektive Recht für den Berechtigten materiell ein Können und zwar jedes subjektive Recht, nicht, wie JELLINEK behauptet, nur das öffentliche; und wenn JELLINEK erklärt, „das subjektive Recht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes besteht ausschließlich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen“¹⁾, so gilt dies nach der hier vertretenen Lehre wörtlich für

1) a. a. O. S. 51.

alle subjektiven Rechte.¹⁾ Was nach JELLINEK an „Dürfen“ in den sogenannten privaten subjektiven Rechten steckt, ist — sofern es nicht mit dem Können von vornherein identisch ist — rechtlich irrelevant.

Bevor die Frage aufgeworfen werden soll, wie sich auf Grund der hier vertretenen Konstruktion das Verhältnis von Recht und Pflicht gestaltet, und insbesondere, ob die Möglichkeit verpflichtender Rechte oder berechtigender Pflichten, d. h. von Rechten, die zugleich Pflichten, und Pflichten, die zugleich Rechte sind, gegeben ist, muß vorher zu einer Theorie Stellung genommen werden, die mit der hier vertretenen Konstruktion insofern eine gewisse Ähnlichkeit aufweist, als sie das subjektive Recht auch als ein „Können“ erklärt und gerade bezüglich des Verhältnisses von Recht und Pflicht zu manchen ähnlichen Resultaten gelangt wie die vorliegenden Untersuchungen.

1) Das gleiche gilt gegenüber der Definition, die OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I. S. 109/110 vom subjektiven öffentlichen Rechte gibt: „Wenn das subjektive Recht im Civilrechte grundsätzlich gleichwertige Rechtssubjekte voraussetzt, zwischen welchen es nun gemäß den besonderen Entstehungsgründen Machtkreise herstellt, so findet es auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes statt der allgemeinen Gleichberechtigung das Element rechtlicher Mehrwertigkeit, das alle Verhältnisse durchzieht, die öffentliche Gewalt. Wo diese unmittelbar im Spiele ist, ist ein subjektives Recht von vornherein nur denkbar im unmittelbaren Anschlusse an sie, in Gestalt eines Einflusses auf ihre Ausübung. Das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechtes kann nur bestehen in einer rechtlichen Macht über die öffentliche Gewalt selbst.“ Wenn man an Stelle des für die juristische Konstruktion nicht in Betracht kommenden Begriffes der „Gewalt“ den Begriff Staatswillen setzt — und die Staatsgewalt fällt für die rechtliche Perspektive mit dem in der Rechtsordnung erklärten Staatswillen zusammen — dann liegt materiell im Wesen jedes subjektiven Rechtes, auch des subjektiven Privatrechtes, eine Verfügungsmöglichkeit über die Rechtsordnung, d. h. über den in der Rechtsordnung erklärten Staatswillen. Damit fällt die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem subjektiven Rechte auch bei OTTO MAYER. Daß sein für die Einteilung des objektiven Rechtes aufgestelltes Kriterium: Die „Gleichberechtigung“ der Subjekte innerhalb des Privatrechtes und „das Element rechtlicher Mehrwertigkeit“, welches das öffentliche Recht durchzieht, abzulehnen ist, geht aus den im Texte durchgeführten Untersuchungen hervor. Die formal-juristische Konstruktion ist unfähig, Wertdifferenzen der Subjekte zum Ausdruck zu bringen. Was dem einen Subjekte gegenüber einem anderen einen Mehrwert verleiht: der Macht- oder Gewalt-Faktor, ist außerrechtlicher Natur; ganz abgesehen davon, daß die psychische Kausalität, die Motivation, in der allein sich der Macht- oder Gewalt-Faktor äußert, und auf welcher allein ein Über- und Unterordnungsverhältnis gegründet werden kann, nur einer kausal-explikativen, nämlich der soziologischen Betrachtung zugänglich ist und nur zwischen den gerade dieser Betrachtung spezifischen realen Einheiten: den Menschen, nicht aber jener normativ-juristischen (Zurechnungs-) Konstruktion: den Personen besteht.

Als ein „Können“ wird das subjektive Recht nämlich auch bei HOLD VON FERNECK¹⁾ erfaßt, allerdings in einem ganz anderen Sinne als oben dargelegt. Von seinem — bereits an anderer Stelle charakterisierten — psychologischen Standpunkte, von dem aus ihm das Recht (als objektive Macht) als Motiv im Verpflichteten erscheint, und auf Grund seines (dem hier vertretenen scharf entgegengesetzten) methodischen Prinzipes, demzufolge das Recht für die formale Konstruktion wesentlich nur unter dem Gesichtspunkte des Zweckes zu erfassen sei, gelangt HOLD VON FERNECK zu folgender Definition des subjektiven Rechtes: „Subjektiv berechtigt sein heißt sonach, dadurch eine Macht über einen Menschen üben, daß dieser durch ein Motiv von einem Tun abgehalten wird, das einem Interesse zuwiderläuft, welches der Gesetzgeber zu schützen strebt, und zwar durch ein Motiv, daß, wenn man alle Fälle überblickt, die pflichtwidrige Betätigung wenigstens regelmäßig hintanhält.“ Diese etwas weitläufige Definition kommt im Grunde auf dasselbe hinaus wie die IHERINGsche; tatsächlich sagt HOLD auch: „Subjektiv berechtigt sein heißt: Träger eines geschützten abstrakten Durchschnittsinteresses sein.“²⁾ Deutlicher noch als bei IHERING tritt hier das Unzulässige einer Konstruktion in die Erscheinung, die ein bloß regelmäßiges, nicht notwendiges Merkmal — wie das Interesse — in den Rechtsbegriff aufnimmt. Ausdrücklich erklärt HOLD: „Der einzelne wird auch gegen Eingriffe von Mitmenschen geschützt, wenn er momentan ein Interesse daran nicht hat. Ja, selbst wer das gegenteilige Interesse hätte, erscheint geschützt.“³⁾ Es komme gar nicht darauf an, es sei für das Recht völlig unwesentlich, ob im einzelnen Falle ein Interesse wirklich bestehe; „denn das Recht schützt nur Durchschnittsinteressen, da es nur den Durchschnittsmenschen erfaßt.“⁴⁾ Schon anlässlich der Kritik der IHERINGschen Definition wurde darauf hingewiesen, daß das Wort „Durchschnittsinteresse“ tatsächlich kein Interesse, sondern nur eine Relation von Interessen, nämlich die Tatsache bezeichnet, daß gewisse Interessen unter gewissen Verhältnissen regelmäßig vorkommen. Dasselbe gilt von der Bezeichnung „objektives“ Interesse, als welches IHERING dieses Durchschnittsinteresse gelten läßt.⁵⁾ Das „Interesse“ ist stets eine subjektive, d. h. individual-psychische Tatsache. „Es liegt ein objektives Interesse vor“ ist nur der unpräzise Ausdruck für die Tatsache (nicht für ein Interesse), daß nach Ansicht einer maßgebenden Autorität, des Gesetzgebers z. B., jemand normalerweise ein Interesse haben solle, weil eben unter den gleichen Verhältnissen regelmäßig ein Interesse vorliege. Wenn HOLD sagt: „Interesse im objektiven

1) a. a. O. S. 116 ff.

2) a. a. O. S. 126.

3) a. a. O. S. 125.

4) a. a. O. S. 125.

5) a. a. O. S. 131.

Sinne ist das ‚wahre‘ Interesse, d. h. dasjenige, woran nach der Ansicht eines vom Interessenten verschiedenen Beurteilers richtigerweise ein subjektives Interesse bestehen sollte¹⁾, so gibt er ja selbst zu, daß das „objektive Interesse“ etwas anderes als ein „Interesse“ ist, nämlich etwas, woran ein Interesse bestehen sollte. Das ist aber kein Interesse, sondern ein Gut. Als Zweck der Rechtsordnung kann aber nicht der Schutz der Güter, sondern nur der Schutz der menschlichen Interessen, d. h. eben der subjektiven Interessen an diesen Gütern (Objekte, die ja nur durch das subjektive Interesse zu Gütern werden) gelten, darum hat ja auch HOLD gerade das Wort „Interesse“ und nicht das Wort „Gut“ gewählt. Wie dem immer auch sei, „Durchschnittsinteresse“, oder „objektives Interesse“ sind nur Abbreviatoren für eine Regel mit Ausnahmen und der Satz: Das Recht schützt „Durchschnittsinteressen“, bedeutet präzise ausgedrückt: Das Recht schützt regelmäßig aber nicht ausnahmslos individuelle Interessen, oder: Der durch das objektive Recht statuierte Schutz kommt regelmäßig, nicht ausnahmslos individuellen Interessen zugute; der Zweck des Rechtes, individuelle Interessen zu schützen, wird nur in der Mehrzahl der Fälle, nicht aber immer realisiert, so daß auch der Fall eines Rechtsschutzes ohne individuelles Interesse gegeben sein kann. Diesen und keinen anderen Sinn kann auch der HOLDsche Satz haben: „Nicht konkrete, sondern abstrakte, nicht individuelle, sondern generelle Interessen schützt das Recht.“²⁾ Denn es gibt keine anderen als konkrete und individuelle Interessen, und was als „Durchschnitts-“, „abstraktes“, „generelles“ oder „objektives“ Interesse bezeichnet wird, ist kein Interesse, sondern der Ausdruck für das Verhältnis regelmäßigen Vorkommens individueller, konkreter subjektiver Interessen unter gewissen Umständen. Die Ausdrucksweise, daß in einem gegebenen Falle zwar kein individuelles aber doch ein generelles oder Durchschnittsinteresse vorliege, darf nicht so gedeutet werden, als ob doch irgend etwas vorliege, das Interesse genannt werden könne. Gar nichts dergleichen liegt vor, die irreführende Ausdrucksweise bedeutet nur, daß in anderen fast gleichen Fällen ein Interesse vorzuliegen pflege, oder daß hier ein Interesse vorliegen sollte, aber eben nicht vorliegt.

Wenn nun das Wort „Durchschnittsinteresse“ in die Definition des subjektiven Rechtes aufgenommen wird, dann ist in den Begriff ein bloß regelmäßiges Merkmal rezipiert worden, und das muß als logisch unmöglich zurückgewiesen werden. Es ist unmöglich, in der

1) a. a. O. S. 132.

2) a. a. O. S. 126.

Definition eines Begriffes von vornherein zu behaupten, dieses oder jenes Merkmal komme dem Begriffe nur regelmäßig, nicht notwendig und ausnahmslos zu.

Diese schon bei der Kritik IHERINGS vorgebrachten Argumente wären hier nicht wiederholt worden, wenn nicht HOLD versucht hätte, diese Art der Begriffsbildung zu rechtfertigen. Er macht nämlich geltend, daß die Rechtsbegriffe als „Idealtypen“ fungieren, die in der Welt der Wirklichkeit nie genau in der Weise zur Erscheinung gelangen, wie sie im System der Wissenschaften stehen.¹⁾ „So wenig aber der Naturforscher mit der Aussage, daß ein Tier vier Füße hat, leugnet, daß einzelne Exemplare Abweichungen aufweisen, so wenig leugnet die Rechtswissenschaft das tatsächlich Vorhandene hinweg, wenn sie ihren Idealbegriff konstruiert.“ Allein, wenn der Naturforscher aussagt, daß ein Pferd vier Füße habe, so will er damit eine Regel und keinen Begriff aufstellen, weil er kaum in der Lage wäre, auf diesem formalen Wege zu einem Begriffe zu gelangen. Der Naturforscher gibt keine Definition des Begriffes Pferd, wenn er behauptet, es habe normalerweise vier Füße, aber HOLD will einen Begriff des subjektiven Rechtes konstruieren, wenn er von demselben aussagt, es enthalte ein „Durchschnittsinteresse“, d. h. nur regelmäßig, nicht ausnahmslos ein Interesse.

Nicht stichhaltig ist auch die Berufung HOLDS auf SIGWARTS Charakterisierung des Begriffes: „Der logisch vollkommene, reine Begriff ist ein Idealbegriff, von einem Prinzip aus folgerichtig entworfen, und seiner logischen Brauchbarkeit schadet die Unmöglichkeit, ihm ein vollkommen entsprechendes Gegenbild in der Wahrnehmung zu geben, so wenig, als der Begriff der Ellipse oder der Parabel darum unbrauchbar wird, weil keine Grenze eines wirklichen Körpers und keine Bahn eines Planeten als eine strenge Ellipse oder Parabel im geometrischen Sinne sich ausweisen kann“²⁾. Denn diesen Worten SIGWARTS ist völlig zuzustimmen und dennoch muß die HOLDsche Begriffskonstruktion zurückgewiesen werden. Der geometrische Begriff der Parabel oder Ellipse, des Kreises oder des Quadrates enthält durchaus kein bloß regelmäßiges, nicht notwendiges Merkmal und wenn in der ganzen, unserer sinnlichen Wahrnehmung zugänglichen Seinswelt nichts zu finden ist, was den geometrischen Idealbegriffen entspricht, dann gibt es eben in der Realität keine Kreise, Ellipsen, Quadrate etc. etc. Keinesfalls wird es der Geometrie beifallen, an die reellen Körper und Flächen eine

1) a. a. O. S. 29.

2) SIGWART, Logik II. S. 258.

Konzession zu machen und in dem geometrischen Begriffe — nur um ihm in der Realität ein Entsprechendes gegenüberstellen zu können — irgendeine Eigenschaft als bloß regelmäßige zu erklären. Die Punkte eines Kreises sind nicht bloß regelmäßig, sondern immer und ausnahmslos, weil notwendig, von einem Mittelpunkte gleich weit entfernt, auch wenn, ja obgleich es in Wirklichkeit keine kreisförmigen, sondern nur kreisformähnliche Körpergrenzen gibt.

Allein, HOLD hat gerade um in der Seinswelt subjektive Rechte behaupten zu können, die in der Realität beobachtete bloße Regelmäßigkeit gewisser Merkmale in den Begriff aufgenommen. Nur weil er nicht darauf verzichten wollte und konnte, in der Wirklichkeit des Rechtslebens subjektive Pflichten und subjektive Rechte zu behaupten — sowie es die Geometrie in Bezug auf ihre Idealbegriffe tut — hat er Merkmalen seines Begriffes des subjektiven Rechtes und der subjektiven Pflicht die Eigenschaft bloßer Regelmäßigkeit zugesprochen. Seine „generellen“ Rechtsbegriffe sind daher das gerade Gegenteil von „Idealbegriffen“.

Wenn man das „Interesse“ als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechtes gelten lassen und damit einen „Idealbegriff“ schaffen will, von dem man von vornherein voraussetzt, daß ihm die Wirklichkeit nicht oder nicht ausnahmslos entspricht, dann muß man konsequenterweise in allen Fällen, wo es an einem Interesse fehlt, den Mut der Konsequenz haben und das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes in Abrede stellen, so wie es eben der exakte Geometer gegenüber seinen Idealbegriffen tatsächlich tut. Dabei muß freilich dahingestellt bleiben, ob ein solcher Rechtsbegriff auch nur annähernd jene Brauchbarkeit aufweist, wie der geometrische Idealbegriff. Denn das Mißverhältnis zwischen den als „fast“ oder „beinahe“ Kreise, Ellipsen etc. etc. zu bezeichnenden Realitäten und den entsprechenden Idealbegriffen kann nur ein minimales, leicht zu vernachlässigendes sein. Was der „noch“ als Ellipse bezeichneten Bahn eines Gestirnes zur idealen Ellipse fehlt, kann nur ein quantitativ gering zu bemessendes sein, da sonst die Analogie zur Ideal-Ellipse schlechterdings sinnlos wäre. Wesentlich anders aber stellte sich das Verhältnis der idealen Rechtsbegriffe zu den als „Ausnahmen“ „noch“ unter sie zu subsumierenden Tatbeständen dar. Setzt man das subjektive Recht begrifflich aus zwei Elementen — dem Interesse und dem Rechtsschutz — zusammen, dann kann ein Tatbestand, der ein Interesse nicht aufweist, dem also die eine Hälfte der Begriffsmerkmale vollständig fehlt, nicht als ein „fast“ oder „beinahe“ „Recht“ bezeichnet werden; hier fehlt jede Annäherung an das Ideal, hier liegt nicht eine quantitativ meßbare, zu vernachlässigende, sondern eine quali-

tative, prinzipielle Differenz vor. Es ist eben kein subjektives Recht gegeben.

Schließlich ist zu bedenken, daß das Verhältnis des abstrakten Rechtsbegriffes zu dem konkreten unter ihn zu subsumierenden Tatbestande nicht ein analoges ist, wie das des geometrischen Idealbegriffes zu den konkreten Körpern, der dem Ideal nicht gleich, sondern nur nahe kommenden Realität, der unvollkommenen körperlichen Seinswelt; denn die unter die Rechtsbegriffe zu subsumierenden konkreten Tatbestände gehören eben nicht dieser realen Seinswelt an, sondern sind ebenso ideal wie die Begriffe selbst. Es verhält sich der Begriff des subjektiven Rechtes zu dem subjektiven Rechte auf Rückzahlung des Darlehns, nicht wie sich der Begriff Kugel zu der Form eines realen, bestimmten kugelähnlichen Messinggegenstandes verhält, sondern wie etwa der Begriff des Winkels zu einem Winkel von 94° . Das konkrete subjektive Recht ist ebenso ideal und kann, ja muß ebenso vollkommen gedacht werden, wie der Begriff des subjektiven Rechtes, denn das konkrete subjektive Recht gehört keiner anderen Welt an, als dieser Begriff, ist ebenso lediglich in der ideellen Konstruktion, dem Denken (nicht in der sinnlichen Empfindung) existent wie der Begriff. Darin wurde ja hier der Fehler aller jener Konstruktionen erblickt, die psychische Momente wie Wille, Interesse etc. in Rechtsbegriffe aufnehmen: daß sie sich in die der Welt der Rechtsbegriffe völlig fremde Welt des Seins, der Realität verirren.

Ganz wie der HOLDSche Pflichtbegriff, so versagt auch der Begriff des subjektiven Rechtes gerade für den Fall, indem er für den Juristen am aktuellsten ist: im Falle des Unrechtes. Wenn nämlich die nur regelmäßig wirkende motivierende Kraft der Rechtsordnung versagt, fehlt es an jener Macht, die nach HOLD das subjektive Recht ist. Es liegt übrigens ein gewisser Humor in der Vorstellung, daß das subjektive Recht, welches ein bestimmter Gläubiger gegen seinen pflichtwidrig nicht zahlenden Schuldner hat, in der Macht bestehen soll, durch die zwar nicht dieser Schuldner, aber doch die meisten anderen Schuldner regelmäßig veranlaßt werden, ihre Schulden zu zahlen! Ein subjektives, oder was dasselbe ist, ein individuelles Recht hat HOLD mit seiner Definition nämlich gar nicht konstruiert. Tatsächlich hat er das Problem der Subjektivierung des objektiven zum subjektiven Rechte gar nicht gelöst; denn seine Definition des subjektiven Rechtes ist tatsächlich identisch mit der des objektiven! Er sagt: „Subjektiv berechtigt sein heißt sonach, dadurch eine Macht über einen Menschen ausüben daß dieser durch ein Motiv von einem Tun abgehalten wird . . .“ Wenn „Subjektiv be-

rechtigtsein“ wirklich „eine Macht ausüben“ heißen sollte, müßte wohl das Subjekt des Berechtigtheits und des Machtausübens identisch sein. Dem ist tatsächlich nicht so. Denn die Macht, von der in der Definition des subjektiven Rechtes die Rede ist, übt nicht das Rechtssubjekt aus, sondern die Rechtsordnung; es ist, wie HOLD selbst einräumt¹⁾, die angeblich regelmäßig wirkende, motivierende Macht der Rechtsordnung. Subjektiv berechtigt sein, heißt also nach HOLD nichts anderes, als daß die Rechtsordnung *r e g e l m ä ß i g*, also nicht einmal, daß sie in einem besonderen Falle motivierend wirkt! Die als „subjektives Recht“ bezeichnete Macht ist tatsächlich das objektive Recht. Warum heißt also das objektive Recht „mein“ Recht? Darauf antwortet HOLD: „Sein Recht wird der Normenschutz, weil es *sein Interesse* ist, das geschützt wird“²⁾. Also das Interesse ist das subjektivierende, individualisierende Moment! Allein, da vergißt HOLD, daß das „Interesse“, das er in den Begriff des subjektiven Rechtes aufgenommen hat, gar nicht ein individuelles Interesse, gar nicht ein Interesse des Berechtigten ist, sondern vielmehr ein generelles Durchschnittsinteresse. Die Macht der Rechtsordnung ist ja auch dann „sein Recht“, wenn er gar kein Interesse hat! Es ist ja gar nicht „sein“ Interesse, das geschützt wird, „ja selbst wer das gegenteilige Interesse hätte, erscheint als geschützt“³⁾ und subjektiv berechtigt! Denn, sagt HOLD, der Gesetzgeber erläßt „seine Normen für die ganze Rechtsgemeinschaft, nicht für einzelne Menschen“⁴⁾. Ein subjektives Recht ist aber nur möglich, wenn es gelingt, eine Relation gerade dieser einzelnen zur Rechtsordnung herzustellen. Die HOLDsche generelle Betrachtung des Rechtes läßt die Möglichkeit eines subjektiven Rechtes nicht zu.

So sehr die HOLDsche Konstruktion des subjektiven Rechtes aus prinzipiell methodischen Gründen abgelehnt werden muß, so zustimmend müssen doch einige, nicht alle Resultate anerkannt werden, die seine Untersuchungen über das Verhältnis von subjektivem Recht und subjektiver Pflicht ergeben haben. Es muß ihm als besonderes Verdienst zugerechnet werden, daß er die primäre Bedeutung der Pflicht gegenüber dem subjektiven Rechte erkannt hat⁵⁾, daß er jedes subjektive Recht nur auf die Pflicht eines anderen gerichtet sein läßt,⁶⁾ damit aber die falsche Vorstellung des Rechtes als „Dürfen“, die Annahme von einem Recht auf eigenes Verhalten oder an einer Sache verwirft und die Konstruktion von berechtigenden Pflichten

1) Er sagt a. a. O. S. 120 von dieser Macht: „Sie geht daher in letzter Linie nicht vom Berechtigten aus, sondern von der Rechtsgemeinschaft“.

2) a. a. O. S. 123.

3) a. a. O. S. 125.

4) a. a. O. S. 125.

5) Vgl. a. a. O. S. 119.

6) a. a. O. S. 120.

oder verpflichtenden Rechten, im Sinne eines Verhaltens, zu dem jemand sowohl berechtigt als verpflichtet ist, ablehnt¹⁾.

Was aber die HOLDsche Anschauung von der hier vertretenen Konstruktion in Bezug auf das Verhältnis von Recht und Pflicht prinzipiell unterscheidet, ist der Umstand, daß HOLD eine notwendige und untrennbare Korrelation zwischen Recht und Pflicht annimmt, so zwar, daß jeder Pflicht ein Recht, jedem Recht eine Pflicht entspricht²⁾. Denn für HOLD ist das subjektive Recht tatsächlich nur „der Reflex der Pflicht“³⁾. Das subjektive Recht besteht bei ihm in Wahrheit lediglich in dem durch die Pflichten statuierende Rechtsordnung geschaffenen Zustand der Geschütztheit. Daraus geht aber hervor, daß sein Begriff des subjektiven Rechtes das Merkmal des Interesses ohne weiteres entbehren könnte. Denn um subjektiv berechtigt zu sein, kommt es lediglich darauf an, daß man geschützt ist, nicht was geschützt wird, d. h. daß überhaupt ein Schutz besteht, nicht daß ein konkretes Schutzobjekt: das Interesse, gegeben ist. Wie bei IHERING ist auch bei HOLD das materielle (Zweck-) Moment nur zum Schein und bloß dem Worte nach im Begriffe des subjektiven Rechtes enthalten. Es ist im Grunde der alte naturrechtliche Rechtsbegriffe der Freiheit des Einen als die Kehrseite der Gebundenheit des Anderen, der, wie bei IHERING, so auch bei HOLD wiederkehrt.

Die sekundäre Natur des subjektiven Rechtes gegenüber der subjektiven Pflicht wurde hier schon wiederholt betont. Die Tatsache, daß jedes Recht des Einen auf eine korrespondierende Pflicht des Anderen gerichtet sein muß, hat die Möglichkeit von Rechten auf eigenes Verhalten ausgeschlossen. Daraus schon ergibt sich, daß eine Koinzidenz von Recht und Pflicht nicht in dem Sinne denkbar ist, daß Recht und Pflicht derselben Person zugleich auf dasselbe gerichtet sind. Das Verhalten, zu dem eine Person verpflichtet ist — und eine Person ist stets nur zu eigenem Verhalten verpflichtet — dazu kann dieselbe Person nicht berechtigt sein, da ein Recht auf das eigene Verhalten nicht möglich ist. Dagegen ist auf eine andere Weise die Verbindung von Recht und Pflicht in einer Person möglich, bei welcher ein gewisser innerer Zusammenhang zwischen einer Pflicht und einem Rechte einer Person geschaffen wird. Zu einem subjektiven Rechte wird der Rechtssatz bekanntlich dadurch, daß dem Subjekte ein Anspruch eingeräumt wird, dessen Erhebung als Voraussetzung für die Realisierung des staatlichen Willens gilt, durch den die dem subjektiven Rechte korrespondierende Pflicht eines anderen statuiert wird. Es ist nun durchaus denkbar, daß die

1) Vgl. a. a. O. S. 140 ff.

2) Vgl. a. a. O. S. 127.

3) a. a. O. S. 150.

Erhebung dieses Anspruches — diese Geltendmachung des eigenen Rechtes — durch einen anderen Rechtssatz als Pflicht statuiert ist, in dem auf die Nichtgeltendmachung, auf die Nichterhebung des Anspruches eine Unrechtsfolge gesetzt ist. Das Subjekt ist in einem solchen Falle verpflichtet, sein Recht auszuüben, wenn man auch, streng genommen, nicht sagen kann, es sei berechtigt, seine Pflicht zu erfüllen; denn die Pflichterfüllung besteht in der Erhebung des Anspruches, Anstellung der Klage etc.; diese Erhebung des Anspruches, oder Geltendmachung des Rechtes ist nicht Gegenstand des Rechtes selbst, das Subjekt hat kein „Recht“, den Anspruch zu erheben, sondern infolge des Anspruches hat es ein Recht auf die Pflicht eines anderen.

Es ist einleuchtend, weshalb eine derartige, theoretisch zwar stets mögliche Verknüpfung von Recht und Pflicht normalerweise vom praktischen gesetztechnischen Standpunkte aus als unzweckmässig erscheinen muß. Die Verpflichtung zur Erhebung des Anspruches, zur Anstellung der actio etc. kann nur erfolgen, um eine Garantie dafür zu schaffen, das es zur Realisierung jener Unrechtsfolgen auch wirklich komme, die durch die Erhebung des Anspruches bedingt sind und durch die jene Pflicht sanktioniert wird, die durch den Anspruch geltend gemacht wird. Allein, dieser Zweck ist viel einfacher und ohne diesen komplizierten Umweg dadurch zu erreichen, daß jene Bedingung für die gewünschte Realisierung der Unrechtsfolgen, deren Eintritt, weil im Ermessen des Subjektes stehend, zweifelhaft, aber durch die Rechtsordnung vom „Gesetzgeber“ beabsichtigt ist, nämlich die Erhebung des Anspruches — nicht in den verpflichtenden Rechtssatz aufgenommen wird. Wenn der Staat durchaus und unter allen Umständen z. B. gewisse Unrechtsfolgen verhängen will, braucht er, um sicher zu gehen, die Realisierung derselben nicht von der Erhebung einer Klage seitens eines Untertanen abhängig zu machen.

Gesetzestechisch notwendig wird die Verpflichtung zur Anspruchserhebung nur unter ganz besonderen Umständen sein. Dann nämlich, wenn der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates zu einem Handeln, seinem besonderen Inhalte nach, gar nicht ohne Erhebung eines bezüglichen Anspruches realisierbar ist.

Zum Verständnis dieses Falles vergegenwärtige man sich zunächst, daß es gewisse Handlungen und insbesondere auch Rechtshandlungen gibt, die komplementäre Handlungen anderer voraussetzen, ohne die sie gar nicht möglich sind. So kann man nicht fechten, ohne daß ein anderer entsprechende Gegenbewegungen macht, so kann man kein Darlehen empfangen, ohne daß ein anderer ein solches gibt.

Nun gibt es auch Handlungen des Staates, die ohne komplementäre Handlungen der Untertanen garnicht möglich sind. Ist der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates auf solche ergänzungsbedürftige Handlungen gerichtet, dann müssen die komplementären Handlungen der Untertanen notwendig als Bedingung des staatlichen Willens zu diesem Handeln erscheinen. Lassen sich dann die komplementären Handlungen der Untertanen unter die Kategorie des Anspruches subsumieren, stellen sie sich auch als ein auf das durch sie ergänzte Handeln des Staates gerichtetes „Ansprechen“ dar, dann ist im Verhältnis zu diesen Untertanen die Relation eines subjektiven Rechtes gegeben. Soll nun eine Garantie für die tatsächliche Ausführung jener komplementären Handlungen der Untertanen geschaffen werden, von denen die Realisierung des im Rechtssatze erklärten staatlichen Willens notwendig abhängt, ist gesetzestechisch keine andere Möglichkeit gegeben, als die Untertanen zur Vollziehung der komplementären Handlungen zu verpflichten, d. h. unter Androhung von Unrechtsfolgen eine Rechtspflicht zur Geltendmachung eines subjektiven Rechtes zu statuieren.

XXIX. Kapitel.

Die Rechtsstellung des Wählers und des Monarchen.

Jenes eigenartige Verhältnis komplementärer Handlungen zwischen Staat und Untertan findet sich im Tatbestande des sogenannten Wahlrechtes.

Das Wahlrecht im objektiven Sinne besteht in einer Reihe von Rechtssätzen, durch welche der Staat verpflichtet wird, unter gewissen Voraussetzungen die Wahlerklärung des Untertanen, den Stimmzettel oder die mündliche Bezeichnung eines Kandidaten entgegenzunehmen und in einer bestimmten Weise zu behandeln, so zwar, daß der Staat eine von den abgegebenen Wahlstimmen bezeichnete Person unter bestimmten Voraussetzungen als Abgeordneten erklärt. Diese staatlichen Akte innerhalb des Wahlvorganges bedürfen — um überhaupt realisiert werden zu können — der komplementären Handlungen seitens der Untertanen, bei denen die Voraussetzungen der aktiven Wahlfähigkeit gegeben sind: Die Wähler müssen an die staatliche Wahlbehörde Stimmzettel abliefern oder mündliche Erklärungen abgeben, damit diese die in den objektiven Wahlrechtssätzen statuierten Pflichten des Staates überhaupt erfüllen können. Die Abgabe der

Wahlerklärung seitens der Untertanen ist nun zweifellos als Bedingung und zwar als notwendige Bedingung für die Realisierung des im objektiven Wahlrechtssatze erklärten Willens des Staates anzusehen. Dabei kann die Abgabe der Wahlerklärung seitens der Untertanen im Verhältnis zu der durch diese Handlung ergänzungsbedürftigen und bedingten Staatspflicht ungezwungen als „Anspruch“ des Wählers an den Staat gelten; denn der Wähler macht durch die Abgabe seiner Wahlerklärung die im objektiven Wahlrechtssatze statuierte Pflicht des Staates, seinen Stimmzettel in Empfang zu nehmen etc., geltend. Darum ist der Wahlrechtssatz nach der hier entwickelten Konstruktion des subjektiven Rechtes ein subjektives Recht des Wählers: denn er steht zu dem die Voraussetzungen der aktiven Wahlfähigkeit erfüllenden Subjekte in jener besonderen Relation, derzufolge dieses Subjekt über den Rechtssatz verfügen kann, indem der in dem Rechtssatze erklärte Wille des Staates von einem Anspruche des Subjektes abhängig gemacht ist. Dabei muß hervorgehoben werden, daß diese Relation eine notwendige ist, d. h. daß, wenn die Rechtsordnung das Institut der Abgeordnetenwahl durch die Untertanen überhaupt statuiert und die Wahlleitung und Durchführung durch den Staat, resp. dessen Organe erfolgt, dies nur mit der Normierung von subjektiven Wahlrechten der Untertanen erfolgen kann. Diese subjektiven Wahlrechte sind allerdings nicht auf die eigenen Handlungen der Wähler gerichtet — ein subjektives Recht auf eigenes Verhalten ist unmöglich — sondern auf die pflichtmäßigen Wahlakte des Staates¹⁾.

1) Zu einem ähnlichen, wenn auch in manchen Punkten abweichenden, weil von wesentlich anderen Voraussetzungen ausgehenden Resultate kommt JELLINEK, wenn er behauptet: „Das Wahlrecht besteht daher, so paradox dies klingen mag, keineswegs in dem Rechte zu wählen“ (System S. 160), und wenn er das subjektive Wahlrecht der Untertanen auf eine Tätigkeit des Staates, d. i. auf dessen „Anerkennung des einzelnen in seiner Eigenschaft als Wähler“ (a. a. O. S. 161) gerichtet sein läßt. Das Wählen der Untertanen als subjektives Recht des Staates aber gelten zu lassen — so wie JELLINEK es tut — muß abgelehnt werden, weil der Wähler als solcher nicht Staatsorgan ist, wie JELLINEK annimmt. Ein subjektives Recht des Staates auf die Tätigkeit des Wählers setzt geradezu die Trennung zwischen der Person des Staates und der des Wählers voraus, und ist nur möglich, wenn eine Rechtspflicht des Wählers zur Vornahme des Wahlaktes besteht. Auch kann nicht ein subjektives Recht des Wählers schlechthin auf jeden Wahlakt des Staates angenommen werden, sondern nur auf jene, die durch den Anspruch des Wählers bedingt sind; darum nicht auf die Eintragung in die Wählerliste, wenn der Staat diesen Akt — was regelmäßig der Fall ist — ex offio und nicht bloß auf Verlangen des Wählers vorzunehmen verpflichtet ist. Die Möglichkeit einer Reklamation oder sonst eines Rechtsmittels wegen Nichteintragung ist für den Bestand eines subjektiven Rechtes irrelevant; vgl. oben S. 658 ff.

Wiederholt werden muß, was bereits in anderem Zusammenhange betont wurde, daß die Möglichkeit einer Rechtsverfolgung wegen Verletzung des Wahlrechtes für die Konstruktion desselben irrelevant ist, weil die Anstellung der Beschwerde oder Verwaltungsklage in diesem Falle nicht jene spezifische Bedeutung hat, wie die scheinbar analoge Erhebung der actio im Verhältnis zum Exekutionsrechtssatze des sogenannten Zivilrechtes. Dem mit der actio geltend gemachten Ansprüche auf eine Pflicht des Staates zu einem bestimmten Handeln entspricht dem Staat zu einem bestimmten Wahlakte verpflichtenden Wahlrechtssatze gegenüber tatsächlich nur die Abgabe der Wahlerklärung seitens der Untertanen, die Überreichung des Stimmzettels etc. etc. Denn nur durch diesen Akt, nicht die der Rechtsverfolgung dienende Anstellung der Klage wegen Wahlrechtsverletzung wird der im Wahlrechtssatze erklärte Wille des Staates bedingt und zu dem Wähler in jene besondere subjektive Relation gebracht, derzufolge dieser Rechtssatz zum Rechte des Wählers wird.

Sein Wahlrecht auszuüben, d. h. die im Wahlrechtssatze statuierte Rechtspflicht des Staates durch Abgabe des Stimmzettels etc. geltend zu machen, kann der einzelne dadurch rechtlich verpflichtet werden, daß in einem Rechtssatze das Unterlassen dieses Wahlaktes seitens des Wählers zur Bedingung eines Willens des Staates zu einer Unrechtsfolge, einer Strafe gemacht wird. Der rechtspolitische Zweck der Statuierung einer Wahlpflicht ist offenbar der, eine rechtliche Garantie dafür zu schaffen, daß der Wahlakt tatsächlich und möglichst vollständig zustandekomme, m. a. W. daß der im Wahlrechtssatze erklärte Wille des Staates möglichst in allen Fällen realisiert werde, in denen die persönlichen Voraussetzungen auf Seite der Untertanen (der Wähler) gegeben sind. Was die Realisierung dieses Staatswillens in Frage stellt, ist die diesen Willen bedingende, im Belieben des Wählers stehende Wahlerklärung des letzteren, dessen Stimmabgabe etc. Eine einfache Eliminierung dieser Bedingung ist nicht möglich, da die betreffende Handlung des Wählers zu der im Wahlrechtssatze gewollten des Staates in einem komplementären Verhältnis steht. Sonach erübrigt rechtstechnisch kein anderes Mittel, als diese komplementäre Handlung des Wählers als Rechtspflicht zu statuieren, indem durch einen selbständigen, von dem nur den Staat verpflichtenden Wahlrechtssatze (einem Rechtssatze im weiteren Sinne) verschiedenen, den Untertanen verpflichtenden Strafrechtssatz ein Wille des Staates zu einer Unrechtsfolge für den Fall des Unterbleibens der Wahlhandlung seitens des Wählers statuiert wird.

Es muß auf das nachdrücklichste betont werden, daß von einer rechtlichen Wahlpflicht nur dann die Rede sein kann, wenn

ein solcher Strafrechtssatz in der Rechtsordnung nachweisbar ist, und es muß auf schärfste gegen jene in der Theorie und Praxis sehr häufige Argumentation Stellung genommen werden, die aus der „öffentlichen Natur“ des Wahlaktes auf dessen Pflicht-Natur schließt, die alle „öffentlichen“ Rechte wegen ihres publizistischen Charakters auch als Pflichten gelten lassen will, oder gar in diesem den „öffentlichen“ Rechten um ihres besonderen Zweckes, des „öffentlichen“ Interesses willen angeblich innewohnenden Pflichtcharakter den Unterschied gegenüber den Privatrechten erblickt.

Eine derartige Theorie kann nicht den Anspruch machen als juristische Konstruktion zu gelten; der von ihr vertretene Pflichtbegriff ist ein ethisch-politischer, kein rechtlicher. Ein Verhalten bloß deshalb als Pflicht bezeichnen, weil es im Interesse der Gesamtheit, im „staatlichen Interesse“ zu erfolgen hat, ohne diese Pflicht formal aus der Rechtsordnung zu deduzieren, muß vom juristischen Standpunkte aus abgelehnt werden. Wenn das Wählen wegen seines öffentlichen Charakters als öffentlichrechtliche Pflicht zu gelten hätte, wäre nicht einzusehen, wozu es noch jener besonderen Normen, jener in der Politik so vielumstrittenen Gesetze bedürfte, durch welche eine besondere Wahlpflicht eingeführt wird. Im übrigen kann hier auf eine weitere Kritik dieser Anschauung verzichtet werden, da die in den früheren Kapiteln durchgeführte Untersuchung des Rechtspflichtbegriffes eine ausführliche Widerlegung dieses Standpunktes bedeutet.

Die besondere Verbindung von Wahlpflicht und Wahlrecht zeigt deutlich, daß jenes eigenartige Ineinandergreifen von Pflicht und Recht die Nomenklatur einer „berechtigenden Pflicht“ oder eines „verpflichtenden Rechtes“ nicht rechtfertigt. Denn Wahlrecht und Wahlpflicht sind auf völlig Verschiedenes gerichtet; ja sie sind formal ganz selbstständig und unabhängig von einander. Erkennt man nämlich das subjektive Recht wie die subjektive Pflicht als den Rechtssatz in einer besonderen Relation, dann zeigt sich, daß der zum subjektiven Wahlrecht gewordene Rechtssatz ein ganz anderer ist als derjenige, aus dem sich die subjektive Wahlpflicht ableitet. Während nämlich der erstere der den Staat zum Wahlakte verpflichtende Wahlrechtssatz ist, also ein Rechtssatz im weiteren Sinne, ist der letztere ein Strafrechtssatz, also ein Rechtssatz im engeren Sinne.

Die formale Konstruktion des subjektiven Wahlrechtes ist sehr durch die Anschauung beeinflusst worden, daß der Wähler Staatsorgan, das Wählen Staatsfunktion sei; man hat — wie bereits früher bemerkt — das Wahlrecht als ein Recht auf Organstellung auffassen zu sollen geglaubt. Daß dem Wähler Organqualität nicht zukommen könne, wurde bereits in anderem Zusammenhange dargetan. Hier

genügt es, darauf hinzuweisen, daß die Wahl, soweit sie in Tätigkeiten der wählenden Untertanen besteht, ein Akt der Organisation und nicht schon ein Akt des organisierten Ganzen — des Staates ist; sie gehört ihrer Natur nach als Voraussetzung für die Bildung des gesetzgebenden Parlamentes zu dem großen Prozesse der sogenannten Staatswillenserzeugung, dessen gesellschaftliche, außerstaatliche Natur bereits früher erwiesen wurde. Was vom Totalvorgange der Wahl dem Staate zugerechnet werden kann, das sind jene Handlungen, die als Pflichten des Staates in Rechtssätzen statuiert und darum zurechenbar sind, das ist die Eintragung in die Wählerliste, die Empfangnahme und Behandlung der Stimmzettel, das sind alles Akte, die nicht der Wähler selbst setzt, für dessen ureigenste speziell als „Wählen“ im engeren Sinne bezeichnete Tätigkeit der Stimmabgabe jede Möglichkeit einer Zurechnung zum Staate fehlt, weil es an einem Rechtssatze mangelt, der diese Tätigkeit als vom Staate „gewollt“ statuiert. Dies auch dann, wenn das Wählen als Rechtspflicht normiert ist, denn die Unmöglichkeit der Zurechnung zum Staate geht notwendig aus der inneren Natur dieser einander widersprechenden Akte hervor, die nur auf eine Vielheit einander ausschließender, nicht aber auf einen einheitlichen „Willen“ zurückzuführen sind.

Über der Erkenntnis, daß der Wähler nicht Staatsorgan, seine Tätigkeit nicht Staatsfunktion ist, darf nicht außer Acht gelassen werden, daß ein nicht unerheblicher Teil des Gesamtvorganges der Wahl doch auch in Handlungen von Staatsorganen, also in Staatsakten besteht. Das eigenartige komplementäre Verhältnis zwischen den Handlungen des Staates und den Handlungen der Wähler zeigt, daß im Wahlvorgange wichtige Punkte jener eigenartigen Berührungsfäche zwischen Staat und Gesellschaft liegen, von der anlässlich der Frage nach der Stellung der Gesetzgebung zur Staatsperson die Rede war¹⁾. Auch der neueren Theorie ist ja die Erkenntnis nicht fremd, daß sich im Wahlakte staatliche und gesellschaftliche Elemente verbinden. Man hat dies dadurch zum Ausdruck zu bringen versucht, daß man den Wähler für verpflichtet erklärte, nicht nur seine individuellen oder sozialen Gruppeninteressen, sondern auch das Staatsinteresse im Wahlakte zu realisieren, daß man ihn nicht nur als Glied der Gesellschaft, sondern auch als Organ des Staates gelten ließ. Allein der Fehler dieser Anschauung liegt gerade darin, daß die Verbindung des gesellschaftlichen und des staatlichen Elementes in der Person des Wählers selbst vollzogen wird, während die Scheidelinie — wie oben gezeigt — gerade zwischen

1) Vgl. oben S. 411 u. 481.

dem ausschließlich die Gesellschaft repräsentierenden Wähler und der den Staat repräsentierenden Wahlbehörde läuft.

Weit größere Schwierigkeiten als das Verhältnis des Wählers zur Staatsperson bietet der juristischen Konstruktion die Rechtsstellung des konstitutionellen Monarchen, die der des Wählers in mancher Hinsicht analog ist, so daß das Gesamtbild des Systems bezüglich dieser beiden Faktoren eine gewisse Parallelität aufzuweisen scheint.

Wenn alle Versuche, die Stellung des Monarchen im konstitutionellen Staate rechtlich zu erfassen, bisher nur zu sehr unbefriedigenden Resultaten geführt haben, so liegt dies hauptsächlich daran, daß das Staatsoberhaupt aus Gründen, die auf der historisch-politischen Seite des Problems zu suchen sind, durch die Rechtsordnungen in das Gefüge des Staatsmechanismus keineswegs so innig eingegliedert erscheint, wie dies bei Staatsorganen der Fall ist, zu denen man den Monarchen zu zählen pflegt.

Die Stellung des konstitutionellen Staatsoberhauptes liegt nämlich nicht so sehr — oder doch nicht nur innerhalb des staatlichen „Organismus“ als vielmehr auch außerhalb desselben; sie ist nur zum Teile und nur in einer bestimmten Relation eine „staatliche“, zu einem nicht geringeren Teile aber und in einer gewissen anderen, sehr bedeutsamen Relation eine außerstaatliche. So wendet der Monarch der ihn allseits zu erfassen bemühten juristischen Konstruktion ein eigenartiges Janushaupt zu, von dessen Doppelantlitz ein einheitliches Bild zu geben, nicht möglich ist.

Die folgende Darstellung will nicht als eine endgültige und erschöpfende Lösung des überaus schwierigen Problems gelten; lediglich als ein vorläufiger nur die Grundzüge fixierender Versuch möge sie angesehen werden, dessen Vollendung späteren Untersuchungen vorbehalten ist.

Was die Stellung des Monarchen innerhalb der Gesetzgebung betrifft, so wurde bereits früher dargetan, daß diese Richtung seiner Tätigkeit sowie der ganze legislative Prozeß, dessen eine Komponente sie ist, weil nicht der Staatsperson zurechenbar, nicht als staatliches Handeln und nicht als Organfunktion gelten könne, daß es sich vielmehr hier nur um Voraussetzungen für das Funktionieren des staatlichen Rechtsapparates, nicht aber um Äußerungen des Staates selbst, resp. seiner „Organe“ handle. Schon in Bezug auf diese eine Seite seines Wirkungskreises mußte demnach der Monarch als ein außerstaatlicher, gesellschaftlicher Faktor erkannt werden. Nicht als „Organ,“ denn nicht als ein Rad innerhalb des rechtlich geschlossenen Staatsmechanismus, sondern außerhalb desselben — dem

für jeden Mechanismus notwendigen äußeren Antrieb vergleichbar — stellt sich hier der Monarch in seinem Verhältnis zum Staate dar.

Nunmehr ist aber auch seine Stellung innerhalb der Exekutive zu untersuchen, wo sie sich wesentlich komplizierter gestaltet.

Von der gesamten exekutiven Tätigkeit des Staates ist zunächst — weil für das vorliegende Problem nicht in Betracht kommend — jener Teil in Abzug zu bringen, der sich ohne Mitwirkung des Monarchen vollzieht. Es ist dies die richterliche Funktion des Staates. Das konstitutionelle Prinzip der Unabhängigkeit der Gerichte äußert sein Wesen ganz besonders darin, daß die Gerichte bei ihrer pflichtmäßigen, die Rechtssätze realisierenden Funktion im Gegensatze zu den übrigen Behörden in keiner Weise von den Befehlen des Monarchen abhängig sind, d. h. ohne, ja, sogar auch gegen eventuelle Direktiven seitens des Staatsoberhauptes oder der ihm untergeordneten Verwaltungsbehörden im engeren Sinne ihre Pflicht zu erfüllen haben. Dieser Zweig der Exekutive steht somit außerhalb jeder Beziehung zum Monarchen und es erübrigt somit nur die als „Verwaltung“ im eigentlichen oder engeren Sinne bezeichnete exekutive Tätigkeit des Staates.

Innerhalb dieser müssen speziell in Bezug auf das Verhältnis zum Monarchen wiederum zwei Gruppen unterschieden werden. Jene Verwaltungsakte, die verfassungsgemäß einer ausdrücklichen Mitwirkung des Monarchen bedürfen, die also der Monarch im Verein mit dem kontrasignierenden Minister vorzunehmen hat, und jene, die der Minister, resp. die ihm unterstellten Organe selbständig ausführen, bezüglich deren eine Mitwirkung des Monarchen zwar nach konstitutionellem Prinzipie stets möglich, aber nicht notwendig ist. Diese Unterscheidung ist jedoch eine untergeordnete, da jeder Verwaltungsakt (im weitesten Sinne: jede exekutive Tätigkeit des Staates mit Ausschluß der richterlichen), den irgendein Staatsorgan vornimmt, auch der Monarch im Verein mit dem kontrasignierenden Minister vornehmen, resp. anordnen¹⁾ kann; jedes dieser Organe erscheint tatsächlich nur als Hilfsorgan der obersten exekutiven Behörde und ist derselben zu Gehorsam verpflichtet.

Als oberste exekutive Behörde kann allerdings nicht der Monarch an sich d. h. allein angesehen werden, denn nur den mit der Kontra-

1) Bezüglich solcher Staatsakte, die sich in einer körperlichen Handlung erschöpfen und nicht auch eine Anordnung, einen Befehl enthalten, z. B. die Tätigkeit der die staatliche Unrechtsfolge in letzter Linie realisierenden, den sogenannten physischen Zwang ausübenden Organe gilt dieses Prinzip nicht, da der Monarch rechtlich überhaupt nur Akte setzen kann, die einer Kontrasignatur fähig, d. h. also schriftlicher Natur sind.

signatur des Ministers versehenen Befehlen gegenüber ist man zu Gehorsam verbunden, und so könnte auch der Monarch die ohne seine ausdrückliche Mitwirkung möglichen Akte nicht schon durch seinen eigenen Widerspruch, sondern wiederum nur durch den von einem verantwortlichen Minister kontrasignierten Befehl unmöglich machen. Nur in diesem Sinne ist also zu verstehen, daß kein Verwaltungsakt ohne oder gegen den Monarchen vollzogen werden kann. Spricht man von einer exekutiven Funktion des Monarchen, dann kommen nach konstitutionellem Prinzip — und nur innerhalb desselben bewegen sich diese Untersuchungen — für die Konstruktion lediglich die im Verein mit dem kontrasignierenden Minister zu vollziehenden Akte in Betracht.

Sucht man nun das Verhältnis des Monarchen zu diesen Akten rechtlich zu qualifizieren, indem man es zunächst unter dem Gesichtswinkel der Rechtspflicht betrachtet, so ergibt sich auf Grund der hier durchgeführten Konstruktion dieses Begriffes das Folgende.

Alle diese vom Monarchen im Verein mit dem verantwortlichen Minister zu vollziehenden Akte müssen in der Rechtsordnung vom Staate „gewollt“ sein, d. h. sie müssen, um als Staatsakte zu gelten, der Staatsperson zugerechnet zu werden, sich als die Realisierung eines in der Rechtsordnung erklärten Willens des Staates, d. h. als Exekutive legitimieren. Der eine Rechtspflicht des Staates zu dem vom Monarchen im Verein mit dem Minister ausgeführten Handeln statuierende Rechtssatz mag immerhin sehr allgemein gehalten sein, mag sich als Blankettrechtssatz darstellen, indem durch die Rechtsordnung sowohl das „Was“ der Handlung, ihr näherer Inhalt, als auch die Bedingungen, unter denen sie zu erfolgen hat, dem Ermessen der ausführenden Organe überlassen sind. Die Rechtsordnung, d. h. das Gesetz im formellen Sinne mag immerhin die Umstände, wann ein Handelsvertrag zu schließen sei, auch mit wem er zu schließen sei und welchen Inhalt er haben solle, in das freie Ermessen der zur Realisierung des Vertrages kompetenten Behörden stellen, so daß als Rechtssatz der Rechtsordnung nur die hohle Formel zu entnehmen ist, daß der Staat (unter Bedingungen, die ein Organ festzustellen habe) Handelsverträge (deren näheren Inhalt dieses Organ zu bestimmen habe) schließen wolle, ja, es mag der Wille des Staates zu diesem Akte auf eine noch allgemeinere Formel in der Rechtsordnung zurückzuführen sein — jedenfalls muß eine solche — wenn auch noch so allgemeine und dem Ermessen der exekutiven Organe noch so weitgehenden Spielraum lassende Formel in dem Wortlaute der Verfassung nachzuweisen sein, da sonst eine Zurechnung zum Staate nicht möglich ist, da sonst kein

rechtlicher Grund vorliegt, diese Akte als Staatsakte gelten zu lassen und eine Kompetenz der exekutiven Organe zu diesen Akten anzunehmen. Irgendein bloß aus der „Natur der Sache“ gezogenes, rechtlich aprioristisches oder naturrechtliches Prinzip kann diesen Zusammenhang der Exekutive mit der Rechtsordnung nicht ersetzen. Alle Akte der obersten Exekutivbehörde, des Monarchen im Vereine mit dem Minister müssen sich also auf Grund der Rechtsordnung als vom Staate gewollt, d. h. also als Rechtspflicht des Staates darstellen.

Während jedoch eine Rechtspflicht des Staates zu diesen Akten nachzuweisen ist, läßt sich eine Rechtspflicht des Monarchen bezüglich ihrer nicht konstatieren! Denn die in der Verfassung ausgesprochene Unverantwortlichkeit des Monarchen ist nur eine Deklaration der Tatsache, daß es in der Verfassung keinen Rechtssatz gibt, durch den der Monarch zu jenem Verhalten verpflichtet würde, das seinen Anteil an der staatlichen Exekutive darstellt. Die im Wortlaute der Gesetze etwa enthaltenen Termini, wie: der Monarch soll . . . oder: der Monarch muß . . . sind juristisch vollkommen bedeutungslos angesichts der Tatsache, daß die Rechtsordnung eine Unrechtsfolge für den Fall eines dem als „gesollt“ oder „gemußt“ bezeichneten entgegengesetzten Verhaltens nicht aufweist. Wenn daher in Gesetzgebung und Literatur von „Pflichten“ des Monarchen gesprochen wird, so können darunter nur moralische oder politische, niemals aber Rechtspflichten verstanden werden. Der Monarch begeht darum auch kein Unrecht — denn als Unrecht qualifiziert sich ein Tatbestand nur durch die Unrechtsfolge — wenn er seine spezifische Tätigkeit unterläßt, durch die der Staatswille realisiert wird, es steht völlig in seinem Belieben, ob und wie er seine Funktionen ausüben will. Er könnte, ohne widerrechtlich vorzugehen, die Staatsmaschine ganz oder doch teilweise zum Stillstand bringen. Blicke der Staatswille, d. h. also die Rechtspflichten des Staates unerfüllt, dann läge weder ein Unrecht des Staates vor — weil ein solches eine juristische Denkmöglichkeit ist — obgleich der Staat zu diesem von ihm gewollten Verhalten rechtlich verpflichtet ist; es läge aber auch kein Unrecht des Monarchen vor, nicht weil ein solches undenkbar wäre, sondern weil der Monarch zur Realisierung des Staatswillens nicht verpflichtet ist.

Ein solcher Zustand der Rechtsordnung wäre theoretisch sinnlos und praktisch unhaltbar, wenn nicht das konstitutionelle Prinzip die Unverantwortlichkeit des den Staatswillen, die Staatspflichten realisierenden Monarchen mit der Verantwortlichkeit der Minister dadurch untrennbar verknüpft hätte, daß die oberste Exekutive nicht dem

Monarchen allein, sondern nur in Verbindung mit den zu dieser Funktion rechtlich verpflichteten, obersten Verwaltungsorganen überantwortet erscheint. Innerhalb der Exekutive kann der Monarch gar nicht tätig werden ohne die Mitwirkung des kontrasignierenden Ministers. Ein Akt des Monarchen, der nicht die Kontrasignatur des Ministers trägt, ist ebenso nichtig, ebenso rechtlich überhaupt nicht vorhanden, wie ein zur Legislative gehöriger Akt des Monarchen juristisch bedeutungslos wäre, wenn der Beschluß des Parlamentes fehlte. Die Tätigkeit des Monarchen ist für die Legislative ebenso an das Parlament, wie für die Exekutive an die Minister gebunden.

Diese Analogie, welche die Stellung des Monarchen innerhalb der Exekutive zu der innerhalb der Legislative aufweist, erhält eine wesentliche Vertiefung, wenn man die Tatsache ins Auge faßt, daß die legislative Funktion des Monarchen lediglich als eine Voraussetzung für die Existenz der Rechtsordnung und das Funktionieren des staatlichen Apparates qualifiziert wurde.

Dies gilt bezüglich der Legislative ebenso für den Monarchen wie für das Parlament, deren Stellung im Verhältnis zu einander vom formal-juristischen Standpunkte aus als völlig gleich und koordiniert charakterisiert werden muß. Bezüglich der Exekutive ist dies jedoch im Verhältnis zwischen Monarch und Minister nicht der Fall. Der Minister ist nämlich zu den Akten der Exekutive, zur Realisierung des staatlichen Willens, der staatlichen Pflichten rechtlich verpflichtet, der Monarch dagegen nicht, ebenso wie er nicht zur Erteilung der Sanktion rechtlich verpflichtet ist.

Bleibt also der in den Rechtssätzen erklärte Wille des Staates trotz Eintrittes der in den Rechtssätzen festgesetzten Bedingungen unausgeführt, bleiben also die bezüglichen Staatspflichten unerfüllt, dann ist der Minister dafür verantwortlich, in dessen Ressort, in dessen Amtspflicht die Realisierung des betreffenden Staatswillens gehört. Ja, selbst wenn nicht bloß der Inhalt, sondern auch die näheren Bedingungen des zu realisierenden Staatswillens — in einem Blankettrechtssatze — dem Ermessen der exekutiven Organe überlassen sind, so ist das Ermessen des Ministers — im Gegensatze zu dem des Monarchen — durch seine Amtspflicht begrenzt und determiniert. Zur Exekutive rechtlich verpflichtet ist der Minister und nur der Minister.

Diese seine Rechtspflicht kann der Minister jedoch nicht erfüllen, ohne daß der Monarch mittätig wird. Vom Standpunkte der Rechtspflicht aus betrachtet stellt sich die Tätigkeit des Monarchen im Verhältnis zu der des Ministers als eine Voraus-

setzung und nur als als eine Voraussetzung oder Bedingung für die Rechtspflicht des letzteren dar. Dabei ist es formal gleichgültig, ob der betreffende Akt der Exekutive über Initiative des Monarchen erfolgt, materiell als Willensakt des Monarchen erscheint, dem seitens des Ministers nur die Zustimmung in Form der Kontrasignatur hinzukommt, oder ob der Regierungsakt materiell vom Minister ausgeht und der Monarch dem bezüglichen Vorschlag des Ministers seine Genehmigung erteilt. In der Auffassung der monarchischen Tätigkeit als Bedingung für die Organpflicht des Ministers kommt formal die spezifische Verbindung zum Ausdruck, die das konstitutionelle Prinzip zwischen der Unverantwortlichkeit des Staatsoberhauptes und der Verantwortlichkeit der obersten Exekutivorgane macht.

Immer nur unter dem formalen Konstruktionswinkel der Rechtspflicht betrachtet, muß die monarchische Funktion nicht bloß als eine die Rechtspflicht der Minister bedingende Voraussetzung angesehen werden; als Bedingung muß sie schon in dem den Staat verpflichtenden Rechtssatze erscheinen, dessen Realisierung die Amtspflicht der Minister ist. Eben weil die Realisation staatlichen Willens im Bereiche des monarchischen Wirkungskreises von der Funktion des Monarchen abhängig, ohne sie gar nicht möglich ist, und insoferne der Monarch zu dieser Funktion rechtlich nicht verpflichtet erscheint, kann diese Funktion rechtlich nur als Voraussetzung für die Rechtspflicht des Staates gelten. Der Wille des Staates zu einem bestimmten Handeln ist, insoferne der Monarch an der Ausführung desselben beteiligt ist, durch den Monarchen, resp. dessen spezifische Tätigkeit bedingt. Die Tätigkeit des Ministers dagegen ist unter die Kategorie einer selbständigen Rechtspflicht zu subsumieren. Und nur insoferne die Rechtspflicht des Ministers dahin geht, die durch die Funktion oder den „Willen“ des Monarchen bedingten Rechtspflichten des Staates zu realisieren, ist auch die Rechtspflicht des Ministers durch die Tätigkeit des Monarchen bedingt.

Insoferne — d. h. immer nur mit dem Maßstabe der Rechtspflicht gemessen — ist die Stellung des Monarchen im Verhältnis zur Exekutive keine andere als innerhalb der Legislative: Sie ist Voraussetzung für die Funktion des Staates. Und insoweit das Gefüge des staatlichen Mechanismus oder des Rechtsapparates als durch Rechtspflichten hergestellt gedacht wird, steht der Monarch wie in seiner legislativen, so auch in seiner exekutiven Eigenschaft außerhalb desselben. Nur von außen her kann er diesen Mechanismus, wenn der Vergleich erlaubt ist — und nur ein in seiner Be-

deutung nicht zu überschätzender Vergleich liegt vor — in Bewegung setzen oder zum Stillstand bringen.

Wie es vom formal-juristischen Standpunkte aus unrichtig ist und nur historisch-politische Bedeutung hat, daß die Legislative, die sogenannte „Bildung des Staatswillens“, primär nur der Person des Monarchen zugeschrieben wird, während die Funktion des Parlamentes lediglich als sekundärer Natur, etwa als „Feststellung des Willensinhaltes“ gelten gelassen wird, so ist es unrichtig und hat nur historisch-politische Bedeutung, wenn man auch die Exekutive in erster Linie als Funktion des Monarchen, oder gar nur als Willensakt des Monarchen auffaßt, die Stellung des Ministers dagegen bloß in zweiter Linie als eine lediglich zustimmende gelten läßt.

Ebensowenig wie die Publikationsformel, derzufolge das Gesetz lediglich als Befehl des Monarchen erscheint, für die rechtliche Natur des Verhältnisses des Monarchen zum Parlament von Bedeutung ist, ebensowenig kann die Tatsache, daß auch der Verwaltungsakt äußerlich nur als Befehl des Monarchen erscheint, dem die Kontrasignatur des Ministers hinzuzukommen hat, die formal-juristische Konstruktion des Verhältnisses zwischen Monarch und Minister beeinflussen. Soferne man die Exekutive als Rechtspflicht nicht nur des Staates, sondern auch der Organe auffaßt, ist das fragliche Verhältnis innerhalb der Exekutive formal-juristisch gerade das umgekehrte; denn der Minister, und zwar nur der Minister, nicht auch der Monarch ist es, der zur Realisierung des Staatswillens verbunden ist. Diese juristische Form des fraglichen Verhältnisses entspricht übrigens der Praxis der Verwaltung tatsächlich besser, als das bloß historisch-politische Gewand, in dem dieses Verhältnis regelmäßig in die äußere Erscheinung tritt. Denn in Wahrheit sind es ja doch nur die Minister, die verwalten, die die oberste Exekutive durchführen, Verordnungen erlassen, und die sonstigen Verwaltungsakte setzen, der Monarch kommt praktisch nur als ein zustimmender, sanktionierender Faktor in Betracht. Er wäre ja physisch gar nicht imstande, die Akte der verschiedenen Ressorts, die alle als seine eigenen Entschließungen erscheinen, selbst anzuregen oder gar auszuarbeiten. In praxi, d. h. materiell regiert der Minister und der Monarch kontrasigniert, wenn auch die äußere Form des Verwaltungsaktes die umgekehrte Rollenverteilung aufweist.

Es wäre übrigens einseitig, hielte man diese Charakterisierung der monarchischen Stellung innerhalb der Exekutive als Voraussetzung für die Funktion des Staates, als Bedingung für die Pflichten der Staatsperson für erschöpfend. Denn das gerade ist das Eigen-

artige und für die formale Konstruktion so Schwierige, daß die Stellung des Monarchen hier einen Doppelcharakter aufweist, daß seine Funktion nicht bloß als Voraussetzung für das pflichtmäßige Handeln des Staates, sondern zugleich auch als diese Tätigkeit selbst erscheint, daß seine Funktion nicht nur Bedingung für eine Pflicht des Staates, sondern zugleich deren Erfüllung, Realisierung ist. Seine nichtlegislative Tätigkeit ist der Staatsperson zuzurechnen.

Ist er aber insoferne auch Staatsorgan? Diese Frage ist unbedingt zu bejahen, wenn man als einzige Organqualität die Zurechenbarkeit der Funktion zum Staate erklärt. Schränkt man dagegen den Organbegriff insoferne ein, als man nur die pflichtmäßige, dem Staate zurechenbare Tätigkeit als Organhandlung gelten läßt¹⁾, dann kann der Monarch als Staatsorgan nicht angesehen werden.

Allein, das Organverhältnis als die bloße Relation der Zurechnung zum Staate ist an sich weder ein Pflicht- noch ein Rechtsverhältnis; doch kann die Organnatur — d. h. die Qualität der Zurechenbarkeit zum Staate — einem Pflicht- oder Rechtsverhältnis anhaften. Es ist eine rein terminologische Frage, ob man das Wort „Organ“ in dem weiteren oder dem engeren Sinne faßt. Für die juristische Konstruktion kommt es darauf an, ein Pflicht- oder Rechtsverhältnis zu erweisen.

Daß ein solches Pflichtverhältnis des Monarchen nicht besteht, wurde bereits hervorgehoben. Es erübrigt noch die Frage, ob ein subjektives Recht des Monarchen auf seine Stellung behauptet werden kann. — Ein „Recht auf Organstellung“ wurde bisher hauptsächlich mit der Begründung abgelehnt, daß ein Recht auf eigenes Verhalten nicht konstruierbar sei, ein Recht auf eine Pflicht des Staates aber — das allein einem sogenannten Rechte der Organe auf ihre Stellung entsprechen könnte — deshalb nicht angenommen werden könne, weil diese Pflicht des Staates nur eine Unterlassungspflicht — eine Pflicht des Staates, die Tätigkeit des Organs zu dulden, nicht zu stören etc. — juristisch nicht denkbar sei. Der eigenartige Doppelcharakter, welcher der monarchischen Funktion zukommt, bringt es nun mit sich, daß gerade beim Monarchen zum Unterschiede von allen übrigen Organen ein solches subjektives Recht auf seine Stellung konstruierbar ist.

Zunächst läßt sich dem Monarchen gegenüber eine Pflicht des Staates zu einem positiven Handeln feststellen, die sonst den Organen gegenüber nicht nachweisbar ist; dann steht der den Staat zu diesem

1) Vgl. z. B. REHM, Allgemeine Staatslehre, Freiburg 1893 S. 179: „... Staatsorgane heißen sie in dem Sinne, daß es ihre Rechtspflicht ist die Geschäfte des Staates nicht in egoistischem Interesse, sondern im Interesse der Staatsgesamtheit zu führen.“

positiven Verhalten verpflichtende Rechtssatz im Verhältnis zum Monarchen tatsächlich in jener besonderen Relation, derzufolge er als subjektives Recht desselben gelten kann.

Faßt man nämlich die Tätigkeit des Monarchen insoferne ins Auge, als sie eine Realisierung des in der Rechtsordnung erklärten Staatswillens ist, und berücksichtigt man die Tatsache, daß gerade die Person des zur Realisierung berufenen Monarchen zum Unterschiede von allen übrigen Organen verfassungsmäßig individuell (durch die Thronfolgeordnung) fixiert ist, dann läßt sich nicht leugnen, daß der Staat in der Rechtsordnung verpflichtet wird, gewisse Handlungen gerade durch den individuell bestimmten Monarchen vorzunehmen, daß der Staat in gewissen Rechtssätzen gerade durch den Monarchen — oder auch durch den Monarchen handeln will. Ob damit die Möglichkeit eines subjektiven Rechtes des Monarchen auf diese positive Pflicht des Staates, durch ihn, und gerade auch durch ihn zu handeln gegeben ist, hängt davon ab, ob der den Staat hiezu verpflichtende Rechtssatz tatsächlich auch in jene besondere Relation zum Monarchen gebracht werden kann, demzufolge dieser Rechtssatz, resp. die durch ihn statuierte Rechtspflicht des Staates als subjektives Recht des Monarchen gelten kann.

Hier kommt nun die Funktion des Monarchen in ihrer zweiten Bedeutung, als Voraussetzung für die Rechtspflicht des Staates, zu handeln, in Betracht. Die Subjektivierung des Rechtssatzes zum subjektiven Rechte wurde in die Formel gefaßt, daß ein Rechtssatz insoferne als „mein Recht“ zu gelten hat, als er zu meiner Verfügung steht, als der in dem Rechtssatze erklärte Wille des Staates von mir abhängig ist, d. h. durch einen Akt meiner Person bedingt ist, der sich als „Anspruch“ auf die durch den Rechtssatz statuierte Pflicht darstellt. Dies trifft vollinhaltlich auf die Funktion des Monarchen in deren Eigenschaft als Bedingung des im Rechtssatze erklärten Willens zur Exekutive zu. Denn dadurch, daß die exekutive Tätigkeit des Staates von der Funktion des Monarchen als einer bedingenden Voraussetzung abhängt, stehen die den Willen des Staates zu der Exekutive erklärenden Rechtssätze eminent zur Verfügung des Monarchen. Der Monarch kann nach seinem Belieben die aus Rechtssätzen bestehende Rechtsordnung — wenigstens zum Teile, soweit sie eben in seinen Wirkungskreis fällt — in Funktion setzen oder zum Stillstand bringen. Indem der Monarch seine spezifische Funktion ausübt, dient er nicht bloß als Realisator der Rechtssätze, sondern macht er auch die in den Rechtssätzen statuierte Pflicht des Staates, durch ihn — den Monarchen — tätig zu werden, geltend, erhebt er den Anspruch auf diese Rechtspflicht des Staates.

Als Subjekt dieses Rechtes gegen den Staat ist der Monarch Person und es fragt sich nur, wie diese Persönlichkeit des Monarchen — sofern man ihn als Staatsorgan aufzufassen geneigt ist — mit der Staatspersönlichkeit in Einklang zu bringen ist.

Der Widerspruch, der darin gelegen scheint, daß das Staatsorgan, das der Staatsperson gegenüber nur als Durchgangs-, nicht als Endpunkt der Zurechnung in Betracht kommt, als Persönlichkeit, weil Subjekt von Pflichten erklärt wird, während doch „Persönlichkeit“ gerade nur die Eigenschaft bedeutet, Endpunkt der Zurechnung zu sein, wurde durch den Nachweis aufgelöst, daß der Rechtssatz, dem gegenüber das Organ als Person steht, ein anderer ist als derjenige, welcher als Zurechnungsregel durch das Organ hindurch zur Staatsperson führt. Diese Unterscheidung ist gerade der Person des Monarchen gegenüber nicht durchführbar, da es hier derselbe den Staat verpflichtende Rechtssatz ist, der die Funktion des Monarchen als Staats-, resp. Organ-Tätigkeit erscheinen läßt, und der als subjektives Recht des Monarchen in Betracht kommt. Was sich bei den übrigen Organen in zwei separate Rechtssätze scheiden läßt, das ist dem Monarchen gegenüber zu einem einzigen verschmolzen, aber in der doppelten Natur der monarchischen Funktion kommt die Trennung wieder zu Tage. Denn nur insoferne die Tätigkeit des Monarchen Realisierung des Staatswillens, Erfüllung der Staatspflicht ist, kommt der Monarch als Organ in Betracht, und insoferne die Funktion des Monarchen Voraussetzung für die Tätigkeit des Staates, Bedingung des im Rechtssatze erklärten Willens und der damit statuierten Rechtspflicht des Staates ist, steht dieser Rechtssatz in einem subjektiven Verhältnis zum Monarchen, ist der Monarch Rechtssubjekt, Träger eines subjektiven Rechtes.

XXX. Kapitel.

Organschaft und Stellvertretung.

Die Lehre von der Rechtsstellung des Staatsorganes soll hier ihren Abschluß in der Untersuchung der Frage finden, ob die Organschaft sich rechtlich als Stellvertretung qualifizieren lasse oder ob es sich dabei um zwei von einander wesensverschiedene Rechtsinstitute handle, ein Problem, das gerade in letzter Zeit wiederholt erörtert wurde. Und es kann nicht geleugnet werden, daß gerade diese Formulierung der Fragestellung recht eigentlich bis zum

innersten Kerne des juristischen Organproblems zu führen geeignet ist; darum wird auch die hier vertretene Konstruktion in den folgenden Zeilen in ihrer ganzen Bedeutung vollends klar werden.

Der gegenwärtige Stand der Frage in der neueren Literatur ist auf den ersten Blick ein erstaunlicher. Als herrschende, fast allgemein geteilte Auffassung muß diejenige bezeichnet werden, die zwischen Organschaft und Stellvertretung einen prinzipiellen Unterschied annimmt. Die Wenigen, die dieser Anschauung entgegen treten, kommen aus dem Lager der Romanisten, sind Vertreter der sogenannten privatrechtlichen Jurisprudenz. Als bedeutendster Wortführer dieser Richtung kann SCHLOSSMANN¹⁾ gelten. Von Theoretikern des Staats- und Verwaltungsrechtes, die Organschaft und Stellvertretung nicht prinzipiell unterscheiden, sondern die erstere als Spezialfall der letzteren gelten lassen, wären zu nennen OTTO MAYER²⁾ und REHM³⁾.

Die verhältnismäßig so seltene Einhelligkeit der Anschauung wäre an sich weniger merkwürdig als erfreulich und böte ein immerhin bedeutsames Argument für die Richtigkeit der angenommenen Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung, wenn nicht gerade in diesem Punkte auch zwischen den Vertretern zweier in jeder anderen Hinsicht sonst auf das schärfste entgegengesetzten Theorien — der organischen und der anorganischen Staatslehre — ein ungewöhnliches und auffallendes Einvernehmen bestünde. Und diese Übereinstimmung muß umso merkwürdiger erscheinen, wenn man in Betracht zieht, daß diese beiden Theorien gerade in der für das fragliche Problem offenbar grundlegenden Lehre vom Staatsorgan zwei direkt entgegengesetzte Standpunkte einnehmen, indem die eine, die organische nämlich, dem Staatsorgane Rechtspersönlichkeit zuspricht, während die andere — die anorganische — jede Rechtssubjektivität der Staatsorgane bedingungslos in Abrede stellt — und vollends, wenn man des weiteren bedenkt, daß als der charakteristische Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung für gewöhnlich die Tatsache gilt, daß es sich bei der Stellvertretung um ein Verhältnis zwischen zwei Personen handle, während bei der Organschaft als einem Verhältnis innerhalb des Staatsorganismus selbst nur eine Person vorliege. So sagt LABAND⁴⁾: „Bei der Vertretung in Vollmacht handelt es sich stets um ein

1) Organ und Stellvertreter. In: IHERINGS Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes. II. Folge, 8. Bd. S. 289 ff.

2) Deutsches Verwaltungsrecht. II. Bd. S. 395. Anm. 2.

3) Allgemeine Staatslehre. S. 180.

4) Archiv für civilistische Praxis. Bd. 73 S. 187f.

Rechtsverhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten, von denen das eine für das andere handelt; die Rechtshandlungen des Vertreters sind zwar seine Handlungen, aber sie haben Rechtswirkung, als wären sie Handlungen des Vertretenen. Bei der Vertretung in Organschaft dagegen handelt die juristische Person selbst und unmittelbar, ihr Vorstand tritt nicht als ein von ihr verschiedenes Rechtssubjekt den dritten gegenüber. . . .“ Und scheinbar übereinstimmend PREUSS ¹⁾ (als Vertreter der organischen Theorie): „Das Recht hat hier (bei der Organschaft) nicht die Beziehungen zweier einander fremd gegenüberstehender Individuen zu regeln (wie bei der Stellvertretung), sondern den Gemeinwillen einer Gesamtperson zu organisieren.“

Nun sollte man wohl meinen, daß nur die anorganische Staatstheorie wirklich im Stande sei, den behaupteten Unterschied aufrecht zu erhalten, da nur sie die Persönlichkeit des Organes neben der Staatsperson leugnet, während doch die organische Theorie mit ihrer Organpersönlichkeit von vornherein zwei Rechtssubjekte annimmt und daher nicht behaupten kann, daß die Organschaft darum keine Stellvertretung sei, weil dort nur eine Person vorliege. Allein, Tatsache ist, daß die ganze Unterscheidung zwischen Stellvertretung und Organschaft von GIERKE herrührt, also gerade auf dem Boden der organischen Staatslehre entstanden ist und von der anorganischen erst übernommen wurde. Ja, es muß bei näherer Untersuchung des Problems zugegeben werden, daß eine Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung überhaupt nur vom Standpunkte der organischen Theorie konsequent behauptet werden kann. Denn die von der anorganischen Theorie angenommene absolute Unpersönlichkeit des Organes ist angesichts der bestehenden Organpflichten oder, wie SCHLOSSMANN ²⁾ hervorhebt, mit Rücksicht auf die zwischen Staat und Organ bestehenden rechtlichen Beziehungen, insbesondere obligatorischen Verhältnisse unhaltbar; damit ist aber die Basis für die Behauptung weggefallen, es läge bei der Organschaft nur eine einzige Person vor. Soll sich also die Organschaft von der Stellvertretung unterscheiden, ist nicht so sehr das Hauptgewicht auf die Zahl der in Beziehung stehenden Personen, sondern vielmehr auf die spezifische Verbindung derselben zu legen. Auf die eigenartige und besondere, „organische“ Verbindung zwischen Organ und Organismus, derzufolge das Organ als selbständige Person und doch zugleich nur als Teil des Organismus erscheint, kommt es der orga-

1) Stellvertretung oder Organschaft? Eine Replik. In: IHERINGS Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes. II. Folge 8. Bd. S. 445.

2) a. a. O. S. 301.

nischen Theorie an, wenn sie den Unterschied zur Stellvertretung hervorhebt. Dieses Moment fehlt naturgemäß der anorganischen Konstruktion. Mit Recht wirft PREUSS der letzteren vor, daß sie wohl die Terminologie, nicht aber das Wesen der organischen Staatslehre akzeptiere, daß ihre Vertreter sich dem Zwang einer „immanenten Logik“ entziehen, wenn sie „wie mit der Terminologie und den Begriffen der organischen Lehre überhaupt, so auch mit der Differenzierung der organschaftlichen von den individualistischen Vertretungsverhältnissen hantieren, ohne sich jedoch der entscheidenden Grundanschauung zu unterwerfen“¹⁾. Mit vollem Recht hält er SCHLOSSMANN entgegen, daß dieser die Lehre an unrechter Stelle angreife, wenn er gegen LABAND polemisiere²⁾, da dieser als Vertreter der anorganischen Theorie die auf dem Boden der organischen Staatsauffassung erwachsene, nur von deren spezifischem Standpunkte aus erfassbare Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung nicht konsequent durchführen könne.

Will man also der fraglichen Unterscheidung nicht zustimmen, dann muß man die gegnerische Lehre dort aufsuchen, wo sie entstanden ist und in der spezifischen Form, die sie von der organischen Staatstheorie erhalten hat.

Auf die folgende Weise hat PREUSS das fragliche Problem gestellt: „Worauf es einzig und allein ankommt, das ist die Frage ob die Differenzierung der Organperson gegenüber ihrem Organismus rechtlich identisch ist mit der Verschiedenheit der Individualperson A gegenüber der ihr fremden Individualperson B, oder ob nicht vielmehr das Rechtsverhältnis in diesen beiden Fällen ein begrifflich heterogenes ist“³⁾. Auf Grund dieser Fragestellung und nur im Zusammenhange mit der gesamten spezifisch organischen Staatsanschauung gelangt man nun zu deren spezifischem Resultate, demzufolge Organschaft und Stellvertretung als zwei von einander wesensverschiedene Verhältnisse anzusehen sind. Nur mit der Möglichkeit der organischen Anschauung überhaupt muß die Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung stehen und fallen.

Der Grundpfeiler der organischen Staatslehre ist bekanntlich die Annahme eines einheitlichen realen psychischen Gesamtwillens des Staates, im Verhältnisse zu dem die psychischen Willen der Organe als dessen Bestandteile, als „Willenspartikel“ zu gelten haben. Auf Grund der „Lehre, wonach die Gliedpersonen rechtliche Bestandteile der Gesamtperson sind, weil der Einzelwille ein integrierender

1) a. a. O. S. 433.

2) a. a. O. S. 431.

3) a. a. O. S. 433.

Bestandteil des Gemeinwillens ist“¹⁾, muß das Organ als „Bestandteil“ der Staatsperson — weil der Organwille als „Bestandteil“ des Staatswillens angesehen werden. Da der Vertreter dagegen keinesfalls „Bestandteil“ des Vertretenen ist, sein Wille — psychisch genommen — stets ein selbständiger dem des Vertretenen gegenüber bleibt, ist es nur folgerichtig, wenn PREUSS den Gegensatz zwischen Organschaft und Stellvertretung folgendermaßen charakterisiert²⁾: „Die Handlung und Erklärung des Stellvertreters ist in der Tat stets nur seine Handlung und Erklärung, gleichviel ob sie direkte oder indirekte Rechtswirkungen für den Vertretenen erzeugt oder nicht. Wo ihr die Vertretungswirkung versagt bleibt, erzeugt sie eventuell Rechtswirkungen für oder gegen den Handelnden und Erklärenden selbst; denn an sich sind die betreffenden Akte ebensowohl als Akte des Vertreters wie als solche des Vertretenen denkbar. Die Handlungen und Erklärungen der Organperson dagegen sind rechtlich nur denkbar, wenn sie zugleich Akte der Organperson und der Gesamtperson sind; denn der Organwille ist ein integrierender Bestandteil des rechtlich organisierten Gemeinwillens, während der Individualwille des Stellvertreters dem Individualwillen des Vertretenen durchaus selbständig gegenüber steht. Gemeinsam ist beiden Erscheinungen die sinnlich wahrnehmbare Tatsache, auf welche SCHLOSSMANN trotz ihrer Selbstverständlichkeit den entscheidenden Wert legt, daß die Handlung des Stellvertreters wie der Organperson deren eigene Handlung ist. Der Unterschied und das rechtlich entscheidende Moment besteht aber darin, daß die Handlung des Stellvertreters niemals zugleich Handlung des Vertretenen sein kann; die Handlung der Organperson immer zugleich Handlung des Organismus sein muß.“

Die einzig mögliche Widerlegung dieser Anschauung kann nur gegen jene Stelle gerichtet sein, von der aus sich das Resultat als logisch-konsequente Folgerung ergibt. Es ist die Annahme eines realen, psychischen Gesamtwillens, als dessen Bestandteil der Organwille erscheint. Nur wenn der Wille des Organes wirklich der Bestandteil eines realen Gesamtwillens der Staatsperson wäre, könnte zwischen Staat und Organ jene besondere Relation bestehen, die PREUSS behauptet, und die sich von der Beziehung zwischen Vertreter und Vertretenem prinzipiell unterscheidet.

Die Unmöglichkeit, die Staatsperson auf einem realpsychischen Gesamtwillen zu begründen, wurde bereits im 2. Buche dieser Untersuchungen dargetan. Dort wurde gezeigt — woran hier nur mehr erinnert sei — daß ein Gesamtwillen im sozialpsychischen

1) PREUSS a. a. O. S. 447/8.

2) a. a. O. S. 445.

Sinne als einheitliches Substrat der Staatsperson nicht existiert, nicht bloß, weil es, wie PREUSS zugibt, „einen exakten Beweis für die Existenz eines Gemeinwillens 1)“ nicht gibt, sondern weil man positiv beweisen kann, daß die Voraussetzungen für das Dasein eines realpsychischen Gesamtwillens des Staates fehlen und fehlen müssen, da unter dem Terminus Staatswille ein ganz anderer als ein realpsychischer Tatbestand zu verstehen ist. Das Nähere darüber ist im 2. Buche dieser Untersuchungen nachzulesen.

Dort ist auch des weiteren dargetan, daß selbst wenn es tatsächlich für den Staat dasjenige gäbe, was die Sozialpsychologie als Gemeinwillen bezeichnet, dies gerade im Sinne der Sozialpsychologie kein selbständiger „Wille“, sondern nur der Ausdruck für die Tatsache wäre, daß eine Mehrheit von Einzelwillen ihrer Richtung nach inhaltlich übereinstimmen. Wenn, wie die Organiker behaupten, der psychische Wille das Substrat der Persönlichkeit ist, dann gibt es nur Einzelpersönlichkeiten, keine Gesamtpersönlichkeit; denn der Terminus „Gesamtpersönlichkeit“ bezeichnete etwas wesentlich anderes als „Person“, nämlich bloß eine Relation zwischen Personen, wäre nur der Ausdruck dafür, daß eine Mehrheit von Einzelpersonen gleicher Willensrichtung sei.

Man vergegenwärtige sich doch, daß eine Reihe gleichmäßig in derselben Richtung marschierender, gleich uniformierter und unter demselben Kommando stehender Soldaten nicht selbst wiederum ein „Soldat“ oder „Gesamtsoldat“ ist! Nur dem Worte, nicht aber dem Wesen nach wäre Einzelperson und Gesamtperson dasselbe und somit das auch von den Vertretern der organischen Staatstheorie anerkannte Postulat der Einheit des Persönlichkeitsbegriffes 2) preisgegeben.

Nur die seltsame Täuschung, die das Wort „Gesamtwille“ verursacht, indem es dazu verleitet, darunter so etwas wie einen „Willen“ (und nicht bloß eine Relation von Willen) zu vermuten, macht die irrige Anschauung erklärlich, derzufolge der Organwille als „Willenspartikel“, als Bestandteil eines größeren wesensgleichen „Willens“, die Organperson als Bestandteil einer Gesamtperson angesehen wird. Weil aber der Organwille nicht „Bestandteil“ eines Staatswillens, sondern höchstens einer von vielen übereinstimmenden Einzelwillen sein könnte, darum kann die Handlung des Organes nicht deshalb Handlung des Staates sein, weil die Organperson ein „Bestandteil der Staatsperson“ ist. Und gerade vom Standpunkte einer auf die realpsychische Tatsache eines Gesamtwillens gerichteten (ihrem Wesen nach materiell-psychologischen, nicht formal-juristischen) Betrachtung

1) a. a. O. S. 414.

2) Vgl. PREUSS a. a. O. S. 435, 436.

(wie es die der organischen Staatslehre ist) wäre ein Willensakt, der nicht auch Willensakt aller zur Gesamtheit gehörigen, den Gesamtwillen bildenden Einzelwillen wäre, m. a. W., ein Willensakt, dem nicht inhaltlich gleiche Willensakte aller anderen zur Gesamtheit gehörigen Personen beigeordnet wären, niemals eine Handlung der den Gesamtwillen repräsentierenden Person; denn ein Gesamt- oder Gemeinwille besteht nur insoferne als tatsächlich eine Übereinstimmung der Einzelwillen zu verzeichnen ist. Der Willensakt des Organes steht in der Gesamtheit der nach organischer Auffassung den Staat bildenden Organe durchaus vereinzelt da, er strebt seinem Inhalte nach nicht mit der Gesamtheit der übrigen Organe demselben Ziele zu, er verläuft nicht in einem Prozesse paralleler Willensakte, der im Sinne der Sozialpsychologie als Gesamtwille oder Gemeinwille bezeichnet werden kann.

Wenn die Handlung des Organes rechtlich als Handlung des Staates erklärt wird, so erfolgt dies Urteil somit nicht auf Grund jener Relation zwischen den einzelnen Organwillen, die als Gesamtwille in der charakterisierten Bedeutung gilt — denn eine solche Relation der Einzel-Organwillen ist in Wirklichkeit gar nicht vorhanden, sondern, wie bereits früher ausgeführt wurde, auf Grund der Rechtsordnung, die in ihren Rechtssätzen jene Zurechnungsregeln enthält, auf Grund deren gewisse menschliche Handlungen nicht den physisch Handelnden, sondern einem hinter ihnen gedachten gemeinsamen Punkte zugerechnet werden. Bezeichnet man die Rechtsordnung als Organisation, dann darf man die Organhandlung nicht etwa, wie PREUSS, deshalb als Staatshandlung gelten lassen, weil der Organwille Bestandteil des „organisierten Gemeinwillens“¹⁾ ist, sondern weil die bestehende einheitliche Organisation die Annahme eines einheitlichen Gemein- oder Staatswillens — allerdings nicht im sozialpsychologischen Sinne, sondern in der Bedeutung eines gemeinsamen Zurechnungspunktes — notwendig macht. Es gibt nicht etwa: erstens einen Staatswillen und zweitens eine Organisation desselben, sondern das, was man Staatswillen nennt, ist nur der Ausdruck für die Einheitlichkeit der als Organisation bezeichneten Rechtsordnung; ist figürlich ausgedrückt der einheitliche gemeinsame Zurechnungspunkt für die Organhandlungen. Es ist ein *circulus vitiosus*, mit GIERKE und PREUSS von einem Gesamtwillen zu sprechen, den die Rechtsordnung angeblich schon vorfindet und der durch die Rechtsordnung erst organisiert wird, wenn auf die Existenz eines Gesamtwillens nur aus der „Organisation“ d. i. der Rechtsordnung geschlossen werden kann.

1) a. a. O. S. 445.

Aber auch abgesehen von dem falschen Willensbegriffe, auf dem sich die organische Staatslehre aufbaut, ist deren spezifische Konstruktion der Rechtsstellung des Staatsorganes im Verhältnis zur Staatsperson und daher auch mittelbar der aus der Natur dieser Relation deduzierte Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung unhaltbar, weil diese Konstruktion an einem Widerspruche leidet, den auszugleichen der fraglichen Theorie trotz eifrigen Bemühens nicht gelungen ist. Es muß auffallen, daß PREUSS in der oben zitierten auf das Problem: Organschaft und Stellvertretung, gerichteten Fragestellung von einer „Differenzierung“ der Organperson gegenüber ihrem „Organismus“ ausgeht und schließlich die Lösung des Problems im Sinne einer Identifizierung von Organ und Organismus vornimmt, indem er als Resultat seiner Untersuchung den Unterschied zwischen Stellvertretung und Organschaft dahin formuliert: „Das Recht hat hier nicht die Beziehung zweier einander fremd gegenüberstehender Individuen zu regeln, sondern den Gemeinwillen einer Gesamtperson zu organisieren“. Und es ist beim besten Willen unverständlich, wenn PREUSS erklärt, daß „die Gesamtperson nicht ein von ihren Teilen trennbares Drittes“¹⁾, daß die Organperson ein rechtlich organisatorischer Bestandteil der Gesamtperson ist, ihre Rechte und Pflichten von denen der Gesamtperson in keiner Weise losgelöst werden können²⁾ — und dann doch wiederum die Organe als selbständige Personen von dem Ganzen trennt, die Existenz von Rechtspflichten und subjektiven Rechten des Organes gegen den Organismus anerkennt und gerade darin der SCHLOSSMANNschen Polemik gegen die pseudoorganische Terminologie der Konstruktion LABANDS, JELLINEKS u. a. zustimmt, daß die Annahme einer selbständigen Persönlichkeit des Organes gegenüber dem Organismus wegen des Bestandes von Rechtspflichten und subjektiven Rechten zwischen beiden notwendig sei³⁾. Es muß räthselhaft bleiben, wie das Organ selbst Person sein kann, wenn sein Wille nur Bestandteil des Gesamtwillens des Organismus ist und gerade der psychische Wille das Substrat der Persönlichkeit sein soll.

Auf die Frage, wie diese Widersprüche zu lösen seien, hat die organische Staatslehre nur die eine Antwort: daß diese besondere Beziehung zwischen Organismus und Organ eine „organische“ sei; und PREUSS weist alle derartigen Einwände mit der Erklärung ab: „Wem freilich dieser Grundgedanke der Einheit in der Vielheit eine unvollziehbare Vorstellung ist, dem wird die organische Theorie in ihrem Wesen stets unverständlich und als vermeintliche Analogie-

1) a. a. O. S. 453.

2) a. a. O. S. 454.

3) a. a. O. S. 449.

spielerei stets mißverständlich bleiben, aber er muß auch verzichten auf jedes Verständnis für das organische Leben überhaupt; denn dies: die Einheit in der Vielheit ist das Charakteristikum des Gattungsbegriffes Organismus“¹⁾. Allein, die Vorstellung physischer Organismen bereitet dem logischen Verständnis keineswegs solche Schwierigkeiten wie die sozialer Organismen, die nach PREUSS nicht etwa als bloße Analogien zu den ersteren, sondern neben diesen als zweite Art einer gemeinsamen Gattung zu gelten haben. Denn bei dem physischen Organismus wird es niemandem beifallen, das Organ nicht bloß als Bestandteil dem Organismus einzuordnen, sondern auch als selbständige Einheit entgegenzustellen. Organ eines Ganzen sein, heißt ausschließlich und allein mit einem Ganzen spezifisch verbunden sein, für ein Ganzes als einem Zwecke ein Mittel und nicht selbst ein Zweck sein. Im Sinne des durchaus naturwissenschaftlichen Organbegriffes der organischen Staatstheorie, für die physische und soziale Organismen nur zwei Spezies desselben Genus sind, kann das Staatsorgan im selben Augenblicke nicht mehr Organ sein, da sich die Notwendigkeit ergibt, es als rechtlichen End- oder Selbstzweck, d. i. als Subjekt von Pflichten und Rechten anzusehen, die nicht Pflichten und Rechte des Organismus sind, weil sie gegen den Organismus, weil zwischen Organ und Staat bestehen.

Wie das Problem zu lösen ist, das Organ sowohl als Subjekt von Pflichten und Rechten mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet, m. a. W. als Endpunkt der rechtlichen Zurechnung und doch zugleich als bloßen Durchgangspunkt der Zurechnung ohne Persönlichkeit zu konstruieren, ist hier zu zeigen versucht worden, indem der Fehler vermieden wurde, beide Qualitäten des Organes in derselben Relation zu suchen, innerhalb deren sie sich ausschließen müssen: Die Eigenschaft des Organes, Endpunkt- und die, Durchgangspunkt der Zurechnung zu sein, wurden in den beiden von einander völlig unabhängigen Relationen gefunden, in denen das Organ zu zwei ganz verschiedenen Gruppen von Rechtssätzen steht.

Wenn die organische Staatstheorie trotz der von ihr angenommenen Persönlichkeit des Organes gegenüber der Person des Staates und der damit gegebenen Existenz von zwei Rechtssubjekten dennoch einen Unterschied von der Stellvertretung behauptet, die doch auch als zwischen zwei Rechtssubjekten bestehend gilt, so ist dies letzten Endes darin begründet, daß sie eben das Verhältnis zwischen beiden Subjekten in beiden Fällen als ein verschiedenes darstellt. „Für die organische Theorie“, sagt PREUSS²⁾, „ist das Rechtsverhältnis zwischen

1) a. a. O. S. 453.

2) a. a. O. S. 469.

Gesamtperson und der ihr eingegliederten Organperson das zweier ungleicher Willen, der Organwille ist dem Gemeinwillen subordiniert; es ist ein Gewaltverhältnis. Das individualistische Rechtsverhältnis zwischen dem Stellvertreter und der vertretenen Einzelperson ist das zweier gleicher Willen, der Wille des Vertreters ist dem des Vertretenen koordiniert“. Indem die organische Theorie auf diese Weise neben der rechtlichen Koordinierung der Subjekte eine rechtliche Subordinierung vornimmt, verliert ihre Gesamtkonstruktion den einheitlichen Charakter. Sie verläuft — bildlich gesprochen — nicht mehr in einer einzigen Ebene, sie muß gleichsam noch eine Dimension, eine zweite die erste schneidende Hilfsebene heranziehen. Während nämlich, dem Postulate des einheitlichen Personen-Begriffes entsprechend, alle Personen einander koordiniert erscheinen müssen, weil es dieselbe Relation zur Rechtsordnung ist, die ihnen den Personencharakter verleiht, erscheint nach der organischen Theorie das Einheitspostulat aufgegeben, indem die Staatsperson der Organperson übergeordnet wird. Bedenkt man des weiteren, daß nach der üblichen, auch von der organischen Theorie akzeptierten, ja, im Grunde genommen, nur auf ihrem Boden konsequent durchführbaren Vorstellung des sogenannten „öffentlichen“ Rechtes das Verhältnis des Staates auch zu den übrigen Subjekten als ein rechtliches Überordnungsverhältnis und zwar naturgemäß als ein anderes als das zu den Organpersonen anzusehen ist, so ist für die Gesamtkonstruktion noch eine dritte Richtungsebene aufgeschlagen. Mit drei rechtlich völlig verschiedenen Personenkategorien arbeitet eine solche juristische Methode: Die einander koordinierten Untertanspersonen, die diesen übergeordnete Staatsperson und endlich die der letzteren wiederum in einer anderen Richtung untergeordneten Organpersonen.

Soferne sich nun die Kritik gegen diese Art der Konstruktion wendet, hört sie auf, eine immanente zu sein; und wenn hier der Konstruktion mit der drei- oder mehrfachen Ebene die Konstruktion mit der einfachen Ebene entgegengesetzt wird, so geschieht dies im Vollbewußtsein der Tatsache, daß die Richtigkeit des vertretenen Standpunktes nicht absolut beweisbar ist, daß der an diesem Punkte zu Tage tretende Gegensatz letzten Endes in der Verschiedenheit der Weltanschauung wurzelt.

Gegen die Möglichkeit oder Zulässigkeit der Konstruktion eines rechtlichen Über- resp. Unterordnungsverhältnisses und für das hier vertretene Axiom, daß auch der Staat als Person allen übrigen Personen rechtlich gleichgeordnet sein muß, kann nur die Behauptung ins Feld geführt werden, daß die rein formale Konstruktion des Juristen für politische ebensowenig wie für wirtschaftliche — in

beiden Fällen stets psychologische Machtverhältnisse kein Ausdrucksmittel hat, daß die tatsächlich vorhandenen, keineswegs abzuleugnenden Über- und Unterordnungsverhältnisse, die realen Gewalt-elemente in den Rechtsbegriffen keinen Platz finden, als sogenannte bloß „faktische“, nicht rechtliche Momente unberücksichtigt bleiben müssen. Es kann des weiteren nur darauf hingewiesen werden, daß Macht und Gewalt als psychische Faktoren nur in der Relation zwischen Menschen existent sein können, nicht aber zwischen Gebilden juristischer Konstruktion: den Personen; daß insbesondere der Staat, der nichts als ein gemeinsamer Zurechnungspunkt ist, nicht als Träger psychischer Funktionen, nicht als Macht oder Gewaltfaktor gelten kann. Rechtlich natürlich nur! Denn nur für das Recht hat der Begriff „Staat“ diesen Sinn. Kann man dem Terminus „Staat“ neben dem der Gesellschaft auch vom soziologischen Standpunkte aus einen Sinn abgewinnen, dann können dem Staate der Soziologie alle jene Qualitäten zugesprochen werden, die das heutige „öffentliche“ Recht von seinem Staate behauptet: die Macht und Gewalt, die Herrschaft und die Überordnung. Denn der substantiell soziologischen Betrachtung, die eine sozial-psychologische ist, sind alle jene Elemente zugänglich, die als Macht- und Gewalttatsachen in Herrschafts- und Überordnungsverhältnissen in der psychischen und körperlichen Realität der Seinswelt bestehen. Allein, für die juristische Betrachtung gibt es kein Unten und Oben, die formale Rechtskonstruktion muß gleichsam auf eine dritte Dimension verzichten, sie ist eine plane, oder wie es früher auszudrücken versucht wurde: sie verläuft in einer einzigen Ebene.

Wenn die Annahme von rechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnissen neben Relationen der Koordination abgelehnt wird, so geschieht dies auch aus Gründen der Begriffsökonomie, im Interesse der Geschlossenheit und möglichsten Einfachheit der Gesamtkonstruktion. Es ist aber nicht nur überflüssig spezifische rechtliche Herrschaftsverhältnisse zu konstruieren, wenn man mit dem einfachen Begriffe des Rechtsverhältnisses sein Auslangen findet, es hat sich auch tatsächlich als unmöglich erwiesen. Denn vergeblich wird man an die herrschende Lehre vom öffentlichen Rechte die Frage stellen, wodurch sich rechtlich die als Herrschaftsverhältnisse charakterisierten Rechtsverhältnisse von den übrigen unterscheiden? Denn auch diese „rechtlichen“ Herrschaftsverhältnisse können aus nichts anderem bestehen, denn aus Rechtspflichten und subjektiven Rechten von Personen. Eine Differenzierung dieser Begriffe ist aber unzulässig, denn die absolute Einheit derselben ist das Grundpostulat aller juristischen Konstruktion.

Man ist gewohnt, einer solchen Anschauung den Vorwurf zu machen, daß sie eine einseitig privatrechtliche sei. Diesen Vorwurf kann man getrost auf sich nehmen, wenn einem nur von der anderen Seite die Notwendigkeit einheitlicher juristischer Grundbegriffe für das gesamte Rechtsgebiet zugestanden wird; dann ist nämlich diesem Angriffe die Basis entzogen. Denn die Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Rechte ist ganz besonders dann unzulässig, wenn sie den Sinn haben soll, daß für die Bildung der Begriffe des Privatrechtes eine andere Methode erforderlich sei als für die des öffentlichen Rechtes; daß die Begriffe des letzteren Elemente zu enthalten hätten, die dem Privatrechte fremd seien. Wenn die juristische Konstruktion des Arbeitsverhältnisses die wirtschaftliche Übermacht, die tatsächliche Über- und Unterordnungsrelation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu ignorieren hat, wenn diese tatsächlich vorhandenen wirtschaftlichen Machtfaktoren in den bezüglichen Rechtsbegriffen keinen Ausdruck finden, so ist dies nicht etwa deshalb der Fall, weil es sich um Privatrechtsverhältnisse handelt, sondern weil die Rechtskonstruktion ihrer Natur nach diese Elemente nicht erfassen kann. Und die juristische Begriffsbildung kann und darf ihr Wesen auch jenen Verhältnissen gegenüber nicht verändern, die man als öffentlich-rechtliche bezeichnet, weil in ihnen die Staatsperson erscheint. Die juristische Konstruktion darf und kann gar nicht die hinter diesen Verhältnissen stehenden, oder den Inhalt dieser Verhältnisse bildenden politischen Machtelemente begreifen wollen, aus ebendenselben Grunde, der sie auf dem Gebiete des Privatrechtes die ökonomischen nicht erfassen läßt. Es ist schlechterdings nicht zu begreifen, weshalb gerade die Privatrechtskonstruktion sich Tatsachen gegenüber eine Beschränkung auferlegen müßte, die für das Gesamtbild jener Erscheinung, deren Form bloß das Recht ist, nicht weniger wesentlich sind, als jene, die man in die Begriffe des öffentlichen Rechtes aufnehmen zu sollen glaubt. Indem die Theorie des öffentlichen Rechtes einen rechtlichen Ausdruck für staatliche Machtverhältnisse zu finden bemüht war, hat sie sich mit einem Fuße in die Politik und Soziologie gestellt. Die heute übliche Differenzierung zwischen der Methode des privaten und des öffentlichen Rechtes ist eine so prinzipielle, daß die gemeinsame Subsumption beider unter einen einheitlichen Rechtsbegriff durch nichts mehr gerechtfertigt ist. „Recht“ kann nur das eine oder das andere heißen. Allein, die das öffentliche Recht vom privaten unterscheidenden vermeintlich rechtlichen Über- und Unterordnungs- oder Herrschaftsverhältnisse verschwinden vor der Erkenntnis des Fundamentalsatzes aller Staatsrechtskonstruktion: Den Staat rechtlich erfassen, heißt

ihn als Person der Rechtsordnung in gleicher Weise gegenüberzusetzen, wie alle übrigen Rechtssubjekte, und ihn somit allen übrigen Rechtssubjekten gleichsetzen.

Darin ist aber auch der Gedanke enthalten, daß alle rechtliche Qualifikation ausschließlich und allein in der spezifischen Relation zur Rechtsordnung liegt. Und damit ist die Untersuchung an den letzten Punkt gelangt, der in dem Problem „Organschaft und Stellvertretung“ von Bedeutung ist. Die organische Staatslehre gründet ihre Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung auf eine Verschiedenheit des Verhältnisses zwischen den Subjekten; sie läßt in dem einen Falle die Personen einander über- resp. untergeordnet, in dem zweiten einander nebengeordnet sein. Sie betrachtet das Rechtsverhältnis als ein Verhältnis zwischen den Subjekten. Die Unterscheidung der beiden fraglichen Rechtsverhältnisse auf Grund der Verschiedenheit der Relation zwischen den beiden Subjekten ist jedoch schon deshalb hinfällig, weil das Rechtsverhältnis nicht ein Verhältnis zwischen zwei Subjekten, sondern lediglich das Verhältnis zur Rechtsordnung ist. Rechtsverhältnis ist entweder subjektives Recht oder subjektive Pflicht und als solches Relation des Subjektes zum Rechtssatze.

Der Begriff des Rechtsverhältnisses hat in der theoretischen Literatur die gleiche Behandlung erfahren, wie die Rechtsbegriffe des subjektiven Rechtes und der subjektiven Pflicht. Wie man die Rechtspflicht als die vom objektiven Rechte garantierte Willensgebundenheit, wie man das subjektive Recht als das vom objektiven Rechte geschützte Interesse oder den vom objektiven Rechte anerkannten Willen auffaßte, wie man also in beiden Fällen ein materielles Element in den Rechtsbegriff aufnahm, um es mit dem formalen (der Relation zur Rechtsordnung) zu verbinden, so erklärte man als Rechtsverhältnisse die schon vor der Rechtsordnung, auch ohne Rechtsordnung gegebenen, zwischen den Menschen bestehenden, „natürlichen“, d. h. wirtschaftlichen oder politischen, durch die Rechtsordnung bloß geregelten Verhältnisse. Man sah in den Rechtsverhältnissen, ebenso wie in den subjektiven Pflichten und Rechten, ein substantielles Element, das durch die Rechtsordnung seine Form erhält.

Eine besondere Polemik gegen diesen Begriff des Rechtsverhältnisses ist hier überflüssig, denn sie könnte nur eine Wiederholung der methodologischen Argumente bringen, die anlässlich der Kritik der Rechtsbegriffe des subjektiven Rechtes und der subjektiven Pflicht vorgebracht wurden und die auf dem Grundprinzipie aller

Rechtskonstruktion beruhen: Recht im objektiven wie im subjektiven Sinne ist nur Form und nicht Inhalt, ist Schutz und nicht Geschütztes, ist Ordnung und nicht Geordnetes. Darum ist Rechtsverhältnis nicht ein vom Rechte geregeltes Verhältnis, nicht jene „natürliche“, rein materielle, von der Rechtsordnung unabhängige und ohne die Rechtsordnung mögliche Relation zwischen Menschen, sondern lediglich jene formale Beziehung, die durch die Rechtsordnung erst geschaffen ist; Rechtsverhältnis ist das Verhältnis des Rechtes, i. e. der Rechtsordnung zum Subjekte. Der Rechtsordnung gegenüber ist man berechtigt und nur der Rechtsordnung gegenüber ist man verpflichtet und nur aus Rechten oder Pflichten besteht das Rechtsverhältnis. Es kann gar kein Verhältnis zwischen Rechtssubjekten, d. h. Personen — sondern nur eines zwischen Menschen geben, denn Rechtssubjekt oder Person ist man eben nur im Verhältnis zur Rechtsordnung. Es besteht rechtlich auch kein unmittelbares Verhältnis zwischen dem subjektiv Berechtigten und demjenigen, auf dessen Pflicht das subjektive Recht gerichtet ist. Denn zwischen beiden steht die Rechtsordnung, resp. der gemeinschaftliche Rechtsatz, der im Verhältnis zum einen als dessen Pflicht, im Verhältnis zum anderen als dessen Recht erscheint und so die Beziehung zwischen beiden vermittelt. Die Tatsache etwa, daß die Leistung materiell von dem Verpflichteten an den Berechtigten zu erfolgen hat, daß der eine an dem pflichtmäßigen Verhalten des anderen interessiert ist, ein Umstand, der wohl geeignet ist, ein direktes materielles Verhältnis zwischen beiden herzustellen, ist für die formale Konstruktion bedeutungslos.

Darum ist auch bei den Verhältnissen der Organschaft und der Stellvertretung lediglich die formale Relation zur Rechtsordnung und nicht die materielle Beziehung zwischen den Subjekten, d. h. zwischen Staat und Organ im einen Falle, zwischen Vertretenem und Vertreter im anderen relevant. Von diesem Gesichtspunkte betrachtet zeigt sich aber eine vollkommene Übereinstimmung zwischen Organschaft und Stellvertretung.

Das Verhältnis des Staatsorganes zur Rechtsordnung wurde hier in der Weise analysiert, daß zwei Arten von Rechtssätzen unterschieden wurden; jene, die den Staat zu einem bestimmten Verhalten verpflichten und zu deren Realisation das Organ berufen ist, und jene, die das Organ verpflichten (oder ausnahmsweise, wie beim Monarchen, berechtigen) die Rechtssätze der ersteren Art auszuführen. Es wurde erkannt, daß das Organ im Verhältnis zu den Rechtssätzen zweiter Art als Endpunkt der rechtlichen Zurechnung als Subjekt von Pflichten (resp. von Rechten) Person sei, daß es dagegen im Ver-

hältnis zu den Rechtssätzen ersterer Art (die es realisiert) nur als Durchgangspunkt der rechtlichen Zurechnung, also ohne Persönlichkeit erscheint.

Nicht anders liegt die Situation bei der Stellvertretung. Auch hier müssen jene Rechtssätze, die den Vertretenen verpflichten und berechtigen (und denen gegenüber der Vertretene als Rechtssubjekt in Betracht kommt), scharf von jenen geschieden werden, die den Vertreter in Bezug auf seine spezifische Tätigkeit — die Stellvertretung — verpflichten oder berechtigen. Diesen letzteren Rechtssätzen gegenüber ist der Stellvertreter ebenso Pflicht- oder Rechtssubjekt, d. h. also Person, wie es das Organ im Verhältnis zu den seine Organpflichten (resp. Rechte) statuierenden Rechtssätzen ist. Jenen Rechtssätzen gegenüber, die Rechtssätze und Pflichten des Vertretenen statuieren, deren Erfüllung, resp. Geltendmachung die Rechtspflicht des Vertreters ist oder bezüglich deren Erfüllung resp. Geltendmachung er subjektiv berechtigt ist (indem ihm ein Anspruch zusteht, daß man ihm die Pflichten oder Rechte des Vertretenen erfüllen oder geltend machen lasse), diesen Rechtssätzen gegenüber ist der Vertreter ebenso nur ein Durchgangspunkt der rechtlichen Zurechnung, also ohne Persönlichkeit, wie das Organ gegenüber den die Staatspflichten statuierenden Rechtssätzen, die es zu realisieren hat. Eben weil die Rechts-Persönlichkeit nicht eine dem Menschen angeborene, immanente, dem Menschen als solchem wesentliche Eigenschaft ist, sondern lediglich in einer spezifischen Relation zur Rechtsordnung, d. h. zu den einzelnen Rechtssätzen besteht, ist ein Mensch auch nicht als solcher oder auch nur unter allen Umständen und in jeder Richtung „Person“, sondern nur in Bezug auf ganz bestimmte Rechtssätze, bezüglich deren nämlich für ihn jene spezifische Subjektivierungsmöglichkeit besteht, derzufolge diese Rechtssätze als seine Pflicht oder als sein Recht erscheinen. Weil naturgemäß nicht die ganze Rechtsordnung zu jedem einzelnen in diesem Subjektivierungsverhältnis steht, ist es ohne weiteres möglich, daß jemand dem einen Rechtssatze gegenüber als Person erscheint, während er im Verhältnis zu einem anderen Rechtssatze diese Qualität nicht aufweist. Daß z. B. der Vertreter in der Relation zu denjenigen Rechtssätzen, die er als Vertreter zu erfüllen oder geltend zu machen hat (und die Pflichten oder Rechte des Vertretenen statuieren) nur Durchgangspunkt, nicht Endpunkt der rechtlichen Zurechnung ist, also nicht als Person erscheint, das zeigt sich eben darin, daß die bezügliche Handlung des Vertreters rechtlich nicht als die seine, sondern als die des Vertretenen gilt, d. h. dem Vertretenen und nicht dem Vertreter zugerechnet wird. Nicht der Rechtsanwalt, der auf Grund

einer Vollmacht für seinen Klienten die Klagschrift einbringt, macht sein Recht geltend, sondern der Vollmachtgeber, ebenso wie nicht die Bank, die im Auftrage eines ihrer Depotinhaber eine Zahlung leistet, dem Zahlungsempfänger gegenüber eine Schuld erfüllt, sondern der Auftraggeber es ist, der seiner Verpflichtung entspricht. Die Zurechnung erfolgt hier auf Grund des in der Rechtsordnung enthaltenen Zurechnungsprinzipes, auf Grund dessen unter gewissen Umständen (Vollmacht oder Voraussetzungen gesetzlicher Vertretung) gewisse Personen durch andere handeln können, d. h. daß die Handlungen der anderen (der Stellvertreter) ihnen (den Stellvertretenen) zugerechnet werden.

Daß der Stellvertreter nicht das Subjekt der Pflicht ist, die er für den Vertretenen erfüllt, ist klar, denn der bezügliche Rechtssatz ist auf ihn gar nicht anwendbar, steht also zu ihm nicht in jener besonderen Relation, derzufolge er als seine Pflicht erscheinen könnte. Wohl aber ist der Stellvertretene Subjekt jener Pflicht, die ihn zur Erfüllung der ersteren verbindet; so der Vormund, der die Vermögensverwaltung des Mündels führt und dessen Verbindlichkeiten zu erfüllen hat. Ebenso ist klar, daß der Stellvertreter nicht Subjekt jenes Rechtes sein kann, das er für den Vertretenen geltend macht; er steht zu dem dieses Recht statuierenden Rechtssatze keineswegs in jener spezifischen Relation, derzufolge dieser als sein Recht erscheinen könnte, denn er kann für seine Person über den bezüglichen Rechtssatz gar nicht verfügen. Es bedarf dazu einer Vollmacht oder sonstiger Voraussetzungen, derenzufolge jedoch die über den Rechtssatz verfügende Geltendmachung schon nicht mehr als seine eigene (des Vertreters) Handlung gilt, sondern rechtlich als die des Vertretenen qualifiziert ist.

Was von dem für die Frage der Persönlichkeit einzig unmittelbar maßgebenden Berechtig- und Verpflichtet-Sein gilt, das ist per analogiam auch auf den nur mittelbar in Betracht kommenden Tatbestand des Berechtig- und Verpflichtet-Werdens, d. h. des Rechts- und Pflicht-Erwerbes, resp. -verlustes (als Voraussetzungen des Berechtig- und Verpflichtet-Seins) anzuwenden.

Es ist einfach unrichtig, wenn PREUSS erklärt ¹⁾, das der wesentliche Unterschied zwischen Organ und Stellvertreter darin bestehe, daß die Handlung des Stellvertreters niemals zugleich Handlung des Vertretenen sein kann, während die Handlung des Organes immer zugleich Handlung des Organismus sein muß. Denn in ganz dem gleichen Sinne gilt die Handlung des Organes als Handlung des

1) a. a. O. S. 445.

Organismus, wie die des Stellvertreters als die des Stellvertretenen gilt: nämlich im Sinne der rechtlichen Zurechnung. Körperlich oder psychisch, d. h. für die kausale Betrachtung der Seinswelt liegt in beiden Fällen nur eine Handlung des Organes oder des Stellvertreters vor¹⁾. Nur für eine körperliche oder psychologische, auf die Seinswelt gerichtete Betrachtung ist die Handlung des Vertreters lediglich seine Handlung und nicht die des Vertretenen. Für diese Betrachtung ist aber auch die Handlung des Organes ausschließlich seine eigene Handlung und nicht die des Organismus. Denn es besteht weder ein körperlicher noch auch psychischer Zusammenhang zwischen Staatsorgan und Staatsorganismus. Insbesondere der von PREUSS und den Vertretern der organischen Staatstheorie behauptete Gemeinwille, demzufolge der Wille des Organes Bestandteil des Staatswillens, die Organperson Bestandteil der Staatsperson sein soll und der allein die Behauptung PREUSS' rechtfertigte, ist nicht nur nicht sinnlich wahrnehmbar, wie PREUSS selbst zugibt (und als psychische Tatsache brauchte er auch gar nicht sinnlich wahrnehmbar zu sein), sondern er ist überhaupt nicht vorhanden. Wenn die Handlung des Organes als solche des Staates gilt (und nicht wie PREUSS behauptet: „auch“ als solche — denn die beiden Standpunkte von denen sie das eine Mal als solche des Staates, das andere Mal als eigene Handlung des Organes erscheint, sind mit einander unvereinbar), so ist dies aus keinem anderen Grunde der Fall als aus jenem, demzufolge die Handlung des Vertreters rechtlich als die des Vertretenen gilt: Weil sie kraft Rechtsens einem anderen als dem physisch und psychisch handelnden Menschen zugerechnet wird.

Nicht den psychologisch-explikativen Nexus der Kausalität, wie PREUSS und die Vertreter der organischen Theorie vermeinen, sondern einzig und allein das rechtlich-normative Band der Zurechnung kann die juristische Betrachtung zu Tage fördern. Dieses findet sie aber in gleicher Weise bei der Organschaft wie bei der Stellvertretung.

1) Strenggenommen, nur Bewegungen von Gliedmaßen, Armen, Beinen, Vibrationen der Stimmbänder etc. etc., hervorgerufen durch die Funktion der motorischen Nerven in einem Menschen. Schon der Begriff „Handlung eines Menschen“ kann eine ethische oder rechtliche Zurechnung enthalten, sofern dem Menschen, als ethische oder rechtliche Einheit gedacht, zugerechnet wird, was nur Bewegung eines Teiles von ihm ist.

Obraldruck
von Oscar Brandstetter
in Leipzig.



WERKE VON HANS KELSEN

ÖSTERREICHISCHES STAATSRECHT. Ein Grundriß, entwicklungsgeschichtlich dargestellt. 8. 1923. Grundzahl 4, geb. 7.

DER SOZIOLOGISCHE UND DER JURISTISCHE STAATSBEGRIFF. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Groß 8. 1922. Grundzahl 6.

VOM WESEN UND WERTE DER DEMOKRATIE. (Separat-Abdruck aus „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“.) Groß 8. 1920. Grundzahl 1.

DAS PROBLEM DER SOUVERÄNITÄT UND DIE THEORIE DES VÖLKERRECHTS. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Groß 8. 1920. Grundzahl 7,2.

ÜBER GRENZEN ZWISCHEN JURISTISCHER UND SOZIOLOGISCHER METHODE. Vortrag, gehalten in der soziologischen Gesellschaft zu Wien. 8. 1911. Grundzahl 1,5

*

F. KAUFMANN, Logik und Rechtswissenschaft. Grundriß eines Systems der reinen Rechtslehre. Groß 8. 1922. Grundzahl 4,5.

*

A. BAUMGARTEN, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode.
I. Die theoretische Grundlegung. Groß 8. 1920. Grundzahl 12,8. — II. und III. Kasuistik und zusammenfassende Darstellung. Groß 8. 1922. Grundzahl 21.

*

FESTGABE DER BERLINER JURISTISCHEN FAKULTÄT FÜR WILHELM KAHL zum Doktorjubiläum am 19. April 1923. Groß 8. 1923. Grundzahl 8, geb. 12.

Inhalt: THEODOR KIPP, Die religiöse Kindererziehung nach Reichsrecht. — HEINRICH TRIEPEL, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung. — RUDOLF SMEND, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform. — MARTIN WOLFF, Reichsverfassung und Eigentum.

Sämtliche Beiträge sind auch einzeln erschienen.

*

Die Inlandpreise der angekündigten Werke ergeben sich durch Multiplikation der unter jedem Titel angeführten Grundzahl mit der von den Vorständen des Börsenvereins der Deutschen Buchhändler und des Deutschen Verlegervereins festgesetzten Schlüsselzahl, die in jeder Buchhandlung zu erfahren ist. Die Grundzahlen sind zugleich Auslandpreise in Schweizer Franken.

VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) · TÜBINGEN

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES ÖFFENTLICHEN RECHTS DER GEGEN-

WART, Band XI. 1922. Herausgegeben von Geheimen Hofrat Professor Dr. Robert Piloty in Würzburg und Prof. Dr. Otto Koellreutter in Jena. Lex. 8. 1922. In der Subskription Grundzahl 15, geb. 18. Im Einzelbezug Grundzahl 18, geb. 21. Zum Subskriptionspreis nur bei Abnahme sämtlicher Bände des Jahrbuchs.

Inhalt: Dr. H. Herrfahrdt, Berlin, Die Formen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung in Deutschland. — Dr. A. Hensel, Bonn, Das materielle Reichssteuerrecht. — Dr. Th. O. Zschucke, Das neue Wasserstraßenrecht. — H. Hansen, Kopenhagen, Das öffentliche Recht Dänemarks 1914-21. — Professor Dr. R. Erich, Helsingfors, Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Finnland. — Professor Dr. O. Koellreutter, Jena, Das öffentliche Recht Großbritanniens in den Jahren 1914-21. — Prof. Dr. M. Siotto-Pintor, Parma, Das Verfassungsrechtsleben in Italien in den Jahren 1913-22. — Professor Dr. I. Zolger, Ljubljana, Die Verfassung Jugoslawiens. — Professor M. M. Laserson, Riga, Die Verfassungsentwicklung Lettlands. — Dr. F. Castberg, Kristiania, Die verfassungsrechtliche Gesetzgebung in Norwegen in den Jahren 1914-21. — Professor Dr. H. Kelsen, Wien, Die Verfassung Österreichs. (Fortsetzung.) — Dr. L. Zaitzeff, Die Verfassungsentwicklung in Rußland seit dem Sturz des Zarenthums. — Professor Dr. Reuterskiöld, Upsala, Die staatsrechtliche Entwicklung Schwedens seit dem Jahre 1918. — Dr. Z. Giacometti, Zürich, Das Verfassungsrechtsleben der schweizerischen Eidgenossenschaft in den Jahren 1914-21. — Professor Dr. F. Weyr, Brünn, Der Cechoslowakische Staat, seine Entstehung und Verfassung. — Professor Dr. E. Freund, Chicago, Die Bundesgesetzgebung der Vereinigten Staaten von Amerika 1914-21.

*

HEINRICH TRIEPEL, Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht. (Quellensammlung zum Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht 1.) Groß 8. Dritte Auflage. 1922. Grundzahl Steif broschiert 4.

*

ARTHUR NUSSBAUM, Das Ausgleichsverfahren. Ein Beitrag zur Kritik des Versailler Vertrages und seiner Durchführung. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 25.) 8. 1923. Grundzahl 1.

*

GERHARD ANSCHÜTZ

Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 26.) 8. 1923. Grundzahl 1.

Das preußisch-deutsche Problem. Skizze zu einem Vortrage. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 22.) 8. 1922. Grundzahl 1.

*

GEORG VON BELOW, Deutsche Reichspolitik einst und jetzt. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 23.) 8. 1922. Grundzahl 1.

*

LEO WITTMAYER

Die Weimarer Reichsverfassung. Groß 8. 1922. Grundzahl 8, geb. 11.

Reichsverfassung und Politik. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 24.) 8. 1923. Grundzahl 1.

*

KARL BILFINGER, Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens. Eine staatsrechtliche und politische Studie. 8. 1923. Grundzahl 3.

*

Die Inlandpreise der angekündigten Werke ergeben sich durch Multiplikation der unter jedem Titel angeführten Grundzahl mit der von den Vorständen des Börsenvereins der Deutschen Buchhändler und des Deutschen Verlegervereins festgesetzten Schlüsselzahl, die in jeder Buchhandlung zu erfahren ist. Die Grundzahlen sind zugleich Auslandspreise in Schweizer Franken.

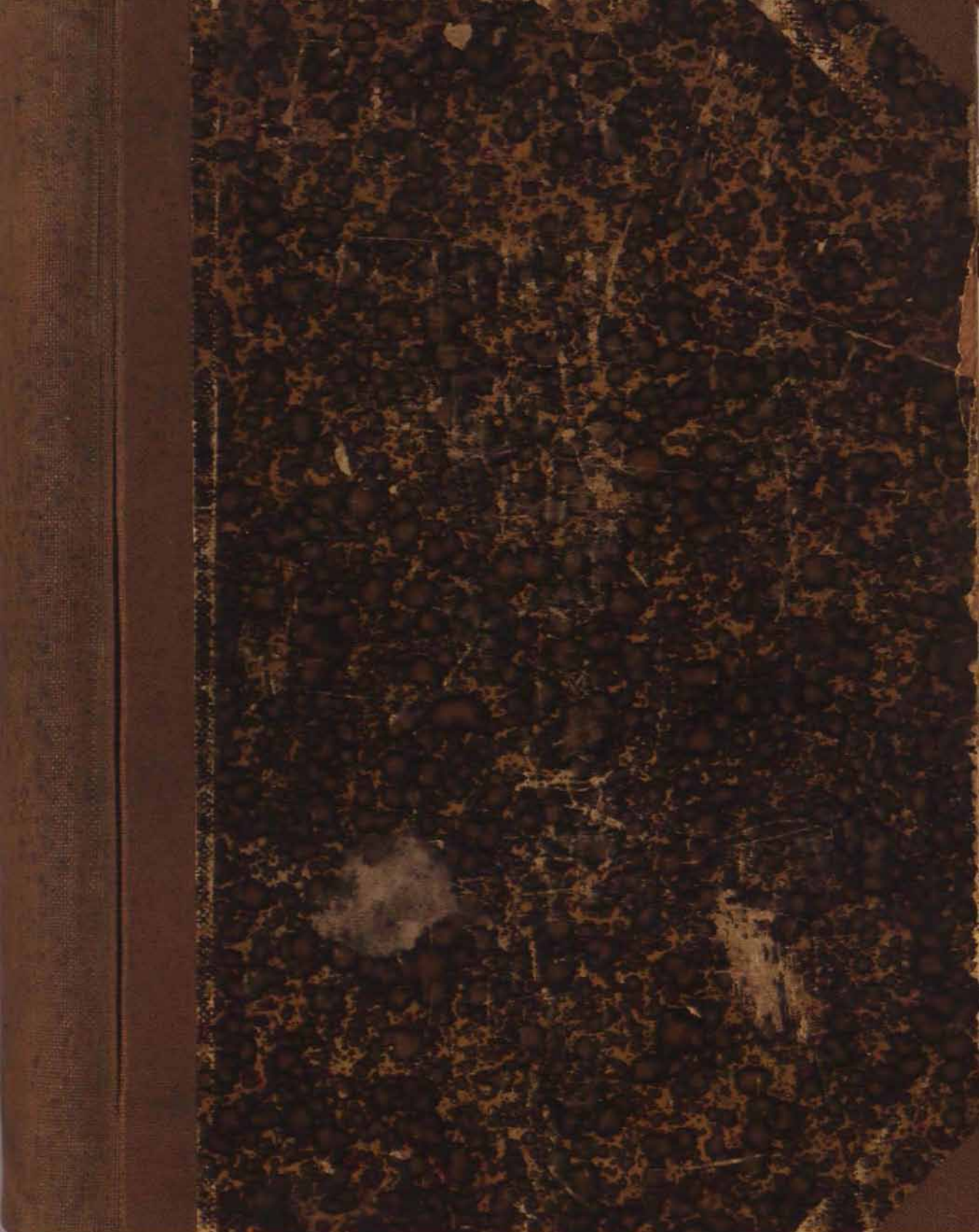
VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) · TÜBINGEN

521359

LATVIJAS UNIVERSITĀTES BIBLIOTĒKA



0511020719





4/13283