

Die
Rechtssicherheit

Eine Studie aus dem Gebiete der allgemeinen
Rechtslehre

von

Dr. Stephan Brassloff

a. ö. Professor der Rechte an der Wiener Universität



1928

WIEN und LEIPZIG

Verlag von Moritz Perles

Wien, I. Seilergasse 4

Alle Rechte, einschließlich des Rechtes der Übersetzung in fremde Sprachen,
vorbehalten.

Seinen lieben Freunden

Dr. Richard und Coelestine Hesky

Vorwort.

Die große Bedeutung, die dem Rechtssicherheitsproblem in Praxis und Wissenschaft zukommt, ist schon längst erkannt worden. Für den Gesetzgeber und Rechtsdogmatiker bildet das Postulat der Rechtssicherheit eine Norm des juristischen Denkens, für den Rechtshistoriker einen wichtigen Gesichtspunkt, unter dem die Entwicklung des Rechts betrachtet werden kann. Ich habe die folgende Studie unternommen, weil ich gerade vom Standpunkt des Rechtshistorikers aus das Bedürfnis fühlte, mir über Bedeutung und Grenzen der Rechtssicherheit volle Klarheit zu verschaffen und mich zu ihrer Publikation in der Erwartung entschlossen, daß, was sie zu bieten vermag, anderen Gleichstrebenden die Arbeit erleichtern wird. Es liegt mir fern, den Anschein zu erwecken, daß durch meine Untersuchungen das weitumfassende Thema erschöpft sei; *multi pertransibunt, sed augebitur scientia*, dieser Satz muß namentlich dort, wo allgemeine Probleme der Rechtswissenschaft behandelt werden, Hoffnung und Trost jedes Autors sein. Dankbar bekenne ich die vielfache Anregung, die ich selbst namentlich durch zwei in neuerer Zeit erschienene Arbeiten, durch Max Rümels Schrift über die Rechtssicherheit und Adolf Merks Studien über „Demokratie und Verwaltung“, empfangen habe.

Wien, am 23. Dezember 1927.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

Erstes Kapitel. S. 1—20.

I. 1. Die Wirtschaft und die Rechtsordnung; Verheißung der Rechtshilfe durch den Staat. S. 1. — 2. Pflicht der staatlichen Organe zur Gewährung der Rechtshilfe. S. 2. — 3. Unzulässigkeit ihrer Hemmung durch andere Staatsorgane; die richterliche Unabhängigkeit (Begnadigung und Dispensation). S. 4. — II. 1. Änderung des im Einklang mit der Rechtsordnung begründeten Zustandes nur auf legalem Wege zulässig. S. 8. — 2. Beschränkung der Rechtssicherheit durch die Zulässigkeit der Erzeugung neuer Normen. S. 9. — 3. Anerkennung des positiven Rechts auch seitens der Anhänger des Naturrechts. S. 10. — III. 1. Verschiedene Wertung der Rechtssicherheit. S. 11. — 2. Besonders hohe Wertschätzung, wenn sie zeitweilig geschwunden war. S. 12. — 3. Das Interesse am Inhalt der Rechtsordnung. S. 13.

Anmerkungen zum ersten Kapitel. S. 14—20.

Zweites Kapitel. S. 21—58.

I. 1. Die Rechtserkenntnis eine Voraussetzung der Rechtssicherheit. S. 21. — 2. Notwendigkeit einer zumindest ergänzenden positiven Rechtsordnung und der Zwangsorganisation zur Durchführung der Rechtsvorschriften. S. 23. — II. 1. Grenzen der Rechtssicherheit, die sich aus der Unvollständigkeit der Rechtsordnung und der beschränkten Erkenntnisfähigkeit der Rechtspflegeorgane ergeben. S. 26. — 2. Unvollständigkeit der Rechtsnormen und die Gegensätze der Stände und Klassen. S. 29. — 3. Ergänzung der sog. Lücken im Recht. S. 32. — III. 1. Klarheit und Bestimmtheit der Normen als Voraussetzung der Rechtssicherheit. S. 32, — 2. Notwendig-

keit einer Abgrenzung von Recht und Sittengesetz. S. 33. — 3. Besonderes Klarheitsbedürfnis bei Normen, durch welche die individuelle Freiheit beschränkt wird, namentlich auf dem Gebiete des Abgabenrechts. Forderung einer Selbstbeschränkung der normensetzenden Gewalt. S. 36. — 4. Gesteigerte Notwendigkeit der Abgrenzung der Privatautonomie bei Differenzierung der moralischen Anschauungen. S. 40. — 5. Die von den Parteien selbst geschaffene Norm als Grundlage der Beurteilung eines Rechtsgeschäftes; Zweifel über ihren Inhalt. S. 41.

Anmerkungen zum zweiten Kapitel. S. 45—58.

Drittes Kapitel. S. 59—89.

I. 1. Forderung einer angemessenen Reaktion gegen normwidriges Handeln als Postulat der Rechtssicherheit. S. 89. — 2. Versagen des normalen Rechtsschutzes. Andere Schutzmittel: Vertragsstrafe (Arrha), Zurückbehaltungsrecht, Bürgschaft, Pfandrecht. S. 61. — 3. Die Rechtsverwirklichung und der Vergleich. S. 67. — 4. Strenges Recht und Billigkeit. S. 68. — II. 1. Rechtskraft des Urteils und Rechtssicherheit. S. 70. — 2. Rechtssicherheit und Beweiserhebung. S. 72. — III. 1. Rechtssicherheit durch Anerkennung des tatsächlichen, mit dem Rechte nicht übereinstimmenden Zustandes beim Rechtserwerb; das Gewohnheitsrecht. S. 75. — 2. Verbot der Selbsthilfe; der Besitzschutz. S. 77. — 3. Zusammenhängende Rechtsverhältnisse. S. 79.

Anmerkungen zum dritten Kapitel. S. 80—89.

Viertes Kapitel. S. 90—143.

I. 1. Das Problem der Verwaltungsorganisation. S. 90. — 2. Abzulehnende Lösungsversuche. S. 92. — 3. Die Verwaltungsorganisation eine Zweckmäßigkeitfrage: Voraussetzungen für die Einführung (Erweiterung) der demokratischen Verwaltungsorganisation und Rechtssicherheit.

S. 93. — II. 1. Rechtsordnung und Verwaltung.: Übereinstimmung in der Grundauffassung. S. 95. — 2. Größere Kenntnis der Rechtsnormen ein Vorzug der juristisch gebildeten Berufsbeamten. S. 96. — 3. Kein Vorzug der autokratischen Verwaltungsorganisation hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Verwaltung: Absichtliche und unabsichtliche Gesetzesverletzungen bei beiden Verwaltungsformen. S. 99. — III. 1. Demokratische Verwaltungsorganisation und republikanische Staatsverfassungen. S. 103. — 2. Überwiegendes Interesse an der Erhaltung der Staatsform gegenüber anderen für die Verwaltungsorganisation maßgebenden (rationellen) Gesichtspunkten. S. 106.

Anmerkungen zum vierten Kapitel. S. 109—143.

Erstes Kapitel.

I. 1. Die Wirtschaft und die Rechtsordnung; Verheißung der Rechtshilfe durch den Staat. 2. Pflicht der staatlichen Organe zur Gewährung der Rechtshilfe. 3. Unzulässigkeit ihrer Hemmung durch andere Staatsorgane; die richterliche Unabhängigkeit (Begnadigung und Dispensation). II. 1. Aenderung des im Einklang mit der Rechtsordnung begründeten Zustandes nur auf legalem Wege zulässig. 2. Beschränkung der Rechtssicherheit durch die Zulässigkeit der Erzeugung neuer Normen. 3. Anerkennung des positiven Rechts auch seitens der Anhänger des Naturrechts. III. 1. Verschiedene Wertung der Rechtssicherheit. 2. Besonders hohe Wertschätzung der Rechtssicherheit, wenn sie zeitweilig geschwunden war. 3. Das Interesse am Inhalt der Rechtsordnung.

I.

1. Der Mensch muß, um die Befriedigung seiner Bedürfnisse sicherzustellen, eine fortdauernde planmäßige Tätigkeit, die auf Erwerb und Erhaltung der Befriedigungsmittel gerichtet ist, entfalten, er muß wirtschaften. Diese Tätigkeit erfordert aber, soll das Ziel des Wirtschaften auch tatsächlich erreicht werden, eine Ergänzung durch einen außerhalb der Wirtschaft gelegenen Faktor; sie wird durch die Rechtsordnung und eine Reihe besonderer Maßnahmen, die zu ihrer Verwirklichung getroffen werden, geboten. Die Rechtsordnung setzt die Entstehungs- und Endigungsgründe der subjektiven Rechte fest und bestimmt auch die Befugnisse, die den Inhalt dieser Rechte ausmachen; sie wendet sich gegen alle Handlungen, die einen Eingriff in die für das Individuum

dadurch geschaffenen Machtsphäre bedeuten, gegen alle Willkürakte, durch die der Berechtigte im Genuß des Rechtes gestört wird. Die Rechtsordnung duldet nicht, daß ihm, ohne daß eine von der zuständigen gesetzlichen Gewalt erlassene Norm vorliegt, das in Einklang mit ihren Vorschriften begründete Recht von einem anderen Staatsorgan entzogen werde; sie räumt ihm die Befugnis ein, bei den gegen sein Recht gerichteten Angriffen den dem Rechte entsprechenden Zustand im Wege der Selbsthilfe herzustellen und schafft auf höherer Kulturstufe eigene Organe des öffentlichen Gemeinwesens, denen die Aufgabe übertragen ist, mit den Mitteln eines staatlichen, durch Rechtsnorm geregelten Verfahrens das Unrecht zu beseitigen und das verletzte Recht wiederherzustellen. Damit ist aber ihre Wirksamkeit nicht erschöpft; in zahlreichen Fällen betrachtet sie es als ihre Aufgabe, zweckdienliche Maßnahmen zu treffen, die den Eingriff in die durch Norm geschützte Rechtssphäre nach Möglichkeit verhindern sollen.¹⁾ Durch alle diese Einrichtungen und Maßnahmen sucht die Rechtsordnung das Glücksbedürfnis der Menschen zu befriedigen, schafft sie Ruhe und Frieden, die Ueberzeugung, daß der im Wege des Rechts begründete Zustand nicht durch den normwidrigen Einzelwillen abgeändert werden könne und daß der Berechtigte, wenn ein normwidriger Eingriff doch stattfindet, auf die wirksame Hilfe des staatlichen Gemeinwesens rechnen könne, erzeugt sie das hohe Gut der Rechtssicherheit.²⁾

2. Damit die Rechtssicherheit mit allen ihren wohlthätigen Wirkungen, die sie (indem sie an Stelle des Zweifels die frohe Gewißheit, an Stelle der Sorge die Beruhigung treten läßt) auf Gemüt und Sinnesart des Men-

schen ausübt, herrsche, auch die günstigen Folgen, die an sie als eine der bedeutsamsten Entwicklungsbedingungen der Volkswirtschaft³⁾ geknüpft sind, tatsächlich in Erscheinung treten, genügt es freilich nicht, daß Organe von der normensetzenden Gewalt mit der Aufgabe betraut werden, gegen alle Angriffe, die gegen die Rechtsordnung gerichtet sind, einzuschreiten; die staatlichen Rechtspflegeorgane müssen die ihnen überantworteten Aufgaben auch wirklich erfüllen, sie müssen dort, wo ein solcher Angriff zu ihrer Kenntnis gelangt,⁴⁾ den Tatbestand feststellen und die rechtlichen Konsequenzen, die nach allgemeiner Rechtsvorschrift an diese Konstatierung geknüpft sind, in vollem Maße verwirklichen.⁵⁾ Es entspricht den Zwecken der Rechtsordnung, daß der staatliche Wille, der sich in ihren Normen äußert, nicht nur von den einzelnen Privaten, gleichgiltig, ob und in welchem Maße sie Einfluß auf die staatliche Willensbildung haben, sondern auch von den Rechtspflegeorganen in jeder Hinsicht respektiert werde. Der Staatsbürger erhebt mit vollem Recht den Anspruch, daß der im Gesetze ausgesprochene Wille auch von den Rechtspflegeorganen beobachtet werde⁶⁾ und auch der Staat kann mit Recht verlangen, daß die Organe, die seinen Willen zum Ausdruck zu bringen und zu verwirklichen haben, dieser Pflicht vollkommen nachkommen und nicht den eigenen Willen oder den Willen anderer Personen oder Personenverbände dem seinen substituieren.⁷⁾ Und die Beobachtung der staatlichen Norm muß eine ausnahmslose sein; die Rechtssicherheit wird verletzt, wenn das zur Entscheidung berufene Organ bewußt oder unbewußt die Norm in einem anderen Sinn, als dem, welcher dem Gesetz entspricht, auslegt.⁸⁾

3. Es ist ein die moderne Rechtspflege beherrschender Grundsatz, daß das Rechtspflegeorgan, das nach der gesetzlichen Kompetenzverteilung zur Entscheidung eines Rechtsstreites berufen ist, nicht durch ein anderes, außerhalb der Justizorganisation stehendes Organ an der Realisierung der Rechtsnorm gehindert werde, daß nicht durch einen Eingriff eines anderen (Interzession, Abolition) die Einleitung oder Fortsetzung des Erkenntnisverfahrens unmöglich gemacht, oder wenn auf Grund des ordnungsgemäß festgestellten Tatbestandes die Unrechtsfolgen ausgesprochen wurden, ihre Durchführung gehemmt werde. Volle Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit ist ein Postulat der Rechtssicherheit und niemand soll seinem gesetzlichen Richter entzogen werden, eine Abänderung der Sentenz nur durch die höhere richterliche Instanz in dem gesetzlich vorgesehenen Instanzenzuge erfolgen. Verfehlt aber ist es, in der so definierten und heutzutage regelmäßig durch die Staatsgrundgesetze gewährleisteteten richterlichen Unabhängigkeit die Verwirklichung des demokratischen Organisationsprinzipes zu erblicken.

Man wird — ohne nähere Prüfung der empirisch gegebenen Rechtsordnungen — leicht geneigt sein, die vollkommene Unabhängigkeit, die verfassungsmäßig einem Staatsorgan verliehen ist,⁹⁾ als dem wahren Wesen der Demokratie entsprechend zu bezeichnen und das Maß demokratischen Geistes, das in den einzelnen Einrichtungen steckt, je nach dem Maße von Unabhängigkeit, das der Amtsträger gegenüber anderen Staatsorganen genießt, zu bestimmen. Die theoretische Begründung dieser Auffassung, die ein Postulat an die staatliche Organisationsgesetzgebung darstellt, könnte m. E. darin gefunden werden, daß es ja immer derselbe Wille ist, nämlich

der Volkswille, der in den Verfügungen der einzelnen Staatsorgane sich äußert, die von ihnen ausgehenden Willenserklärungen also von gleicher Kraft sein müssen, ähnlich, wie ja auch im monarchischen Staat, wo der im Gesetz ausgesprochene Wille als Wille des monarchischen Staatsoberhauptes gilt, diesem stets die gleiche Kraft zukommt, und zwar ohne Unterschied, ob die mitwirkende parlamentarische Körperschaft für den Gesamtstaat oder nur für einen Teil des Staatsgebietes kompetent ist. Aber auch jene Ordnung, bei der (im Wege der vom Volke ausgehenden Normensetzung) ein System der Staatsorgane in der Weise hergestellt wird, daß einzelne von ihnen an die Weisungen eines anderen unmittelbar oder mittelbar durch Volkswillen bestellten Organs gebunden sind, steht mit den Grundsätzen der richtig verstandenen demokratischen Staatsordnung in vollem Einklang. Die demokratische Staatsordnung verlangt lediglich, daß die Amtstätigkeit der Staatsorgane tatsächlich dem Volkswillen entspreche, daß der Volkswille sich nicht in der Einsetzung der Amtsträger erschöpfe, die dann bei Ausübung des Amtes ihre mit dem Volkswillen nicht übereinstimmenden Willensmeinungen zum Ausdruck bringen. Darum muß die Verfassung Vorsorge dafür treffen, daß der Kontakt zwischen dem Volkswillen und den Volksbeauftragten jederzeit so hergestellt werden kann, daß eine Uebereinstimmung beider Faktoren, des Volkswillens und der ihm entsprechenden Funktion seiner Organe, deutlich sichtbar in Erscheinung tritt. Diesem Prinzip entspricht die zeitliche Begrenzung aller amtlichen Funktionen, auch die jener Amtsträger, die nur mittelbar vom Volke, unmittelbar jedoch durch vom Volke beauftragte Einzelpersonen (oder Körperschaften) bestellt werden. Aber schon darin, daß die Amtsdauer

zeitlich befristet ist, liegt eine Beschränkung des Volkswillens, ein Verzicht, innerhalb eines bestimmten Zeitraums den geänderten Willen durchzusetzen.¹⁰⁾

Es ist also eine unrichtig bestimmte Auffassung des demokratischen Prinzips, die darin, daß der Amtsträger in völliger Unabhängigkeit von jedem anderen, ihm übergeordneten Organ seines Amtes walte, das Wesen einer wahrhaft demokratischen Staatsorganisation verwirklicht findet. Das Prinzip der Demokratie verlangt vielmehr umgekehrt eine Unterordnung jedes Staatsorganes, die Unterordnung unter den Volkswillen, beziehungsweise der Weisungen jener Organe, die unmittelbar durch Volkswillen beauftragt sind, staatliche Funktionen auszuüben. Wenn letzteres zutrifft, so hat man gesagt, ist eine Gestaltung der Rechtspflege, bei welcher die Rechtspflegeorgane in vollkommener Unabhängigkeit von den Weisungen irgend eines anderen Organes ihres Amtes walten, als der Demokratie entschieden widersprechend zu bezeichnen. Aber die richterliche Unabhängigkeit, die ja auch in der Gesetzgebung des monarchischen Staates vielfach verfassungsmäßig anerkannt ist, kann m. E. nicht auf das Walten demokratischer Prinzipien zurückgeführt werden; sie stellt nicht eine demokratische Errungenschaft dar und die Erkenntnis des wahren Wesens der Demokratie fordert nicht ihre Aufhebung. Die richterliche Unabhängigkeit ist als eine Beschränkung des Herrscherrechtes ins Leben getreten, als eine Garantie dafür, daß es ein Gebiet gibt, auf welchem dem Staatsbürger ein erhöhter Grad von Rechtssicherheit gegeben ist, einer Rechtssicherheit, die, wie die Erfahrung lehrt, durch die Existenz der objektiven Rechtsordnung allein noch nicht vollkommen gegeben ist und vielfach auch durch jene, die diese Rechtsordnung geschaffen haben, bedroht wird.

Die richterliche Unabhängigkeit bringt nicht die Herrschaft des Volkes, sondern die des Gesetzes zur Geltung und dieses kann sehr wohl in Widerspruch mit dem stehen, was nach der Anschauung des Volkes als Norm im Staate gelten sollte.¹¹⁾ Der Wunsch nach Aufrechterhaltung eines derart befriedeten Gebietes, wie es die Proklamation der richterlichen Unabhängigkeit im monarchischen Staate geschaffen hat, besteht auch in der siegreichen Demokratie. Ob hier dennoch eine Aenderung gefordert wird, hängt im Wesentlichen davon ab, inwieweit die Anhänger dieses Prinzips sich an der Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Zustandes interessiert zeigen.¹²⁾

Die vollkommene Durchführung der hier entwickelten Grundsätze stellt an die staatliche Gesetzgebung eine Reihe wichtiger Forderungen, daß sie alle Eingriffe in die Tätigkeit ihrer Organe, die auf Verwirklichung des objektiven Rechts gerichtet sind, unmöglich mache, Begnadigung und Dispensation für unzulässig erkläre; es tritt an sie auch weiters dann die Aufgabe heran, das Verfahren so einzurichten, daß es dem, welcher das Recht verletzt hat, unmöglich gemacht wird, sich dem Zugriff der Staatsgewalt und dem Ausspruch der normalerweise eintretenden Unrechtsfolgen zu entziehen. Aber das Prinzip kann in der Praxis der Gesetzgebung nicht ausnahmslos durchgeführt werden. Es ist die Rechtsordnung selbst, die in höherer Wertung anderer Zwecke und in richtiger Erkenntnis der oft stärkeren Wirkung anderer Normenordnungen sich veranlaßt sieht, Ausnahmen von diesem Grundsatz — insbesondere auf dem Gebiete der Strafrechtspflege — zu statuieren. Eben weil sie den Zweck verfolgt, den Frieden unter den Menschen aufrechtzuerhalten, will sie den Personen, die rechts- und sitten-

widrig gehandelt haben, die Umkehr zu rechtgemäßer Lebensführung ermöglichen und gestattet es daher, daß unter bestimmten Voraussetzungen die Unrechtsfolgen, welche die normwidrige Handlungsweise nach sich zieht, nicht verwirklicht werden.

II.

I. Es ist eine der wesentlichen Aufgaben des Staates, den Frieden unter seinen Bürgern aufrechtzuerhalten; daraus erklärt sich seine Pflicht, dafür zu sorgen, daß alle Aenderungen des bisherigen Zustandes nur auf legalem Wege vorgenommen werden, d. h. nur auf Grund einer ordnungsmäßig zustande gekommenen Novellierung bisher geltender Rechtsnormen. Und dieses Prinzip muß von ihm in vollem Umfang verwirklicht werden, sowohl auf dem Gebiete der Normensetzung, wie hinsichtlich der Staatsakte, die auf Grund bestehender Rechtsnormen erlassen werden. Auf diese Weise wird, auch wenn die Rechtsvorschriften im Laufe der Zeit sich völlig ändern, doch die wünschenswerte Kontinuität erreicht. Rechtsnormen sind nun vielfach das Ergebnis eines Friedensschlusses, durch den ein Streit der von entgegengesetzten Ansichten geleiteten Parteien beendet wird, ein Vergleich, bei dem begreiflicherweise nicht alle Ansprüche der Fordernden und ebenso auch nicht alle der Versagenden befriedigt werden können. Die staatliche Autorität erfordert es, daß die durch den Vergleich begründete Ordnung, insoweit sie nicht durch abändernde Rechtsnorm aufgehoben ist, von beiden Seiten eingehalten werde¹³⁾ und daß auch die mit der Rechtspflege betrauten Organe — selbst wenn ihnen sonst Einfluß auf die Normensetzung eingeräumt wird — sich jeder Modifikation der vom Staate getroffenen Regelung enthalten. Und das gleiche

gilt auch hinsichtlich der Konkretisierung, die das objektive Recht durch die richterliche Urteilsnorm erfährt; sie muß als mittelbarer Ausdruck der staatlichen Autorität, wie sie sich in der Normensetzung äußert, und im Interesse der Verwirklichung jener Aufgaben, die der Staat mit der Normensetzung erfüllen will, aufrechterhalten werden.

2. Die oben begründete Auffassung der Unverletzlichkeit subjektiver Rechte, die in Einklang mit den Vorschriften der Rechtsordnung ins Leben getreten sind, schafft noch nicht volle Sicherheit und Beruhigung; denn sie anerkennt die Zulässigkeit einer Aenderung im Wege staatlicher Rechtsnorm, die Befugnis der verfassungsmäßigen Gewalt, neue Rechtsnormen zu schaffen, ohne daß dabei grundsätzlich irgendeine Beschränkung hinsichtlich des Inhaltes bestünde, und damit auch die Befugnis, Normen zu erlassen, die eine Aenderung der bisher bestehenden und geschützten subjektiven Rechte unmittelbar kraft Rechtssatzes herbeiführen. Dieser Auffassung steht nun allerdings eine andere gegenüber, die der normensetzenden Gewalt diese weitgehende Befugnis nicht einräumt; sie geht davon aus, daß die gesetzgebende Gewalt, ebenso wie die ihr unterworfenen Einzelpersonen und Körperschaften an Normen gebunden sei, die von einer göttlichen Macht, die über den Menschen und Staaten steht, erlassen sind und sie interpretiert diesen höheren Willen vielfach so, daß damit gewisse durch die geltende Rechtsordnung anerkannten subjektiven Rechte der Aufhebung und Abänderung auch durch die rechtmäßige staatliche Gewalt entzogen sind. Es handelt sich nach dieser Auffassung hier um Wahrheiten, die nicht ein Produkt menschlichen Denkens und Wollens darstellen,

sondern auf übernatürlichem Wege dem Menschen vermittelt worden sind, und diese Anschauung bildet namentlich in älteren Kulturperioden die Grundlage der Geltung aller Rechtsnormen. In ähnlichen Bahnen bewegt sich eine damit verwandte Anschauung, die naturrechtliche, die gleichfalls von der Existenz und Wirksamkeit unabänderlicher Normen ausgehend dem einzelnen Individuum feste, durch keinerlei positive Satzung abänderbare subjektive Rechte zuschreibt, Rechte, die lediglich in dieser höheren Norm ihre Quelle haben, die mit der Existenz des Menschen gegeben sind und erst mit seinem Tode untergehen.¹⁴⁾

3. Aber nicht alle, welche die Ansicht vertreten, daß neben dem positiven Recht noch ein anderes Recht besteht, das Anspruch auf Beachtung erheben kann, gehen soweit, dem ersteren, wenn es mit jener höheren Ordnung in Widerspruch steht, jeden Anspruch auf Anerkennung zu versagen; sie betonen vielmehr, daß ungeachtet eines solchen Widerspruches eine allgemeine Gehorsamspflicht gegenüber der vom Staate als Rechtssatz verkündeten Norm bestehe, die nicht die richtige Erkenntnis dessen, was als Norm im Staate gelten solle, voraussetzt. Es wird anerkannt, daß es Aufgabe der (nach der staatlichen Ordnung berufenen) normensetzenden Gewalt, nicht der Rechtsunterworfenen ist, den Inhalt der Norm zu erkennen und in entsprechender Formulierung zu verkünden. Der Staatsbürger muß aber auch darauf vertrauen können, daß das in solcher Form Gebotene tatsächlich von allen mit der Rechtsanwendung betrauten Organen beobachtet und nicht Rechtsnormen, die ihm als solche nicht bekanntgegeben wurden, zur Grundlage von Entscheidungen genommen werden, die eine Endigung

oder Minderung der in Einklang mit dem positiven Recht begründeten Befugnisse herbeiführen sollen.

III.

1. Aus der verschiedenen Auffassung des Wesens des Rechtes, wie sie einerseits in der historisch-positivistischen Lehre, andererseits in der supranaturalistischen und naturrechtlichen Rechtsauffassung in Erscheinung tritt, erklärt es sich zur Genüge, daß die Hoffnungen der Menschen, soweit sie auf Erhaltung des Rechts gerichtet sind, sich keineswegs immer decken, daß sie vielfach differieren, je nach dem Standpunkt, den der Einzelne zum positiven Recht einnimmt, und wie er sich zu den Ansprüchen stellt, welche die angenommene höhere Rechtsordnung auf tatsächliche Geltung erheben zu können glaubt. Hoffnungen sind indes psychische Erscheinungen, an deren Entstehung und Aufrechterhaltung neben dem Intellekt auch das Gemüt in hohem Maße beteiligt ist, sie werden nicht durch rein wissenschaftliche Erwägungen bestimmt, sondern es spielen dabei verschiedene Wertungen, die fernab von jeder Wissenschaft sich gebildet haben, eine sehr bedeutsame Rolle, und auch jene, die in der Unantastbarkeit des Rechtszustandes ein der Wertung unterliegendes Gut erblicken, stimmen in ihr nicht zu allen Zeiten überein. Jede Wertung eines menschlichen Bedürfnissen dienenden Befriedigungsmittels wird ja nur durch Vergleich mit anderen Gütern gewonnen, und so erscheint es vollkommen begreiflich, daß auch da, wo die „Rechtssicherheit“ zu anderen Gütern in Vergleich gesetzt wird, ihre Wertschätzung nicht nur nach Zeit und Ort, sondern auch nach Individuen und Klassen verschieden ist, daß andere Güter bald höher, bald niedriger geschützt und dementsprechend auch alle Maßnahmen, die auf Erhal-

tung jenes Gutes gerichtet sind, verschieden beurteilt werden.

2. Es ist eine alte Erfahrung, daß die hohe Bedeutung eines Gutes dem Menschen erst dann zum vollen Bewußtsein kommt, wenn er es verloren hat und so ist es begreiflich, daß die Stabilität der Verhältnisse dann besonders hohe Wertschätzung findet, wenn in einer vorangegangenen Periode die staatliche Rechtsschutzorganisation in ihrer normalen Funktion behindert war. In solchen Zeiten wird die Rechtssicherheit höher als ehemals gewertet; mehr als früher sieht man jetzt ein, welche hohe Bedeutung einer Staatsordnung zukommt, die Normen nicht nur aufstellt, sondern auch durchführt, Angriffe gegen die im Wege des Rechtes geschaffenen Zustände mit den Mitteln der staatlichen Zwangsgewalt abwehrt und damit die Zusagen, welche der Staat durch die von ihm erlassenen Schutznormen macht, auch wirklich erfüllt.

Eine solche Hemmung kann verschiedene Ursachen haben, die Folge innerer und äußerer Bewegungen sein. Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung kommt es nicht selten vor, daß einzelne Bevölkerungsgruppen, welche die geltende Ordnung als eine ihre Lebensinteressen schädigende betrachten, sich gegen ihre Nutznießer und Verteidiger erheben und die nach der bisherigen Staatsordnung zuständigen Organe an der Ausübung ihrer Funktionen hindern. Oft gelangt man erst nach langen, schweren Kämpfen zu einem Ausgleich, der die Vorbedingungen einer neuen Rechtssicherheit als eines von allen ersehnten und anerkannten Friedensstandes schafft. Die Hemmung kann, wie bemerkt, auch durch Einflüsse, die von außen kommen, herbeigeführt sein, dadurch, daß

ein fremder Staat sich zeitweilig der Herrschaft im Lande bemächtigt, ohne es als seine Aufgabe zu betrachten oder dazu imstande zu sein, die von der bisherigen Staatsgewalt festgesetzten Normen zu verwirklichen. Mag dabei die Rechtsverletzung auch nicht alle Individuen und ihre sämtlichen Rechtsgüter wirklich treffen, gewiß ist, daß damit die Rechtssicherheit und das allgemeine Vertrauen in hohem Maße erschüttert werden; denn die Rechtssicherheit setzt ja voraus, daß man auf den vom Staate zu gewährenden Rechtsschutz in allen Lagen des Lebens rechnen kann und daß dabei nicht Unterschiede gemacht werden, die in der Norm selbst nicht ihre Begründung finden.

3. Dem Interesse an dem gesicherten Bestand der Rechtsordnung, das darf nicht übersehen werden, steht ein anderes, nicht minder bedeutsames gegenüber: das Interesse an dem Inhalt der von der übergeordneten Gewalt festgesetzten Normen. Die Wertung des Objektes dieser Interessen und damit der Interessen selbst ist durchaus nicht bei allen Individuen die gleiche. Neben der Auffassung, die das Interesse an dem Bestande und der weiteren Erhaltung der Rechtsordnung als das prävalierende ansieht, das Hauptgewicht darauf legt, daß überhaupt eine Ordnung bestehe und erst in zweiter Linie den Inhalt der Rechtsordnung in Betracht zieht, steht eine andere, die gerade dem Inhalt eine so überragende Bedeutung beilegt, daß eine Rechtsordnung, die ihren Anschauungen und Wünschen nicht entspricht, des Anspruchs auf eine auch nur provisorische Anerkennung und Durchführbarkeit entbehrt.

1) Schon in alter Zeit besteht das Bedürfnis, eine verstärkte Rechtssicherheit auf dem Gebiete des Bodenrechts zu schaffen und es wird namentlich durch die Errichtung von Grenzsteinen befriedigt. Dem gleichen Zweck dient auch die Rechtsvorschrift, welche die Grenzverrückung als eine besonders schwere Form des Eigentumsdeliktes erklärt und damit auch dem wirtschaftlich bedeutsamen Gegensatz von beweglichen und unbeweglichen Sachen Rechnung trägt. Es ist gewiß, daß, wenn eine römische Tradition diese Maßnahmen dem zweiten unter den mythischen Königen zuschreibt, sie für diese Zeit bereits ein Sondereigentum an Grundstücken annimmt. Entscheidend für die Frage, ob in Rom ursprünglich Gemeineigentum an Grundstücken bestanden habe oder das Privateigentum schon der ältesten Staatsordnung angehöre, können nicht derartige Berichte, die ja keineswegs immer auf wirklichen historischen Quellen beruhen, sein, auch nicht die übrigen keineswegs unbestrittenen Tatsachen, welche die vergleichende Rechtswissenschaft zutage fördert, sondern nur die altrömischen Institutionen, in denen der ursprüngliche Rechtszustand fortlebt. Das älteste römische Testament (Komitestament) und ganz besonders der älteste Eigentumsprozeß sprechen m. E. entschieden dafür, daß in vorhistorischer Zeit in Rom tatsächlich zunächst Kollektiveigentum an Grundstücken bestanden hat. Diese Annahme wird durch die Ausführungen Pöhlmanns, Geschichte des antiken Kommunismus und Sozialismus II. (Leipzig 1901) S. 445 ff., nicht erschüttert.

2) Rümelin, Die Rechtssicherheit (Tübingen 1924) und die dort zitierte Literatur. S. auch Wurzel, Das juristische Denken (Wien 1904) S. 9 ff.

3) Die Rechtssicherheit ist eine jener Komponenten, durch welche die Höhe des Zinsfußes bestimmt wird. In einem Lande, in dem Rechtsunsicherheit herrscht, werden auch viele Kapitalien durch Thesaurierung nutzbringender Verwertung im

Dienste der Volkswirtschaft entzogen und daraus ergeben sich wiederum wichtige Konsequenzen für den Geldwert und die Preise der Waren.

4) Trotz aller Vigilanz, die von den Hilfsorganen der Justiz entfaltet wird, gelangen zahlreiche von der Rechtsordnung verpönte Handlungen nicht zur Kenntnis der Strafbehörden. Es wird mit Recht als schwere Ungerechtigkeit empfunden, wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Handlungsweise als eine deliktische qualifiziert und mit Strafe bedroht, deren Feststellung erfahrungsgemäß von dem materiell günstiger gestellten Teil der Bevölkerung — eben vermöge der materiellen Mittel, über die er verfügt — leicht verhindert werden kann. Und mit Recht wird die Frage aufgeworfen werden können, ob in solchen Fällen nicht eine Entkriminalisierung einzutreten habe.

5) Die staatliche Normensetzung ist das Gebiet, auf dem die entgegengesetzten politischen Prinzipien sich durchsetzen können und berechtigterweise auch durchsetzen sollen. Die Aufgabe ihrer Anhänger muß es sein, die Normenproduktion, so weit als möglich, in ihrem Sinne zu beeinflussen und jene Normen, die diesen Prinzipien widersprechen, abzubauen. Es wird als eine schwere Verletzung des Rechtsgefühls empfunden, wenn die Rechtsordnung, wie sie nun einmal besteht, von den Rechtspflegeorganen nicht beachtet wird und dieses Uebel ist nicht geringer, wenn es sich dabei um Gesetze handelt, die unter der Herrschaft einer nunmehr erledigten Staatsform geschaffen, deren Gepräge deutlich an sich tragen, durch Rezeption des (auf revolutionärem Wege) begründeten Staatswesens aber weiter in Geltung geblieben sind. Je mehr sich der Umfang der Normen, die dem herrschenden demokratischen Prinzip widersprechen, verringert, um so weniger ist vonseiten der zur Rechtsanwendung berufenen demokratischen Organe eine Reaktion zu befürchten, die gegen das herrschende Recht sich richtet. Es wird eher die Gefahr bestehen, daß eine in anderen Traditionen aufgewachsene Berufsbeamtenschaft jetzt zu dem sehr verwerflichen Mittel greift, die neue Rechtsordnung durch eine ihrem Geist widersprechende Auslegung zu nullifizieren. Und das Gleiche gilt auch dort, wo die entgegengesetzte politische Richtung die Herrschaft erringt und die autokratische Verwaltungsorganisation das Uebergewicht erlangt.

6) Aeltere und moderne Gesetzgebungen, die den Legalitätsgrundsatz als das grundlegende Prinzip betrachten, haben sich doch veranlaßt gesehen, Ausnahmen zu Gunsten des Opportunitätsprinzips zu treffen und damit die Strafverfolgung von Zweckmäßigkeitsrücksichten abhängig zu machen. Es ist in neuester Zeit insbesondere die Ueberlastung der Strafgerichte gewesen, die es als ratsam erscheinen ließ, neben anderen Vereinfachungen des Verfahrens auch eine Einschränkung des Legalitätsprinzips eintreten zu lassen. (Ueber die österr. Gesetzgebung siehe Löffler, Die Strafprozeßnovelle vom Jahre 1918 Wien 1919, S. 5 ff., Lohsing, Oesterreichisches Strafprozeßrecht, 2. Aufl., Graz 1920, S. 40 f. und Gleispach, Das österreichische Strafverfahren, Wien 1924, S. 47 ff.). — Auch im römischen Strafrecht gilt im Gegensatz zu den strafrechtsähnlichen Gestaltungen (dem Kriegsrecht und der magistratischen Koerzition) das Legalitätsprinzip. Ob aber die Auslieferung des Delinquenten verlangt werden soll, wird nach dem Opportunitätsprinzip entschieden.

7) Bei allen staatlichen Amtshandlungen dürfen einzig und allein die von der staatlichen Gesetzgebung proklamierten Rechtsgrundsätze zur Geltung kommen und darum erscheint es nicht als zweckmäßig, mit ihrer Durchführung Personen zu betrauen, die nach ihrer primären amtlichen Stellung gebunden sind, entgegengesetzte Prinzipien als dem wahren Wesen der Rechts- und Sittenordnung allein entsprechend zu verkünden. Dieser Gesichtspunkt muß insbesondere bei der Normierung der Eheschließungsform beachtet werden: es wird sich nicht empfehlen, in jenen Ländern, in welchen die staatliche und die kirchliche Ehegesetzgebung in wesentlichen Beziehungen, namentlich hinsichtlich der Ehetrennung (Trennung der Ehe dem Bande nach) differieren, die fakultative Zivilehe einzuführen. Denn die kirchlichen Organe werden sich schwer dazu verstehen können, auch wo sie als Beauftragte des Staates fungieren, Auffassungen, die der staatlichen Gesetzgebung entsprechen, zu vertreten, sie werden sich vielmehr verpflichtet erachten, die Unauflöslichkeit der Ehe zu betonen und für die Beobachtung der kirchlichen Norm den strikten Gehorsam zu fordern.

8) In staatlichen Gemeinwesen, in denen die Demokratie in ihrer reinsten Form auftritt, das Organ der Gesetzgebung identisch ist mit jenem, das zur Entscheidung im Rechtsstreite berufen ist, wird nicht so leicht daran Anstoß genommen, wenn der Urteilspruch mit den geltenden Rechtsvorschriften nicht in vollem Einklang steht; die Normen des geltenden Rechtes stellen keine unüberwindliche Schranke dar, über die man sich bei der richterlichen Rechtsanwendung nicht hinwegsetzen kann. Denn in beiden Fällen, bei der Normensetzung und in der Rechtsprechung, ist es der Volkswille, der da zum Ausdruck kommt und das Volk kann seinen Willen jederzeit ändern. Die Grenzlinien zwischen Gesetzgebung und Judikatur werden so in der Praxis vollkommen verwischt.

9) Das Problem nimmt eine besondere Gestalt an, wenn mehrere Organe neben einander bestehen und diese sämtlich unmittelbar durch Volkswillen zum Amte gelangt sind, der Volkswille aber einmal in einem größeren, das anderemal in einem kleineren Bevölkerungskreise in Erscheinung tritt. Der beiderseitige Amtskreis kann nun so umgrenzt sein, daß keinerlei Berührungspunkte zwischen ihnen bestehen und sie vollkommen unabhängig von einander ihre Funktionen ausüben. Es ist aber andererseits denkbar, daß die Amtstätigkeit eines Organs Interessen und Aufgaben, deren Realisierung dem anderen überlassen ist, berührt. Auch in der Demokratie wird dann das Bedürfnis rege werden, zwischen beiden Organen ein angemessenes Verhältnis herzustellen, ein Verhältnis, das die im Interesse der Gesamtheit gelegene zweckmäßigste Wirkungsweise ermöglicht, und das kann nur das von Ueberordnung und Unterordnung sein.

10) Der Umfang der Staatszwecke, die auch kleinere Staaten zu erfüllen haben, bringt es mit sich, daß in ihnen regelmäßig nicht eines, sondern eine Mehrheit von Staatsorganen besteht. Der Organisationsgesetzgebung erwächst nun die Aufgabe, das Rangverhältnis dieser Organe zu normieren. Es ist denkbar, daß ein Organ in völliger Unabhängigkeit von jedem anderen tätig ist und zwar derart, daß der Amtsinhaber weder während, noch nach Endigung seiner Amtsdauer zur Rechenschaft gezogen werden kann. Die Unabhängigkeit ist schon wesentlich gemindert, wenn die Rechenschaftsablegung

zwar während der Dauer der Amtsführung ausgeschlossen ist, nach beendeter Amtstätigkeit aber gefordert werden kann. (Auf diesem Standpunkt steht z. B. das römische Staatsrecht, welches von dem Grundsatz ausgehend, daß beim Staatsverbrechen und den ihm gleichgestellten Delikten die Strafe schon mit Begehung der Tat als ausgesprochen gelte, das Strafurteil also rein deklaratorisch sei, ein Verfahren selbst nach dem Ableben des Staatsorgans zuläßt). Das Rangverhältnis zweier Staatsorgane kann aber auch in der Weisung normiert sein, daß das eine dem anderen bindende Weisungen zu erteilen befugt ist und mitunter wird auch dem Organe, das als das übergeordnete erscheint, das Recht eingeräumt, die Entscheidung dem an sich kompetenten Organ zu entziehen und seine Willensäußerung an die Stelle der sonst (normalerweise) von diesem ausgehenden zu setzen, ja die Einstellung seiner ganzen Amtsführung zu verfügen.

¹¹⁾ Wer die richterliche Unabhängigkeit als eine demokratische Einrichtung betrachtet, verstößt gegen eine wissenschaftliche Grundregel, die in der Literatur allerdings häufig übertreten wird: das Erfordernis eindeutiger Bestimmung der in der Diskussion verwendeten wissenschaftlichen Termini. Man kann gewiß auch die richterliche Unabhängigkeit als demokratische Institution erklären, ja, wenn man will, auch den Senat der römischen Kaiserzeit und das Ständewesen der französischen Periode, aber dann muß man einen neuen Begriff der Demokratie aufstellen und die Angemessenheit dieser Begriffsbildung vorerst dartun.

¹²⁾ Auch Anhänger politischer Organisationen, die eine radikale Aenderung der bestehenden Staats- und Gesellschaftsordnung erstreben, können sich dem Eindrucke gewisser aus der Vergangenheit überkommenen Institutionen und Prinzipien nicht ganz entziehen, namentlich wenn letztere in früheren Zeiten — und das trifft eben für die richterliche Unabhängigkeit zu — als eine ihren Auffassungen entsprechende Errungenschaft bezeichnet wurden. Die Anerkennung dieser Prinzipien äußert sich insbesondere in dem Verhalten, daß die Menschen, wenn gegen sie verstoßen wurde, beobachten, in dem Bestreben, die Konvention als nicht eingetreten hinzustellen oder sie als eine Tatsache zu bezeichnen, die dem der Ueber-

tretung Bezichtigten überhaupt nicht oder nicht allein zu impu-
 tieren ist. Selbst unter den Stürmern gibt es ja immer eine mehr
 oder minder große Anzahl konservativer Elemente, die Alt-
 bewährtes nicht ohneweiters über Bord werfen möchten, die
 zwischen einem gesunden lebensfördernden Konservativismus,
 der wirklich Gutes erhalten und einem schädlichen, leben-
 hemmenden, der bestehende Machtverhältnisse oder einge-
 bildete Werte zum Nachteil der Gesamtheit verewigen will,
 sehr wohl zu unterscheiden wissen. Andere überwinden diese
 Bedenken, sobald die von ihnen vertretene Idee den Sieg
 errungen hat, und das ist vom Standpunkt des politischen
 Egoismus, der nur das Interesse der eigenen Gesinnungs-
 gemeinschaft als maßgebend betrachtet, auch vollkommen be-
 greiflich. Denn vormals bedeutete diese Einrichtung ein Schutz-
 mittel für ihre Anhänger, jetzt bedürfen sie dessen nicht, das
 Schutzbedürfnis besteht jetzt auf der anderen Seite; dieses zu
 respektieren, liegt — nach der Auffassung der siegreichen
 Partei — kein Anlaß vor. Es erscheint vielmehr als das höhere
 Interesse, der neuen Idee auch auf jenem Gebiete, dem dieses
 für sie vormals so wertvolle Schutzmittel die Signatur gibt,
 dem der staatlichen Justiz, zum vollen Durchbruch zu verhelfen.

¹³⁾ Es ist eine wesentliche Voraussetzung der Rechtssicher-
 heit, daß die Vorschriften, welche die Gesetzgebungskompetenz
 regeln, von allen Staatsorganen vollkommen eingehalten wer-
 den. Die Rechtssicherheit wird völlig untergraben, wenn, wie
 es im alten Oesterreich geschehen ist, das Parlament in Wider-
 spruch mit klaren Vorschriften der Verfassung Jahre hindurch
 von jeder Mitwirkung an der Gesetzgebung ausgeschaltet wird,
 Gesetzesänderungen, die sich (im Interesse der Bevölkerung)
 als notwendig erweisen, im Wege von Verordnungen durch-
 geführt und diese dann von den Gerichtshöfen des öffentlichen
 Rechts als gesetzwidrig erklärt werden. Im Interesse der
 Rechtssicherheit wird auch verlangt werden müssen, daß der
 Staat, der seinen Bürgern und in zwischenstaatlichen Verträgen
 anderen Staaten gegenüber sich verpflichtet hat, die der Rechts-
 gleichheit der Staatsbürger widersprechenden Normen zu be-
 seitigen, dieser Verpflichtung auch wirklich nachkomme. Es
 ist also, wie auch schon von anderer Seite richtig bemerkt
 wurde, eine Pflicht der österreichischen Gesetzgebung, ein ein-

heitliches Eherecht zu schaffen, das für alle Staatsbürger gilt und die Rechtsgleichheit vollkommen verwirklicht. Dieser Forderung würde freilich auch eine Gesetzgebung, welche die Ehetrennung allgemein für unzulässig erklärt, entsprechen.

¹⁴⁾ Die Rechtssubjektivität ist eine dem Menschen durch die Rechtsordnung verliehene juristische Qualität; sie ist, wie die Institution der Sklaverei zeigt, keine dem Menschen als natürlichem Geschöpf notwendigerweise zukommende Eigenschaft. Damit erledigt sich auch die in der neueren Auffassung der juristischen Person längst — aus anderen Gründen — als unhaltbar erkannte Fiktionstheorie. Ueber die naturrechtliche Auffassung vom Menschen als einer Person, d. h. „eines Wesens mit eigenen unverlierbaren Rechten und Ansprüchen“ siehe **Vierkandt**, *Der geistig-sittliche Gehalt des neueren Naturrechtes*, Wien 1927, S. 10 ff. — Es gibt eine Auffassung, die über jene engen Grenzen hinaus, welche die positive Rechtsordnung schafft, auch das Volk, die reale Einheit, die durch die Gleichartigkeit in Bezug auf natürliche Abstammung, Sprache und Kultur gegeben ist, als Träger von Rechten betrachtet. Unter diesen werden einige als fest und unabänderlich angesehen, und weil sie dem Rechtsträger durch keinerlei Norm entzogen werden können, müssen folgerichtig alle in die Form einer solchen gekleideten Verfügungen, die ihre Entziehung dekretieren, der Rechtsgiltigkeit entbehren. Es ist nur eine andere Formulierung des gleichen praktischen Gedankens, wenn der Standpunkt vertreten wird, daß „Volksrecht Staatsrecht bricht“. Ob eine Perpetuation oder Abänderung des rechtswidrigen Zustandes erwartet werden kann, wird lediglich als eine Frage der mit dem Rechte auch sonst nicht immer übereinstimmenden Machtverhältnisse angesehen.

Zweites Kapitel.

I. 1. Die Rechtserkenntnis eine Voraussetzung der Rechtssicherheit. 2. Notwendigkeit einer zumindest ergänzenden positiven Rechtsordnung und der Zwangsorganisation zur Durchführung der Rechtsvorschriften. II. 1. Grenzen der Rechtssicherheit, die sich aus der Unvollständigkeit der Rechtsordnung und der beschränkten Erkenntnisfähigkeit der Rechtspflegeorgane ergeben. 2. Die Unvollständigkeit der Rechtsnormen und die Gegensätze der Stände und Klassen. 3. Ergänzung der sog. Lücken im Recht. III. 1. Klarheit und Bestimmtheit der Normen als Voraussetzung der Rechtssicherheit. 2. Notwendigkeit einer Abgrenzung von Recht und Sittengesetz. 3. Besonderes Klarheitsbedürfnis bei Normen, durch welche die individuelle Freiheit beschränkt wird, namentlich auf dem Gebiete des Abgaberechts. Forderung einer Selbstbeschränkung der normensetzenden Gewalt. 4. Gesteigerte Notwendigkeit der Abgrenzung der Privatautonomie bei Differenzierung der moralischen Anschauungen. 5. Die von den Parteien selbst geschaffene Norm als Grundlage der Beurteilung eines Rechtsgeschäftes; Zweifel über ihren Inhalt.

I.

1. Es gibt eine Auffassung — es ist die des oben erwähnten Naturrechtes und der induktiven Rechtswissenschaft, — welche die Aufgabe der Rechtsfindung in gleicher Weise, wie die der Naturwissenschaft bestimmt findet: beiden obliegt die Feststellung und Erklärung objektiv gegebener Tatsachen. Dieser Lehre steht die historisch-positivistische gegenüber, welche die Existenz eines so qualifizierten Rechts negiert; das, was als sicheres Resultat der auf die Rechtsfindung gerichteten

Bemühungen sich ergibt oder doch als solches hingestellt wird, sind nach der Auffassung des Rechtspositivismus niemals Erkenntnisse, die den Anspruch auf allgemeine Anerkennung erheben können, sondern subjektive Rechtsanschauungen, in ihrem Inhalt wesentlich bestimmt durch die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, unter denen die einzelnen Individuen und Personenverbände ihre Tätigkeit entfalten. Die Anschauungen darüber, was dem Recht entspricht, wechseln nicht nur mit den ökonomischen und sozialen Anschauungen, sie sind auch bei gleichartigen Verhältnissen keineswegs immer identisch. Dieser Gegensatz der Anschauungen macht es notwendig, daß durch eine übergeordnete Instanz, die entweder kraft Anerkennung der Gemeinschaftsangehörigen oder lediglich mit Rücksicht auf ihre physische Stärke die Macht hiezu besitzt, eine Ordnung festgesetzt werde, die, da sie im Widerstreit verschiedener Anschauungen geboren ist, ihrem Wesen nach nicht den Anspruch auf ewige Geltung erheben kann. Auch wer der Ansicht ist, daß das Objekt der Rechtsfindung eine objektiv gegebene Größe sei, wird doch, da die Feststellung dieser Größe anscheinend bis heute noch nicht gelungen ist, die provisorische Geltung der positiven Rechtssatzung zugeben, die erst dann, wenn das Problem wirklich gelöst, das objektive Recht also in wissenschaftlich unanfechtbarer Weise festgestellt wäre, einem Definitivum weichen müßte. Dieses könnte allerdings wiederum nur so lange Anspruch auf unveränderte Geltung erheben, als das gefundene Recht von den zur Rechtserkenntnis Befähigten und insbesondere auch von den Rechtsunterworfenen wirklich als solches anerkannt und nicht mit Rücksicht auf die geänderten sozialen Verhältnisse, die, wie alle Erfahrung lehrt, auch die Erkenntnis in ihrer Richtung

und in ihren Ergebnissen, mehr als mancher zugeben möchte, beeinflussen, eine neuerliche wissenschaftliche Feststellung verlangt würde. Definitive Rechtsnormen im wahren Sinn des Wortes kann es nur für den Gläubigen geben, der die göttliche Offenbarung, und zwar eine solche, die sich in einem unabänderlichen Akte erschöpft, auch auf das Gebiet des Rechtes ausdehnt, der von dem Standpunkt ausgeht, daß es durch höheren Willen für alle Menschen ohne Unterschied der Zeiten und Verhältnisse festgesetzte Normen gebe und diese allgemein oder durch mit besonderen Gaben ausgestattete Persönlichkeiten in wissenschaftlich einwandfreier Weise erkannt werden können. Aber damit ist doch nur eine Teillösung des Problems gegeben; denn die Vertreter jener Ansicht, die eine supranaturalistische Entstehungsweise von Rechtsnormen als eine historisch feststehende Tatsache erklären, nehmen den Charakter der Immutabilität nur für einen Teil der Normen in Anspruch und die Notwendigkeit, durch eine übergeordnete Macht einen Ausgleich der verschiedenen Rechtsanschauungen herbeizuführen, bleibt auch nach dieser Auffassung bestehen.

2. Die Rechtssicherheit setzt also notwendigerweise — man mag welchen Standpunkt auch immer einnehmen — voraus, daß eine übergeordnete Gewalt die im Staate geltenden Normen aufstellt und damit eine Richtschnur für das Verhalten der Rechtsunterworfenen schafft. Die Normenfestsetzung kann in der Weise vor sich gehen, daß lediglich die Interessen einzelner Individuen oder Bevölkerungsgruppen als maßgebend erachtet werden, oder daß im Wege des Kompromisses ein Ausgleich zwischen verschiedenen Anschauungen herbeizuführen versucht wird.

Man stellt in neuerer Zeit, was den Inhalt der Rechtsordnungen anlangt, einen Grundsatz auf, den die ältere Gesetzgebung nicht gebührend berücksichtigt hat: es soll in ihr nicht allein die Macht der herrschenden Klassen zum Ausdruck kommen, die rücksichtslose Ausübung der Macht des Stärkeren durch staatliche Norm sanktioniert werden, sie soll vielmehr den wirtschaftlich Schwächeren schützen und die sozialen Gegensätze, wie sie namentlich durch die Verschiedenheit des Besitzes entstehen, zu versöhnen trachten. Die Privatrechtsordnung soll, den neueren Forderungen gemäß, nie außerachtlassen, daß ihre Aufgabe nicht lediglich in dem Schutz der individuellen Machtsphäre besteht, die der Einzelne oder Personengesamtheiten sich schaffen, daß sie vielmehr dazu berufen ist, auch an der Erfüllung höherer Zwecke, der Erhaltung und Festigung der Gemeinschaft, welche die Angehörigen eines Volkes umfaßt, mitzuwirken. Keine Privatrechtsordnung vermag die Herrschaft des Machtprinzips vollkommen auszuschließen, aber das, was die neuere Lehre fordert, erscheint damit durchaus vereinbar. In der Tat gibt es kaum eine Rechtsordnung, in der sich nicht eine mehr oder minder große Zahl von Vorschriften findet, die wie der Macht des Staates, so auch der des Einzelnen Schranken zu setzen bemüht sind. Auch in der römischen Rechtsordnung, die das individualistische Prinzip am stärksten verwirklicht hat, tritt bei aller Strenge, die ihr namentlich auf den älteren Stufen der Entwicklung eigen ist, die Wirksamkeit humanitärer Ideen zutage¹⁾ und noch mehr ist das bei der altbiblischen Gesetzgebung der Fall, die in erhöhtem Maße den Anforderungen der Menschlichkeit zu entsprechen bestrebt ist.²⁾

Es kommt dabei nicht auf den Wortlaut der Norm allein an; jede Rechtsordnung erhält ihren eigentlichen

Sinn erst durch die Auslegung der Personen, die sich berufsmäßig mit dem Rechte befassen. Der humanitäre Gedanke, der in den Gesetzen verankert ist, kann durch die Interpretation ein erweitertes Anwendungsgebiet erlangen, es können aber auch die Interessen der Herrschenden die Oberhand gewinnen und in der Auslegung sich verwirklichen, in restriktiver Auslegung oder doch zumindest in einer solchen, die sich streng an den Buchstaben des Gesetzes hält und auf jede Fortbildung des Rechtes verzichtet, welche die höheren humanitären Ideen zur Geltung zu bringen sucht.

Wie aber auch immer Entstehungsgrund und Inhalt der Rechtsnormen bestimmt wird, stets wird es als notwendig betrachtet werden müssen, daß der übergeordneten Instanz, von der die Normen ausgehen, auch eine Machtorganisation zur Verfügung steht, um jene, die ihren eigenen Willen dem, was als der Wille der Gesamtheit gilt, entgegensetzen möchten, zur Anerkennung der autoritativ festgestellten Norm zu zwingen. Es ist das vernünftige Denken, daß eine solche Machtorganisation fordert und die praktische Erfahrung, gewonnen an den tatsächlichen Verhältnissen der Gegenwart und Vergangenheit, bestätigt die Richtigkeit dieses Postulates. Eine Ordnung, die den Gegensatz der rechtlichen Anschauungen durch autoritative Entscheidung beizulegen sucht, kann den Zweck, dem sie dienen will, nicht erfüllen, wenn die Instanz, von der sie ausgeht, nicht über einen Machtapparat verfügt, dessen Funktion die Realisierung des im Gesetze zum Ausdruck gebrachten übergeordneten Willens garantiert. Dieser Machtapparat und seine klaglose Funktion muß nicht nur in der Zeit, in der die Rechtsordnung ins Leben tritt, gegeben sein, es muß vielmehr, soll die „Rechtssicherheit“ eine dauernde Er-

scheinung im Leben der Gemeinschaft darstellen, Sorge dafür getragen werden, daß dieser Machtapparat auch in Zukunft aufrecht bestehen bleibe und keinerlei Störungen seine Wirksamkeit hemmen. Diese Aufgabe setzt aber wiederum die Festsetzung bestimmter Normen (Organisationsnormen) voraus, die zwar für sich allein nicht ausreichend sind, aber doch eine wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung des eigentlichen Zweckes bilden.

II.

1. Die vollendete Rechtssicherheit ist durch zwei Momente bedingt: das eine gehört dem Gebiete der Normensetzung, das andere dem der Rechtsanwendung an. Vollendete Rechtssicherheit wäre dann gegeben, wenn die Rechtsordnung ein lückenloses System von Rechtsätzen bieten würde, lückenlos in dem Sinne, daß für jeden entscheidungsbedürftigen Rechtsfall die Sentenz mit Sicherheit aus den Rechtsnormen abzulesen wäre, wenn der Inhalt der Normen auch so beschaffen wäre, daß sie von allen als Ausdruck ihrer Interessen anerkannt wären und wenn endlich auch die Organe, die mit der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten betraut sind, sämtlich dem Ideal des Richters entsprechen würden: sie müßten ohne Ausnahme den Willen und auch die Fähigkeit besitzen, immer die Norm zu erkennen, die in dem ihrer Judikatur unterliegenden Rechtsfall zur Anwendung kommen soll, und den auf Grund der richtigen Erkenntnis gefällten Rechtspruch auch wirklich durchzuführen. Eine solch konstante Uebung, bei der die Entscheidung der bestehenden Norm entspricht und von den Rechtsunterworfenen als ihren Verhältnissen und ihrem Gerechtigkeitssinn angemessen empfunden wird, wäre gewiß in hohem Maße

geeignet, der Rechtssicherheit zu dienen und alle Angehörigen der staatlichen Gemeinschaft würden bestrebt sein, dieses hohe Gut mit aller Macht zu schützen und zu schirmen. Es leuchtet ein, daß dieses Ideal, sowie alle Ideale, niemals erreicht werden kann. Denn es setzt, auch wenn die Aufgabe der Gesetzgebung und Rechtsprechung verschiedenen Organen überwiesen wird,³⁾ eine Kombination von Eigenschaften voraus, die weder bei einzelnen Individuen, noch bei einer Mehrheit zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe vereinigten Personen in gleicher Vollendung begegnen werden. Niemals wird es eine Rechtsordnung geben, welche die Rechtsnormen in solcher Vollständigkeit bietet, daß nicht nur alle Fragen, die in der Vergangenheit aufgetaucht sind, in unzweifelhafter Weise entschieden⁴⁾ werden, sondern auch jene, die durch die fortschreitende wirtschaftliche und Kultur-entwicklung entstehen, ihre vollkommene Lösung finden.⁵⁾ Vom Gesetzgeber wird ja mit Recht ein höherer Grad von Voraussicht erwartet, daß er vorausahnend die Kräfte, welche Macht erlangen können,⁶⁾ berücksichtige, aber jede Gesetzgebung ist doch überwiegend konservativ und darum kommen staatliche Normen so häufig mit dem bekannten Geburtsfehler auf die Welt, daß sie zur Zeit, wo sie ins Leben treten, bereits veraltet sind. Es war eine arge Selbsttäuschung, wenn man geglaubt hat, durch das justinianische Gesetzgebungswerk eine Entscheidungsquelle für alle in Zukunft auftauchenden Rechtsfragen geschaffen zu haben oder in seiner Rezeption eine solche zu besitzen vermeinte. Gewiß wäre es auch übertriebener Optimismus, anzunehmen, es könnte jemals eine solche vollkommene Harmonie zwischen den Menschen (Personenverbänden) hergestellt werden, daß alle, und zwar zu jeder Zeit, die von der Rechtsordnung

aufgestellten Normen als Ausdruck der wahren Gerechtigkeit betrachten. Ebenso wenig ist es denkbar, daß es jemals — auch nur in geringer Zahl — Richter geben wird, denen in Bezug auf die Rechtsanwendung das Attribut der Allwissenheit und Unfehlbarkeit zukäme und der bekannte Satz, der die Rechtskenntnis des Richters behauptet — er spricht nur eine notwendige Konsequenz eines anderen Satzes, der aus Gründen der Rechtssicherheit die Rechtskenntnis grundsätzlich von jedermann fordert,⁷⁾ aus — wird trotz seines assertorischen Charakters in Wirklichkeit immer nur ein frommer Wunsch bleiben, dem die Personen, denen er gilt, nach Ort und Zeit und nach Maßgabe der Mittel, die ihnen zu ihrer Belehrung zur Verfügung stehen, in verschiedener Weise gerecht zu werden bemüht sind. Die fortschreitende Differenzierung der Normen hat die Masse des Rechtsstoffes, den der Richter zu bewältigen hat, ins Ungeheure gesteigert; sie stellt an sein Gedächtnis und an seine Denkkraft so gewaltige Anforderungen, daß er auch im Vollbesitz der von der Wissenschaft gebotenen Erkenntnis und unterstützt durch die rechtsgelehrten Parteienvertreter, die den Stoff in juristischer Formulierung produzieren und auf die nach ihrer Auffassung in Betracht kommenden Rechtsnormen sein Augenmerk lenken, ihnen selbst hinsichtlich des gesetzten Rechtes nur schwer genügen kann. Dabei darf nicht übersehen werden, daß die Normen ja nicht in der Art, wie die Anweisungen zur Ausübung einer handwerksmäßigen Tätigkeit konzipiert sind und die unmittelbare Anwendung auf den Tatbestand gestatten, sondern in der Form von allgemeinen Sätzen auftreten, aus denen erst, und zwar regelmäßig unter Kombination mehrerer solcher Sätze, von Rechtssätzen, die zu verschiedenen Zeiten entstanden sind und verschiedenen Normenge-

bieten angehören, die Entscheidung gewonnen werden kann. Das, was auf dem Gebiete der Gesetzgebung erstrebt und häufig auch wirklich erreicht werden kann, ist: eine möglichst weitgehende Vollständigkeit der Normen (bei möglichst weitgehender Oekonomie der Formulierung) und daß die Rechtssätze der Eigenart der tatsächlichen Anwendungsfälle tunlichst angepaßt sind. Aber auch dieses bescheidenere Ziel ist nicht immer erreichbar und man muß sich gar oft mit einem Minus auf der einen, bei einem Plus auf der anderen Seite begnügen. Die tatsächliche Gestaltung wird hier wiederum durch die kontrastierenden Interessen, auf die schon oben hingewiesen wurde, bestimmt.

2. Der Gegensatz der Stände und Besitzklassen tritt insbesondere darin deutlich zutage, daß die von den herrschenden Klassen beeinflusste Gesetzgebung jene Rechtsgebiete, die hauptsächlich für diese von Bedeutung sind, in eingehender Weise regelt, während umgekehrt die vitalsten Interessen und Lebensgüter der Beherrschten nicht für wichtig genug erachtet werden, um sie zu einer gleichumfassenden Normierung zu veranlassen. Und die Rechtswissenschaft, die zunächst in der Exegese ihre Aufgabe beschlossen findet, wandelt den gleichen Weg und wird damit zu einem der stärksten Instrumente, durch welches die herrschenden Klassen ihre präponderante Stellung aufrechtzuerhalten suchen. Die Besitzlosen sind also nicht nur durch den Inhalt der Normen, welche die Besitzenden ihren Interessen entsprechend gestalten, diesen gegenüber sehr im Nachteil, sondern auch durch die stiefmütterliche Behandlung jener Rechtsinstitute, die für das Proletariat von eminenter Bedeutung sind. Bei den herrschenden Schichten besteht begreiflicherweise

vielfach das Bedürfnis, den Zustand der Rechtsunsicherheit, der sich daraus ergibt und sehr zum Schaden der Besitzlosen auswirkt, aufrechtzuerhalten; denn er bietet ihren Angehörigen nicht geringe Vorteile, die dann, wenn er beseitigt wäre, notwendigerweise auch ein Ende nehmen müßten. Mit Absicht wird auch mitunter, sofern es zu einer gesetzlichen Regelung kommt, die Norm so formuliert, daß eine Rechtsunsicherheit entstehen muß,⁸⁾ mit Absicht unterläßt man es, Normen und Einrichtungen zu schaffen, die zur Ausführung anderer grundlegender Normen, und damit diese wirklich ins Leben treten können, erforderlich sind.⁹⁾ Mit der Aenderung der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse gelingt es, die bewußt geschaffene und aufrechterhaltene Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Damit tritt auch in der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts ein bedeutender Umschwung ein; die Rechtswissenschaft wendet auch jenen Materien, die für die zurückgesetzten Klassen von Bedeutung sind, ihr Augenmerk zu, und was noch wichtiger ist, sie trachtet die Führerschaft auch dort, wo es sich um die Gestaltung des zukünftigen Rechts handelt, zu erlangen und damit eine lang vernachlässigte Aufgabe zu erfüllen. Und man kann die interessante Beobachtung machen, daß in dem Moment, in dem die Gesetzgebung das Bedürfnis der besitzlosen Klassen befriedigt, das Bedürfnis nach einer Rechtsordnung, welche die Rechtsunsicherheit gewährleistet und auch durch ihren Inhalt ihren Interessen entspricht, die vormals begünstigte Bevölkerungsgruppe mit besonders lauter Stimme über die mangelnde Rechtssicherheit Klage erhebt und die Beseitigung dieses Zustandes fordert.

3. Es leuchtet ein, daß jene Bevölkerungsgruppen, welche durch die in Geltung stehenden Normen ihre ökonomischen und sonstigen Interessen gefördert sehen, den lebhaften Wunsch hegen, daß sie auch in aller Zukunft in Kraft bleiben und es entspricht vollkommen dieser Einstellung, wenn sie den hohen Wert der Rechtssicherheit (gegenüber der Angemessenheit des Inhalts der Rechtssätze) mit besonderem Nachdruck betonen und durch Anwendung der Gesetzes- und Rechtsanalogie einen lückenlosen Aufbau des Rechtssystems erreichen wollen. Man wird es aber auch begreiflich finden, daß alle anderen, die durch den Inhalt der geltenden Rechtsvorschriften sich keineswegs befriedigt erachten und ihre Derogation anstreben, sich jeder weiteren Ausdehnung ihres Anwendungsgebietes, die nicht in der doktrinellen Auslegung ihre Stütze findet, widersetzen. Und dieser Widerstand erscheint um so mehr begründet, als die praktischen Bedürfnisse, auch ohne daß dieser Weg betreten wird, ihre volle Befriedigung finden können,¹⁰⁾ sofern nur nicht der Interessenschutz jener Kreise, dem die gegebene Norm in erster Linie dient, als das Ziel der Rechtsanwendung betrachtet wird. Wann aber eine Entscheidungsnorm als nicht gegeben anzusehen ist, darüber gehen die Ansichten der neueren Rechtsgelehrten sehr auseinander. Es gibt Juristen, die kein Bedenken tragen, eine formell noch nicht aufgehobene Rechtsnorm auch dann für unanwendbar zu erklären, wenn die Verhältnisse, die im geschichtlichen Entwicklungsgang zu ihrer Entstehung geführt haben, tatsächlich andere geworden sind. Damit erfährt der ohnehin (bis zu einem gewissen Grade) stets labile Charakter einer jeden Rechtsordnung eine wesentliche Verschärfung und es ist klar, daß damit die Rechtssicherheit in nicht geringem Maße herabgesetzt

wird. Der Rechtssicherheit sind also auch auf dem Gebiete der Rechtsanwendung gewisse Grenzen gesetzt und es läßt sich auch hier niemals ein vollkommen befriedigender Zustand erreichen.

III.

1. Das öffentliche Gemeinwesen bezweckt, indem es die Rechtssicherheit gewährt, die Erhaltung und den Schutz der subjektiven Rechte gegenüber allen Angriffen, die im Widerspruch mit der objektiven Rechtsordnung stehen. Die Erfüllung dieser Aufgabe setzt eine Rechtssicherheit in anderem Sinne voraus: eine vollständige Klarheit darüber, wann die wesentliche Voraussetzung für die Gewährung dieses Schutzes, die Existenz des schutzbedürftigen Objektes, gegeben sei; sie wird nur dann zu erreichen sein, wenn die Normen so gefaßt sind, daß daraus mit voller Bestimmtheit erkannt werden kann, ob eine rechtliche Befugnis wirklich besteht, unter welchen Voraussetzungen sie entsteht oder erlischt. Nur dann, wenn das Gesetz keinen Zweifel über den Inhalt seiner Vorschriften läßt, kann man mit Zuversicht erwarten, daß die Rechtspflegeorgane sie alle in gleicher Weise handhaben werden, nur dann erlangen die Rechtsgesetze praktisch die gleiche Bedeutung, die den erkannten Naturgesetzen zukommt, deren hoher Wert ja gerade darin liegt, daß sie die Erkenntnis der Zukunft und damit die Beherrschung der Natur ermöglichen. In den so gefaßten Normen liegt schon an sich eine Schutzwehr gegen den bösen Willen der in der Rechtsanwendung tätigen Staatsorgane. Denn über das Gesetz, bei dem kein Zweifel über seine Auslegung bestehen kann, wird auch der dolosen Interpretationen zuneigende Amtsträger sich nicht leicht hinwegsetzen. Aber eine volle Sicherheit gewähren

auch sie nicht; durch die beschränkte Macht der Staatsgewalt, die ihren Willen auch ihren Organen gegenüber nicht immer durchzusetzen vermag und durch die für geboten erachtete Rücksichtnahme auf andere Interessen werden Grenzen der Rechtssicherheit geschaffen, die sich aus der Form, in der die Rechtsordnung ihre Normen bietet, keineswegs ergeben. Ungeachtet der Tatsache, daß vollkommen klare Vorschriften als Grundlage für die Entscheidungen der Rechtspflegeorgane (das Wort im weitesten Sinne genommen) erlassen sind, wird der Zweck der Rechtsordnung nicht erreicht, weil diese Organe ihre Pflicht nicht erfüllen und die zur Aufsicht berufenen es unterlassen, gegen die Pflichtverletzung einzuschreiten, weil sie keinen Einspruch dagegen erheben, wenn geltende Gesetze nicht befolgt, bereits aufgehobene aber weiter zur Grundlage der Entscheidungen gemacht werden.¹¹⁾ Ein wenn auch kleiner Unsicherheitskoeffizient bleibt also immer übrig, auch dort, wo die Subsumtion des Tatbestandes unter die gegebene Norm keine besonderen Schwierigkeiten zu bereiten scheint. So ist ein gewisser Pessimismus auch dort, wo infolge der konsolidierten staatlichen Verhältnisse derartige Rechtsbeugungen seltener zu sein pflegen, nicht ganz ungerechtfertigt und für die Zukunft kann niemals eine Gewähr übernommen werden; es gibt Bewegungen und Gewalten, die anscheinend unzerstörbare Mauern, als ob sie aus Papier wären, umbiegen.

2. Das Bedürfnis nach vollkommener Klarheit und Bestimmtheit der geltenden Rechtsnormen, der genauen Feststellung der Voraussetzungen, unter denen subjektive Rechte entstehen und Rechtsfolgen überhaupt eintreten, besteht einerseits bei den mit der Rechtspflege betrauten

Organen, dann aber auch bei den Privaten selbst, die ihrer Jurisdiktionsgewalt unterworfen sind. Die Rechtsordnung verlangt, daß jeder sowohl im ökonomischen, wie im außerwirtschaftlichen Leben seine Handlungen nach ihren Normen einrichte, und bei den Rechtsunterworfenen besteht auch in der Regel die Geneigtheit, dieser Forderung zu entsprechen; aber um dies tun zu können, muß ihnen auch die Möglichkeit geboten sein, den staatlichen Willen, der in der Norm sich ausdrückt, zu erkennen und so Gewißheit darüber zu erlangen, wo das von der Rechtsordnung normierte Gebiet beginnt und wo es aufhört, die Grenzen insbesondere gegenüber anderen normativen Ordnungen zu erkennen, von denen das Individuum ebenso wie von der Rechtsordnung Richtlinien für sein Handeln empfängt; es sind dies Ordnungen, die, wie das Sittengesetz, in ihren Normen vielfach über die staatliche Rechtsordnung hinausgehen und auch Handlungen unter ihre Vorschriften ziehen, die nach den vom Staate erlassenen Rechtsvorschriften außerhalb der normativen Regelung stehen.

Durch die Koexistenz von Sittengesetz und Rechtsgesetz wird das Maß, in dem sich das Bedürfnis nach einer eingehenden rechtlichen Regelung geltend macht, sehr wesentlich beeinflußt. Dieses Bedürfnis tritt dort fast ganz zurück, wo eine Uebereinstimmung in den moralischen Anschauungen besteht und über die Forderungen, die das Sittengesetz gegen den Einzelnen und die Gemeinschaft erheben könne und die allgemein anerkannten Moralvorschriften der Regel nach auch tatsächlich befolgt werden. Das trifft aber nur für ganz einfache Verhältnisse zu, also nur für die Jugendzeit der Völker, die sich auch in anderer Hinsicht von ihren späteren Entwicklungsstufen vorteilhaft unterscheidet. Mit dem Fort-

schritt der wirtschaftlichen und kulturellen Entwicklung ist auch eine Differenzierung der moralischen und rechtlichen Anschauungen verbunden und das bedeutet Kampf und Mißtrauen, die an die Stelle der Eintracht und des Friedens, die früher geherrscht hatten, treten. Damit steigert sich auf dem Rechtsgebiete das Bedürfnis nach einer möglichst klaren normativen Regelung; die staatliche Rechtsordnung, die dieses Bedürfnis zu befriedigen unternimmt, umfaßt jetzt auch vielfach solche Gebiete, die keinerlei Regelung durch das Sittengesetz unterliegen, bisher also überhaupt keiner normativen Ordnung unterworfen waren.

Dieser Wandel der Anschauungen erweist sich insbesondere auf dem Gebiete des Strafrechts besonders bedeutsam.¹²⁾ Solange innerhalb der staatlichen Gemeinschaft Identität der moralischen und Rechtsanschauungen besteht und die Rechtsunterworfenen davon überzeugt sind, daß die staatlichen Organe in vollem Einklang mit den Rechtsanschauungen der Gemeinschaftsglieder die Unrechtsfolgen bestimmen, kann diese Festsetzung dem Ermessen des Richters überlassen werden. In dem Moment aber, in dem diese Identität nicht mehr gegeben erscheint, entsteht das Bedürfnis nach einer Norm, die für jede als Verstoß gegen den öffentlichen Frieden erklärte Handlung auch die Unrechtsfolgen genau fixiert und dem Ermessen des Urteilers und Vollstreckungsorgans möglichst geringen Spielraum gewährt.¹³⁾

Auch auf anderen Rechtsgebieten, so auf dem des Staats- und Verwaltungsrechtes ist im Laufe der Zeit an die Stelle des freien Ermessens der Entscheidungsorgane die Bindung durch feste Normen getreten¹⁴⁾ und damit das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit ihrer Handlungsweise wesentlich gesteigert worden. Die Entwicklung hat

hier nicht überall den gleichen Verlauf genommen und der Uebergang hat sich nicht überall in demselben Tempo vollzogen.

3. Es liegt im Wesen der Rechtsordnung, die durch ihre Normen das Zusammenleben der Menschen ermöglichen und die Voraussetzungen für höhere Kulturleistungen schaffen will, daß durch sie die Freiheit des Staatsbürgers vielfach beschränkt wird. Aber es gibt ein Gebiet, auf dem der Einzelne frei von jedem Eingriff hemmender Normen sich nach eigener Willensbestimmung bewegen kann und daß es ein solches Freiheitsgebiet geben müsse, auf dem das Individuum lediglich seine Interessen zur Geltung zu bringen befugt ist, wird von niemandem bestritten; über seine Abgrenzung gehen die Ansichten allerdings wesentlich auseinander. Streit besteht insbesondere über zwei Punkte: inwiefern es den Staatsangehörigen gestattet sein solle, dort, wo sie in wirtschaftlichen Verkehr zu anderen Rechtsgenossen treten, unbehindert durch staatliche Norm ihre Interessen zu wahren und ob der Staat die Souveränität des Individuums auch bei seinen erbrechtlichen Dispositionen, durch die es für die Zeit seines Todes das Schicksal seines Vermögens bestimmt, in vollem Maße anerkennen solle. Die staatliche Rechtsordnung, die das Prinzip des Individualismus zu verwirklichen sucht, kommt den im Freiheitsbedürfnis der Menschen gegründeten Anschauungen und Forderungen in allen wesentlichen Beziehungen entgegen, indem sie diese Freiheit nicht nur anerkennt, sondern, um sie zu erhalten und zu schützen, besondere Vorkehrungen trifft: zu den materiellen Normen, welche die individuelle Freiheitssphäre schaffen und umgrenzen, treten Schutznormen hinzu, welche der Durchsetzung der

Freiheitsrechte und damit der Rechtssicherheit zu dienen bestimmt sind. Mit vollem Rechte wird gerade hier die Forderung erhoben, daß die vom Staate erlassenen Normen möglichst präzise abgefaßt seien und so mit voller Sicherheit die Grenzen des der Privatautonomie überlassenen Gebietes, das Gebiet des nachgiebigen Rechtes, erkennen lassen.

Man kann nun die Beobachtung machen, daß im Laufe der geschichtlichen Entwicklung der Umfang dieses Freiheitsgebietes wesentliche Aenderungen erfährt, mit der Erweiterung des staatlichen Aufgabenkreises eine Einschränkung der Freiheitsrechte eintritt und die darauf gerichteten Bestrebungen erregen begreiflicherweise den Widerstand jener Personen und Personenverbände, die an der Fortdauer des bestehenden Zustandes interessiert sind. Die Aufgaben, die der Staat zu erfüllen übernimmt, sind ursprünglich nur gering an Zahl und auch die Mittel, welche die Erfüllung der Staatszwecke erfordert, sind nur sehr bescheiden und werden überdies regelmäßig nicht von den Staatsangehörigen aufgebracht. Auf höherer Kulturstufe erweitert sich der Kreis dieser Aufgaben, die Ansprüche, die der Staat an den Einzelnen stellt, wachsen immer mehr und ebenso nehmen auch die Beschränkungen, welche die Freiheit im Interesse der Gesamtheit erfährt, notwendigerweise zu.¹⁵⁾ Es entstehen jetzt schwere Konflikte innerhalb der staatlichen Gemeinschaft, die durch die eigenartige Beschaffenheit des Subjekts, gegen welches der Angriff der Staatsbürger sich richtet, ihr besonderes Gepräge erhalten, Konflikte zwischen dem öffentlichen Gemeinwesen, das gestützt auf die ihm zustehende Personen- und Sachenhoheit in steigendem Maße Ansprüche auf Arbeitsleistung und Abgaben geltend macht, und den Staatsangehörigen, welche

die Freiheit von diesen Leistungen auch weiterhin zu behaupten wünschen. In der gesetzlichen Normierung dieser Freiheitsbeschränkungen, der Anerkennung einer individuellen Freiheitssphäre, die jeder Einwirkung seitens des übergeordneten öffentlichen Gemeinwesens entrückt ist, findet der Konflikt seine Lösung. Die staatlichen Organe sind gebunden, sich an die Normen, welche die Leistungspflicht der Staatsbürger regeln, zu halten und die durch sie indirekt geschaffene Freiheitssphäre zu respektieren. Die Folge davon ist erhöhte Rechtssicherheit, die durch besondere Garantien, welche die Rechtsordnung für die Einhaltung dieser Normen schafft, noch wesentlich gesteigert wird. Es ist eine alte Erfahrung, die durch neu hinzukommende Tatsachen immer wieder bekräftigt wird, daß die Qualität der Arbeitsleistung verbessert wird, wenn diese der Ueberprüfung durch ein übergeordnetes Organ unterliegt. Wo eine solche stattfindet, pflegt von allem Anfang an sorgsamer gearbeitet zu werden und die Einrichtung der Kontrolle bietet die Möglichkeit, Irrtümer und Fehler, die auch bei größter Diligenz nie ganz ausgeschlossen sind, zu verbessern.¹⁶⁾ Das Bedürfnis nach einer solchen Ueberprüfungsmöglichkeit besteht namentlich dort, wo die behördliche Tätigkeit mit einem Eingriff in die normativ geschützte individuelle Rechtssphäre verbunden ist. Es wird verlangt — und die moderne Rechtsordnung trägt dieser Forderung Rechnung — daß in solchen Fällen nicht nur dem unmittelbar Beteiligten, sondern der Gesamtheit der Bevölkerung die Möglichkeit der Ueberprüfung geboten werde. Das Verfahren soll vor den Behörden, welchen die Rechtskontrolle der Verwaltung obliegt, derart durchgeführt werden, daß jedermann aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung sich ein Urteil darüber bilden kann, ob der

behördliche Eingriff in Einklang oder in Widerspruch mit der bestehenden Rechtsordnung erfolgt ist.

Alle diese Garantien schützen nicht gegen Gesetzgebungsakte, durch die auch grundlegende Freiheitsrechte abgeändert und sogar aufgehoben werden können. Es ist daher, und zwar im Interesse der Rechtssicherheit, die Forderung erhoben worden, daß die normensetzende Gewalt, soweit es sich um diese Rechte handelt, auf ein Stück ihrer Souveränität verzichte und sich eine Selbstbeschränkung auferlege, welche die Aenderung des einmal normativ festgelegten Rechtszustandes ausschließt oder doch wesentlich erschwert. Der Rechtskonservatismus verlangt, es ist darauf schon früher hingewiesen worden, daß die Rechtsordnung selbst, soweit sie gewisse subjektive Rechte anerkennt und regelt, für unantastbar erklärt werde und begründet diese Forderung teils mit einem religiösen, teils mit einem staats- und kulturpolitischen Argument. Während die einen in der gegebenen Ordnung den Ausdruck eines höheren Willens, der von jedermann und zu allen Zeiten unbedingt respektiert werden müsse, erkennen, treten die anderen mit der Behauptung auf, daß nur die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes den Fortbestand der menschlichen Gesellschaft und Kultur garantiere, jede weitergehende Aenderung aber Auflösung und Niedergang im Gefolge habe. Die wahre Wissenschaft und die von der wahren Wissenschaft geleitete Staatspraxis kann auf das Recht der Kritik auch diesen Anschauungen gegenüber nicht verzichten; sie muß bedauernd feststellen, daß hier, wie so oft, Parteiinteressen unter der Flagge der Wissenschaft segeln. Die Gesetzgebung kann sich niemals von vornherein Schranken setzen, die jede Abänderung der von ihr erlassenen Normen unmöglich machen; sie kann

sie allerdings durch die Vorschriften, die den Gesetzgebungsprozeß regeln, erschweren, ja sogar die legale Aenderung faktisch unmöglich machen. Eine Remedur kann dann nur im Verlaufe des geschichtlichen Prozesses, der die Rechtskontinuität aufhebt und auf einer neuen staatlichen Grundlage eine neue Rechtsordnung aufbaut, geschaffen werden.

4. Solange in einem Staate bei allen Staatsangehörigen identische Auffassungen in bezug auf Moral und Sitte bestehen, wird es eben wegen dieser allgemeinen Uebereinstimmung nicht schwer fallen, den Inhalt jener Anschauungen festzustellen. Infolgedessen kann sich die Rechtsordnung, wenn sie die Normen festsetzt, durch welche die Freiheit des wirtschaftlichen Verkehrs und die Verfügungsfreiheit bei letztwilligen Anordnungen beschränkt wird (und damit zu erkennen gibt, wie wichtig es ihr für die Rechtssicherheit erscheint, daß über die Grenzen des der Privatautonomie überlassenen Gebietes kein Zweifel bestehe) immerhin eine gewisse Reserve auferlegen. Anders dagegen, wenn mit der fortschreitenden kulturellen Entwicklung eine Differenzierung der Anschauungen eintritt und die Ansichten darüber, was Moral und Sitte fordern, in wesentlichen Punkten auseinandergehen. Die Folgen dieses Wandels äußern sich auf dem Rechtsgebiete in einem gesteigerten Klarheitsbedürfnis, in dem intensiveren Bedürfnis nach einem möglichst vollständigen System von Rechtsnormen, welche die der Vertragsfreiheit und der Testierfreiheit gesetzten Schranken genau erkennen lassen und den Parteien die erforderlichen Garantien für die Rechtsbeständigkeit ihrer geschäftlichen Handlungen bieten. Man verlangt insbesondere eine genaue Feststellung der Voraussetzungen,

unter welchen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden kann, daß, soweit die persönliche Fähigkeit zum Abschluß von solchen in Betracht kommt, diese an Tatsachen, die sich mit ziemlicher Leichtigkeit konstatieren lassen, geknüpft werde, und daß endlich auch die Rechtsfolgen, die sich an die rechtsgeschäftlichen Handlungen knüpfen, genau fixiert werden. Wenn an die Rechtsordnung die Forderung gestellt wird, daß sie die mit dem Rechtsgeschäft verknüpften Rechtsfolgen in einer möglichst klar gefaßten und erschöpfenden Normierung entwickle, so entspricht das einem allgemein menschlichen Bedürfnis, das mit dem Klarheitsbedürfnis hier aufs innigste verbunden erscheint, dem Bedürfnis nach Voraussicht der Zukunft. Die Naturwissenschaft und andere Disziplinen, die sich ihrer Methode bedienen zu können glauben, suchen es durch Aufstellung von wissenschaftlichen Gesetzen zu befriedigen, die Rechtsordnung durch möglichst präzise Normierung der rechtlich relevanten Tatbestände.

5. Die rechtlichen Wirkungen werden aber nicht in allen Fällen durch das Gesetz allein bestimmt. Die Rechtsordnung anerkennt in weitem Maße den Parteiwillen als ein die rechtsgeschäftlichen Wirkungen regelndes Element. Wo dieser Parteiwille, die Unterwerfung der Parteien unter eine von ihnen selbst geschaffene Norm, offenkundig zutage tritt, dort soll es der Regel nach den staatlichen Rechtspflegeorganen nicht gestattet sein, eine andere Norm an die Stelle der gewillkürten zu setzen. Es leuchtet aber ein, daß es nur dann möglich ist, die Wirkungen des Rechtsgeschäftes lediglich nach den von den Parteien selbst geschaffenen Normen zu beurteilen, wenn diese Normen selbst unzweifelhaft feststehen, wenn das,

was als übereinstimmender Wille der Parteien maßgebend sein soll, in einer Weise, die jeden Zweifel ausschließt, festgestellt erscheint. Die Rechtsordnung sucht dieses Ziel dadurch zu erreichen, daß sie die Parteien nötigt, sich beim Abschluß des Geschäftes bestimmter Formen zu bedienen und diese Formen so gestaltet, daß der Wille der Parteien in ihnen möglichst klar zum Ausdruck kommt.¹⁷⁾ Die Garantie für eine vollkommene Willensübereinstimmung ist aber auch hier keineswegs gegeben, und noch weniger trifft dies dann zu, wenn die Rechtsordnung, um neuauftauchenden Verkehrsbedürfnissen zu genügen, sich entschließt, auch formlos abgeschlossene Geschäfte als rechtswirksam anzuerkennen. Es sind zweierlei Dissonanzen, welche die irrige Annahme einer durch übereinstimmenden Parteiwillen geschaffenen Norm, einer Norm, die in Wirklichkeit nicht besteht, ergeben: die eine entsteht durch die verschiedene Auffassung der Erklärung selbst, die andere durch die mangelnde Fähigkeit, sich im Momente des Geschäftsabschlusses ein vollkommen klares Bild über die Konsequenzen, welche die Erklärung nach sich zieht, zu machen. Die Rechtsordnung kommt auf einer höheren Stufe ihrer Entwicklung dem Bestreben der Parteien, die abgegebene Erklärung zur maßgebenden Norm für die Regelung ihrer vertragsmäßigen Beziehungen zu erheben, in beiderlei Hinsicht entgegen, in älterer Zeit nur insofern, als sie die verschiedene Auffassung der Erklärung ignoriert, auf die Tatsache der Erklärung allein Gewicht legt und jede Diskussion über den mangelnden Willen ausschließt. Die Dissonanz zwischen der älteren und neueren Auffassung ist, im Grunde genommen, nicht sehr bedeutend; sie besteht nur insofern, als die neuere Doktrin die verkehrsbliche Auffassung als Interpretationsquelle

ansieht. Diese Lehre geht von der Auffassung aus, daß beide Parteien, die miteinander in wirtschaftlichen Verkehr treten, die gleiche Sprache sprechen, daß sie mit den Worten, deren sie sich dabei bedienen, die gleiche Bedeutung, nämlich jene, die im Geschäftsverkehr gemeiniglich mit ihnen verknüpft ist, verbinden. Die Rechtsordnung ignoriert, grundsätzlich wenigstens, den nahe liegenden Einwand, daß diese Annahme nicht immer zutrefte, und wo sie ihn beachtlich findet, darf daraus sich keinerlei Nachteil für den ergeben, der von ihr ausgegangen ist, nach den Vorschriften der staatlichen Normenordnung auch mit Recht ausgehen konnte. Wichtig erscheint aber auch die Unterstützung, welche die neuere Auffassung den Parteien in jenen Fällen bietet, in denen eine private Normierung nicht erfolgt ist, indem sie ein System ergänzender Normen aufstellt, die überall dort, wo die Privatautonomie versagt, zur Anwendung kommen sollen. Die konservierende Tendenz der Rechtsordnung tritt in diesen suppletorischen Normen besonders deutlich zutage.

Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich auch daraus, daß die Tatbestände, an welche die Rechtsordnung bestimmte Rechtswirkungen knüpft, in der Regel komplizierter Natur sind und es infolgedessen beim Vertragsabschluß nicht immer möglich ist, mit mathematischer Gewißheit festzustellen, ob diese Voraussetzungen als wirklich gegeben angenommen werden können. Die Rechtsordnung kann den Standpunkt einnehmen, daß nur dort, wo dies vollkommen zutrifft, die Rechtsfolgen eintreten und wenn auch nur eine fehlt, dem Rechtsgeschäft jede Wirkung versagt sei. Die Rücksicht auf den wirtschaftlichen Verkehr hat nun im Laufe der Entwicklung zu einem eklektischen Verfahren und damit zu einer

wesentlichen Modifikation des Prinzips geführt. Die Rechtsordnung nimmt späterhin unter den Tatsachen, welche die Voraussetzung für die Entstehung des subjektiven Rechtes bilden, eine Sonderung unter dem Gesichtspunkte ihrer leichteren oder schwereren Erkennbarkeit vor, sie legt jenen Tatsachen, die beim Geschäftsabschluß in äußerlich erkennbarer Weise zutage treten, besonderes Gewicht bei und schützt die Partei, die auf sie vertrauend, mit der Gegenseite kontrahiert hat.

8

¹⁾ Es leuchtet ein, daß eine Rechtsordnung, die wie die älteste römische, auf dem Prinzip des Individualismus sich aufbaut, auch bei Feststellung und Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche jeden Einfluß des Staates ablehnt, dem sozialen Moment auf dem Gebiete der Normensetzung nicht leicht einen größeren Einfluß einräumen wird. Der Gegensatz der politisch vollberechtigten und der zurückgesetzten Klassen, der den Gang der politischen Ereignisse lange Zeit hindurch bestimmt hat, ist zunächst auch ein Gegensatz der Besitzklassen, der Besitzenden und der Besitzlosen gewesen. Als das wichtigste Problem, das die Gesetzgebung zu lösen hat, erscheint aber die Anerkennung der politischen Gleichberechtigung aller Staatsbürger. Die Zugehörigkeit zu den beiden politischen Standesgruppen ist nicht nur, soweit es sich um die Teilnahme an der Herrschaft (Regierung) handelt, sondern auch auf dem Gebiete der Rechtsanwendung bedeutsam gewesen. Auch auf dem letzteren muß die Gleichberechtigung erst erkämpft werden. Die besitzlosen Klassen führen den Kampf in der Weise, daß sie bestimmenden Einfluß auf die normensetzende Gewalt (und Verwaltung) zu gewinnen suchen, um die Normen dann in ihrem Sinne ändern zu können. Die meisten Gesetze, die den Schutz des wirtschaftlich Schwächeren erstreben, sind zu einer Zeit erlassen worden, in der die politischen Machtkämpfe, soweit sie den Anteil an der gesetzgebenden Gewalt betreffen, längst ruhten; sie sind nicht gering an Zahl. Von der späteren Kaisergesetzgebung ist sogar behauptet worden, daß durch sie ein staatssozialistischer Zug gehe. (Ivo Pfaff, Ueber den rechtlichen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in der römischen Kaiserzeit, Weimar 1897, S. 6 und die dort zitierte Literatur). Die sozialpolitische Gesetzgebung des römischen Reiches konnte wie jede Gesetzgebung dieser Art nur Mosaikarbeit sein; und wenn es in der Rechtsgeschichte überhaupt gestattet ist, von organischer Entwicklung zu sprechen, hier war etwas anderes wie eine unorganische

vollkommen ausgeschlossen. Es sind übrigens nicht nur die ökonomischen Verhältnisse, durch die eine Person im Nachteil zu einer andern ist, auch der verschiedene Grad der geistigen Reife und Geschäftserfahrung spielt eine bedeutsame Rolle. Die römische Rechtsordnung hat auch darin den Anlaß zur Ausbildung verschiedener Schutznormen gesehen. — Die humanitären Ideen werden allgemein zu verwirklichen gesucht, nicht nur dort, wo Rechtsbeziehungen zwischen den formell gleichberechtigten Volksgenossen bestehen, sondern auch, soweit die Beziehungen zu den Unfreien der rechtlichen Regelung unterworfen werden.

²⁾ Damit, daß in Rom in klassischer und nachklassischer Zeit auch die im Volke lebenden, aber nicht durch die Schrift fixierten Normen den Rechtssätzen des geschriebenen Rechts hinsichtlich ihrer Geltung gleichgestellt werden, war der formelle Rechtsgrund für die Berücksichtigung von Lehrsätzen, die dem strengen Recht zuwiderlaufen, gegeben, und die Möglichkeit eröffnet, der Billigkeit neben dem *ius strictum* Spielraum zu gewähren. Darum erscheint die Jurisprudenz den Römern als die *ars boni et aequi* und die *Aequitas* wird auch außerhalb des engeren stadtrömischen Gebietes als Göttin verehrt. (Siehe die bilingue Inschrift aus Carnuntum, die der Statthalter in der Reichssprache und der Sprache seiner Heimat auf den von ihm geweihten Altar setzen ließ, bei Frankfurter, Beiträge zur alten Geschichte, Festschrift für Otto Hirschfeld, Berlin 1903, S. 440 ff. und Bormann, Der römische Limes in Oesterreich V (1904) S. 135 f.). Auf demselben Standpunkt wie das römische Recht steht auch die Bibel, die vielfach auf das im Volke lebende ungeschriebene Recht als Rechtsquelle hinweist. Von den späteren Interpreten ist insbesondere der bekannte Bibelsatz, der das Rechte und Gute zu tun gebietet, als ein grundlegendes Prinzip angesehen worden und man hat aus ihm auch verschiedene praktische Rechtssätze abgeleitet. (S. darüber Eschelbacher in *Judaica*, Festschrift für Hermann Cohen, Berlin 1912, S. 503 ff.). Bedeutsam erscheint auch der Gedanke, daß die Rechtssätze zum Wohle der Menschen geschaffen werden. Es sind Zweckmäßigkeitserwägungen, die Notwendigkeit, das Zusammenleben der Menschen aufrechtzuerhalten, welche zur Ausbildung neuer

Normen führen, die aus dem System der Rechtsbegriffe und Rechtssätze allein nicht abgeleitet werden können. Mit dem obigen Satze, der mit der bekannten römischen Lehre, daß *omne ius hominum causa constitutum est*, übereinstimmt, wird von den Exegeten namentlich auf dem Gebiete des Eherechtes und des Schadensrechtes operiert, Normenkomplexen, in denen anerkanntermaßen mehr wie auf anderen Gebieten des Privatrechts sich die Eigenart des Rechtsdenkens und des Rechtsempfindens der Völker offenbart. Aber die Einrichtung des Prosbuls, die in neuester Zeit über den Kreis der hebraistischen Forschung hinaus auch bei den Juristen Beachtung gefunden hat, gründet sich m. E. auf eine, rein wissenschaftlich betrachtet, nicht sehr imponierende Wortinterpretation, die aber durch die Ziele, die man damit zu erreichen suchte, vollkommen begreiflich wird. Der Sozialpolitiker macht ja sehr häufig die unerfreuliche Erfahrung, daß Vorschriften, die den Vorteil der wirtschaftlich Schwächeren bezwecken, zu ihrem Nachteil ausschlagen. Zu weit gehende Berücksichtigung des Schuldners kann dazu führen, daß die Kreditgewährung ganz aufhört und die Angehörigen der besitzlosen Klassen von jeder selbständigen Erwerbstätigkeit ausgeschlossen werden. Dem suchte man durch eine Auslegung entgegenzutreten, die, ohne mit dem Wortlaut des Bibelwortes in Widerspruch zu geraten, das Recht des Gläubigers konserviert und ihn geneigt macht, dem Bedürftigen auch weiterhin Kredit zu gewähren.

³⁾ An der Normenproduktion sind ungeachtet der Tatsache, daß sie die Domäne der nach den Grundsätzen demokratischer Auslese berufenen parlamentarischen Körperschaften darstellt, auch staatliche Verwaltungsorgane beteiligt und diese Teilnahme steht mit der Herrschaft demokratischer Prinzipien durchaus in Einklang. Daß auch da eine Arbeitsteilung (eine technische) sich herausbildet, ist in der Natur der Sache begründet; denn gediegene Leistungen können hier heutzutage nur auf Grund eingehender wissenschaftlicher Studien geschaffen werden. Nur umfassende Kenntnisse und gründliche formale Schulung verbürgen die Befähigung, an dieser Aufgabe, die unter den Staatstätigkeiten den höchsten Rang einnimmt, mit Erfolg teilnehmen zu können. Die Art und Weise, wie die Normenproduktion in der Gegenwart vor sich geht, bringt es

mit sich, daß den Berufsbeamten (den Beamten der obersten Verwaltungsinstanz) auch da ein großer, oft entscheidender Einfluß zukommt, und dieser wird umso größer sein, je geringer die Zahl der Parlamentsmitglieder ist, die über jene Kenntnis und formale Schulung verfügen.

Zum Wesen der Demokratie gehört es, daß sie einem möglichst weiten Kreis von Staatsangehörigen den Zutritt zu den öffentlichen Aemtern eröffnet und daher werden die Anforderungen auf das Mindestmaß dessen, was zur Ausübung des Amtes erforderlich ist, beschränkt. Die fortschreitende Demokratisierung und das Bestreben ihrer Anhänger, sie auch in der Zusammensetzung des Parlaments zum Ausdruck gelangen zu lassen, bringt es mit sich, daß die Auswahl der Mitglieder nicht auf jene Kreise beschränkt werden kann, die vermöge der besonderen Art ihrer Bildung die für die Normenproduktion so bedeutsame formale Schulung und die erforderlichen Kenntnisse besitzen. Und die Parteibildung kann dazu führen, daß gewisse Bevölkerungsgruppen, solche, denen ihre Anschauungen nicht gestatten, sich einer der bestehenden politischen Parteien anzuschließen, von jedweder Tätigkeit im Staatsleben ausgeschaltet und wenn es sich um durch Wissen und Bildung hervorragende Persönlichkeiten handelt, überaus wertvolle Elemente von der nach demokratischen Grundsätzen zusammengesetzten Körperschaft ferngehalten werden. Wissen und Bildung sind aber Vorzüge, die unter der Herrschaft jedes politischen Regimes, sofern es nicht die rohe Gewalt und die Unterdrückung aller selbständigen geistigen Regungen zum Prinzip erhebt, ihre Bedeutung und Wertschätzung erhalten müssen. Das Parlament sucht die Uebelstände, die sich aus der Art seiner Zusammensetzung namentlich auf dem Gebiete der Normenproduktion ergeben können, dadurch zu verhüten, daß es durch Wissen und juristische Schulung ausgezeichnete Männer zur Mitwirkung heranzieht. Die Folge davon ist, daß gerade in demokratischen Staaten, in Ländern, in denen die Herrschaft demokratischer Prinzipien in der Verfassung und in den politischen Vorstellungen der Bevölkerung fest verankert ist, die nach demokratischen Grundsätzen gewählten Beamten oft einen stärkeren Einfluß auf die Gesetzgebung ausüben als die Körperschaft, der sie ihr Amt verdanken. Auch

in der römischen Republik war die gesetzgebende Versammlung lediglich auf die Annahme und Verwerfung der vom Magistrat eingebrachten Gesetzentwürfe beschränkt.

So ergibt sich bei der staatlichen Normenproduktion die Mitwirkung anderer Faktoren aus dem Bedürfnisse der zur Gesetzgebung berufenen Körperschaft. Dabei darf freilich nicht übersehen werden, daß jene Elemente, deren sich das gesetzgebende Organ bedient, regelmäßig einer nach demokratischen Prinzipien geleiteten Behörde angehören. Der vom Parlament bestellte Leiter eines Verwaltungszweiges unterbreitet den Gesetzentwurf der beschlußfassenden Körperschaft. Es ist also nicht wie im monarchisch regierten Staat ein fremdes Element, das hier mit dem Parlament in Verbindung gebracht wird (ein dem Herrscher unterstehendes und von ihm bestelltes Organ), sondern eine Behörde, deren Aufgabe eben darin besteht, unter der Leitung des vom Parlament bestellten Volksbeauftragten gewisse ihm von dieser Körperschaft übertragene Aufgaben zu erfüllen.

⁴⁾ Kübler, Ztschr. d. Sav. Stftg. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. XLI (1920) S. 20.

⁵⁾ Die Rechtskunde steht bei allen Völkern zunächst in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Religion und der Pflege des religiösen Wissens; die Säkularisierung des Rechts tritt bald früher, bald später ein und sie ist von großer Bedeutung für die Richtung, welche die Rechtslehre nimmt. In der römischen Jurisprudenz hat sich diese Wendung schon bald nach der ältesten Kodifikation des Landrechts vollzogen; dagegen ist es im antiken Judentum nie zu einer Verselbständigung der Rechtslehre gekommen. Die spätere Auslegung überschreitet hier vielfach die Grenzen, die nach heutiger Anschauung der Interpretation gesetzt sind und wird in Wirklichkeit zu einer Neuschöpfung des Rechts. Auf diese Weise sind Rechtssätze, die uns als Erzeugnis des modernen Rechtsdenkens erscheinen, schon in der Antike verwirklicht worden, wie der Urheberrechtsschutz und das Verbot des unlauteren Wettbewerbes. Aus dem Bibelworte, in dem die Grenzverrückung verpönt wird, hat die gelehrte Exegese zunächst den Satz abgeleitet, daß es verboten sei, eine Lehre einem anderen als ihrem Urheber zuzuschreiben; das Gleiche gilt

auch von Mitteilungen aller Art und von Gedanken, die von anderen geäußert wurden. Das Prinzip wurde dann auf die Vervielfältigung literarischer Werke ausgedehnt und die Nachahmung von Erfindungen, ob sie nun eine gewerbliche Verwertung zulassen oder eine solche ausgeschlossen erscheint. An jenes Bibelwort knüpft auch die Norm an, durch die dem freien Wettbewerbe Schranken gesetzt werden; sie sind zunächst durch Moral und Sitte gegeben, aber indem sie auf einen Rechtssatz, beziehungsweise auf die Idee, die ihm zugrunde liegt, sich stützen, haben sie ihr Fundament doch im Recht. (Eschelbacher a. a. O. S. 506 ff.).

⁶⁾ Siehe auch Beth (Marianne), Neues Eherecht (Wien 1925) S. 1 f.

⁷⁾ Ist die Anwendung einer Norm auf den Einzelfall davon abhängig, daß der, auf den sie Bezug haben soll, die Norm kennt, ihren Inhalt und ihre Bedeutung richtig erfaßt hat? Das ist eine unter den Zivilisten und Kriminalisten viel erörterte Streitfrage, welche die beiden derzeit in Verhandlung stehenden Strafgesetzentwürfe, sowohl der deutsche, wie der mit ihm dem Umfange nach nicht übereinstimmende österreichische Entwurf, im bejahenden Sinne beantworten und damit einem Postulat der sozialen Jurisprudenz entgegenzukommen bestrebt sind. Die Auffassung, welche auf dem Gebiete des Strafrechts die Berücksichtigung des Rechtsirrtums fordert, beachtet nicht das Verhältnis, in dem das zur Entscheidung berufene Organ zur normensetzenden Gewalt steht, und sie würdigt auch nicht die Schwierigkeiten, die einem Beweise der Rechtskenntnis sich entgegenstellen.

Ueber das Verhältnis, in dem die verschiedenen staatlichen Organe zu einander stehen, sind in der Wissenschaft verschiedene Ansichten geäußert worden. Wer die Auffassung vertritt — und sie entspricht m. E. dem Wesen der Sache —, daß der normensetzenden Gewalt der Primat gegenüber allen anderen staatlichen Gewalten, auch der richterlichen, zukommt, der muß auch die daraus sich ergebende Forderung anerkennen, die Vorschrift, daß der Richter die von der übergeordneten Gewalt aufgestellten Normen immer und bedingungslos anzuwenden habe; es kann ihm nicht gestattet werden, eine Prüfung darüber anzustellen, ob und in welchem Umfange

sie mit den Postulaten der Moral und Zweckmäßigkeit übereinstimmen, und, wenn die Prüfung im negativen Sinne ausfällt, ein Beweisverfahren einzuleiten, in dem die Rechtsunkenntnis einer Person das Beweisthema bildet. Aber auch wenn man diese Auffassung nicht teilt, so wird man doch das an zweiter Stelle angeführte Moment nicht übersehen können, die Tatsache, daß für die Kenntnis von Rechtsnormen, die nicht einfach Reproduktionen moralischer Vorschriften sind, ein Beweis unmöglich erbracht, die Einwendung der Rechtsignoranz daher niemals widerlegt werden kann. Man darf auch nicht übersehen, daß dort, wo es sich um andere Tatsachen als um Rechtssätze handelt, die Unkenntnis (Irrtum) regelmäßig nur entschuldigt, sofern nicht die Möglichkeit vorhanden war, die Kenntnis zu erlangen. Von diesem Standpunkt aus könnten Rechtsunkenntnis und Rechtsirrtum äußerstenfalls nur dann, wenn die letztere Voraussetzung zutrifft, als relevant angesehen werden.

Die Normen des römischen Strafrechts stellen, was die Berücksichtigung der Rechtsunkenntnis und des Rechtsirrtums anlangt, ein Kompromiß zwischen den beiden entgegengesetzten Auffassungen dar. Grundsätzlich wird daran festgehalten, daß jedermann verpflichtet ist, die Rechtsnormen zu kennen und die Berufung auf die Unkenntnis nicht beachtet wird. Dieser Standpunkt konnte um so eher angenommen werden, als der Teil der Bevölkerung, für den die Rechtsnormen geschaffen werden, der Körperschaft, welche die gesetzgebende Gewalt ausübt, zum großen Teil angehört und das Gesetz römischer Anschauung nach durch einen zwischen dem Magistrat und dem Volke abgeschlossenen Vertrag zustandekommt. Von jenem Grundsatz wird aber eine Ausnahme bezüglich jener Personen gemacht, die von der Mitwirkung bei der normensetzenden Tätigkeit ausgeschlossen sind (Frauen) oder doch infolge der Lebensstellung (Soldaten) oder ihres Wohnsitzes (*rustici*) nicht leicht an den Versammlungen der gesetzgebenden Körperschaft teilnehmen können. Es fällt der Kreis dieser Personen mit jenen Gruppen von Menschen zusammen, die nicht nur politisch, sondern auch wirtschaftlich dem praktischen Geschäftsleben entrückt sind, mit den Personen, die keine oder doch nur selten Gelegenheit finden, sich Kenntnis von Rechtsnormen auf dem Wege zu

verschaffen, auf dem der Laie gewöhnlich zu einer solchen gelangt, durch häufigere Beobachtung ihrer praktischen Anwendung. Und das römische Strafrecht kommt den gegen jenen Grundsatz erhobenen Einwendungen auch noch in anderer Richtung entgegen; bei einzelnen Delikten, bei solchen, welche Handlungen betreffen, die nicht schon nach der Moral als unerlaubt und strafbar gelten, wird ausdrücklich hervorgehoben, daß sie nur bei Kenntnis der Rechtsnormen geahndet werden sollen. (S. M o m m s e n, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 92 ff.). Aber trotz aller Milderungen des Grundprinzips bleiben doch einige unzweifelhafte Härten bestehen. Mit Recht wird von der gesetzgebenden Gewalt verlangt, daß sie bei der Formulierung der Tatsachen, an welche die Strafe als Rechtsfolge geknüpft ist, mit großer Vorsicht zu Werke gehe, und nicht Handlungen, deren krimineller Charakter nicht leicht erkannt werden kann, als nach öffentlichem Strafrecht zu ahnende Delikte behandle. Das römische Strafrecht trifft der Vorwurf, dieses Postulat nicht ganz beachtet zu haben: er ist allerdings nicht gegen die Körperschaft, der primär die gesetzgebende Gewalt zusteht (Komitien), zu richten, als vielmehr gegen jene Organe, die unter dem Deckmantel reiner Auslegung älterer Rechtsnormen neue Vorschriften erlassen haben, Vorschriften, die, wenn die Regeln wissenschaftlicher Gesetzesinterpretation angewendet worden wären, aus ihnen niemals hätten abgeleitet werden können. Man hat, von dem richtigen Gedanken ausgehend, daß Gesetz und Interpretation nicht zwei getrennte Dinge, sondern eine Einheit darstellen, die Unkenntnis dieser Rechtsnormen nicht als Strafausschließungsgrund anerkannt.

⁸⁾ Die Rechtsunsicherheit wird mitunter bewußt, aus politischen Gründen, weil man so den Kampf der Parteien verhüten zu können glaubt, aufrecht erhalten, ein Mittel, von dem allerdings Dauerwirkung nicht erwartet werden kann. S. dazu die Entstehungsgeschichte des § 11 des österr. Staatsgrundgesetzes (über die Reichsvertretung) vom 21. Dezember 1867 R. G. Bl. Nr. 141.

⁹⁾ Es kann unter Umständen durchaus zweckmäßig sein, wenn die Gesetzgebung sich der direkten Normierung einer Frage enthält und ihre Lösung der Wissenschaft überläßt. Die

Kompetenz zur Normensetzung gründet sich hier auf Delegation des Staates, als der einzigen Macht, die kraft eigenen Rechtes befugt erscheint, für die Staatsbürger verbindliche Rechtsvorschriften zu erlassen; sie besteht nicht, wie irrigerweise angenommen wurde, unabhängig von jeder staatlichen Gewalt. (S. D e h n o w, Zur Erneuerung der Rechtspflege, Werther 1925, S. 39).

¹⁰⁾ S. auch § 1 des Schweizer Zivilgesetzb. und über die herrschende Lehre: M e n g e r, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 2. Aufl. (Tübingen 1890) S. 26 ff. (ebenso in den neueren Auflagen) und F u c h s, Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz (Karlsruhe 1909) S. 14 ff.

¹¹⁾ Ein Gesetz, das formell aufgehoben ist, darf nicht mehr angewendet werden. Wenn aber zwei Gesetze erlassen wurden, die bestimmte komplementäre Zwecke zu erfüllen haben und dann die formelle Wirksamkeit des einen Gesetzes aufhört, kann mitunter der Zweck, dessen Realisierung ihm überlassen war, im Wege der praktischen Handhabung des weiter in Geltung verbleibenden verwirklicht werden, so daß es jetzt in gewissem Umfange auch Funktionen des formell aufgehobenen Gesetzes übernimmt. Dieser Grundsatz ist bei der praktischen Auslegung des österreichischen Mietengesetzes, das nach Aufhebung des mit ihm gleichzeitig erlassenen Wohnungsanforderungsgesetzes weiter in Geltung steht, zu beachten.

¹²⁾ Ein staatliches Strafrecht ist erst dann gegeben, wenn bestimmten Anforderungen in Bezug auf die Normierung von Delikt, Strafe und Strafverfahren seitens der rechtserzeugenden Organe genügt wird: es müssen die Handlungen, welche als strafwürdig anzusehen sind und die Nachteile, die den Delinquenten treffen, durch staatliche Norm genau fixiert sein und ebenso müssen auch die strafrechtlichen Kompetenzen der Rechtspflegeorgane und das Erkenntnisverfahren (das Verfahren, das zur Ermittlung des Täters und der Feststellung des Grades seines Verschuldens einzuleiten ist) eine normative Regelung gefunden haben. Und die Geltung dieser Normen darf nicht auf die Gemeinschaftsangehörigen (im Gegensatz zu den Staatsorganen) beschränkt sein; es ist für den Begriff des Strafrechts wesentlich, daß auch die Rechtspflegeorgane verpflichtet

sind, sie zu befolgen und den Staatsangehörigen ein Anspruch auf Beobachtung der Normen zusteht. Solange der Gemeinschaftsangehörige lediglich als Herrschaftsobjekt, als Objekt der Herrschaft eines dominus — er mag welchen Titel auch immer führen — betrachtet wird, kann von einem derartigen Anspruch nicht die Rede sein. Das wird erst dann möglich, wenn die Rechtssubjektivität des Gemeinschaftsangehörigen — in gewisser Hinsicht wenigstens — anerkannt wird, und, indem die daraus sich ergebenden Konsequenzen gezogen werden, eine wenn auch nur partielle Normengebundenheit an die Stelle des früheren schrankenlosen Herrschaftsrechtes tritt.

¹³⁾ Die Rechtsunsicherheit hat sich in der römischen Kaiserzeit, namentlich auf dem Gebiete des Strafrechts, immer mehr gesteigert. Die formell in Geltung stehenden Normen können, weil die Verhältnisse sich in mehrfacher Hinsicht geändert hatten, nicht durchgeführt werden und neue Rechtsvorschriften, die den geänderten Zuständen entsprechen würden, werden nicht erlassen.

¹⁴⁾ Es gibt eine Reihe bedeutsamer öffentlichrechtlicher Befugnisse, die gemäß der römischen Staatsordnung grundsätzlich jedem römischen Bürger zustehen (Recht der Teilnahme an der souveränen Volksversammlung, aktives und passives Aemterwahlrecht, das Recht in einer contio das Wort ergreifen zu dürfen, usw.). Es sollen aber jene Leute davon ausgeschlossen sein, bei denen infolge ihres Lebenswandels die praesumptio boni viri nicht mehr besteht, Personen, die sich im Kreise ihrer Volksgenossen nicht jener Achtung erfreuen, welche die tatsächliche Ausübung der oberwähnten Rechte und die Berufung zu den im Allgemeinen jedermann offenstehenden Aemtern verlangt. Die römische Rechtsordnung hat es zunächst dem Ermessen des Magistrats überlassen, im einzelnen Falle festzustellen, ob das von ihr aufgesetzte Erfordernis des guten Rufes auch wirklich gegeben sei. Damit ist diesem — namentlich bei Besetzung der Aemter (der Magistratur und der Senatorenstellung) — eine große Macht eingeräumt und es besteht hier, wie überall, wo das freie Ermessen einer Behörde entscheidet, die Gefahr mißbräuchlicher Anwendung. Im Laufe der Zeit haben sich nun hinsichtlich der einzelnen Befugnisse bestimmte Ausschließungsgründe im Wege der Uebung fest-

gesetzt; diese sind dann später in einer Reihe von Rechtsvorschriften fixiert und damit ist das freie magistratische Ermessen so gut wie ganz beseitigt worden. Es vollzieht sich hier ein Prozeß, der auch sonst sehr häufig in der Rechtsentwicklung zu beobachten ist, daß, was zunächst lediglich als Direktive für ein Amtsorgan gilt, ohne die Berücksichtigung der obwaltenden individuellen Umstände ganz auszuschließen, später feste Norm wird, die immer und unter allen Umständen, auch dann, wenn es durchaus nicht angemessen sein mag, die Grundlage der Entscheidung zu bilden hat. Man kann annehmen, daß für jede der oben erwähnten Befugnisse im Laufe der Zeit eine solche Ordnung durch Gesetz oder Herkommen festgelegt worden ist; diese Normierungen haben den Infamenskatalog nicht einheitlich, sondern eben mit Rücksicht auf die Eigenartigkeit der Befugnisse verschieden gestaltet. Unsere Ueberlieferung weist hier leider sehr empfindliche Lücken auf; sie können in Anbetracht der verschiedenen Wertung der einzelnen Handlungen und Umstände, die je nach der Beschaffenheit der Befugnisse sich verschieden gestaltet, und da die römischen Moralanschauungen vielfach von den heutigen abweichen, nicht leicht im Wege der Analogie ergänzt werden.

¹⁵⁾ Geringere Inanspruchnahme des Einzelnen für Zwecke des öffentlichen Gemeinwesens kann unter Umständen dem letzteren zum Vorteil gereichen; es sind immer die Rückwirkungen auf die Individuen, die Hebung der Schaffenskraft und wirtschaftlichen Energie in Rücksicht zu ziehen. Es widerspricht aber dem Prinzip der Gerechtigkeit, wenn ein bestimmter Vorzug, der erfahrungsgemäß nur einer Gruppe von Personen zukommt (z. B. höhere Bildung in Ländern, in denen nicht allen die gleichen Ausbildungsmöglichkeiten gegeben werden) zur Grundlage der Normierung genommen und Personen, welche diesen Vorzug aufweisen, eine Erleichterung von öffentlichen Diensten (z. B. vom Militärdienst) gewährt ist, dabei aber nicht beachtet wird, daß auch innerhalb der zurückgesetzten Gruppe Unterschiede bestehen, die eine analoge Berücksichtigung erfordern würden. Auch jene, die sich damit abfinden, daß die Gesetzgebung von den Tatsachen, welche die Verschiedenheit geschaffen haben, abstrahiert, werden die Forderung erheben müssen, daß das Prinzip, welches der

Ausnahme, der Ausnahme von der Gleichheit der Staatsangehörigen zugrundeliegt, vollkommen durchgeführt werde. (Siehe auch Brockhausen, Verwaltungsrechtliche und verwaltungspolitische Essays, Wien 1908, S. 88 ff.).

¹⁶⁾ Das Eingreifen einer Kontrollinstanz wird zweckmäßigerweise dort unterbleiben können, wo es sich nicht um wirklich bedeutsame Akte handelt oder es nach den besonderen Qualitäten des zuständigen Organes der Kontrolle nicht bedarf. Es ist also ein persönliches und ein sachliches Moment, das hier seine Würdigung verlangt. Dadurch, daß die Kontrolle auf jene Fälle beschränkt wird, in denen sie tatsächlich nötig erscheint, werden Kräfte frei, die bisher gebunden waren und können zu anderer ersprißlicher Tätigkeit herangezogen werden. Aber auch das von der Aufsicht befreite Organ erlangt eine größere Selbständigkeit und Bewegungsfreiheit, es wird ihm viele mit großem Zeitverlust verbundene Arbeit erspart und es kann seine Kraft in erhöhtem Maße der besseren Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben widmen. Dieser Gesichtspunkt hat in Oesterreich bei der Einrichtung der Generalvormundschaft nicht sofort die gebührende Beachtung gefunden. Der Konservatismus, der bekanntermaßen jeder staatlichen Gesetzgebung eigen ist, bewirkt es, daß die Konsequenzen, die sich aus grundlegenden Aenderungen in der Organisation einer Einrichtung ergeben, nicht sofort gezogen werden. So hat man auch, als man daran ging, die individuelle Vormundschaft durch die Generalvormundschaft zu ergänzen, sich lediglich damit begnügt, die neue Einrichtung anzuerkennen, im Uebrigen aber alles beim alten gelassen. Es ist vollkommen berechtigt, wenn die Gesetzgebung (Entwurf eines Gesetzes über die erweiterte Vormundschaft) jetzt das Versäumte nachholen und die Doppelgeleisigkeit der Vormundschaftspflege beseitigen will. Man sieht ein, daß Kontrollmaßnahmen, die einem Privatmann gegenüber am Platze sind, der oft nur sehr widerstrebend und lediglich dem behördlichen Zwange gehorchend das Amt übernimmt, nicht immer die rechte Fähigkeit und auch nicht den Willen hat, es in einer dem wahren Interesse des Mündels entsprechenden Weise zu verwalten, bei der Generalvormundschaft keineswegs angemessen erscheinen; denn hier schreitet eine amtliche Stelle ein, deren Mitglieder und Einrichtungen alle Garantien

für eine zweckentsprechende Amtsführung bieten. Es handelt sich hier nicht etwa um einen aus finanziellen Gründen vorzunehmenden Abbau staatlicher Kontrolltätigkeit, sondern um eine Maßnahme, die wegen der Wirkungen, die sie auszulösen vermag, und der großen Zahl der Pflegebefohlenen, auf die sich diese Wirkungen erstrecken, eine materielle Verbesserung der Vormundschaftspflege darstellt. (S. über diesen Gesetzentwurf F a s c h a n k in den [Wiener] Blättern für das Wohlfahrtswesen XXV [1926] S. 65 ff. und L i n k e in der „Sozialen Arbeit“ XXIV [Wien 1926] S. 108 ff.).

¹⁷⁾ Neben der formellen ist im römischen Zivilrecht auch eine beschränkte Zahl formlos abgeschlossener Verträge als Entstehungsgrund von Obligationen anerkannt. Der älteste Kauf, der gleichzeitig Eigentumsübertragungsgeschäft ist (Manzipsationskauf), war ein formelles Geschäft. Später ist dann — und das römische Recht unterscheidet sich da wesentlich von anderen alten Rechten, von dem jüdischen Recht und dem Recht der Papyri — eine Sonderung zwischen dem Eigentumsübertrags- und dem Kausalgeschäft eingetreten; die dem Eigentumsübertragungsakt zugrundeliegende causa bildet die Substanz einer selbständigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, für die eine besondere Form nicht geschaffen wird. Daß auch der Gesellschaftsvertrag formlos geschlossen wird, erklärt sich aus seiner Entstehungsgeschichte: die *societas* ist ursprünglich nichts anderes, wie die fortgesetzte Erbenkommunion. Die Parteien treten beim Abschluß der *societas* in ein Nahverhältnis, das schon früher, ohne daß eine darauf abzielende Willenserklärung der Beteiligten erforderlich wäre, begründet wurde. Später hat sich der Gesellschaftsvertrag verselbständigt, er wird auch ohne jenes Vorstadium der Erbenkommunion geschlossen und der Grundsatz des formlosen Abschlusses auch auf die neue *societas* übertragen. Im Laufe der Entwicklung hat sich auch bei den formlosen Geschäften das Bedürfnis nach einem Surrogat für die hier fehlende Formalisierung geltend gemacht; es wird durch die Rezeption eines auf fremdem Boden erwachsenen Instituts, der *arrha*, befriedigt. In der Forderung der Uebergabe eines Vermögensobjektes liegt, wie ein Akt der Vorsicht, so auch eine Bekundung des Mißtrauens und man wird annehmen können, daß sie dort, wo sozial Gleichstehende

miteinander in Verkehr treten, weit seltener erhoben wird, als in jenen Fällen, in denen die Kontrahenten verschiedenen Gesellschaftsschichten angehören. (Ueber die Geschichte der arrha siehe Calagirou, die Arrha im Vermögensrecht in Berücksichtigung der Ostraka und Papyri, Leipzig 1911 und dazu meine Besprechung in der Ztschr. für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart XL [1913] S. 290 ff.).

Drittes Kapitel.

I. 1. Forderung einer angemessenen Reaktion gegen normwidriges Handeln als Postulat der Rechtssicherheit. 2. Versagen des normalen Rechtsschutzes. Andere Schutzmittel: Vertragsstrafe (Arrha), Zurückbehaltungsrecht, Bürgschaft, Pfandrecht. 3. Die Rechtsverwirklichung und der Vergleich. 4. Strenges Recht und Billigkeit. II. 1. Rechtskraft des Urteils und Rechtssicherheit. 2. Rechtssicherheit und Beweiserhebung. III. 1. Rechtssicherheit durch Anerkennung des tatsächlichen, mit dem Rechte nicht übereinstimmenden Zustandes beim Rechtserwerb; das Gewohnheitsrecht. 2. Verbot der Selbsthilfe; der Besitzschutz. 3. Zusammenhängende Rechtsverhältnisse.

I.

1. Die ideale Rechtsauffassung geht von der Forderung aus, daß jedem normwidrigen Handeln eine angemessene Reaktion der staatlichen Normenordnung entsprechen müsse.¹⁾ Die empirisch gegebene Rechtsordnung vermag auch dann, wenn sie soweit geht, die Wirksamkeit ihrer Vorschriften auf alle Lebewesen und selbst auf Gegenstände der unbelebten Natur auszudehnen und bei Ausübung der Strafgewalt von der Nationalität des Täters und des verletzten Rechtsgutes völlig abgesehen wird, diesen Ansprüchen nicht in jenem Umfange, wie es der idealen Forderung entspricht, zu genügen.²⁾ Das ist im Wesen der Rechtssätze, wie sie regelmäßig durch die normensetzende Gewalt produziert werden, begründet; denn eine vollkommen angemessene Reaktion kann nicht durch Anwendung allgemeiner Normen erreicht werden,

die ja immer nur den Durchschnitt der Fälle berücksichtigen und von der Eigenart des Einzelfalles abstrahieren.³⁾ Im Interesse der Rechtssicherheit kann, wie abermals betont werden soll, lediglich verlangt werden, daß im Rahmen der allgemeinen, von der Rechtsordnung aufgestellten Vorschriften jedem sein Recht werde, daß die durch die Rechtsordnung geschaffenen Machtverhältnisse, insolange nicht die normensetzende Gewalt etwas anderes bestimmt, aufrechterhalten und geschützt werden, unabhängig davon, welcher Normenkategorie die Schutznorm angehört, ob dem Privatrecht oder Strafrecht, und daß bei der Anwendung der Norm keine Ausnahme, die nicht in ihr selbst begründet ist, gemacht werde. Der Richter soll sich bei seinen Entscheidungen, das ist eine alte Forderung, nicht von Gemütsbewegungen leiten lassen, auch nicht von solchen an sich schätzenswerten Regungen des Mitgefühls, die durch traurige Schicksale und namentlich auch durch die ungünstige Vermögenslage eines Menschen erweckt werden und den Antrieb zu einem sehr löblichen sozialen Tun bilden können, er soll nicht den Armen, lediglich weil er arm ist, dem Besitzenden gegenüber begünstigen. Wo die Norm von bestimmten Qualitäten (persönlichen Qualitäten) abstrahiert, darf sie die Rechtsanwendung niemals berücksichtigen und als für die Entscheidung maßgebend betrachten. Die Gerechtigkeit in diesem Sinne des Wortes ist ein Element der Rechtssicherheit. Bei dieser Betrachtungsweise fällt jede Beurteilung der Norm, die außerhalb ihres Inhaltes gelegene Anschauungen und Vorstellungen zu ihr in Beziehung setzt, weg. Die Norm wird losgelöst von den Vorstellungen, die über die zweckmäßigste Art rechtlicher Normierung herrschen, beurteilt. Ganz anders vom Standpunkt jener anderen Betrachtungsweise. Die

empirisch gegebene Rechtsordnung und die ihr entsprechende Tätigkeit der Rechtspflegeorgane erscheint als das Objekt der Kritik, das durch eine andere Norm und eine andere Handhabung der Rechtsvorschriften ersetzt werden soll. Beide Anschauungen gehen davon aus, daß entsprechend den Grundsätzen der Gerechtigkeit das Gleiche gleich behandelt werden soll, aber in dem Urteil darüber, wann diese Gleichheit gegeben ist, gehen sie vollkommen auseinander. Es ist eine andere Auffassung der Gleichartigkeit der Bedingungen, durch die sie sich von einander unterscheiden. Die auf Verwirklichung der konkreten Rechtsordnung gerichtete Betrachtungsweise nimmt eben vermöge der Abstraktion, die ihr zugrunde liegt, die Gleichheit als gegeben an, wo sie vom Standpunkt der anderen vermißt wird. Ein jeder Einzelfall kann nun in der Tat die dem Ideal angemessene Regelung nur durch eine dem konkreten Tatbestand angepaßte Norm, durch ein Privilegium finden. Die Gesetzgebung hat vielleicht einmal diesen Standpunkt eingenommen — die Rechtsnormen sind vielleicht einmal in den Anfängen des römischen Staates Privilegien gewesen, wie die Annahme an Kindesstatt eines Gewaltfreien auch in späterer Zeit noch in Form eines Gesetzgebungsaktes erfolgt, — sie hat ihn aber auf einer höheren Stufe der Entwicklung, mit der Erweiterung des Staatsgebietes und der Zunahme der Bevölkerung verlassen und wird wohl niemals wieder zu ihm zurückkehren.

2. Aber auch innerhalb der angegebenen engeren Grenzen ist noch keineswegs eine volle Garantie für die Gewährung des normativ geregelten Rechtsschutzes und die Rechtssicherheit gegeben. Die normensetzende Gewalt muß sich, wenn sie die erwähnten Schutz-

normen aufstellt, von dem Gesichtspunkte leiten lassen, der alle Gesetzgebung im Staate beherrscht: eine Harmonie zwischen den individuellen und den Interessen der Gesamtheit herzustellen. So kommt es, daß die Rechtsordnung, die in der Regel der Fälle den Rechtsschutz gewährt, ihn unter Umständen doch versagt, so z. B. auf dem Gebiete des Vermögensrechtes und des Familienrechtes⁴⁾ neben klagbaren auch unklagbare Ansprüche schafft, Rechtsverhältnisse, bei denen dem materiellen Anspruch ein öffentlichrechtlicher Rechtsanspruch nicht zur Seite steht.⁵⁾ Aehnlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Die Rechtssicherheit besteht eben nur innerhalb des Gebietes, das der Staat durch seine Normen abgrenzt und soweit er dem Berechtigten wirksame Mittel zur Durchsetzung seines Rechtes gewährt. Die Tendenz, dieses Gebiet zu erweitern, ist deutlich wahrnehmbar, aber ganz beseitigen lassen sich die Fälle, in denen der staatliche Rechtsschutz versagt wird, nicht. Die Rechtsordnung ist übrigens darauf bedacht, dort wo sie die Denegation für notwendig oder zweckmäßig erachtet, den Parteien andere Mittel an die Hand zu geben, Rechtsformen, die vollen Schutz genießen, und auf diese Weise es ihnen zu ermöglichen, ihre Interessen in mehr oder minder vollkommener Weise zur Geltung zu bringen.

Die Rechtsordnung beschränkt sich nicht darauf, in einem normativ geordneten Verfahren die Ansprüche der Parteien festzustellen und das Recht des obsiegenden Klägers mit den Mitteln der staatlichen Zwangsgewalt zu verwirklichen, sie gibt ihnen auch eine Reihe graduell verschieden wirksamer Mittel an die Hand, welche ihnen, ohne daß zunächst die Inanspruchnahme staatlicher Rechtspflegeorgane stattfindet, eine verstärkte Sicherheit

für die Erfüllung obligatorischer Ansprüche bieten sollen, eine Sicherheit, die über jene weit hinausgeht, die in dem formellen Abschluß der Geschäfte gelegen ist. Es bleibt der Regel nach dem Ermessen der Parteien überlassen, ob und in welchem Maße sie sich dieser Mittel bedienen wollen und nur in einzelnen Fällen tritt der Sicherungseffekt unmittelbar kraft rechtlicher Vorschrift ein; sie sind namentlich in jenen Fällen, in denen der normale Rechtsschutz nicht gewährt wird, von besonderem Werte.

1. Als eine solche Sicherung erscheint zunächst die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, die in bestimmter Form oder formlos gemachte Zusage einer vermögenswerten Leistung, die, wenn der primären Erklärung entsprechende Zustand nicht herbeigeführt wird, vom Versprechensempfänger verlangt werden kann. Hier liegt zunächst nur eine Häufung von Verbindlichkeiten vor, und, wenn auch die sekundäre nicht erfüllt wird, bleibt dem Berechtigten doch nichts anderes übrig, als an die Hilfe der staatlichen Rechtspflegeorgane zu appellieren. Die Sicherung kann in wirksamerer Weise derart erfolgen, daß das Vermögensobjekt, das bei Nichteinhaltung der Zusage dem Versprechensempfänger zufällt, diesem sofort bei Abschluß des Geschäftes übergeben wird. Die Uebergabe kann neben dem Zweck, der Sicherung der Erfüllung zu dienen, auch einen anderen Sicherungszweck verfolgen: die Anerkennung der Tatsache, daß das Rechtsgeschäft wirklich abgeschlossen wurde. Es liegen in diesem Falle in der Tradition zwei verschiedene Erklärungen, die sich desselben Objektes zur Herbeiführung des Sicherungserfolges bedienen.

2. Es kommt häufig vor, daß zwischen den beiden Kontrahenten bereits eine andere Verbindung besteht, eine normativ geregelte Beziehung, derzufolge der Be-

rechtigte sich im Besitze von Werten befindet, die er dem Vertragsschuldner herauszugeben verpflichtet ist. Die Rechtsordnung gewährt dem Forderungsberechtigten dadurch eine besondere Sicherung, daß sie ihm ein Zurückbehaltungsrecht an diesen Objekten einräumt: die ihm obliegende Restitution wird von der Erfüllung des Gegenkontrahenten abhängig gemacht und damit ein Zusammenhang zwischen Leistungspflichten, die sich aus demselben oder aus verschiedenen Geschäften ergeben, hergestellt. Eine Rechtsordnung, die wie das ältere römische Recht, auf dem Standpunkt steht, daß die Verbindlichkeiten, die sich aus demselben Geschäfte für jeden der beiden Kontrahenten ergeben, vollkommen selbständig und unabhängig von der der Gegenpartei obliegenden Erfüllung geltend gemacht werden können, wird ein solches Retentionsrecht wohl nur in beschränktem Maße anerkennen können und erst wenn dieser Grundsatz aufgegeben wird, eröffnet sich die Möglichkeit, ihm ein weiteres Anwendungsgebiet einzuräumen. Aber auch dieses Mittel erweist sich oft als ein sehr prekäres und der Forderungsberechtigte, der es geltendmacht, erreicht dadurch keineswegs immer das, was er auf Grund des Vertragsabschlusses beanspruchen darf; es beläßt ihn nur in der Herrschaft über Vermögensobjekte, die regelmäßig nicht zu seiner rechtlichen Herrschaftssphäre gehören, bis zu jenem Zeitpunkte, in dem die Gegenseite sich zur Erfüllung entschließt; eine Nutzbarmachung ihres Wertes ist ihm nicht gestattet.

3. Im ältesten Recht sind Schuld und Haftung getrennt, mit der in formeller Weise begründeten Schuldverbindlichkeit ist noch keine Haftung verbunden; sie wird von einem anderen Rechtssubjekte auf Grund des mit ihm abgeschlossenen Haftungsgeschäftes getragen.⁶⁾

Die Obligation in unserem Sinne ist dadurch geschaffen worden, daß der persönliche Schuldner als Selbstbürge die Haftung übernahm und diese Haftungsübernahme späterhin als ein Essentiale des obligatorischen Geschäftes angesehen wurde. Damit ist auch im Wesen der Bürgschaft und in den Funktionen, die sie im Rechtsleben zu erfüllen hat, ein bedeutsamer Wandel eingetreten. Ursprünglich dazu bestimmt, dem Gläubiger etwas zu bieten, was die bloße Schulderklärung nicht zu gewähren vermag,⁷⁾ erscheint sie jetzt als eine Verstärkung der Haftung, die mit der Schuldverbindlichkeit notwendigerweise verbunden ist, als eine akzessorische Verpflichtungserklärung, durch die sich der Bürge neben dem Kreditnehmer als Schuldner verpflichtet und damit Anteil nimmt an den rechtlichen Beziehungen, wie sie durch den Schuldvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner hergestellt worden sind.

Mit der Erweiterung des wirtschaftlichen Verkehrs, der über das ursprüngliche enge Gebiet hinaus Menschen verschiedener Länder und Gesellschaftsschichten zu einander in wirtschaftliche Beziehungen bringt, wächst die Bedeutung dieser neuen Bürgschaftsform. Denn wenn es unter einfachen Verhältnissen dem Kreditgeber keine großen Schwierigkeiten bereitet, sich durch eigene persönliche Wahrnehmungen eine genauere Kenntnis der für die Kreditgewährung relevanten Tatsachen zu verschaffen, die moralischen Qualitäten des Kreditnehmers und der Umfang seines Vermögens allgemein bekannt oder leicht festzustellen sind, entziehen sich diese Tatsachen später der allgemeinen Kenntnis und es bedarf besonderer Einrichtungen und Maßnahmen, durch welche das für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit erforderliche Material gesammelt und den Kreditgebern zur Verfügung

gestellt wird. Und es ist namentlich die Bürgschaft, die jetzt ein Surrogat für jene Garantie schafft, die dem Kreditgeber vormals durch das eigene Urteil geboten wurde.⁸⁾

4. Eine noch wirksamere Sicherheit als sie Retentionsrecht und Bürgschaft zu gewähren imstande sind, wird durch das Pfandrecht geboten, durch die besondere Widmung, die bestimmte (dem Schuldner oder dritten Interzedenten gehörende) Vermögensobjekte erhalten, dem Gläubiger als Kautions für die Erfüllung seiner Forderung zu dienen. Sie sollen der getroffenen Vereinbarung gemäß den Fond bilden, aus dem die Schuld mit allen ihren Erweiterungen, die sie durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit erfährt, vorzugsweise befriedigt wird. Und diese Widmung erhält sich in ungeschwächter Kraft, ungeachtet aller Verfügungen, die sonst über jene Vermögensobjekte getroffen werden.

Auch bei pfandrechlich gesicherten Forderungen entscheidet im Falle einer Kollision nicht der Zeitpunkt ihrer Entstehung, sondern der, in welchem sie gerichtlich geltend gemacht werden. Der Grundsatz der Prävention kann sich aber (zum Nachteil des Forderungsberechtigten) nicht voll auswirken, weil er in dem Pfandgegenstand ein Objekt besitzt, das vorzugsweise seiner Befriedigung zu dienen bestimmt ist. Und das Pfandrecht bietet noch einen weiteren Vorteil. Es sind nicht so sehr Individuen, wie Güter der stofflichen Welt, gegen die sich die Aktion des Gläubigers richtet. Die Rücksichtnahme auf persönliche Beziehungen hält ihn vielfach ab, mit Zwangsmaßnahmen gegen den Schuldner vorzugehen und dabei sein Interesse in vollem Maße zur Geltung zu bringen; sie findet begreiflicherweise viel eher dort statt, wo der Gläubiger einem Individuum gegenübersteht, wie wenn

es sich um Realisierung eines *ius in re alicna* handelt und die einzuleitenden Zwangsmaßnahmen einen mehr unpersönlichen Charakter annehmen.

3. Der Gedanke der absoluten Rechtsverwirklichung wird dann am strengsten durchgeführt werden, wenn dem Richter untersagt wird, auf Streitenscheidung im Wege des Vergleiches hinzuwirken, auf eine Ordnung durch Parteiwillen, bei der die Normen des Rechtes nicht zu voller Anwendung gelangen. Ein derart rigoroser Standpunkt ist schon in alter Zeit nur von wenigen vertreten worden; es wird vielmehr dem Kläger die Befugnis eingeräumt, in einem „Vergleiche“ seine Ansprüche zu ermäßigen und eine derartige Ermäßigung wird keineswegs als vom Rechtsstandpunkt aus mißbilligenswert betrachtet. Und in der Tat: Es kann unter Umständen durchaus löblich und auch in Einklang mit den Forderungen einer vernünftigen Rechtspflege sein, einen Vergleich abzuschließen und man kann auch den Richter nicht tadeln, der auf die Streiterledigung im Wege eines solchen hinarbeitet. In anderen Fällen wiederum erscheint es als eine Versündigung gegen die Idee des Rechts, wenn die zur Entscheidung berufenen Rechtspflegeorgane auf eine derartige Regelung hinwirken: wo der Anspruch des Klägers offenkundig ist, soll der Richter nicht der Entscheidung ausweichen und die Parteien auf eine Ordnung, die durch ihren Willen vorzunehmen ist, verweisen. Der oben erwähnten rigoroseren Auffassung liegt ein formalrichtiger juristischer Gedanke zugrunde. Ein „Vergleich“ hat nur dann einen Sinn, wenn ein Rechtsverhältnis oder Recht tatsächlich strittig ist, mag der Streit die Tatsache der Existenz oder lediglich den Umfang des geltendgemachten Anspruchs betreffen. Wo diese Vor-

aussetzung nicht vorliegt, kann es sich bei der Ermäßigung nicht um einen Vergleich, sondern nur um einen Verzicht handeln.

4. Das Recht ist in alter Zeit streng und hart, die Normen sind so gefaßt, daß sie keine Möglichkeit bieten, die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles und die Forderungen der Humanität zu berücksichtigen. Es sind in erster Linie die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs, die dazu drängen, der Billigkeit Einfluß auf das rechtliche Denken zu gewähren, es von den Fesseln, in die es die ältere Rechtsauffassung geschlagen hat, zu befreien, und höhere staatliche Interessen, das Interesse an der Aufrechterhaltung der staatlichen Friedensordnung und dem wirtschaftlichen Gedeihen des öffentlichen Gemeinwesens weisen in der gleichen Richtung. Zum *ius strictum* tritt das *ius aequum* ergänzend und modifizierend hinzu. Die Ordnung des strengen Rechts erzeugt das Knochengerüst der Normen, der Grundsatz der Billigkeit erfüllt es mit Blut und Leben. Wie die Billigkeit aus dem Leben stammt, so bringt sie das Recht wiederum mit dem Leben in Zusammenhang.

Der formelle Rechtsgrund für die Berücksichtigung von Lehrsätzen, die außerhalb des strengen Rechts gelegen sind, kann in dem geschriebenen Recht selbst gegeben sein, darin, daß es auf die im Volke lebenden, aber nicht durch die Schrift fixierten Normen als Quellen des geltenden Rechts hinweist. Durch eine Aenderung der in älterer Zeit maßgebenden Interpretationsgrundsätze wird der Anwendung der Billigkeit ein neues Tor eröffnet. Ueberall begnügt man sich zunächst mit der rein grammatischen Auslegung; der Glaube an die Vollkommenheit des göttlichen Wortes, welches die Rechtsnorm offen-

bart,⁹⁾ scheint jede andere Auslegungsmethode auszuschließen und auch nachdem der Glaube an den göttlichen Ursprung der Norm geschwunden ist, wird an der bisherigen Methode, die von der Identität des Interpretationsobjektes und des Interpretationsmittels ausgeht, festgehalten. Erst in späterer Zeit tritt die „logische“ hinzu, die auch außerhalb des Gegenstandes der Auslegung gelegene Elemente berücksichtigt und damit ergibt sich die Möglichkeit, dem Gedanken der Billigkeit in verstärktem Maße Eingang im Rechte zu verschaffen. Man geht jetzt darauf aus, die höhere Idee, die den Rechtsnormen zugrundeliegt, zu finden und für die praktische Rechtsanwendung nutzbar zu machen. Auf diese Weise kann ein Satz des *ius strictum* zu einem Satz des *ius aequum* umgestaltet werden und damit wird nur — ohne daß man die vom Recht gezogenen Grenzen überschreitet — die Aufgabe des richtig erfaßten juristischen Denkens erfüllt. Denn es ist die Aufgabe des Juristen — und das Postulat der Rechtssicherheit, das auch ein Postulat des juristischen Denkens ist, kann ihn an der Erfüllung dieser Aufgabe nicht hindern — sich über den unmittelbar gegebenen Rechtssatz zu erheben, den Gedanken, die in ihm verborgen sind, den Ideen, die er zu verwirklichen sucht, nachzuspüren und den Ideengehalt der Norm nach allen Seiten zu entwickeln. Eine Neuschöpfung des Rechts ist darin nicht gelegen; von einer solchen kann nur dann die Rede sein, wenn eine positive Rechtsnorm, die als Grundlage des Rechtssatzes bezeichnet werden kann, nicht vorliegt.

Die Tendenz der Entwicklung geht immer dahin, die beiden an sich divergierenden Rechtsprinzipien, als deren Niederschlag der Gegensatz des *ius strictum* und *ius aequum* erscheint, harmonisch zu vereinigen. Das Er-

gebnis ist, daß die Billigkeit den Rang einer Rechtsquelle erlangt, die teils materielle Rechtsnormen erzeugt, teils eine instruktionelle Vorschrift für die in der Rechtspflege tätigen Personen bedeutet.

II.

1. Das öffentliche Gemeinwesen hat nicht minder wie die einzelnen Staatsangehörigen, ein lebhaftes Interesse daran, daß innerhalb seiner Gebietsgrenzen Rechtssicherheit herrsche und die Normen, die ihr dienen, werden ungeachtet der Tatsache, daß sie zuerst den Vorteil der Privaten im Auge haben, doch auch in seinem Interesse erlassen. Es gehört zu den Lebensinteressen des Staates, daß der Friedensstand im Innern aufrechterhalten bleibe, die Machtsphäre des Staates und jene, die er dem Einzelnen einräumt, von keiner Seite angetastet werde. Rechtssicherheit ist aber nur dann gegeben, wenn die Autorität des Staates als der normensetzenden Gewalt — das Wort in weiterem Sinne genommen — vollkommen gewahrt bleibt. Die Autorität des Staates verlangt es, daß die von seinen Organen gefällten Urteilsprüche, eben weil der Richter unmittelbar oder mittelbar von ihm sein Mandat empfängt, von jedermann als die für das strittige Verhältnis maßgebende Norm angesehen und gemäß den Vorschriften der Rechtsordnung auch wirklich durchgeführt werden.

Die Rechtskraft des Urteils ist aus Gründen der Rechtssicherheit eingeführt worden, aus praktischen Gründen, *ut finis sit litium*, und nicht auf Grund philosophischer Erwägungen. In Betracht kommt auch das besondere Interesse, daß der Staat an der Aufrechterhaltung der Autorität seiner Organe hat, deren Spruch auch dann als der des Staatsorgans gelten soll, wenn die

Nichtübereinstimmung mit den Vorschriften des materiellen Rechtes, ja sogar die Nichteinhaltung der Zuständigkeitsnormen nicht ohne Grund behauptet werden kann, der Staatsakt in Wirklichkeit nicht von einem Organ, sondern von einem Pseudoorgan gesetzt ist. Nach den Grundsätzen der Logik sollte ein Staatsakt, gleichgiltig, ob es sich um ein richterliches Urteil oder um eine Verfügung der Verwaltungsbehörde handelt, allerdings nur dann wirksam sein, wenn die von der Rechtsordnung aufgestellten Zuständigkeitsnormen vollkommen beobachtet worden sind und ebenso auch die materiellen Rechtsnormen, die bei der Entscheidung zur Anwendung zu gelangen haben. Es ist wiederum die Autorität des Staates, die es verlangt, daß die zur Rechtsprechung Berufenen die generellen Normen beobachten, deren Konkretisierung im Staatsakt des Urteils ihnen überlassen ist, daß sie sich lediglich als die Diener des vom Staate erlassenen Gesetzes betrachten und nicht im Dienste anderer Interessen Grundsätze zur Anwendung bringen, die mit dem in der staatlichen Gesetzesnorm ausgesprochenen Willen nicht in Einklang stehen. Im Interesse der Rechtssicherheit geht die Rechtsordnung indes vielfach von einem anderen Standpunkt aus und gelangt so zu dem Ergebnis, daß der Staatsakt auch dann, wenn diesem Postulat nicht genügt ist, der Wirksamkeit nicht entbehrt; sie spricht den Parteien das Recht ab, die Aufhebung aus dem Grunde zu verlangen, weil die Schranken, die dem Staatsorgan durch staatliche Norm gesetzt sind, in Wirklichkeit nicht vollkommen eingehalten wurden. Es erscheint dann als eine Aufgabe der vorgesetzten Organe, auf die strikte Beobachtung der Zuständigkeitsnormen und ebenso auch die der materiellen Rechts-

normen im Wege der Dienstaufsicht hinzuarbeiten — ein Ergebnis, das keineswegs jedermann befriedigen wird.

Nicht nur die Privaten haben ein Interesse daran, daß die Streitentscheidungen und die sonstigen vom Staate getroffenen Verfügungen, welche die rechtlichen Beziehungen der Parteien zu regeln bezwecken, auch tatsächlich durchgeführt werden, es liegt dies auch im Interesse des Staates. Aber eines darf allerdings nicht übersehen werden: das Interesse des Staates ist nicht immer ein gleich starkes. Es sind eben, wie schon bemerkt wurde, verschiedene Interessen, die in der vom Staate verbürgten Rechtssicherheit Schutz und Förderung finden. Der Rechtsordnung erwächst daraus die Aufgabe, eine Harmonisierung der vielfach divergierenden Interessen anzubahnen und den Konflikt, der zwischen ihnen besteht, zu beseitigen.

2. Auf das Interesse, das der Staat daran hat, Rechtssicherheit und Frieden als bedeutsame Garantien der öffentlichen und privaten Wohlfahrt aufrechtzuerhalten, ist es zurückzuführen, daß er den Parteien Mittel an die Hand gibt, die den Beweis ihrer subjektiven Rechte ermöglichen und damit die nie völlig vermeidbaren Angriffe gegen die im Wege der staatlichen Normenordnung begründete Rechtsposition wesentlich erschweren.

In erster Linie kommt hier wiederum der formelle Abschluß der Rechtsgeschäfte in Betracht. Dort, wo von den Parteien, Einzelpersonen oder Staaten,¹⁰⁾ die zu einander in Verkehrsbeziehungen treten, bestimmte Tatsachen bewußt ins Leben gerufen werden, so daß der Zeitpunkt ihres Eintrittes vorher festgestellt werden kann, besteht das Bedürfnis, sofern sich an sie wichtige Folgen knüpfen, sie mit möglichster Schärfe für jeder-

mann kenntlich zu machen und auf diese Weise der Leugnung ihres wirklichen Eintrittes vorzubeugen. Es erscheint damit also auch, wenn an diese Tatsache die Verbindlichkeit eines anderen als Rechtsfolge geknüpft ist, eine gewisse, allerdings zunächst unvollkommene Garantie für die Sicherheit der Erfüllung gegeben, ein erster Schritt auf dem Wege der Sicherungen, der unter Umständen für sich allein ausreichend, doch in anderen Fällen der Ergänzung und Verstärkung durch andere bedarf. Diese erste Sicherung besteht nun darin, daß der jener Tatsache zugrundeliegende Gedankeninhalt in eine bestimmte, von der Gemeinschaftsnorm anerkannte Form gebracht wird. Damit, daß die Erklärung unter Zuhilfenahme dieses Sicherheitsmittels abgegeben wird, ist in deutlich erkennbarer Weise eine Zäsur geschaffen zwischen allen rein präparatorischen Handlungen und Erklärungen, die an sich keine Bindung zu erzeugen berufen sind, und jenem Zustande, in dem der Wille, der bisher frei war, es zu sein aufhört. Die Vorschrift der Rechtsordnung deckt sich mit dem, was dem richtig verstandenen privaten Interesse entspricht, wenn sie die Festsetzung trifft, daß alle oder doch gewisse Geschäfte in bestimmter Form abgeschlossen werden müssen, und sofern dieses Gebot nicht eingreift, es doch den Parteien anheimstellt, den Abschluß in bestimmter (gewillkürter) Form zu vereinbaren und vorzunehmen. Anknüpfend an den Kaufmannsbrauch, der sich unabhängig von jeder Rechtsordnung entwickelt hat, geordnete Aufzeichnungen über die einzelnen Geschäftsvorfälle anzulegen, um so eine Grundlage für die geschäftlichen Operationen und den Stand des für sie verfügbaren Handelsvermögens zu gewinnen, hat der Staat in späterer Zeit die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Führung der Handelsbücher

statuiert und besondere Vorschriften über die Art ihrer Anlage, der einzelnen Eintragungen und die Modalitäten, unter welchen sie im gerichtlichen Verfahren verwertet werden können, erlassen.¹¹⁾ Der Gesetzgeber geht bei diesen Maßnahmen von der gewiß richtigen Ansicht aus, daß Tatsachen, die leicht zu beweisen sind, viel seltener in Abrede gestellt werden, wie solche, denen Beweisschwierigkeiten entgegenstehen. Die Rechtssicherheit wird gefördert, wenn nicht nur der Inhalt der von den Parteien getroffenen Abreden feststeht, sondern auch die Tatsache, daß dieser Inhalt von den Parteien festgesetzt wurde und die Grundlage ihrer beiderseitigen rechtlichen Beziehungen bildet, durch ein vom Staate hierzu autorisiertes Organ festgestellt erscheint. Und vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus ist es vollkommen verständlich, wenn der Staat seine Organe anweist, gerade solchen Feststellungen einen erhöhten Wahrheitsgehalt beizulegen und sie damit gegenüber anderen, von der Rechtsordnung anerkannten Mitteln der Tatsachenfeststellung begünstigt.¹²⁾

Die Rechtssicherheit verlangt, daß die Tatsachen, die zur Begründung der von den Prozeßparteien geltend gemachten Ansprüche und zu ihrer Abwehr notwendig sind, vollständig erhoben werden, daß keine Möglichkeit, die sich für eine genauere Feststellung der Tatsachen darbietet, ungenützt bleibe und das Interesse der Prozeßparteien koinzidiert auch hier mit dem Interesse des öffentlichen Gemeinwesens. Wie die moderne Oekonomie jeden Gegenstand ausnützt, um aus ihm neue Güter für die Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse zu gewinnen, wie sie keine Arbeitskraft ungenützt läßt, auch den letzten Rest noch verwertet und sich gegen ihre Vernichtung zur Wehr setzt, so muß auch jede Möglichkeit,

die Prämissen für die richterliche Streitentscheidung zu mehren, in vollem Maße ausgenützt werden.¹³⁾ Dem gleichen Zweck dient auch die gesetzlich festgelegte Pflicht, vor Gericht als Zeuge sich vornehmen zu lassen und eine der Wahrheit entsprechende Aussage abzugeben.¹⁴⁾

III.

1. Die Frage, inwiefern Tatsachen, die an sich nicht in Einklang mit den Rechtsvorschriften stehen, hinsichtlich des Rechtserwerbes Bedeutung beizumessen sei, wird von den einzelnen Rechtsordnungen verschieden beurteilt. Es gibt Rechtsordnungen, die, wie die römische, dazu neigen, in solchen Fällen, und zwar aus Gründen der Rechtssicherheit, jeden Rechtserwerb auszuschließen, während andere wiederum den entgegengesetzten Standpunkt mehr den Verkehrsbedürfnissen und dem Rechtssicherheitsbedürfnisse entsprechend betrachten.¹⁵⁾ Aber auch jene Rechtsordnungen, die der rigoroseren Auffassung folgen, können nicht umhin, der längeren Dauer eines Zustandes Bedeutung für den Rechtserwerb und ebenso auch für den Rechtsverlust beizulegen: Ersitzung und Verjährung sind auch ihnen bekannte Rechtseinrichtungen und die Verjährung wird nur dort ausgeschlossen, wo das Interesse an der steten Dauer eines Rechtes besonders lebhaft ist. Es sind übrigens verschiedene Interessen, Interessen des Einzelindividuums und solche der Gesamtheit, die hier ihre Befriedigung finden. Wenn der gutgläubige Besitzer durch Erwerb vom Nichtberechtigten nicht Eigentümer wird, so kann er auch nicht Eigentum auf andere übertragen. Es sind Bedürfnisse der Gesamtheit, welchen die Rechtsordnung entgegenkommt, wenn sie die Bestimmung trifft, daß, wenn der Erwerber

durch längere Zeit sich unangefochten im Besitze erhalten hat, ihn jeder, der mit ihm in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt, für den Berechtigten halten dürfe. In Betracht kommt aber auch die Beweisfrage, die Erwägung, daß es nach längerer Zeit in der Regel sehr schwierig ist, den Beweis für die Existenz des Rechtes zu führen oder umgekehrt die Freiheit von Verpflichtungen zu beweisen. In solchen Fällen wird der unangefochtene tatsächliche Zustand als ein vollkommen ausreichendes Surrogat angesehen. Die unterlassene Anfechtung begründet die unwiderlegliche Präsomption, daß der zunächst Berechtigte auf die Geltendmachung seiner Ansprüche verzichtet habe. Und es entspricht endlich auch dem öffentlichen Interesse, dem Interesse, das der Staat an der Kontinuität der Verhältnisse hat, daß ein Zustand, der durch längere Zeit unangefochten fortgedauert hat, auch weiterhin erhalten bleibe.

In diesem Zusammenhange muß auch des Gewohnheitsrechtes gedacht werden. Die Rechtsordnung verwirklicht die Rechtssicherheit — und sie dient damit insbesondere dem konservativen Interesse, dem Interesse an der Aufrechterhaltung des gegebenen Zustandes — auch insoweit die Entstehung der Rechtsnormen in Betracht kommt, indem sie die *diuturna consuetudo*, die in der beständigen Uebung zutagetretende Rechtsüberzeugung, als Quelle neuer Rechtsnormen anerkennt.¹⁶⁾ Indes ist gerade im Namen der Rechtssicherheit vielfach die Forderung erhoben worden, daß dem Gewohnheitsrecht die Anerkennung als einer dem gesetzten Recht gleichstehenden Rechtsquelle versagt werde. Man hat darauf hingewiesen, daß der Inhalt der Normen oft nur unter großen Schwierigkeiten festgestellt werden kann — das gilt auch dann, wenn die Feststellung außer-

halb des Rechtsstreites stattfindet — und auch der unfertige Charakter, der ihnen vielfach eigen ist, die mangelnde Präzision des Ausdruckes, der verschiedene Deutungen zuläßt, wird gegen das Gewohnheitsrecht geltendgemacht. Es gibt in der Tat Rechtsordnungen, die von der Minderwertigkeit des Gewohnheitsrechts überzeugt, jene Forderung in vollstem Maße erfüllen, andere wiederum, die weniger radikal, der Anwendbarkeit des Gewohnheitsrechtes enge Grenzen setzen, ihm insbesondere die derogatorische Kraft gegenüber dem gesetzten Recht absprechen.

2. Die Wiederherstellung des verletzten Rechtes ist schon in alter Zeit dem Privaten entzogen und dem öffentlichen Gemeinwesen, das neben dem Machtzweck auch den Rechtszweck verfolgt, überantwortet worden; es wird auch als unzulässig betrachtet, daß der Private den bestehenden tatsächlichen Zustand, wie er im Besitz zum Ausdruck kommt, aus dem Grunde, weil dieser Zustand mit dem Rechte in Widerspruch steht, eigenmächtig ändere. Der Staat betrachtet jede Handlungsweise, die diesen Grundsatz verletzt, als einen Eingriff in seine Machtsphäre. An und für sich würde es ja der Idee der Rechtssicherheit keineswegs widerstreiten, wenn der Einzelne den Versuch unternimmt, sein Recht in Ausübung der Selbsthilfe durchzusetzen, und daß der Besitzer gegenüber dem Berechtigten geschützt wird, betrachten manche als eine Anomalie, die mit der Idee des Rechtes nicht leicht in Einklang zu bringen sei. Aber das Verbot der Selbsthilfe ist gerade im Interesse der Rechtssicherheit erlassen und auf höherer Kulturstufe nicht zu entbehren. Der Gesetzgeber, der sie untersagt, hat sich hier die belehrenden Erfahrungen der Vergangenheit zu-

nutz gemacht. Es ist eine bekannte Tatsache, daß überall dort, wo die Rechtsdurchsetzung dem Einzelnen überlassen ist, sie nur allzuhäufig ihre Aufgabe — die Wiederherstellung des verletzten Rechts — überschreitet. Darum erscheint es vollkommen zweckmäßig, wenn ihm die Befugnis der Zwangsübung entzogen und dem Staate übertragen wird; von den Organen des Staates erwartet man, daß sie als die nicht unmittelbar Beteiligten viel eher die angemessenen Grenzen einhalten werden und die Normen, an welche sie der Staat im Erkenntnis- und im Zwangsvollstreckungsverfahren bindet, sind geeignet, die Staatsangehörigen in dieser Zuversicht zu bestärken. Aehnliche Erwägungen haben zum staatlichen Besitzschutz und damit zu einer wesentlichen Expansion des staatlichen Exekutionsmonopols geführt. Auch hier besteht die große Gefahr, daß, wenn es den Privaten überlassen wird, die Uebereinstimmung des tatsächlichen mit dem dem Rechte entsprechenden Zustand herzustellen, die Grenzen des an sich für zulässig Erachteten leicht überschritten werden und damit wäre erfahrungsgemäß wiederum nur eine neue Gelegenheit gegeben, zur Anwendung der Selbsthilfe zu schreiten. Weiter kommt aber auch in Betracht — und das gilt für beide Fälle — daß ein Zustand, der, wenn er auch nicht mit dem Rechte übereinstimmen mag, doch kraft staatlicher Konzession zunächst besteht, ohne Eingreifen des Staates nicht abgeändert werden darf. Es sind eben verschiedene Motive, die dazu geführt haben, das Verbot der Eigenmacht aufzustellen und späterhin dafür bestimmend gewesen sind, es aufrechtzuerhalten. Das ursprüngliche Verbot hat in den Unzukömmlichkeiten, die mit jeder Art von Selbsthilfe erfahrungsgemäß verbunden sind, seinen Grund; daß es aufrecht erhalten wird, erklärt sich aus dem Streben,

die Autorität des Staates als des übergeordneten Machtfaktors gegen jedermann zur Geltung zu bringen. Auch hier wird die Rechtsnorm im Kampfe der Interessen erzeugt, aber das Ziel, dem beide zustreben, ist das gleiche: die Rechtssicherheit. Der Staat steht auf dem Standpunkt, daß ihr besser gedient sei, wenn ein dem Recht widersprechender Zustand einstweilen aufrecht erhalten wird, als wenn es dem Privaten gestattet ist, die bestehende Dissonanz eigenmächtig zu beseitigen.¹⁷⁾

3. Schon längst ist erkannt worden, daß ein bedeutender Zusammenhang der durch Rechtsgeschäfte und andere Tatsachen geschaffenen Rechtsverhältnisse besteht und namentlich in neuerer Zeit hat man in Praxis und Theorie dem Ineinandergreifen der Rechtsverhältnisse besondere Beachtung geschenkt. Man hat es als „Aufgabe der höheren Gerechtigkeit“ bezeichnet, „das einzelne Rechtsgeschäft nicht auf den Isolierschemel zu stellen, sondern es zu behandeln als Glied in der ununterbrochenen Kette der Verkehrsoperationen“. Aber die Praxis hat dabei die der Rechtsprechung nun einmal gesetzten Grenzen nicht immer eingehalten, sie hat mitunter Funktionen des Gesetzgebers arrogiert und so begreift es sich, wenn jetzt die Forderung erhoben wird, „im Interesse der Rechtssicherheit die strikte Bindung des Richters an das Gesetz zu erneuern“. Es wäre aber gewiß sehr zu beklagen, wenn auf diese Weise einem an sich gesunden Gedanken jede Entwicklungsmöglichkeit geraubt würde.¹⁸⁾

1) Es gibt Rechtsnormen, die gewisse Handlungen verbieten, ohne daß an ihre Uebertretung eine Sanktion geknüpft wird. Auf diese Weise kann das Unrecht zum Recht werden und die Rechtsordnung läßt dies mitunter sogar dort zu, wo sie eine von ihr verbotene Handlung mit Strafe bedroht. Das hat Bekker, *Recht des Besitzes bei den Römern* (Leipzig 1880) S. 25 ff. — auf Grund der positiven Rechtsordnung — m. E. überzeugend dargetan.

2) Die römische Rechtsordnung steht auf dem Standpunkt, daß jedem die Befugnis zusteht, alle Konsequenzen, die sich aus den Rechtsprinzipien für seine Person ergeben, abzuleiten und damit sich der Herrschaft der römischen Strafnormen zu entziehen. So wie der Fremde, wenn er römischen Boden betritt (gemäß der in späterer Zeit eingreifenden Modifikation des Personalitätsprinzips) der römischen Strafgewalt unterliegt, so scheidet auch umgekehrt der römische Bürger aus dem Herrschaftsbereich des römischen Strafrechts aus, wenn er das römische Gebiet verläßt und Angehöriger des fremden Staates wird oder doch in ein derartiges Verhältnis zu ihm tritt, daß er als aus dem römischen Gemeinwesen ausgeschieden betrachtet wird. Der Beschuldigte kann sich also durch Ortsveränderung der römischen Strafgerichtsbarkeit entziehen; man nimmt nicht ohne Grund an, daß die römische Gesetzgebung, als sie die Untersuchungshaft beseitigte, sich dieser Konsequenzen wohl bewußt war, daß es sich hier nicht um ein vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenes *agere in fraudem legis* handelt, sondern jener Erfolg in vollem Einklang mit der Rechtsordnung eingetreten ist. Es leuchtet ein, daß ein Regierungssystem, welches sich die Aufgabe setzt, die Gerechtigkeit zu verwirklichen, diesen Zustand nicht weiter aufrechterhalten konnte; die praktische Ausnützung der Rechtsnormen, welche ihn befördert hatten, wird späterhin dadurch erschwert, daß der staatliche Charakter der mit Rom verbündeten Gemeinden nicht mehr so wie in früherer Zeit

respektiert wird, die letzteren vom herrschenden römischen Gemeinwesen lediglich als innerhalb des Staates gelegene Gebietskörperschaften niederer Ordnung angesehen und behandelt werden. (S. M o m m s e n, Röm. Strafrecht S. 73).

³⁾ Man darf freilich nicht übersehen, daß jede Normierung, welche die Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse fordert, damit die Macht und den Einfluß der gesetzausführenden Organe steigert; sie ist nur dort durchführbar, wo die Ueberzeugung vom Gerechtigkeitssinn dieser Organe eine allgemeine ist und erfordert einen ausgedehnten Kontrollapparat, der, da die Kontrollorgane von den Feststellungen der Kontrollierten sehr stark abhängen, nicht alle Ungerechtigkeiten zu beheben vermag.

⁴⁾ Vgl. die Formulierung in § 1297 des deutschen BGB mit der von der Kritik mit Recht abgelehnten des I. Entw. (§ 1227), die das Verlöbniß für rechtlich unverbündlich erklärte.

⁵⁾ Darüber R e i c h e l, Unklagbare Ansprüche (Jena 1911).

⁶⁾ Die neuere Forschung hat den Nachweis erbracht, daß im griechischen und assyrisch-babylonischen Recht, ebenso wie das schon früher für das germanische festgestellt wurde, Schuld und Haftung getrennt sind und das Gleiche läßt sich mit großer Wahrscheinlichkeit für das römische Recht vermuten. Damit ändern sich unsere Vorstellungen über den ursprünglichen Charakter der römischen Bürgschaft. (S. S o h m - M i t t e i s - W e n g e r, Institutionen des röm. Rechts, 17. Aufl. (München 1923) S. 353 ff. und C z y h l a r z - S a n N i c o l ò, Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechts, 18. Aufl. (Wien 1924) S. 181 ff.

⁷⁾ Die Haftungserklärung des Bürgen ist für den Gläubiger um so wertvoller, je vertrauenswürdiger die Person ist, die sie abgibt und je wertvoller die Güter sind, die für sie eingesetzt werden. Der Bürge haftet ursprünglich mit seiner Person, dem höchsten unter den Rechtsgütern, über die er verfügen kann. Der Wert der Bürgschaft besteht ursprünglich nicht lediglich darin, daß sie die Möglichkeit gewährt, die materiellen Nachteile, die sich aus der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten ergeben, vollkommen oder doch teilweise auszugleichen, er liegt vielmehr in dem besonders starken Impuls, der für den Bürgen gegeben ist, die Erfüllung der Verbindlich-

keit zu betreiben. Nur so kann er verhüten, daß nicht jene Eventualität eintrete, die den Erklärungsempfänger berechtigt, die aus der Haftungserklärung sich ergebenden Konsequenzen zu verwirklichen. Die Rechtspersönlichkeit ist später aus dem Kreise der Objekte, die der Einzelne als Einsatz zu bieten vermag, ausgeschieden und damit der Wert der Bürgschaft wesentlich gemindert worden.

⁸⁾ Aus dem Solidaritätsgefühl, das die einzelnen Volksgenossen in älterer Zeit mit einander verbindet, sie Glück und Unglück, das einen von ihnen trifft, als das eigene Geschick empfinden läßt, hat sich die Anschauung herausgebildet, daß es moralische Pflicht eines jeden sei, für den kreditbedürftigen Freund und Genossen als Bürge einzutreten. Es sind in erster Linie die Bande des Blutes und die intimeren persönlichen Beziehungen, die sich hier wirksam erweisen, dann auch jene, die durch die Zugehörigkeit zum gleichen Berufsstande und die gleiche politische Ueberzeugung zwischen den Menschen geknüpft werden, durch die Uebereinstimmung in den Anschauungen über die Zwecke und Ziele, die das öffentliche Gemeinwesen verfolgen soll und die Mittel, durch die das öffentliche Wohl befördert werden kann. Es ist eine bekannte Tatsache, daß eine Staatsorganisation, die das gesamte Volk zur Teilnahme an der Herrschaft beruft, die Entstehung engerer persönlicher Verbindungen begünstigt, daß diese auch über den ursprünglichen Zweck hinaus und die Aufgaben, die sie zunächst zu erfüllen haben, sich als sozial bedeutsame Faktoren erweisen. Und sie bewähren sich insbesondere, wenn der Einzelne in eine materiell bedrängte Lage gerät und der Hilfe und Unterstützung bedarf. Wer als Bürge für einen anderen eintritt, übernimmt damit eine — unter Umständen — sehr schwere Belastung; er muß damit rechnen, daß er, wenn der Hauptschuldner nicht erfüllt, zur Zahlung herangezogen und einen empfindlichen Vermögensverlust erleiden kann, und dadurch wird er in der freien Verfügung über die ihm gehörenden Vermögensobjekte sehr behindert. Je komplizierter die Verhältnisse sich gestalten und je schwieriger es auch für den Bürgen wird, eine genaue Uebersicht über die Vermögenslage des Hauptschuldners zu erlangen, umso häufiger wird das, was zunächst als Gefahr erschien, zur Wirklichkeit sich wandeln. Es entsteht

das Bedürfnis nach einer Abbürdung, nach einer Erleichterung der Lasten; sie wird im römischen Recht dadurch erreicht, daß die Bürgenhaftung eine engere zeitliche Begrenzung erfährt und damit der Zeitraum, in welchem der Bürge in der freien Disposition über sein Vermögen beschränkt ist, wesentlich abgekürzt wird. Dazu gesellt sich eine umfängliche Begrenzung der Haftung, die dort, wo mehrere Personen als Bürgen eintreten, sich entsprechend der Zahl der Interzedenten verringert. Damit wird der Wert und die Bedeutung dieses Sicherungsmittels sehr herabgemindert. Und der Wandel, der in den sozialen und staatlichen Verhältnissen eintritt, hat in der gleichen Richtung gewirkt. Die Ordnung des öffentlichen Gemeinwesens, die jeden Staatsangehörigen zur Teilnahme an der Herrschaft beruft, wird durch eine aristokratische Staatsordnung ersetzt und damit lösen sich auch die Beziehungen auf, welche vormals durch die Uebereinstimmung in den grundlegenden politischen Ueberzeugungen zwischen den Menschen geknüpft wurden. Es ist jetzt in erster Linie das Selbstinteresse, welches für die Handlungsweise der Menschen bestimmend ist und alle anderen altruistischen und gemeinsinnigen Regungen verdrängt. (S. auch *Dernburg*, Pfandrecht I [Leipzig 1860] S. 5).

⁹⁾ Gestützt auf die Autorität, von der diese Normen der Ueberlieferung nach stammen, werden sie von späteren Generationen übernommen und befolgt und an die Nachfahren weitergegeben. Die besondere Ausprägung und Entfaltung, welche die auf sie gegründete Lehre im Laufe der Zeit erhält und ebenso auch die Kenntnis davon erlangen die gleiche Autorität und damit erscheint auch vielfach der Grund zur Ausbildung einer autoritären Wissenschaft gelegt. Man begreift es, daß die später einsetzende Kritik nicht so sehr gegen die Lehre selbst, wie gegen den Grund ihrer Geltung, die als unbezweifelbar hingestellte Art ihrer Entstehung, sich richtet.

¹⁰⁾ Ueber die Formen, die beim Abschluß der Internationalverträge in römischer Zeit beobachtet werden, s. *Mommsen*, Röm. Staatsrecht III, S. 593 und *Brassloff*, Der römische Staat und seine internationalen Beziehungen (Wien 1928) S. 17.

¹¹⁾ Zu dem privaten gesellt sich später das öffentliche Interesse, das die normgemäße Buchführung fordert. Die Rechts-

ordnung stellt jetzt besondere Normen auf, die für bestimmte Gruppen von Unternehmungen die Verpflichtung, Bücher zu führen, statuieren und knüpft an die Nichterfüllung eine besondere Sanktion, die entsprechend dem geringeren Grade des öffentlichen Interesses, das der Staat an der Einhaltung der Normen hat, regelmäßig nur eine indirekte (strafrechtliche) ist. Die Schwierigkeiten, die mit einer fortlaufenden Kontrolle verbunden wären, die wie jeder Eingriff in Privatangelegenheiten von den Beteiligten sehr unangenehm empfunden wird, lassen diese Regelung als empfehlenswert erscheinen. Es darf auch nicht übersehen werden, daß schon das private Interesse regelmäßig zur Erfüllung des Gebotes drängt; wo die Parteien der Norm aus eigenem Antrieb gehorchen, die Handlungen der Menschen dem, was sie anstrebt, der Regel nach entsprechen, dort kann die Rechtsordnung auf die Anwendung des Zwanges verzichten und unter Umständen wird es sogar zweckmäßig erscheinen, daß sie sich jeder normativen Festsetzung enthalte. Die kriminelle Ahndung tritt übrigens erst dann ein, wenn zu der Nichterfüllung noch weitere Tatbestandsmerkmale hinzukommen. Nur in einzelnen Fällen greift bei Anlage der Bücher auch eine Mitwirkung öffentlicher Organe ein. Damit soll eine erhöhte Garantie für eine normgemäße Buchführung geschaffen werden; indem bestimmte Gewerbebetriebe der öffentlichen Kontrolle unterworfen werden, ergibt sich die Möglichkeit, die Nichteinhaltung der Buchführungsvorschriften an sich schon mit Strafe zu bedrohen. Alle Rechtsordnungen gehen von dem Standpunkt aus, daß es sich bei der Buchführung in der Hauptsache um technische Fragen handelt und die Gesetzgebung sich darauf beschränken kann, einige wenige Grundsätze, die für die Verwertbarkeit im Rechtsstreit besonders bedeutsam erscheinen, aufzustellen. Im Uebrigen gehen die Normierungen in zwei Richtungen auseinander. Es gibt Rechtsordnungen, die, abgesehen von den wenigen Direktiven, die sie geben, dem subjektiven Belieben den weitesten Spielraum gewähren: sie bezeichnen das Ziel, das durch die Buchführung erreicht werden soll, und damit ist auch der Weg, der einzuschlagen ist, einigermaßen vorgezeichnet. Dieses subjektive Ermessen erscheint bei einer zweiten Gruppe von Rechtsordnungen wesentlich eingeschränkt: die Gesetzgebung weist den zur Buch-

führung Verpflichteten an, nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Buchführung, wie sie in Lehre und Praxis sich ausgebildet hat, vorzugehen. Damit werden rein technische Anweisungen zu der Bedeutung von rechtlich verpflichtenden Normen erhoben.

¹²⁾ Es entsteht dann allerdings die wichtige Frage, welche Bedeutung jenen Erklärungen, die nicht in das formell abgeschlossene Geschäft übernommen wurden, beizumessen sei. Vgl. den jetzt aufgehobenen § 887 des österr. a. b. G. B. und dazu Schey, Bericht der Herrenhauskommission (1912) S. 144 ff.

¹³⁾ Ueber das vormals sehr bekämpfte Beweismittel der Parteieneinvernehmung siehe Klein, Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses (Wien 1900), S. 171 ff.

¹⁴⁾ Nach allen Gesetzgebungen sind gewisse Personen, namentlich solche, die zu den Prozeßparteien in einem besonderen Nahverhältnis stehen, von der Verpflichtung, eine Zeugenaussage ablegen zu müssen, befreit. Es entspricht der geringen Bedeutung, die dem Verlöbniß im österr. Recht zukommt, wenn die Verlobten in den österreichischen Prozeßordnungen nicht zu diesen Nahpersonen gerechnet werden. Man wird wohl bezweifeln können, ob die österreichische Auffassung des Verlöbnisses, an der neuere Reformanträge zur Verbesserung des Eherechtes achtlos vorübergehen, wirklich dem modernen Rechtsempfinden entspricht.

¹⁵⁾ Der derivative Eigentumserwerb erscheint regelmäßig als die Realisierung eines obligatorischen Geschäftes, das die causa der Eigentumsübertragung bildet. Man wird annehmen können, daß die römischen Juristen beim Verfallpfand (lex commissoria) den Verkauf an den Pfandgläubiger als causa des Eigentumsüberganges subintelligiert haben. Das römische Recht hat aber auch mehrere abstrakte Eigentumserwerbsarten ausgebildet, bei denen der Eigentumserwerb unabhängig davon, ob die causa wirklich zu Recht besteht, eintritt und die bis in die jüngste Zeit allgemein vorgetragene Lehre, die für den Eigentumserwerb durch Tradition die iusta causa als wesentliches Erfordernis aufstellt, ist von der neueren Wissenschaft als unzutreffend erkannt worden. Man kann hier mit Fug und Recht von einer besonderen Bedachtnahme auf den äußeren Tat-

bestand als einem Erfordernis der Rechtssicherheit sprechen. — Das römische Recht hat den Grundsatz, daß niemand mehr Recht übertragen kann, als ihm selbst zusteht, in weitem Maße verwirklicht und läßt daher einen Eigentumserwerb durch Tradition nur dann eintreten, wenn der Vormann Eigentümer oder ihm durch die Pfandbestellung die in dieser mitinbegriffene unwiderrufliche, von der Existenz des Pfandbestellers unabhängige Vollmacht zum Pfandverkauf erteilt wurde. Anders dagegen bekanntlich das deutsche Recht und die modernen Rechtsordnungen, die sich ihm angeschlossen haben. Wir haben hier zwei verschiedene Auffassungen der Rechtssicherheit und der Forderungen, die in ihrem Namen gestellt werden können. Das römische Recht legt das Hauptgewicht auf die Erhaltung des rechtmäßig begründeten Rechtes; es soll dem Berechtigten nicht durch eine Verfügung des Nichtberechtigten entzogen werden. Die deutschrechtliche Normierung betrachtet es als ein Postulat der Rechtssicherheit, in erster Linie den Erwerber zu schützen, sofern er den Tradenten, der mit Zustimmung des Eigentümers sich im Besitze der Sache befindet, als verfügungsberechtigt halten konnte. Das Gleiche wird sogar dann angenommen, wenn der Verfügende ohne den Willen des Berechtigten in den Besitz der Sache gelangt war, und zwar mit der Motivierung, daß der Berechtigte den Eigentumsverlust sich selbst zuzuschreiben habe, wenn er es unterlassen hat, die entsprechenden Vorkehrungen zu treffen, die einen derartigen Besitzübergang hindern können. Auch das römische Recht würdigt die besondere Stellung des gutgläubigen Besitzers; aber sein guter Glaube allein kann niemals zum sofortigen Erwerb des Eigentums führen, sondern nur in Verbindung mit anderen Tatsachen das Eigentumsrecht begründen. Die Rechtssicherheit rechtfertigt nach römischer Auffassung nur die Ersitzung, nicht aber (den Erwerb vom Fiskus ausgenommen) den sofortigen originären Erwerb. Man kann wohl nicht behaupten, daß diese Regelung modernen sozialpolitischen Anschauungen, die den Schutz des wirtschaftlich Schwächeren fordern, widerspricht. Gewiß: die moderne Ordnung schützt den Armen, der seine Habseligkeiten beim Trödler zu erwerben pflegt — er erhält sich im Eigentum, auch wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen oder veruntreut wurde — aber sie läßt

den Armen, der bestohlen wurde und nach bekannten national-ökonomischen Wertbestimmungsgründen den Verlust viel schwerer als der Vermögende empfindet, völlig schutzlos. — Das römische Recht steht weiters, indem es das obenerwähnte grundlegende Prinzip zu verwirklichen sucht, auf dem Standpunkt, daß die Einrede, die dem ursprünglich Forderungsberechtigten entgegenstehen, auch jedem, der die Forderung später erwirbt, entgegengesetzt werden können und das moderne Recht stimmt dieser Auffassung in der Hauptsache zu. Aber auch da bestehen wichtige Ausnahmen. Es handelt sich um besondere Fälle, in denen die Schuldverbindlichkeit in bestimmter Form und mit der ausdrücklichen Zweckbestimmung, an andere übertragen zu werden, begründet wurde; und diese Zweckbestimmung führt dazu, daß die Interessen des Erwerbers in den Vordergrund treten und die Prüfungspflicht, die sonst dem Zessionar obliegt, für ihn nicht besteht. Die Frage, inwieweit Tatsachen, die an sich mit den Vorschriften der Rechtsordnung nicht in Einklang stehen, hinsichtlich des Rechtserwerbes von Bedeutung sind, wird also von den einzelnen Rechtsordnungen verschieden beantwortet. Das römische Recht hat an seiner Auffassung der Rechtssicherheit festgehalten, obwohl mit der fortschreitenden Erweiterung des Reiches auch die Verkehrswirtschaft immer mehr an Ausdehnung gewann und gegenüber der im deutschen Mittelalter wohl kaum zurückgeblieben ist. — Die römische Auffassung der Rechtssicherheit, die es als unzulässig erscheinen läßt, daß jemandem sein Recht ohne seinen Willen entzogen werde, ist von der Schule der Sabinianer konsequent zur Anwendung gebracht worden; sie haben ferner, wohl auch aus Gründen der Rechtssicherheit, bei den im praktischen Geschäftsleben stehenden Personen — und das sind nur Männer, nicht Frauen — den Eintritt der Pubertät an das tatsächliche Vorhandensein der Geschlechtsreife, nicht an ein bestimmtes Alter geknüpft, das übrigens bei dem Mangel amtlich geführter Geburtsregister damals nicht immer vollkommen einwandfrei festgestellt werden konnte. Die Rechtssicherheit scheint auch bei der Erörterung anderer Streitfragen für sie das entscheidende Moment gebildet zu haben.

¹⁶⁾ Grundlage der späteren römischen Rechtsordnung ist das geschriebene Recht, das in verschiedenen, durch die politi-

sche Organisation des Volkes bedingten Erscheinungsformen auftritt. Aber die Römer sind weit davon entfernt, das geschriebene Recht als die alleinige, die ausschließlich anerkannte Rechtsquelle zu betrachten. In der chronologischen Ordnung steht das Gewohnheitsrecht an erster Stelle. Auf dem Wege gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung sind nicht nur die Normen, die das äußere Verhalten der Menschen ordnen, entstanden, auch das Bewußtsein der Existenz des öffentlichen Gemeinwesens hat sich durch konstante Uebung bestimmter Akte gebildet. Später erst ist die Normenproduktion durch die hierfür zuständigen Organe hinzugetreten. Dabei ist, ebenso wie auf anderen Gebieten staatlicher Tätigkeit ein bestimmtes Verfahren zu beobachten. Diese Vorschrift ist für die Quantität und Qualität der neugeschaffenen Normen von der größten Bedeutung gewesen. Auch auf dem Gebiete der Normenproduktion kann man die Beobachtung machen, daß wenn die Einhaltung bestimmter Formen gefordert wird, die formgebundenen gegenüber den formfreien Akten quantitativ zurückstehen, daß aber, soweit das qualitative Moment in Betracht kommt, die formgebundene Normenproduktion besondere Vorzüge aufweist, daß insbesondere die Folgen, die sich aus der Annahme eines Grundsatzes ergeben, genau erwogen und in besonderen Rechtsätzen berücksichtigt werden können. Die Entwicklungsgeschichte des Rechts zeigt, daß hier, wie so oft im Leben, das neu-re Element die Bedeutung des ursprünglich allein maßgebenden sehr herabmindert, und während die Frage nach dem Grunde seiner Geltung früher gar nicht aufgeworfen wurde, sie keines Beweises bedürftig erschien, taucht sie in späterer Zeit, in der eine verschiedene Wertung beider Rechtsquellen (eine Höherbewertung der später aufkommenden) sich längst durchgesetzt hat, plötzlich auf und findet hier eine keineswegs vollkommen einwandfreie Beantwortung. In einer Zeit, in welcher die zur gesetzgebenden Tätigkeit berufenen Körperschaften längst nicht mehr an der Normenproduktion teilnehmen, wird die offenbar schon in früherer Zeit aufgestellte Lehre vorgetragen, daß Volksgesetzgebung und Gewohnheitsrecht auf demselben Entstehungsgrunde, dem Willen des Volkes, beruhen. Dabei wird aber übersehen, daß das „Volk“ in beiden Fällen verschiedenes bedeutet, in Wirklichkeit völlig verschieden zu-

sammengesetzte Personengruppen als identisch betrachtet werden. Ebenso wie bei der Bestellung des obersten Staatsorganes (des princeps) wird die Art und Weise, in welcher der Volkswille in Erscheinung tritt, als nebensächlich angesehen. Der Spätzeit gehört die Auffassung an, die grundsätzlich nur die von den verfassungsmäßigen Staatsorganen produzierten Normen als Rechtsquelle betrachtet; die im Wege des Gewohnheitsrechtes sich bildenden Normen können nach dieser Lehre nur insofern Anspruch auf Geltung erheben, als sie durch jene Organe anerkannt worden sind.

¹⁷⁾ Ueber den „philosophischen Grund“ des Besitzschutzes s. die treffenden Bemerkungen von *Mitteis* in seiner Bearbeitung der Brunsschen Pandekten (Holtzendorfs Encyklop. der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. [1903] I. S. 337).

¹⁸⁾ *G r a u* (Walter), Zusammenhängende Rechtsverhältnisse in Gedächtnisschrift für Emil Seckel (Berlin 1927) S. 345 ff.

Viertes Kapitel.

I. 1. Das Problem der Verwaltungsorganisation. 2. Abzulehnende Lösungsversuche. 3. Die Verwaltungsorganisation eine Zweckmäßigkeitsfrage: Voraussetzungen für die Einführung (Erweiterung) der demokratischen Verwaltungsorganisation. Verwaltungsorganisation und Rechtssicherheit. II. 1. Rechtsordnung und Verwaltung: Uebereinstimmung in der Grundauffassung. 2. Größere Kenntnis der Rechtsnormen ein Vorzug der juristisch gebildeten Berufsbeamten. 3. Kein Vorzug der autokratischen Verwaltungsorganisation hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Verwaltung: Absichtliche und unabsichtliche Gesetzesverletzungen bei beiden Verwaltungsformen. III. 1. Demokratische Verwaltungsorganisation und republikanische Staatsverfassung. 2. Ueberwiegendes Interesse an der Erhaltung der Staatsform gegenüber anderen für die Verwaltungsorganisation maßgebenden (rationellen) Gesichtspunkten.

I.

1. Die Frage nach der Organisationsform der Verwaltung ist in der neuesten Zeit von Rechtsgelehrten und Politikern viel erörtert worden¹⁾ und da bei der Lösung dieses sehr verwickelten Problems auch die nach der Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit eine große Rolle spielt, haben wir uns hier mit ihr zu beschäftigen. Nachdem die demokratische Idee sich sowohl auf dem Gebiete der staatlichen Normensetzung, wie in den obersten und untersten Stufen der Verwaltung durchgesetzt hatte, ist die Forderung erhoben worden, sie auch in jenen Sphären der Verwaltung, in welchen die Herrschaft des autokratischen Prinzips sich erhalten hat, zu verwirklichen und so

die ganze Verwaltungsorganisation auf einer einheitlichen, auch der republikanischen Staatsform mehr entsprechenden Grundlage aufzubauen. Auch in den kleineren Verwaltungsbezirken, die innerhalb des Gesamtstaates eingerichtet sind, beziehungsweise einzurichten wären, sollte die Verwaltung (Bezirksverwaltung) in die Hand eines vom Volke gewählten Amtsträgers gelegt werden, eines Organs, das nach denselben oder ähnlichen Grundsätzen wie jene, welche die oberste Leitung der Staatsverwaltung führen (und durch Wahl des Parlaments zum Amte berufen werden) bestellt wird.²⁾ Diesen Bestrebungen, die darauf abzielen, die autokratische Verwaltungsorganisation vollkommen zu beseitigen und durch die demokratische zu ersetzen, ist bisher kein Erfolg beschieden gewesen;³⁾ sie sind aber damit nicht aus der Welt geschafft und Forderungen, die auf eine restlose Verwirklichung des demokratischen Prinzips — auch in den mittleren Sphären der Verwaltung — gerichtet sind, werden auch in Zukunft immer wieder erhoben werden. Und darum bleibt es auch weiterhin eine wichtige Aufgabe der Wissenschaft,⁴⁾ unbeeinflußt von allen Tagesströmungen in vollkommen objektiver Weise⁵⁾ diese Bestrebungen zu würdigen, die Voraussetzungen festzustellen, unter welchen eine Reform mit Erfolg in die Wege geleitet werden kann und ebenso auch die Wirkungen, die von ihr erfahrungsgemäß zu erwarten sind.⁶⁾ Dabei wird der Zusammenhang, der zwischen der republikanischen Staatsform und dem demokratischen Organisationsprinzip besteht, besonders zu berücksichtigen und ferner auch zu untersuchen sein, ob durch die Herrschaft des letzteren in gleichem oder in geringerem Maße eine dem Recht und der Gerechtigkeit entsprechende Verwaltung verbürgt sei, beides Fragen, die mit der uns

hier interessierenden (dem Rechtssicherheitsproblem) in engster Verbindung stehen.

2. Zwei Auffassungen sind sofort abzulehnen, weil sie von vollkommen irrigen Auffassungen über die bei der Reform der Verwaltungsorganisation maßgebenden Tatsachen ausgehen: der Konservatismus, der wie an den bestehenden Ordnungen überhaupt, so auch an dem aus der Vergangenheit überkommenden Verwaltungsprinzip unter allen Umständen festhalten will und grundsätzlich jede Reform perhorresziert,⁷⁾ und ebenso die Doktrin, die von der Ansicht geleitet, daß Prinzipien auch auf dem Gebiete staatlicher Einrichtungen vollkommen verwirklicht werden müssen, in der ehebaldigen Beseitigung der noch bestehenden autokratischen Verwaltungseinrichtungen eine dringliche Aufgabe staatlicher Gesetzgebung erblickt.⁸⁾ Das Irrige der vom Konservatismus vertretenen Auffassung liegt auf der Hand und sie bedarf keiner eingehenden Widerlegung; in Fragen der Verwaltungsorganisation entscheiden nicht Pietät und Herkommen,⁹⁾ auch nicht was eine Einrichtung in der Vergangenheit geleistet hat,¹⁰⁾ sondern praktische Zweckmäßigkeiten und der Zusammenhang mit anderen öffentlichen Institutionen, namentlich auch der Staatsform. Nicht der Geburtsschein, der das hohe Alter einer Einrichtung bestätigt, auch nicht die Zeugnisse über ihre frühere Wirkungsweise können in Reformfragen den Ausschlag geben,¹¹⁾ sondern was die Einrichtung in der Zukunft, unter den besonderen, nicht als abnormal zu bezeichnenden Verhältnissen, wie sie nach Zeit und Art gegeben sind, zu leisten vermag. Aber auch der anderen Doktrin, die eine im Sinne des demokratischen Prinzips gelegene Gesamtreform und demnach einen vollkom-

menen Umbau des ganzen Verwaltungsorganismus verlangt, kann der Vorwurf nicht erspart werden, daß sie von einer völlig unrichtigen Auffassung über den Zweck staatlicher Gesetzgebung ausgeht, die nicht unbedingte Konsequenz,¹²⁾ sondern die Berücksichtigung der Bedürfnisse und der Voraussetzungen, die für ihre Befriedigung gegeben sind,¹³⁾ fordert. Die Tendenz der Rechtsentwicklung geht ja gewiß immer dahin, Prinzipien, die auf einem bestimmten Gebiete des Rechtslebens verwirklicht sind, auch auf anderen Gebieten zur Herrschaft zu bringen. Aber eine Erweiterung ihres Anwendungsgebietes erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn begründete Aussicht besteht, daß das Prinzip, welches sich bisher als fördernd erwiesen hat, auch hier in gleicher Weise wirken werde.¹⁴⁾ Die von uns abgelehnte Doktrin übersieht auch, daß ein politisches Organisationsprinzip in verschiedener Weise verwirklicht werden kann¹⁵⁾ und in den Verfassungen, welche das demokratische Prinzip durchzuführen suchen, tatsächlich eine Mischung verschiedener Gestaltungen dieses Prinzips wahrzunehmen ist.¹⁶⁾ Aber keine der beiden Auffassungen kann, was die Frage der Rechtssicherheit anlangt, einen besonderen Vorzug in Anspruch nehmen und wenn es der Fall wäre, so könnte er an sich nicht unter allen Umständen dafür entscheidend sein, ob eine geplante Reform vorzunehmen oder zu unterlassen sei; denn die praktische Lösung erfordert ein sorgfältiges Abwägen aller in Betracht kommenden Tatsachen und ihr Gewicht kann je nach den Verhältnissen verschieden sein.

3. Bei der Lösung unseres Problems handelt es sich, wie nochmals betont werden soll, um eine Zweckmäßigkeitsfrage und die Wahrung der Rechtssicherheit ist nur

eines der Elemente, das bei der Entscheidung berücksichtigt werden muß, nicht das einzige, allerdings ein Element von besonderer Importanz. Es muß, wenn man für das demokratische Organisationsprinzip ein erweitertes Anwendungsgebiet schaffen will, geprüft werden, ob die zur Amtsführung geeigneten Kräfte auch tatsächlich zur Verfügung stehen¹⁷⁾ und ob ihnen auch ein entsprechender Wirkungskreis angewiesen werden kann.¹⁸⁾ Die Verhältnisse sind hier nicht immer auf allen Stufen gleich günstig und bilden auch dort, wo sonst die Voraussetzungen für eine Reform gegeben sind, ein schwer zu überwindendes Hindernis. Fragen der Reform der Verwaltungsorganisation sind aber auch finanzielle Fragen, nicht nur politische; es muß stets erwogen werden, ob mit der beabsichtigten Reform eine Steigerung oder eine Minderung des Verwaltungsaufwandes verbunden ist. Manche lehnen jede neue Institution, sofern sie mit einem erhöhten Aufwand verbunden ist, von vornherein ab, während andere wiederum jede neue Einrichtung, ohne die Frage nach den dadurch verursachten Kosten aufzuwerfen, bedenkenlos akzeptieren. Glaubt der Konservatismus sehr oft mit der Tugend der Sparsamkeit sich schmücken zu können, so ist umgekehrt der radikale Reformismus sehr häufig geneigt, sich über die Schranken hinwegzusetzen, die jedweder Verwaltungsreform durch die Rücksicht auf die erzielbaren Einnahmen gesetzt sind.¹⁹⁾ Die Aenderung in dem einen oder anderen Sinne, Steigerung oder Minderung des Verwaltungsaufwands, wird immer unter Rücksichtnahme auf den erstrebten Verwaltungszweck zu beurteilen sein.²⁰⁾ Eine Minderung des Verwaltungsaufwandes wird insbesondere dann besonders erfreulich erscheinen, wenn sie jenen Teil der Ausgaben betrifft, der durch die Notwendigkeit der

Einnahmenbeschaffung veranlaßt ist, die Steigerung der Ausgaben und auch die des persönlichen Aufwandes dann nicht ohneweiteres abgelehnt werden können, wenn sie eine erhöhte Wirkungsmöglichkeit in Aussicht stellt.²¹⁾ Es sind endlich auch die sozialen Wirkungen zu beachten, die Folgen, welche die Reform für jene Bevölkerungsschichten haben kann, deren Interessen durch sie gefördert werden sollen, und ob die Aufgaben, an deren Durchführung die besitzlosen Klassen in erster Linie interessiert sind, auch weiter erfüllt werden können.

Für die Zwecke, die unsere Untersuchung verfolgt, mag es genügen, auf die Momente, die bei der Lösung des Verwaltungsproblems ihre Berücksichtigung erheischen, kurz hingewiesen zu haben. Eine etwas eingehendere Erörterung verlangen aber jene Tatsachen, die, wie schon oben hervorgehoben wurde, mit dem Rechtssicherheitsproblem in engerem Zusammenhang stehen.

II.

1. Eine jede Beurteilung wird wesentlich erleichtert, wenn die Streitparteien in grundlegenden Anschauungen übereinstimmen und diese Uebereinstimmung erscheint um so wertvoller, wenn es sich dabei um die Bewertung von Eigenschaften handelt; denn hier kann bei dem subjektiven Charakter, der jeder Bewertung eigen ist, eine Einheitlichkeit der Auffassung noch viel weniger, als wo es sich lediglich um Feststellung von Tatsachen handelt, erwartet werden.²²⁾ Auf diese Weise wird das Gebiet des Streites eingeengt und es ist lediglich festzustellen, ob die behaupteten Tatsachen, auf die sich das Urteil gründet, wirklich zutreffen, beziehungsweise in welchem Maße dies der Fall ist. Es kann mit Genugtuung konstatiert werden, daß so ziemlich alle Erörterungen, die

unserer Frage gewidmet sind, in einem sehr wichtigen Punkte übereinstimmen, in der Anschauung, daß von einer wirklich guten Verwaltung nur dann gesprochen werden kann, wenn in allen Fällen, nicht nur dort, wo es sich eigentlich um judizielle Angelegenheiten handelt, die bestehenden Vorschriften von allen mit ihrer Durchführung betrauten Organen streng eingehalten werden, der Amtsleiter insbesondere ohne Ansehen der Person, lediglich nach sachlichen Rücksichten seine Entscheidungen trifft. Diese Uebereinstimmung schließt eine andere in sich, die Uebereinstimmung in der Bewertung der Eigenschaften, die eine derartige Amtstätigkeit erwarten lassen. Damit ist zugleich anerkannt, daß eine Institution, der mit diesen Qualitäten ausgestattete Arbeitskräfte zur Verfügung stehen, jeder anderen, die solcher ermangelt, vorzuziehen sei.

2. Von vielen Schriftstellern und Verwaltungspraktikern wird es nun als eine feststehende Tatsache betrachtet, daß die Aufgabe, die Verwaltungstätigkeit im Rahmen der geltenden Rechtsordnung zu erhalten, von einem entsprechend vorgebildeten Berufsbeamtentum viel eher gelöst werden kann, als wenn die Amtsleitung in die Hand eines Ehrenbeamten gelegt ist, der nach den Grundsätzen demokratischer Auslese zum Amte berufen wurde, daß die Rechtssicherheit unter der Vorherrschaft des autokratischen Verwaltungssystems in höherem Grade verbürgt sei, als wenn das demokratische in allen, auch in den unteren und mittleren Sphären restlos durchgeführt wird. Diese Behauptung wird damit begründet, daß den Berufsbeamten besonders wertvolle Qualitäten eigen sind, Eigenschaften, wie sie bei jenen Ehrenbeamten, die sich bereit finden, die Amtsleitung in dem bisher dem Be-

rufsbeamtentum vorbehaltenen Stellungen zu übernehmen, nur selten anzutreffen sind. Bei dem Berufsbeamtentum gesellt sich, so wird behauptet, zu der größeren Kenntnis der Tatsachen, auf die es bei der Verwaltung ankommt und der Schulung im formaljuristischen Denken eine größere Kenntnis der Rechtsnormen, die erfahrungsgemäß nur durch längere theoretische und praktische Studien erworben werden kann, und diese erzeugt die Disposition, Recht und Gesetz als ausschließliche Entscheidungsquelle bei allen Amtshandlungen und Verfügungen gelten zu lassen; die durch keinen Endtermin begrenzte Dauer des Amtes schafft weiters die Möglichkeit, diese Kenntnisse immer mehr zu erweitern und so auch jene hochzubewertende Eigenschaft in immer höherem Maße in sich auszubilden. Dem demokratischen Prinzip entspricht es aber, daß vom Amtswerber der Nachweis einer besonderen Qualifikation nicht verlangt und das Amt regelmäßig auf eine nicht sehr ausgedehnte Zeitperiode übertragen wird. Der Amtsleiter besitzt daher regelmäßig keine allgemeine Rechtskenntnis und noch weniger beherrscht er die besonderen verwaltungsrechtlichen Normen, die in oft kaum übersehbarer Menge für die einzelnen Verwaltungszweige erlassen sind. Zu diesem Mangel tritt nun, so wird weiter behauptet, noch ein zweiter hinzu, ein Defekt, der nicht minder schwer in die Wagschale fällt: es fehlt ihm in der Regel die erforderliche Wertschätzung rechtgemäßer Handlungsweise. Denn vom nichtjuristisch gebildeten Amtsleiter wird erwartet, daß er die Verwaltung im Interesse der Personen, denen er die Berufung zum Amte verdankt, führen werde;²³⁾ er wird darum geneigt sein, in den Rechtsnormen lediglich Maximen zu erblicken, die nicht

unter allen Umständen als Grundsätze des Handelns zu dienen haben und auch dort, wo das Gesetz keine „Lücken“ aufweist, die „freie Rechtsfindung“ zur Anwendung bringen. Es sind also intellektuelle und ethische Vorzüge, die hier dem Berufsbeamtentum nachgerühmt werden; daß diese Qualitäten allen Berufsbeamten wirklich eigen sind, wird nicht behauptet und nur ein quantitatives Ueberwiegen als feststehende Tatsache hingestellt. Denn es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß neben einer großen Zahl pflichttreuer Beamten, die geistig und moralisch ganz auf der Höhe ihrer Aufgabe stehen, es eine andere, mitunter auch sehr zahlreiche Gruppe von Beamten aller Kategorien gibt, die von den Bildungsmitteln, welche ihnen in ihrer Ausbildungsperiode in reichstem Maße zu Gebote standen, nur sehr spärlichen Gebrauch gemacht haben, die Zeugnisse und Titel, welche die Präsumtion für das Vorhandensein einer höheren Allgemein- und juristischen Bildung erzeugen, oft nur weitgehendster Milde und Rücksichtnahme bei Beurteilung ihrer Leistungen zu danken haben. Es wird auch zugegeben, daß eine erschöpfende, wissenschaftlich fundierte Gesetzeskenntnis keineswegs allen, sondern nur einem Teil der Berufsbeamten (den Juristen) eigen ist, jenen, die bis in die jüngste Vergangenheit eine allerdings nicht unangefochtene Präponderanz zu behaupten wußten. Und es wäre darum ein großer Fehler, die pars pro toto zu nehmen und das autokratische Fachbeamtentum mit dem juristisch gebildeten zu identifizieren. Bei aller Wertschätzung der gewiß oft sehr bedeutenden Fachkenntnisse, welche die nichtjuristischen Fachbeamten (Aerzte, Pädagogen, Techniker usw.) auszeichnen, und der überaus ersprißlichen Tätigkeit, die sie im Dienste der öffentlichen Verwaltung entfalten, kann doch nicht übersehen

werden, daß sie, soweit die Rechtskenntnis in Betracht kommt, ein großes Defizit ihrer Bildung aufweisen und was noch schwerer wiegt, ihnen der Sinn dafür, was im Staate möglich ist, häufig gänzlich abgeht. Da nun anerkanntermaßen jede öffentliche Verwaltung im Rahmen der Rechtsordnung geführt werden muß, kann hier die Mitwirkung juristisch gebildeter Amtswalter niemals entbehrt werden; fraglich ist nur, ob ihnen die übergeordnete Stellung gegenüber anderen Organen, die nicht die gleiche Vorbildung und geistige Einstellung aufzuweisen haben, unter allen Umständen auch weiter einzuräumen sei oder der Verwaltungseffekt auch dann erzielt werden kann, wenn die Amtsleitung in andere Hände gelegt wird. Unsere Frage erscheint also damit, daß die größere Rechtskenntnis eines Teils der Berufsbeamten als feststehende Tatsache anerkannt wird, noch nicht gelöst.

3. Die Verwaltung wird nicht immer so, wie es ihrem Wesen entspricht, geleitet, im Einklang mit den Vorschriften, die durch Gesetz und Verordnung in allgemein verbindlicher Weise aufgestellt sind. Häufig führen sehr wenig lautere Motive zu einer andersgearteten Geschäftsbehandlung und beide Formen der Verwaltungsorganisation, die demokratische wie die autokratische, sind mit absichtlichen und unabsichtlichen Verletzungen in Geltung stehender Normen schwer belastet. Es ist völlig unbewiesen und auch unbeweisbar, daß dem größeren Wissen auch die höhere Moral entspricht. Uebergriffe, wie sie der nach dem demokratischen Prinzip organisierten Verwaltung zur Last gelegt werden, kommen auch bei der nach dem autokratischen Grundsatz eingerichteten vor, wenn der Beamte sich die bequeme Methode der freien Rechtsfindung zu eigen macht und

bei seinen Entscheidungen bewußt oder unbewußt zur Anwendung bringt. Es hängt eben alles davon ab, wie weit auch in der autokratischen Verwaltungsorganisation der Beamte sich durch das Gesetz gebunden erachtet. Entscheidungen, die sehr weit von jenen Interpretationsgrundsätzen abweichen, wie sie die Klassiker der Zivilrechtswissenschaft aufgestellt haben, werden durch die in der neuesten Rechtswissenschaft vielfach beobachteten Auslegungsmethoden ja leicht gedeckt werden können und manche werden gerade diese rechtsschöpferische Tätigkeit der Verwaltungsorgane besonders hoch bewerten.

Auch was die Motive anlangt, die zu bewußt rechtswidriger Anwendung der Rechtsnormen führen, kann m. E. kein Unterschied zwischen demokratischer und autokratischer Verwaltungsorganisation behauptet werden. Es ist eine bekannte Erscheinung, daß viele Menschen andere Grundsätze im Privatleben und in der Wissenschaft, andere, wenn sie in Verwaltungskörperschaften bei Entscheidungen mitzuwirken haben, zur Richtschnur ihres Handelns nehmen, daß Personen, die im Privatleben und in der Wissenschaft sich absoluter Wahrhaftigkeit im Denken und Handeln befleißigen und das größte Gewicht darauf legen, ihre Handlungsweise stets in Einklang mit den Vorschriften der Rechtsordnung zu erhalten, im öffentlichen Leben die Beobachtung dieser Prinzipien völlig vermissen lassen. Das gilt vollends in jenen Fällen, in denen nach freiem Ermessen zu entscheiden ist. Gegen ungerechte Entscheidungen gibt es kein vollwirksames Palliativmittel; auch hohe wissenschaftliche Befähigung kann nicht als ein solches angesehen werden, für jede Ermessensentscheidung ist ja noch immer eine formell unanfechtbare Begründung gefunden worden. Sowohl in der demokratischen wie in der autokratischen

Verwaltungsorganisation sind es durch besondere Machtstellung hervorragende politische Faktoren, die oft genug einen unrechtmäßigen Einfluß auf die zur Entscheidung berufenen Verwaltungsorgane ausüben und ihre ethische Würdigung muß in beiden Fällen die gleiche sein: sie sind beide gleich verwerflich. Die Rechtssicherheit ist ein hohes Gut und jede parteimäßige Anwendung von Rechtsnormen, jede Auslegung, die nicht dem Sinn des Gesetzes entspricht, entschieden zu verdammen. Es wird sich darum nicht empfehlen, das Verwaltungssystem zu ändern, sofern Gefahr besteht, daß damit auch das Gebiet, auf dem jene verwerfliche Doppelmoral sich betätigen kann, eine wesentliche Erweiterung erfahren werde. Daß gegen Rechtsverletzungen autokratischer Organe die Remedur leichter gefunden wird als gegen die von demokratischen Amtsträgern begangenen Unrechtfertigkeiten, kann im Allgemeinen wohl nicht behauptet werden. Es kommt immer auf die Machtfaktoren an, die hinter der Gesetzesverletzung stehen und bereit sind den Organen, die in ihrem Interesse handeln, wirksamen Schutz angedeihen zu lassen.

Es ist die Ansicht vertreten worden, daß gerade auf der mittleren Verwaltungsstufe, also dort, wo es sich um die Massenerledigung von Akten handelt, sich der verderbliche Einfluß demokratischer Verwaltungseinrichtungen besonders fühlbar machen werde, die Rechtssicherheit hier also am stärksten gefährdet sei. Diese Lehre steht aber in eklatantem Widerspruch mit der Feststellung des eigenartigen Charakters der Verwaltungsaufgaben, die unbestrittenermaßen diesen Verwaltungsstufen überlassen bleiben sollen; sie sind ja zum weitaus überwiegenden Teil so geartet, daß sie fernab von jeder Meinungsdivergenz ihre Erledigung finden

können; der Einfluß irgend einer politischen Richtung kann sich hier unmöglich geltend machen. Es wäre ein entschiedenes Mißtrauensvotum, das nicht so sehr gegen die demokratische Verwaltungsorganisation, als gegen die in ihr tätigen Berufsbeamten sich richten würde, wenn man behaupten wollte, daß die letzteren bei einer Demokratisierung der Verwaltung notwendigerweise korrumpiert werden müßten, daß sie jetzt, wenn ihnen zugemutet wird, in Widerspruch mit der Rechtsordnung zu handeln und die Rechtsnormen in einem bestimmten Sinn, der nicht der Sinn des Gesetzes ist, anzuwenden, sich willfähriger als ehemals zeigen würden.²⁵⁾ Gegen wirklich vorkommende Rechtswidrigkeiten aber bieten die Behörden, denen die Rechtskontrolle der Verwaltung obliegt, den besten Schutz.²⁶⁾

Niemals wird es gelingen, von irgend einer Verwaltungsstelle politische Einflüsse völlig fernzuhalten. Dagegen ist nichts einzuwenden, wenn es sich dabei um ein Gebiet handelt, auf dem eine derartige Einflußnahme durchaus am Platze ist. Politische Einflüsse werden sich aber, wie zugegeben werden muß, in den unteren und mittleren Instanzen weit weniger geltend machen, als dies in den höheren, hauptsächlich wegen ihrer Mitwirkung an der staatlichen Normenproduktion, der Fall ist. Es sind keineswegs politische Einflüsse, welche die behauptete große Gefahr für die Verwaltung bilden; sie liegt vielmehr in einer Einflußnahme, die Interessen fördern will, welche mit der Politik keine oder nur sehr wenige Berührungspunkte haben und bei jeder Organisationsform an die zur Entscheidung berufenen Organe herantritt. Eine Immunisierung gegen politische und sonstige Einflüsse gibt es nicht. Es ist aber nicht einzusehen, warum gerade die in Frage stehenden Instanzen Infek-

tionskeimen besonders ausgesetzt sein sollten, mehr als die anderen Verwaltungsstellen, die doch den Infektionsherden schon nach der hierarchischen Aemterordnung weit näher stehen.

III.

1. Es ist ein in der politischen, aber auch in der wissenschaftlichen Diskussion von Reformfragen sehr häufig begegnender Fehler, daß zwischen Erscheinungen, die in keinem gedanklichen Zusammenhang zu einander stehen, ein solcher behauptet und die Wertung, die man der einen entgegenbringt, auf die andere, die man mit ihr in Zusammenhang stehend betrachtet, ausgedehnt wird. Jede der beiden Parteien wird durch das Verhalten der anderen in der Annahme einer derartigen Beziehung bestärkt; wenn man aber die tatsächlichen Verhältnisse vorurteilslos betrachtet, so findet man gar oft, daß es nur gewisse Aeüßerlichkeiten der Erscheinungen sind, die den Anlaß dazu geboten haben, einen solchen Zusammenhang anzunehmen und an dieser Annahme festzuhalten. So wird auch ein Zusammenhang zwischen Staatsform und Form der Verwaltungsorganisation behauptet und in der vollkommenen Verwirklichung des demokratischen Prinzips eine notwendige Schutzmaßregel für die Erhaltung der verfassungsmäßigen republikanischen Staatsform und damit auch der Rechtssicherheit erblickt. Ist diese Behauptung gerechtfertigt? Man hat in der Tat ihre Richtigkeit bestritten und sich zum Beweise auf die historische Erfahrung berufen, die deutlich lehre, daß auch mit der monarchischen Staatsverfassung ein gewisser, mitunter auch sehr starker Einschlag demokratischer Verwaltungsprinzipien verträglich sei, wie umgekehrt auch republikanisch regierte Staaten eine dem demokratischen Prin-

zip widersprechende Verwaltungsorganisation aufweisen können. Es würde sich demnach hier lediglich um ein zufälliges Zusammentreffen an sich nicht zusammengehöriger Erscheinungen handeln. So richtig auch diese auf historische Tatsachen gestützte Behauptung ist, muß doch hier die Kongenialität von Republik und demokratischer Verwaltungsorganisation einerseits, von Monarchie und autokratischer Verwaltungsorganisation andererseits, für welche die Geschichte nicht minder zahlreiche Beispiele bietet, mit Nachdruck betont werden.²⁷⁾ Der republikanischen Staatsform ist — nach der historischen Erfahrung — eine zeitliche Befristung der Aemter ebenso eigentümlich, wie eine Verwaltungsorganisation, bei der die Amtsinhaber auf demokratischem Wege bestellt werden, während der Monarchie vielmehr die Kontinuität (die sich mitunter bis zur Vererblichkeit steigert) und die autokratische Verwaltungsorganisation entspricht. Es ist m. E. ein gesunder Instinkt, der auch den nichtgelehrten Vertreter demokratischer Ideen diesen Zusammenhang erkennen läßt. Er kann auch den Anhängern der entgegengesetzten (der monarchischen) Staatsform nicht abgesprochen werden; in der Konservierung der aus dem monarchischen Staat überkommenen, ihm kongenialen Verwaltungsorganisation erblicken sie ein aussichtsreiches Mittel für die Durchsetzung ihrer auf Restauration der alten Verfassung gerichteten Pläne. Es leuchtet auch ein, daß ein monarchisches Staatsoberhaupt, das, um seine politischen Ziele zu verwirklichen, eines mehr oder weniger ausgedehnten Verwaltungsapparates bedarf, diesen kaum in einer demokratischen, sondern viel eher in einer autokratischen Verwaltungsorganisation finden wird. Der römische Prinzipat hat, um sich mit der gegebenen staatsrechtlichen Grundlage in Zusammenhang

zu erhalten, besser gesagt, um diesen Zusammenhang vorzutäuschen, den alten demokratischen Verwaltungsapparat zunächst beibehalten, ihn aber sofort durch eine autokratische Verwaltungsorganisation, durch Beamte, die vom Kaiser ernannt, in fester Unterordnung unter das monarchische Staatsoberhaupt ihr Amt ausüben, ergänzt und auch auf die Berufung der altrepublikanischen Magistrate weitgehenden Einfluß erlangt; so ist dann im Laufe der Zeit ihre Stellung der Position der neuen Amtsträger wesentlich angeglichen worden.

An den Fortbestand der Einrichtungen, die dem herrschend gewordenen Prinzip widersprechen, knüpfen Hoffnungen und Bestrebungen an, die auf Wiederherstellung der früheren Staatsform gerichtet sind, und letztere können die Gefahr einer Restauration und des Unterganges schwer errungener Freiheiten in hohem Grade vermehren. Es kann nun m. E. keinem Zweifel unterliegen, daß die Erhaltung der Staatsform das wichtigste politische Interesse (das Wort in allgemeiner Bedeutung, nicht im Sinne parteimäßiger Beschränkung genommen) darstellt. Mit Recht betrachtet es die siegreiche Demokratie als ihre wichtigste Aufgabe, die republikanische Staatsform als das höchste politische Gut gegenüber allen Angriffen, die auf sie unternommen oder ihr angedroht werden, zu schützen. Diese besondere Wertung der Staatsform findet auch in den Verfassungsnormen besonderen Ausdruck; aber die so oft proklamierte Unabänderlichkeit ist bekanntlich ein sehr schwacher Schutz und die Demokratie verzichtet auch auf die Anwendung jener Mittel, durch welche der monarchische Staat der Vergangenheit seine rechtliche Daseinsform auf die Dauer aufrecht erhalten zu können glaubte; sie muß den Schutz, den sie benötigt — in der Hauptsache wenigstens — in den ihr

eigenen Mitteln, in der Wirksamkeit und in der — soweit es zweckmäßig erscheint — folgerichtigen Durchführung ihrer Prinzipien fordern. Eine Lehre, die es als das richtunggebende wissenschaftliche Prinzip betrachtet, die konkreten Organisationsformen aus der Gesamtheit der Staatseinrichtungen zu betrachten, sollte auch diesen wichtigen Zusammenhang nicht übersehen.²⁸⁾

2. Um nun die Staatsform zu sichern, werden unter Umständen schwere Opfer gebracht werden müssen, wenn nötig, auch in der Richtung, daß eine Verwaltungsorganisation, die an sich in zufriedenstellender Weise funktioniert, durch eine andere ersetzt wird. Das Maß, in welchem das herrschende Prinzip sich verwirklicht, sich vernünftigerweise verwirklichen muß, wird durch das Verhalten seiner Gegner mitbestimmt. Gewiß soll in allen Fragen der Verwaltungsorganisation dem rein rationalen Element ein möglichst großer Spielraum gewährt werden, das Maß aber, in dem dies möglich ist, wird durch die Größe der Gefahr, die der derzeitigen Staatsform droht — und diese ist, sofern eine Aenderung in einer nahen Vergangenheit sich vollzogen hat, immer bis zu einem gewissen Grade imminent — und die Stärke der Elemente, die eine Wiederherstellung des früheren Verfassungszustandes propagieren, wesentlich beeinflußt. Eine weitgehende Vorsicht wird hier nicht ohneweiters zu tadeln sein. Gewiß kann die republikanische Staatsform, auch wenn das demokratische Prinzip nicht auf allen Verwaltungsstufen verwirklicht ist, vollkommen gesichert sein; aber politische Organisationen, wie es die Parteien sind, werden sich ebensowenig wie Glaubensgemeinschaften, welche die gesamte Menschheit erfassen wollen, darauf beschränken können, ihre Anhänger in

dem kleinen Kreise der eine Sache verstandesmäßig erfassenden Personen zu suchen, sie müssen vielmehr in dem weit größeren Kreise der impressionistischen Einflüssen zugänglichen den festen Block ihrer Gefolgsleute zu gewinnen trachten. So erscheint es begreiflich, daß sie, so fern sie auch sonst irgend welchen religiösen Glaubenslehren stehen mögen, doch das Beispiel der Religionen und Glaubensgemeinschaften nachahmen. Auch diese binden ihre Anhänger an Vorschriften, deren Einhaltung ihnen nicht unbedingt wichtig ist; sie legen aber trotzdem auf die Beobachtung der weniger bedeutsamen, das äußere Handeln regelnden Normen ein großes Gewicht, weil sie auf diese Weise um so sicherer die Einhaltung der zentralen erreichen zu können glauben. Demokratische Verwaltungseinrichtungen gehören nicht zum Zentrum der republikanischen Staatsidee, sie liegen mehr an der Peripherie, aber ihre Erhaltung und Begründung darf deswegen doch nicht unterschätzt werden.

Die Frage ist immer: Besteht tatsächlich die Gefahr, die an sich mit der Fortexistenz autokratischer Verwaltungsorganisation verbunden sein kann und durch konsequente Verwirklichung des demokratischen Prinzips gebannt werden soll, oder ist sie nur eine imaginäre und wenn sie wirklich besteht, kann ihr nicht im Wege der Prävention, ohne daß die Verwaltungsorganisation selbst eine wesentliche Änderung erfährt, erfolgreich begegnet werden? Denn nur die Prävention kann hier als Abwehrmittel in Betracht kommen; die wahre Demokratie muß auch ihr entgegengesetzte politische Richtungen gewähren lassen und auf alle Mittel der Repression verzichten, wie sie das monarchische Regime zu allen Zeiten in überreichem Maße zur Anwendung gebracht hat. Aber die *certi denique fines* müssen auch hier

eingehalten werden. Die Demokratie muß alle Stützpunkte beseitigen und alle Einrichtungen abbauen, welche die Restaurationspolitik zu befestigen geeignet sind. Daß eine Organisation, die es möglich macht, die Aemter vorwiegend mit Männern des alten Regimes zu besetzen, mit Personen, die der Republik zwar zum Gehorsam, aber nicht zur Treue sich verpflichtet glauben, unter Umständen eine große Gefahr für den Fortbestand der Staatsform involviert, wird nicht leicht bestritten werden können. Die Gefahr leitet sich, wie schon angedeutet wurde, hauptsächlich daraus her, daß sie in dem Kalkül der Restaurationspolitiker als ein bedeutsames Element für die Wiederherstellung des früheren Verfassungszustandes erscheint. Aber nicht überall sind solche Besorgnisse berechtigt. Es kommt sehr darauf an, aus welchen gesellschaftlichen Kreisen die Beamtenschaft stammt, und auch die Tätigkeit im Dienste einer höheren politischen Idee, von der das ganze Volk erfüllt ist, kann der Beamtenschaft ein Aequivalent für verloren gegangene Impulse bieten und ihr die Einordnung in die neue Staatsorganisation wesentlich erleichtern.²⁹⁾

1) Die Geschichte der Staaten lehrt, daß, wenn die historisch-rechtliche Kontinuität durch revolutionäre Bewegungen unterbrochen wird, politische Ideen, die infolge der herrschenden Machtverhältnisse sich bisher nicht leicht durchsetzen konnten, in einem ganz unerwartet raschen Tempo und in einer Intensität, welche die Erwartungen ihrer Förderer weit übersteigt, sich verwirklichen. Dadurch wird das Vertrauen in ihre Wirksamkeit gehoben und der Machtzuwachs der politischen Partei, welche sie vertritt, wesentlich gesteigert. Es ist begreiflich, daß sie und die Bevölkerungsgruppe, die hinter ihr stehen, sich mit dieser Errungenschaft nicht begnügen, sondern die restlose Durchführung auf allen Gebieten des staatlichen Lebens verlangen. Diese Erfahrung bestätigt der Entwicklungsgang, den die demokratische Idee in Oesterreich, namentlich auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation, genommen hat. Schon der alte Staat hatte unter dem Einflusse der die Zeit bewegenden Ideen sich zu manchen Konzessionen an das demokratische Prinzip verstehen müssen, Konzessionen, die ungerne eingeräumt und mitunter auch in Widerspruch mit der geltenden Rechtsordnung zurückgenommen, doch an dem Wesen der staatlichen Organisation und Willensbetätigung als einer der demokratischen Idee abgekehrten nichts zu ändern vermochten; sie betrafen die Lokalverwaltung und die Rechtspflege und hielten sich auch hier in sehr bescheidenen Grenzen. Die Ereignisse der letzten Kriegsjahre haben den Volkskreisen, die schon früher für eine den Forderungen der Demokratie entsprechende Staatsorganisation eingetreten waren und die Tatsache, „daß nichtbeamtete Staatsbürger an der Verwaltung mitwirken, als die kostbarste Errungenschaft, unersetzbar durch die Bürokratie“ (Brockhausen) bezeichnet hatten, zu großen Erfolgen verholfen. Und diese Erfolge gingen weit hinaus über die Vorstellungen, die auch erfahrene Politiker über das Tempo der staatlichen Entwicklung sich gemacht hatten, übertrafen auch sehr weit

das Maß der Bemühungen, die bewußt zur Durchsetzung der demokratischen Ideen entfaltet worden waren. Die Umsturz-bewegung, die ohne jeden Zusammenhang mit der Gesetzgebungsorganisation des altösterreichischen Staates zu neuen Staatenbildungen führte, hat das Problem der Demokratisierung von oben angefaßt und auf der obersten Stufe staatlicher Tätigkeit verwirklicht. Die demokratische Idee hat aber durch den im ersten Anlauf erzielten Erfolg ihre Expansionskraft nicht erschöpft. Als nach Eroberung zahlreicher Positionen ein Stillstand in der Gesetzgebung sich bemerkbar machte, traten ihre Anhänger mit der Forderung auf, auch die mittleren Verwaltungsstufen dem demokratischen Verwaltungsprinzip entsprechend umzugestalten, und das hat zu der lebhaften Diskussion der hier behandelten Frage in Wissenschaft und Presse geführt. Mit besonderer Gründlichkeit und trefflicher Methode ist das Problem von A d o l f M e r k l in einer durch Gedankenreichtum ausgezeichneten Schrift „Demokratie und Verwaltung“ (Wien 1923) behandelt worden. S. außer der daselbst zitierten Literatur noch das umfangreiche Werk von H a s b a c h, Die moderne Demokratie, 2. Aufl. (Jena 1921), das viel brauchbares Material für die Behandlung der Frage bietet.

2) Der Gegensatz der demokratischen und autokratischen Organisationsform wird vielfach zu einem solchen von Selbstverwaltung und Staatsverwaltung umgeprägt und dabei folgender Kontrast behauptet: Bei der Selbstverwaltung meint man, ist es das Volk selbst, das die Verwaltung führt, die Individuen, auf die sich die Verwaltung zu erstrecken hat, sind mit jenen identisch, die als die eigentlichen Träger der Verwaltung anzusehen sind. Anders bei der Staatsverwaltung. Hier ist diese Identität aufgehoben; es ist der Staat, der durch Beamte, die ohne Mitwirkung der Bevölkerung ernannt werden, die Verwaltung besorgt. Diese gewiß unrichtige Gegenüberstellung hat m. E. ihre gedankenmäßige Grundlage in bekannten, historisch begründeten Vorstellungen des Liberalismus, wie sie sich im 18. Jahrhundert festgesetzt haben: der Gegenüberstellung von Volk und Staat auch auf dem Gebiete der Gesetzgebung. In Wirklichkeit ist das Subjekt der Verwaltung in beiden Organisationsformen das gleiche: das öffentliche Gemeinwesen, der Staat. Ein Unterschied ist allerdings

vorhanden; er liegt in dem Bestellungsmodus, dem der Amtsträger die Berufung verdankt. Aber auch dort, wo Selbstverwaltung besteht, liegt die Administration in den Händen einzelner Personen als der eigentlichen Amtsträger und nur wenn das Volk als der Mandant, der Amtsträger lediglich als Mandatar aufgefaßt wird, kann man von einer Verwaltung, die das Volk führt, sprechen. Aber dann muß das Gleiche auch dort gelten, wo in der Gegenwart allgemein Staatsverwaltung angenommen wird.

Eine andere, mehr realistische Betrachtungsweise, geht so vor, daß sie das Augenmerk auf die eigentlichen Amtsträger richtet, auf die Individuen, die in beiden Organisationsformen als Amtsverwalter fungieren und ihre Beziehungen zur Bevölkerung. Die Amtsträger der Selbstverwaltung, so wird behauptet, besitzen umfassende Kenntnisse der Verhältnisse, unter welchen die erwerbstätige Bevölkerung ihr Dasein führt, ihnen eignet die Fähigkeit, sich ihren Anschauungen und Wünschen, ihrer Denkweise und Sprache anzupassen und sie sind in besonderem Maße bestrebt, im Interesse der Bevölkerung tätig zu sein, alles Qualitäten und Vorzüge, die man dem in der Staatsverwaltung tätigen Beamten absprechen zu müssen glaubt. Aber es handelt sich hier keineswegs um absolute Gegensätze, um Kontraste, die mit der Einrichtung notwendig zusammenhängen. Objektive Betrachtung wird zugeben müssen, daß der verschiedenartige Bestellungsmodus tatsächlich in diesem Sinne wirken kann, bis zu einem gewissen Grade auch gewirkt hat. Es hängt hier sehr viel davon ab, aus welchen Gesellschaftsklassen die Personen stammen, die in der autokratischen Verwaltungsorganisation als Beamte tätig sind. Daß die Beamtenpolitik mancher altösterreichischen und noch mehr die der außerösterreichischen Regierungen oft gerade jene Amtswerber begünstigte, die am wenigsten geneigt waren, sich die so überaus wichtige Kenntnis jener Tatsachen zu erwerben, läßt sich nicht in Abrede stellen. Der hier behauptete Gegensatz der beiden Organisationsformen wird noch dadurch gemindert, daß nicht selten Amtsträger der einen eine Stellung in der anderen übernehmen.

3) Die Bedeutung, welche der vollkommenen Verwirklichung des demokratischen Prinzips auch auf der untersten

Stufe der Verwaltung zukäme, darf nicht unterschätzt werden. Das Maß der Leistungsfähigkeit einer Einrichtung wird nicht durch objektive Größen, wie sie durch die Kompetenzbestimmungen und das technische Moment der Leistung gegeben sind, bestimmt; es spielt auch das subjektive Moment eine sehr bedeutende Rolle. Ein Amt, das an und für sich unbedeutend erscheint, kann durch hervorragende Eigenschaften des Amtsleiters eine besondere Bedeutung erlangen und sie auch in Zukunft behalten. Maßgebend ist der Geist, in dem die Verwaltung geführt wird. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß schon die Tatsache der Existenz eines nach demokratischen Grundsätzen bestellten Amtsleiters alle Motive wesentlich verstärken werde, die zu einem den Volksinteressen und dem sozialen Fortschritt entsprechenden Handeln drängen.

*) Es ist die Aufgabe wissenschaftlicher Betrachtung, die Probleme losgelöst von den Verbindungen, in die sie durch die nichtwissenschaftliche Behandlung gebracht wurden, zu erörtern. Eine isolierende Behandlung, wie sie in der Physik und in der auf Gewinnung abstrakter Gesetze gerichteten national-ökonomischen Forschung möglich ist, erscheint allerdings dort, wo die Wirkungsweise praktisch-politischer Einrichtungen zu untersuchen ist, vollkommen ausgeschlossen. Es sind immer mehr oder minder realistische Erkenntnisse, die hier gewonnen werden können; denn wenn auch die zu betrachtenden Erscheinungen von gewissen Verbindungen, in die sie durch die praktische Politik gebracht wurden, losgelöst werden, so treten sie doch niemals vollständig rein von allen tatsächlichen Beimengungen auf.

Das Verfahren bei Erörterung politischer Probleme kann, wenn sie eine wirklich wissenschaftliche sein soll, kein anderes sein, als jenes, das sonst bei Erforschung der Wahrheit beobachtet wird. Der Forscher wird niemals einer Anschauung, die sich ihm ohne nähere Untersuchung als die richtige festgesetzt hat, in rückläufiger Darstellung Einfluß auf die Beweisführung einräumen dürfen, er wird vielmehr bestrebt sein müssen, alle Gründe, welche die Verwirklichung der politischen Idee empfehlen und ebenso auch jene, die für ihre Ablehnung sprechen, erschöpfend vorzuführen, den Maßstab, auf Grund dessen die Wertung der Argumente zu

erfolgen hat, mit aller Vorsicht zu handhaben. Eine Darstellung, die das Ergebnis antizipiert, die durch irgend eine äußere Autorität beeinflusst, von vornherein von der unumstößlichen Wahrheit ihres Standpunktes überzeugt ist und ihre Aufgabe daher lediglich darin erblickt, die Richtigkeit des auf nichtwissenschaftlichem Wege gefundenen zu erweisen, widerspricht der Grundvoraussetzung dessen, was man „voraussetzungslose Wissenschaft“ nennt. Dabei wird aber nicht übersehen werden dürfen, daß eine Erörterung von Lebensfragen, von Problemen, die tief in das Leben des Einzelnen und der Gesamtheit eingreifen, sich auch über die nichtwissenschaftliche Denkweise orientieren muß, eingedenk der Tatsache, daß nicht die Logik im Leben entscheidet, sondern weit mehr das psychologische Moment von Bedeutung ist. Bei der Erörterung politischer Probleme handelt es sich um Zweckmäßigkeitsfragen und die Entscheidung ergibt sich aus der Wertung der Zwecke; da diese eine subjektive ist, so kann begreiflicherweise auch das Urteil über die Hauptfrage kein solches sein, das Anspruch auf allgemeine Anerkennung erheben könnte.

Wir sagten, daß die Erörterung wissenschaftlicher Probleme an die Beteiligten eine bestimmte Anforderung stellt, die Forderung, daß sie, um zu einem wissenschaftlich begründeten Ergebnis zu gelangen, von den Tatsachen ausgehe, daß sie nicht von vornherein eine bestimmte Wahrheit als bereits gegeben betrachte und die Aufgabe des Forschers lediglich darin, die Gründe hierfür anzuführen, beschlossen finde. Die wissenschaftliche Verfahrensweise stellt eine analoge Forderung auch dort, wo das Urteil nicht auf Feststellung einer Erkenntnis im Sinne des bloßen Seins gerichtet ist, sondern ein Werturteil darstellt. Derartige Werturteile pflegen auf verschiedenen Lebensgebieten bei den Interessenten von vornherein festzustehen; sie sind nicht durch verstandesmäßige Tätigkeit, die von den Tatsachen zur Erkenntnis aufsteigt, gewonnen, sondern werden durch den Willen festgehalten. Häufig liegt ihnen die Ueberzeugung von der besonderen Trefflichkeit einer Einrichtung oder eines Prinzips zugrunde (eine Ueberzeugung, die allerdings nicht verstandesmäßig gewonnen ist). Aber auch diese ist nicht immer vorhanden, sondern vielfach nur vorgetäuscht; maßgebend ist vielmehr die Zugehörigkeit zu einer bestimmten

Personengruppe, welche das zugrundeliegende Prinzip im Leben verwirklichen will, die von dieser Gruppe oder doch von einem großen Teil ihrer Mitglieder gebilligte Anschauung, daß jene, die sich ihr als zugehörig betrachten, jederzeit bei Bewertung von Grundsätzen und Einrichtungen die aus dem Prinzip abgeleiteten Forderungen anzuerkennen haben. Der Mann der Wissenschaft kann diesen Standpunkt nicht als berechtigt anerkennen, er muß darauf verzichten, mit jenen, die mit einer derartigen Orientierung an die Erörterung von Lebensfragen herantreten, sich in Diskussionen einzulassen; denn jede wissenschaftliche Erörterung setzt voraus, daß auf beiden Seiten der gleiche grundlegende Standpunkt eingenommen, die Wahrheit nicht als etwas durch äußere Autorität Gegebenes, sondern erst zu Erforschendes betrachtet und die Parität der geistigen Mittel, mit denen die Entscheidung herbeizuführen gesucht wird, anerkannt werde. Das Gesagte gilt auch von der Behandlung politischer Probleme. Auch hier ist insbesondere bei den Werturteilen, die über Prinzipien und Einrichtungen abgegeben werden, sehr häufig ein starker Dogmatismus zu beobachten. In der Meinung, daß die wissenschaftlichen Grundsätzen entsprechende Prüfung von anderen Sachverständigen vorgenommen wurde und weil die Sätze, die ihm dargeboten werden, auch mit seinen auf Erziehung und Erfahrung gegründeten Anschauungen zu harmonieren scheinen, akzeptiert der gewöhnliche Mensch vielfach einen Grundsatz, den er, wenn das regelmäßige wissenschaftliche Verfahren auch hier angewendet werden würde, niemals zu billigen vermöchte. Die Arbeitsteilung ist gewiß, wie auf dem Gebiete der körperlichen, so auch auf dem der geistigen Arbeit notwendig, aber man nimmt oft mit Unrecht an, daß dort, wo Lehrsätze oder Lebensgrundsätze in fester Formulierung dargeboten wurden, sie auf Grund wahrer geistiger, d. h. wissenschaftlicher Arbeit gewonnen wurden.

5) Die treibenden Kräfte der Rechtsentwicklung sind die organisierten Gruppen der menschlichen Gesellschaft, die sich auf Grund übereinstimmender Anschauungen über das, was den Interessen eines Personenkreises förderlich ist und im staatlichen Gemeinwesen erreicht werden kann, bilden, die Parteien. Die politischen Parteien betrachten die Prinzipien, nach welchen die staatliche Organisation gestaltet werden kann, von

einem ganz bestimmten Standpunkt aus, dem der Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit den Zielen, die sie erstreben. Sie können dabei von zwei verschiedenen Gesichtspunkten ausgehen; es können die höheren, die fernergelegenen Ziele für die Beurteilung maßgebend sein, die Ideale, welche der Wirksamkeit dieser Gruppe die eigentliche Lebenskraft verleihen und, wenn sie einmal erreicht sind, das Absterben der Organisation herbeiführen, oder die dem Gegenwartsprogramm angehörenden, die auch unter den bestehenden Verhältnissen verwirklicht werden können, in den Vordergrund treten. Ein Ziel, das ein Ideal darstellt, dessen Realisierung erst in ferner Zukunft möglich erscheint, kann durch einen Wandel der Verhältnisse plötzlich seiner Verwirklichung nahegerückt werden. Es ist begreiflich, daß es von seinen Anhängern zum Maßstab für die Beurteilung aller Reformvorschläge gemacht wird und Gesetzanträge, welche diesem Prinzip entsprechen, in Vorschlag gebracht werden.

Dabei kommt noch ein zweites wesentliches Moment in Betracht. Ein jedes Prinzip, das seiner Eigenart nach im Leben sich zu bewähren hat und tatsächlich realisiert wird, wirkt sich immer in den Schicksalen einzelner Individuen in besonders günstigem oder ungünstigem Sinne aus. Die Wirksamkeit eines politischen Prinzips äußert sich in der gesteigerten Machtstellung und unter Umständen auch in der verbesserten wirtschaftlichen Position einer größeren oder kleineren Zahl von Personen. In der repräsentativen Demokratie sind es jene, die als Beauftragte der Gesamtheit auftreten, dadurch erhöhten Einfluß, und sofern die Dienste, die sie für die Allgemeinheit leisten, auch eine materielle Entlohnung finden, eine Mehrung ihres Einkommens erlangen. Auch daraus ergeben sich bedeutsame Motive des Handelns und Strebens, Motive, welche die organisierten Gruppen veranlassen müssen, auf dem erfolgreich betretenen Wege weiter fortzuschreiten.

*) Es gibt eine Rangordnung der Zwecke, sowohl im Leben des Einzelnen, wie im Leben der Gesamtheit und jeder, dem es ernst ist mit der Förderung des öffentlichen Gemeinwesens, wird diese Ordnung beachten müssen. Die Konstellation der Verhältnisse kann infolgedessen für die Vertreter der siegreich gewordenen politischen Idee den zeitweiligen Verzicht

auf ihre restlose Verwirklichung bedingen, eben weil sie mit jener Rangordnung in Widerspruch stünde. Freilich — das darf nicht übersehen werden, — beruht die letztere nur auf Wertungen, die wie alle Wertungen, die im privaten und öffentlichen Leben vorgenommen werden, etwas höchst Subjektives sind, und die Frage, welches von mehreren Bedürfnissen das dringlichere ist und vorzugsweise Befriedigung erheischt, wird demgemäß auch je nach der subjektiven Einstellung des Einzelnen verschieden beantwortet werden; so kommt es, daß der siegreichen politischen Partei, für die der politische Gesichtspunkt begreiflicherweise in den Vordergrund tritt, eine in ihrem Sinne konzipierte Reform als das in erster Linie Erstrebenswerte erscheint. Die Führer dieser Bewegung belasten sich dann allerdings mit einer ungemein schweren Verantwortung. Es kann sich später, und vielleicht schon sehr bald, herausstellen, daß die Wertung, welche die Grundlage ihrer Bestrebungen bildet, die realen Tatsachen doch zu wenig beachtet hat; mit dem Zusammenbruch des Gemeinwesens brechen ihre Errungenschaften, auch jene, die andernfalls zu bewahren gewesen wären, zusammen. Diese Erwägungen müssen auch bei der Lösung unserer Frage volle Beachtung finden.

7) Es gibt auch in der Gegenwart noch eine nicht geringe Zahl von Leuten, die jedwede Reform im Staatsleben grundsätzlich ablehnen und schon im tatsächlichen Bestehen einer Einrichtung die Rechtfertigung für ihre Fortexistenz erblicken. Das Beharrungsvermögen überwiegt bei ihnen in einem derart starken Maße alle sonstigen geistigen Regungen, daß sie sich gegen jede Reform von vornherein ablehnend verhalten. Dabei spielt der Gedanke eine große Rolle, daß die Wirkungsweise der neuen Institution sich nicht im Vorhinein bestimmen läßt, während umgekehrt die bisherigen Einrichtungen den Zwecken, denen sie zu dienen bestimmt sind, doch, wenigstens in der Hauptsache, förderlich gewesen seien. Es entspricht auch einer weitverbreiteten, insbesondere von konservativen Gelehrten vertretenen Anschauung, daß das Althergebrachte die Vermutung des Zweckmäßigen in sich trage und manche sind geneigt, diese Präsomption als eine unwiderlegliche zu betrachten. Die Landbevölkerung wird, wie die Geschichte unserer Tage zeigt, nicht ohneweiters zu ihren Anhängern gerechnet werden

dürfen. Es ist zwar in der ganzen Psychologie des Bauerntums, in der Enge seines Gesichtskreises und in seiner Einstellung zu den religiösen Problemen begründet, daß es an dem Althergebrachten festhält und auch auf politischem Gebiete Neuerungen nicht leicht zugänglich ist, aber die Vertreter des demokratischen Prinzips können mit Recht auf die völlig geänderte Stellung hinweisen, welche die österreichische Bauernschaft zu den früheren Autoritäten einnimmt.

8) Dieser Doktrin, die für die Gestaltung und weitere Ausbildung staatlicher Institutionen die Einheitlichkeit der Idee und ein völliges Durchgreifen des leitenden Gedankens als wesentlich betrachtet, muß konsequenterweise alle Reformen ablehnen, die, mögen sie noch so sehr durch praktische Erwägungen begründet sein, mit dem theoretischen Grundprinzip, das ein Institut oder einen ganzen Normenkomplex beherrscht, in Widerspruch stehen.

9) Im Wirtschaftsleben wird die Umstellung der Produktion auf die durch die neuen Verhältnisse geforderte Form ungeachtet des Umstandes, daß so eine größere Rentabilität erzielt und damit eine Ausglei chung des Unternehmereinkommens in den einzelnen Geschäftszweigen herbeigeführt werden könnte, häufig aus Pietätsrücksichten unterlassen. Das sind nun an sich gewiß sehr schätzenswerte Motive, die aber, wenn es sich — wie bei der Reorganisation der Verwaltung — nicht um individuelle, sondern um Allgemeininteressen handelt, nicht die gleiche Berücksichtigung verlangen können. Sind die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen, an welche die Reform gebunden ist, tatsächlich gegeben, dann darf man keine Bedenken tragen, sie auch wirklich durchzuführen, selbst auf die Gefahr hin, die Gefühle der bisherigen Amtsleiter zu verletzen, die zweifellos damit eine Degradation erfahren. Es ist nun einmal unvermeidlich, daß die ausführende Arbeit von der leitenden ihre Direktiven erhält und daher in Unterordnung unter diese Tätigkeit betrieben werden muß. — Wo aber solche Direktiven nicht nötig oder gar nicht möglich sind, dort ist die Arbeitsteilung, welche die leitende von der ausführenden Arbeit sondert und beide verschiedenen Organen überträgt, als in hohem Maße unökonomisch zurückzuweisen. Man nimmt an, daß gerade auf den unteren Stufen der Verwaltung wegen des

geringen Umfanges des Verwaltungsgebietes für die Entfaltung einer leitenden Tätigkeit nur wenig Spielraum geboten sei. Dem kann nur unter gewissen Einschränkungen zugestimmt werden. Denn die Festsetzung des räumlichen Umfanges jener Verwaltungsgebiete beruht ja nicht auf unabänderlichen natürlichen Tatsachen und es stehen seiner Aenderung auch nicht immer durch historische Tradition begründete Schwierigkeiten entgegen; vielfach sind es nur Zweckmäßigkeitserwägungen, die über die Abgrenzung entscheiden. Zweckmäßigkeit und politisches Prinzip lassen sich nun in der Weise miteinander in Einklang bringen, daß jene Verwaltungssprengel vergrößert werden; so ergibt sich das entsprechend große Verwaltungsgebiet, wie es für notwendig erachtet wird, um auch einem nach demokratischen Grundsätzen bestellten Organ eine ersprießliche Tätigkeit zu ermöglichen. Durch die Vereinigung mehrerer kleiner Bezirke können Ersparnisse gemacht werden, die den Mehraufwand um ein bedeutendes übersteigen, und die Art und Weise, wie sich die Reorganisation vollzieht, nimmt den bisher ja nur für einen kleineren Sprengel bestellten Amtsleitern das Gefühl der Degradation, beseitigt also die persönlichen Schwierigkeiten, die jeder Reform von denen, welchen sie Einbuße an Macht und Ansehen bringt, stets bereitet werden.

¹⁰⁾ Die autokratische Verwaltungsorganisation hat, wenn man die Stellung, die der Beamte unter dem alten Regime innehatte, ins Auge faßt, ihre Aufgabe zweifellos erfüllt. Der Verwaltungsapparat war ein Machtinstrument in den Händen des obersten Trägers der Staatsgewalt. Die Stellung des Beamten gründete sich auf Ernennung durch den Monarchen, bzw. die von ihm hiezu ermächtigten Organe; er hatte nach dessen Weisungen oder nach den Direktiven, die er von den Vertrauensmännern des Monarchen erhielt, das Amt zu führen. Diese Direktiven suchten vielfach politische Anschauungen zu verwirklichen, Anschauungen, die den Bestrebungen ihrer damaligen Machthaber und jener Bevölkerungskreise entsprachen, die sich ihnen als zugehörig betrachteten und herkömmlicherweise als mit dem Staatszweck allein harmonierend dargestellt wurden. Die Machthaber des alten Regimes hatten nun gewiß allen Grund, mit den von ihnen ernannten Beamten zufrieden zu sein. Die in der autokratischen Verwaltungsorganisation tätige

Beamtenschaft hat aber darüber hinaus an der Erfüllung höherer geschichtlicher Aufgaben mitgewirkt, auch an der schwierigsten und verdienstvollsten, die zu allen Zeiten mehr oder minder zutagetretenden zentrifugalen Bestrebungen der einzelnen Völker und Länder zu paralysieren und den Zusammenhang zwischen den wirtschaftlich zusammengehörigen Gebieten aufrechtzuerhalten. Die vormaligen Amtsinhaber haben sich nicht darauf beschränkt, lediglich Machtinstrument des Herrschers zu sein, den politischen Interessen seines Hauses und der herrschenden Klassen zu dienen, sie waren vielmehr vielfach, und mit Erfolg, bestrebt, den Forderungen der Zeit und den Interessen der Bevölkerung, die in immer steigendem Maße ihre Berücksichtigung beanspruchten, im Rahmen der durch die Verhältnisse gegebenen Möglichkeiten zu dienen.

Die Angemessenheit einer Organisationsform kann aber nicht mit dem Hinweis auf die vorzüglichen Qualitäten und die Erfolge der vormaligen Amtsinhaber begründet werden; denn es handelt sich hier ja nicht um die historische Beurteilung von Zuständen, die einer längstentschwundenen Vergangenheit angehören und, wenn sie überhaupt einen Wert haben soll, die Verhältnisse der damaligen Zeit berücksichtigen muß, sondern um ein verständnisvolles Erfassen dessen, was in der Zukunft als Grundlage der staatlichen Verwaltungsorganisation gelten soll. Der Beweis muß in anderer Weise geführt werden; es muß dargetan werden, daß auch unter den geänderten Verhältnissen die alte Einrichtung in ihrem bisherigen Zustande erhalten oder doch diesen angepaßt werden kann, daß die Vorzüge, die den ehemaligen Amtsinhabern nachgerühmt werden, auch in der Gegenwart bestehen und die Personen, die als ihre Nachfolger in Betracht kommen, in gleicher Weise die Fähigkeiten besitzen, sich den geänderten Verhältnissen zu akkomodieren. Nur dann ist die Möglichkeit gegeben, die gleichen Erfolge wie ehemals zu erzielen.

¹¹⁾ Man kann aus der Tatsache, daß eine in außergewöhnlichen Zeiten ohne viel Ueberlegung geschaffene Einrichtung die Aufgabe, die ihr gestellt war, nur in höchst unbefriedigender Weise gelöst hat, nicht die Folgerung ableiten, daß eine gleichartige, die unter normalen Verhältnissen und auf Grund eingehender Studien ins Leben treten soll, sich nicht bewähren

werde. Auch das Beispiel eines Verwaltungssystems, das von der vollkommenen Parität aller Staatsangehörigen ausgehend die Verwaltung ungeschulten Arbeitskräften überläßt, kann keineswegs gegen die angestrebte Demokratisierung ins Treffen geführt werden. Dieses System gebärdet sich, indem es ein an sich billigenwertes Prinzip verwirklichen will, als eminent fortgeschrittlich, gerät aber mit anderen Prinzipien, die durch den Fortschritt der Entwicklung eine überragende Bedeutung erlangt haben, in Widerspruch und stellt so in Wirklichkeit die gefährlichste Reaktion dar. Als eine der wichtigsten Aufgaben fortschrittlicher Politik erscheint ihm die Emanzipation von der Beherrschung durch eine privilegierte Klasse, den Stand der Berufsbeamten. Dabei wird aber die große Bedeutung völlig ignoriert, die, wie schon in alter Zeit erkannt worden ist, der Arbeitsteilung zukommt. Diese Erkenntnis hat bereits in den antiken Stadtstaaten dazu geführt, daß die Leitung der öffentlichen Angelegenheiten einzelnen, durch besondere persönliche Eigenschaften hiefür besonders qualifizierten Personen übertragen wird und mit der steigenden Schwierigkeit der Verwaltungsaufgaben wird sie in späterer Zeit zum Gegenstande eines besonderen Berufes gemacht. Darum wird das Streben aller Vernünftigen darauf gerichtet sein müssen, nicht die Arbeitsteilung selbst rückgängig zu machen — das wäre auf staatlichem Gebiet ebenso ein Unding wie auf wirtschaftlichem — sondern die Uebelstände, die mit ihr notwendigerweise verbunden sind, tunlichst einzuschränken. Die konsequente Verwirklichung des Gleichheitsprinzips führt zu einer bedenklichen Reduktion der Verwaltungstätigkeit, zu einer Verwaltung, die darauf verzichten muß, die Staatsangehörigen in nennenswerter Weise zu fördern und sich in der bloßen Aufsichtsfunktion erschöpft. Die Anhänger demokratischer Prinzipien wünschen aber im Gegenteil eine starke Intensivierung der Verwaltungstätigkeit und sie bestreiten auch keineswegs, daß sie ohne die Beteiligung der Berufsbeamten nicht durchgeführt werden kann. Es handelt sich nur um die Stellung, die der Berufsbeamte in der Verwaltungsorganisation einnehmen soll, ob ihm eine leitende oder eine mehr ausführende Funktion dabei zukommen soll. Sowohl dem autokratischen wie dem demokratischen Amtsleiter gegenüber

wird das Grundprinzip demokratischer Politik, keine Macht im Staate zu stark werden zu lassen, zur Anwendung gebracht; von der darauf zu gründenden Norm demokratischen Handelns ausgehend, wendet sich die demokratische Politik gegen allzuweitgefaßte Kompetenzen und Machtbefugnisse aller, insbesondere auch der mittleren Verwaltungsstellen.

¹²⁾ Der hier abgelehnten Doktrin liegt der — vom ethischen Standpunkt aus betrachtet — sehr schätzenswerte Gedanke der Konsequenz zugrunde. Die ethische Lebensführung erfordert es, daß man den als richtig erkannten Grundsatz restlos durchführe, und eine prinzipienwidrige Handlungsweise wird immer, so sehr sie auch durch eine momentane Konstellation empfohlen wird, entschieden verwerflich erscheinen. Es muß ferner anerkannt werden, daß die unter konsequenter Verwirklichung der Grundprinzipien errichteten Systeme dem Kenner auch durch die Architektonik des Gedankenaufbaues hohe ästhetische Befriedigung gewähren. An den Zwecken der staatlichen Normensetzung betrachtet, erweist sich diese Auffassung als ganz unverwertbar; denn ihre Aufgabe ist es nicht, den künstlerischen Sinn zu befriedigen und eine Sinnesrichtung zu fördern, welche die restlose Verwirklichung einzelner Grundideen sich zum Ziele setzt. Die Analogie zu den ethischen Grundsätzen besteht nicht, wo nicht anerkannte Normen im Leben des Einzelnen oder der Gesamtheit unmittelbar anzuwenden sind, es sich vielmehr nur um Prinzipien handelt, die erst in Normen verwirklicht werden sollen, in Normen, bei welchen das Urteil über ihre Angemessenheit nicht mit Rücksicht auf ihre Uebereinstimmung mit irgendwelchen vom Zweckgedanken abstrahierenden Idealen, sondern gerade durch die Zwecke, die jedes staatliche Ideal realisieren will, bestimmt wird. Der staatlichen Normensetzung erwächst die Aufgabe, gewissenhaft in Erwägung zu ziehen, welche Folgen sich an die Verwirklichung der Prinzipien (unter bestimmten wechselnden Voraussetzungen) knüpfen können, die Bedeutung zu würdigen, die ihr für die Förderung des Gesamtwohles und der individuellen, vom Staate geschützten Interessen zukommt und darnach über ihre tatsächliche Anwendung zu erkennen. Die Erfahrung lehrt nun in der Tat, daß die geschichtlich gegebenen Erscheinungen sich nicht restlos unter ein bestimmtes Prinzip einordnen lassen,

sondern die Komponente verschiedener Prinzipien darstellen. Die auf den Umbau und Ausbau der Rechtsordnung gerichtete Bewegung sollte an dieser Tatsache nicht achtlos vorübergehen und ihr die wichtige Lehre entnehmen, daß es zwar, um die Bedeutung und Tragweite eines juristischen Prinzips voll zu erfassen, entschieden notwendig ist, seine Anwendung auf alle Tatbestände, bei denen sie überhaupt gedankenmäßig möglich ist, in Betracht zu ziehen, daß es aber nicht minder notwendig erscheint, den richtigen Moment zu erkennen, in welchem von dem ursprünglich betretenen Wege abführende Seitenpfade beschritten werden müssen. Politische Prinzipien sind den *regulae iuris* vergleichbar und es gilt von ihrer Anwendung ein ähnlicher Grundsatz, wie er in der bekannten Mahnung *ne ex regula ius sumatur* schon von den alten Juristen gelehrt worden ist. Nur wenn die Wissenschaft in der Weise vorgeht, kann sie die Führung im Leben behaupten. Die römischen Juristen haben sich, wie durch eine Reihe von Beispielen erwiesen werden kann, nicht gescheut, die entgegengesetzten Prinzipien entsprechenden Folgerungen in der Ausbildung der Rechtsinstitute zu vereinigen. (S. die Lehre von der Rückforderung der Mitgift mittels der *actio rei uxoriae*, von der Pupillar substitution, dem *beneficium abstinendi* u. a. m.).

¹³⁾ Eine Uebernahme fremder Rechtsnormen und Rechts-einrichtungen erscheint, sofern das rationelle Moment in den Vordergrund gerückt wird, nur dann gerechtfertigt, wenn durch eine vorausgehende genaue Prüfung (die nicht an der Oberfläche der Erscheinungen haften bleibt, sondern mehr in die Tiefe dringt) festgestellt ist, daß die Voraussetzungen, die im Ursprungslande für ihre Einführung und Aufrechterhaltung maßgebend waren, auch dort, wo sie übernommen werden sollen, tatsächlich zutreffen. Dabei wird, sofern es sich um politische Einrichtungen handelt, auch die Sinnesart der Bevölkerung, ihre politische und moralische Veranlagung, die Einstellung, die der Einzelne, wie die privaten Vereinigungen dem öffentlichen Gemeinwesen gegenüber beobachten, gebührend zu würdigen sein. Demokratische Einrichtungen insbesondere werden sich umso eher bewähren, je weitgehender namentlich in letzterer Hinsicht die Uebereinstimmung der Anschauungen ist und je größer die Zahl der Staatsangehörigen und Verbände,

die in dem e i n e n Ziel, die staatliche Wohlfahrt zu heben und zu fördern, sich eines Sinnes wissen. Es wird, wenn die Uebernahme fremder Verwaltungseinrichtungen in Frage steht, auch auf die Größe des Gebietes, für das die fremde Institution berechnet ist, das Augenmerk gerichtet werden müssen und nicht eine Organisation, die ein umfangreiches Gebiet voraussetzt, auf relativ kleine Verwaltungssprengel übertragen werden dürfen. Jede Verwaltungsreform muß dabei auch mit gewissen, nicht leicht zu ändernden historischen Tatsachen rechnen und in der Tat sind die Schwierigkeiten, sich über die überkommene im Partikularismus wurzelnde Gestaltung hinwegzusetzen und die Widerstände, die von ihr ausgehen, zu überwinden, oft sehr bedeutende. Hier kommen insbesondere die lokalen Abgrenzungen relativ größerer Verwaltungseinheiten in Betracht, die vormals eine selbständige Stellung beanspruchten, und, wie es in der Gegenwart in Oesterreich der Fall ist, auch wirklich erlangt haben. Diese Verwaltungseinheiten differieren vielfach sehr in Bezug auf ihren Umfang und Versuche, eine Umgruppierung vorzunehmen, die eine größere Gleichmäßigkeit herstellen würde, stoßen auf großen, oft unüberwindlichen Widerstand. Im römischen Reich hat die absolute Kaiserherrschaft diese Schwierigkeiten beseitigt, der altösterreichische Staat vermochte sie nicht zu überwinden, auch nicht — trotz der nationalen Homogenität der einzelnen Landesteile — die wesentlich kleinere österreichische Republik. Ueber den Unterschied zwischen österreichischer Landesverwaltung und englischer Grafschaftsverwaltung s. Merkl a. a. O. S. 57 f.

¹⁴⁾ Man wird, wenn man die erweiterte Anwendung des demokratischen Prinzips propagiert, niemals so weit gehen dürfen, daß dieses damit in Wirklichkeit aufgehoben wird. Es liegt im Wesen der demokratischen Verwaltungsmethode, ihrer Herkunft aus der unmittelbaren Demokratie, daß sie, um den Volkswillen klar zum Ausdruck zu bringen, die Bildung kleiner Verwaltungssprengel begünstigt. Dadurch daß Sprengel mit politisch homogener Bevölkerung zusammengefaßt werden, glaubt man die Parteiherrschaft beschränken, ja unter günstigen Umständen ganz beseitigen zu können. Aber volle Homogenität der Gesinnung ist schon mit Rücksicht auf die Siedlungsweise und die auf sie gegründete verschiedenartige Men-

talität der Bevölkerung nicht leicht zu erreichen. Damit — und das ist es, was hauptsächlich gegen den ganzen Plan spricht — kommt das demokratische Prinzip mit sich selbst in Widerspruch; denn sein Wesen besteht ja in der Herrschaft der Mehrheit, der Wille der Mehrheit gilt als der Wille des Volkes. Indem man nun die **Mehrheitsherrschaft** zu verhindern trachtet, kommt man schließlich zur Auflösung des Staatsganzen. Die fortgesetzten Teilungen schwächen den ganzen Organismus und machen ihn zur Erfüllung höherer Aufgaben ungeeignet.

¹⁵⁾ Es entspricht der politischen Orthodoxie, aber nicht dem wissenschaftlichen Verfahren, sich auf eine der mehreren an sich möglichen, durch die geschichtliche Entwicklung hervorgerufenen Gestaltungen (auf eine der verschiedenen Spielarten einer Organisationsform, die unter dem Einflusse besonderer zeitlich und örtlich gegebenen Verhältnisse entstanden sind) festzulegen und sie vom Standpunkt einer subjektiven Schätzung als die einzig wertvolle, jede andere als dem Prinzip widersprechend zu bezeichnen. Man kann aber in Wahrheit nur behaupten, daß in der einen Form mehr als in einer anderen der dem Prinzip entsprechende Gedankeninhalt zum Ausdruck kommt.

Auch das demokratische Prinzip kann in verschiedener Weise verwirklicht werden. So unterscheidet sich die antike Demokratie ganz wesentlich von jenem Typus, der in der Gegenwart als der herrschende bezeichnet werden kann. Die demokratische Staatsorganisation der antiken Stadtstaaten ist dadurch charakterisiert, daß hier die gesamte männliche Bevölkerung befähigt erscheint, an der Festsetzung der Normen und der sonstigen Staatstätigkeit teilzunehmen. Diese Form setzt die Existenz einer Klasse von Menschen voraus, die nicht als Rechtssubjekte, sondern als Rechtsobjekte betrachtet werden und dadurch, daß sie bei einem geringen Anteil am Genuß der Lebensgüter durch ihrer Hände Arbeit ihren Eigentümern die Befriedigung der Bedürfnisse sichern, diesen die Möglichkeit gewähren, sich frei von wirtschaftlichen Sorgen den öffentlichen Angelegenheiten zu widmen. Es kann sehr wohl bezweifelt werden, ob hier überhaupt von einer wahren Demokratie gesprochen werden kann, und nicht vielmehr von einer **Massenaristokratie**; denn das wesentliche Fundament dieser

Organisationsform ist ja, wie bemerkt, daß einem großen Teil der auf dem Staatsgebiet sesshaften Menschen die Rechtspersönlichkeit vorenthalten wird und auch innerhalb der Gruppe der Rechtssubjekte ein großer Teil der Bevölkerung, die Frauen, von der aktiven Teilnahme am Staatsleben ausgeschlossen ist. In jenen Stadtstaaten, die ihr Herrschaftsgebiet weit hinaus über das ursprüngliche Territorium erweitert haben, ergibt sich noch in anderer Richtung eine sehr wesentliche Einschränkung. Die Verleihung des Bürgerrechtes an Personen, die außerhalb des ursprünglichen Staatsgebietes ihren Wohnsitz haben, führt dazu, daß einem großen, unter Umständen auch dem größten Teil der Bürger, die verfassungsmäßig Mitglieder der souveränen Volksversammlung sind, die Teilnahme an ihren Sitzungen unmöglich gemacht wird. So haben sich die Verhältnisse in der römischen Republik allmählich gestaltet und der Prinzipat hat aus dieser Entwicklung nur die richtige Konsequenz gezogen, wenn die Volkskomitien, die ohnehin nur von einem kleinen Bruchteil der stimmberechtigten Personen besucht werden konnten, nicht mehr einberufen wurden. Die Massenverleihungen der Zivität haben in Rom die unmittelbare Demokratie gesprengt und da ein Uebergang zu neuen Formen nicht gefunden wird, ist die Demokratie überhaupt zugrundegegangen.

Eine Organisationsform, welche die Demokratie nur dadurch möglich macht, daß sie einem großen Teil der ansässigen Bevölkerung die Rolle des Rechtssubjektes zuteilt, oder von vornherein so beschaffen ist, daß die Rechtsausübung bei dem überwiegenden Teil der vollberechtigten Staatsangehörigen tatsächlich ausgeschlossen ist, widerspricht unseren heutigen Anschauungen. Und es widerspricht wiederum antiker Auffassung der Demokratie, daß staatliche Funktionen, wie die normensetzende Tätigkeit, durch eine Mehrheit der Bürger einer Körperschaft derart übertragen werden, daß Wille und Einsicht der Gewählten einzig und allein entscheidend sein sollen und so die Tätigkeit der an sich Berechtigten sich in einer bloßen Nominationsbefugnis erschöpft. Auch in der antiken Demokratie besteht übrigens, gradeso wie in der unmittelbaren Demokratie der Gegenwart, das Bedürfnis, die Ausübung gewisser Befugnisse einzelnen Personen zu übertragen und die Art der Desig-

nation ist hier ebenso mannigfaltig, wie die Festsetzung der Aufgaben, der Funktionsdauer und Verantwortlichkeit dieser Organe. Gegensätze zwischen antiker und moderner Auffassung treten auch hier vielfach zutage. Das demokratische Prinzip geht von dem Grundsatz der Gleichheit aller aus; alle Staatsbürger sind darnach für jede öffentliche Funktion in gleicher Weise befähigt. Das ist ja die Eigentümlichkeit des demokratischen Prinzips, daß es die Unterschiede, die unter den Menschen nun einmal bestehen, zu ignorieren geneigt ist, während das aristokratische wiederum in den entgegengesetzten Fehler verfällt, die Unterschiede stärker, als es notwendig wäre, zu betonen. Die Parität kommt dort, wo das demokratische Prinzip am stärksten durchgeführt ist, darin zum Ausdruck, daß die betreffende Funktion nach einer bestimmten Reihenfolge (per turnum) von den Gliedern der souveränen Körperschaft (Volksversammlung) ausgeübt oder ein Verfahren angewendet wird, das die Designation dem reinen Zufall überläßt — nach der ursprünglichen Auffassung einer Willensäußerung der Gottheit, die dort, wo der Mensch nur Gleichheit der Staatsgenossen sieht, doch die höheren Qualitäten, die einem von ihnen inwohnen, erkennt. (Das Reihenprinzip kommt im römischen Staatsrecht als primärer Berufungsmodus, wenn vom interregnum abgesehen wird, nicht in Betracht; zur Anwendung gelangt es nur, wo durch Volkswahl bereits gleichberechtigte Amtsgenossen designiert worden sind). Ein derartiger Bestellungsmodus erscheint dann, wenn es sich um verhältnismäßig einfache Leistungen handelt oder die Zusammensetzung einer Körperschaft von vornherein so normiert ist, daß die zu prästierende Leistung von jedermann erwartet werden kann, durchaus angemessen. Auf höherer Stufe der Entwicklung läßt sich das demokratische Prinzip nicht mehr rein durchführen und der Demokratie wird jetzt ein aristokratisches Element eingefügt. Aufgaben von größerer Importanz, die nicht ein jeder in richtiger Weise zu lösen vermag, können nicht derart, daß das Walten des Zufalls entscheidet, übertragen werden. Es muß eine andere Methode der Auslese zur Anwendung kommen. Die demokratische Ideologie wird dabei von der Grundanschauung geleitet, daß die Gesamtheit kraft ihrer Einsicht regelmäßig den Besten und Geeignetsten herausfinde, sie ist aber weit

davon entfernt, hier ein Unfehlbarkeitsdogma zu statuieren. Die demokratische Ordnung rechnet auch mit fehlerhaften Entscheidungen, und indem sie die Korrektur der einmal getroffenen Auslese tunlichst erleichtert, schützt sie sich gegen die nachteiligen Folgen, die mit einer solchen verbunden sein können.

In der Demokratie der Gegenwart wird die Herrschaft durch den Souverän vielfach in der Weise ausgeübt, daß das Volk zunächst eine Körperschaft, das Parlament, wählt, die ihrerseits wiederum die Personen, denen die oberste Leitung der Verwaltung zustehen soll, designiert und ihnen einen bestimmten Aufgabenkreis zuweist. Dem demokratischen Prinzip entspricht es gewiß, wenn die Personen, denen in den niederen Verwaltungsinstanzen die Amtsleitung übertragen wird, durch die Bevölkerung der kleineren Kreise berufen werden. Es ist aber, wie ich es formulieren möchte, mit ihm noch immer vereinbar, daß diese Organe durch den vom Parlament erwählten Verwaltungschef im Wege der „Ernennung“ bestellt werden und auch die so Berufenen in gleicher Weise andere Organe mit der Erledigung bestimmter Verwaltungsaufgaben betrauen. Der römische Prinzeps, der seine Gewalt (fiktiv) auf Uebertragung durch das Volk gründet, konnte darum, wenn er die von ihm geschaffenen Aemter im Wege der „Ernennung“ besetzte, allen Ernstes die Fortdauer der römischen Demokratie behaupten und der Senat der Kaiserzeit konnte sich aus gleichen Gründen als eine formell-demokratische Einrichtung betrachten. Auch in ihm, der von einem „demokratischen“ Organ bestellt wird, verkörpert sich noch immer der Volkswille. Der unmittelbare Volkswille gilt aber — soweit die Organisation der Volksgemeinde in Betracht kommt — als konstant.

In den beiden hier vorgeführten Methoden kommen, wie anzuerkennen ist, zwei verschiedene Arten demokratischer Verwaltungsorganisation zum Ausdruck. Es handelt sich dabei um einen Gegensatz in der Verwirklichung zweier entgegengesetzten Tendenzen, des Zentralismus und des Partikularismus. Nach den obigen Ausführungen erscheint auch der Beamte der unteren Verwaltungsinstanzen, ungeachtet der Tatsache, daß er im Wege der Ernennung das Amt erhält, als ein auf demokratische Weise bestelltes Staatsorgan; er unterscheidet sich vom Beamten der Zentralverwaltung der unter unmittel-

barer Leitung des vom Parlament gewählten Verwaltungschefs seinen Dienst versieht, nur durch die größere Distanz, die zwischen ihm und dem Organ, dem der oberste Verwaltungschef selbst sein Amt verdankt, dem Parlament, besteht, ist aber dem Wesen seiner Stellung nach als ein von der Zentralverwaltung in das entferntere kleinere Amtsgebiet entsendeter Vertreter anzusehen. Freilich, je weiter sich die Ernennung eines Organs von der Aeußerung des unmittelbaren Volkswillens entfernt, umsomehr besteht die Möglichkeit, daß sie diesem Willen nicht entspreche. Und darum muß der Partikularismus, dem die unmittelbare Berufung durch die Bewohner jener kleineren Kreise entsprechen würde, als eine vollkommen berechtigte Erscheinungsform in der Realisierung demokratischer Prinzipien angesehen werden.

Nach einer weitverbreiteten Anschauung erscheint es nun in der Tat als ein Postulat demokratischer Verwaltungsorganisation, daß der Amtsleiter durch die unmittelbaren Interessenten, die Angehörigen des lokalen Kreises, für die er zu wirken berufen ist, bestellt werde. Ich kann nicht finden, daß (wie man angenommen hat) diese Auffassung, wenn sie konsequent durchgeführt wird, zu praktisch unmöglichen Ergebnissen führen würde, daß dann auch die oberste Leitung der Verwaltung nicht vom Parlament, sondern von den unmittelbaren Interessenten, von einem nach irgendwelchem Prinzip abgegrenzten Kreise dieser Personen eingesetzt werden müßte. Denn in der obersten Verwaltungsinstanz handelt es sich ja um Förderung allgemeiner Interessen, um Interessen der Gesamtbevölkerung, nicht um solche irgend einer persönlich oder lokal abgegrenzten Bevölkerungsgruppe. Die Konsequenz wäre höchstens unmittelbare Wahl durch das Volk. Richtig ist aber, daß dort, wo der Amtsleiter kraft Ernennung durch den vom Parlament eingesetzten Verwaltungschef sein Amt ausübt, ein einheitlicher Zug in die ganze Verwaltung kommt; denn auch die Verwaltung der niederen Instanzen realisiert den Willen der Volksgesamtheit, nicht den einer Partikel, die nach ihrer parteimäßigen Zusammensetzung eine ganz andere Mehrheit ergeben würde, und der Amtsleiter vertritt nicht den Willen des Bezirksvolkes, sondern des Gesamtvolkes, des Staatsvolkes.

16) Verfassungen sind das Ergebnis geschichtlicher Entwicklung und so erklärt es sich, daß in ihnen oft eine Mischung verschiedener Organisationsformen und wo das demokratische Prinzip verwirklicht wird, eine Mischung verschiedener Gestaltungen desselben Prinzips wahrgenommen werden kann. Das gilt für die antike Demokratie ebenso wie für die moderne. Die geschichtliche Entwicklung hält sich ja nirgends an die von der Theorie konstruierten Typen, wie ja auch in dem durch das Privatrecht beherrschten Rechtsleben die von der Rechtsordnung aufgestellten Geschäftstypen nicht immer in ihrer Reinheit, sondern sehr häufig in Kombinationen auftreten.

Bei der Beurteilung des Wesens staatlicher Einrichtungen und ihrer Subsumtion unter die von der Wissenschaft aufgestellten Typen ist in erster Linie auf zwei Momente das Augenmerk zu richten. Es wird zunächst die Beschaffenheit des Aktes, durch welchen der Träger dieser Einrichtung zur verfassungsmäßigen Ausübung seiner Funktion berufen wird, und ebenso auch die Normierung der Voraussetzungen, die in seiner Person erfüllt sein müssen, ins Auge zu fassen sein, dann aber auch die Art und Weise, wie die Einrichtung wirksam wird, einer Prüfung unterzogen werden müssen. Man gelangt so zu der Erkenntnis, daß es sich mit den Begriffen, unter welche die Subsumtion erfolgen soll, ganz ähnlich wie in der Wirtschaftslehre mit den Begriffen: „extensiv“ und „intensiv“ verhält: Eine Betriebsform kann im Verhältnis zu einer anderen als intensiv, oder (wenn sie zu einer fortgeschritteneren in Beziehung gesetzt wird) als extensiv bezeichnet werden. Der gleiche Relativismus haftet auch den Einrichtungen des Staatslebens an.

Der Akt, durch welchen die Berufung zum Amte erfolgt, kann je nach der Beschaffenheit der Bestellungsform, mit der sie verglichen wird, aristokratisch oder demokratisch genannt werden. Als Kennzeichen demokratischer Bestellungsform gilt die Wahl, die Designation, die auf Grund der Abstimmung durch das souveräne Volk stattfindet, und zwar mit zeitlicher Begrenzung der Amtsdauer. Diese Auffassung findet im Staatsrecht der Römer darin ihren Ausdruck, daß der Begriff des Magistrats auf jene Amtsträger beschränkt wird, die durch Volkswahl zu Vertretern der Gemeinde designiert worden sind.

Die Designation durch eine Einzelperson, in monarchisch regierten Staaten z. B. durch den (lebenslänglichen) obersten Träger der Staatsgewalt, gilt als aristokratisch. Es wurde schon oben (S. 125) darauf hingewiesen, daß in jeder Wahl ein aristokratisches Element gelegen ist, daß sie dem Prinzip voller Gleichheit nicht mehr ganz entspricht, die Parität sich hier vielmehr lediglich auf die vorausgesetzte Fähigkeit beschränkt, den zur Führung des Amtes Geeigneten richtig herauszufinden. Dieser Voraussetzung würde die völlige Uebereinstimmung sämtlicher Stimmberechtigten entsprechen, ein Postulat, das in der staatsrechtlichen Praxis nicht leicht verwirklicht werden kan.

Auch sofern nicht der Akt der Bestellung, sondern das Subjekt, das ihn vornimmt, als das Entscheidende angesehen wird, tritt der gleiche Relativismus zutage. Das demokratische Prinzip erscheint in potenziertem Maße dort verwirklicht, wo ein öffentliches Organ unmittelbar durch Wahl des Gesamtvolk es designiert wird. Das Epitheton „demokratisch“ wird einer Einrichtung aber auch dann nicht versagt werden können, wenn ihr Träger zwar nicht durch das gesamte Volk, aber doch durch eine vom Gesamtvolk (oder was dafür gilt) gewählte, dieses repräsentierende Körperschaft zum Amte berufen wird.

Dem Prinzip der Gleichheit würde es entsprechen, bei jedweder Designation eines Amtsträgers von bestimmten Qualifikationserfordernissen überhaupt abzusehen. Die positive Rechtsordnung der meisten Staaten steht damit nicht im Einklang. Das gilt sowohl dort, wo die Designation einer Einzelperson überlassen ist, als auch für jene Verfassungen, nach welchen der Gesamtheit der Volksgenossen das entscheidende Wort zukommt. Diese Erfordernisse sind bald positiv, bald negativ gefaßt, aber auch wo das letztere der Fall ist, lassen sie die Festsetzung eines positiven Qualifikationserfordernisses erkennen. Man wird je nachdem, ob sie gehäuft sind oder in gemessenen Grenzen sich halten, von einer mehr oder weniger weitgehenden Reduktion des Gleichheitsprinzipes sprechen können. Aber auch ohne daß die Rechtsordnung solche Erfordernisse festsetzt, kann doch vermöge anderer Umstände, insbesondere der Tatsache, daß für die dem öffentlichen Ge-

meinwesen geleisteten Dienste ein Entgelt nicht gewährt wird, eine Beschränkung auf einen kleinen Kreis der an sich rechtlich befähigten Masse eintreten. Nicht aus einem Moment allein darf also auf den Charakter der Organisationsform geschlossen werden, es müssen vielmehr alle zur Bestimmung ihres Wesens herangezogen werden.

Das Staatsamt gewährt dem Amtsträger die Befugnis, den Staatsangehörigen ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben und die Einhaltung den Rechtsvorschriften zu überwachen. Diese Eigentümlichkeit des öffentlichen Amtes bringt es mit sich, daß Personen, denen infolge abnormaler Beschaffenheit ihres Intellektes die Einsicht in den Zusammenhang der Dinge und in folgedessen auch die Fähigkeit zu vernünftiger Willensäußerung abgeht, als disqualifiziert erscheinen und auch jenen, die wegen mangelnder Altersreife noch nicht jene Stufe geistiger Entwicklung erreicht haben, welche die volle Einsicht verbürgt, die Aemterfähigkeit abgesprochen wird. Verlangt wird ferner, daß wer die Berufung zum Amte erstrebt, nicht eine Handlung begangen habe, die als ein schwerer Verstoß gegen die öffentliche Ordnung mit krimineller Strafe geahndet wird und den Delinquenten des Vertrauens seiner Mitbürger unwert erscheinen läßt. Gerade jene Verfassungen, die das ernste Streben zeigen, das demokratische Prinzip in möglichst weitem Umfange durchzuführen, pflegen noch weitere Einschränkungen vorzunehmen. In allen Demokratien, auch in der antiken, gilt der Grundsatz, daß nur der, welcher selbst Mitglied der berufenden Körperschaft (Volksversammlung) ist, zu den durch Wahl zu besetzenden Aemtern gelangen kann, womit von vornherein jene Individuen, die nicht als vollberechtigte Bürger dem öffentlichen Gemeinwesen angehören, ausgeschlossen sind. Vermöge der die ganze Antike beherrschenden Tendenz, die Staatsangehörigen, je nachdem, ob sie zu den Wehrfähigen gehören oder Frauen sind, verschieden zu werten, wird den letzteren die Aemterfähigkeit schlechthin versagt und erst die vollendete Demokratie der Gegenwart hat auch diese Schranke, soweit die Gesetzgebung in Betracht kommt, beseitigt. Die Realisierung des demokratischen Prinzips ist dem antiken Menschen eben dadurch möglich erschienen, daß von der ansässigen Bevölkerung von vornherein gewisse Gruppen als minderwertig ausge-

schieden werden und bei dem so verbleibenden Rest — wenn die Gesamtbevölkerung in Betracht gezogen wird, der Minorität — die volle Gleichheit hinsichtlich der für die Leitung des öffentlichen Gemeinwesens erforderlichen Qualitäten angenommen wird. Es besteht die Vorstellung, daß das erforderliche Mindestmaß an Fähigkeiten und Einsichten grundsätzlich bei allen gegeben sei, eine Voraussetzung, die ohne die Annahme eines Charisma nicht leicht begründet werden kann. In der Tat haben im alten Rom die Altadeligen (Patrizier) ihr ausschließliches Aemterrecht auf ein solches zu stützen versucht.

Aber die meisten unter den Rechtsordnungen, nach welchen der öffentliche Amtsträger durch Volkswahl zum Amte berufen wird, gehen noch weiter. Aus dem Wesen des öffentlichen Amtes, der größeren Tragweite der Verfügungen, die der Amtsträger zu treffen hat, ergibt sich die Forderung, daß er einen höheren Grad von Einsicht und Erfahrung (wie er nach moderner Ansicht durch Schulbesuch, nach antiker durch Heeresdienst erworben wird) besitze, daß er über ein größeres Maß von Kenntnissen und Denkfähigkeit verfüge und so imstande sei, einen weiteren Kreis von Vorstellungen zu überblicken und die Tatsachen des realen Lebens in die durch die Denkgesetze geforderte Ordnung zu bringen; es wird verlangt, daß diese Qualitäten schon vor dem Amtsantritt in einer urkundlich feststehenden Form (durch Zeugnisse über Militärdienst und Schulbesuch, bzw. abgelegte Prüfungen) erwiesen seien. Damit kommt in die nach dem demokratischen Prinzip normierte Verfassung ein stark aristokratisches Element, zumal der Erwerb dieser Eigenschaften, wenn er an den Besuch höherer Schulen und diesen entsprechende Schulprüfungen geknüpft wird, regelmäßig die Verfügung über bedeutendere materielle Mittel und eine gewisse Lage des Wohnsitzes erfordert, in nicht geringem Maße auch von der Einsicht derer abhängt, welche nach gesetzlicher Vorschrift die Erziehung eines Menschen leiten. Die Privilegierung, die damit geschaffen ist, wird von den Zurückgesetzten um so unangenehmer empfunden, als die angenommene höhere Qualifikation in Wirklichkeit nicht immer gegeben erscheint, sondern nur Bescheinigungen vorliegen, die ihr Vorhandensein bestätigen; sie wird nicht an eine erwiesene Tatsache, sondern an eine Vermutung geknüpft, die,

obwohl die Erfahrung zeigt, daß sie in zahlreichen Fällen den Tatsachen nicht entspreche, doch als eine unwiderlegliche betrachtet wird. Die stärkste Einschränkung erfährt das demokratische Prinzip, und es ist die, welche am odiosesten erscheint, wenn die Verfügung über ein gewisses, nur von der Minderheit zu erreichendes Maß an materiellen Mitteln als Qualifikationserfordernis aufgestellt wird, letzteres nicht in Verbindung mit anderen, sondern isoliert auftritt, und wenn Personen, die bestimmte, wenig geschätzte Berufe ausüben oder ausgeübt haben, schon von vornherein als disqualifiziert gelten. Dort, wo das aristokratische Prinzip herrscht, pflegen, wie bereits oben hervorgehoben wurde, die für die Aemterfähigkeit aufgestellten Qualifikationserfordernisse viel zahlreicher zu sein, als wo das demokratische die Grundlage der Staatseinrichtungen bildet. Wer die restlose Verwirklichung dieses Prinzips erstrebt, wird dafür eintreten müssen, daß auch von dem, welchem die Leitung irgendeines Zweiges der öffentlichen Verwaltung übertragen werden soll, nicht der Nachweis besonderer Kenntnisse und Vertrautheit mit den Verwaltungsproblemen gefordert werde; denn die letztere kann nur auf Grund längerer Tätigkeit, einer Beschäftigung, die zum Lebensberuf geworden ist, erlangt werden, und wenn sie als Erfordernis aufgestellt wird, so wäre damit allein schon die überwiegende Mehrheit der Staatsangehörigen von der Berufung zum Amte ausgeschlossen. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, ist es auch vollkommen begreiflich, wenn die Anhänger des demokratischen Prinzips die Kontinuität bei der Aemterbesetzung ablehnen und in richtiger Würdigung der Tatsache, daß gerade bei nichtgeschulten Amtsleitern Mißgriffe leicht vorkommen können, nur auf Zeit gewählte Amtsträger zu Vorständen in den einzelnen Verwaltungszweigen berufen wollen. Die Vertreter der entgegengesetzten Anschauung treten auch hier für eine andersgeartete Regelung ein, sie wollen die Auswahl, sofern sie überhaupt in Betracht kommt, auf einen engbegrenzten Kreis tauglicher Individuen beschränken, die Aemter mit Personen besetzen, welche die Beschäftigung mit den Aufgaben des Amtes als dauernden Lebenszweck betrachten, die für die Ausübung des Berufes auch in besonderer Weise herangebildet wurden, und indem sie ihre ganze Arbeitskraft

dem ihnen verliehenen Amte widmen, damit auch die Mittel zur angemessenen Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse erwerben wollen.

Betrachtet man die Verhältnisse, wie sie sich in den einzelnen Ländern in Wirklichkeit gestalten, so findet man, daß auch in jenen Staaten, in denen das demokratische Prinzip keineswegs als das herrschende bezeichnet werden kann, doch sehr häufig einzelne nach diesem Prinzip besetzte Aemter bestehen (so z. B. der Staatsgerichtshof im alten Staat) und umgekehrt wiederum, wo es sich durchgesetzt hat, der aristokratischen (autokratischen) Organisation entsprechende Einrichtungen als survivals einer früheren Entwicklungsperiode beibehalten werden. Der durch keinerlei rationelle Erwägungen zu beeinflussende Traditionalismus führt oft dazu, daß Institutionen, die mit dem herrschenden Organisationsprinzip nicht in Einklang stehen und ohne Gefährdung wesentlicher Interessen geändert werden könnten, auch weiterhin aufrechterhalten werden. Es können aber auch gerade Erwägungen der Vernunft dafür bestimmend sein, solche Einrichtungen zu konservieren, vielleicht sogar neue zu schaffen.

¹⁷⁾ Aber auch auf der untersten Stufe der Lokalverwaltung kann sich das demokratische Prinzip nur dann bewähren, wenn die zur Amtsführung geeigneten Personen in einer dem Bedarf entsprechenden Zahl zur Verfügung stehen. Das hängt nun von einer Reihe von Umständen ab: vom Umfang und dem Aufgabenkreis der Gemeinde und dann von der Bildung und der spezifischen Veranlagung der Bevölkerung.

¹⁸⁾ Eine Verwaltungsreform, welche die sachlichen Bedürfnisse als das entscheidende ansieht, wird neue Organe nur dann kreieren, wenn ihnen ein entsprechend großer Wirkungskreis überwiesen werden kann. Ganz verfehlt wäre es, den umgekehrten Weg einzuschlagen, aus irgendwelchen Gründen (persönlicher oder politischer Natur) ein Amt zu schaffen und dann den Aufgabenkreis zu suchen.

¹⁹⁾ Bewegungen, die von bestimmten Ideen geleitet, eine Reform der bestehenden Zustände erstreben, können dadurch, daß neue Gedanken erhöhte Bedeutung im Staate gewinnen, eine totale Aenderung ihrer Richtung erfahren. Im Wechsel der Zeiten macht sich dann mitunter, bevor noch das neue Ziel er-

reicht ist, das für die Reform vormals geltende Motiv gebietereich geltend. So hat schon im alten Staat sich eine gründliche Reform der ganzen Verwaltungsorganisation als überaus dringlich herausgestellt; es sollte eine derartige Verteilung der Kräfte, der sachlichen und der persönlichen, erfolgen, daß die Aufgaben, die auf Grund der anerkannten Staatszwecke dem öffentlichen Gemeinwesen gestellt sind, besser und mit einem geringeren Aufwand an materiellen Mitteln erfüllt werden können. Die Umsturzbewegung hat zunächst einen andern, einen politischen Gedanken, in den Vordergrund gerückt: es sollte das demokratische Prinzip in der Gesamtheit der Verwaltungseinrichtungen durchgeführt werden. Die Verhältnisse haben nun dazu geführt, daß jenes ursprüngliche Motiv, der ökonomische Gesichtspunkt, wiederum, u. zw. mit Rücksicht auf die (absolut und relativ) weitaus geringeren Mittel, die jetzt dem Staate zur Verfügung stehen, erhöhte Bedeutung erlangt hat. Es ist die Frage, ob diese beiden Gesichtspunkte, der politische und der ökonomisch-technische, miteinander in Einklang gebracht werden können.

²⁰⁾ Sind die von der Finanztheorie aufgestellten Grundsätze, der Grundsatz der Sparsamkeit und weiters die Forderung, daß die Ausgaben, die der Staat macht, womöglich allen Kreisen der Bevölkerung in gleichem Maße zugutekommen sollen, wirklich, wie behauptet wurde, in der demokratischen Verwaltungsorganisation leichter als in der autokratischen zu verwirklichen? Die Vertreter des demokratischen Verwaltungssystems gehen, indem sie die Frage zu dessen Gunsten entscheiden, von der an sich richtigen Anschauung aus, daß der, welcher die Kosten einer Einrichtung aus Eigenem zu bezahlen hat, sparsamer wie der, welcher mit fremden Mitteln wirtschaftet, vorgehen werde; in der demokratischen Verwaltungsorganisation werde mit eigenen, in der autokratischen mit fremden Mitteln gearbeitet. Der Schluß, der aus diesen beiden Prämissen gezogen wird, erweist den Vorzug des demokratischen Systems. Aber die zweite Prämisse ist, soweit die autokratische Verwaltungsreform in Betracht kommt, unrichtig, und was die erstere anlangt, so ist sie nicht richtig (nämlich unvollständig) formuliert. Der Fehler liegt in einer Verwechslung; es werden das Volk und die wirklichen Amtsführer vertauscht,

also irrtümlicherweise eine Identität derer, welche die Ausgaben machen, und jener, welche die Kosten aufzubringen haben, angenommen; auf der anderen Seite wird übersehen, daß für die Beamten, die in der autokratischen Verwaltungsorganisation ihre Funktion ausüben, sich keinerlei Möglichkeit, eine freie Ausgabentätigkeit zu entfalten, bietet und sie von vornherein in enge Grenzen gebannt sind. Eine Versuchung, größere Ausgaben zu machen, besteht hier absolut nicht; vielmehr wird ein anderer Mangel oft sehr fühlbar in Erscheinung treten, eine unerfreuliche Uebertreibung des Sparsamkeitsprinzips, die ebensowenig wie ihr Widerspiel der Erfüllung der Staatszwecke förderlich sein kann. Viel eher ist bei der demokratischen Organisation anzunehmen, daß die Ausgaben, und zwar schon jene, die durch die unmittelbare Erfüllung der Verwaltungsaufgaben gefordert sind, zunehmen werden. Die Kosten vermehren sich aber noch durch die in der Regel eintretende Erweiterung des Regiminalapparates; als Ziel der Verwaltungsreform erscheint ja nicht die Beseitigung des Berufsbeamtentums, den Berufsbeamten soll nur die Amtsleitung aus der Hand genommen und (wie es in der höheren Instanz bereits der Fall ist) einem freigewählten Volksbeauftragten zugewiesen werden. An die Stelle des alten Dienstherrn, als dessen Organ der Beamte im monarchischen Staat sich fühlte, soll ein neuer, der ihm tatsächlich viel näher gerückt wird, treten. Aber auch die Demokratie weiß die Arbeit des Berufsbeamtentums zu schätzen und die Reform kann daher nicht dahingehen, eine so große Summen von Wissen und Erfahrung, wie sie in ihr zugestandenermaßen verkörpert ist, einfach aus dem Gefüge des Verwaltungsorganismus zu eliminieren. Es wird auch nicht daran gedacht, den Berufsbeamten, die bisher die Amtsleitung innehatten, mit Rücksicht auf ihre nunmehr (nach der Reform) wesentlich herabgedrückte Stellung eine geringere Stufe in der staatlichen Besoldungsordnung anzuweisen und durch Minderung ihrer Einnahmen eine niedrigere Lebenshaltung zuzumuten. Der Regel nach wird bei Verwirklichung des demokratischen Prinzips eine Vermehrung der Ausgaben eintreten; denn sie verlangt, daß die in der Volkswahl zu besetzenden Aemter tatsächlich allen zugänglich seien. Das ist unter den heutigen Verhältnissen nur möglich, wenn der Volksbeauftragte bei jenen

Aemtern, welche die Arbeitskraft des Menschen in höherem Maße in Anspruch nehmen, auch ein Entgelt für seine Dienstleistung erhält. Die Erfahrung lehrt ja, daß, wenn die mit zeitraubenden Geschäften verbundenen Aemter unbesoldet sind, eine Aristokratisierung eintritt und das demokratische Prinzip eine starke Umbiegung zum timokratischen erfährt. Der Wunsch, die übergeordnete Stellung der neuen Amtsträger auch in der ihnen zugewiesenen Entlohnung zum Ausdruck zu bringen, führt mitunter zu einer nicht geringen Belastung des öffentlichen Ausgabenbudgets. Die Verwirklichung der demokratischen Idee kann aber trotzdem mit einer Verminderung des Verwaltungsaufwandes verbunden sein; nur dürfen die beiden Tatsachen nicht in das Verhältnis von Grund und Folge zu einander gesetzt werden, so daß die Minderung der Verwaltungskosten als eine unter allen Umständen eintretende Folge der Demokratisierung anzusehen wäre. Entscheidend sind die jeweils gegebenen Verhältnisse; es gibt Demokratien, die sehr billig verwalten, mit einer relativ kleinen Zahl von Beamten, die sie gar nicht oder nur in sehr geringem Maße besolden, das Auslangen finden, während anderen wiederum ein die abgabepflichtigen Staatsangehörigen weit über Gebühr belastender Verwaltungsaufwand nachgesagt wird. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß, so wenig die Organisationsform für sich allein ein Kriterium für die Güte der Verwaltung ist, auch nicht der Tatsache des geringeren Verwaltungsaufwandes allein diese Bedeutung zukommt. Es muß auch Art und Größe der Verwaltungsaufgaben in Betracht gezogen werden. Die autokratische Verwaltung der römischen Kaiserzeit erscheint gegenüber der viel billigeren formell-demokratischen der römischen Republik zweifellos als die bessere.

Es wird behauptet, daß die demokratische Verwaltungsorganisation auch mit dem zweiten finanztheoretischen Prinzip in offenkundigen Widerspruch gerate, mit dem Postulat, daß alle Einrichtungen, die durch Verwendung öffentlicher Mittel ins Leben gerufen werden können, allen Angehörigen des Gemeinwesens in gleichem Maße zugute kommen sollen; denn es werden vorzugsweise die Interessen jener Schichten, welche die Mehrheit darstellen, gefördert werden, während die Kosten

in gleichem oder in erhöhtem Maße von jenen, die vom Genusse ausgeschlossen sind, getragen werden müssen. Der gleiche Einwand wird aber auch gegen die nach dem autokratischen Organisationsprinzip eingerichtete Verwaltung erhoben, daß sie gewisse Örtlichkeiten und Einrichtungen, unter den letzteren namentlich solche, die den führenden Klassen zugute kommen, berücksichtigen (m. E. nicht ganz ohne Grund). Und man sollte es einer nach dem demokratischen Prinzip organisierten Körperschaft nicht zum Vorwurf machen, wenn sie die schweren Versäumnisse früherer Zeiten nachzuholen sich bemüht und Einrichtungen, die den besitzlosen Volksklassen dienen sollen, in stärkerem Maße ins Leben ruft, als es bei der autokratischen Verwaltungsform der Fall zu sein pflegt; denn sie verwirklicht nur ein allgemein als vernünftig anerkanntes Prinzip, den Grundsatz, daß die Bedürfnisse nach dem Grade ihrer Dringlichkeit befriedigt werden müssen. Er gilt, wie für das Einzelindividuum, so auch für die öffentlichen Gemeinschaften.

²¹⁾ Gedanken, die auf einem Gebiet des öffentlichen Lebens als ein dieses regulierendes Prinzip wirksam werden, greifen mitunter auf andere Gebiete über und man glaubt nun vielfach, indem man diese Erscheinung zu begreifen und zu fördern sucht, annehmen zu können, daß die Vorteile, die dem Organisationsprinzip in jener Sphäre zukommen, in der es zunächst zur Herrschaft gelangt ist, auch auf jenem Gebiet, auf das es später übertragen wird, zutage treten werden. Das demokratische Prinzip ist von Haus aus ein politisches, aber der Gedanke, der ihm zugrunde liegt, ist, auf die Organisation der wirtschaftlichen Unternehmungen übertragen und zwischen dem Walten jenes Prinzips und dem Aufwand an materiellen Mitteln, den die Versorgung der Massen mit den zur Bedürfnisbefriedigung erforderlichen Gütern erfordert, ein Zusammenhang in der Weise hergestellt worden, daß der demokratische Grundsatz als der höherwertige erscheint. Dieser Denkweise entsprechend wird für jene öffentlichen Unternehmungen, bei denen das Verhältnis von Einnahmen und Ausgaben sich ungünstig gestaltet, eine dem demokratischen Prinzip entsprechende Betriebsform in Vorschlag gebracht, während dort, wo jene Diskrepanz nicht in Erscheinung tritt, von einer

Änderung der Organisationsform allerdings niemals die Rede ist. Die letztere soll nun darin bestehen, daß die an der Produktion beteiligten Individuen zu Teilhabern des Betriebes erhoben werden und am Erfolg partizipieren, daß also das Selbstinteresse, das zu höheren Leistungen anspannt, bei ihnen geweckt wird, und die auch sonst zu beobachtenden günstigen Folgen zeitigt. Es entspricht zwar nicht der Konsequenz, zeugt aber doch von lobenswerter Einsicht, daß die gleiche Methode nicht überall als angemessen empfohlen wird. Durch die in Vorschlag gebrachte Änderung der Betriebsform könnten, so meint man, dem Staate sehr viele Objekte, die an sich eine nicht zu unterschätzende Aktivpost in seinem Vermögen bilden, erhalten bleiben, und der Vorteil, der daraus erwächst, würde den Kaufpreis, der bei einer Veräußerung erzielt werden könnte, gewiß um ein Beträchtliches überschreiten. Daß aber der Uebergang zu jener neuen Betriebsform den erstrebten Erfolg wirklich stets nach sich zieht, dafür ist bisher ein stringenter Beweis nicht erbracht worden und es ist sehr fraglich, noch mehr als auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung, ob er unter den in der Gegenwart nun einmal gegebenen Verhältnissen bei voller Verwirklichung des demokratischen Prinzips tatsächlich erreicht werden könnte.

²²⁾ Gewisse Eigentümlichkeiten, die das grundlegende Prinzip der Verwaltungsorganisation auszeichnen, verleihen den auf ihm beruhenden Institutionen besondere Vorzüge, Vorzüge, die man dann auch als für diese Einrichtungen charakteristisch betrachtet. Das ist aber nicht so zu verstehen, daß die letzteren notwendigerweise eintreten müssen, sondern daß sie eintreten können, und wenn man die geschichtliche Entwicklung ins Auge faßt, in der Tat auch regelmäßig hervorgetreten sind. Es verhält sich hier ähnlich, wie, um ein Analogon aus der Organisation der Produktion anzuführen, mit den Vorzügen, welche der Uebergang vom Werkzeug- zum Maschinenbetrieb für die Arbeiterklasse mit sich bringt. Dadurch, daß bei der letzteren Betriebsform in gleicher Zeit mehr als beim Werkzeugbetrieb produziert wird, kann die Arbeitszeit herabgesetzt werden, und da weit mehr Güter erzeugt werden, der Arbeitslohn eine Steigerung erfahren. Das sind aber alles nur Möglichkeiten, Vorteile, die eintreten können, jedoch keines-

wegs immer eintreten müssen. Die Vorzüge, die (auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung) mit der einen Organisationsform regelmäßig verbunden sind, müssen übrigens auch der anderen nicht immer abgehen.

²³⁾ Es liegt im Wesen des Bestellungsmodus, durch den der Amtsträger in der demokratischen Verwaltungsorganisation, und zwar dort, wo sie am reinsten durchgeführt ist, zum Amte berufen wird (Wahl), daß er die Amtsstellung nicht durch einen einheitlichen Willen, sondern den Willen einer Mehrheit von Personen erlangt. Bei ihnen bildet sich nun die Anschauung heraus, daß der Berufene in dieser Tatsache eine Weisung für die Art und Tendenz seiner Amtsführung erblicken und sie so einrichten werde, daß sie der Mehrheit als eine Förderung ihrer Interessen erscheint. Mag nun die Verwaltung wirklich in der Art geführt werden oder nicht, — gewiß ist, daß als Folge der Amtsführung sich leicht das Mißtrauen aller anderen, die nicht der Mehrheit angehören, einstellt. Es soll nicht behauptet werden, daß diese Erscheinung überall eintritt — der Anlaß dazu ist ja nicht immer gegeben —, aber die Gefahr, die momentane Machtposition in unrichtiger Weise auszunützen, besteht in der Tat immer und eine Parekbase kommt hier nur allzuhäufig vor. Der Fehler wird dann — nach der bekannten Methode vorschneller Generalisierung — in der Organisationsform als solcher gesucht und die Abhilfe von dem Eingreifen des entgegengesetzten Prinzips erhofft, das ungeachtet aller ihm anhaftenden Mängel von der Minorität noch immer als das bessere angesehen und gepriesen wird.

Eine wertvolle Bestätigung des Gesagten kann darin erblickt werden, daß auch Anhänger der demokratischen Organisationsform vielfach mit der Art und Weise, wie sie in einzelnen Verwaltungsgebieten, in Territorien, die nicht ihrer Herrschaft unterworfen sind, funktioniert, höchst unzufrieden sind und ihr eine Wirkungsweise zuschreiben, die ihrer Lehre gemäß sonst nur der autokratischen Verwaltungsreform eigentümlich sein soll. Die Abhilfe dagegen soll derart geschaffen werden, daß für die demokratische Organisationsform neue Betätigungsgebiete geschaffen werden. Dieses Postulat erscheint auf den ersten Blick als ein höchst unvernünftiges, ist es aber in Wirklichkeit nicht. Wer ein politisches Prinzip ver-

tritt, der muß auch dann, wenn seine Verwirklichung in einzelnen Erscheinungsformen sich gegen ihn wendet, daran festhalten und, indem er auf dem Boden des Prinzips verharret, trachten, die Mängel zu beseitigen. Es darf eben nicht übersehen werden, daß eine Institution durch die Individuen, denen ihre Leitung anvertraut ist, sich gar oft mit einem ihr ihrem Wesen nach fremden Geist erfüllt. Die höhere Wertung, die einem politischen Prinzip von seinen Anhängern entgegengebracht wird, äußert sich ganz besonders darin, daß sie auch dann für seine Verwirklichung eintreten, wenn dadurch nur beschränkte Machtbereiche für ihre Partei geschaffen werden, die anderen aber dem politischen Gegner zufallen.

²⁴⁾ Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß dem, was als ein Vorzug des Juristen erscheint, der Schulung im formaljuristischen Denken, sehr oft ein Defizit gegenübersteht, die geringere Orientierung im Reiche der Tatsachen und das Streben, an einem Vorgange, der durch längere Zeit geübt wurde, womöglich auch dann festzuhalten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse sich längst geändert haben.

²⁵⁾ Dabei darf Folgendes nicht übersehen werden. Es handelt sich bei der Amtsführung des Beamten, insbesondere, wenn eine über der Gemeinde stehende, höhere Kommunalverwaltung in Betracht kommt, nicht allein um solche Amtshandlungen, bei denen der Amtsträger einer einzelnen Person gegenübersteht; ein großer Teil seiner Amtsaufgaben besteht vielmehr gerade darin, Einrichtungen, die der Gesamtheit zugutekommen, zu schaffen und zu erweitern. Da ist es nun sehr fraglich, ob das Streben, solche in Angriff zu nehmen und der Wunsch, das Begonnene zu Ende zu führen, auch fortgeschritteneren Ideen dabei Eingang zu verschaffen, in gleich starkem Maße beim Berufsbeamten wie bei dem nach Grundsätzen demokratischer Auslese berufenen Amtsträger vorhanden sind. Ist es doch bis auf die jüngste Zeit als charakteristische Eigentümlichkeit des Berufsbeamtentums angesehen worden, daß er als „Obrigkeit“ über der Bevölkerung stehe.

²⁶⁾ Ergänzend kommen noch die gesetzlichen Bestimmungen hinzu, welche die Haftpflicht für rechtswidrige Handlungen der Verwaltungsorgane regeln. Es ist in Oesterreich noch nicht gelungen, sie in den Bereich der praktisch geltenden Rechts-

normen einzuführen, aber die Verfassung hat ihrer Verwirklichung doch in sehr bestimmter Weise präludivert.

²⁷⁾ Es kann auch nicht in Abrede gestellt werden, daß zwischen Staatsform (Regierungsform) und Weltanschauung ein engerer Zusammenhang besteht. Aristokratischer Anschauung entspricht eine konservative, demokratischer eine fortschrittliche Weltanschauung. (Vgl. darüber Menzel, Demokratie und Weltanschauung in Ztschr. f. öffentl. Recht II 1921 S. 700 ff.). Man kann auch nicht bestreiten, daß die monarchische Organisation der Kirche, ihre dem Gleichheitsprinzip widersprechende Sondierung der Kirchenglieder, besondere Dispositionen für eine höhere Wertung monarchisch-aristokratischer Organisationsformen schaffen. Es ist das Interesse an der Erhaltung ihrer Organisationsform, welches Organe der Kirchenregierung veranlaßt, gleichgeartete Organisationsformen auch außerhalb ihres eigentlichen Wirkungskreises zu begünstigen. Und es erscheint auch beachtenswert, daß durch den Umsturz erschreckt, viele, die vormals Anhänger einer naturwissenschaftlich begründeten Weltanschauung waren, Anschluß an die durch religiöse Gedanken beeinflussten Lebensauffassungen und Organisationen suchen. Der Zusammenhang zwischen politischem Prinzip und Weltanschauung ist auch von den Machthabern des alten Staates richtig erkannt und eingeschätzt worden. So erklärt es sich, daß im alten Staate nicht nur die Zugehörigkeit zu gewissen, besonders privilegierten Bevölkerungsgruppen, sondern ganz besonders auch eine wirkliche oder geheuchelte, den Machtinteressen der Herrschenden fördernde Gesinnung bei Eintritt in den Staatsdienst und der Beförderung zu höheren Aemtern den Vorzug gewährte, während umgekehrt die Anhänger anderer Weltanschauungen und anderer politischen Ideen mit einem Stigma belegt waren, das sie für die Bekleidung öffentlicher Aemter unfähig erscheinen ließ.

²⁸⁾ Es ist m. E. nicht richtig, was Merkl a. a. O. S. 41 behauptet, daß sich der Staat — und zwar ohne Rücksicht auf die verfassungsmäßige Staatsform — um den ideologischen Zusammenhang nicht zu kümmern pflege, wie er zwischen Staatsform und Organisationsform der Verwaltung hier behauptet wird. Die jeweils herrschende Organisationsform ist ja

die Resultante der vielfach gegen einander wirkenden politischen Kräfte, das Ergebnis eines Kompromisses, bei welchem je nach der Stärke der politischen Parteien bald das eine, bald das andere Prinzip die Oberhand gewinnt. Die Geschichte lehrt, daß dabei das rationelle Moment keineswegs allein wirksam ist und den Ausschlag gibt.

²⁹⁾ Der Beamte stand im alten Staate im Dienste des obersten Trägers der Staatsgewalt und hatte ein weitgehendes Befehlsrecht. Amt und gesellschaftliche Position erhoben ihn über die seiner Amtsgewalt unterworfenen Personen und gewisse Aeüßerlichkeiten zielten darauf ab, diese gehobene Stellung auch nach außen hin sichtbar zum Ausdruck zu bringen. Das sind Tatsachen, die es begreiflich erscheinen lassen würden, wenn gerade bei der Beamtenschaft die Anhänglichkeit an die alte Staatsform stärker wäre als bei den übrigen Schichten der Bevölkerung. Indes hat sie sich — wenige Ausnahmen abgerechnet — ungeachtet aller moralischen und sonstigen Einbußen, die ihre Stellung durch die geänderten staatsrechtlichen Verhältnisse erlitten hat, vorbehaltlos in den Dienst des neuen Staates gestellt und ist dadurch, daß sie in den demokratischen Staat eingebaut wurde, eine andere geworden. Die Beamtenschaft ist ja heutzutage nicht mehr ein Machtinstrument in den Händen eines monarchischen Staatsoberhauptes und mit dem Untergang des alten Reiches ist auch die höhere geschichtliche Aufgabe, an der sie mitzuwirken hatte, weggefallen; geblieben ist nur die Aufgabe, den Interessen der Bevölkerung zu dienen. Auch die rechtliche Stellung der Individuen, mit denen der Beamte in Ausübung seiner Amtstätigkeit in Verbindung tritt, hat sich völlig geändert. Es ist heute nicht das Herrschaftsobjekt eines Staatsoberhauptes, das seine Berufung von Gottesgnaden ableitet, sondern ein Teil der Gesamtheit, die als Träger der Souveränität verfassungsmäßig anerkannt ist, der ihm bei seiner Verwaltungstätigkeit gegenübersteht.